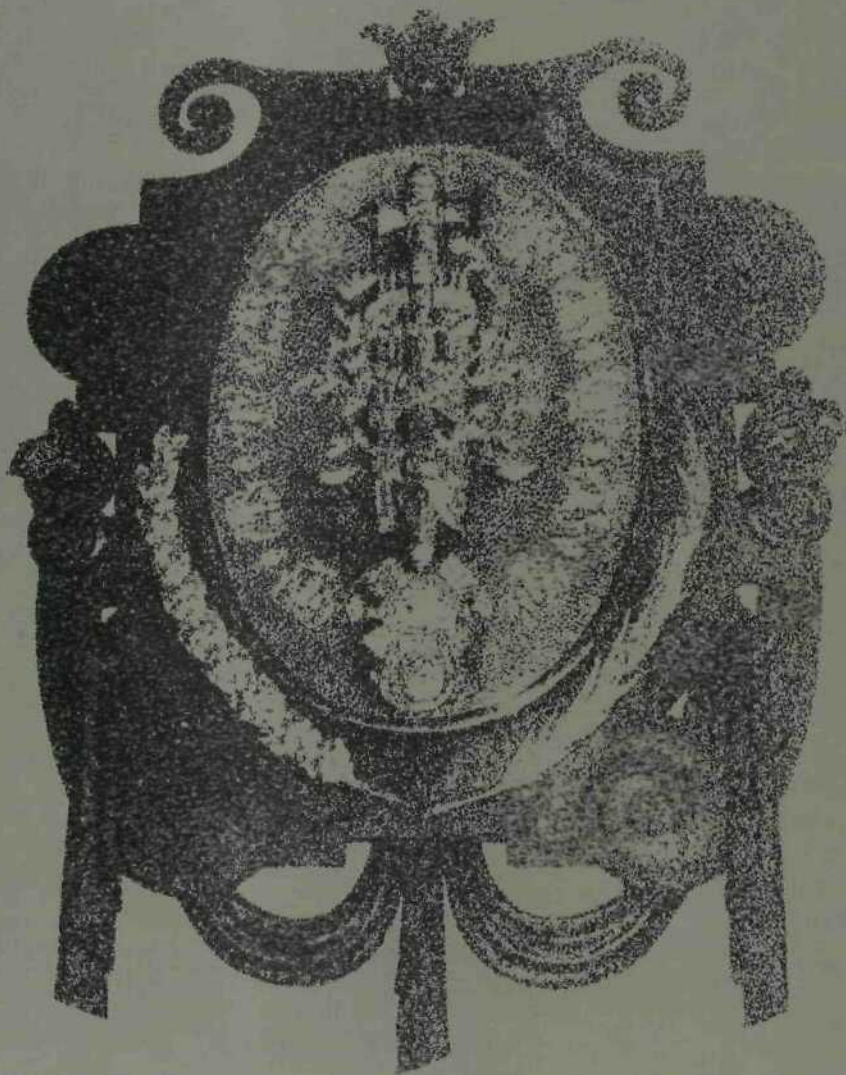


# **EL PRIMER AÑO de DERECHO**

**Actas de las jornadas de profesores  
de primer año  
de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida**









# EL PRIMER AÑO DE DERECHO



DIRECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO  
ARTÍSTICO Y CULTURAL

# **EL PRIMER AÑO de DERECHO**

**Actas de las jornadas de profesores  
de primer año  
de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida**

© SERVICIO DE PUBLICACIONES DEL MINISTERIO  
DE EDUCACION Y CIENCIA. 1978

Edita: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia. 1978  
Imprime: Artes Gráficas Encinas. Torregalindo, 5. Madrid-16  
ISBN: 84-369-0576-8  
Depósito legal: M. 9.010/1978  
Printed in Spain



# INDICE GENERAL

Páginas

## *Presentación*

Profesor Juan VELARDE FUERTES (Rector de la Universidad de La Rábida y catedrático de la Universidad Complutense). <i>La Universidad de La Rábida y el perfeccionamiento en la formación del profesorado</i> .....	9
---	---

## PRIMERA PARTE

### **PROBLEMAS DIDACTICOS Y CIENTIFICOS DE LAS ASIGNATURAS DE PRIMER AÑO DE DERECHO**

Profesor Rodrigo FERNANDEZ-CARVAJAL (Universidad de Murcia): <i>Problemas generales del primer año de Derecho</i> .....	15
--	----

### **DERECHO ROMANO**

Profesor Armando TORRENT (Universidad de Oviedo):	
I. <i>Panorama general del Derecho romano; planes de estudio e incidencia en la formación general del jurista</i> .....	37
II. <i>Problemas de la investigación romanística</i> .....	43
Profesor Angel LATORRE (Universidad de Barcelona): <i>Derecho romano e introducción al Derecho</i> .....	55

### **HISTORIA DEL DERECHO**

Profesor Francisco TOMAS VALIENTE (Universidad de Salamanca):	
I. <i>Historia del Derecho y Derecho</i> .....	65
II. <i>Investigación monográfica y visión de conjunto en Historia del Derecho</i> .....	68

	<i>Páginas</i>
Profesor Jesús LALINDE ABADIA (Universidad de Zaragoza):	
I. <i>Hacia una Historia paralógica del Derecho</i> .....	73
II. <i>Didáctica de una Historia paralógica del Derecho</i> .....	105
Profesor Antonio MERCHAN ALVAREZ (Universidad de Sevilla):	
<i>La enseñanza y el estudio de la Historia del Derecho en la República Federal de Alemania; problemas y soluciones actuales</i> .....	121
<b>DERECHO NATURAL</b>	
Profesor Elías DIAZ (Universidad de Oviedo):	
<i>Concepto y función actuales de la Filosofía del Derecho y del Derecho natural</i> .....	133
Profesor Alberto MONTORO (Universidad de Murcia):	
<i>Significado y función de la Teoría Fundamental del Derecho</i> .....	147
Profesor Manuel ATIENZA (Universidad de Oviedo):	
<i>Ontología jurídica y Filosofía del Derecho</i> .....	171
Profesor Benito DE CASTRO CID (Universidad de Salamanca):	
<i>Los derechos del hombre, ¿nueva disciplina en las Facultades de Derecho?</i> .....	179
<b>DERECHO POLITICO</b>	
Profesor Luis SANCHEZ AGESTA (Universidad Complutense):	
<i>El Derecho y la ciencia política</i> .....	193
Profesor Manuel RAMIREZ (Universidad de Zaragoza):	
I. <i>Ciencia política y Derecho: análisis general</i> .....	209
II. <i>Problemas y métodos en el campo de la ciencia política española actual</i> .....	215
Profesor José Luis CASCAJO CASTRO (Universidad de Salamanca):	
<i>Los supuestos jurídicos del Derecho político</i> .....	223
Profesor José Luis GARCIA DE LA SERRANA (Universidad Autónoma de Madrid):	
<i>Los intelectuales y la política</i> .....	235
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<b>PROBLEMAS GENERALES DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO</b>	
Profesor Antonio DIAZ BAUTISTA (Universidad de Murcia):	
<i>La «Introducción a las Ciencias Jurídicas» en el C. O. U. (Una experiencia docente)</i> .....	247
Profesor Mariano GARCIA CANALES (Universidad de Murcia):	
<i>Los planes de estudio de la carrera de Derecho. Algunas reflexiones críticas</i> .....	265
<b>CALENDARIO</b>	
<b>RELACION DE PROFESORES PARTICIPANTES</b>	

## PRESENTACION

*La Universidad Hispanoamericana de Santa María de La Rábida, que tiene entre sus principales misiones la de organizar Jornadas de convivencia y perfeccionamiento para los Profesores de las demás Universidades españolas, montó entre los días 27 de agosto y 5 de septiembre de 1975 las reuniones cuyas Actas recoge, en parte, el presente libro. Las condiciones técnicas de la sala donde se celebraron, y también el carácter decididamente familiar y coloquial de las mismas, desaconsejaron la retención en cinta magnetofónica de los coloquios que siguieron a la mayor parte de las conferencias y ponencias. A posteriori podemos lamentar, quizá, esta decisión, pues tales coloquios resultaron extraordinariamente jugosos y ricos en incitaciones y perspectivas; algunas de ellas fueron recogidas por los respectivos autores en la redacción definitiva de los trabajos que ahora ven la luz.*

*Las Jornadas tuvieron la novedad, respecto de las muchas que habitualmente celebran en España los docentes de las varias disciplinas universitarias, de agrupar especialistas de diversas materias; en concreto, de las cuatro que se profesan desde hace ya un cuarto de siglo en el primer curso de la mayoría de nuestras Facultades de Derecho, ajustadas al Plan de 1953. Se trata, pues, de materias esencialmente propedéuticas, con acusados componentes históricos, filosóficos y sociológicos en alianza con los específicamente jurídicos, y limadas por una ya larga tradición en cuanto a sus métodos de investigación y enseñanza. En un principio la Universidad de La Rábida proyectó, para cerrar con ello el cuadro de las disciplinas académicas que sirven de «puertas de entrada» a la carrera de Derecho, invitar también a un grupo de profesores de Economía Política, asignatura que, como es sabido, se imparte, según el Plan de 1953, en segundo curso. Sin embargo, la acusada especificidad de la materia dentro del marco de las ciencias sociales y su carácter formalmente extraño al Derecho aconsejaron consagrarle unas Jornadas independientes. Estas tuvieron ya lugar en el mes de septiembre de 1977; en ella intercambiaron experiencias sobre sus comunes problemas cientifi-*

cos y didácticos los profesores que enseñan Economía en centros universitarios no destinados a formar economistas profesionales; y principalmente, claro está, en las Facultades de Derecho, donde la Economía tiene, como es sabido, un ya antiguo arraigo y un reconocido prestigio.

Los días de convivencia (ocho lectivos y dos de descanso) reunieron, pues, a romanistas, historiadores del Derecho, constitucionalistas y iusfilósofos. Sobre todos ellos gravitaba la conciencia de su común misión en el cuadro de nuestras enseñanzas jurídicas: organizar las «estructuras de recepción», que diríamos en lenguaje sociológico, acogedoras de los jóvenes estudiantes, y llevarles de la mano desde un «COU» todavía centrado en la «cultura general», aunque ya con un sesgo específicamente humanístico y literario en el más amplio sentido de estas palabras, hasta un segundo curso decididamente profesional, en el que hace irrupción el derecho positivo vigente en España y con él los aspectos específicamente técnicos del Derecho; el curso en que el alumno abre por vez primera los Códigos, y es de esperar que también en fechas próximas la nueva Constitución política. El «primer año» tiene, pues, una delicada misión de puente, y el diálogo entre los docentes que explican precisamente en él se nos presenta como especialmente necesario. Realmente, lo singular de las Jornadas de La Rábida no fue tanto la amplitud y el carácter pluridisciplinar de la convocatoria cuanto el hecho de que en ella se haya tenido en cuenta, por vez primera, el importantísimo denominador común que supone la identidad del auditorio discente.

Aparte de los aspectos didácticos jugaron también, muchas veces en indisoluble vinculación, los estrictamente científicos; los especialistas concurrentes tuvieron la oportunidad, no siempre fácil en la ajetreada y dispersa Universidad actual, de «entrar en el taller» de sus compañeros y contrastar la semejanza, o la diferencia, de puntos de vista, procedimientos de investigación, significación de los conceptos generales y metodológicos, etc. Piénsese, por poner algunos ejemplos, en lo fecundo que puede resultar para un historiador del Derecho ver cómo piensa y trabaja un romanista, o para un constitucionalista reflexionar sobre la significación actual del derecho público romano.

Las Jornadas estaban (como lo están las del mismo tipo que ya ha organizado la Universidad de La Rábida a lo largo de los últimos años) pensadas muy principalmente para beneficio de los Profesores más jóvenes, todavía en condición de «no numerarios» o de muy reciente acceso a los cuadros permanentes de la docencia. Pero en ningún momento desempeñaron estos profesores un papel meramente pasivo y receptor, sino que contribuyeron decisivamente con sus intervenciones al buen resultado general. Así lo acreditan las ponencias de que son autores.

El número de Catedráticos y Profesores Agregados asistentes fue, por imposiciones de espacio en la Residencia y de tiempo en el número de jornadas lectivas disponibles dentro del apretado calendario de la Universidad, proporcionalmente menor. En principio, la Universidad de La Rábida se dirigió a ellos proponiéndoles algo muy sencillo, y sin duda también muy incitante y tentador para todo profesor: repensar, a la luz de los años transcurridos desde la iniciación de su carrera docente y de la experiencia cosechada en ellos, el famoso «segundo ejercicio» de nuestras viejas «oposiciones a cátedras» acerca del «concepto, método y fuentes de la asignatura»; ejercicio de curiosa inspiración krausista y cuyo origen data de los años de la Revolución de Septiembre. Los profesores invitados recibieron la

*propuesta con gusto y entusiasmo, creemos que bien reflejado en las páginas de este libro. El tiempo transcurrido desde el verano de 1975 hasta hoy y la no rigurosa exigencia de que los participantes expusieron textos inéditos ha determinado el que parte de las intervenciones ya hayan visto luz a lo largo de los últimos meses, bien en forma de libros, bien incorporadas a publicaciones periódicas, y lo mismo debemos decir de algunas de las ponencias de los Profesores Adjuntos o todavía no numerarios. Sin embargo, entendemos que la reedición conjunta puede tener utilidad, y puede, sobre todo, perpetuar y propagar el espíritu de colaboración interdisciplinar que animó las Jornadas, y aún servir de estímulo para la organización de futuros encuentros.*

*En el Calendario de las Jornadas, cuya síntesis se transcribe como epílogo del presente libro, participaron también dos Catedráticos de materias no jurídicas, pero entendemos que con grandísima incidencia en la eficacia didáctica a que debe aspirar un buen «primer año» de Derecho: don Santiago de los Mozos, de la Facultad de Filosofía y Letras de Valladolid, que habló acerca de los temas «Norma lingüístico y norma académica» y «Sobre el estado actual de la lengua española», y don Francisco Secadas, de la Universidad de Valencia, que consagró sus intervenciones a la «Psicología del universitario principiante» y a los «Procedimientos de valoración del rendimiento en la Universidad». Ninguna de estas cuatro conferencias aparecen en el presente volumen, como tampoco las pronunciadas por don Nicolás López Calera, que no llegaron a tiempo para su impresión. Sí se incluyen, en cambio, tres trabajos inéditos, que por la necesidad de acortar en dos jornadas lectivas la duración prevista inicialmente para las Jornadas, en razón del recargado programa general de la Universidad, no pudieron ser objeto de planteamiento oral y no figuran, por tanto en el Calendario: los que firman los profesores Rodrigo Fernández-Carvajal (ahora reelaborado con ampliación de perspectiva y con cierta intención introductoria) y los Profesores Mariano García Canales y Antonio Díaz Bautista. Los tres versan, como verá el lector, sobre temas específicamente didácticos.*

*Durante los meses transcurridos desde septiembre de 1975 hasta las postrimerías de 1977 ha variado la situación administrativa de algunos de los docentes colaboradores de este libro, ahora ya accedidos a la condición de Catedráticos, de Agregados o de Adjuntos numerarios. Tales variaciones son conocidas de la mayoría de nuestros presuntos lectores, y hemos creído más oportuno retener aquí las titulaciones originarias.*

Juan VELARDE FUERTES  
Rector de la Universidad de  
La Rábida



PRIMERA PARTE

**PROBLEMAS DIDACTICOS Y CIENTIFICOS  
DE LAS ASIGNATURAS DE PRIMER AÑO  
DE DERECHO**





## PROBLEMAS GENERALES DEL PRIMER AÑO DE DERECHO

*Rodrigo Fernández-Carvajal*  
*Catedrático de Derecho Político de la Universidad de Murcia*  
*y Vicerrector de la Universidad de La Rábida*

Las «Jornadas» cuyas Actas tiene aquí el lector supusieron una cierta novedad en nuestros hábitos de trabajo universitario, puesto que en ellas, y por primera vez que sepamos, convivió a escala nacional un grupo de docentes unidos entre sí por un vínculo muy estrecho, y sin embargo sorprendentemente olvidado a la hora de organizar reuniones de carácter profesional: la circunstancia de impartir todos ellos sus enseñanzas en el mismo curso universitario y tener por consecuencia como oyentes a los mismos alumnos, en esta oportunidad los jóvenes de diecisiete a dieciocho años que acceden a nuestras Facultades de Derecho. Y el hecho de ser su lugar de coincidencia precisamente el primer curso añadió a las Jornadas otras dimensiones; presente en ellas estaba el problema general de la iniciación en los estudios jurídicos y el problema específico de la configuración deseable para el primer año de la Facultad. Dedicaremos algunas reflexiones introductorias a estos dos problemas, comenzando por el acotado en último lugar.

I

¿Qué es «lo primero» en una determinada ciencia? ¿Por dónde conviene iniciar su estudio? La pregunta no admite en ningún caso una respuesta incontrovertible, y ello por dos razones, una inherente al saber en sí mismo y otra a las condiciones de los sujetos que tratan de asimilarlo. Todo saber es circular, como vieron los griegos, y su adecuada transmisión es por tanto «enkyklos paideia», u «orbis doctrinae» según la versión medieval de la misma idea; una proposición llama a la otra en un proceso de implicación recíproca, así que iniciarse en una ciencia tanto vale como insertarse, siempre un poco al asalto y al azar, dentro de una dialéctica en la que todo comienzo es a la vez conclusión. Y en segundo lugar, el orden lógico no suele coincidir con el orden pedagógico. La enseñanza de la matemática, por ejemplo, no empieza nunca con la explicación de la natura-

leza, método y divisiones de esta ciencia, sino con aprender a contar y con las más sencillas operaciones de cálculo, y tan sólo mucho más tarde es posible y útil comprender que la matemática es la ciencia de la cantidad abstracta y que ésta se divide en discreta y continua.

Este problema de la iniciación se agudiza en las ciencias sociales por la singularidad de que en todo lo humano se conjugan tres factores: hechos, valores y normas, esto es, datos de experiencia actuales y pretéritos más o menos racionalizados, perfecciones a cuyo logro apuntan tales datos y criterios de juicio mediadores entre aquéllos y éstas. Una buena introducción a cualquier ciencia social debe tenerlos en cuenta a los tres bajo pena de perder todo valor formativo general y aún toda seriedad científica, aunque lógicamente ponga énfasis en uno o en otro; así, la sociología y la historia en los datos de experiencia, la filosofía social y política en los valores y la ciencia jurídica en las normas.

Por lo que respecta a esta última nuestro primer curso de Derecho resuelve el problema con cierto equilibrio, que no tiene par en los primeros cursos de las Facultades de Ciencias Políticas y Económicas (1). El primer curso de Derecho es resultado de una experiencia pedagógica ya antigua, y a la vez, y acaso en razón de lo mismo, lo bastante dúctil en sus contenidos y formulaciones (salvo, quizá, la estricta denominación de Derecho Natural que recibe una de sus cuatro asignaturas) como para permitir la conveniente evolución.

En su configuración actual el primer año data sustancialmente del Decreto de 7 de julio de 1944 sobre Ordenación de la Facultad de Derecho, y está, por tanto, a punto de cumplir el tercio de siglo, longevidad patriarcal en nuestra época de planes de estudios efímeros. Asignaba este Decreto al primer año las mismas asignaturas que hoy lo integran, pero con la adición de la Economía Política, luego trasladada al segundo año en el Plan de 1953 para aliviar de trabajo a los principiantes y favorecer su concentración en unas pocas materias básicas (2). Con todo, el Plan de 1944 ofrece respecto del hoy vigente dos variaciones notables, pues si el Derecho Natural y la Historia e Instituciones de Derecho Romano persisten con su misma denominación, la Historia del Derecho y el Derecho Político han experimentado cambios que afectan al contenido. Mientras en 1944 se

---

(1) No considero aquí especialmente la nueva estructura del primer curso en los «planes piloto» de Sevilla y de Valencia a partir de 1965, aunque alguna alusión a ellos haré más adelante, ni la efímera aplicación del sistema cíclico a las Facultades de Derecho en 1973 («B. O. E.» de 20 de agosto). La división de la carrera de Derecho en ciclos con titulaciones separadas de «diplomatura» y licenciatura y con la consiguiente necesidad de embutir toda la materia jurídica en los tres primeros cursos, que vendrían así a tener un nivel forzosamente elemental y poco científico, es por fortuna a la hora en que se escriben estas líneas un proyecto «durmiente». Como el proyecto no responde a ninguna profunda necesidad social, sino a una mecánica aplicación al Derecho de determinado precepto de la Ley General de Educación y a la moda, hoy pasada, de las «carreras superiores cortas», creo que debemos hacer votos porque ese estado de dormición se prolongue.

(2) Tal desplazamiento justifica el que la Economía, asignatura de carácter ciertamente propodéutico y complementario, no haya estado representada en las reuniones de La Rábida. Esta ciencia plantea además en las Facultades de Derecho problemas didácticos muy específicos, que esperamos poder abordar en algunas nuevas Jornadas de Profesores a lo largo de los veranos próximos.

Posteriormente a 1953 desaparece del primer año la materia titulada «Prácticas de lectura de textos jurídicos clásicos (latinos y españoles)», únicas prácticas expresamente incluidas en el Plan y con papeleta independiente. Prescindiendo de la oportunidad o inoportunidad de esta concreta supresión, creo que la única manera de dar a las «prácticas» mayor frecuencia y formalidad de la que hoy tienen sería asignarles sustantividad propia, cuando menos en lo que respecta a las disciplinas de la carrera en las que los aspectos aplicativos tienen mayor relieve. En suma, trasladar a las Facultades de Derecho el uso establecido desde hace años en las Facultades de Ciencias.

habla de «Historia del Derecho español», en 1953 se habla simplemente de «Historia del Derecho», y desaparece la restricción de la materia a las «fuentes e instituciones políticoadministrativas» y su consiguiente desdoblamiento en dos cursos: éste de primero y otro situado en cuarto año y dedicado a la Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal. Y por lo que respecta al Derecho Político desaparecen en 1953 los tres subepígrafes correspondientes a los dos cursos primero y segundo que acotaban la materia en 1944: «Teoría de la sociedad», «Organización Política» y «Derecho Político español y extranjero» (3).

Digamos algo respecto de los antecedentes del plan actual y respecto de las correcciones que acaban de señalarse. El efímero Plan de 5 de Octubre de 1943, que sólo tuvo un año de vida y tan sólo regulaba el primer curso, incluía el Derecho Natural, el Derecho Romano y la Economía, ésta con la adición de la Estadística, pero dejaba para cursos posteriores la Historia del Derecho y el Derecho Político, cuyo lugar ocupaban en primero unos «Principios de Derecho Privado»; las omisiones, y ello no deja de ser significativo, corresponden, pues, a aquellas dos asignaturas cuyo contenido habría de experimentar variación después de 1944. Hay, en suma, dos disciplinas, el Derecho Romano y el Derecho Natural, cuyo carácter propedéutico y cuya consiguiente lógica inclusión en primer año, es constante en el plano legal desde 1943 hasta la fecha, y otras dos, la Historia del Derecho y el Derecho Político, que suscitan dudas y rectificaciones de relativa importancia. Examinemos separadamente la historia de las cuatro con vistas a fijar su función pedagógica dentro del cuadro de las asignaturas de la Facultad.

A) La de DERECHO ROMANO es, no hay que decirlo, aquélla que tiene significación propedéutica más acreditada; en el Plan Moyano de 1857, cuyo texto recoge en estas Actas el trabajo de García Canales, figura ya con la denominación de «Historia e instituciones de Derecho Romano», que es la misma del Plan de 1953. Sobre el valor formativo que aún conserva me remito a los trabajos de los profesores Torrent y Latorre; creo que en ellos está justificada su utilidad actual, y debemos felicitarnos de que se haya mantenido «como disciplina autónoma, inicial y obligatoria», sin que nuestros planificadores hayan cedido a la moda comparativista que en 1954 le hizo perder autonomía didáctica en Francia, donde hoy está anegada en una oceánica «historia de las instituciones y de los hechos sociales desde los orígenes al alba de la Edad Media» (4).

---

(3) La «Teoría de la Sociedad», correspondiente a primer año, contaba tan sólo con un cuatrimestre a razón de tres horas semanales. La «Teoría de la Organización política» tenía también un cuatrimestre, pero a razón de cuatro horas, y el mismo tiempo se consagraba al «Derecho político español y extranjero». Estas dos partes correspondían a segundo año.

(4) La pedagogía de las ciencias sociales no puede ir corriendo a la zaga de los grandes desarrollos de la investigación, por brillantes que éstos sean, como la pedagogía específica de la Jurisprudencia no puede ir corriendo, desalentada, detrás del «Boletín Oficial del Estado» y del Aranzadi. En estas carreras siempre resultará perdedora, pues la aparente homologación o adecuación es efímera; se logra quizá hoy, pero desaparece al cabo de muy poco tiempo. Su función no es recomponer a cada curso un extracto de los últimos hallazgos de la investigación o de los desarrollos reglamentarios de detalle, para cuyo enjuiciamiento suele faltar distancia y perspectiva, sino brindar orientaciones generales *actualizadas* y sobre todo formar hábitos de razonamiento. Claro que entre éstos hábitos no es el menos importante el de pensar con «esquemas abiertos», capaces de integrar la novedad y curiosos de ella. Aquí hay un

B) Si el Derecho Romano ha cumplido y aún cumple una tarea de «introducción a la ciencia técnica del Derecho», según decía el Plan Callejo de 1928(5), a cargo del DERECHO NATURAL corre la introducción filosófica, en simetría con la conclusión también filosófica de la «Filosofía del Decreto», correspondiente al quinto y último año. Esta doble función introductoria y epilodal de la filosofía jurídica es un rasgo propio de los planes de estudios españoles, salvo el paréntesis de 1931-1943, en el que el Derecho Natural desaparece en primer año y persiste tan sólo la Filosofía del Derecho en quinto. Antes de la primera de esas fechas, en 1928, el Plan Callejo había dado a la Filosofía del Derecho carácter de «disciplina fundamental e indispensable para la obtención del título de licenciado», y si bien el Real Decreto-Ley autoriza «esta denominación o la de Derecho Natural, según prefiera la Facultad», la posterior Real Orden de desarrollo consagra pocas semanas más tarde las dos a la vez, como dijimos la una en primero y la otra en quinto (6). Punto en que enlaza con planes precedentes, aunque es de observar que en lcs de 1884 y de 1900 todavía no es la Filosofía del Derecho materia de licenciatura, sino de doctorado (7).

La coexistencia de ambas denominaciones ha sido juzgada diversamente, pues la cuestión no es de simple nomenclatura. Según algunos, como el profesor Elias Díaz, la expresión «derecho natural» debe eliminarse, ya que acota y prejuzga de entrada la materia académica al suponer la tesis de la existencia de un derecho natural, y por tanto procede sustituirla por la más neutra de «Fundamentos Filosóficos del Derecho», que llegó a consagrar el efímero Plan de 1973. En sentir de otros, como el profesor Francisco Puy, se trata de una expresión lo bastante elástica como para no resultar entorpecedora. Hegel la empleó como sinónima de «Filosofía del Derecho» en el título de su famoso libro, y antes y después de él tiene un empleo múltiple en escuelas jurídicas y filosóficas muy distintas. A fortiori, si se entiende que la expresión «derecho natural» implica una cuestionable forma de postura también tendría esta implicación la misma expresión «filosofía del derecho», y habríamos, en definitiva, de sacrificar ambas (8).

Personalmente, y pasando a vuelapluma sobre tan arduo problema, me inclino a pensar que la expresión «derecho natural» es hoy válida, en cuanto recuerda y subraya la idea de que el derecho tiene una base metafísica; es, digamos, un emblema o símbolo antipositivista que conviene mantener, y las razones de conveniencia presentan una importancia radical en las ciencias prácticas desde el mismo plano lingüístico, pues el lenguaje hace y deshace realidad y tiene una directa virtualidad educadora. Ahora bien, *como título y contenido de asignatura*

---

problema de dosificación y permeabilidad entre lo antiguo y lo nuevo que el buen profesor resuelve de modo intuitivo, pero que el investigador o el práctico no específicamente vocados a la docencia complcan a veces gravemente.

Sobre lo que respecta en concreto a la aludida reforma francesa, véase Alejandro Fernández-Barreiro, *Los estudios de Derecho Romano en Francia después del Código de Napoleón*. Madrid-Roma, 1970, págs. 108 a 121. Creo que esta reforma es un perfecto ejemplo del error pedagógico que acabo de señalar.

(5) Real Decreto-Ley de 19 de mayo, tomo 109, pág. 361 de la «Colección legislativa de España».

(6) Real Orden de 1 de agosto de 1928, *ibidem*, pág. 467.

(7) El plan de 1883 introduce la enseñanza de los «Principios de Derecho Natural», que hasta esa fecha, dice el preámbulo del R. D., «bajo el impropio nombre de Prolegómenos se exponen en inexplicable concorcio con el primer curso de Derecho Romano» (pág. 444). En 1884 se cambia la expresión «Principios» por la de «Elementos» (pág. 284).

(8) *Lecciones de Derecho Natural*, tomo I, Santiago de Compostela, 1968, pág. 19 a 28.

quizá tan venerable expresión se quede corta. Lo que desde una perspectiva estrictamente pedagógica creo que necesitan los alumnos de primer año es una «Introducción al Derecho» que integre hechos, valores y normas, introducción en la que por supuesto tendría una función nuclear la teoría del Derecho Natural, pero en la que también deberían abordarse temas como el de las fuentes del derecho, la aplicación del mismo en el tiempo y en el espacio, la interpretación, la relación jurídica y sus elementos, el significado de la sociología jurídica, etc. (9). El impedimento práctico que impide la implantación de esta asignatura en España es, sin duda, la tradición de la «parte general» del Derecho Civil, situada desde hace mucho tiempo en segundo año y que vendría a cubrir el hueco de la inexistente introducción al derecho; se trata, como es sabido, de una elaboración alemana, enraizada en Savigny, importada a España por Sánchez Román y Valverde y generalizada por la escuela de Clemente de Diego (10). La «parte general» ha producido entre nosotros tan excelentes frutos como el primer tomo del Tratado de Federico de Castro, pero desde el punto de vista didáctico presenta dos inconvenientes: primero, el enfocar los temas introductorios desde una perspectiva privatista, cuando tales temas importan tanto al derecho privado como al público, y segundo, su tardía incardinación en segundo año, lo cual obliga a los profesores de primer año, y aún a los de segundo en los primeros meses del curso, a anticipar ciertas nociones elementales (fuentes, jerarquía de normas, distinción entre derecho privado y derecho público, etc.), con yuxtaposiciones y reiteraciones eñojosas, ya que el Derecho Natural, tal como hoy se concibe, tan sólo brinda conceptos filosóficos y no conceptos iuspositivos y técnicos (11). Don Nicolás Pérez Serrano solía lamentar en su cátedra, bajo la vigencia del Plan de 1931, la inexistencia de una asignatura propedéutica que le aliviara de la necesidad de explicar el concepto de derecho y demás conceptos básicos al abordar en segundo año la enseñanza del Derecho Político. La reintroducción del Derecho Natural a partir de 1944 tan sólo ha remediado en parte este defecto.

C) El Plan Gamazo de 1883, tan importante en la evolución de nuestros jurídicos, implanta la disciplina de «HISTORIA GENERAL DEL DERECHO ESPAÑOL», situada en segundo curso y obligatoriamente precedida de «Elementos de Derecho Natural» e «Instituciones de Derecho Romano» (12).

Se piensa, pues, de entrada, que es necesario un mínimo de preparación filológica y dogmática para abordar la perspectiva jurídico-histórica, pero luego, en fecha que no podría puntualizar (13), la Historia del Derecho desciende a primer

(9) El libro de Claude Du Pasquier *Introduction a la théorie générale et a la philosophie du Droit*, Neuchâtel, 1937 (cuarta edición en 1967) es la mejor obra de este carácter que conozco. Valdría la pena traducirla al español, aunque ya sea un poco antigua, sustituyendo con resúmenes de sentencias del Tribunal Supremo sus jugosas «ilustraciones jurisprudenciales» extraídas del derecho suizo.

(10) Véase Federico de Castro, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1955, pág. 147.

(11) El «Plan piloto» de Valencia de 1965 ha intentado obviar el segundo inconveniente bajando la parte general del Derecho Civil a primer curso, pero recargando quizá excesivamente el contenido de éste.

(12) R. D. de 2 de septiembre de 1883 en conexión con el de 14 de agosto del año siguiente (*Colección legislativa de España*, tomo 131, pág. 442 y tomo 133, pág. 279). Formalmente figura en el tercer «grupo o curso», pero el primero corresponde al antiguo «preparatorio» constituido por asignaturas de la Facultad de Filosofía y Letras. Este «preparatorio» perduraría hasta la reforma de 1943.

(13) La complicada historia de los Planes de estudios de las Facultades de Derecho aún está por hacer, y aquí no pretendo sino esbozar las grandes líneas referentes al primer año. Esta historia, sobre todo si se completara con el examen en profundidad de los libros de texto nacidos al calor de los

año, con lo cual se convierte en materia de iniciación. En primer año figura desde luego en el Plan Callejo de 1928 y en el Plan provisional de la segunda República de 1931 (14), y en primer año la repone el Plan vigente de 1953 después de la solución ecléctica que, como antes vimos, consagra el Plan de 1944, con la división de la materia en dos cuatrimestres situados respectivamente en primero y en cuarto años. Al primer año se asignaba en aquel Plan el estudio de las fuentes y de la historia de las instituciones político-administrativas, sin duda por considerarlo más accesible a los principiantes, y al cuarto el estudio de los demás sectores del ordenamiento jurídico. Sectores más tecnificados, cuyo abordaje en perspectiva histórica es seguramente más fecundo al final que al principio de la carrera, cuando ya el alumno los ha contemplado en perspectiva actual y dogmática.

Tales vacilaciones sobre la función de la Historia del Derecho dentro del organismo de los estudios jurídicos son reflejo en el plano didáctico de la doble luz bajo la que puede situarse esta ciencia, para unos disciplina histórica y para otros jurídica (15). Si es disciplina histórica puede y debe abordarse su estudio de entrada, y si es jurídica convendrá demorarlo hasta que se tenga una cierta familiaridad con el sistema jurídico vigente; digamos que la investigación de las raíces en el tiempo es más provechosa cuando ya se conocen los frutos. Sin entrar a fondo en el tema, lo que sería temeridad en un no especialista, pienso que la mejor solución estaría en retornar a una bipartición de la materia entre el primer año y el cuarto o quizá el quinto, pero con criterio de distribución diferente al de 1944, que no me parece tenga base de apoyo sólida (16). En el primer año se estudiarían las fuentes y en directa conexión con ellas se caracterizarían, al hilo de los grandes períodos históricos, las sucesivas «culturas jurídicas», y en el cuarto o quinto se haría una exposición más técnica de la evolución de los principales institutos jurídicos, privados y públicos. En suma, la historia del derecho recibiría y despediría a los alumnos de nuestras Facultades, compartiendo el privilegio del que hoy disfruta la filosofía (17).

Otra particularidad notable es la pérdida del adjetivo «español», que calificaba hasta 1953 la Historia del Derecho. ¿A qué debemos atribuirla? En nuestro mundo académico circulan dos versiones: una anecdótica, según la cual hay que achacarla a un puro error mecanográfico, y otra de más calado según la cual se trata de una omisión deliberada, que abre la puerta a la posible conversión de la asignatura en un panorama comparativo y conjunto de las diversas tradiciones jurídicas europeas. De hecho, me parece que se sigue explicando en todas las facultades historia del derecho *español*, aunque algunos profesores, como Joaquín Cerdá, hacen frecuente referencia a los demás países occidentales.

---

sucesivos Planes, podría tener un evidente interés para estudiar la mentalidad corporativa de los juristas, tan influyentes en los destinos nacionales durante la Restauración y primeras décadas del siglo XX.

(14) *Colección legislativa*, tomo 126, vol. 4.º de 1931, pág. 111.

(15) Véase en la primera conferencia del profesor Lalinde el epígrafe titulado «La Historia del Derecho como saber bifronte».

(16) No es aconsejable segregar en el plano histórico general las instituciones político-administrativas de las instituciones jurídico-privadas. ¿Cómo explicar la monarquía feudal, por ejemplo, sin hacer referencia a los regímenes de propiedad y de sucesión?

(17) Esta es la solución del Plan de Valencia. La Historia del Derecho se imparte en primer curso, y en quinto se estudia «Historia del Derecho Público» en la rama de Derecho Público (Grupo A) e «Historia del Derecho Privado» en la de Privado (Grupo C), siempre como disciplinas obligatorias.

D) La asignatura de DERECHO POLITICO tiene una prehistoria en la que sería inoportuno demorarse (18). En 1842 todavía es autónoma; en 1847, rubricada como «Derecho Público», forma bloque con el Derecho Administrativo, y así continúa hasta 1900. El Plan Gamazo de 1883 la incrementa incluso con «nociones de lo contencioso, aunque también dobla la intensidad de la enseñanza, puesto que a partir de entonces ese complejo de materias se explica en dos cursos. Afortunadamente, el apéndice de «lo contencioso» es eliminado al año siguiente por las rectificaciones que el nuevo ministro de Fomento, Pidal y Mon, introduce en el Plan Gamazo (19). Así que hasta 1900 se explican Derecho Político y Administrativo en segundo y tercer año de carrera (20), con clase diaria, y me imagino que con repartición de tiempo equitativa: los textos de Derecho Político que aparecen en esas décadas (el de Santamaría de Paredes ya en 1882, el de Posada en 1884, el de Mellado en 1891 y el de Gil y Robles en 1896) son relativamente extensos y parecen concebidos para su estudio a lo largo de todo un curso. Luego, en 1900, se separan, como dijimos, el Derecho Político y el Administrativo, para cuya enseñanza se dotan cátedras independientes, y el Derecho Político pasa a denominarse «Derecho político español comparado con el extranjero», título que supone dos novedades. En primer lugar la recuperación del adjetivo «español», existente ya en planes anteriores pero omitido en el Plan Gamazo, y en segundo lugar la prescripción del estudio comparativo, que justifica la Exposición del Real Decreto en razón de «la solidaridad que, por numerosas causas, es cada día mayor entre todas las naciones y el sistema de libertad que en materia de extranjería por todas partes impera» (21).

Ni en este Plan ni en los precedentes el Derecho Político es asignatura de primer año, sino de segundo, y así continúa, con seis horas semanales, en los Planes de 1928 y de 1931, que le devolverían su abreviada y antigua denominación de Derecho Político (22). Pero el Plan de 1943 ya insinúa el desdoblamiento, pues los Principios de Derecho Público que se implantan en primer año vienen de hecho a ser un primer curso de Derecho Político, y en 1944 ese desdoblamiento se afianza al incluirse en el segundo cuatrimestre del primer año tres horas semanales específicamente dedicadas a la «Teoría de la sociedad». A partir de este momento, e ininterrumpidamente hasta hoy, el Derecho Político pasa a ser materia de primer año sin perjuicio de continuar también en segundo. Se trata, como es bien sabido, de la única asignatura así dispuesta, y ello tiene una consecuencia de suma importancia para los profesores que la explicamos: el número de alumnos es muy superior al de cualquiera otra asignatura de la Facultad, por ser los dos primeros años los de más recargada matrícula.

Las fluctuaciones de contenido y de ubicación cronológica reseñadas son reflejo del propósito de formación política integral con que la ciencia del Derecho

---

(18) Véase sobre este punto la obra de Carlos Ollero *Estudios de Ciencia Política*, Madrid, 1955, págs. 125 a 149. También Angel Garrorena, *El Ateneo de Madrid y la Teoría de la monarquía liberal*, Madrid, 1974, págs. 14 a 26.

(19) Lo contencioso-administrativo pasa entonces a integrarse en el Derecho procesal.

(20) Formalmente en tercero y cuarto «grupo» o curso, pero el primero corresponde al antiguo «preparatorio».

(21) R. D. de 2 de julio de 1900, *Col. legislativa*, págs. 122 y 120.

(22) R. D. L. de 1 de julio de 1928, *Col. legislativa*, págs. 361 y 467, y D. de 11 de septiembre de 1931, *ibidem*, tomo 126, vol. 4.º, pág. 111.

Político nace en los años de la revolución constitucionalista durante la primera mitad del siglo XIX, y de su ulterior condición de receptáculo de muchos y diversos saberes políticos, miembros desgajados de la tradicional y unitaria ciencia política aristotélica, que va atrayendo hacia sí a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX; fuerza atractiva muy intensa en España, pues tan sólo el Derecho Político, entre las varias disciplinas cuyo objeto es la política, llega a tener aquí carta de naturaleza académica antes de la creación de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas en 1945 (23).

Estas dos sucesivas orientaciones, la constitucionalista y la enciclopédica, infunden a nuestra ciencia del Derecho Político una vibración caleidoscópica. En una primera etapa, correspondiente al primer tercio del siglo, el Derecho Político está ligado al «Derecho natural y de gentes» dieciochesco y a la Constitución de Cádiz. Luego, a partir de 1836, vive una doble vida brillante y opaca, aquella en la famosa Cátedra del Ateneo de Madrid, cuya historia ha trazado recientemente Angel Garrorrena, y ésta en una gris teoría de textos universitarios. La primera es corta, pues el último curso ateneísta es el que profesa Pacheco en 1847; la segunda languidece hasta los años ochenta sin más excepción notable que el *Derecho Político según la Historia de León y de Castilla* que publica Colmeiro en 1873. En esta época el Derecho Político universitario tiene dos principales rasgos: su limitación a las instituciones nacionales y su orientación histórica. Más tarde, en los años de la Restauración y sobre todo como consecuencia del Plan Gamazo de 1883, el Derecho Político se hace más cosmopolita y más teórico, y abandona los aspectos históricos nacionales a beneficio de la nueva Cátedra de Historia General del Derecho Español (24).

De estos años data la preocupación por convertir al Derecho Político en una enciclopedia política de orientación filosófico-jurídico-histórica (Santamaría de Paredes) o en una integración de Filosofía del Derecho Político, Historia del Derecho Político y Filosofía de la Historia del Derecho Político (Posada en su obra primeriza de 1884 *Principios de Derecho Político*, pág. 184). El problema de la visión conjunta de los hechos, de los valores y de las normas, que rebrota una y otra vez en la enseñanza de las ciencias sociales, queda así planteado en nuestra disciplina, y Posada lo resolverá algo confusamente a partir de 1894 mediante la división del Derecho Político en dos tramos, para cada uno de los cuales reserva un tomo de su Tratado y que respectivamente titula «Teoría del Estado» y «Derecho Constitucional comparado». La Teoría del Estado viene a ser una parte general filosófico-jurídico-sociológica y el Derecho Constitucional una parte especial destinada a exponer los principales sistemas constitucionales extranjeros y el sistema español, este último con cierta insuficiencia y no tratado más a fondo que los anteriores, contra lo que parecería natural. Da la impresión de que Posada y

---

(23) La Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid se convierte a partir de 1900 en «Facultad de Derecho y Ciencias sociales», con el declarado propósito de cultivar «la Política», además de la Jurisprudencia, y de formar no tan sólo «jurisconsultos», sino «estadistas». Pero el Plan de la nueva Sección de Ciencias Sociales es decepcionante, pues sólo comprende cuatro asignaturas nuevas, ninguna de las cuales corresponde a la ciencia política *strictu sensu*: Derecho común de España comparado con el foral, Derecho Penal y Antropología criminal, Historia de las doctrinas económicas y Asociaciones mercantiles e industriales. Véase la *Colección legislativa*, R. D. de 2 de agosto de 1900, págs. 124 a 129.

(24) Este abandono todavía no se manifiesta en la obra de Santa María de Paredes, cuya primera edición data de 1882 y se titula *Curso de Derecho Político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*.



demás autores, conscientes de la endeblez e inautenticidad de aquel, no lo consideran «materia noble» y digna de profundización, sobre todo después de haberse recreado en temas tan «clásicos» como el Parlamento inglés o la Constitución americana (25).

Así planteada la asignatura resultaba ciertamente extensa, y estaba clamando por el desdoblamiento en dos cursos finalmente consumado en 1943 y 1944. Tanto más cuanto que a partir de estos mismos años, y con intensidad creciente, recae sobre ella la tarea suplementaria de introducir a los alumnos en el estudio científico de la sociedad; ello ocurre porque a través de la Teoría del Estado los especialistas de Derecho Político habían llegado a adquirir una información y una sensibilidad sociológicas comparativamente superiores a las de los demás juristas. De suerte que en la antesala de la parte general denominada «Teoría del Estado» («Teoría de la organización política» en 1944) brota una especie de «parte generalísima» a la que el Plan de 1944 otorga reconocimiento oficial y titula «Teoría de la Sociedad». Pero de hecho (y sobre todo desde que el Plan de 1953 borra, como ya señalamos, las denominaciones específicas de las materias correspondientes a cada cuatrimestre) esta Teoría de la Sociedad deriva pronto, según la inclinación más o menos filosófica o empírica de los docentes, hacia la historia de las ideas políticas o hacia la sociología. Y a partir de los últimos años cincuenta la «Political Science» anglosajona, bien directamente o bien bebida en fuentes francesas, viene a instalarse en este terreno ya abonado.

Como consecuencia de estas sucesivas accesiones el Derecho Político resulta hoy una construcción abigarrada, que combina el enfoque sociológico con el filosófico y el jurídico en proporciones muy variables según las Facultades; el primero tiene primacía y se beneficia de la moda intelectual, el segundo está afectado del relativismo historicista dominante y el tercero figura en lugar precario, hasta tal punto que los más sustanciales temas del Derecho público general, y especialmente los relacionados con la función legislativa, han pasado a ser campo propio de los administrativistas. Cabe esperar que la reforma política actualmente en curso dé mayor importancia a este tercer enfoque, ya que a través de las discusiones parlamentarias y de la posible implantación de un sistema de justicia constitucional las normas fundamentales van a entrar en el juego dialéctico de las interpretaciones contradictorias, juego que postula el empleo de técnicas jurídicas.

En todo caso, el Derecho Político es quizá entre las cuatro materias de primer año la que plantea mayores perplejidades al profesor a la hora de redactar su programa.

¿Qué conclusiones se siguen de este examen de las cuatro asignaturas? No creo que ninguna de las que voy a proponer sea axiomática, pues en materia pedagógica no hay axiomas, y seguramente parecerán tímidas a los partidarios de «re-

---

(25) Este distanciamiento respecto de las propias miserias, entre pseudoelegante y patrióticamente dolorido, se prolonga hasta nuestros mismos días y ha sido casi endémico durante los cuarenta años últimos. Desde luego que unas realidades políticas tan singulares como las españolas no encajan muchas veces dentro de los conceptos científicos preestablecidos; pero esto no debería de haber sido sino un estímulo para crear conceptos capaces de captarlas. Cuando los peces se nos escapan de la red lo que procede es tejer otra distinta, no renunciar a pescar.

formas radicales». Si efectivamente lo son es porque en mi sentir el plan de estudios es un mero instrumento, y como todo instrumento está condicionado a la destreza de los ejecutantes, esto es, a nuestra competencia científica y docente. Así que donde los profesores tenemos que operar con radicalidad, en el sentido de descender a la raíz, es dentro de nosotros mismos, a través de empresas como ésta de las «Jornadas de La Rábida» u otras semejantes. Dejemos las revoluciones periféricas y formales —que rara vez llegan a serlo de verdad— para el generoso arbitrio de los alumnos; *un simple cambio de Plan de estudios nunca cambia nada*.

- 1.<sup>a</sup> Me parece que conviene de todo punto no incrementar el número de disciplinas. Nuestros alumnos (luego volveré sobre la cuestión) vienen muy inmaduros del Bachillerato, y cuatro son bastantes. La regla áurea de las veinte horas de clase semanales para las Facultades humanísticas resultaría inevitablemente infringida si las asignaturas fueran más, pues no es aconsejable introducir en primero materias con menos de cuatro horas semanales, incluidas lecciones magistrales y prácticas. La sola habituación al estilo personal de cada profesor y el captar el hilo expositivo de su programa exigen a los diecisiete años un «rodaje» mucho más prolongado del que los adultos solemos juzgar necesario.
- 2.<sup>a</sup> La redistribución de asignaturas entre unos cursos y otros no tiene, por descontado, ninguna virtualidad mágica. Con todo, me parece aconsejable situar en primero una Introducción al Derecho concebido al estilo del antes citado libro de Du Pasquier, a la vez iuspositivo y iusfilosófico. Esta Introducción puede lograrse o bien bajando la «parte general» del Derecho Civil a primero (solución del Plan de Valencia, aunque éste deja subsistente el «Derecho Natural») o bien remodelando el Derecho Natural según expliqué antes. Cualquiera de los dos caminos sería bueno. El primero demanda a nuestros civilistas una reflexión sobre los fundamentos metafísicos del Derecho y un replanteamiento de bastantes conceptos iuspositivos en función de las peculiaridades propias del Derecho público (26); el segundo, la persuasión en nuestros iusfilósofos de que nunca lucen más la necesidad y utilidad de la filosofía para las ciencias normativas que cuando el mismo profesor muestra a los alumnos la conexión entre los dos planos teórico y práctico. Sin esta conexión el Derecho Natural correrá siempre el riesgo de ser un cuerpo extraño, un islote especulativo perdido allá el principio de la carrera sobre el que no se cosecha luego ningún fruto (27).

---

(26) Así, habrían de ampliar la doctrina de las fuentes del Derecho, las teorías del derecho subjetivo y del negocio jurídico, etc. Convertir, en suma, la «parte general» del Derecho civil en una «parte general» de todo el Derecho, pero dejando, desde luego, para segundo año el Derecho de la persona, lo que permitiría (véase la nota siguiente) un más cumplido desarrollo de los «derechos de la personalidad». Esto ya lo vienen procurando, de hecho, nuestros civilistas: «En alguna medida, en nuestra tradición jurídica la introducción al Derecho civil —la llamada parte general— constituye una auténtica teoría general del derecho positivo» (L. Díez Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pág. 31). Pues bien, no se trataría más que de ensanchar esa «medida».

(27) Hoy día, los profesores de Derecho Natural suelen buscar practicidad y concreción introduciendo en su asignatura los llamados «Derechos naturales, concretos». Comprendo la importancia de la

Cabe también, en fin, una solución salomónica: retornar a la división cuatrimestral de 1944 y confiar un primer cuatrimestre de Derecho Natural o Fundamentos filosóficos del Derecho a los profesores de Derecho Natural y otro segundo de Introducción al Derecho Positivo a los profesores de Derecho Civil. Ello exigiría cuidar el ensamblaje de ambos programas con vistas a evitar toda solución de continuidad.

- 3.<sup>a</sup> Me atrevo a pensar que la Historia del Derecho debería desdoblarse en dos cursos según la línea de división que señalé antes, lo cual no impediría abrir una opción, como en el Plan de Valencia, entre Historia del Derecho Privado e Historia del Derecho público, situadas ambas en cualquiera de los cursos finales de la licenciatura (28). Esto permitiría hacer ver a los alumnos, al menos sobre algunos ejemplos selectos, el valor que tiene la historia para la depuración o fusión de la dogmática, valor sólo apreciable en los últimos cursos, cuando ya se ha recorrido casi toda la enciclopedia jurídica, y que apenas tienen tiempo de mostrar los profesores de las diversas asignaturas de Derecho público o privado, urgidos como están por el acabamiento de sus programas. Hoy día el «fundente histórico», para emplear una expresión de García de Enterría, está casi tan sólo presente en los tratados extensos, con los que la inmensa mayoría de los alumnos no toma contacto: por ejemplo, en el *Derecho Civil de España* de Federico de Castro, cuya es esta precisa justificación de la utilidad técnica de la historia: «los términos jurídicos, nacidos en determinadas épocas e influenciados en su significado por las distintas corrientes filosóficas, no pueden comprenderse bien sin tener en cuenta su origen y el alcance que se les ha dado en las distintas escuelas; pero no debe olvidarse que a la ciencia jurídica lo que le interesa es precisar el sentido técnico de sus conceptos»; para ello, «es necesario considerar de modo crítico su historia dogmática, desembarazando de prejuicios su estudio, manera única de poder lograr un concepto útil para la ciencia» (29).

---

materia, pero su tratamiento en primer año me parece prematuro; lo que importa esencialmente en estos derechos es su articulación positiva y técnica, base para su defensa procesal. El ideal sería llevar el examen de la mayoría de ellos al primer curso de Derecho Civil como «derechos de la personalidad»; un primer curso exonerado de la función introductoria que hoy cumple mediante esa conversión de la «parte general» en «Introducción al derecho positivo» a la que me acabo de referir. Otros deben estudiarse en Derecho Político, 2.º (Derecho Constitucional).

(28) Diré aquí dos palabras, aunque sea saliéndome del tema, respecto del asunto de las ramificaciones o «grupos» en nuestra Facultad. ¿Procede incluir en el período de licenciatura la especialización, o más bien mantener la carrera con un propósito de formación general y unitaria, al modo establecido hasta ahora en todas las Facultades, salvo las de Sevilla y de Valencia? Me inclino a la segunda solución, que no por ser tradicional deja de ser también actualísima. La implicación entre todas las ramas del Derecho es patente, y va en aumento; la dicotomía entre Derecho Público y Derecho Privado hace hoy quiebra, y tiende a ser sustituida por un «derecho común» aplicable a todas las ramas jurídicas (véase sobre esta cuestión el excelente libro de Martin Bullinger *Derecho Público y Derecho Privado*, que acaba de editar en español el Instituto de Estudios Administrativos). En estas condiciones la ramificación parece regresiva; nuestra Facultad debe tender, como la de Medicina, a formar «generalistas». Esto no quita para que se franqueen, pero tan sólo en cuarto o en quinto, algunas opciones, y una de ellas podría ser la que se propugna entre la Historia del Derecho Público y la Historia del Derecho Privado.

(29) *Derecho Civil de España*, tomo II, Madrid 1952, pág. 20. El comentario transcrito lo hace el autor a propósito de los conceptos de «persona» y de «personalidad».

- 4.<sup>a</sup> Aparte de su función propia de explicar las normas que regulan la organización básica, actividades principales y límites del poder del Estado, todo lo cual es más bien materia del segundo año, el Derecho Político cumple en primero la importante función adicional de iniciar en el conocimiento de la realidad social. En puridad, cualquiera de las otras tres asignaturas podría asumir este papel, pero hay razones de peso que aconsejan el que ella corresponda al Derecho Político precisamente. Lo preocupante es que por una especie de inversión final estas razones quedan, de hecho y según veremos, invalidadas.

El Derecho Político nos pone en contacto con la institución política o Estado, esto es, en aquella colectividad a cuyo cargo corren las que podríamos llamar «ultimidades de lo social». Todo orden social supone la adopción de determinadas decisiones o la ejecución de determinadas tareas de suma importancia, para las que es consecuentemente necesario acudir a métodos especialmente relevantes: acuerdo de la mayoría de los ciudadanos o de sus diputados, monopolio y despliegue de la fuerza, movilización de una suprema instancia individual o colegiada contra la que no cabe apelar. El elenco y el contenido sustancial de estas decisiones y tareas varían enormemente a lo largo de la geografía y de la historia; la propia creación del Derecho es unas veces obra de la institución política y otras de la sociedad. En todo caso, rasgo común a todas ellas es que comprometen el bien común de la colectividad en grado extremo, y toda situación extrema pone a prueba el organismo en que se plantea y sobre cuya totalidad repercute, y saca a flor su estructura esencial. Nada más oportuno, en consecuencia, que atalayar precisamente desde estas ultimidades el panorama completo de la realidad social (30).

De aquí que casi insensiblemente, pero en realidad a impulsos de una profunda lógica, el estudio de las normas reguladoras del Estado tienda a complementarse con una especie de *hinterland* constituido por el estudio de la sociedad. Ahora bien, el problema pedagógico del Derecho Político en España estriba en que este acceso a lo social desde el plano político suele acabar invirtiendo su dirección originaria; el profesor se recrea de tal modo en la teoría de la sociedad o en la sociología empírica que las constituye en centro y razón de ser de la disciplina, y la política es nivelada al rango de un sector social más, y no realzada, o apenas si realzada, a su propio relieve y singularidad. De esta suerte, lo que habría de ser punto de llegada pasa a serlo de partida; y al no ver en la política una «escatología», sino un epifenómeno resultante del juego de las fuerzas sociales y econó-

---

(30) Naturalmente, esto no quiere decir que la actividad política no tenga raíces en otros sectores y se nutra de su propia sustancia. En rigor *no tiene propia sustancia*, pues la fuerza que la impulsa es unas veces económica, otras espiritual, otras psicológica, etc. Dicho de otra manera: la decisión de calificar a determinado problema social como último —como político— y el criterio aplicado para su resolución brotan de fuentes muy complejas y diversas, sin que tenga sentido constreñirlas a una sola; el dogma marxista según el cual «en último análisis» la economía es el factor determinante no tiene ni más ni menos justificación que el dogma espiritualista según el cual «en último análisis» se encontraría la religión. Lo que caracteriza a toda situación humana es su ambigüedad fundamental, y el iluminar en la medida posible esta ambigüedad, discriminando y sopesando sus diversos y mudadizos componentes, es la tarea sin fin de las ciencias sociales.

micas, queda embotada la sensibilidad jurídica, esto es, la facultad de estimar en su real importancia las normas de conducta según las cuales esas ultimidades se plantean y resuelven y aún las normas orgánicas que definen el estatuto del Estado. A la postre, el Derecho Político acaba convirtiéndose en un cuerpo extraño dentro de la Facultad de Derecho; una disciplina tan sólo nominalmente jurídica en la que los valores y las normas, la especulación filosófica y la construcción técnica, tan sólo son objeto de apresurado y tardío examen allá en las postrimerías del curso de Derecho Constitucional (31).

Como se ve, y no creo que me lleve a tal conclusión mi propia profesionalidad, el Derecho Político presenta dificultades didácticas de envergadura para cuya solución hay que repensar a fondo todas sus partes.

## II

El problema genérico de la iniciación en los estudios universitarios se resuelve en dos cuestiones: la del pobre dominio del lenguaje y la del exiguo caudal de conocimientos jurídicos, o cuando menos «parajurídicos», con que llegan nuestros bachilleres a la Facultad.

La primera cuestión es vieja y grave, y la planteaba así, ya en 1922, Américo Castro con referencia a las Facultades de Derecho y de Filosofía y Letras: «el estudiante universitario, en general, no tiene habilidad sino para la conversación descosida, violenta y desordenada; una exposición clara, fina, metódica, de cualquier cosa que no sea repetición de memoria, le cuesta verdadero esfuerzo» (32). No sé si la renovación pedagógica propiciada por la Ley General de Educación remediará esta lacra, y si nuestro juicio podrá ser por tanto menos negativo en torno a 1980, cuando lleguen a nuestras aulas los primeros alumnos procedentes de la nueva E. G. B. y del nuevo Bachillerato. El caso es que, hoy por hoy, las cosas están muy mal. Ese bien mostrenco que debería de ser el lenguaje no es de hecho poseído por nuestros alumnos de primero, y ello nos obliga a los profesores metidos en el tajo de este curso, que es en lo universitario algo equivalente al período de instrucción de reclutas en lo militar, a plantearnos un dilema penoso: fingir que nuestros alumnos nos entienden desde el primer día de clase y son capaces de seguir una lección magistral, cuando de hecho esto no ocurre más que con respecto a un pequeño porcentaje (33), o resignarnos a gastar horas y

(31) El peligro de convertirse en «cuerpo extraño» dentro de la Facultad es comparable al que acecha al Derecho Natural; éste por poner excesivo énfasis en los valores y el Derecho Político por ponerlo en los datos. Claro que la moda sociologista hace que el escollo de los datos (más o menos racionalizados) sea también propio de los filósofos del Derecho.

No tengo que aclarar que muchos de los profesores de ambas materias son conscientes de estos riesgos y procuran sortearlos. Se trata de una especie de «tendencias objetivas» de las que creo que debemos ser máximamente conscientes.

(32) *La enseñanza del español en España*, 2.ª edic. Madrid, 1959 pág. 66.

(33) Los resultados del primer examen trimestral, inmediatamente antes de las vacaciones, me hundían en cierta infelicidad periódica, que destiñe, año tras año, sobre la «feliz Navidad». Creo que muchos profesores de primer curso compartimos esta sensación.

horas, lápiz rojo en mano, en las más elementales tareas de corrección de faltas gramaticales y lógicas.

Los lingüistas y pedagogos especializados tienen aquí la palabra. ¿Existen atajos por los cuales pueda ponerse a un alumno de diecisiete a dieciocho años en posesión de un lenguaje amplio y preciso? ¿Qué tipo de ejercicios serían aconsejables?. Por mi parte, accedería gustoso a acortar en un trimestre la enseñanza del Derecho Político, aún siendo materia extensa y difícil de condensar, si el tiempo vacante fuera dedicado a este adiestramiento lingüístico; accedería en la seguridad de que el ritmo de la explicación podría ser luego infinitamente más rápido y los resultados finales más fecundos (34).

La segunda cuestión plantea a nuestra Facultad un problema singular, creo que específicamente distinto del problema genérico de la conexión entre Bachillerato y Universidad.

Quienes aprobado el COU y pasada la prueba de acceso se matriculan en Letras o en Ciencias saben ya, de antemano, con que se van a encontrar en la Universidad: con unas asignaturas que continúan, a nivel superior, las materias ya estudiadas a nivel medio. Los métodos de exposición y de trabajo son quizá nuevos, pero el contenido es sustancialmente semejante. El incipiente jurista, en cambio, pisa un umbral desconocido, y experimenta durante los primeros meses una sensación de desconcierto, apenas atenuada por el carácter de tránsito que tiene, con todo, el primer año, al menos en el vigente Plan de 1953; desconcierto que culmina en segundo año, cuando aparecen esos libritos enjutos que son los Códigos, en los que el lenguaje alcanza un grado de tensión y de rigor al que no está en absoluto acostumbrado (35).

---

(34) Anoto aquí por vía de sugerencia e información los «ejercicios posibles» que propone para el COU, a partir del curso 1975-76, una muy reciente Resolución de las Direcciones generales de Ordenación educativa y de Universidades, que desarrolla la disposición transitoria cuarta de la Orden de 22 de marzo de 1975:

1. Transformaciones gramaticales.
2. Ejercicios de léxico y semántica.
3. Examen de léxico culto.
4. Crítica de errores lingüísticos.
5. Estudio de textos no literarios.
6. Estudio de textos literarios.
7. Ejercicios de reducción y amplificación de textos escritos. Resumen de textos orales.
8. Guiones de composición escrita y de disertación oral.
9. Composiciones escritas y disertaciones orales.

Esta Resolución advierte que la enseñanza teórica de Lengua Española en el COU «no debe rebasar la tercera parte del tiempo del total de las clases», y propugna el método activo y la autocorrección personal y de grupo. Los tipos de ejercicios reseñados son, dice la Resolución, «aptos para convertir la clase en un trabajo vivo y apasionante». ¡Ojalá nos llegue pronto al primer año de Derecho algo de esta vida y de esta pasión! Entre tanto, creo que en las propias Facultades deberíamos poner remedio. Por ejemplo, consagrando íntegramente las horas del primer trimestre reservadas para prácticas a un plan de ejercicios inspirados en la relación antes transcrita, ejercicios que versaran sobre textos y composiciones que *sin ser todavía técnico-jurídicos* tuvieran alguna conexión general con las ciencias sociales. Los Institutos de Ciencias de la Educación (organismos cuya relación con nuestras Facultades han sido hartamente esporádica, y en algunos Distritos nula) podrían encomendar la preparación y realización de este plan de prácticas a un profesor de Lengua española y a otro de Derecho.

(35) Faltan en nuestras librerías, y el hueco es grave, vocabularios jurídicos elementales por la traza de los que existen en otros países.

Las razones por las que el Bachillerato no brinda, o apenas brinda, anticipos que pongan en la pista de lo que es el Derecho son fundamentalmente históricas. La Universidad medieval comprendía, como es sabido, tres «Facultades mayores» de contenido definidamente profesional —Teología, Jurisprudencia y Medicina— y una «Facultad menor», la de Artes, de carácter introductorio a las otras tres, y a la que fueron a parar dos cometidos muy diversos: servir de marco o cobijo para los saberes extraprofesionales, no reducibles a las tres Facultades mayores, y cuidar de la preparación de los estudiantes más jóvenes, necesitados de una preparación puramente científica y desinteresada. Con lo cual la Facultad de Artes vino a ser a la vez el tronco de las actuales Facultades de Ciencias y de Filosofía y del actual Bachillerato, y de aquí que entre aquellas y éste exista aún hoy una sensible proximidad, reforzada por la circunstancia de que, en buena parte, esas Facultades se consagran a formar profesores de Enseñanza Media; y de ellas se nutrian además, muy principalmente, los tribunales del antiguo examen de Estado, del posterior examen del preuniversitario y creo que también de las pruebas de acceso hoy existentes.

Al margen quedan, pues, extinguidas las antiguas Facultades teológicas, las Facultades de Medicina y de Derecho. Entre ellas y la enseñanza media apenas si existe contacto, y ni las materias médicas ni las jurídicas tienen entrada, o la tienen muy precaria, en los programas de esta última. De aquí que tanto médicos como juristas cultivemos, incluso haciendo del defecto virtud, un cierto despego hacia lo puramente pedagógico, despego que es común, ciertamente, a toda la Universidad moderna, siempre inclinada a definirse como trasmisora de la ciencia en tanto «espíritu objetivo» y desdeñosa de la formación humana general, pero que en esas dos antiguas Facultades mayores tiene más gravedad. Piénsese en el divorcio casi total que hoy existe (las excepciones se pueden contar con los dedos) entre los «ICES» y los Departamentos de Medicina o de Derecho (36).

No han faltado algunos intentos de incluir la Jurisprudencia en el Bachillerato. Así, la asignatura «Rudimentos de Etica y Derecho», integrada dentro del Plan de 1903 y que perdura hasta 1925, y en parte cierta sustancia jurídica tiene, ya después de 1938, la «Formación Política», denominada más tarde «Formación del Espíritu Nacional», y ahora, en tercer curso del nuevo Bachillerato regulado por Decreto de 23 de enero de 1975, «Formación Política, Social y Económica». Por lo que toca al COU el intento ha sido más ambicioso: durante cinco cursos, hasta el de 1974 a 1975, es materia optativa la «Introducción a las Ciencias Jurídicas», junto a otras Introducciones a la Tecnología, Ciencias médicas, Ciencias sociales y Económicas y Ciencias de la Educación. Pero el nuevo COU suprime estas «Introducciones», sin duda en la idea de que más vale dedicar el breve tiempo de un curso a redondear y perfeccionar las disciplinas básicas que no a adentrarse en los problemas de la iniciación profesional. Puestos a optar, y en pedagogía las opciones son tan inexorables como en política, es lógica esta supresión. Ahora

---

(36) En el despego universitario hacia lo pedagógico hay, sin duda, algo saludable: un explicable recelo a sumirse en la esterilidad de la pedagogía actual, lastrada por la obsesión de perfeccionar los medios y los métodos e impotente a la hora de definir y de clarificar las metas a cuya consecución aquellos deben dirigirse. Esto está bien, pero todo es cuestión de proporciones y matices, pues medios y métodos tienen su *relativa* importancia. Además, la reflexión pedagógica referida a una ciencia práctica, como es la nuestra, obliga a replantearse los problemas científicos más radicales, que en las ciencias prácticas siempre son problemas teleológicos. Medios y métodos se esclarecen a la luz de los fines.

bien, la «Introducción a las Ciencias Jurídicas» fue, a mi ver, un ensayo útil (37). Su efímera vida permitió la puesta en contacto con el mundo de la pedagogía de la enseñanza media (38) de bastantes jóvenes juristas, muchos de ellos profesores adjuntos o ayudantes en nuestras Facultades, que respondieron animosamente al reto de reducir a quintaesencia pedagógica nuestra frondosa y tecnificada ciencia. Como en España las experiencias didácticas suelen pasar sin dejar huella y sin que nadie se preocupe de contabilizar y considerar críticamente sus frutos dentro de pocos años nadie se acordará de ésta (39). Pero en ella hay, a mi entender, el germen de una futura y deseable reforma de la docencia de las Facultades de Derecho; una reforma no planteada tanto a nivel de planes de estudios (el fetichismo de las «reformas de planes» me parece peligroso) cuanto a nivel de programas y de ajustamiento y compenetración entre unas asignaturas y otras.

En lo pedagógico, pues, tanto la Medicina como el Derecho son hoy, otra vez, mundos cerrados, sin ramificaciones hacia el Bachillerato y sin cultivo temático de los problemas que plantea su enseñanza *global* (40). Pero la ciencia médica lleva sobre la nuestra la ventaja de su carácter universal, carácter que determina la existencia de muchos libros de texto utilizables en cualquier país y gran parte de ellos traducidos a los principales idiomas, y también de una literatura metodológica y de un material didáctico que alcanza gran perfección. La enseñanza del Derecho, por el contrario, está mucho más aislada en su ámbito nacional. Ciertamente que abundan las traducciones, pero muchas veces no están adaptadas a nuestra legislación ni empalman con nuestra tradición nacional, o la adaptación se reduce a apéndices modestos; y los métodos de casos o problemas exigen ser profundamente recreados para su trasplante.

Si el conocimiento es siempre una marcha desde lo conocido a lo desconocido la ausencia de materias propiamente jurídicas en el bachillerato debe ser suplida de alguna manera; los profesores de primero de Derecho tendremos que ir a hacer pie en la asignatura de Filosofía y en la Formación Política, Social y Económica:

A) La asignatura de Filosofía brinda a los bachilleres ciertas nociones básicas de Ética y de Filosofía social que les resultan muy útiles a la hora de estudiar Derecho. La Filosofía se viene cursando desde hace años en sexto y en COU, y acaba de ser remodelada por el nuevo plan de estudios. A ella se consagrarán

---

(37) Por desdoblado que las apreciaciones sobre esta Introducción son diversas, y en estas mismas páginas se expresa negativamente el profesor Lalinde. Es evidente que al faltar unos programas nacionales y una reflexión conjunta, y aún un adiestramiento específico del profesorado, los resultados quedaron en gran parte librados al azar, y fueron enormemente variables según los Distritos universitarios. En Murcia puedo acreditar que fueron buenos, si bien la enseñanza se impartió tan solo en dos o tres centros.

(38) En teoría el COU lo imparten las Universidades, pero bien sabemos que esto no pasa de pura formalidad.

(39) Para evitar en lo posible este olvido la Universidad de La Rábida ha encomendado al profesor Díaz Bautista, de la Universidad de Murcia, el trabajo que figura incluido en las presentes «Actas».

(40) Es superfluo aclarar que la preocupación pedagógica está viva en muchos profesores de Medicina y de Derecho, aunque gran parte de ellos suelen desconfiar, con razón, de los tecnicismos de la «pisopedagogía general». Pero creo que ninguna de estas Facultades ha transformado esa preocupación individual en una *ocupación colectiva* y superadora de las barreras existentes entre unas y otras disciplinas. La novedad de las «Jornadas de la Rábida» es una constatación indirecta de este fallo.



cuatro horas en el último curso de bachillerato, que pasa a ser tercero en vez de sexto, y cuatro también en el COU, en ambos con carácter común y obligatorio.

Estas enseñanzas están ya hoy planificadas y programadas (41), pero aún no existen libros de texto adaptados a esos programas en el momento en que escribo, con lo que todo juicio sobre su valor propedéutico para los estudios de Derecho tiene que ser provisional. El temario de sexto comprende veintiuna cuestiones, una de las cuales se titula «Justicia y Derecho. Los derechos humanos», y otra, anterior, «La dimensión social del hombre. Estructuras sociales». El de COU se dedicará a «Teoría del conocimiento», en vez de a «Historia de la Filosofía y de las Ciencias», como hasta ahora. Desde nuestro punto de vista esto acarrea una gran pérdida: la teoría del conocimiento, sobre estar ya presente en el programa de tercero, no tiene para el jurista un valor formativo comparable al de la Historia de la Filosofía y de las Ciencias. Hubiera sido mejor conservar esta disciplina, e incluso ensancharla con la adición de algunos temas destinados a la historia de las ciencias sociales, materia hasta la fecha ausente del bachillerato y en la que habría de darse alguna idea de la historia de la ciencia jurídica (42). Creo que bien valdría la pena, puesto que aún es tiempo, alguna gestión colectiva de los profesores de Derecho en la doble dirección que acabo de indicar.

B) La Formación Política, Social y Económica, está destinada seguramente a sufrir transformaciones en el próximo futuro, pero es materia que seguirá figurando en los planes de estudios sea cual fuere la estructura constitucional a que aboque nuestro actual proceso de reforma política, igual que figura en los planes de los demás países europeos.

Personalmente, lo que menos me agrada es el nombre. ¿Por qué hablar de «formación política» cuando no se habla, al menos a la hora de redactar planes de estudios, de «formación histórica» o de «formación geométrica»? Que toda «información» es estéril si no redundando en «formación» es cosa clara, pero rotular «formación» a una disciplina de conocimiento en ponerle una especie de aureola entre pragmática y edificante que no contribuye a prestigiarla; antes bien, contribuye a darle un superfluo aire de «María». La «formación política», como la «formación religiosa», no es tarea que pueda confiarse a una asignatura, sino resultado de muy complejas condiciones ambientales en las que interviene tanto la instrucción como el ejemplo familiar, vecinal o ciudadano, y tanto la escuela como los partidos políticos o la prensa. Siendo así las cosas, llamar «formación política» a una asignatura implica la más o menos ingenua pretensión de desconocer todo este complejo de factores codeterminantes.

Hablemos, pues, más bien de «ciencias sociales», o mejor aún de «ciencia política», en la acepción arquitectónica y comprensiva de todas las ciencias sociales que tenía esta expresión en Aristóteles. Que en el Bachillerato debe entrar esta

---

(41) Véase la orden de 22 de marzo de 1975, por la que se desarrolla el decreto 160/1975, de 23 de enero, que aprueba el Plan de Estudios del Bachillerato y regula el COU (BOE 18-V-1975).

(42) No un imposible comprimido de la historia universal del Derecho, entiéndaseme bien, sino una breve referencia a lo que significa desde el siglo II a. de JC., hasta nuestros días la construcción lógica de los conceptos jurídicos, no menos trascendente quizá que la de los conceptos matemáticos o físicos.

ciencia me parece evidente, y que su estudio serio significaría una gran ayuda para la posterior iniciación en la Facultad de Derecho cosa sobre la que no cabe discusión. Esto supuesto ¿cómo concebirla y programarla?

Creo que es este un banco de pruebas decisivo para la ciencia política contemporánea, y aún más, creo que necesita ésta coger por los cuernos el toro del problema si quiere recuperar su perdida salud. La ciencia política nació con los sofistas como educación política, y educación continúa siendo en Platón y en Aristóteles; se trata no tanto de un cuerpo de conocimientos objetivos y despersonalizados cuanto de un humanismo o principio de formación integral, que incluso engloba dentro de sí a la ética. Es ciencia práctica, y como tal con destinatarios precisos: el *polites* de la *polis* griega, el príncipe para el que se escriben los «espejos de príncipes» en la Edad Moderna o el ciudadano del Estado Constitucional. Ahora bien, hoy día ya no sabemos cual es su destinatario, y se ha convertido en algo así como un kafkiano sobre cerrado y sin señas. ¿Para quién escriben y hablan los especialistas en ciencias sociales? Si es para los políticos prácticos y demás hombres de acción social la verdad es que les dan bien poco: descripciones de hechos más o menos sutilmente racionalizados en «tipos» o «modelos», pero no esclarecimiento de los fines que deben proponerse, ni siquiera, salvo raras excepciones, indicación de los medios a que les conviene acudir. Si es para el hombre de la calle estas mismas limitaciones resultan todavía más patentes. Cabría sospechar que, en definitiva, los politólogos y sociólogos se escriben a sí mismos, como hacen algunos enfermos neuróticos; son una especie de intelectuales que se han propuesto liberar al gremio de su complejo de inferioridad ante el hombre de acción, dueño del poder, mediante el análisis del mecanismo del poder. Quién acierta a explicarse el funcionamiento de un valioso reloj alcanza sobre él una especie de pálido remedo del derecho de propiedad, consuelo del pobre.

Pues bien, de esta situación es quizá imposible salir como no sea escribiendo bien clara la dirección de la carta y dirigiéndola a esa especie de hombres integrales que son los jóvenes. Decía románticamente Rousseau que «el labrador es el verdadero hombre», puesto que practica una forma de vida indivisa, aún no sujeta a la servidumbre de la especialización profesional. Esto, quizá todavía cierto en el siglo XVIII, ya no ocurre hoy, pero el estudiante de bachillerato sí es en cierto modo «el verdadero hombre», en cuanto aún no ha llegado su camino vital a la etapa de estrechamiento impuesta por la adopción y el aprendizaje de un determinado oficio. A él, pues, tenemos que hablarle de la sociedad sin escamoteo de ninguna de los tres factores componentes: hechos, valores y normas. De modo que la Formación política, a la que solemos mirar los especialistas con cierto gesto misericorde y superior, tiene acaso la clave de nuestra recuperación, en cuanto nos obliga a ese esfuerzo de síntesis entre los tres factores componentes que cotidianamente rehuimos, y de cuya abstención hemos llegado a hacer mérito. Quizá el despliegue de ese esfuerzo a nivel escolar nos entrene para ejercerlo después a niveles más altos, esto es, para hablar de la convivencia humana sin destilaciones de alambique a nuestros prójimos adultos; es más, para crear y concretar, a fuerza de invocarlo, al prójimo adulto, arrancándolo de la cantera informe de la sociedad de masas en la que no hay proximidad ni madurez. La ciencia política recuperaría así su originaria función práctica y con ella su permanente razón de ser.

Por lo que toca a la concreta articulación de la disciplina en Bachillerato, creo que es imprescindible incluir en ella un conocimiento elemental de las normas constitucionales, de los datos políticos, sociales y económicos definidores de la España actual y de los eternos problemas filosóficos del bien común y de la justificación y limitación del poder. Problema grave es situar las explicaciones más allá de toda posición de partido y de toda interpretación unilateral de la sociedad y de la historia, pero el tratamiento de la cuestión nos llevaría más allá de los límites de estas reflexiones sobre el primer año de la Facultad de Derecho.



## **DERECHO ROMANO**



## 1. PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ROMANO. PLANES DE ESTUDIOS E INCIDENCIA EN LA FORMACION GENERAL DEL JURISTA

*Armando Torrent*  
*Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo*

El Derecho Romano en el plan de estudios vigente en las Universidades españolas (plan 1953) se explica en el primer curso de la Facultad. Esta colocación en primer año, requiere una posición inicial del docente, que dirige su explicación a universitarios que nunca han recibido nociones jurídicas en el bachillerato, o al menos si las recibieron, a un nivel muy elemental en una asignatura optativa impartida en el COU.

Caben dos posturas en la explicación del Derecho Romano: o una explicación histórico-descriptiva, que es válida en cuanto el Derecho Romano es Derecho no vigente, o una explicación dogmática como introducción al Derecho positivo, explicación que en definitiva viene a coincidir con la visión pandectística del Derecho Romano de finales del siglo pasado. Ambos tipos de explicaciones ofrecen suficientes atractivos; la primera para el docente, la segunda para los alumnos, de modo que la elección del modo de explicar obliga a plantearse una visión de la asignatura de la que dependerá el contenido de la explicación.

La elección del método —que llamaré— pandectístico, no me parece apropiado en el actual plan de estudios; sustancialmente el alumno habrá de enfrentarse con todas las disciplinas del Derecho positivo, y allí tendrá ocasión de estudiar la estructura vital de cada rama del Derecho en su virtualidad práctica, sin descontar que todos los programas tiene unas lecciones introductorias sobre la validez de la asignatura, la codificación de cada rama del Derecho, y estudiarán cada institución dentro de su contexto, sin que una enseñanza pandectística del Derecho Romano les fuera de gran ayuda.

Probablemente el mejor sistema pedagógico fuera la explicación histórica del Derecho Romano, en cuanto a explicación de un ciclo vital de un ordenamiento jurídico —genial— con sus momentos claramente diferenciado de nacimiento, esplendor y decadencia. Creo que este tipo de explicación es la más útil para el alumno, y la que puede suministrarle incluso materiales para la crítica del Derecho positivo. Y, en todo caso, pone en manos del alumno una terminología, unos

conceptos, y un andamiaje jurídico que le han de valer para toda su vida de jurista. En definitiva, creo que el Derecho Romano es elemento insustituible en la formación del jurista español, de probada y reconocida utilidad a lo largo de la Historia de España.

Otro problema a discutir sería el contenido de la asignatura. En numerosas cátedras españolas de Derecho Romano se da un papel principal a la enseñanza del Derecho privado romano, dando menos interés a la enseñanza del Derecho público. En mi opinión, y así lo hago en mi cátedra, debe dedicarse algún tiempo al Derecho público romano y, especialmente, al Derecho constitucional. No se entendería el sistema legislativo, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, el *ius honorarium*, si antes no se sabe el mecanismo de las asambleas populares, los sistemas de votación, el papel del emperador, la función del pretor. Lógicamente el estudio del Derecho constitucional debe llevar anejo el análisis de las actividades comiciales, la estructura del Senado, el sistema de las magistraturas. Todo esto, por lo que se refiere a la época republicana, lleva al análisis de la democracia romana, sistema altamente formativo para el estudiante. Obviamente también, en este estudio constitucional, se ve la marcha hacia un poder absoluto a partir de Augusto, que culmina con el Imperio de Diocleciano, lo que a su vez se traduce en un nuevo modo de crearse el Derecho, y en una nueva jerarquía de las fuentes legislativas.

En las explicaciones de mi cátedra, dentro de la parte del programa dedicada al Derecho público, que esencialmente es Derecho constitucional, explico también la Historia de las Fuentes, prácticamente desde las XII Tablas hasta la compilación de Justiniano. También en esta visión se enfrenta el alumno desde una situación de Derecho jurisprudencial hasta el Derecho legal más exasperado, con todas las vicisitudes que conducen a una codificación, del mayor interés formativo. Considero imprescindible además, estudiar las fuentes, porque de otro modo no se conectarían bien las instituciones concretas con el momento normativo que las consagra.

En realidad, estas explicaciones que genéricamente denomino Derecho público, abarcan casi todo el primer trimestre. Inmediatamente paso a explicar Derecho procesal romano, y luego el Derecho privado en cuatro grandes bloques: los sujetos de derecho, posesión y derechos reales, obligaciones, y familia y sucesiones, explicando cada institución en su vertiente histórica (orígenes y desarrollo), y dogmática (reconstrucción del instituto) con una serie de prácticas adecuadas a cada figura.

Creo que éste sea el mejor método de exponer lo que fue realmente el Derecho Romano. Huyo de una teoría general, porque en realidad el método casuístico de los romanos les hizo avanzar desde soluciones singulares, y únicamente la exigencia de una llamada «teoría general del Derecho» se sintió por primera vez entre los compiladores justinianos, pero de aquí no podemos deducir que porque faltase una teoría general unitaria, el quehacer de los juristas romanos no tuviera carácter científico. La explicación casuística del Derecho Romano frente la exposición sistemática y cerradamente unitaria del Derecho Civil, con el que los alumnos se enfrentarán a partir del segundo año, creo que pone a los alumnos en grado de calibrar dos grandes sistemas jurídicos, ambos de la máxima importancia. El italiano Bretone ha señalado, acertadamente, que negar a la Jurisprudencia romana carácter de ciencia, sólo porque no llegase nunca a la formulación de un



sistema unitario, significa poner una afirmación apriorística, subordinar el juicio histórico a la comparación con un método aceptado como criterio universalmente válido de valoración.

Naturalmente, todas estas observaciones no empañan el valor científico del Derecho Romano, no científico-teórico a la manera moderna como andamiaje dogmático, sino científico en cuanto la Jurisprudencia romana se puso claramente como problema la realidad jurídica que tenía ante sí, y trataba de resolverla a través de su intuición jurídica y su experiencia, no por ejemplo, con los artificiales topoi que pretende Viehweg, sino esforzándose por comprender y explicar esta realidad. La riquísima cantera de casos que presenta el Digesto, no pretende ponerse a sí mismo como especulación teórica que trate de explicar unitariamente toda la compleja fenomenología jurídica romana, pero tampoco puede decirse que falte totalmente una dirección científica, un primer estadio que trate de las explicaciones generales (piénsese en el Enchiridion de Pomponio), una cierta dirección sistematizadora propia de los romanos. Digo propia de los romanos, porque me parece demasiado audaz la cerrada influencia griega que pretende La Pira en ese arte sistematizador. Desde luego, un punto de mérito de Viehweg ha sido poner de relieve las dificultades de una sistematización axiomática como era el sistema de los romanos, solamente que llevó estas dificultades a planos de reconstrucción dogmática que no son aceptables, es decir, hay que objetar a Viehweg que el sistema axiomático-deductivo (tópico) no es el único sistema científico posible; de ahí que el radicalismo del sistema tópico si capta una parcela de la realidad jurídica, no es sin embargo una explicación satisfactoria que muestre de una manera total el íntimo andamiaje de la Jurisprudencia romana. Esto lo ha visto bien Wieacker, cuando señala que de situar la tópica como base para ulteriores progresos de la ciencia del Derecho, sólo significaría una renovación de formas escolásticas superadas.

Quizá el principal error de Viehweg sea precisamente tratar de mostrar el valor anticientífico de cualquier ordenamiento, y, por tanto, del romano, sólo porque sus principios no hayan sido logrados por aquella vía que se defiende como paradigmática. Crifó ya ha señalado que no es justo negar la científicidad sólo porque falta la sistematicidad. En todo caso, la Jurisprudencia entendida como la doctrina de los juristas y la elaboración de estas doctrinas, propone la investigación sobre el razonamiento y métodos de razonar seguidos para elaborar doctrinas, razonamiento y métodos que pueden realizar una ciencia, tanto orientadas sistemáticamente como orientadas problemáticamente, siempre que permanezcan conformes al esquema inicial de desarrollo del pensamiento. Lo que Crifó viene a decir es que la Jurisprudencia romana, aún considerada problemática, tiene carácter científico en cuanto en su organicidad responde a unas líneas adherentes a sus propios esquemas evolutivos y creadores. El adentrar a los alumnos en el desarrollo de la Jurisprudencia romana, les pone en unas condiciones inmejorables para el desarrollo de la función jurisprudencial que habrán de realizar como juristas, con todas las limitaciones que en nuestros días impone el Derecho legal.

Habiendo visto el problema del carácter científico del estudio del Derecho Romano, que ofrece un ejemplo del mayor interés en relación al asfixiante mundo legal en que vivimos, subsiste el problema de valorar el estudio de un Derecho no vigente. En efecto, el Derecho Romano perdió su vigencia en Europa el año 1900 con la publicación del BGB alemán. Hasta entonces, el estudio del Derecho Ro-

mano tenía unas vertientes pragmáticas que predeterminaba su estudio como Derecho aplicable. Es éste un caso clarísimo de cómo el objeto determina el método de estudio, que arrancado de una época antigua, aún en las postrimerías de la Edad Media y comienzo de la Moderna, se debate en el conocido esquema metodológico del *mos gallicus* o *mos italicus* en la interpretación del Derecho Romano. Hoy día, sin embargo, el Derecho Romano que se estudia como ciencia del Derecho Romano histórico, ha venido a caer en una especie de aislamiento frente a los demás estudios de los Derechos en vigor, e incluso se ha llegado a hablar de una crisis del Derecho Romano, de la que éste ha salido rejuvenecido. En su momento, a partir del nacionalsocialismo alemán, y en los años posteriores a la segunda guerra mundial, el sentimiento de la decadencia del Derecho Romano cundió alarmantemente entre los romanistas. Quizá el grito de avance decidido en la continuación entusiasta de los estudios romanísticos, lo dio el gran Riccobono en su mensaje desde las columnas de IVRA, en 1950 y, desde entonces acá, puede decirse que nuestros estudios han cogido un incremento notable, depurando extraordinariamente sus técnicas y convirtiéndose en la rama del Derecho estudiada con los más altos perfiles científicos.

Efectivamente, se empezó a hablar seriamente de crisis del Derecho Romano, cuando Koschaker, en 1939, publicó su célebre trabajo sobre la crisis de nuestros estudios, crisis debida a que la concepción política del nazismo desterraba el Derecho Romano de los planes de estudio de las Universidades alemanas; en efecto, el punto 19 del programa del partido nacionalsocialista, de 24 de febrero de 1920, establecía la exigencia de que el Derecho Romano por entender que responde al ordenamiento materialista del mundo, debía ser sustituido por un Derecho común alemán, punto criticado por el propio Koschaker. El grito de alarma de Koschaker suscitó inmediatamente una reacción de defensa del Derecho Romano, y el tema de la crisis del Derecho Romano se convirtió en caballo de batalla de los romanistas durante los años inmediatamente posteriores a los trabajos de Koschaker.

La lamentación de Koschaker se dirigía, por un lado contra aquella nefasta ideología totalitaria usque ad absurdum que trataba de eliminar el Derecho Romano; por otro, denunciaba una crisis del Derecho Romano promovida por dos causas: la primera sería la decadencia de un «*europäische Kulturgefühl*», la caída del espíritu de la cultura europea, cultura que debía gran parte de su esencia al Derecho Romano; la segunda, los excesos de las investigaciones críticas de los propios romanistas que alejaban a otros juristas de nuestros estudios.

No dejó de ser oportuno aquel toque de atención que la prodigiosa mentalidad de Koschaker, que con tanta laboriosidad había dedicado su vida al estudio de los Derechos de la Antigüedad, ofreció a los romanistas, toque de atención fecundo que obligó a los romanistas a ponerse como problema su propia ciencia y sus propios métodos. Desde Koschaker se sometió a revisión la validez del método crítico, quizá llevado a un punto de gran exasperación sobre todo por Eisele, Gradenwitz y Albertario, excesos que ya habían producido la reacción contraria de Riccobono. La crítica de Koschaker tiene un gran núcleo de autenticidad, no tanto por atribuir la causa de la crisis a la decadencia del *europäisches Kulturgefühl*, que como ha visto Orestano, sólo capta un fenómeno de dicha crisis, al margen de la ciencia romanística, sino quizá el punto de mayor relieve aportado por Koschaker fuera denunciar el aislamiento en que había caído la ciencia roma-

nística producido por los excesos del método histórico-crítico (interpolacionístico), que trajo consigo el desinterés de otros juristas por el Derecho Romano.

Según Koschaker, la crisis del Derecho Romano se basó en la «Historisierung» de nuestros estudios. Ciertamente, el carácter histórico que tomó el Derecho Romano a partir de la publicación del BGB, apartó a los civilistas de nuestro campo. Los civilistas, preocupados con el estudio de las nuevas fuentes legislativas y con la aportación de una dogmática exquisitamente depurada, se alejaron de nuestros estudios que con la complejidad de sus métodos, resultaba muy arduo adentrarse en sus problemas a los no especialistas. La realidad fue que los estudios romanísticos lanzados a un gran desarrollo científico, con el auxilio del método interpolacionístico que suponía un manejo selecto de la lingüística y filología latinas, hacía difícil a los no especialistas investigar en Derecho Romano. La ciencia romanística se ha enriquecido extraordinariamente con nuevas técnicas: interpolaciones, estudio de la documentación epigráfica y papirológica, exquisita sensibilidad histórica, patrimonio cultural de inmenso valor que ha significado un adelanto fecundísimo en la ciencia jurídica.

Es un punto de enorme interés en los trabajos de Koschaker destacar la Historisierung del Derecho Romano, pero es erróneo calificar esta Historisierung como causa de la crisis del Derecho Romano. La publicación del BGB supuso la pérdida de vigencia práctica del Derecho Romano, lo que produjo por sí mismo la falta de interés de los juristas prácticos por el estudio del Derecho Romano, que al convertirse en histórico se convierte en ciencia. Pierde su virtualidad práctica para ser estudiado en sí mismo, para su mejor conocimiento, es decir, para ser estudiado científicamente. De ahí la búsqueda de los perfiles históricos o líneas evolutivas del propio Derecho Romano.

Ciertamente, esta Historisierung produjo el aislamiento del Derecho Romano, que si arranca fundamentalmente de 1900, tiene precedentes anteriores, desde aquel momento en que los humanistas y la escuela culta del Derecho comenzaron a estudiar el Corpus iuris con espíritu crítico y descubriendo interpolaciones, y que se conecta con todo un movimiento cultural que viene del Renacimiento. Más cerca a nosotros, la crisis del Derecho Romano en su progresiva historificación se fragua con la crisis del movimiento naturalista de los siglos XVIII y XIX que había exaltado el Derecho Romano como *ratio scripta*. Otro factor que condujo al estudio histórico del Derecho Romano fue la Escuela Histórica alemana, la Pandectística, que siguiendo tradiciones jurídicas anteriores, tomó como criterio de autoridad inmutable la codificación justiniana, para sobre ella construir la gran elaboración dogmática del siglo XIX, dogmática que en sí misma es histórica, y que paradójicamente produjo una actualización del Derecho Romano, es decir, un estudio pragmático del Derecho Romano que encontró su máximo exponente en el «System des heutigen römischen Rechts», de Savigny. Aún con la Pandectística, el Derecho Romano servía de fuente del Derecho para la legalidad vigente, tarea de la que se liberó a principios de nuestro siglo, acabando con el *usus modernus pandectarum*.

Pero esto produjo la separación entre Historia y Dogmática en la elaboración jurídica, reservándose la primera para los romanistas, y la segunda para los civilistas, separación que permite captar su máxima manifestación en el carácter histórico que tomó el estudio del Derecho Romano. Este carácter histórico al que se ha achacado la crisis del Derecho Romano, sin embargo, es la base del esplendor

científico que ha logrado a lo largo de nuestro siglo, en que desligado el estudio romanístico de su vertiente práctica, se vuelve sobre sí mismo para investigar la verdad histórica de su desarrollo. Según Fuenteseca, ésta sería la primera crisis del Derecho Romano, crisis de utilidad, de utilización inmediata una vez publicado el BGB, pero a la vez, causa de la cientificidad del Derecho Romano, que al convertirse en histórico adquiere auténtico carácter de ciencia. Fuenteseca parafraseando a De Francisci llega de decir que acaso sólo la consideración del Derecho en su perspectiva histórica, tenga un carácter científico.

Por este camino se iban separando dos ramas de saber jurídico que asimismo pretenden recabar para sí el carácter de ciencia: la Historia y la Dogmática, que hoy en día han llegado a un punto tal de separación, que se hace deseable la unidad de la ciencia jurídica. Si la Historia ha tenido detractores, y en un cierto momento se ha sentido por sus propios cultivadores una crisis de los estudios histórico-jurídicos, no es menos cierto que la Dogmática ha pasado, y pasa fundamentalmente en nuestros días, por una crisis gravísima: la crisis del positivismo, y en el fondo la crisis de la misma idea del Derecho, sentimiento que se produjo en Europa de manera intensa a partir de la segunda guerra mundial.

El largo camino que desde la Pandectística había seguido la Dogmática con todas las etapas del positivismo jurídico moderno que Wieacker ha puesto brillantemente de manifiesto, parece haber llegado a un punto de agotamiento donde se cuestiona la misma idea de la codificación. Por otra parte, el dato empírico del progresivo distanciamiento de los Derechos positivos nacionales, con la consecuencia —como ve Guarino— de la disgregación de la conciencia jurídico moderna, produce la sensación de inutilidad de la ciencia del Derecho. Se hace deseable una nueva unificación de Historia y Dogmática, acaso pensando con De Francisci, que el concepto del Derecho lleva en su misma esencia su historicidad. En definitiva, el Derecho en su positividad está vinculado a sus precedentes históricos, y el puente que puede salvar el foso entre Historia y Dogmática acaso sólo pueda lograrse con el convencimiento del carácter histórico del Derecho positivo, condicionado por su vinculación a las circunstancias históricas como tal Derecho positivo.

La mayor defensa de esta tesis la debemos a Ulrich von Lübtow, que influido poderosamente por Jhering, manifiesta que la norma jurídica es de algún modo una manifestación histórica, trazando incluso una serie de leyes del desarrollo histórico jurídico, concluyendo por el carácter histórico de toda norma positiva. Pero probablemente el mayor esfuerzo para unir estas vertientes del saber jurídico, lo debemos a Orestano, que dentro de una concepción amplia de la ciencia jurídica que tiene por objeto estudiar toda la fenomenología jurídica, concluye que la experiencia jurídica romana y la consiguiente tradición romanística, experiencia pasada y concluida, debe ser tomada como elemento concreto y operante de la experiencia del propio presente.

Indudablemente hubo crisis, pero crisis en el sentido de que los romanistas se plantearon problemáticamente la validez de sus propios estudios. A este sentimiento contribuían por un lado, la propia crisis del método crítico que había alejado a otros juristas del Derecho Romano; por otro, el creciente desinterés por las investigaciones histórico-críticas. Ya Betti había señalado que la crisis en la que entraban los estudios de Derecho Romano, en el fondo, no eran más que un aspecto particular de un fenómeno más general que se refería al problema de la

autoridad y de la función formativa a reconocer a la cultura clásica en la formación mental y moral de los europeos actuales. En el fondo, pues, éste se trata de un problema de cultura.

Para superar este estadio, Koschaker había propuesto la *Aktualisierung* de los estudios romanísticos, intentando acercar nuestros estudios al Derecho moderno, incluso con nueva vuelta a Savigny; en el fono, una actualización del Derecho Romano con fines prácticos, dirección que difusamente ha encontrado eco en la literatura romanística, aunque desde luego, no detuvo la floración de estudios histórico-críticos en nuestra disciplina. En una línea de seguir a Koschaker, podemos situar a Georgescu que exalta el Derecho Romano como el ideal del «clasicismo del Derecho», o a Pugliese, que propugna la creación sobre bases romanas de una ciencia universal del Derecho, o a Grosso, que sostiene que el estudio del Derecho Romano proporciona un enorme estímulo para la Dogmática moderna.

Lo cierto es que esta *Aktualisierung*, tal como pretende Koschaker, envilecería nuestra ciencia. La finalidad pragmática que pretende, implicaría desconocer el gran avance de los estudios romanísticos de nuestro siglo, avances conseguidos precisamente por haber convertido el Derecho Romano en una ciencia histórica. Sí convendría una actualización de las perspectivas en el estudio del Derecho Romano, como propugna Wieacker, pero no una vuelta a Savigny, hoy sin sentido.

Afortunadamente, la crisis de vigencia del Derecho Romano se superó, alcanzando nuestros estudios sus mayores metas al convertirse en disciplina histórica. Pero habría de venir una segunda crisis, la crisis del método histórico-crítico, que asimismo está totalmente superada.

Fueron, por tanto, unas coyunturas históricas las que determinaron en épocas pretéritas un estudio del Derecho Romano en sentido instrumental, idea que en mi opinión hay que descartar. El estudio del Derecho Romano debe realizarse in se y per se, pretendiendo lograr una perfecta reconstrucción de las fuentes históricas, un conocimiento mejor de la experiencia jurídica romana, aquilatando al máximo en la medida que lo permitan las fuentes, las diversas posiciones jurídicas a lo largo de su desarrollo histórico, y esto es hacer ciencia jurídica, que en nuestra disciplina es ciencia histórica a la vez. Estudiamos un ordenamiento que es la manifestación más excelsa de la experiencia jurídica de todos los tiempos, y ante todo tenemos que estudiar ese ordenamiento tal como es.

## II. PROBLEMAS DE LA INVESTIGACION ROMANISTICA

El Derecho romano con sus dos milenios largos de tradición, sigue ofreciendo campos de investigación al especialista. A pesar de tantos estudios realizados sobre nuestro campo, y del florecimiento espectacular de la investigación, sobre todo en lo que va de siglo, quedan muchos puntos que absorben la atención de los romanistas. Ciertamente la aplicación del método histórico-crítico permite una reconstrucción más minuciosa del Derecho romano en su época de mayor esplendor, la época clásica, aunque también hay que reconocer que hoy en día hay una corriente fortísima que se empeña en sacar a la luz la historia jurídica de la

época postclásica. En mi opinión creo acertado presentar como modelo las elaboraciones clásicas, sin que este nos haga olvidar el estudio de las instituciones jurídicas propias de otros períodos.

Si el método histórico-crítico ha significado una renovación profunda en la metodología de los estudios romanísticos, hoy se le toma dentro de unos límites más prudentes, como medio subsidiario y no como fin en sí mismo, y ello, como dice Orestano, porque sólo cuando concurren otros y más graves elementos de orden histórico, se puede avanzar la hipótesis de que la eventual interpolación puede tener un valor sustancial, en el sentido de revelar y comprobar una modificación en la estructura de las instituciones o de las doctrinas que pretenda reflejar. La sensibilidad histórica de las investigaciones actuales, va promoviendo una cierta posición conservadora en el análisis de estas pretendidas interpolaciones, y por otra parte, el mejor conocimiento del Derecho postclásico, permiten fijar con perfiles más precisos el valor de las fuentes recogidas en la compilación *Justiniana*.

Quizá por esta misma sensibilidad histórica de la que hacen gala los romanistas en nuestro siglo, uno de los grandes temas que preocupan a nuestra investigación sea el estudio de los llamados «problemas de orígenes», que en su conexión con el marco de las instituciones jurídicas romanas, arrancan indudablemente de las concepciones de Bonfante. El interés por este tipo de estudios, surge en el siglo pasado, y a principios de nuestro siglo ya comienzan los estudios que van por este camino, pero fue indudablemente Bonfante el gran inspirador de esta corriente de investigación. Bonfante, partiendo de su método naturalista, con sus perspectivas de organicidad y coherencia pretendía percibir los problemas de orígenes en cuanto se presentaban como una proyección de los elementos que se conservan de la época histórica, y de esta manera pretendió reconstruir problemas de orígenes de la envergadura de la comunidad social primitiva. En definitiva, como veremos más adelante, Bonfante sentó las bases de su famosa teoría política, inaugurando una polémica de la que aún siguen quedando coletazos sobre la familia y la herencia primitiva.

Aún no se ha logrado aclarar debidamente toda la nebulosa que envuelve las estructuras políticas precívicas, la propia formación de la *civitas*, el marco jurídico de la familia, la función de la *gens* en la formación de la *urbs*, problemas de cuya solución cabe esperar una multitud de datos para conocer con mayor profundidad las instituciones jurídicas primitivas romanas. En la medida que conociéramos mejor la familia, conoceríamos mejor la herencia y la propiedad primitivas. La propia estructura de la *gens*, aún no conocida, y con tantos puntos de vista de incidencia sobre el marco jurídico primitivo, tanto desde el punto de vista de la familia y las sucesiones, como de las obligaciones, es otro de los atormentados problemas de orígenes que tanto fascinan a la ciencia romanística. Asimismo uno de los mayores problemas de orígenes, aún no bien calificados, es la idea que se tenga del *ius primitivo*, a la que he dedicado una monografía. El mismo carácter de las primitivas estructuras políticas: *regnum*, *respublica*, la función de las asambleas y magistraturas, está envuelto dentro de una serie de problemas que aún no han alcanzado una explicación definitiva.

Por todo ello, un estudioso que ha aportado notables contribuciones al esclarecimiento de estos problemas de la categoría de Ugo Coli, llega a decir que la reconstrucción de un período de orígenes situado entre la prehistoria y la pro-

tohistoria, como el período de los orígenes de Roma, para el que no faltan del todo elementos a utilizar, pero estos son incompletos, poco seguros, y que requieren para su apreciación competencias especializadas en el investigador, no puede hoy ser afrontado sin la preventiva certeza de que por muy meditada que fuera su construcción, no convencerá ni satisfará del todo.

Yo solamente voy a poner un ejemplo, típico por la gran profundidad de tesis sobre el argumento, fundamental por su incidencia para un mejor conocimiento del Derecho romano, interesantísimo y sugerente por la agudeza de las perspectivas que ofrece, para darnos cuenta de la enorme complejidad que ofrecen los problemas de orígenes. Me refiero a toda la inmensa labor realizada sobre la estructura de la familia primitiva.

La familia arcaica romana se nos presenta con la oscuridad de todas las instituciones políticas y sociales de Roma, cuestión incrustada en la problemática jurídica de la primera estructura política de Roma. ¿Fue primero el estado-estirpe o la horda de la que surgió la civitas romana, es decir, la civitas se formó por desarrollo de grupos pequeños, o por el contrario es un producto de disgregación de más amplias federaciones? En este problema está incluida la familia.

Durante el siglo pasado dominó la teoría patriarcalista, según la cual la familia romana era una familia estructurada en lazos de sangre, y el paterfamilias sería el padre sanguíneo por naturaleza. La gens sería la expansión natural del grupo familiar, en que muerto el pater, sus descendientes continuarían unidos como grupo social hermético, aglutinados por la descendencia de un antepasado común. Mommsen admite sin discusión esta idea, antes expuesta por Vico y Sumner Maine. Apareció dentro de esta misma corriente una nueva caracterización de la familia en Fustel de Coulanges acentuando la influencia del factor religioso la familia como comunidad de culto.

Posteriormente surgieron nuevas ideas. Sobre todo es importante la tesis de Arangio-Ruiz donde acentúa el carácter fundamentalmente económico en la estructura de la familia primitiva. La agricultura intensiva sería la célula germinal de la familia. Por otra parte, los historiadores comenzaron a distinguir la gens de la familia, y empezaron a separarse de la teoría patriarcalista autores que vieron la importancia de la gens. La idea patriarcalista admitía que por encima de la familia existía la gens organismo suprefamiliar. Niehbur admite que la familia tenía un carácter natural, pero que la gens es una creación artificial producto de la civitas, y Meyer vio que la familia y las gentes habían nacido con posterioridad a la escisión de grupos mayores. Por su parte, De Sanctis considera la gens como un producto de la superioridad de ciertas familias destacadas socialmente que se vinculan por el recuerdo de antepasados comunes, y la gens sería por tanto posterior a la familia y relativamente artificial.

Así estaban las cosas hasta que surgió una teoría brillante conocida como teoría política de la familia, expuesta magistralmente por Bonfante. Esta teoría en realidad había nacido con anterioridad a Bonfante. Ettore De Ruggiero ya había aludido al posible carácter político de la familia, Meyer insistió también en la importancia del elemento político que llevó la horda a formar la familia.

Según la teoría bonfantiana, la familia primitiva romana sería un organismo cuya estructura y función tenía la misma naturaleza que la civitas, es decir, la familia tendría una naturaleza política en cuanto realizaba prácticamente los mismos fines que realizaban los organismos primitivos: orden y autoridad internos,

dirigidos por un paterfamilias, y un sistema de defensa hacia el exterior. En esencia, Bonfante consideró que la familia y la gens son organismos fundamentalmente políticos en cuanto tenían una finalidad eminentemente política: el orden en el interior y la defensa hacia el exterior, caracteres típicos de una estructura política. En esta tesis de Bonfante hay un núcleo admisible en cuanto ha sabido captar la fuerza y energía del núcleo primitivo de la familia en ausencia de un núcleo fuerte estatal. Bonfante observó de modo especial que el heres no era un sucesor en el sentido patrimonial, sino que fundamentalmente recibía un título: heres, sucesor en sentido político; sería el nuevo jefe político de la familia. El heres podía serlo sin que implicase bienes patrimoniales. Estas ideas fueron también aplicadas por Bonfante a la gens, organismo de tipo análogo a la familia, pero más amplio. La gens estaba presidida por un pater gentis, tenía un culto común, probablemente disfrutaban de tierras en común, y en definitiva tenía una estructura similar a la familia y en el fondo también política.

Esta teoría se difundió extraordinariamente, y en el mundo del Derecho sirvió para explicar una serie de aspectos de las instituciones jurídicas, pero comenzó a decaer en Italia mismo, y en realidad, los autores alemanes nunca habían aceptado claramente la teoría política al partir de la comunidad primitiva romana. La teoría política de Bonfante se desacreditó donde parecía tener más éxito: el Derecho hereditario. Aquí es donde ha encontrado más oposición, porque hay una serie de autores que han intentado estudiar la naturaleza de la herencia romana, y parece que no puede admitirse que esté de acuerdo con la interpretación política. Pero esta teoría no dejó de tener en su momento grandes seguidores, y aún hoy en día hay quien aisladamente defiende la tesis de Bonfante. A principios de siglo, Perozzi al estudiar el concepto de obligatio partió de la teoría política. También la siguen Betti, Solazzi, y por un camino muy independiente, De Martino.

Desde su primera exposición, la teoría política encontró un eco muy vasto, sea a favor que en contra. Inmediatamente dio lugar a una gran polémica entre Bonfante y De Sanctis, polémica de la que De Sanctis como ha observado Momigliano ha salido vencedor. Pero así y todo, las nuevas perspectivas metodológicas y los resultados de las últimas excavaciones arqueológicas junto con los trabajos de los historiadores, van imprimiendo nuevos rumbos a estos problemas de orígenes sobre los que queda mucho que decir.

Tampoco los autores alemanes aceptaron nunca la interpretación política. Arrastrando los autores germánicos una tendencia comunitaria en el estudio de las instituciones primitivas, supusieron que la familia romana, como la germana, era una gran comunidad donde todos los miembros eran iguales en derecho, trasunto de las comunidades germánicas primitivas, y en las instituciones romanas hallaron un *mínimum* de base para llegar a esta idea. Existía, por otra parte, el *consortium ercto* non cito que aparece aludido en las Instituciones de Gayo, que fue para los romanistas alemanes una prueba de que la familia romana era una comunidad integrada por el padre y los hijos en igualdad de derecho. Por eso nunca admitieron los alemanes de modo claro la teoría política de Bonfante.

Una tercera posición respecto a la familia arcaica vino dada por Fernand De Visscher que supuso que la familia romana giraba en torno a la idea de un poder único del paterfamilias que llevaba el nombre de *mancipium*, o sea, el poder del paterfamilias tenía una naturaleza especial que abarcaba por igual personas y co-



sas. Este autor no se acercaba a la teoría germánica comunitaria, pero tampoco casaba con la teoría política.

La reacción en Italia contra la teoría política arranca desde 1920, año en que Coli escribió un trabajo poco conocido sobre el desarrollo de los diversos tipos de legados, contradiciendo la tesis bonfantiana de la *successio*. En una abundante producción monográfica, Coli establece una teoría respecto a la familia que niega el carácter político a la misma. Se daría una verdadera antítesis y paralelismo a la vez entre el poder del paterfamilias vinculado a la *domus*, y el poder del rey como jefe político. La familia tendría una base económica bajo la jerarquía del pater, pero la familia no nació de factores políticos, sino de factores económicos y religiosos, y otros factores, que hicieron nacer la familia sin naturaleza política.

Otra teoría sostenida por Westrup, piensa que la familia es un organismo amplio y originado donde existiría una gran comunidad de culto y copropiedad, dirigida por un jefe patriarcal al estilo de las comunidades familiares germánicas, eslavas y celtas. Posteriormente esta gran familia indivisa se iría fragmentando en diversas familias separadas, y el carácter fundamental de la gran familia antes de disgregarse sería el culto y la economía.

Las investigaciones últimamente se mueven más por el terreno económico destacándose la tesis de Kaser que ha mantenido el carácter agrícola y rural de la familia, oponiéndose a todas las opiniones de De Visscher y Bonfante. La familia para Kaser es un grupo con una base agrícola, y, por tanto, económico-social, enlazando con la teoría germánica de la comunidad hereditaria.

Hay otra serie de teorías que con distintos matices, van por otros caminos. Así Frezza, que supone que la familia es un organismo federativo, porque admite la idea federativa en la estructura primitiva romana representada por asambleas de las distintas comunidades, y dentro de las comunidades latinas surgiría la familia en pugna, por un lado, con el principio autoritario del pater, y por otro, con el principio colectivista y comunitario de las estructuras federativas. El pater sería un miembro más de la colectividad, y a la vez el jefe de la familia, prevaleciendo este último carácter con el paso del tiempo. También dentro de esta línea de explicar las relaciones entre los grupos primitivos desde el punto de vista internacional, se cuentan Guarino, Paradisi y Catalano.

En estos últimos años, y sobre puntos muy concretos, se ha ido demoliendo la concepción bonfantiana. Quien atacó más a fondo la teoría política de la familia fue Ambrosino, que al estudiar la *in iure cessio hereditatis* pudo probar que la sucesión romana no era una sucesión política, no había transmisión de poderes políticos del fallecido al heredero, sino que operaban unos conceptos jurídicos que no eran políticos. Pero quizá ha sido Luzzatto quien más se ha esforzado en presentarnos estos problemas de orígenes con unos perfiles nuevos, totalmente distintos de la visión bonfantiana. Luzzatto se muestra antibonfantiano, y sobre todo, no admite que la familia romana haya podido organizarse por unas federaciones sucesivas. Según Luzzatto la tradición más antigua de la Liga Latina está caracterizada por fuerzas centrífugas, que se aglutinan en torno a algunos centros religiosos, pero en estas fuerzas centrífugas nunca se ven operantes como unidades políticas primarias a grupos familiares o gentilicios, que siempre operan dentro de formaciones políticas más amplias. Cierro por último esta polémica antibonfantiana con la crítica de Voci, Volterra y yo mismo.

No voy a adentrarme en la exposición de las últimas investigaciones ofrecidas

fundamentalmente desde un plano historiográfico (Gjerstadt, Altheim, Kornemann, Accame, Fraccaro, Sereni, Ciaceri, De Francisci, Monigliano, Alföldi, Coli, etc.) sobre las vicisitudes de la formación del Estado-ciudad republicano, las poblaciones itálicas primitivas, la posible influencia etrusca, el *consortium* como punto de unión entre las familias y las gentes (Kaser, Wieacker, Bretonne), etc., que exigirían una dedicación extraordinaria que se sale de esta sede, pero que se ponen asimismo en íntima relación con el problema de la familia en la génesis de la *civitas* romana. Baste al respecto la advertencia de Fraccaro de que si prescindimos del reconocimiento del carácter genuino de algunos datos fundamentales aportados por la tradición, tranquilamente podemos renunciar a reconstruir la historia constitucional de Roma antes de las leyes *Liciniae-Sextiae*.

Dejamos, por tanto, en el aire una serie de puntos interrogativos que se presentaban como una auténtica crux a los romanistas. ¿Qué papel jugó la familia y la *gens* hasta llegar la *civitas*? Son problemas sin resolver. Un dato positivo que podemos obtener de aquellas teorías es la clara vinculación entre la familia y la propiedad. La aclaración del concepto de familia está en íntima relación con la hereditas y la propiedad. Parece evidente que nos encontramos con el problema de la familia y propiedad primitivas. Por eso el concepto de familia es un concepto clave del Derecho privado romano. Del concepto de familia depende el de herencia, y en relación con el concepto de herencia está el concepto de propiedad. ¿Qué líneas comunes se dan en estas teorías sobre la familia arcaica? Puede decirse que acaso podamos resumirla en dos grandes líneas comunes. De un lado autores que espiritualizan los poderes del padre desligándolos de todo contenido económico, viendo en ellos la manifestación de potestades antiguas, como la teoría política de Bonfante y el *mancipium* de De Visscher, en que los factores económicos no cuentan. Frente a esta línea hay otra en la que las relaciones económicas son primordiales, fundamento del núcleo arcaico familiar, como las tesis de Arangio-Ruiz, Kaser, Ambrosino, que llevan a la máxima exaltación del contenido material de la familia arcaica. Para esta línea de pensamiento en la familia no había más que una idea de propiedad del padre sobre los hijos como concepto morfogenético fundamental en la evolución de los institutos privados romanos.

También otro de los campos que hoy se ponen con atención preferente para un sector de la doctrina, es el Derecho público romano. Ciertamente para épocas arcaicas poco se puede esperar dada la escasez de fuentes; así y todo, se ha seguido investigando con creciente interés, y quizá el mayor fruto actual sea la monumental *Historia de la constitución romana* de De Martino, parangonándole únicamente en su grandiosidad de perspectiva al *Römisches Staatsrecht* de Mommsen. De Martino pretende mostrar una interpretación de la constitución romana partiendo de la lucha de clases, y la progresiva equiparación de la plebe al patriciado la ve desde este ángulo. Muchas críticas se le han hecho a De Martino, a veces criticando su inspiración marxista que resuelve problemas constitucionales a través de la lucha de clases, y la más agresiva ha sido la de Staveley, en mi opinión exagerada y sin fundamento. A mi modo de ver, esta inspiración marxista no influye de modo fundamental en su reconstrucción de la constitución romana, es decir, los resultados a los que llega no parecen predeterminados esencialmente por una interpretación apriorística, y en último término, no deja de ser una metodología tan válida como cualquier otra para dar una interpretación científica de los hechos históricos. Dentro de esta teoría, es a mi modo de ver,

como se aclara en mayor medida el papel revolucionario del tribuno de la plebe, cuyos poderes no encajan jurídicamente con el ordenamiento constitucional romano de los primeros tiempos republicanos. Sin embargo, también esta teoría parece significar una simplificación excesiva de la constitución romana al explicarla en base principalmente a la lucha de clases.

Por una parte, se puede criticar a De Martino que las luchas por el poder económico no están claras en las reivindicaciones plebeyas; antes bien, luchan fundamentalmente por la equiparación de derechos políticos. Quizá tenga más verosimilitud la tesis de Arangio-Ruiz que ve en las luchas entre patricios y plebeyos la expresión de una dualidad de razas, en el sentido de ser patricios los etruscos fundadores de la civitas propiamente dicha, y plebeyos los habitantes del Palatino y el Esquilino, de origen étnico diverso, lo que también puede significar otra simplificación que exorbita la verdad histórica. Más cierto podría ser en las luchas sociales ver una diversidad de castas, porque la documentación que tenemos sobre el *connubium* entre patricios y plebeyos, derecho pretendido por los plebeyos en las XII Tablas, y sólo conseguido con el Plebiscito Canuleyo del 445, nos informa que los senadores patricios se oponían porque aquellas uniones serían como un *concubitus ferarum ritu* (Liv. 4, 2, 5-6), expresión que como señala Arangio-Ruiz sería absurdamente exagerada si se refería a dos órdenes separados solamente por condiciones económicas o políticas, pero no tanto si se refería a la diversidad de estirpes. Quizá la diversidad de castas explicase mejor esta turbatio sanguinis esgrimida por los patricios, y acaso a esta idea responda el testimonio histórico de que los plebeyos *gentes non habent!*

En todo caso, y es éste otro de nuestros «problemas de orígenes», quedan por dilucidar los criterios de diferenciación entre patricios y plebeyos, criterios que aún se siguen discutiendo, no sin que se hayan aportado notables contribuciones al esclarecimiento del tema. Ya Mommsen identificó la plebe con la clientela, y ésta con la masa de inmigrantes ex esclavos, pero esta tesis choca con una petición de principio: cómo se formó la clientela y cómo se pasó de esta situación a la plebe organizada. Por una vía económica ha visto la diferenciación entre patricios y plebeyos un autor tan poco sospechoso de preconceptos ideológicos como De Sanctis, que niega tajantemente que la plebe proceda de la clientela. Admite las diferencias de clases provocadas por el acaparamiento de la propiedad agrícola. Esta interpretación económica es sostenida también por Momigliano que defiende que los patricios basaban su poder en la posesión de la tierra. Por el contrario, y en polémica con Momigliano, Andreas Alföldi identifica el patriciado con los guerreros a caballo que a la caída de la monarquía etrusca monopolizaron las magistraturas, es decir, el patriciado sería la aristocracia a caballo. En el fondo de estas tesis, junto a la base económica está la diversa importancia del papel militar que jugaron patricios y plebeyos en la primitiva estructura política romana, papel militar que en definitiva se resolvía por la diferente posición económica de cada miembro, admitiendo por cierta la reforma timocrática de Servio Tulio del siglo VI. De Francisci, si he entendido bien, participa de ambas tesis cuando señala que la *sociedad primitiva estaba organizada sobre una base nobiliaria-caballeresca*.

Vemos, por tanto, que la diferenciación entre patricios y plebeyos no es tema sobre el que haya acuerdo unánime en la *respublica romanistorum*, y que siempre está sujeto a revisión. De todos modos he querido exponer muy sumariamente algunas de las posiciones sobre el tema, para que pueda verse como la tesis de

De Marino, haciendo hincapié en motivaciones económicas, no está descaminada, y científicamente se sostiene, y al menos da una explicación unitaria de estos fenómenos. Donde ya no es tan verosímil su tesis de la lucha es cuando la aplica a la crisis de la República, donde ya no contaban los enfrentamientos entre patricios y plebeyos; sí contaba —desde el punto de vista económico y con un gran papel— la esclavitud. Pero tampoco podemos tomar este dato como determinante de la crisis, que más que económica era política por la inadecuación de las estructuras políticas republicanas, aptas para una Ciudad-estado, pero no para regir la inmensidad de territorios que dominaba Roma. Queda además otro problema, que será fundamental en el Principado, pero que a finales de la República empieza a aflorar, y que fue asimismo una de las causas de la crisis de la República: las relaciones entre los romanos y los provinciales. Por tanto, la esclavitud, siendo importante, no es el factor sobre el que pivote toda la interpretación de este período, que es la tesis predilecta de los historiadores marxistas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que si la esclavitud se concibe en Roma como una condición unitaria, en las provincias no fue así. A principios de siglo ya Calderini había señalado la dificultad de perfilar para Egipto los confines entre el ser libre y esclavo, y sobre todo, la idea del esclavo no era tan rígida en provincias como en Roma. En este sentido los estudios de Cosentini sobre los libertos nos ofrecen una visión muy interesante sobre el argumento.

Quedan asimismo una serie de problemas de Derecho público que requieren una mejor aclaración. En este orden de ideas la investigación romanística trata de revisar toda la visión de las magistraturas que desde Mommsen se tenía por invariable. Los estudios de Lippold sobre el consulado, no son del todo satisfactorios. Tampoco las investigaciones de Suohlati y Pieri sobre el censor, pueden estimarse como resultados definitivos. Un camino donde coincidimos historiadores, epigrafistas y romanistas, es en el estudio de las magistraturas municipales donde tanto debemos los juristas a estudiosos como Rosenberg, Beloch, Mazzarino, Heurgon, Gabba, Fraccaro, Tibiletti, Degrassi, Sartori, etc. Sobre el poder de los magistrados, el imperium, considero hoy válida la explicación de Heuss, sin considerar por ello que sea definitiva. Otro problema que plantean las magistraturas en relación con los Fasti Consulares (analizados por Degrassi) es el de la eponimia, en estrecha relación con alteraciones constitucionales de la República. Los estudios de Hanell en este orden, son un punto firme del que necesariamente hay que contar. Los estudios prosopográficos para este tema son muy valiosos, y como obra de conjunto nunca debemos olvidar los trabajos de Broughton.

En general puede deducirse que los estudios de Derecho público romano están en una etapa de florecimiento, y son muy numerosas las aportaciones al argumento. Los mismos cursos de Historia del Derecho romano debidos a Kunkel, Kaser, Seidl, Arangio-Ruiz, Grosso, Frezza, Fuenteseca, son ricos en sugerencias y aportaciones al tema publicista, y para darnos cuenta de la importancia de esta línea de investigación, basta ojear los trabajos que se recogen en la «rassegna» que bajo el epígrafe «Diritto pubblico» publica anualmente la revista «IVRA», que con tanto cuidado dirige Cesare Sanfilippo.

Problema del mayor interés, constituye para nuestra ciencia el estudio del procedimiento civil romano. Es bien sabido que los estudios de Derecho romano referentes al proceso se han desarrollado a partir del descubrimiento de las Instituciones de Gayo, y fundamentalmente sobre esta fuente. De aquí la gravedad del

problema, pues la información gayana sobre el proceso es insuficiente. Y, sin embargo, es éste un campo que ejerce una atracción especial sobre los romanistas, y fundamental desde luego, para desvelar tantas facetas del Derecho privado romano. La misma idea de *ius*, que Kaser ha pretendido fijar a través del proceso, nos prueba la importancia de estos estudios.

Como en tantos campos del Derecho romano, se plantea en primer lugar en tono candente todos los problemas relativos a los orígenes del procedimiento civil romano, donde si es cierto que durante algún tiempo dominaron las ideas de Wlassak, hoy están muy seriamente sometidas a revisión.

En efecto, Wlassak afirmó que el proceso romano nació con carácter privado. Primeramente tuvo un carácter de contrato arbitral, de arbitrio provocado por las partes mediante acuerdo sobre la persona del juez. Nacería al margen del Estado mediante un acuerdo entre demandante y demandado para que un árbitro decidiese el litigio; así tendría un carácter privado. Consiguientemente el proceso civil romano tendría su origen en la recepción por parte del Estado del arbitraje privado, en una primera fase de modo voluntario, posteriormente de modo vinculante para las partes y los terceros a través del *iussum iudicandi* ordenado al juez privado por el magistrado. La estatalización del proceso se realiza totalmente cuando se hace obligatorio recurrir al juez. En este momento la justicia del Estado sustituye totalmente a la defensa privada. Esta idea tiene muchos puntos de apoyo y hay muchos aspectos de los que puede deducirse que el proceso romano tuvo primeramente un carácter privado. Según Wlassak el carácter privado del proceso romano se comprueba por el aspecto privatístico de todas sus fases, desde la *in ius vocatio* hasta la ejecución. Por este carácter privado que supone, ve en la *litis contestatio* un carácter contractual, de contrato entre las partes litigantes de someterse al pronunciamiento del juez. El *iussum iudicandi* que el magistrado ordena al juez consistiría en una simple orden dirigida al juez elegido por las partes para que pronunciara la sentencia, a la que las partes se someterían en virtud del acuerdo de *accipere iudicium*.

En el fondo, estas ideas de Wlassak no son otra cosa que el desarrollo de una tesis expuesta a lo largo de todo el siglo XIX que veía el origen del proceso romano en la defensa privada. Según esta tesis, la estructura de las primitivas *legis actiones* no hacían sino traducir en formas ritualizadas los actos propios de la defensa privada, tesis que sobre un plano filológico ya había sido defendida por Otfried Müller desde 1833. Pero fue Rudolf von Jhering quien de un modo sistemático y sobre un plano jurídico planteó la hipótesis de que el proceso romano primitivo nació de la defensa privada: *Selbsthilfe*, tesis que en el siglo pasado y aún en el nuestro se difundió extraordinariamente. Ciertamente a la base de esta teoría estaban muchos de los componentes del idealismo alemán del siglo pasado, en el fondo, como ha visto Pugliese estaba la idea iluminística e individualista que ve en la voluntad individual y en la actividad meramente privada el factor preminente de la civilización y de las instituciones jurídicas.

La concepción de Wlassak estaba muy influida por las ideas de su época, influido por el auge del liberalismo, por las ideas contractualistas que arrancaban de Rousseau, y que Mommsen había aplicado al Derecho público, y de ahí su tesis privatística y contractualista sobre el origen del proceso civil romano.

Hoy en día los presupuestos ideológicos han cambiado, pero se sigue manteniendo por una gran corriente romanística el origen privado del proceso civil ro-

mano. Hoy se hace mayor hincapié en el estudio de las fuentes, que permiten rastrear un cierto origen privado del proceso, y en definitiva, hoy van por vías independientes las tesis del carácter arbitral (recepción del arbitraje privado) y de la defensa privada. En mayor descrédito está hoy la tesis del origen arbitral, que acaso fue la más aguda aportación de Wlassak sobre los orígenes del proceso romano, pero también se ha atacado a fondo la teoría de la defensa privada, por lo que a modo de resumen de la investigación romanística actual, puede decirse que las tesis de Wlassak están hoy seriamente sometidas a revisión, tanto desde el plano de su planteamiento general, como desde planos concretos.

Sobre un plano general, la tesis de Wlassak ha sido atacada a fondo por Levy-Bruhl, Noailles y Broggin, que desde ángulos diversos y distintos razonamientos, niegan la fase de la *Aelbsthilfe* en los orígenes del proceso romano; Levy-Bruhl desde una base sociológica, Noailles desde una concepción amplia mágico-ritual donde pretende contradiciendo la tesis de la defensa privada, que es el rito quien crea el derecho, Broggin desde una investigación filológica que da al *vindex* el valor de actor —o demandado— procesal representante del grupo agnaticio cuya controversia se resuelve en el *sacramentum* a través de la *legis actio* respectiva, y que no alude para nada a la violencia privada.

En el plano de relieves anti-Wlassak sobre puntos concretos, la crítica de Carrelli en 1946 abrió un profundo proceso de revisión, Carrelli se disociaba tanto de la tesis de Keller como de la de Wlassak en torno al carácter de la *litis contestatio*, que es privatística en el sentido de sometimiento de las partes a la decisión del juez, y al carácter del *iussum iudicanti* que es publicístico, actividad desarrollada por el magistrado con la que controlaba la correspondencia del caso concreto llevado a su conocimiento con el caso abstracto indicado en el Edicto, y que satisface el requerimiento del actor. Estos dos puntos hacen en opinión de Carrelli, muy arriesgado admitir la hipótesis de la recepción por parte del Estado del arbitraje privado en torno a los orígenes del proceso civil romano. No es éste el lugar oportuno para exponer detalladamente todas las vicisitudes de la actual polémica anti Wlassak en mi opinión demasiado exagerada a veces. Me limitaré a señalar que respecto a la *litis contestatio* tal como la presenta Wlassak, le ponen muy serias objeciones Biscardi y Jahr, no siempre con razón, y quizá hoy en día se imponga un punto de prudencia en torno a la admisión o rechazo de las tesis del gran romanista austríaco.

Quedan muchos problemas por analizar sobre el proceso civil romano. Pasada una época de fervor durante los años 40 al 60 por el procedimiento formulario, parece que la investigación romanística se interesa con mayor atención últimamente por el proceso *extra ordinem*, y por toda la serie de providencias magistratuales (*interdictos*, *estipulaciones pretorias*, *missiones in possessionem*, *restitutiones in integrum*) genéricamente englobadas bajo la categoría de remedios pretorios. Especialmente sobre estos remedios pretorios son incontables los trabajos monográficos que aparecen en estos últimísimos años, y que van permitiendo centrar debidamente el desarrollo del procedimiento civil romano, con los reflejos indudables sobre tantas instituciones de Derecho privado. Asimismo otra línea de investigación estudia la mecánica de una serie de acciones concretas. Siempre fundamentales para este tipo de estudios procesalistas son las investigaciones sobre el Edicto, cuya última contribución importante la debemos a Fuenteseca. También se estudia hoy a fondo el proceso civil justiniano.

En otros campos del Derecho romano, quizá se hayan logrado resultados más sólidos, sobre todo, si los comparamos con los obtenidos en los campos familiar y procesal. A pesar de todo, quedan una serie de puntos que siguen requiriendo mayores aclaraciones.





## DERECHO ROMANO E INTRODUCCION AL DERECHO

*Angel Latorre*  
*Catedrático de Derecho Romano*  
*de la Universidad de Barcelona*

Por regla general, los estudiantes llegan a las Facultades de Derecho sin ningún conocimiento jurídico. No saben qué se les va a enseñar, ni por consiguiente si les gustará o no lo que se les enseñe. Parece, pues, útil darles de entrada una iniciación al Derecho, que les sirva de piedra de toque de su vocación y de fundamento de sus estudios ulteriores. Cuando hablo de «iniciación» no pienso en una asignatura de Introducción al Derecho, que por sí sola no es suficiente, sino en un primer curso, cuyas enseñanzas habrían de enfocarse en su conjunto con esa finalidad introductoria.

Tradicionalmente ha desempeñado un papel relevante en tal sentido el Derecho romano. Pero hoy soplan vientos contrarios en bastantes países a su mantenimiento como disciplina autónoma, inicial y obligatoria. En los últimos planes de estudios franceses ha perdido su autonomía didáctica. En otras naciones se ha convertido en materia optativa. Ante esta situación, es ineludible plantearse el problema de si está justificado o no que el estudio del Derecho romano, siga siendo el obligado pórtico a las enseñanzas jurídicas que es todavía entre nosotros. Este es el tema de mi conferencia. Fuera de ella quedan y por tanto no las examinaremos una importante serie de cuestiones relativas a la importancia de la investigación romanística en el panorama general de la ciencia jurídica y la forma de fomentarla y organizarla con independencia incluso de su empleo didáctico.

Para discutir el valor de unos estudios, en nuestro caso de los estudios románicos, en la formación de los juristas, hemos de pensar ante todo en qué tipo de jurista queremos formar. Esto no es fácil, pues hoy existe un evidente desconcierto a la hora de fijar la imagen del jurista que corresponde al mundo actual. Estamos lejos de la feliz seguridad que al jurista ofrecía el siglo xix. No sólo las profesiones jurídicas estaban entonces revestidas de gran prestigio, sino que, además, el letrado era la clave de bóveda de la organización social. Era, como el «clérigo» medieval, el dueño de la palabra, el maestro de la dialéctica, con la ventaja para él que estas artes pacíficas tenían más transcendencia en la sociedad

de la época, predominantemente civil, que en el rudo ambiente del mundo feudal. Así, los parlamentos, los gobiernos, la administración pública, la empresa se nutrían en gran parte de juristas.

Esta situación está cambiando en los últimos años de forma acelerada por diversas causas. El Derecho mismo atraviesa una honda crisis que afecta inevitablemente a sus «sacerdotes». Al mismo tiempo aumenta la influencia de los especialistas en otras ramas del saber que antes apenas se cultivaban y que muchas veces se atribuían también al jurista. Los campos de la política, la función pública y la economía privada son invadidos por economistas, sociólogos, sicólogos, técnicos en relaciones públicas o en otras ciencias empresariales. En la mitología social los números sustituyen ahora a las palabras y no los números han sido siempre las armas de los juristas.

Vivimos en momentos en que nuestra civilización occidental se tiende a valorar al hombre por su eficacia como productor y como consumidor y en que las actividades sociales cuentan sobre todo por su rendimiento en las relaciones de producción y de consumo. El jurista se convierte así en el técnico especializado en facilitar las operaciones comerciales en uno de sus aspectos: el de su encaje en la legislación vigente. Y esta tarea, aunque necesaria, no es la más importante en el mecanismo económico. No es, pues, extraño que la cotización del jurista baje en general en el mercado de las profesiones, mientras suben los de otros especialistas cuya actividad es más rentable para la empresa (1).

El jurista ve así como se difumina su imagen tradicional. De defensor de la justicia, de pieza clave de la vida social pasa a ser un técnico limitado a funciones concretas y en cierto modo secundarias.

Advirtamos que no se trata de salvar unos intereses profesionales o de preservar la vanidad de los juristas, los más vanidosos de todos los hombres, según Erasmo. La cuestión es de mucho mayor alcance. Hemos de preguntarnos si esta reducción del hombre a un engranaje en el mecanismo económico y su valoración no por lo que es, sino por lo que produce y lo que consume, corresponde a la condición humana. Si la respuesta es que no, y me parece difícil que sea otra, nuestra pregunta siguiente será en qué medida puede y debe contribuir el jurista a construir una nueva sociedad en que el hombre valga por su condición de tal y no en su calidad de productor y de consumidor y en que como dijo Marx en un escrito de juventud «sean más humanas las relaciones entre los hombres».

Decir esto es plantear todo el intrincado problema del humanismo moderno, que evidentemente no es posible examinar aquí. Baste con señalar que su idea esencial es que todo ser humano por el hecho de serlo debe tener los medios necesarios, tanto materiales como intelectuales, para el pleno desarrollo de su personalidad, ya que todo hombre, como dijo Kant y no me importa repetir una vez más esta cita que otras veces he recordado, es un fin en sí mismo y no debe ser instrumento para fines ajenos. Se, por supuesto, que es más fácil proclamar en forma general estos principios que detallar su aplicación en la práctica. Pero esta última y ardua tarea compete a cada uno en el ámbito de sus posibilidades y de su actividad profesional.

---

(1) La labor del jurista actual es juzgada a veces de manera mucho más dura. Véase, por ejemplo, el audaz ensayo de F. Kennedy, *The warehouse Theory of Law* en la colección de estudios dirigida por R. Lefcourt, *Law against the people*, Vintage Books, New York, 1971, págs. 81 y ss.

Para los juristas esta perspectiva abre un nuevo horizonte. Su misión no se limita a utilizar el Derecho vigente como un instrumento al servicio de intereses concretos. Tampoco les basta, aún siendo muy laudable, con defender «a la viuda y al huérfano», por usar la expresión francesa, es decir, con esforzarse en la lucha por las causas justas que les depare su vida profesional. Han de ir más allá y encararse con el Derecho vigente y promover su reforma en lo que estimen oportuno para acercarnos a esa sociedad más humana que todos deseamos.

## II

La educación jurídica que prepare para esa misión no puede ser estrictamente técnica y utilitaria. También ha de enseñar a *comprender* el Derecho, a *criticarlo* y a sugerir su *reforma* en lo que proceda.

Por supuesto, la preparación técnica, que enseña a usar el Derecho y a aplicarlo al caso concreto sigue teniendo un papel primordial en el aprendizaje del jurista, pero no hace falta dedicarle muchas palabras. A ella está consagrada desde siempre la mayor parte de nuestras enseñanzas. Sólo insistiré, para evitar que se interprete mal lo que estoy diciendo, en que la preparación técnica sigue siendo esencial para el jurista, pues es la que le califica como tal y le distingue de otros estudiosos que están interesados por el Derecho desde distintos puntos de vista, como los filósofos y los sociólogos. Aunque esto sea una verdad de Perogrullo porque equivale a decir que el jurista ha de ser ante todo jurista, no está de más recordarla, porque a veces, se alzan voces que piden casi la disolución de los estudios jurídicos en las ciencias sociales. Precisamente hoy estas últimas se han desgajado de las Facultades de Derecho, en las que estaban integradas, para formar facultades propias. La creciente tendencia a la especialización hace que este proceso sea irreversible y se recorte cada vez más el ámbito de la actividad específica del jurista. Una cuestión distinta es la de si el jurista debe tener *además* una iniciación en los métodos y problemas centrales de las ciencias sociales, dirigidas a abrirle los ojos sobre la realidad social y sus relaciones con el Derecho. De esto soy totalmente partidario, pero sin olvidar el papel complementario, aunque importante, que tal iniciación juega en la formación jurídica.

Toda técnica es por definición un instrumento. La técnica jurídica lo es para resolver los problemas prácticos que suscitan las relaciones humanas con arreglo a un sistema determinado de normas. Pero ya se ha dicho que el jurista (ni nadie, podría añadir) no puede ser un puro técnico, encerrado en su función instrumental e indiferente a los fines a que sirve. Más allá de la técnica está un segundo escalón en su actividad intelectual, que se dirige a *comprender* el Derecho. Ello supone ponerlo en relación con la totalidad de la realidad social, contemplarlo en sus conexiones económicas e ideológicas. Digo comprender y no explicar para no adelantar una tesis sobre las relaciones entre Derecho y sociedad. La concepción que de ellas tenga cada cual dependerá de la *Weltanschauung* que adopte. Para un idealista será un componente del «espíritu objetivo», por usar la terminología hegeliana, movido por la fuerza de las ideas. Para un materialista es un elemento de la superestructura, determinado en un último término por la base económica. Otros, con menos ansias de formulaciones radicales, se limitan a reconocer que

existe una fuerte conexión entre Derecho y sociedad, absteniéndose de integrar esa conexión en una teoría general del mundo.

La comprensión del Derecho requiere aguzar la sensibilidad histórica y abrir al jurista una perspectiva ecuménica.

La sensibilidad histórica consiste en la capacidad para apreciar el cambio, tanto los cambios de ayer como los que hoy vivimos. Que el Derecho se transforma cuando se modifica la sociedad a que se aplica es un hecho notorio. Pero el análisis de la influencia recíproca entre la evolución social y la jurídica, tanto en el pasado como en el presente, muestra que el ajuste entre Derecho y sociedad no es automático. Casi siempre el Derecho va a remolque del cambio social. Muchas veces se echa la culpa de ese retraso a los juristas, tachados de conservadores cuando no de reaccionarios. A ellos parece especialmente aplicable la conocida frase de P. Valéry de que siempre entramos en el futuro «à reculons». Tales reproches están justificados en parte, pero sólo en parte. Es cierto que sobre todo en épocas estables como lo fue la segunda mitad del siglo pasado y los comienzos del actual encontramos una mayoría de juristas con talante conservador, que operan sobre un Derecho cuyas líneas básicas estiman inmutables y que aunque se declaren positivistas, presuponen lo que se ha llamado un cripto-derecho natural. Aceptadas aquellas líneas, sólo es posible el laboreo dogmático o la discusión sobre puntos concretos. En la época de la Pandectística alemana, por ejemplo. Pero la situación se complica en períodos de convulsión y crisis. En tales momentos, algunos juristas prefieren apartarse del agitado contorno y colocarse en la situación del científico «puro». Así, el gran Cuyacio respondía a quienes le preguntaban su opinión sobre las guerras civiles que desgarraban la Francia de su tiempo: «nada de eso encuentro en el Edicto del Pretor». Y en nuestros días, otro gran jurista, H. Kelsen ha construido su por otra parte admirable teoría pura del Derecho con la confesada intención de liberar la ciencia jurídica de cualquier tipo de contaminaciones «metajurídicas», es decir, de aislarla de las contiendas ideológicas de nuestros tiempos y de sus implicaciones en la realidad social. Pero otros juristas, no menos grandes, optaron por enfrentarse con los problemas vitales que les acuciaban y por ayudar a construir el mundo nuevo que se perfilaba en el horizonte. Los legistas de la baja Edad Media, Grocio, Montesquieu, Beccaria o Bentham por citar algunos nombres no entraron en el futuro «à reculons» sino de cara y con audacia. Significativo es también lo ocurrido en la Unión Soviética. A raíz de la Revolución de octubre los estudios jurídicos casi desaparecieron de las universidades, pero progresivamente han sido reivindicados y no faltan voces autorizadas que consideran culpable aquel abandono de los graves fallos que han padecido y aún padecen en sus instituciones políticas y jurídicas los regímenes socialistas.

Nuestra época es también de cambio y crisis. Comprender el Derecho en sus cambios pasados ayudará a los juristas a comprenderlo en sus cambios presentes.

Un esfuerzo análogo de comprensión dilatará el horizonte del jurista no ya en el tiempo sino en el espacio, es decir, le dará lo que antes he llamado *perspectiva ecuménica*. Los cambios y los fenómenos sociales en general no se producen hoy a escala local sino a escala mundial. Para nosotros, la llamada más próxima es la europea, pero no hay que olvidar, al calibrar lo que pasa a nuestro alrededor, la perspectiva mundial.

Ello es tanto más necesario cuanto que la comprensión del Derecho no es, como ya he dicho, más que un paso previo para su crítica. Pocas cosas han sido, a mi entender, más nefastas para el prestigio del jurista que su renuncia a la labor crítica. Bentham definió a ciertos juristas como «una clase de hombres que siempre están de rodillas ante el pedestal de la autoridad y que cuando los de arriba o los de delante se han pronunciado piensan que es un crimen tener opinión propia» (2). La crítica supone precisamente tener opinión propia y decirla respecto al Derecho vigente.

En este aspecto conviene distinguir entre dos clases de crítica. Una, que llamaremos interna, se hace desde dentro del mismo sistema jurídico. Se trata de juzgar si los medios que ofrece ese sistema para conseguir si un fin establecido en él son o no los más adecuados. Este tipo de crítica se ha hecho y se hace con frecuencia y en cierto modo entra dentro de la técnica jurídica, pues persigue perfeccionar la coherencia y eficacia de un sistema cuyos puntos esenciales se dan por indiscutibles. Más problema presenta la crítica externa, es decir, la que se hace desde fuera del sistema y recae no sobre los medios sino sobre sus fines. Aquí surge la dificultad de que esa crítica tiene un fundamento ideológico y ha de apoyarse, por tanto en una ideología determinada. En los países en que reina una ideología oficial y excluyente la crítica sólo se puede ejercer desde ella. Puede haber y de hecho hay discusiones a veces agitadas sobre su aplicación al Derecho, pero el marco de referencias decisivas es indiscutible. Tal ocurre en los países socialistas. En los países de ideologías diversas como son los del mundo occidental, las críticas serán de signo distinto y aún contradictorio. Cada jurista o grupo de juristas intentará persuadir del acierto de sus puntos de vista a lo que es en definitiva el último y difícil juez en toda sociedad democrática y pluralista: la opinión pública.

Partiendo de la crítica el jurista ha de llegar a su último objetivo que es promover las *reformas* que estime oportunas. En el mundo moderno el jurista no crea el Derecho, como lo creaba el jurista romano, pero puede y debe intervenir en el proceso de creación del Derecho con la única arma de que dispone: la persuasión. Los criterios que inspirarán a los juristas en su actividad reformadora dependerán de su ideología, como los criterios que informen su tarea crítica. Lo que para esta hemos dicho se aplica enteramente a la labor reformadora.

### III

Establecidos así los objetivos que a mi entender ha de perseguir la educación jurídica, hemos de plantearnos en un plano más concreto la cuestión de la utilidad que en relación a cada uno de ellos tiene el estudio del Derecho Romano.

Pero antes de entrar en este debate conviene desembarazarlo de estorbos inútiles cuales son los prejuicios en contra o a favor del Derecho romano. Y digo los prejuicios en contra o a favor porque a menudo hacen más daños las defensas, por bien intencionadas que sean, que los más aviesos ataques.

---

(2) J. Bentham, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. J. Larios, Madrid, Aguilar, 1973, pag. 14. La obra se publicó en 1776.

Es cierto que el Derecho romano o, más exactamente, una determinada concepción del Derecho romano se convirtió en una de las claves de la actitud conservadora y aún reaccionaria en el siglo pasado y también en el presente. Se ha dicho, con alguna razón, que después de la Revolución Francesa el Derecho romano sustituyó a la Teología como fundamento del pensamiento conservador (3). Determinados principios, derivados con más o menos fidelidad de aquel Derecho se elevaron a la categoría de puntales inmutables del Derecho en general. Tal ocurrió con las ideas básicas sobre la propiedad «sagrada e inviolable» y las instituciones que de ella derivan como la libertad contractual y la libertad de testar. Pero si esto ocurrió no fue tanto porque esos principios fueran romanos (y habría que matizar bastante en qué medida lo eran) sino porque su exaltación convenía a los intereses de las clases dominantes. En cambio, otras instituciones esenciales del Derecho romano como su concepción del matrimonio y del divorcio fueron rechazadas de plano y sin contemplaciones del paraíso de los «principios eternos».

Significativo es lo ocurrido en la Unión Soviética y en otros países socialistas europeos. El Derecho romano fue considerado en un principio el símbolo del Derecho burgues y capitalista o, todavía peor, como el modelo del Derecho esclavista. Su estudio podía ser útil a lo más para servir de base al conocimiento de los derechos burgueses o para ilustrar desde un punto de vista jurídico la etapa esclavista de la evolución de la humanidad. Pero pasadas las primeras oleadas revolucionarias se produjo, como antes he recordado, un renacimiento de los estudios jurídicos, incluido el Derecho romano, y hoy se da el curioso fenómeno de que el estudio del Derecho romano se revigora en los países socialistas mientras se abandona en los occidentales. Según datos de 1970 (4) el Derecho romano era materia inicial y obligatoria en todos esos estados, a excepción de Checoslovaquia, que aún lo incluía en un curso general de Historia del Derecho, y de la República Democrática Alemana, en que era optativo. En algunas universidades, como las rumanas y las polacas, los estudios romanísticos gozan de considerable extensión.

Tan interesante o más que la situación de hecho en esos regímenes es su justificación teórica. Ahora se invoca a su favor, no sólo su interés como fundamento de los Derechos burgueses o como ejemplo de Derecho esclavista, sino también otros dos argumentos de tipo más general. Uno es que la técnica de los juristas romanos constituye el mejor modo de aprender el proceso de formación de los conceptos jurídicos y de la terminología del Derecho civil aplicable en muchas partes del mundo. Otro argumento es que el estudio del Derecho romano es el medio más eficaz para preparar la enseñanza del Derecho civil socialista.

Queda, pues, a mi entender, claro que las consideraciones ideológicas no afectan a la eficacia pedagógica del Derecho romano, aunque influyan sobre la manera de impartir sus enseñanzas. Pero esto es otra cuestión en que aquí no vamos a entrar.

Me limitaré a señalar cuál es más concretamente la utilidad del estudio del Derecho romano en relación con cada una de las finalidades que antes he señalado como propias de la formación del jurista.

---

(3) H. A. Steger, *Universidad de abogados y Universidad futura*, «Index», 4, 1973, pág. 77.

(4) E. Pölay, *L'insegnamento del Diritto romano nei paesi socialisti*; «Index», 1, 1970, pág. 130 y ss.

En relación con la primera de esas finalidades que era el aprendizaje de la técnica jurídica, al Derecho Romano se le atribuye habitualmente una doble función: por un lado, ha sido el camino tradicional para aprender el repertorio de conceptos básicos del Derecho privado; por otra parte, se ve en el método de los juristas romanos y en la riqueza de su casuística el instrumento más eficaz para iniciar en el razonamiento jurídico. En cuanto al primer punto se ha objetado a veces que el estudio del Derecho Romano supone un desvío largo y complicado para aprender unas nociones a las que se puede llegar por vías más amplias. Unas instituciones de Derecho privado basadas en el Derecho actual permiten enterarse de lo que es la compraventa o el usufructo sin necesidad de perder tiempo adentrándose en los refinados mecanismos del *ius honorarium* o en las sutiles discusiones de Juliano o de Papiniano. Pero esto es cierto sólo a medias. Los conceptos tienen también su historia y sólo a través de ésta podemos conocerlos en su auténtico alcance. De otra forma corremos el riesgo de tomarlos por verdades dogmáticas. El Derecho Romano cumple en este aspecto una de las tareas primordiales de toda historia jurídica, cual es la de formar una mentalidad elástica y no dogmática, que comprenda la casuística romana como fuente de ejercicios del razonamiento jurídico presenta otros problemas. En teoría nada hay que oponer. Todos sabemos desde Savigny que el valor permanente del Derecho Romano está en el método de los juristas y no en el contenido de las normas que componían aquel Derecho. Las dificultades surgen en la práctica. ¿Cómo hacer que el estudiante se familiarice con la jurisprudencia romana lo suficiente para que extraiga de su manejo esa virtud formativa? Los obstáculos para ello son considerables, al menos en las Universidades numerosas, y hoy todas lo son o tienden a serlo. Faltan medios materiales, falta tiempo y sobre todo falta el profesorado necesario para impartir tal enseñanza en grupos pequeños, lo que, a mi juicio, es condición imprescindible para hacer seriamente esta tarea. Aquí topamos, en último término, con problemas generales de la Universidad que basta recordar sin que sea posible discutirlos en detalle.

En la función de ayudar a comprender el Derecho, que hemos considerado el segundo objetivo de la formación del jurista, el Derecho Romano puede quizá ofrecer sus mejores frutos en el ámbito pedagógico. Tenemos un pueblo cuya historia conocemos bastante bien, desde sus orígenes hasta su crisis final. Tenemos un Derecho que también conocemos mejor que ningún otro histórico, gracias a varios siglos de estudio (5). El análisis de las relaciones entre la evolución jurídica y la evolución social e ideológica se hace así, no fácil, porque nunca lo es, pero sí menos difícil, al menos en sus grandes rasgos, que en otros Derechos antiguos o modernos. Tenemos, en efecto, un Derecho mejor conocido que el de otros pueblos antiguos, y que al mismo tiempo, por el distanciamiento que imponen casi mil quinientos años, no está sometido a la lucha pasional que sufre a veces el estudio de un Derecho moderno. Pero el Derecho romano no sirve sólo para aguzar la sensibilidad histórica. También fomenta la perspectiva ecuménica del jurista, ya que, como es notorio, el Derecho Romano, a través de su interpre-

---

(5) En el coloquio que siguió a la conferencia se me señaló que el conocimiento de la historia romana, sobre todo en sus aspectos económicos no es tan completo como yo afirmaba y hoy está en proceso de revisión. Me manifesté de acuerdo con la objeción. Por ello he suavizado el texto en este punto.

tación medieval y moderna, constituye la plataforma común de los actuales Derechos privados del continente europeo y de aquellos países no europeos inspirados en aquéllos. El Derecho Romano constituye, por tanto, una excelente introducción al Derecho comparado y su importancia en este aspecto ha sido señalado ya hace tiempo en los países anglosajones, donde se estudia entre otras cosas para abordar el conocimiento de los sistemas «romanísticos», es decir, de aquéllos que a diferencia de los propios anglosajones, derivan en forma más o menos directa del Derecho romano. En tal sentido habría que completar el conjunto de estudios jurídicos con el de la tradición romanística medieval y moderna; es decir, con el contenido de lo que en Alemania se llama ahora *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, adecuándolo, naturalmente, a nuestra propia tradición histórico-jurídica, pero sin olvidar su perspectiva general. Se plantea aquí el problema de la remodelación de los estudios de historia jurídica en su conjunto. Creemos en este sentido que se impondría una coordinación entre las diferentes materias, con independencia de que se respete su respectiva autonomía didáctica (6).

Los otros dos objetivos de la educación jurídica, que eran el desarrollo de la actitud crítica y reformadora, no caben evidentemente en un estudio histórico. No tiene sentido criticar el Derecho Romano y menos aún proponer su reforma. Pero, conviene no olvidar dos cosas. Una es que crítica y reforma se basan en la comprensión previa. Adiestrar en la comprensión supone por tanto, aunque indirectamente, preparar para una actitud crítica y ésta a su vez lleva a una tarea reformadora. La segunda cosa es que las raíces de nuestro Derecho privado son romanistas y que su exacto conocimiento y comprensión sirven para distinguir lo que haya en aquél de residuo histórico y peso muerto, transmitido de generación en generación «como una eterna enfermedad», según el famoso verso de Goethe, de lo que sigue siendo vivo y operante. Y esto es un punto importante de toda crítica.

He intentado poner de relieve lo que en una perspectiva realista constituyen los fines esenciales del estudio del Derecho Romano en el plano didáctico. Pero en la enseñanza, en general, y, por supuesto, en ésta en particular, tanto más que el enfoque abstracto que se pretenda dar a cu contenido cuenta el arte y la personalidad del profesor, así como su sensibilidad para captar lo que le piden los nuevos tiempos. La espléndida tradición didáctica que tiene en España el profesorado romanístico es quizá la mejor garantía de que nuestros estudios conservarán el interés y el prestigio que todavía tienen en nuestras Universidades.

---

(6) Recojo también una sugerencia, acertada a mi juicio, del coloquio citado.



## **HISTORIA DEL DERECHO**



## I. HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO

*Francisco Tomás Valiente*  
*Catedrático de Historia del Derecho*  
*de la Universidad de Salamanca*

### **La Historia del Derecho, como especialidad de la ciencia de la Historia**

Una primera cuestión acerca de la cual hay que definirse es la concerniente a lo que podríamos denominar el estatuto científico de nuestra disciplina. Frecuentemente se elude el problema diciendo que la Historia del Derecho es una disciplina bifronte o de doble vertiente porque participa de los métodos de las ciencias jurídicas. Recientemente algunos historiadores italianos y españoles tratan de considerar a la Historia del Derecho como la única ciencia posible acerca del Derecho; como ciencia histórica y ciencia social es la única que parte de las perspectivas correctas para el estudio de una realidad, la del Derecho; incomprendible si no es dentro de estas coordenadas. En España tiene bastante aceptación la orientación implantada desde 1953 por García Gallo que trata de aislar a la Historia como ciencia de lo individual, concepción que haría inviable un estudio del Derecho, fenómeno social y con vocación de permanencia; éste sólo puede ser estudiado en el pasado contemplándolo desde la ciencia jurídica.

Parece sin embargo preferible mantener la tesis de que la Historia del Derecho es una de las especialidades de la ciencia de la Historia. El pasado no tiene existencia real; la Historia no estudia «el pasado», sino partes de la realidad que entonces hubo; una de esas secciones o elementos componentes de la sociedad pasada es el Derecho, a través del cual aquella o aquellas sociedades se regían. Situando la Historia en el ámbito de las ciencias sociales, y considerando que el Derecho sólo puede ser comprendido si no lo aislamos del entorno social en el que ha tenido vigencia, la Historia del Derecho puede ser concebida como «Historia»; y sus enseñanzas deben incorporarse a las de cualesquiera otras especialidades historiográficas para entre todas acercarnos a la construcción de esa «Historia total», Historia de las sociedades pasadas, cada una de las cuales fue una totalidad, y debe ser entendida en cuanto tal, lo que no impide, antes bien exige,

que nos acerquemos a ellas delimitando áreas homogéneas de estudio, una de las cuales pueden ser la del Derecho.

### **¿Qué es el Derecho?**

Pero, en efecto ¿qué es el Derecho? Si ya lo sabemos de modo cierto, indubitable y completo, el estudio de lo que ha sido es superfluo, y nada añadiría a lo que ya creyéramos saber. Si, por el contrario, pensamos que un concepto satisfactorio de Derecho sólo lo podremos formular después de haber estudiado su historia, entonces ¿cómo podemos buscar en el pasado un objeto de cuya consistencia no tenemos noción clara? Para romper el círculo vicioso es necesario formarse un concepto provisional e incompleto de Derecho, susceptible de ser revisado, abandonado o simplemente completado después de la indagación histórica, pero que al mismo tiempo nos sirva de orientación en la investigación y de catálogo o repertorio de problemas a investigar.

Con esa finalidad, podemos decir que el Derecho está constituido en último término por unas normas (en cuya especialidad no es posible entrar aquí) enunciadas en un lenguaje técnico más o menos abstruso. Normas y técnicas componen el núcleo del Derecho. Pero esas normas se dan para resolver relaciones sociales, para ordenarlas; y en el fondo de esas relaciones hay conflictos entre los individuos o entre los grupos y clases sociales; las normas imponen soluciones para resolver esos conflictos de intereses. Esas relaciones sociales ineludiblemente problemáticas se tejen en torno a problemas básicos de la convivencia; cada grupo homogéneo de relaciones sociales constituye una institución, cuyo marco normativo proporciona el Derecho. Una dimensión fundamental en el Derecho es su doble función valorativa; las normas valoran las conductas de los individuos, las permiten y aprueban e incluso favorecen, o las sancionan negativamente, prohibiéndolas o penándolas; pero a su vez el Derecho de una sociedad determinada puede ser valorado, y todo él en conjunto o cada una de sus normas pueden ser considerados justos, razonables, o injustos y carentes de racionalidad. El Derecho, pues, emplea unos criterios de valoración con arreglo a los cuales juzga y es juzgado; y aparece como una realidad una de cuyas dimensiones es la legitimación a sí mismo.

Este análisis provisional y penúltimo de lo que es el Derecho proporciona al historiador una serie de hipótesis, de problemas, de perspectivas.

### **En qué debe consistir la Historia del Derecho**

En primer lugar diremos que en construir una Historia social del Derecho, es decir, en una Historia que no separe el objeto específico, cuya especificidad la justifica, el Derecho, de esa o esas sucesivas sociedades en las que el Derecho se ha dado. Una Historia del Derecho que sólo contemplara el estudio del núcleo normativo y técnico del Derecho no explicaría nada, se limitaría simplemente (como tantas veces ha hecho) a describir.

Pero si no sólo estudiamos ese núcleo normativo y técnico, sino también su arraigo en los conflictos de intereses, en las relaciones sociales de todo tipo que

las normas tratan de regular imperativamente, el Derecho podrá ser comprendido desde ese juego dinámico, y, a su vez, el conocimiento del Derecho será útil para comprender cómo fue una sociedad determinada.

Por otra parte, el historiador deberá no olvidar nunca la dimensión valorativa que todo Derecho encierra. En consecuencia lo estudiará con la mirada atenta también en el techo ideológico, expreso o implícito, de cada sistema jurídico.

Núcleo normativo y técnico, base material y techo ideológico, constituyen una realidad de tres niveles compleja y difícil; ¿cómo se han relacionado entre sí estos tres estratos a través de las distintas sociedades que ha habido? He ahí uno de los grandes temas de la Historia del Derecho.

### **Creación del Derecho y sistema de instituciones**

Las normas no surgen espontáneamente de la noche a la mañana; alguien las crea, las impone; incluso cuando ese «alguien» es difuso, y se identifica, por ejemplo, con una determinada comunidad que origina consuetudinariamente sus normas de organización, puede hablarse del momento de creación del Derecho. Cómo surge éste, quién o quiénes lo crean, desde qué criterios valorativos lo imponen, qué relación hay entre los distintos planos que componen ese entramado normativo... Todos estos problemas pueden ser estudiados por el historiador del Derecho en una primera parte (la creación del Derecho o la Historia de los modos de creación del Derecho). Aquí puede tener particular cabida, junto a todas las otras cuestiones apuntadas, el estudio de la historia de la ciencia jurídica, de sus principios básicos y de su metodología.

Pero como el Derecho en la realidad resuelve conflictos de intereses enmarcándolos en instituciones, éstas deben ser otro modo de acercamiento al estudio de la realidad jurídica del pasado. En las instituciones el historiador deberá examinar no sólo el marco normativo; de hacerlo así la Historia del Derecho puede convertirse (como de hecho tantas veces ha sucedido) en un mero repertorio de soluciones normativas, expuestas por el historiador en torno a un mismo problema (las relaciones entre personas de distinto sexo, o entre padres e hijos, o entre vecinos de una misma localidad...). En el estudio de una institución debe reflejarse todo el sistema de instituciones coexistentes con ella en una determinada formación social, aquélla en la que se estudia. El historiador de las instituciones debe mirar alternativamente a su tema específico y a la realidad social total en la que aquel «tema» tuvo entidad real.

Estas dos partes (Historia de la creación del Derecho; Historia de las instituciones) de la Historia del Derecho no son reflejo de una división «in re», sino que obedecen a necesidades expositivas. Desde la perspectiva docente, es imposible aunar todos esos temas en un solo curso; pero sí puede explicarse a lo largo de un curso toda la parte concerniente a la Historia de la creación del Derecho, y algunos temas escogidos selectiva y variablemente de la Historia de las instituciones. (Así viene haciéndose desde hace años y cuando el curso académico no sufre alteraciones reductivas importantes, en el Departamento de Historia del Derecho de Salamanca).

### **Para qué puede servir la Historia del Derecho**

En el siglo XIX nuestra disciplina tuvo una vertiente pragmática importante y orientada en muchas ocasiones hacia la «vocación legislativa». Había que elaborar los códigos y parecía sensato hacerlo de acuerdo con la tradición histórica, o incluso, obedeciendo al «espíritu del pueblo». En nuestro tiempo esa finalidad ha desaparecido. Acaso la Historia del Derecho puede todavía servir en nuestro país y dentro del campo del Derecho privado para una función complementaria de la dogmática jurídica a la hora de aplicar determinados textos normativos (las Compilaciones forales); pero esto en pequeña escala.

Por eso la Historia del Derecho tiene que justificarse desde la teoría y no por su utilidad práctica (que es muy escasa) ni, menos aún, como formulario de «antecedentes históricos» que los cultivadores de la «pura dogmática jurídica» manejan para adornar, con unos toques de erudición prestada, las secas exposiciones al uso.

En relación con los estudiantes a cuya formación debemos contribuir, la Historia del Derecho se justifica por cuanto les vacuna contra cualquier tipo de dogmatismo jurídico, presente o futuro. Si la estudian con arreglo al enfoque aquí ofrecido, la Historia del Derecho les vacunará además contra todo tipo de formalismo, y les enseñará a buscar dentro de la institución, debajo de la norma, el juego de intereses que pueden dar razón de ella.

Al estudiar los modos de creación del Derecho, incluyendo el techo ideológico de cada sistema, y al examinar por dentro, en «su aspecto interno» las normas del pasado, en su conexión con todas las realidades contiguas ya mencionadas, la Historia del Derecho puede tener una vecindad con la Filosofía del mismo. Hay, de hecho, diversos modos de conocer el Derecho; la Historia del Derecho no debe disolverse ni en ciencia jurídica ni en sociología ni en filosofía; pero debe procurar integrar los métodos de cada uno de estos modos de conocer el Derecho.

El interés de la Historia del Derecho para los juristas debe lograrse no «reduciendo» su objeto a una realidad «pura», químicamente aislada, asépticamente contemplada, sino descubriendo los diferentes estratos del Derecho y abriéndolos en sus múltiples conexiones sociales. Así aprenderemos más Derecho y lo comprenderemos mejor. Y nuestros alumnos oirán y leerán una Historia viva, llena de problemas, no una seca relación de datos eruditos (imprescindibles, pero no suficientes), que puede (pecado mortal del docente) aburrirles. Si entendemos así, tal como aquí se sugiere, la Historia del Derecho, ésta debe «explicarse», no meramente «mostrarse»; porque de lo que se trata es de replantear problemas que en cada sociedad se dieron y que al ser reconstruidos ahora pueden ilustrarnos no sólo acerca del pasado, sino también respecto al presente que vivimos.

## **II. INVESTIGACION MONOGRAFICA Y VISION DE CONJUNTO**

### **Planteamiento del tema**

Tal como en la conferencia anterior concluíamos, la Historia del Derecho debe enseñarse a los alumnos como un saber explicativo, interpretativo y no meramente descriptivo de la realidad que fue. Ahora queremos dar un paso más, den-

tro de una línea coherente: si así debe explicarse la Historia del Derecho en cuanto «asignatura» docente, así también habrá de investigarse. Como resultado de una y otra tarea podremos averiguar cuál ha sido y cómo se ha ejercido la función social del Derecho en cada formación social.

Al exponer este cuadro de principios relativos a cómo debe orientarse la investigación en Historia del Derecho, quisiera mostrar la necesidad del contacto con otras disciplinas afines e incluso vecinas en el marco docente. No trataré de exponer, por ello, un esquema muy detallado o especializado de normas para investigar, esquema que sería, cuando menos, pretencioso, sino más bien declararé en voz alta qué temas me preocupan a mí, cómo y en virtud de qué necesidades creo que hay que elegir, y en qué medida los temas por mí propuestos cumplen (en mi opinión) una misión interesante: la de abrir la Historia del Derecho a campos no herméticos, en los que acaso haya estado encerrada durante algún tiempo.

### **La delimitación del tema**

Pienso que este momento, el de la elección del tema a investigar es decisivo. Qué investiga un historiador equivale a decir qué le interesa. ¿Sólo a él? ¿Debe un historiador estudiar aquello que a él, acaso exclusivamente a él, le interese? En cierto sentido, sí, pues no hay que coartar la libertad de elegir en ningún aspecto. Pero puesto que no hay tiempo para todo, y puesto que la Historia se escribe desde el presente, y ya que no todo ni casi todo lo del pasado nos es conocido, parece que la elección del tema debe hacerse teniendo en cuenta lo que ahora y en términos relativamente generales interesa. El saber si ocupa lugar. Y tiempo. Y mientras un investigador está ocupado en indagar los requisitos de tal o cual contrato en tal o cual Fuero del siglo XII, muchos pensarán que acaso haya temas más graves y grandes por investigar. Lo que sugiero no es la imposición de temas previa encuesta para determinar a cuántos les interesa cada cuestión. Este disparate, caricaturescamente elegido, sólo sirve para fijar un extremo; el otro extremo está constituido por el historiador analista de detalles, por el miniaturista que dedica tiempo suyo y fuerzas colectivas a averiguar minúsculos detalles de un pasado inconexo con el resto de su tiempo. Este último tipo de investigación es lícito; pero no recomendable. Dada la enorme abundancia de grandes temas sobre los cuales no sabemos nada o muy poco en Historia del Derecho español, considero urgente llamar la atención contra las microinvestigaciones. Conviene animar a los nuevos investigadores a asumir grandes temas, problemas cruciales en su tiempo, instituciones básicas.

### **Campos de temas poco cultivados**

Creo que en nuestro país conviene asimismo recomendar el estudio de temas de Historia de la ciencia jurídica, hasta ahora poco o nada atendidos. Fuera de España, y desde hace relativamente pocos años, el estudio de la técnica, de la metodología y de la problemática de la ciencia jurídica ocupa la atención y el trabajo de notables historiadores. Aquí, muy poco.

Este campo permitiría además la colaboración entre cultivadores de modos

distintos de acercarse al derecho. Una historia de la ciencia jurídica interesa de hecho, fuera de España (en Italia o en Alemania) a historiadores, sí, pero también a quienes se dedican más bien a la filosofía del Derecho. El acercamiento ayer postulado entre los métodos y los temas de distintas «disciplinas», puede potenciarse en campos como éste. Bien entendido que cuando se piensa en la conveniencia de estudios tales, se entiende ha de ser con las mismas preocupaciones que ayer señalábamos: buscando no sólo cuál fue la técnica empleada por tal jurista o por tal escuela, sino además qué justificación veían en el Derecho de su tiempo, y cómo valoraban a través de él las relaciones sociales encajadas en una institución determinada, o en todo el sistema de su tiempo.

Otro campo apenas atendido entre nosotros es el que podríamos denominar como relativo a los problemas estructurales del ordenamiento jurídico de un momento y sociedad dados. ¿Ha habido siempre un orden de prelación de normas? ¿Hubo en la sociedad del llamado Antiguo Régimen mecanismos institucionales de control sobre la validez de las normas jurídicas? ¿Qué fuerza tenían de iure y de facto la doctrina de los doctores, pongamos en Castilla o en Aragón durante los siglos XVI a XVIII? También estos temas, estudiados no como piezas aisladas de un mosaico jamás reconstruido, sino como esferas abiertas, como temas potencialmente relacionados con otros, pueden ser de gran utilidad para saber qué fue el Derecho, y, por tanto y como resultado, qué es el Derecho.

En el campo de la Historia de instituciones es donde pueden ser más oportunas las advertencias antes expuestas respecto a la conveniencia de evitar el estudio de temas aislados, mínimos o poco importantes. Este aspecto de la Historia del Derecho ha sido el más estudiado en los últimos decenios, incluso el único estudiado (salvas algunas pocas excepciones); pero todavía quedan enormes listas de problemas por estudiar, de temas ignotos, casi ni siquiera descubiertos en cuanto temas.

Si conviene abordar grandes temas, es prudente añadir que conviene sean abordados por varias personas ordenadamente. No menciono como fórmula aconsejable la tópica «investigación en equipo», pues esta expresión puede dar lugar a muchos equívocos. Pero sí es cierto que dentro de un mismo departamento debería orientarse la investigación de todos sus miembros hacia horizontes comunes, al margen siempre de investigaciones ocasionales de cada uno de sus miembros. De este modo (y así se hace ya en algunos departamentos de nuestras universidades) al cabo de unos cuantos años, la tarea emprendida por un puñado de trabajadores puede ser considerable. Piénsese en que esta fórmula propuesta ni ahoga la individual capacidad creativa de cada investigador, ni, en el extremo opuesto, aísla la tarea de cada individuo.

### **La preferencia por lo próximo**

Otro criterio orientador de los temas a estudiar puede ser éste. En nuestro tiempo interesa cada vez más lo más cercano. Llevada esta observación a su límite tocaríamos ciertamente el absurdo. Pero si en lugar de reducir al absurdo cada observación tratamos de entenderla moderadamente, podremos comprender que con la aquí expuesta procuramos salir de un cierto medievalismo del que ha sido víctima nuestra materia durante demasiado tiempo.



Complemento directo del dominante medievalismo ha sido el olvido hacia el Derecho del siglo XIX. Esta época, suele decirse entre los historiadores del Derecho en España, ya no es «lo nuestro»; de ésta se ocupan todos los juristas. Afirmación esta última del todo cierta; precisamente han tenido que dedicarse a estudiar la Historia del constitucionalismo español, los constitucionalistas; la Historia del Derecho Administrativo del XIX los profesores de Derecho Administrativo, y así en otros sectores semejantes, porque los historiadores se dedicaban a perfilar las relaciones entre determinadas fuentes, o se limitaban a tiempos remotos. Considero necesario recuperar el siglo XIX (entendido como mínimo desde 1808 hasta 1936) para la Historia del Derecho. Lo que en modo alguno significa ni valoración peyorativa para quienes han hecho sectorialmente la Historia del Derecho del XIX procediendo desde sectores académicos vecinos al nuestro (pues entre los estudios así realizados hay muchos de valía más que notable, y en todo caso han cubierto un silencio a nosotros imputable) ni tampoco intención de cercar el terreno recuperado para que nadie, si no posee la titulación de historiador del Derecho, penetre en él. De nuevo la reducción al absurdo puede servir para que se entienda bien nuestro propósito, que consiste en la voluntad de llegar hasta el presente, o por lo menos hasta el pasado más cercano. Sólo así la Historia del Derecho podrá servir, de verdad, para entender el Derecho actual. Meta ésta que usualmente se propone todo historiador en sus «memorias» del segundo ejercicio de las oposiciones, para exponerla sólo retóricamente, insinceramente. Lo que aquí se defiende es tan sólo la necesidad de ser coherentes con esta formulación retórica.



## I. HACIA UNA HISTORIA PARALOGICA DEL DERECHO

*Jesús Lalinde Abadía*

*Catedrático de Historia del Derecho español de la Universidad de Zaragoza*

### **Introducción**

No creo que peque de originalidad si empiezo indicando que asisto muy gustoso a estas reuniones de incipientes profesores de las Facultades de Derecho, y que considero muy acertada la iniciativa. Si el sistema empleado para la selección de catedráticos y profesores agregados es el de cooptación, nada más natural que el que cooptantes y cooptados nos reunamos para intercambiar puntos de vista sobre nuestras disciplinas. Si el opositor se ve obligado a desnudarse conceptualmente ante el Tribunal, aunque siempre lo hace a medias, en estas reuniones pueden ser los miembros de aquél quienes lo hagan, y en ello ganaremos todos, unos, porque disiparán sus dudas sobre las posturas de los otros, y éstos, porque al definirse experimentarán una cierta «liberación» de corte psicoanalítico. Todo ello, aparte de que ahora nos olvidemos todos de situaciones circunstanciales y, en gran medida, administrativas, para entregarnos al dulce encanto de la controversia erudita.

Desde hace unos años, muchos menos de lo que se presumirá por mi edad, ya que llegué a ella tarde, ejerzo una Cátedra de Historia del Derecho español, y esto, unido a la natural consecuencia de que empiezo a participar en Tribunales de oposiciones, hace que en algunas de las «memorias» que forman parte de los ejercicios de aquéllas, se trate de definir mi postura conceptual sobre la disciplina, atribuyéndome la de un «pluralismo jurídico», término que creo dice muy poco, pues, si acaso, no expresa más que la imputación de un eclecticismo, que es siempre una postura anodina. Lo único que me consuela ligeramente es que ese «pluralismo jurídico» no parece aludir realmente a una postura conceptual,

---

(1) El presente artículo es la base de una conferencia pronunciada en las *Jornadas para profesores de primer curso de las Facultades de Derecho* (Universidad Hispanoamericana de la Rábida) el día 3 de septiembre de 1975.

sino a una diversificación expositiva o, si se quiere, metodológica, en cuanto lo sigo el mismo esquema en el desarrollo de los temas, muy varios, además, que constituyen el objeto de mis trabajos, los cuales ascienden en este momento a ocho libros y cerca de una cincuentena de artículos, en su mayor parte, de notable extensión. Próximamente, aparecerá una recensión amplia de mis dos obras de conjunto, que por proceder de un destacado colega, ofrecerá una interesante imagen de la impresión que suscitan entre los profesionales (2).

Todo esto lo digo como si rehiciera mi primer ejercicio de oposiciones a cátedra, a fin de justificar el que hoy venga a defender una posición conceptual, que yo califico, un poco «pour épater le bourgeois», como de «Historia paralógica del Derecho». No contiene nada nuevo, pues está dicho «casi» todo, y el «casi» restante sólo corresponde a figuras de excepción. El propósito es indicar como creo que contemplo la disciplina tras haber trabajado en ella durante unos años, años en los que uno experimenta idas y venidas, dudando en dónde sentarse. Como no hay nada nuevo, quizá sería práctico que, a la manera de los modernos «tests», se fueran numerando las diversas posturas conceptuales, limitándose uno a poner una cruz u otro signo en aquélla con la que se mostrara conforme. Lo que sucede es que nunca se está de acuerdo plenamente con una postura, ni tampoco plenamente en desacuerdo con las demás, lo que da lugar al nacimiento de verdaderos «cocktails» conceptuales (3), en los que habría que decir: «en esto estoy de acuerdo con A, pero en esto otro con B, etc.». Dado que resulta difícil para el lector la reconstrucción consiguiente, es más cómodo que cada uno desarrolle su postura, con el conocido método de apostillarla con notas. Esto es lo que voy a hacer, eso sí, sin ninguna aspiración a convencer, pues la naturaleza humana impele al intelectual a no dejarse convencer por el «prójimo» suyo, lo que creo constituye una de las leyes de la evolución del pensamiento.

### La historia del Derecho como saber bifronte

En mi primer manual (4), afirmaba yo la «naturaleza bifronte» de la historia del Derecho, y me esforzaba en demostrarlo a través de examinar la cuestión desde cuatro puntos de vista distintos, que calificaba, no sé si siempre muy exactamente, como empíricos, fenomenológicos, ontológicos y teológicos. Matizaba que esta naturaleza se entendía en cuanto a la Enciclopedia de la Ciencia, en el sentido de que la Historia del Derecho era a la vez ciencia histórica y ciencia jurídica, y aún me preocupaba dejar esto bien claro al compararla con otras historias especiales, como las de arte, literatura o filosofía, diciendo que debía distinguirse

(2) Se trata del profesor Martínez Gijón, de la Universidad de Sevilla, y la indicada recensión ha aparecido en «Anuario de Historia del Derecho Español» 45 (1975), 627-40. Por razones de tiempo no puedo hacerme eco de un trabajo reciente de Salustiano de Dios, como lo merece por su interés.

(3) Es significativo el caso del profesor J. M. Pérez Prendes, quien concibe la «Historial total» como una convergencia de la historia del Derecho, de Gierke; la historia económica, iniciada por Marx; la historias de las culturas al modo de Alfredo Weber y los estudios sociales de Gurtvich, Mac Iver y Mannheim, aparte de que, anteriormente, y en cuanto discípulo de H. Thième se ha declarado diltheyano. Vid. su *Curso de Historia del Derecho español* (Madrid, 1973), 10. Considero que la combinación no carece de coherencia, aunque dudo sea compartida por otros representantes de la «historia total».

(4) J. Lalinde, *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1970), parágrafo 2.

(5) Lo he destacado varias veces, sobre todo, en mi artículo *Estudio del artículo 1.º de la Compilación del Derecho civil especial para Cataluña*, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1961), 249-272.

entre arte, literatura o filosofía, añadido Derecho, y sus ciencias correspondientes. La historia del arte no es arte ciertamente, pues ni siquiera es pintura, escultura, música o una de las llamadas «artes menores», pero es una de las ciencias del arte y, además, contribuye poderosamente a la evolución de éste, pues el conocimiento del arte pasado, es uno de los elementos provocadores de los cambios artísticos, sea por adhesión, sea por reacción. Con más razón podría esto predicarse de la historia de la literatura, amén de que ésta pueda llegar a ser un género literario en sí o, al menos, un subgénero, y todavía, más, en la historia de la filosofía, pues hay sistemas que la adaptan como base, y para Hegel, por ejemplo, la historia de la filosofía es ya filosofía. La historia de la medicina no es medicina, pero es una ciencia de la medicina, que los médicos estudian, no por mera erudición, ni aún siquiera por conocer los medios curativos del pasado, sino para comprender los sistemas terapéuticos y los principios en que se basan. El caso del Derecho es comparable al de la Filosofía, pues hay sistemas jurídicos que adoptan la historia como elemento esencial, de tal forma que, como les sucede a nuestros llamados Derechos forales, su única justificación reside en que son históricos. Es decir, la Historia del Derecho llega, incluso, a ser Derecho en algunos sistemas y, por descontado, forma parte de las Ciencias del Derecho. El jurista no la estudia por mero pasatiempo erudito, sino que la necesita para su labor interpretativa, la invoca frecuentemente en la práctica, y hasta no es raro que gane pleitos con ella. En los territorios forales, aún en aquellos en que las compilaciones han cedido más en el terreno de la historicidad, se mantiene la «tradición jurídica» como elemento interpretativo, como sucede en Cataluña y Baleares (6), y en otros, su valor es superior todavía, como en Aragón y, sobre todo, en Navarra, donde las viejas fuentes históricas se mantienen como vigentes.

Desde luego, la escuela histórica del Derecho es la que exaltó hasta el máximo el valor jurídico, no meramente científico, de la Historia del Derecho. Ese valor ha sido después rebajado, y hasta anulado, pero sin que ello afectara al valor científico, como puede verse en Enrique Mitteis, que se ocupó de la Historia del Derecho como parte de la ciencia histórica y como parte de la ciencia jurídica (7).

Sin embargo, en los últimos tiempos se está produciendo un movimiento contrario procedente de la excesiva tecnificación de la Historia del Derecho y de la hostilidad de algunos historiadores generales, movimiento que, como es frecuente, puede radicalizarse en nuestro país.

La tecnificación de la Historia del Derecho procede de su exclusiva inclusión en las Facultades de Derecho, lo que ha motivado que, cada vez más, hayan sido juristas los que lo han impulsado, pensando, además, en que su trabajo tenía que ser útil para sus colegas presentes y futuros. La hostilidad de algunos historiadores generales procede de que consideran que la Historia del Derecho se anquilosa al construirse autárquicamente. Hasta aquí, las prevenciones contra la Historia del Derecho actual parecen justificadas, y son los propios historiadores del Derecho

---

(6) Por eso lo he tratado específicamente en mis libros *La dote y sus privilegios en el Derecho catalán* (Barcelona, 1962) y *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán* (Barcelona, 1965), así como en el artículo *Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* (1966), 313-349.

(7) H. Mitteis, *Vom Lebenswert der Rechtsqeschichte* (Weimar, 1947). En pág. 12 ss. estudia la Historia del Derecho como ciencia histórica, y en la pág. 37 y 22. como ciencia jurídica.

los que manifiestan su inquietud en ese sentido, como es el caso de Parisidi (8), o el de Carlos S. Bader (9), que parecen reconocer la necesidad de acentuar el aspecto histórico. La hostilidad de los historiadores generales es aceptable si es moderada, como sucedía en el caso de J. Vicens Vives (11), no siéndolo en otros casos, como el de Godechot, a cuyos ataques contestó en su día P. Ourliac desde el campo de la Historia del Derecho (11), ataques que en ocasiones están motivados por el disgusto que produce la falta de posesión de una técnica, frente a la cual se reacciona con un aparente desdén.

El peligro reside en la radicalización de las posturas, a la que pueden llevar algunas posiciones de los últimos tiempos, como la de J. M. Pérez-Prendes y, sobre todo, la de Francisco Tomás Valiente. El primero, podría tener razón cuando afirma que combatir sobre sí la Historia del Derecho es una disciplina jurídica o una disciplina histórica «es una discusión vieja, carente de vitalidad e interés», pues, realmente, la discusión es vieja, y también en las polémicas eruditas se observa una especie de prescripción extintiva, pero lo que sucede es que él no la abandona, pues acto seguido se inclina por una de las dos posturas, al afirmar que «sólo» puede concebirse «inmersa en el concepto de la Historia total» (12). El término «Historia total», el de «a part entière» y otros similares, no tienen más valor que el de símbolos de una reacción contra la hegemonía de las historias especializadas inconexas, pues no se concibe que la Historia, el Derecho, la Física o la Química estén destinadas a ser «parciales». En realidad, el calificativo adecuado era el de «unitaria» o, simplemente, el tradicional de «general», y en atención a ello he declarado en mi segundo manual que el estudio profundo del desenvolvimiento histórico no puede sino realizarse dentro de la historia general (13), pero sin que tenga que disolverse en ella, pues el Derecho no puede prescindir de su concurso, lo que demuestra su condición de ciencia jurídica. A todo ello hay que añadir que ninguna de las corrientes que declara constituir «su» historia total han negado a la Historia del Derecho ese carácter de ciencia jurídica, antes bien algunas de ellas lo presuponen, como es el caso de Gierke, y aún lo afirman expresamente, como es el caso de Thième (14).

(8) Cfr. A. García Gallo, *Cuestiones de Historiografía jurídica*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 44 (1974), 741-64, con motivo de la reunión de trabajos historiográficos de Paradisi en *Apolo-gia della storia giuridica*.

(9) Vid. K.S. Bader, *Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers* (Tübingen, 1951). El autor da por descontado que el historiador del Derecho debe ser un jurista, y lo que se plantea es que debe ser más historiador que lo es en la actualidad.

(10) Se presenta ahora a J. Vicens Vives como desdeñoso con la Historia del Derecho, pero no lo considero así, pues lo que hacía era rebelarse contra las pretensiones de «suficiencia» demostrada por parte de aquélla. Su sensibilidad para lo iushistórico se aprecia en su controversia con A. García Gallo, en el aprecio por el profesor J. M. Font Rius, y por el gran interés que prestó a mis trabajos iniciales sobre instituciones desde que formara parte del tribunal que juzgó mi tesis doctoral sobre la institución virreinal en Cataluña. Lo mismo podría decirse de su gran discípulo Juan Reglá, desgraciadamente también desaparecido.

(11) Vid. P. Ourliac, *L'objet de l'histoire des institutions* (a propos du livre de M. Godechot); *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, en «Revue Historique de Droit français et étranger», 33 (1955), 282-93.

(12) J. M. Pérez Prendes, op. cit., 100 pág. 100.

(13) J. Lalinde, *Derecho histórico español* (Barcelona, 1974), pág. 30.

(14) Cfr. J. A. Escudero, *Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 40 (1970), 269-86, conforme al cual resulta que la condición jurídica de la Historia del Derecho es tan fuerte para el historiador alemán que el problema que se plantea es el de si puede recibir el apoyo de las ciencias auxiliares de la historia. Además, según Escudero, Thième dice que se nos ha prevenido mucho contra la dogmática, y no tanto sobre los peligros de una historia excesivamente general.

Francisco Tomás Valiente, a quien tampoco satisface la solución de Pérez-Prendes condensada en la frase a que se ha hecho mención, llega, sin embargo, a afirmar que en su opinión la Historia del Derecho «ni es ciencia jurídica... ni una realidad bifronte», sino que «es una especialidad de la Historia» (15), pero se trata de una declaración de fe, pues no se esfuerza en demostrarlo. No es posible menospreciar el que la Historia del Derecho ha empezado a ser construida por los juristas, alcanzando valor con la llamada «jurisprudencia elegante» por lo que se refiere a Alemania, según Mitteis (16), pues la lingüística o la lógica, disciplinas a las que F. Tomás Valiente compara la Historia del Derecho, no han sido construidas por los juristas, y cuando algunos de éstos se pronuncian por la creación de una «lógica jurídica» no vacilan tampoco en atribuir a ésta carácter jurídico, carácter que nadie atribuye, sin embargo, a la lógica o a la lingüística general, como tampoco se atribuye carácter jurídico a la historia general. No es posible dejar de abordar el problema de los sistemas jurídicos historicistas, a los que tanta importancia he concedido yo, pues en ellos la Historia del Derecho es parte integrante del ordenamiento positivo vigente, y la Historia del Derecho constituye el principio filosófico e ideológico que constituye su motor. No se puede erradicar de las Ciencias del Derecho a una disciplina que en algunos períodos ha llegado a ser considerada, no ya una rama del mismo, sino su sustancia (17), lo que nunca le ha sucedido a la lógica ni a la lingüística, ni se puede considerar fuera del Derecho la disciplina que constituye un 50 por 100 de su esencia intemporal, puesto que la evolución de aquél se ha desarrollado siempre bajo la tensión entre su racionalidad y su historicidad (18). A todo esto hay que agregar que el propio F. Tomás y Valiente pasa a reconocer después que el concepto acerca de la Historia del Derecho depende del concepto albergado sobre el Derecho (19), declaración que casi conduce al extremo contrario, esto es, al de una sumisión de la Historia al Derecho, lo que también resultaría excesivo.

En definitiva, la Historia del Derecho es tanto una ciencia histórica, como una ciencia jurídica, y es perfectamente lícito que un autor como García-Gallo oriente su manual hacia los juristas (20), como también lo he hecho yo, si va destinado a aquéllos con preferencia a los historiadores. No es que se haga una Historia del Derecho diferente, sino que se emplea el lenguaje que mejor van a entender los destinatarios, en cuanto que es el lenguaje común con el resto de las asignaturas que nuestra disciplina va a compartir. Aparte, de que existe un error muy general, y es el de confundir concepto con sistema de exposición. Se estima que una exposición cronológica lleva implícito un concepto de primacía de lo histórico sobre lo jurídico, y que, por el contrario, una exposición sistemática lleva aneja la superioridad de lo jurídico, también se dice de lo «dogmático», sobre lo histórico. Pero esto no es cierto, y de serlo lo es sólo en el primer caso. Imaginemos que un

(15) F. Tomás Valiente, *Historia del Derecho e Historia*, en «Boletín Informativo de la Fundación Juan March», 35 (febrero de 1975), pág. 7.

(16) H. Mitteis, op. cit., pág. 38, que cita expresamente a Alciato, Cujacio, Donello, Ulrico Zassio, a los que seguirán luego Hugo Grocio, Pufendorf, Justus Möser y Montesquieu.

(17) Cf. H. Coing, *Savigny et Collingwood ou; Histoire et Interpretation du Droit*, en «Archives de Philosophie du Droit» (1959), 1-9, pág. 2.

(18) Resulta significativo el título de Giovanni Ambrosetti, *Razionalità e storicità del Diritto*, trabajo aparecido en Milán, 1953.

(19) F. Tomás Valiente, op. cit., 11.

(20) Vid. A. García Gallo, *Manual de Historia del Derecho español*, I (Madrid, 1959), prólogo, XI-X.

autor para el que el Derecho es autárquicamente rabioso, y no se preocupa para nada en conectarlo con las restantes manifestaciones de la vida social, expone los diversos sistemas en forma cronológica, esto es, los de los pueblos primitivos, romanos, visigodos, etc. Su sistema será cronológico, pero su obra será «dogmática», pues la cronología no actúa sino como criterio de ordenación, de la misma forma que actúa una ordenación alfabética. Por el contrario, si quien emplea una forma sistemática de exposición, aparte de tener en cuenta dentro de sus apartados la cronología de forma rigurosa, conecta sus conceptos y categorías con las diversas circunstancias causales o modales concomitantes con el Derecho, no podrá decirse de él que es un «dogmático» del Derecho, sino, en todo caso, un «dogmático» de la Historia o de la Historia del Derecho.

La diferencia que hay que establecer es la que existe entre los que se limitan meramente a describir los hechos histórico-jurídicos, o aún los que no lo son, y aquellos otros que aspiran a elaborarlos, abstrayendo esencias, clasificando con arreglo a categorías y observando fenómenos. Desde luego, me proclamo entusiásticamente adscrito a esta segunda corriente, que podemos calificar de «conceptualista», porque creo que el objeto final de una ciencia, o de un científico, no puede ser sino ese. Cuanto mayor sea el número de datos que analice y menor y más preciso el número de fórmulas en que consiga sintetizarlos, mayor será también su éxito. El que toda una importante teoría, que yo no comprendo, como es la de la relatividad, pueda compendiarse en tres o cuatro símbolos me produce un verdadero pasmo, sin que, naturalmente, pretenda que eso se haga en la Historia del Derecho.

Es más, yo defiendo la postura conceptualista, incluso, dentro de la historia general, o de la historia «total», como se dice ahora, y la he ensayado en un libro sobre la corona de Aragón medieval en el Mediterráneo, que aparecerá próximamente. Tras un primer capítulo en el que se exponen cronológicamente los hechos desnudos, la valoración de las causas, sus derivaciones y los símbolos se hace en forma sistemática. La existencia de autores de libros sólo se justifica si hacen algo que los lectores no pueden hacer por sí mismos intelectualmente. La mera narración de lo que dicen unas crónicas, unos códigos o unos documentos, es obra de editores o de escribas, pero nunca, de autores, cuya misión es elaborar conceptos, esto claro, sin subestimar otras funciones que yo aprecio mucho, como la de los paleógrafos, por ejemplo, pero estos, precisamente, porque hacen algo que los lectores no pueden hacer por sí mismos.

Este conceptualismo no debe llevar la autarquía como compañero de viaje, defecto en el que incurre García Gallo, quien si bien acepta que el Derecho pueda ser estudiado como fenómeno de cultura, al menos, para las Facultades de Derecho aspira a estudiarlo como un conjunto de instituciones «jurídicas», que son respuesta a problemas «jurídicos» (21). Como una primera etapa en la evolución de la ciencia es aceptable, y hasta imprescindible, y mis manuales participan en cierta medida de la necesidad impuesta por esta etapa, pero no puede fijarse como meta de llegada. Este estadio hay que superarlo sin dejarse llevar de los vaivenes de la moda, y aprovechando los adelantos conseguidos en las otras ra-

---

(21) Vid. el trabajo cit. en nota 8. El profesor García Gallo considera que su «Manual» ha sido menos «dogmático» que sus obras anteriores y más «histórico» que ellas, y lo creo aceptable. Lo que desde mi punto de vista personal cabría reprochar al autor es, no haber alcanzado siempre el debido punto de conceptualización y, sobre todo, resistirse a traspasar ese estadio.



mas de la Historia, como la Historia de la economía, o del Derecho, como la sociología jurídica. Un próximo artículo mío sobre las ideologías jurídicas en la Historia intenta demostrar la utilidad de la última, y creo sugestiva la afirmación que hace Antiserie en el sentido de que el historiador no es un productor de leyes, sino un consumidor, y que, por tanto, no las crea, sino que va a buscarlas a la sociología, la psicología social o individual, o a generalizaciones banales de la vida cotidiana (22).

Una última cuestión que se ofrece en este apartado es el de la condición de ciencia en la Historia del Derecho, siendo curioso que esa naturaleza aparece discutida tanto a la Historia como al Derecho. No se trata ahora de exponer un problema que es bastante conocido. Yo confieso que en clase me resisto a hablar de «nuestra ciencia», y prefiero hablar de «nuestra disciplina», en primer lugar porque creo que entre la historia y la física o la química, por ejemplo, hay una enorme distancia, todavía superada por la que hay con respecto a la matemática, y sin que terminen de convencerme los que destacan las últimas evoluciones en la matemática o en las ciencias de la Naturaleza, en el sentido de un acercamiento a nuestras disciplinas humanistas. Incluso, mientras en el primer manual hablaba de «ciencia jurídica», para referirme a la obra teórica de los juristas, en el segundo he preferido emplear el término «literatura jurídica», menos comprometido. Si se quiere mantener esta precaución en general, puede hablarse de «saber», que es el término que empleó Schopenhauer, a quien siguió Ribera en nuestro país (23) y sigue modernamente J. A. Maravall, quien habla de «saber histórico» (24). Los ataques de Huizinga contra el carácter de ciencia en la historia fueron muy fuertes (25), y aún creo que lo fueron más los de Kirchmann contra ese mismo carácter en el Derecho (26). Cuando tales ataques se producen es que la cosa, al menos, es muy dudosa. Quizá exagerara Ribera cuando decía que no sólo no era ciencia la historia, sino que no lo sería nunca, pero, al menos, hoy, realmente se siente la historia como una erudición o un saber, pero no como una auténtica ciencia, y ello aún en las ocasiones en que se presenta conceptualizada.

### La tensión humana entre el «logos» y el «paralogs»

La primera etapa que debe cumplir la historiografía jurídica es, como he dicho, la de conceptualizar la disciplina, es decir, reducirla a «conceptos», categorizando los fenómenos. Se detectan éstos a lo largo y ancho de la historia, se les agrupa mediante las categorías que resulten de su observación, y de estas categorías se abstraen los conceptos. Es lo que corresponde a un saber empírico. Cuando los diferentes saberes interdependientes, como pueden ser la economía, la psicología, la lógica, la sociología, etc., hayan realizado la misma tarea, será posible proceder a las conexiones entre los conceptos, y observar si determina-

(22) D. Antiseri, *Didattica della Storia ed epistemologia contemporanea* (Roma, 1971), 25-30.

(23) J. Ribera, *Lo científico en la Historia. Disertaciones y opúsculos* (Madrid, 1928), 529-637, pág. 540.

(24) J. A. Maravall, *Teoría del saber histórico* (Madrid, 1958).

(25) Huizinga, *Sobre el estado actual de la ciencia histórica* (Madrid, 1934).

(26) Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Belin, 1848).

(27) Cfr. M. F. Sciacca, *La Filosofía, hoy*, trad. Rossi (Barcelona, 1947), especialmente sobre Schopenhauer, para quien en la historia no hay progresos, tratándose de un juego de casos fortuitos.

dos conceptos aparecen siempre conjuntamente, se excluyen o son indiferentes entre sí, primer paso obligado para intentar el establecimiento de «leyes». Mientras no se haga esto, no puede haber historia «total», sino estudios más o menos acertados, pero «singulares» o «aislados», que es lo contrario de lo «total». Tampoco podrá verificarse la exactitud o inexactitud de teorías como la marxista, que prevén una conexión obligada entre ciertos fenómenos, aunque no en la forma simplista que se ha presentado por los meramente divulgadores de la doctrina.

Lo propiamente científico sería que los humanistas se entregaran a la ruda tarea de conceptualizar, casi podríamos decir que, mecánicamente, con arreglo a los métodos que ha proporcionado la fenomenología de Husserl u otros que pudieran arbitrarse, a fin de sólo pasar a una etapa siguiente cuando ese trabajo estuviera terminado. Esto es lo que hacen los físicos y demás científicos de la Naturaleza, pero ya se ha dicho que la historia no es una ciencia en la actualidad, y por ello, los historiadores preferirán entregarse libremente a sus elucubraciones, como nuevos Icaros. Quizá sea mejor así, y como yo no voy a pretender cambiar la naturaleza humana, me entregaré también a ello.

Comenzaré por examinarme a mí mismo; para obtener lo que ahora, un tanto cursilamente, se llama mi «vivencia» personal. Desde niño he sentido que debía conducirme de una determinada manera, que se ajustaba a lo que, explícita o tácitamente, aconsejaban los adultos que tenían ascendiente o autoridad moral sobre mí. Si lo que hacía me producía contento porque satisfacía mis apetitos no empleaba ningún calificativo para mi conducta, pero si, por el contrario, contradecía en alguna manera mi bienestar, y, a pesar de todo, lo hacía, me consolaba añadiendo que era «lógico» que lo hubiera hecho. Lo «lógico» significaba en este caso un consuelo para soportar las consecuencias de la acción, que, al no coincidir con mi bienestar material, constituía un «deber». Desde entonces, muchas veces he cumplido con mis «deberes», pero muchas otras los he conculcado, lo que significa que no he obrado «lógicamente». Sin embargo, aún en estos casos, he vuelto a calificar mis acciones de «lógicas», recurriendo para ello a condicionamientos. Cómo me pasó ésto, «cómo me hicieron aquéllo» o «cómo todo el mundo lo hace», «era lógico» que yo obrase también así. Lo «lógico» aparece entonces como justificación del incumplimiento de un deber, basado en que han intervenido unas circunstancias que no intervenían antes, y que yo no hubiera buscado si mis apetitos no hubieran movido a mi voluntad a superar la convicción anterior. A partir de ese momento, siempre que he vuelto a actuar de la misma manera, por intervenir las mismas circunstancias, he vuelto a encontrar «lógica» mi actuación, hasta que nuevamente otros apetitos me han inducido a cambiar, momento en que he vuelto a tratar de encontrar nuevas circunstancias que también hicieran «lógica» mi nueva acción. Todo esto parece indicar que dentro de mi naturaleza humana se produce una tensión entre un «logos» y un «paralogos», en virtud de la cual actuo «lógicamente» hasta que mis apetitos son lo suficientemente fuertes como para hacerme romper con los que considero «deberes» impuestos por la sociedad que acato, momento a partir del cual actuo «paralógicamente», pero buscando cambiar los «deberes», a fin de que mi nueva actuación pueda considerarla también como «lógica». Mi satisfacción es total cuando la deseada mutación de los «deberes» no se realiza exclusivamente por mí, sino por la sociedad que acato o con la que me creo identificado, pues en el primer caso me

queda lo que, gráficamente, se conoce como un «remordimiento», del que quedo liberado en el segundo caso. Naturalmente, el «umbral» de las acciones paralogicas diferirá mucho según los individuos, especialmente entre el «egoísta» y el «altruísta», a los que se refería Comte, pero existirá más allá o más acá, conforme a la experiencia popular de que «todos tenemos un precio». Empleo términos populares, pues se trata de una experiencia íntima vulgar, y sería peligroso utilizar términos cargados de gran significación filosófica, como el de «imperativo categórico» para el «deber», el de «valores» para las mutaciones de los deberes, o el de «represión» para el «remordimiento».

Esta experiencia íntima y vulgar, «banal» como les gusta decir a los neopositivistas, parece tener cierto reflejo en la Historia de la Filosofía con antítesis que llevan etiquetas, como las de «racionalismo» y «vitalismo», u otras similares. Algunos filósofos creen que el mundo descansa en la razón, hasta el punto de que ésta sea la que les convence de su existencia, como es el caso de Descartes, y las cosmogonías aparecen así armónicas, como entre los alemanes del barroco, pero son muchos los que se sienten inquietos por las fuerzas ciegas y desconfían en la primacía de la razón, como sucede, en general, a griegos y romanos, entre los que el «pathos» desemboca en la tragedia, y la sinrazón humana se hace reflejo de una sinrazón divina. El cristianismo, que empieza siendo totalmente irracional, camina hacia el racionalismo, de la mano de un griego que había intentado superar el irracionalismo de su pueblo, pero nuevamente se agitan sus aguas ante la antítesis del intelectualismo y el voluntarismo, para que una gran parte de él retorne a un ciego irracionalismo. En nuestra época, la de los siglos XIX y XX, el vitalismo sigue empeñado en dura batalla contra el racionalismo. Kant depura éste para evitar su hundimiento y el hegelismo, en todas sus manifestaciones, representa el último gran intento que se ha realizado por ahora para someter el cosmos a un «logos», frente al número cada vez mayor de fuerzas contrarias, manifestadas bajo nombres diversos, como «vitalismo», «intuicionismo», «existencialismo», «psicoanálisis», «positivismo», «neo positivismo», etc.

*En el campo de la historia, se manifiesta también la tensión, con cierta sincronía respecto a la filosofía, aunque tampoco debe creerse que sea completa. Entre griegos y romanos la historia ha vivido libre de preocupaciones científicas y ha sido un género estético, todo lo más con algún valor pragmático, y ello porque no se le ha considerado sometida a un «logos», sino como una sucesión de acontecimientos, incluso, casuales, constituyendo, por tanto, una historia «evenencial», si se desea recurrir a un galicismo. En los cristianos antiguos, el valor de la historia es testimonial, todo lo más, que sólo puede conducir a un mayor respeto hacia la figura de un Dios, que aparece no menos partidista que habían aparecido los antiguos dioses griegos. El providencialismo agustino es, quizá, uno de los primeros intentos de introducción de un «logos» en la historia, aunque el enseñoreamiento por parte de aquél no comienza sino con Vico en Italia, Voltaire en Francia y Herder en Alemania. Sin embargo, la cuestión no se ha decidido, sino que a partir de entonces se ha agudizado la tensión entre lo que podríamos denominar «lógico» y «paralógico» dentro de la historia. Es cierto que la condición de ciencia en la historia ha ganado muchos adeptos, triunfando la distinción que hará Bernheim contraponiendo una historia plenamente de este tipo, que él llamará «genética», a una historia científica o «narrativa» y a una historia semicientífica o «pragmática», pero también lo es que habrá grandes figuras que lo negarán.*

Aparte de ellos, la condición de ciencia es más bien predicada en cuanto al método de investigación y sistematización, que en cuanto al objeto o, si se quiere, a su esencia, pues los románticos exaltan el papel de las fuerzas irracionales y los realistas, que se les oponen, rechazan la existencia de leyes y acuden a una historia «evenencial», que no dista de la de los antiguos sino en la precisión. Cuando los neo-kantianos tratan de salvar el carácter científico de la historia no lo hacen defendiendo la existencia de un «logos» en ella, sino opinando que puede haber ciencias que no lo posean, que son las que ellos califican de «ideográficas», frente a las que sí lo tienen, y que llaman «nomotéticas». Spengler y Toynbee han sido los que en épocas más recientes han sublimado el papel del «logos» en la historia, despertando la hostilidad de los «profesionales» de aquélla, como Lucien Febvre, que no consideran autorizados a los que creen que proceden de otros campos, especialmente, de la filosofía, y que abogan por una historia, que, aunque con nueva etiqueta, no es sino la realista, enriquecida con nuevas fuentes de información y una metodología más depurada.

La tensión entre lo «lógico» y lo «paralógico» se ofrece con mayor claridad en el Derecho como disciplina social, entendiendo que «paralógico» no es «ilógico» o «alógico», diferenciándose del primero en que será contrario, pero no contradictorio, de lo lógico, y del segundo, en que responde a principios y, por tanto, es, incluso, previsible en su realización. Aparte de ello, como se ve, lo «paralógico» estará en función de lo que sea lo «lógico», y, como se dirá después, esto último está muy discutido, de forma que muchos incluyen totalmente dentro de lo «lógico» lo que consideran «paralógico» aquéllos otros que tienen un concepto estricto de lo «lógico».

Yo creo que todos hemos deseado alguna vez que el procedimiento jurídico fuera estrictamente lógico, y que los jueces aplicaran la solución que, matemáticamente, correspondiera al problema planteado. Es un deseo muy juvenil, impulsado por ansias de objetividad e imparcialidad, y adornado del radicalismo propio de edades de ese tipo, en el que pueden acogerse máximas como la «*fiat iustitia et pereat mundus*», o en los que la principal característica de lo justo se encuentra en el rigor, como ocurre, en general, con España, un pueblo joven, que alberga esa idea, como se manifiesta en la expresión «cae un sol de justicia», sobre lo que, divertidamente, me hacía parar la atención un amigo iusfilósofo. Algo de eso es lo que pretendía el conceptualismo de la pandectística en el que desembocó el historicismo alemán. Esa solución se le viene a uno abajo, tanto por el lado de los juzgados, que son personas humanas y no símbolos, como por el lado del juzgador, que nunca actúa fríamente, sino movido de sentimientos y emociones, y en este último sentido una de las cosas que más impresionan es la observación, repetidamente realizada, de que los jueces lo que hacen es justificar su fallo, en lugar de desprenderlo de su razonamiento (28).

La indicada tensión produce, a veces, ruptura, en el sentido de negarse la lógica en el Derecho, como ha hecho Adler (29), o de acentuarse fuertemente las fuerzas paralógicas, como es el caso de Bentham y de Ihering, al basar el fundamento del Derecho en el principio de «utilidad», como aquél que aprueba o desa-

(28) Cfr. L. J. Loevinger, *Una introducción a la lógica jurídica* (Barcelona, 1954). El fenómeno es muy destacado por el grupo de los llamados «legal realists».

(29) Cfr. *op. cit.*

prueba cualquier acción según la tendencia de ésta a aumentar o disminuir la felicidad de aquel ente, cuyo interés queda comprometido en la acción de referencia (30).

Desde luego, la tensión en lo que no desemboca es en un triunfo puro de la lógica, sino en casos aislados, como puede ser el de Klug (31), pues en la mayoría de los casos lo que se predica es una lógica autónoma, hablándose ya de «lógica jurídica» desde 1616, en que Martin Sichard titula así su manual de interpretación jurídica, y que por analogía adopta Berriat-Saint Prix (32). El triunfo de esta lógica autónoma en nuestros días va ligado a la crisis general de la lógica clásica, que sólo admitía dos valores, como los de verdadero y falso, con admisión del principio de tercero excluido. Según nueva lógica, como la de Bouwer y Heyting, hay un tercer valor o de lo «indecidible», que no es ni verdadero ni falso, encontrándose junto a la necesidad y el absurdo, lo simplemente existente (33). La lógica jurídica encaja bien con lógicas polivalentes, aunque con ello pierde en rigor, en lo que los juristas se ven acompañados de sociólogos, como Gurvitch, que niega la lógica formal, pues ningún elemento es idéntico a sí mismo, los cuáles creen verse apoyados por los físicos, citándose frecuentemente la «complementariedad dialéctica», concepto mediante el cual Niels Bohr puso fin a las teorías corpuscular y ondulatoria de la luz, al mostrar que es una y otra cosa, según la estructura que atraviase (34).

La lógica progresa, pero es dudoso que lo haga con utilidad para el Derecho. La lógica llamada «de los nombres», como sistema deductivo, axiomatizado y formalizado, no parece que pueda ser aplicada a un complejo tan fuertemente impregnado de humanidad, lo que significa de motivaciones y reacciones imprevisibles, en tanto que la llamada «lógica deóntica», iniciada por Ernst Mally en 1926 y Kerl Menger en 1934, sobre la que han recaído importantes trabajos del finlandés von Wright (35), al recaer exclusivamente sobre las normas no abarca el Derecho en su totalidad y deja fuera los hechos, que suelen ofrecer al jurista mayor dificultad, incluso, que las normas.

Por ello, no es de extrañar que por los juristas prácticos, o que se encuentran entre la teoría y la práctica, se recurra a un concepto vulgar de «lo lógico». Hombre tan experimentado en la una y en la otra como A. Hernández Gil, dice que la lógica constituye la aspiración máxima del abogado en el razonamiento jurídico, entendiéndolo por lógico lo consecuente y coherente (36), lo que debe recordar lo indicado sobre la experiencia personal. Actuamos «lógicamente» si actuamos consecuentemente con lo que estimamos admitido, o, en su caso, tratamos de cambiar lo admitido para obrar «lógicamente». Una de las formas más características de razonar en el abogado lo constituye el argumento «ex concessio» o «por retorsión», en virtud del cual se trata de demostrar que una conclusión no es

(30) Cfr. J. M. Pérez Prendes, op. cit., 52-53.

31. Cfr. A. Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, II (Madrid, 1971), 153-99.

(32) Cfr. G. Kalinowski, *Introduction à la Logique juridique* (Paris, 1965), 1-8.

(33) Cfr. R. Bayer, *Epistémologie et logique depuis Kant jusqu'à nos jours* (Paris, 1954), 312-18.

(34) Cfr. G. Gurvitch, *Dialéctica y sociología*, trad. J. R. Capella (Madrid, 1969). Entre nosotros utiliza esta idea J. A. Maravall, *Menéndez Pidal y la historia del pensamiento* (Madrid, 1960), nota 14, quien habla de De Broglie, al que también se refiere el sociólogo francés.

(35) Cfr. Kalinowski, op. cit. 70-138. Sustituye la antítesis verdad-falsedad por la de «validez-invalidez».

(36) A. Hernández Gil, *El Abogado y el razonamiento jurídico* (Madrid, 1975), 82.

consecuente aun admitiendo un principio que el adversario defiende (37). Incluso los lógicos que podríamos llamar profesionales, como es el caso de Kalinowski, declaran alguna vez que lo importante en la lógica es el rigor (38), acercándose así a un concepto vulgar.

En ningún caso, y esto es importante, aparece la lógica como medio excluyente en el proceso jurídico. Ch. Perelman afirma que la lógica jurídica no puede utilizarse si no se reconoce al lado de una lógica formal, otra de carácter no formal para el estudio de la argumentación, que es lo que se conoce como «tópica jurídica» (39). Esta postura del conocido jurista belga la explica Hasso Jaeger, diciendo que es una reacción contra el cartesianismo, en la que se opone a la unidad de la verdad el pluralismo de los valores, que es esencialmente irracional, con utilización de la sociología, la historia, etc. (40), y es sabido el desarrollo de la tónica jurídica, a través del impacto ejercido por la obra de Viehweg (41).

Algunos logojuristas introducen expresamente el término «paralógico» para expresar esta situación. El destacado autor francés Kalinowski distingue entre una lógica formal o intelectual, una lógica retórica o de la persuasión y una argumentación extralógica, aunque no irracional, así como entre los razonamientos jurídicos distingue entre los lógicos, los retóricos y los extralógicos, para concluir afirmando que los argumentos «ab auctoritate», «a generali sensu» y «ratione legis» son «paralógicos», frente a los «a fortiori», «a maiori, a pari o simili ratione», que son lógicos, y a los «a rubrica», trabajos preparatorios y «pro subjecta materia», que son extralógicos (42).

Según el propio Kalinowski, el danés Joergensen, al tratar de superar el dilema de modificar la lógica actual o negar valor lógico a los encadenamientos de proposiciones en imperativos, se pronuncia frente a M. Moritz por la primera solución a través de una paralógica de los imperativos, paralela a una lógica de los razonamientos, de forma que a cada proposición teórica corresponda una proposición teórica, tal que sea verdadera cuando la orden se ejecuta en una lógica de la satisfacción, o sea obligatoria en una lógica de la validez (43).

También los que se refugian en una lógica vulgar admiten la necesidad de una paralógica, como es el caso de Hernández Gil, quien afirma que, no obstante la pertinencia del análisis lógico, el razonamiento jurídico no tiene una contextura exclusivamente lógica, y se desenvuelve con el concurso de otros factores, negando también que pueda convertirse en deontico todo el razonamiento jurídico, pues, y esto es muy interesante, el abogado no recibe los hechos, sino que los construye él mismo (44).

Dentro de estos factores, que podríamos denominar «paralógicos», hay que destacar uno sobre el que no se insiste demasiado, y que es el del error. En el

(37) Cfr. J. M. Mans Puigarnau, *Lógica para juristas* (Barcelona, 1969), 193-217.

(38) G. Kalinowski, *De la spécificité de la logique juridique*, en «Archives de Philosophie du Droit», 11 (1966), 7-23. A esto se acerca entre nosotros L. Recasens Siches, con su «logos de lo razonable».

(39) Ch. Perelman, *Raisonnement juridique et Logique juridique*, en «Archives du Philosophie du Droit», 11 (París, 1966), 1-6.

(40) H. Jaeger, *La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement*, en «Archives de la Philosophie du Droit», 11 (1966), 59-85.

(41) Es muy conocida también en nuestro país, donde ha sido traducida. Cfr. también E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, 1971), 84-105.

(42) Kalinowski, op. cit. en nota 32, 139-76.

(43) Op. cit., 70-138.

(44) A. Hernández Gil, op. cit. 105.

error se fijó Pareto al destacar cómo uno de los grandes descubrimientos de Kepler se debió a la imperfección de sus observaciones (45). Entre los iushistoriadores ha aludido a él alguna vez Thième, pero el que lo ha aceptado más vivamente ha sido el holandés R. Feenstra, frente a su compatriota H. R. Hoetink. Para éste, el fenómeno del «error» o «malentendido productivo» («het productieve misverstaan»), como es el de los glosadores, que entendiendo mal los textos romanos facilitan, sin embargo, la formación de nuevas instituciones, no puede ser aceptado por el historiador del Derecho, a lo que Feenstra contesta acertadamente que el romanista no podrá tener en cuenta los errores de los glosadores para conocer Roma o Bizancio, pero el historiador sí está autorizado para medir las consecuencias, y hasta considerarlas felices (46). El propio Feenstra destaca bien que el historiador del Derecho no puede ser colocado entre los historiadores en general, en cuanto está obligado a servirse en más larga medida de los «conceptos anacrónicos». En nuestro país, el romanista Juan Miquel es autor de un importante trabajo sobre los errores mecánicos en la transcripción del (47), errores de enorme transcendencia jurídica. Y es que, por regla general, el historiador o el iushistoriador parte de una actuación siempre acertada, con olvido total de lo que le demuestra su propia vida y la de todos los que le rodean, que está hecho de aciertos y desaciertos, superando éstos en la mayoría de los casos a aquéllos. El error actúa, pues, como un factor paralógico de notable transcendencia, tanto en la historia general, cuyos acontecimientos derivan muchas veces de errores, como en la Historia del Derecho, en cuanto los ordenamientos jurídicos deben gran parte de su formación a los errores, inconscientes, a veces, pero, incluso, también a veces provocados.

Ya se ha registrado aquí cómo la tensión entre lo lógico y lo paralógico se desarrolla en los diversos campos de las disciplinas humanas, y habría aquí que añadir los nombres de Dilthey, Xénopol y otros (48), pero, sobre todo, en el campo de la sociología hay que distinguir la muy interesante figura de Vilfredo Pareto, en la que mercedamente se ha fijado también Pérez-Prendes (49). El sociólogo Pareto está pagando las consecuencias del hombre Pareto, en cuanto su afición al fascismo italiano, que es un hecho indudable que no puede disimularse diciendo que aquél no pudo seguir sus doctrinas (50), le atrae la hostilidad general de la intelectualidad, en general, y de la sociología, en particular, dado que en su casi totalidad aparece en la actualidad como antifascista. Pero aquí se trata de aprovechar el sociólogo y no al hombre, aparte de que no se puede

(45) W. Pareto, *Forma y equilibrio sociales*, selección e introducción por G. Braga (Madrid, 1966), 239.

(46) H. R. Hoetink, *Historische rechtsbeschouwing. Rede uitgesproken op 10 Januari 1949 bij gelegenheid van de 316 de Dies Natalis van de Universiteit van Amsterdam* (Haarlem, 1949). La recensión de R. Feenstra apareció en «Revue Historique de Droit français et étranger», 30 (1953), 296-302. Vid. mi obra cit. en nota 4, parágrafo 4, donde destacaba la no existencia de un «homo iuridicus», esencialmente apto para el Derecho, sino la presencia de un hombre falible que ante diversas soluciones selecciona la que estima más conveniente, pero sin que siempre acierte.

(47) J. Miquel, *Mechanische Fehler in der Ueberlieferung der Digesten*, en «Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung», 80 (1963), 232-86.

(48) J. A. Maravall, op. cit. en nota 24, pág. 56.

(49) J. M. Pérez Prendes, op. cit., pág. 50, niega que la huella de Pareto haya disminuido tan considerablemente como algunos dicen. En la pág. anterior, comparando a Max Weber con Pareto encuentra superior el primero en relación al campo de la Historia del Derecho, pero «no en cuanto a calidad, sino en cuanto a utilidad».

(50) Es lo que hace meritoriamente G. Braga en el prólogo a su selección.

juzgar tampoco ligeramente como tal, y en aquel terreno su contribución es decisiva. Pareto presta gran atención a las acciones no lógicas, entre las que distingue muy sugestivamente hasta cuatro clases. Constituyen la primera aquellas acciones que no tienen un fin lógico, tanto subjetivo como objetivo, destacando que son raras, y ello es así, y lo contrario desharía la tensión que aquí se ha registrado entre lo lógico y lo paralógico. Las acciones que podríamos denominar «arbitrarias» prácticamente no existen, pues en el hombre hay lo que suele llamarse un alto grado de «responsabilidad» y una notable aspiración a actuar lógicamente, como ya se dijo anteriormente. Una segunda clase es más frecuente, pero en los animales, en tanto en el hombre es reducida, pues se refiere a las acciones que tienen un fin objetivo lógico, como es la conservación de la especie, aunque carecen de fin subjetivo, tratándose de lo que conocemos como «instintos». Mucho más numerosas son en el hombre las acciones que no tienen un fin objetivo, sino sólo un fin subjetivo, siendo, finalmente, las más comunes las acciones con fines subjetivos y objetivos, pero que difieren entre sí (51). Estas acciones no lógicas tienen una gran importancia desde el punto de vista de Pareto, que opina hay una notable tendencia a eliminar su consideración envolviéndolas en un ropaje lógico (52), observación atinada que explica cómo pueden pasar inadvertidas en gran parte de los casos.

La parte más conocida de Pareto, aparte de la doctrina muy famosa sobre las «élites», lo constituye su teoría sobre «residuos» y «derivaciones», de los que los primeros constituyen el elemento o parte sustancial de las acciones no lógicas, expresión de sentimientos, y las segundas el elemento o parte contingente, que, en general, es bastante variable, constituyendo la manifestación de la necesidad de lógica que tiene el hombre (53). Junto a esto califica de «intereses» a los instintos que no se visten de razonamientos, y que son, por tanto, los que no pasan inadvertidos. Con arreglo a esta doctrina de Pareto, la clave del Derecho estará en las «derivaciones», que comprende razonamientos lógicos, sofismas, afirmaciones de hechos imaginarios, autoridad de uno o más hombres y la validación de sentimientos difusos (54).

Concluyendo en cuanto a este apartado, parece que si una tensión entre lo lógico y lo paralógico se detecta en la experiencia íntima, así como también en la historia y, aún más claramente, en el Derecho, avalado todo ello por el parecer de historiadores, juristas, lógicos y sociólogos, es posible deducir que la Historia del Derecho se desenvolverá dentro de esa tensión. Lo más cómodo sería asignar al Derecho el papel de lo lógico, y a la historia el de lo paralógico, pero ya hemos visto que ello no es así, pues no todas las acciones históricas son paralógicas, como tampoco el proceso del Derecho es lógico. En realidad, habrá que distinguir el «paralogismo histórico», que llenará casi la historia, pues las acciones humanas son de índole emocional; el «paralogismo jurídico», que constituye el razonamiento jurídico incorrecto con arreglo a una lógica formal, y el «paralogismo iushistórico», en su mayor parte, consecuencia de la rotura de la lógica del Derecho por parte de la historia.

También hay que decir en este apartado, que con esto lo que se pretende no

---

(51) G. Braga, op. cit., pág. 58.

(52) Id. id., pág. 59.

(53) Op. y loc. cit.



es defender un concepto puramente irracional de la historia y del Derecho, pues ya se ha indicado que lo «paralógico» se diferencia netamente de lo «ilógico» y de los «alógicos», pretendiéndose, por el contrario, poder llegar a una comprensión de la historia que, eso sí, afortunada o desgraciadamente, se muestra más complicada de lo que desearían los que aspiran a encajarla en un esquema simplista, obtenido, frecuentemente, de divulgaciones sin valor.

### **El sistema jurídico como aspiración del «logos»**

El Derecho se ofrece eternamente como «instituciones jurídicas» o respuestas coactivas a problemas sociales. La sociedad se plantea el problema de la convivencia entre hombres y mujeres a efecto de sus relaciones sexuales y para resolverlo, la parte de esa sociedad que detenta el poder impone el matrimonio monogámico, por ejemplo. Sin embargo, dentro de cada institución surgen problemas parciales que suscitan nuevas soluciones, con lo que aquélla deja, en realidad, de ser una institución para ser un conjunto de instituciones o una «suprainstitución», que es lo que le sucede a la ya citada, pues llamamos «institución» también a los impedimentos, los regímenes económico-matrimoniales, etc. Esto es algo que no ven los que se llaman a sí mismos «institucionalistas», los cuales parecen considerar que no existen sistemas, sino sólo instituciones, cuando, sin jerarquizar entre éstas, de hecho ya estudian a algunas de ellas como sistemas jurídicos parciales. Lo mismo hablan de «la institución del contrato», que de la «institución de la compraventa», o de la «institución del precio», cuando es evidente que al encontrarse en diversos planos la condición de «institución» la tendrá uno u otro, pero no todos a la vez. En realidad, tendría que hablarse de «instituciones» y de «elementos» o «componentes institucionales», y ya Ihering pensó en la propiedad, la posesión, etc., como elementos jurídicos que, a la manera de cuerpos químicos, constituirían una especie de Química del Derecho, mediante un proceso de análisis y síntesis (55).

Lo que hoy se estudia como «instituciones» no son, por decirlo así, «cuerpos simples», sino complejos o conjuntos institucionales, los cuales no ofrecen por ello ninguna estabilidad, frente a lo que cree García-Gallo al atribuir la falta de la misma a los sistemas (56). Nadie puede creer en la estabilidad histórica del matrimonio cristiano o, más estrictamente aún, del matrimonio católico. Entre la solución consensual bajomedieval y la forma tridentina existe más diferencia que entre el matrimonio romano postclásico y el cristiano altomedieval, y es que los conjuntos institucionales varían como consecuencia de las alteraciones producidas en sus elementos, y estos elementos, a su vez, no pueden ser estudiados sino en función de las variaciones que experimentan dentro de los conjuntos institucionales, lo que exige su conceptualización (57).

---

(54) Op. cit., pág. 60.

(55) Cfr. Pérez Prendes, op. cit., pág. 53.

(56) A. García Gallo, op. cit. en nota 20, pág. 16.

(57) Es lo que he hecho en mis manuales, donde el matrimonio, por ejemplo, se descompone en los distintos tipos de formas y ritos, esponsales y consentimiento, impedimentos, extinción y segundas nupcias, y uniones no matrimoniales. El matrimonio de cada momento resulta de la conjunción de diversos tipos de los elementos institucionales que le caracterizan, los cuáles están en frecuente mutación, matizando la naturaleza del complejo institucional.

Esto significa que es quimérico el estudio de instituciones aisladas como cuerpos simples, y que si los elementos institucionales no son nada sino en función de los conjuntos a los que pertenecen, asimismo la naturaleza de éstos está en función de los sistemas jurídicos a los que pertenecen o que constituyen, y que, frente a lo que cree García Gallo, no son unos menos cambiantes que otros, aparte de que el sistema de prescindir de los sistemas totales del Derecho para verse libres de los problemas de periodificación y dogmática (58) puede parecer, y perdónese la caricaturización, a la ocurrencia del que se corta la cabeza para suprimir sus dolores.

La realidad es que las corrientes filosóficas actuales de los más diversos tipos, como pueden ser el marxismo y el estructuralismo (59), coinciden en conceder la máxima importancia al todo, pues nada se ofrece aislado, y aunque las necesidades del análisis y de la exposición obliguen a efectuar ciertas secciones, que es lo que impele a García-Gallo, quien no niega la existencia de sistemas, esas secciones tienen que ser superadas a través de conceptualizaciones o síntesis, que impidan entonces el que las partes puedan ser presentadas sin su pertenencia a un todo, privadas del cual carecen de toda significación, y, desde luego, no puede renunciarse a la investigación de los sistemas.

El sistema jurídico es cambiante, pero no lo es menos que los conjuntos institucionales, por la sencilla razón de que inmediatamente que se haya producido un cambio en el sistema, ese cambio repercute en los conjuntos, alterándolos. Una institución no es la misma dentro de un sistema que de otro, pues es obvio que depende del resto de las instituciones. Tenemos que resignarnos a que la realidad se nos escape como el agua entre las manos, pues todo en la vida es un eterno fluir, pero no hay alternativa en cuanto a lo demás, pues si las instituciones cambian tanto como los sistemas, nuestro grado de aproximación a la realidad es mayor en éstos.

Por otra parte, el sistema representa el mayor grado de estatismo posible, en cuanto representa la máxima aspiración del «logos» jurídico, lo que viene implícito en su condición de «sistema». Es más, puede tratarse de un conjunto de paralogismos, derivados, además, de principios irracionales en el supuesto de dar la razón de esto último a los que, como Perelman, creen que el concepto material de justicia es siempre irracional (60), y, pese a ello, ser «lógico» el sistema. Esto hace que los sistemas historicistas, pese a ser netamente irracionales, puedan llegar a ser «lógicos», aunque siempre resulte más difícil en ellos esta condición que entre los iusnaturalistas, y que, especialmente, en el terreno deóntico pueda llegarse al sistema casi plenamente lógico, como el construido por Kelsen sobre base liberal.

El estatismo del sistema jurídico, o su «permanencia» si se quiere una mayor precisión (61) aparece explicado porque si está bien construido puede soportar

(58) Vid. A. García Gallo, op. cit., págs. 19-20, donde dice que la orientación institucional, «al no tenerse que preocupar de caracterizar los épocas históricas y al prescindir de los sistemas totales del Derecho, se ve libre de los problemas antes indicados de periodificación y dogmática».

(59) Cfr. A. Hernández Gil, op. cit. en nots 31, 321-47, que destaca la aproximación del marxismo al estructuralismo con Althusser y Garaudy, y la del estructuralismo al marxismo con Levi Strauss y Piaget.

(60) Cfr. G. Lumia, *Il Diritto tra le due cultura* (Milán, 1971), 2.<sup>a</sup> ed. 73-83.

(61) Vid. A. García Gallo, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 23 (1953), 5-37, pág. 25, que prefiere el término «persistencia» al de «continuidad», empleado por los alemanes.

variaciones en las instituciones que le componen, mediante compensaciones a través de otras complementarias, en cuyo caso los sistemas «permanecen» mientras las instituciones cambian.

El problema del sistema jurídico en la Historia estriba en el criterio de selección del elemento o elementos calificadores. Esto no debe ser obstáculo para la aceptación de los sistemas, pues esto ocurrirá siempre que no nos resignemos a una mera descripción de la legalidad. También la calificación o el modelado de una institución dependerá del criterio con que realicemos la observación. Considero, y así lo he empleado en mis Manuales, que el criterio más amplio lo constituye el de sus «fuentes», término tan aclimatado en nuestra historiografía que no necesita mucha explicación. Con criterio de historiadores generales, la exposición de fuentes ha venido siendo, como gráficamente se ha dicho alguna vez, un «catálogo» de códigos, leyes, documentos, etc. Sin menospreciar esta labor, que ha sido importantísima y que honra a los que la acometieron y la acometen todavía, las fuentes pueden ser algo más, y este algo más es el ser indicativas de toda una concepción sobre el Derecho. Considerando la realidad histórica española, he diferenciado sistemas «legalistas», «consuetudinarios» y «jurisprudenciales», distinguiendo entre los primeros los «autoritarios», «liberales» y «pactistas», categoría esta última que participa más bien de los sistemas «consuetudinarios» en tanto que en cuanto a los «jurisprudenciales» hay que distinguir entre una jurisprudencia «judicial» y otra «doctrinal» (62). Estos sistemas se han sucedido entre sí unas veces, y han coexistido otras muchas, prologándose hasta nuestros días el problema de su coexistencia a través del llamado «derecho común» y «derechos forales». Nos encontramos en uno de los países donde más importancia ofrece la persistencia de sistemas con su secuela de pluralismo de ordenamientos y, sin embargo, nuestros historiadores del Derecho, en general, le ofrecen muy poca atención, pese a que, como digo, en pocos países será más «obligada» una Historia de «sistemas» que en el nuestro.

Es posible que se critique el criterio seguido por estimarlo formal, pero toda crítica en este sentido pecará de superficial. La elección de primacía en una u otra fuente no es una cuestión de mera técnica, sino que es un empeño político y filosófico. Ya se comprenderá que el monarca visigodo no se ha inclinado por un concepto legalista autoritario por mero capricho, sino porque ha «querido» y ha «podido», como también se comprenderá que el monarca aragonés no se ha apartado de él con gusto, sino porque habiéndolo «querido» no ha «podido», y ha tenido que resignarse a sufrir un sistema consuetudinario pactista. Es obvio que, realizada la elección, ésta ha sido, además, de incalculables consecuencias.

Los demás criterios que puedan elegirse no serán tan amplios, aunque hay que conceder que pueden ser tan importantes, y basta pensar en lo relativo al concepto de propiedad, tan básico en un ordenamiento. Esto significa que hay también que calificar dentro de los conjuntos institucionales, y que esta calificación, añadida a la observada anteriormente, irá definiendo cada vez con mayor precisión al sistema. Así, el castellano será legalista autoritario, individualista en la propiedad, espiritualista en la contratación, retributivo-intimidativo en lo penal, etc. La persistencia de los sistemas es tal que, como las ramas de los árboles, pueden ser doblegados por otros sin llegar a romperse, volviendo después «casi»

---

(62) Vid. op. cit. en nota 13, cap. X.

a su antigua situación. Los sistemas navarro y de la Corona de Aragón han sufrido una fuerte influencia del autoritario castellano en la época de los Austrias, pero la han resistido sin que casi queden huellas de él. Después, los de la Corona de Aragón han experimentado el embate de ese mismo autoritarismo, exacerbado por el espíritu de sofoco de una rebelión, anidado en los Borbones, y sólo se ha producido la desaparición total de un sistema, el valenciano, mientras los otros, fuertemente disminuidos, han conseguido salvar una parte, que ha florecido en el siglo XIX, y todavía más en el XX. Es curioso que en la actualidad, esos sistemas están obteniendo algunas victorias, aunque parciales, sobre el sistema de la codificación, heredero del castellano, y lo están obteniendo con uno de los regímenes políticos más autoritarios y menos favorables a las libertades regionales, fenómeno todavía no estudiado, pero en el que los iushistoriadores tienen mucho que hacer. Piénsese que el caso de Navarra parece «lógico» por su situación ventajosa en la guerra civil, pero parece «paralógico» en el caso de Cataluña, la gran perdedora de la misma.

La concepción de «sistemas jurídicos» va unido a la concepción de «períodos» iushistóricos. Hasta ahora, la periodificación procede de la Historia, basada en hechos históricos calificados de trascendentes, y que han dado lugar a las denominadas «edades», que han llegado hasta nuestras escuelas de enseñanza primaria. Esta división en «edades» no es, a su vez, estática, sino que va experimentando adiciones, extrayendo elementos, a veces, de otros campos. Según destaca Gerhard, la notación negativa de «medieval» aparece cuando los filólogos tratan de denominar aquel latín que se extiende entre su uso en la Antigüedad y su renacimiento con los humanistas, lo que influye en Cellarius, en el año 1688, para aplicar el término a un período histórico, y según el mismo historiador, la insatisfacción ante la primitiva división hace que se subdividan las edades. Así, la historia anglosajona añade la «recent history» a la «modern history», como la francesa distingue entre «moderne» y «contemporaine», o la alemana entre «neuere» y «neueste Geschichte», en tanto la Edad Media queda dividida en «haut» y «bas» o «Früh - Hoch - Spätmittelalter» (63). (63). Esta periodificación llega hasta nuestra historiografía, incluso, la que aspira a un tratamiento más «jurídico» de la disciplina», como es el caso de García-Gallo (64). Hasta el momento, soy el único que ha introducido una periodificación que, cronológicamente, puede coincidir con la histórica, pero que está basada en la forma de creación del Derecho, con lo que se trata de períodos realmente iushistóricos (65). Lo más significativo desde el punto de vista de la formación del Derecho en la Alta Edad Media es su «dispersión normativa», que permite que las diferencias jurídicas entre dos puntos de un mismo reino puedan ser muy superiores a las existentes entre un punto de aquél con el de otro reino. Así sucede que entre Cuenca y Teruel hay muchísima menos

(63) D. Gerhard, *Periodization in European History*, an «The American Historical Review», 61 (1956), núm. 4, 900-913, págs. 901-903. Sugiere como periodificación para un curso introductorio en la civilización europea una «old Europe», con período formativo en los siglos XII y XIII, extendiéndose hasta la ilustración, comenzando entonces con la Revolución francesa o industrial la «modern Europe». Al mismo tiempo estima que antes del siglo XI no se puede hablar de historia europea.

(64) Vid. el «manual» citado. En «la evolución general del Derecho» establece unos períodos basados en notas jurídicas y axiológicas, éstas últimas no compartidas por mí, pero luego no los utiliza en las restantes secciones, con lo que él mismo parece desvalorizarlos.

(65) Vid. op. cit. en nota 13, cap. XI. F. Tomás Valiente, ap. cit., pág. 17, pretende esbozar una periodificación «en función del modo de creación del Derecho», pero lo hace en forma muy vaga, hasta el punto de confesar que no es posible tipificar, «ni siquiera someramente», esa periodificación.

diferencia que entre Cuenca y Burgos o entre Teruel y Jaca. Toda la Baja Edad Media, está denominada por la «integración normativa» o constitución de bloques jurídicos nacionales, por lo que aquellas diferencias o se borran, o pasan a un plano local o tienen carácter excepcional. En la Edad Media, todos los sistemas se afanan en «recopilar», pues disponen ya de un abundante material legislativo anterior o presente, que hay que ordenar. La Edad Contemporánea es claramente el período de la codificación en su aspecto privado o, propiamente codificación, y en su aspecto público o Constitución. El criterio se extrae de las «fuentes», como se extrajo para los «sistemas», y no es meramente formal, como pueda pensarse. Viene dado por unas circunstancias históricas que podemos detectar perfectamente, y que se desarrollan, incluso, de una manera «lógica» en relación a los acontecimientos políticos y sociales que las condicionan.

Definidos los «sistemas jurídicos» y los «períodos históricos» es posible la exposición de los complejos institucionales, pues ésta se ha de realizar siempre con referencia a aquellos. Constituyen una especie de coordenadas, dentro de las cuales «casi» puede encerrarse el rico mundo institucional. Cada complejo institucional está marcado por desenvolverse dentro de un determinado período histórico y formar parte de un «sistema jurídico».

En este sentido, cada institución debe ser definida por su naturaleza o por su esencia, es decir, por los caracteres sin los cuales queda reducida a la nada. Así, para que haya «vinculación» de bienes tiene que haber un cierto libre juego sucesorio y un comercio normal y libre tráfico de bienes, a los que, constituyendo una excepción, dicha «vinculación» se sustrae. En el caso de que las normas sucesorias no permitan un cierto juego, y en el supuesto de que las cosas no sean comerciables, la vinculación no puede existir, pues aquella tiene naturaleza excepcional en cuanto exige su constitución expresa, como no existiría la prescripción adquisitiva si no existiera la propiedad como elemento distinto de la posesión. Esto explica que el mayorazgo, que es una forma de propiedad vinculada, no aparezca en la Alta Edad Media, pues entonces no tiene función posible (66), sino que esté conectado con los períodos de integración normativa y de la recopilación, no existiendo antes y desapareciendo después, y forme parte de un sistema jurídico, el castellano, sin perjuicio de que su función la desempeñen otras instituciones en los otros sistemas, como es el caso del heredamiento en algunos territorios de la Corona de Aragón. Naturalmente, dentro de cada período adquirirá unos u otros caracteres y, lo que es más importante, cambiará su apreciación

---

(66) Todo esto no lo tiene suficientemente en cuenta B. Clavero cuando en *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1386)* (Madrid, 1974), pág. 405, nota 14, parece imputarme un anacronismo conceptual. El mayorazgo sólo aparece plenamente justificado cuando existe un régimen legitimario antiindividualista, como el castellano, y no representa la introducción de un período «feudal» en Castilla, sino su mantenimiento a través, de medios jurídicos nuevos que compensen la «recepción» introducida por el rey con las clases mercantiles. La mejor definición de la vinculación es la que Clavero llama «ilustrada», pues los «ilustrados» son los que, al atacarla, pudieron definirarla, y no definían sólo la de su tiempo, sino la de tiempos pasados, aunque con un lenguaje específico. Lo que puede imputárseles es que el juicio desfavorable que emitían era exclusivo de su tiempo, pues es obvio que no parece haber sido compartido en siglos como el XVI o el XVII. Por otra parte, Clavero debe tener en cuenta la imposibilidad de que un manual suministre todas las posibles definiciones de una institución a lo largo de su historia, hasta el punto de que él no ha sido capaz de hacerlo, y esto es más grave, en una monografía. En la obra indicada no proporciona una definición de «vinculación», a no ser que considere tal el decir que «en un momento determinado de desarrollo de la economía feudal, la propiedad vinculada es, por tanto, uno de sus elementos constitutivos» (pág. 410), ni tampoco el de «mayorazgo», limitándose a facilitar la de Luis de Molina (pág. 211), totalmente formal y cuyo poder de generalidad aparece desmentido, incluso, en ese aspecto formal, sólo unas páginas más adelante (pág. 214).

axiológica, como sucede en el caso del mayorazgo, respecto al cual se produce un importante cambio de opinión en el siglo XVIII, que conducirá a su desaparición.

En el apartado relativo al «sistema jurídico» no querría terminar sin destacar un aspecto que, hasta ahora, creo que no se le ha prestado la debida atención, aunque, naturalmente, sea muy conocido, y es el del Derecho supletorio. Merced a éste es posible muchas veces calificar mejor un sistema jurídico que, a través de sus fuentes directas o principales, y esto por su naturaleza metajurídica, por tanto, por donde el «sistema» recibe su propia vida o tiene su origen. El «albedrío» califica bien el ordenamiento castellano secesionista y antileonés, como el «procedimiento rescriptal» dibuja perfectamente el sistema autoritario bajo-romano, visigodo y castellano tradicional, en tanto el «sentido común» y la «equidad» reflejan bien los ordenamientos pactistas de la Corona de Aragón. Esto naturalmente, sin olvidar que una cosa es su formulación y otra lo constituye su aplicación, fenómeno muy destacado en cuanto a los «principios generales del Derecho», que se mantienen indefinidamente en nuestra codificación, aunque, sin embargo, con conceptos muy distintos según las épocas del período constitucional y según sus crisis.

### **La evolución paralógica del sistema jurídico a través de las ideologías**

Como se habrá deducido el estatismo del sistema jurídico es, si se permite la paradoja, un «estatismo dinámico». En un mundo como el nuestro, la idea de reposo absoluto es inconcebible, pues la Vida significa movimiento, y, además, movimiento que no puede pararse, pues entonces sobreviene la Muerte. El sistema jurídico, pues, lo que hace es mantenerse en equilibrio como conjunto, aunque en su interior la ebullición es constante. El estatismo y la lógica del sistema se mantiene en el aspecto normativo, mientras que en el mundo de la realidad la lógica aparece alterada a diario por los paralogismos jurídicos. El individuo conculca la norma porque ésta contradice sus «intereses», y si el sistema reacciona busca apoyo en el profesional privado del Derecho, o hasta en sectores profesionales públicos, a fin de que sus «intereses», encubiertos bajo un ropaje lógico, se presenten como «derechos subjetivos», que son «pretensiones» amparadas por el «Derecho objetivo» o «regulación» normativa coactiva.

El juez acertará en unas ocasiones a impedir los efectos de la conculcación y en otras, por actuación dolosa, culposa, negligente o, simplemente equivocada, no lo hará, sin que, además, podamos estar ciertos de cuando ha obrado de una manera o de otra, sobre todo, de cuando ha acertado o de cuando se ha equivocado. La actuación del Juez extenderá su influencia, no sólo al caso, sino a todas las derivaciones del mismo y, según el sistema, incluso, en mayor o menor medida a otros casos, con lo que el paralogismo multiplica sus efectos en el sistema, aunque no deja de poder ser corregido por otros medios del mismo, como los recursos, nuevas sentencias, interpretaciones auténticas, normas secundarias rectificadoras, etc. Se pensará que el paralogismo es más frecuente donde el Juez tiene una mayor capacidad de decisión, y ello es así, lo que sucede es que el

(67) N. Poulantzas, *La dialectique hégélienne-marxiste et la logique juridique moderne*, en «Archives de Philosophie du Droit», 11 (1966), 149-57.

mayor número de paralogismos se ve compensado por los menores efectos de los mismos, en cuanto son más esperados y, en ese sentido, más soportables.

El caso de la jurisprudencia inglesa, como también lo fue el de la romana, es el de adhesión a los elementos irracionales de la conducta humana, es decir, a los sentimientos y emociones. El inglés lo que hace es confiar en que el Juez actúe con arreglo a los sentimientos que predominan entre los individuos ingleses, uno de los cuales es él mismo, y no aspira a una solución «lógica», es decir, a lo que los continentales llamamos «subsunción» de los hechos en una norma. El Juez continental también actúa por sentimientos y emociones, pero frenados por la norma, a la que sigue en ocasiones violentando su interior, o acomoda trabajosamente en otras, cuando sus sentimientos y emociones no toleran esa violencia íntima.

En todos estos supuestos se salva la lógica deóntica del sistema, que permanece invariable, y la evolución se opera a través de «doctrinas jurisprudenciales», que responden en unas ocasiones a los juristas teóricos, especialmente, profesores, o a los juristas prácticos, especialmente, a los magistrados. Los paralogismos jurídicos no son menores en los primeros que en los segundos, pues su actitud suele ponerse al servicio de los clientes que protegen, o de los poderosos de quienes reciben ayuda.

Podrá pensarse que el cuadro ofrecido es pesimista, y no hay por qué negarlo. Cualquier historiador conoce las continuas quejas contra la administración de la justicia y sus servidores más destacados, como jueces y abogados, que no son patrimonio exclusivo de una época, e, incluso, las medidas normativas que se adoptan para limitar su número, su actuación, el paso a determinados territorios, etc. El que haya vivido el único sistema jurídico que puede vivir, que es el suyo actual, no se sorprenderá, pues estará habituado a un sinnúmero de actuaciones procesales que riñen con la lógica más elemental. Se dirá que por qué es soportado, y a esto lo único que puede contestarse es que por tratarse de mal menor, pues la decisión, aunque paralógica, es mejor que la indecisión, aunque ésta sea lógica. Es lo que los juristas llaman la «seguridad del tráfico jurídico».

En otras ocasiones, el sistema experimenta una evolución más profunda, por producirse un cambio en las normas. Si las normas que experimentan el cambio son de las que podríamos calificar de «secundarias» la evolución es inapreciable, pero si son de las que podríamos calificar como de «primarias» o «fundamentales», entonces sí que la evolución es notoria. Cómo se produce esta evolución es lo que más apasiona al historiador, interesado sólo en las «sucesiones» de los hechos, como indicaba el romano Xénopol, mientras que el jurista está más interesado por el análisis de los sistemas. El historiador, que participa de ambos, es el que puede estar interesado tanto por el análisis de los sistemas, como por su evolución. Para que la historia fuera «total», como se predica algunas veces, el historiador tendría que participar de muchas «curiosidades», pero sus naturales limitaciones le impelen a experimentar exclusivamente aquellas cuya técnica es más asequible, como es el caso de la llamada «historia social», o aquellas que aparecen más divulgadas en aquel momento, como sucede con la «historia económica», y en otros tiempos pasó con la Historia jurídica, cuando ésta no aparecía tan tecnificada como ahora. Los resultados son buenos cuando se trata de historiadores de talla, y entre los españoles podríamos citar varios, pero son muy malos cuando no se trata de personas con la misma categoría. Aparte de ello, la

mejor historia especializada, sobre todo, la de la economía, sigue en manos de los especialistas, es decir, de los consagrados a ella. En cuanto a la Historia del Derecho, Poulanzas ha destacado cómo la lógica moderna sirve para el examen interno de un sistema jurídico positivo, aunque debe ser doblado con un examen externo sobre la génesis, que condensa lo dicho anteriormente sobre el sistema y su evolución.

Sin embargo, el historiador en general, tiene que estar forzosamente conectado con las disciplinas, tanto naturales o biológicas, como humanas o sociales, pues como ya se dijo, él no es un productor de leyes, sino un consumidor (68). Creo que en estos últimos tiempos tiene que prestar gran atención a la sociología, ciencia humana que ha experimentado un notable avance, y así lo manifiesto en un trabajo que aparecerá en breve sobre las «ideologías» en el Derecho histórico español (69).

No voy a repetir exactamente lo que se dice en ese trabajo, pero no tendré más remedio que hacerlo en parte. Me sugestionó en su día el concepto de la Historia del Derecho por parte de F. Wieacker como la historia del pensamiento jurídico y su incidencia sobre la realidad (70), pues como yo decía es obvio que el Derecho, aun el impuesto por la fuerza o el derivado de una necesidad económica o social, «es siempre el producto de una actividad mental» (71). Por ello, en mi primera obra de conjunto concedí bastante importancia a las corrientes ideológicas de los períodos históricos, no limitándolas a España, en cuyo caso, el campo hubiese sido pobre, sino ampliándolo a Europa. Sin embargo, ello no me dejó satisfecho, en cuanto comprendí que, realmente, no aparecía claro la conexión existente entre esas corrientes y el Derecho positivo desarrollado bajo su imperio. Entre el movimiento romanista y la integración normativa existe ciertamente una conexión, pues, al menos, aquel fue bautizado como medio de integración, pero entre el humanismo y el iusnaturalismo, de una parte, y el fenómeno de la recopilación por otro, la conexión era muy ligera. Con motivo de una reunión internacional en Florencia, tuve ocasión de desarrollar lo que era algo más que una intuición desde hacía tiempo, y es la falta de «rigor» jurídico o de «lógica» en la ahora conocida como «segunda Escolástica», monopolística y excluyente en el pensamiento de la Universidad española de la postguerra. Cuando en mi segunda obra de conjunto, por exigencias de sistema, agrupé en un solo capítulo las corrientes ideológicas que estimé transcendentales en la Historia jurídica española, pude destacar los medios de actuación de algunas de ellas, como la del «confesionalismo», a través de atribución carismática a un legislador, atribución del reflejo de la voluntad divina en un libro y la asunción de la actividad jurídica por la casta sacerdotal, así como determinar los objetivos verdaderos de ellas, como la de vincular el Derecho romano renacido a la moral católica en el iusnaturalismo medieval, o servir la política de los Austrias en el iusnaturalismo castellano, o superar la crisis religiosa de la Reforma en el iusnaturalismo europeo, o la de servir el nacionalismo alemán en el historicismo de esta nacionalidad, o el de

---

(68) Vid. nota 22.

(69) F. Wieacker, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. Fdez. Jardón (Madrid, 1957), pág. 4.

(70) Op. cit. en nota 4, párrafo 6.

(71) Op. cit. en nota 13, cap. I.



apoyar los regionalismos hispánicos en el historicismo catalán (72). Creo que las conexiones aparecen entonces más claras, pues el iusnaturalismo castellano ha consolidado el valor «justo» de la legislación castellana, que como consecuencia técnica ha llevado el fenómeno de la recopilación; ha justificado la extensión del ordenamiento castellano a Indias y ha silenciado el sistema o sistemas observados en la Corona de Aragón, preparando la sumisión del pactismo por el autoritarismo.

Al acudir a la sociología para demandar su ayuda, basada en su conocimiento del comportamiento de los grupos humanos, destaca en aquella el tratamiento de las «ideologías», a cargo, fundamentalmente, del marxismo, y de un escritor inspirado en él, como es Mannheim. La teoría de las «ideologías» corre el riesgo de perderse, como consecuencia de un tratamiento abusivo de ella, sucediendo lo que en el campo de la Historia ha ocurrido con el feudalismo, fenómeno cuya naturaleza es distinta para cada uno de los que le utilizan, y sobre el cual ya no existe ningún acuerdo en cuanto a su iniciación, extensión, tipología y desaparición, contrariando con ello los principios fundamentales de una semiótica histórica. Yo he tomado una acepción sencilla de las «ideologías» para trabajar, de acuerdo con el marxismo frente a Mannheim en que no es forzoso identificar ideología con falsa conciencia, y de acuerdo con Mannheim frente al marxismo en que la teoría de la ideología es aplicable al propio movimiento marxista, como lo será a todo movimiento que luche por determinar los acontecimientos (73).

A pesar del abuso realizado en el tratamiento de las ideologías, yo no creo que se haya utilizado mucho en el campo histórico, en el que conozco un libro que me ha producido gran impresión, y es el de Gonzalo Puente Ojea, en el que la aplicación recae sobre el cristianismo (74). Sin embargo, pienso que la Historia es el único laboratorio que puede verificar el acierto o desacierto de la teoría, de ésta y de otras, y que, por tanto, todo lo que se hable acerca de ella, sin esa verificación histórica, será pura elucubración, que podríamos calificar de «idealista».

En el trabajo anunciado he detectado diversas ideologías en el campo estricto del Derecho histórico español, como son el «neogoticismo», el «feudalismo», el «romanismo», «el indigenismo», el «iusnaturalismo» y el «krausismo». Todas ellas constituyen programas, a través de los cuales diversas fuerzas políticas han tratado de suscitar la adhesión de las masas. No es que sean las únicas, pero son las que han obtenido éxito, en tanto que otras opuestas a ellas han sido sumidas en el fracaso, con la categoría de «utopías» que Mannheim les ha atribuido.

---

(72) Vid. A. Schaff, *Historie et vérité. Essai sur l'objectivité de la connaissance historique* (Paris, 1971), que defiende a Mannheim frente a Mandelbaum, y aún frente al marxismo le disculpa en algunos aspectos, aunque en otros desaprueba al sociólogo húngaro. La postura de Mannheim plantea el problema del relativismo, al que intenta escapar con lo que él denomina «relacionismo», diferenciación, en verdad, algo sutil. También Lukács y todos los marxistas reaccionan contra Mannheim al ser considerados como otra ideología. Vid. también G. Puente Ojea, op. cit. en nota 74, 17-25, de posición marxista, frente a Mongardini y Werner Stark. El autor de origen cubano dice que el proletariado es ya una anticlase, lo que no parece consecuente con el carácter paradigático de clase que se le ha otorgado por el propio marxismo. Recurre a que esta pretendida contradicción está dentro de las paradojas semánticas, resueltas ya por la idea de metalenguaje en Bertrand Russell, pero sorprende algo que un marxista recurra a un neopositivista para escapar a una contradicción.

(73) G. Puente Ojea, *Ideología e Historia. La formación del cristianismo como fenómeno ideológico*. (Madrid, 1974).

(74) Op. cit., pág. 9.

El «neogoticismo» es ideología que han intentado utilizar casi todos los príncipes hispánicos, pero sólo ha triunfado con los reyes leoneses, desplazados después por los castellanos. El feudalismo ha sido la gran «ideología» de las incipientes aristocracias europeas, que en España ha triunfado en Cataluña frente al neogoticismo de los condes barceloneses, ha influido en Navarra a través de la vía francesa y ha cedido en Castilla ante el neogoticismo de los reyes leoneses y castellanos, no sin influir también poderosamente. El «romanismo» ha sido ideología integradora en manos de los reyes castellanos, cuyos efectos se han sumado entre ellos a los del neogoticismo, y también de los catalanes y valencianos, apoyados por las clases mercantiles o burguesas, en tanto ha sido rechazado por la nobleza territorial aragonesa y navarra. El «indigenismo» ha sido el instrumento de éstas, para después, bajo la forma del «pactismo» servir los intereses nacionales frente a la expansión castellana, o bajo la forma del «historicismo» para defender los intereses regionales burgueses frente al centralismo también burgués. El «iusnaturalismo» ha sido la ideología puesta por la Iglesia al servicio de los Austrias para que estos continuaran el autoritarismo de los reyes medievales castellanos cuando el «neogoticismo» y el «romanismo» habían perdido su fuerza originaria. El «krausismo» ha sido la ideología de una burguesía que, pretendiendo escapar a la implacable influencia de la Iglesia, ha querido oponerse también al socialismo alboreador, siendo la última de las grandes «ideologías» españolas, pues el bando triunfante de nuestra guerra civil combatió bajo el renacimiento del viejo «iusnaturalismo» de la Iglesia, y el descrédito de éste en la actualidad, sin poder ser sustituido, hace que en nuestro país, y bajo el régimen actual, haya podido tener cierta acogida la doctrina del «final de las ideologías».

Estoy de acuerdo con Puente Ojea en su afirmación de que sin una «lectura ideológica» no es posible desvelar el sentido de la historia, aunque me reserve todavía sobre lo que él entiende por «lectura ideológica», y también estoy de acuerdo con él en que no es el único método para descifrar el indicado sentido, pues, como dice el indicado autor, «tiene que descansar en todos los demás recursos y artificios metodológicos que han ido forjando pacientemente los historiadores» (75). El estudio de las «ideologías» no puede agotar el estudio histórico, pero le ayudará notablemente, en cuanto constituyen un notable puente para explicarse esa incidencia del pensamiento jurídico sobre la realidad, del que hablaba Wieacker sugerentemente, pero sobre el que no facilitaba aplicación. En el gran iushistórico alemán, como en la Ciencia del Derecho, en general, y en la que participan iushistoriadores, iusfilósofos y tratadistas del Derecho positivo, las «ideas» y la «realidad», entendiéndose por ésta, las instituciones, discurren por dos mundos paralelos, que nunca se encuentran. Los iusfilósofos exponen la sucesión de los sistemas filosófico-jurídicos, como si se tratara de un juego mental, realizado por hombres que no tienen contacto alguno con la vida material de su época, y los iushistoriadores exponen el desarrollo de las instituciones conforme al Derecho positivo, como si éste hubiera surgido de esa manera por casualidad. El estudio de las «ideologías» puede desvelar por qué los juristas construyeron sus sistemas, y cómo las instituciones nacieron al amparo de esos sistemas.

En el estudio de las ideologías iushistóricas españolas puede apreciarse los grupos sociales interesados en las mismas y, sobre todo, puede registrarse como

---

(75) Cfr. Sciacca, op. cit., 17-64.

en cada época hay «agentes» especializados en el desarrollo de las mismas, que en la alta edad media son los eclesiásticos-cronistas, en la baja edad media son los cronistas y los juristas prácticos, en la edad moderna son los teólogos, y en la edad contemporánea son los juristas teóricos o profesores. Puede detectarse, a veces, el proceso de creación de las «ideologías», que en la edad media camina a través de las deformaciones históricas, especialmente, en el campo del indigenismo y del neogoticismo; en la edad moderna, a través de las deformaciones religiosas, como en el caso del iusnaturalismo, pues el humanismo no permite ya las deformaciones históricas, y en la edad contemporánea, a través de las deformaciones filosóficas, pues la época está cansada de las excesivas deformaciones religiosas.

El estudio de las ideologías está en íntima conexión con el problema de los «valores», que tanto ha inquietado a las corrientes filosóficas más brillantes de los tiempos actuales. El que Dilthey haya planteado la Historia como una indagación de valores; el que Max Scheller la defina como un continuo descubrimiento de valores nuevos (76), o el que Lovejoy proponga como tarea la de aclarar y filiar las ideas en amplias masas de escritores, para obtener el suelo ideológico en que se apoya toda manifestación histórica (77), indica que el pensamiento de nuestra época, dentro del que hay que situar siempre la figura de Ortega y Gasset, y sus discípulos, como Maravall en el terreno de la Historia, por lo que se siente preocupado es por captar los cambios que se operan en la sociedad en relación a lo que ésta considera virtudes y vicios, es decir, a su ética.

En nuestra época estamos contemplando con mayor claridad los cambios éticos o de valores, porque los medios de publicidad los reflejan bien y los aceleran. Estos cambios se han producido también en el pasado con medios similares, si bien con más lentitud, lo que también ha originado el que, una vez producidos, tuvieran más persistencia. Esos cambios se producen en virtud de los «intereses» de grupos humanos que, a través del desarrollo de «ideologías» obtienen el consenso más o menos entusiasta y más o menos forzado de las masas, mediante el cual se operan roturas paralógicas en los sistemas jurídicos. Estos tienden inmediatamente a «reajustarse», produciéndose un movimiento en las instituciones afectadas y en las que con ellas están conexas, hasta que nuevas roturas producen nuevos cambios. Al producirse sucesivos cambios y reajustes, el «paralogismo histórico» queda más de manifiesto, aunque también es más difícil de descifrar.

Yo creo haber descifrado uno de estos paralogismos en la codificación, como es el del dominio público, lo que demuestra la importancia de la Historia aún en un sistema que entendemos como «revolucionario», y creo que lo es, como asimismo el carácter paralógico que tiene un sistema que, por su base racionalista, aspira a ser un sistema jurídico lógico (78).

En efecto, el dominio público aparece como uno de los conceptos más confusos dentro de la codificación, como lo reconoce la propia doctrina francesa, que

---

(76) Cfr. Maravall, op. cit. en nota 34, pág. 62. La escuela norteamericana de Lovejoy recibe el nombre de «History of Ideas».

(77) Vid. J. Lalinde, *El dominio público como paraloquismo histórico en España*, en «Actas del III Symposium de Historia de la Administración». Instituto de Estudios Administrativos (Madrid, 1974), 451-82.

ha sido su impulsora. Entre los conceptos jurídicos de «dominio público» y «dominio privado» no existe una antítesis lógica en el Código civil francés, ni, por descontado, en el español, que más o menos le ha seguido. La doctrina, entonces confusa, procede o a negar el carácter de verdadera propiedad al dominio público, o a negar la distinción. Para aclarar la ausencia de lógica o el «paralogismo» he comenzado por reconstruir la ordenación lógica a la que se llega reuniendo todas las categorías y subcategorías que se han producido históricamente en el campo del dominio o propiedad como concepto que, forzosamente, ha de ser «género» en cuanto al dominio público como «especie», y éste último se le abandona históricamente a su suerte, es decir, que se recoge cuando aparece y en el lugar donde aparece dentro de esa ordenación lógica, lo que permite definirle paralógicamente, es decir, como lo que es, y no, como razonablemente hubiéramos pretendido que fuera. Obtenido su lugar en el cuadro lógico, donde no es una categoría, ni siquiera una subcategoría de primer grado, sino subcategoría de tercer grado, lo que hay que explicar es por qué ha llegado a ser paralógicamente una categoría, lo que se explica por las roturas que ha experimentado el ordenamiento lógico a través de la historia y de los hechos históricos. Se establece entonces la distribución cronológica de la rotura, pues se produce a través de diferentes períodos, y se determina la tipología de las causas de la rotura, que pueden ser político-económicas e ideológico-jurídicas. No toda la evolución va señalada por roturas, sino que éstas van acompañadas de «migraciones institucionales», que implica enriquecimiento de unas categorías y subcategorías a expensas de otras.

La inquietud por el juego de los sistemas y su evolución se detecta hoy en algunos autores. El hoy tan influyente Poulanzas ha destacado como la lógica moderna sirve para el examen interno de un sistema jurídico positivo, aunque debe ser doblado con un examen externo sobre la génesis (78). Entre nosotros, Pérez-Prendes entiende que el «sistema jurídico» tiene unos elementos jurídicos, como «normas» e «instituciones», que son operados por los que él llama «hechos sociales básicos» o grandes sentimientos naturales, como tendencia al dominio, al orden, el instinto sexual, el amor a los hijos y a la patria, la satisfacción de intereses y necesidades, las «posibilidades» que establece la infraestructura económica y los «valores» (79), donde, como puede observarse, se atiende a la evolución de los sistemas a través de circunstancias irracionales. En autores que, en cierta manera subliman el «logos», como le ocurre a Toynbee, el irracionalismo de la evolución se manifiesta también de alguna manera, lo que, además, en este caso no es sorprendente tratándose de un inglés. Para Toynbee, las «culturas» se desarrollan a través de un proceso en cierta manera natural, pero terminan siempre por desintegrarse como consecuencia de que falla el papel dialéctico de la minoría gobernante, que es la que la ha creado, acelerándose la desintegración por los bárbaros vecinos o proletariado externo (80). La fórmula de salvación es situada por el autor inglés en la religión, lo que, quizá, no sea descabellado, si se admiten religiones laicas, es decir, construcciones dogmáticas, que, en último término no son sino lo que ahora se denominan «ideologías».

---

(78) Cfr. op. cit. en nota 67.

(79) J. M. Pérez Prendes, op. cit., pág. 80.

(80) Cfr. op. cit., pág. 58.

Por todo ello, creo que el porvenir de la Historia del Derecho puede residir en un estudio paralógico de la misma, que supone el análisis de los sistemas jurídicos en cuanto máxima aspiración a la lógica, con detección de los parallogismos jurídicos que se producen en ellos y, finalmente, el de su evolución a través de las ideologías que preparan y justifican los cambios y de los parallogismos iushistóricos que se derivan de la actuación de las fuerzas vitales sobre la lógica de los sistemas.

### **Sobre una posible disolución futura de los parallogismos en una lógica de la historia**

No quisiera terminar escamoteando los problemas últimos o cuestiones fundamentales, sino pronunciarme sinceramente sobre los mismos, aunque esto revele más mi impotencia para resolverlos.

El problema fundamental es el de si la historia se desarrolla azarosamente o, por el contrario, se somete a unas leyes, sean o no, las de la naturaleza. Los historiadores suelen inclinarse a la primera opinión, incluso, los que defienden la condición científica de la historia, como los incluidos en el llamado «realismo», pues para un Ranke o un Mommsen, aquella condición reside en el método de investigación, y no, en el objeto de la misma. Los filósofos, por el contrario, suelen decantarse por el «determinismo», ya que su función la sitúan en el hallazgo de las fuerzas de aquél. Recordando lejanamente los estadios comtianos, principios por reconocerse fuerzas religiosas, como es el caso del providencialismo agustino, pasando después a fuerzas metafísicas, como pueden ser la «idea» en Hegel, el «espíritu» en Dilthey, la «razón» en los ideógrafos neo-kantianos o el «destino» en Splenger, y se concluye por fuerzas naturales, como el «pensamiento humano» en Comte, la geografía en Montesquieu o Taine, y la organización de la producción en el marxismo.

Defender una concepción paralógica de la evolución del Derecho no significa aceptar el azar, pues ya se ha dicho que lo paralógico no es ilógico ni lo alógico. Lo paralógico significa que la actuación del hombre es teóricamente previsible, aunque prácticamente sea extraordinariamente difícil como consecuencia de las muchas posibilidades que ofrece. Significa que hay que conjugar muchos datos o, como se dice ahora, mucha «información» para conseguir la previsión.

Las posiciones deterministas basadas en fuerzas religiosas y metafísicas no están muy distantes de las concepciones azarosas de la historia. En cuanto la Providencia no puede ser reconocida sino tras su intervención, en poco o en nada se diferencia del azar para el hombre. La aceptación del «destino» no es sino una visión pesimista del providencialismo, que anida en el corazón de los que han perdido una guerra, en tanto que las fórmulas idealistas no parecen haber resistido la implacable crítica del marxismo.

No parece, pues, que en el momento actual quepa dudar sobre la influencia de fuerzas materiales en el curso de la evolución, centrándose el problema en su número, intensidad y limitaciones.

Constituye una gran aportación del marxismo destacar la influencia de la organización de los factores de la producción, con la consiguiente incidencia en las personas y los grupos por la posición que ostentan en el proceso derivado de la

referida organización. Lo que sucede es que todo proceso organizativo dependerá en parte de circunstancias puramente físicas, como la ubicación de materias primas, pero también será el fruto de voluntades humanas concretas. Febvre ya destacó la tercera tesis de Marx sobre Feuerbach, en virtud de la cual, la doctrina materialista por la que los hombres son producto de circunstancias y de educación, olvida que las circunstancias son modificadas por los hombres y que el educador mismo tiene necesidad de ser educado, concluyendo el autor francés que Marx pone el acento sobre el papel de la voluntad humana en la historia, y que combate el fatalismo de una historia cumpliéndose automáticamente (81). Según R. V. Daniels, el determinismo económico ortodoxo fue repudiado oficialmente en la Unión Soviética cuando Stalin subrayó la continuidad de una teoría histórica voluntarista (82), y según C. Bobinska, Lenin ya admitió que los factores de tiempo y espacio podían causar retrasos o alteraciones en el curso del desarrollo histórico (83), que se entendía como el determinado por puras circunstancias económicas. Para Althusser, la «contradicción fundamental» corresponde siempre a la estructura socio-económica pero no debe confundirse con la «contradicción principal» de cada situación, que, incluso, se ejercita a través de «contradicciones secundarias», que no son mero epifenómeno (84).

Todo esto significa que el historiador actual debe abandonar también la esperanza de poder hallar la etiología del hecho histórico en un solo factor, aunque éste pueda tener carácter preferente, y que si ese factor puede ser válido para rubricar los grandes libros en que pueda dividirse una Historia de la Humanidad, no sirve para hacer lo mismo en los capítulos de esa historia, que, por otra parte, son los que todavía están interesados en este momento a los historiadores. El problema aparece agravado por el hecho de todavía no hay volumen convincente de historiografía marxista que haya aplicado los esquemas a acontecimientos concretos, hasta el punto de que el análisis del propio Marx a un acontecimiento como el golpe de Luis Napoleón en Francia deja aún, quizá, un cierto regusto a historiografía clásica, y sobre todo porque algunos autores, que no son marxistas, deslizan en algún momento la influencia de los factores de producción, pero sin explicación satisfactoria, con lo que los efectos son más negativos que positivos. El peor obstáculo para otra cosa es que la combinación de factores de producción, en forma fundamental cambia muy de tarde en tarde ya si Marx pudo destacarla es porque coincidió, precisamente, con uno de esos cambios, y, quizá, con el más espectacular de todos ellos.

Ligado con esta cuestión se halla el problema relativo a los intereses de clase como motor de los acontecimientos, tesis de enorme atractivo, y a la que Pareto opuso su teoría de las «élites», postura que entre nosotros ha representado en cierta manera Ortega y Gasset. El marxismo considera que las «élites» no son más que subproductos de la división en clases, interesado en que no pueda presentarse al partido comunista como una de aquellas, en tanto para Pareto no hay absorción de las élites en las clases, en tanto que Mosca, por su parte, habla de

(81) L. Febvre, *Pour une histoire à part entière*, S. E. V: P. E. N. 1962, pág. 671.

(82) R. V. Daniels, *Fate and will in the Marxian philosophy of history*, en «Journal of the History of Ideas», 21 núm. 4 (1960), 538-52.

(83) C. Bobinska, *O leninowskiej historiozofii i pewnych rodzimych potrzebach* (Sobre la teoría de la historia de Lenin y algunas necesidades nuestras), en «Kwartalnik Historyczny» 67, núm. 3 (1960), 611-33.

(84) Vid. Puente Ojea, op. cit., pág. 31.

«clase política» para designar la minoría organizada y que por su organización logra dominar a la mayoría. Dentro de esta tendencia es interesante también la distinción verificada por Pareto entre «élites» de gobierno y de no gobierno (85).

Estas tesis o hipótesis tienen que ser estudiadas a la luz de la Historia, y tienen que ocupar un papel preferente en los estudios históricos. El problema que ofrecen las «clases», concepto no explicado por el marxismo, según reproche que se le hace comunmente, es que en la Historia no aparecen delimitadas, ni su actuación es consecuente. Es indudable que la sociedad aparece dividida en grupos, con arreglo a lo que yo he llamado «factores de discriminación social», pero estos son muy variados, pues unos son físicos o biológicos, como la edad, el sexo y la raza; otros son de carácter político, en cuanto el individuo puede hacerlos nacer y desaparecer, como la violencia, la posesión de medios económicos y políticos, el sostenimiento de instrumentos bélicos, la religión y la profesión, y, finalmente, otros son físico-políticos, en cuanto son físicos en su aparición, pero cabe al individuo conseguir la ulterior desaparición de sus efectos, como el nacimiento o la estirpe (86).

Sucede, entonces, que, frecuentemente, cada individuo no pertenece a un solo grupo social, porque no está afectado por un solo factor de discriminación social, sino por varios. La mujer judía esposa de un baile medieval, sufrirá discriminación negativa en cuanto mujer y en cuanto judía, en tanto disfrutará de la positiva de la condición de baile que posea su marido. Conocer cuál es el «interés de clase» en esta mujer y su consiguiente postura frente al poder político es muy difícil. Podrá opinarse que prevalecerá su pertenencia a una élite de poder, pero es muy posible que las humillaciones morales sufridas por su condición de judía hagan de ella un enemigo mortal de ese poder público, o que por su condición de mujer despreciada en el hogar haga causa común con los enemigos de su marido.

La idea de «clase» como la dominadora del proceso de producción es válida, en todo caso, para un período como el liberal o burgués, que ha anulado los privilegios de la estirpe, y que ha dado lugar a que el factor predominante de discriminación social lo constituya la posesión de medios económicos. Aún así y todo, hay que entender la dominación del proceso de producción en una forma muy amplia, es decir, no referida a la propiedad o posesión de los medios, sino a su disposición de una manera o de otra, debiendo recordarse el caso actual de los «ejecutivos». Desde la baja Edad Media, lo que ha existido es una sociedad que no se ha dividido en «clases», sino en «estamentos», cuya fuerza, independientemente de su origen lejano, no ha residido en su puesto dentro del proceso productivo. La baja nobleza no ha dominado los medios de producción, pues la tierra y el ganado han estado en manos de la alta nobleza y la industria lo ha estado en manos de la burguesía incipiente, y, sin embargo, no ha habido soporte más firme del poder, refugiada en los privilegios fiscales debidos a su estamento y en el control de la mayor parte de los puestos políticos, en forma que, precisa-

---

(85) Vid. Braga-Pareto, op. cit.

(86) No comparto alguna tesis de B. Clavero en *Behetría, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío y de la formación de un Derecho regional en Castilla* en «Anuario de Historia del Derecho español», 44 (1974), 201-342, pues me parece obvio que la esencia de la behetría reside en la encomendación, que hace a sus hombres pertenecer a un grupo social muy distinto de los campesinos no acogidos a ella. El que, finalmente, perdiera esa condición es otro problema, y, precisamente, por perderla es por lo que decayó, aspecto que ya había atendido el profesor Sánchez Albornoz en sus ya famosos trabajos.

mente, recuerda algo a los actuales ejecutivos frente a los grandes financieros. Si nos remontamos a la alta Edad Media, y más si lo hacemos a los tiempos primitivos, veremos una sociedad donde lo que prima es la violencia o la fuerza desnuda. Al lado de todo ello, hay que recordar siempre los «controladores de conciencias», que no dominan directamente los medios de producción, sino a los dominadores de estos, y que, sin embargo, desempeñan un enorme papel en la opresión social.

Si nos atenemos a la Edad Media podríamos ver en el campesinado la posible «clase» social, desalojada de todo dominio de los medios de producción, en tanto que son ellos los verdaderos «productores». Sin embargo, no existe unidad dentro de él, pues un hombre de behetría está muy distante de un hombre de solariego en los momentos de auge de la primera en virtud de su condición de «encomendado», la cual le permite disfrutar de una protección que, en un momento de orden público totalmente perturbado, valora por encima de otras condiciones materiales (87).

Los grupos sociales actúan inconsecuentemente con los que hoy nos parecen sus verdaderos intereses, es decir, yerran frecuentemente desde nuestra perspectiva. Como es sabido, gran parte de las clases populares españolas defienden a principios del siglo XIX un absolutismo monárquico que las oprime, frente a un liberalismo afrancesado que trata de redimirlas. Esto parece indicar que los grupos o clases sociales no disfrutaban automáticamente de una representación mental correcta de sus intereses, sino que necesitan pequeños grupos que las «conciencien», es decir, que las suministren esa correcta representación mental, lo que puede significar el que se desemboque en una teoría de «élites» o «minorías» organizadas como motor de la Historia. Podrá suceder que las «élites» se identifiquen correctamente con los intereses de las masas en unos movimientos, o los interpreten mal en otros. Como podrá observarse, una gran cantidad de problemas se ofrecen a la tarea del historiador, que es el que podrá decir la última palabra al sociólogo o al filósofo, pues en definitiva es el que dispone del laboratorio exclusivo en las ciencias humanas, que es la Historia.

Se vuelve una vez más al hilo conductor de esta conferencia, que es la conducta, en parte lógica, y en parte paralógica, de los hombres. El que tras los esfuerzos de la sociología de Tarde o de Ribot, ofreciera Pareto sus «residuos» y «derivaciones» como complejo de causas históricas, o el que hoy haya esfuerzos muy interesantes para corregir la «lógica» del marxismo, con la «paralógica» del freudismo, como en el caso de la Escuela crítica de Frankfurt, puede ser un buen camino para que en el futuro, los «paralogismos históricos» se disuelvan en una «lógica de la Historia», que no estará fundamentada en una causa remota única, sino en una estimación probable de conjuntos de causas y conductas.

La tendencia a la especialización y a la institucionalización ha llevado en los últimos tiempos a la creación de «Institutos de Ciencias de la Educación». Desde luego, no hay nada que objetar a que se ocupen de la didáctica los profesionales de la misma, que son los que pueden aportar un mayor número de ideas nuevas, pero la experiencia de los propios profesores universitarios es muy rica, y es la que conviene intercambiar. En todos los casos, pero, en especial, en los universitarios, creo que se echa de menos las reuniones de profesorado para coordinar métodos, tema sobre el que volveré a insistir luego.



### **Didáctica general universitaria**

El problema más llamativo de la Universidad en el momento actual es el llamado de «masificación», considerándose que se ha pasado de una Universidad de «élites» a una Universidad de «masas». Todo esto es muy matizable, en cuanto ni la Universidad antigua era de «élites», ni la actual lo es de «masas». A la Universidad antigua no iban siempre los mejores cerebros, ni aún todos los pertenecientes a las clases superiores, aunque, desde luego, no acudían los pertenecientes a las clases inferiores. Se nutría especialmente de clases medias, sobre todo, de los hijos de funcionarios, profesiones liberales y empleados, habitantes todos ellos en la quincena de ciudades que poseían Universidad. Eran pocos los que se licenciaban, pero también eran pocos los puestos universitarios, con lo que gran parte de aquéllos, sobre todo, los salidos de las Facultades de Derecho, entonces mayoritarias, no ejercían funciones universitarias. El nivel no era muy alto, y una parte apreciable del profesorado era de condición «genial», esto es, se distinguía por sus «genialidades», como no hablar de la asignatura, entrar tarde y salir pronto o cosas parecidas, siendo riquísimo el anecdotario de los catedráticos. Al lado, existía otra parte del profesorado que rayaba a gran altura, y que solía dedicarse a la política o al ejercicio de las profesiones liberales, residiendo, especialmente, en Madrid, aunque hubiera excepcionalmente algunos claustros universitarios muy completos en provincias, como es el caso muy conocido de Oviedo en una época determinada, o animados de un gran entusiasmo coyuntural, como es el caso de Barcelona en la época de autonomía universitaria.

La Universidad actual no puede considerarse de «masas», si se tiene en cuenta que el tanto por ciento que representa la población universitaria en cuanto a la población total es muy bajo. La impresión de «masa» lo da la enorme desproporción existente entre alumnos y profesores, así como el que parte de los puestos universitarios se ocupan por quienes no lo son, y otra parte de puestos universitarios están mal retribuidos o atraen poco por diversas circunstancias, lo que origina el desempleo universitario. El profesorado numerario ha dejado de ser «genial», en buena parte como consecuencia de las conmociones universitarias mundiales que se sucedieron hace años, y que también tuvieron sus efectos en nuestro país. Salvo supervivientes de la época anterior, el profesorado numerario es en la actualidad puntual y expone su asignatura.

Nos encontramos en una Universidad aparentemente «de masas», como consecuencia de la citada desproporción numérica entre alumnado y profesorado. El alumno ha crecido bastante, aunque en forma moderada, en tanto el profesorado numerario experimenta un crecimiento mínimo. Sin embargo, el profesorado numerario superior, o a nivel de Agregado y Catedrático, no puede crecer muy rápidamente, pues su preparación es costosa, y es peligroso que se facilite el acceso con menor preparación, pues la preparación inicial determina decisivamente el nivel último de la profesión, sin que ello quiera decir que el agregado o el catedrático no progresen tras su estabilización académica, pero reconociendo que ese progreso será más lento.

La solución transitoria del profesorado parece residir en el intermedio e inferior, más fácil de crear, y siempre que éste trabaje colectivamente y dirigido por el profesorado superior. Sin abandonar el contacto personal con los alumnos, que es fundamental, la misión del profesorado superior debe estar en la dirección del

profesorado intermedio e inferior, con el que debe preparar las clases que impartirá éste, dividiendo el alumnado en grupos de veinte como máximo. El contacto directo del profesorado superior con los alumnos se puede obtener a través de reuniones periódicas con el conjunto de clase, o con la mitad o un tercio del conjunto de la clase, a fin de discutir la marcha del curso y los problemas u oscuridades a que haya dado lugar. Así, pues, el problema más importante en la actualidad es la selección, desde el punto de vista exclusivamente científico, del profesorado inferior, que ahora constituye el llamado «profesorado no numerario» o «PNN», y que tiene que dejar de ostentar esta condición. La selección debería hacerse racionalmente a través del expediente académico, pero en la actualidad éste no merece mucha confianza, lo que obligará a la realización de pruebas, las cuales deberían realizarse en régimen de descentralización, pues cada Universidad está en perfectas condiciones de seleccionar su personal.

En el futuro, una selección bien realizada del profesorado inferior e intermedio y un control de su evolución podría, incluso, hacer innecesaria la selección del profesorado superior mediante el sistema actual de oposiciones, orígenes de enfrentamientos personales y de grupo. En el momento actual esto es imposible, con lo que el sistema de oposiciones constituye un mal menor, desde luego, muy superior al sistema iniciado de contratación, que, en una sociedad como la española actual, no conduce sino a la arbitrariedad más absoluta. En España es frecuente el empleo de un sofisma para atacar las oposiciones y que consiste en tomar los ejemplos excepcionalmente más llamativos en que el sistema ha fracasado, sin ocuparse de destacar aquellos otros casos en los que ha triunfado. Se dice que Costa no consiguió ser catedrático, pero se silencia que lo consiguió Hinojosa, y aún el caso de Costa no se analiza seriamente, pues si fracasó en una Adjuntía de Derecho Administrativo fue ante Santamaría de Paredes, que no mostró ser mal administrativista. Conste que tampoco se puede emplear argumentación de este tipo para defender el sistema de oposiciones, pues al haber sido el único existente, no es posible comparar sus resultados con los que se hubieran obtenido merced a otro sistema. Creo, sin embargo, que si la oposición es racional, y dentro de las oposiciones tradicionales la de Cátedra es la que mejores condiciones ofrece, podrá ser todavía durante algún tiempo el medio de selección mejor, sin perjuicio de que en el futuro pueda sustituirse por una «carrera» del profesorado universitario si se establecen bien las bases de aquélla.

Desde el punto de vista del alumnado también constituye problema primordial el de su selección o, como se dice ahora, el de la «selectividad». La necesidad de ésta, dejando aparte el problema político en que en España está implicada, es obvia. La lástima es que en nuestro país la selección se realice siempre por quien ocupa el puesto superior en la categoría administrativo, con lo que el sistema peca siempre de autoritario, con la impopularidad consiguiente. Así como el profesorado superior debería salir insensiblemente y sin parto doloroso de entre el profesorado inferior, así los notarios, abogados del Estado, registradores, etc., deberían salir seleccionados por la propia Universidad que los forma, y de la misma forma los aptos para pasar a la enseñanza superior deberían ser los que fueran declarados tales por los que le suministraron la enseñanza anterior. Esto no es así, y, entonces, el primer contacto que el alumno tiene con la Universidad ya consiste en un examen, enfrentándose inmediatamente con el profesor universitario, al que empieza a considerar como un enemigo, en lugar de considerarle

como su mejor colaborador Como en el caso de las oposiciones a Cátedra comprendo que esto tiene que ser así en el momento actual, pero como un mal menor, pues en el futuro debería arbitrarse los medios para que la propia enseñanza anterior ofreciera con garantías a la Universidad el alumnado que está en condiciones. Desde luego, esto no lo puede hacer la enseñanza privada, como lo ha demostrado a través del llamado «Curso de Orientación Universitaria» o «COU», pues unas pruebas realizadas en el presente curso con más o menos acierto han demostrado que de un 20 a un 30 por 100, al menos, de los aprobados en COU eran incapaces en ese momento para afrontar con éxito la enseñanza universitaria. La intervención del profesorado universitario en el COU, puramente formal o legalizadora de apariencias, no es garantía alguna de que la selección se realice de manera rigurosa.

## II. DIDACTICA DE UNA HISTORIA PARALOGICA DEL DERECHO (1)

### Introducción

Si en la primera conferencia confesaba que el título era un poco «pour épater le bourgeois», en esta segunda tendría que declarar que no es «un poco», sino «un mucho». Una nueva orientación conceptual de la Historia del Derecho tendría que ser muy nueva, para que llevara consigo también una nueva didáctica, y la que he expuesto no alcanza ese carácter. Los problemas didácticos que voy a abordar en primer lugar son los generales de la enseñanza universitaria, a los que seguirán los propios de la Historia del Derecho o «didáctica iushistórica». Sólo al final, y casi como apéndice, esbozaré los problemas que puede presentar la didáctica de una Historia paralógica del Derecho, que es lo que justificará algo el título, sin duda, pretencioso, de esta conferencia. Como en el caso de la conferencia anterior, mi intervención se debe al ejercicio durante unos años de la Cátedra de Historia del Derecho español en las Facultades de Derecho de La Laguna, San Sebastián y Zaragoza, todas ellas muy queridas para mí, y con recuerdos nostálgicos las dos primeras, a lo que se une un período de docencia como profesor adjunto en la Cátedra de Barcelona con el profesor Font Rius, que a su prestigiosa condición de investigador une demostradas dotes para la enseñanza, por la que siempre ha demostrado una honda preocupación. Sin embargo, mi formación didáctica no se agota ahí, pues he ejercido durante muchos años en la enseñanza privada, y para ello mi más preciado bagaje lo ha constituido la transmisión del espíritu de la docencia por parte de mi padre, y el inimitable ejemplo de quien me guió a lo largo de la primera y segunda enseñanza, don Francisco González Santiago, uno de los más grandes pedagogos que ha conocido nuestro país desde los fructíferos años treinta (2).

---

(1) Base de la Conferencia pronunciada el día 4 de septiembre de 1975 en las «Jornadas para Profesores de Primer Año de la Facultad de Derecho», celebradas en la Universidad Hispanoamericana de Santa María de la Rábida.

(2) Francisco González Santiago, nacido en Madrid el 29 de enero de 1909, maestro nacional, participante en el grupo de «Misiones Pedagógicas», que dirigiera el famoso comediógrafo Alejandro Casona,

Nuestro país goza fama de ser cuna de autodidactas, lo que es una verdad a medias, pues mucha gente presume de esa condición sin razón. Por otra parte, y esto es corriente en parte en nuestra juventud actual, se pretende demasiado del profesor y de las clases, tema sobre el que volveré más adelante, sin tener en cuenta que un enorme tanto por ciento del resultado dependerá de nuestro propio esfuerzo.

De todas formas, la fama de que goza nuestro país no servirá sino para envanecer a unos pocos, pero, como es obvio, es una «mala fama». El autodidactismo retrasa la evolución general del país, puesto que cada individuo vuelve a andar todo el camino, en lugar de que se produzca un relevo. El avance, por tanto, es mínimo, aparte de que sólo los bien dotados pueden salir adelante con él, en tanto una gran mayoría necesita ser dirigida, sea por falta de inteligencia, sea por falta de voluntad.

El estudio de la didáctica es, pues, muy necesario, pues constituye el método para obtener el mayor rendimiento en el esfuerzo educador. El profesor universitario tiene que preocuparse mucho de ella, pues todos sabemos que hay excelentes investigadores que no saben transmitir su saber, con lo que sus alumnos son, prácticamente, autodidactas. Solo los muy bien dotados aprovechan las explicaciones, en tanto la gran masa de clase permanece al margen de ellas. Por otra parte, e invirtiendo un poco el planteamiento clásico de la cuestión, no creo sólo que para ser buen profesor sea menester ser buen investigador, sino que también para investigar es preciso «profesar», salvo excepciones, como todo. El investigador necesita un público constante para no sentirse en la más tremenda de las soledades, y el mejor público lo constituye la clase, pues es un público permanente, con una cierta dosis de interés y, además, moldeado por el propio confeccionante. Es cierto, que el profesor no puede hablar con ese público sobre sus investigaciones presentes, en especial, cuando su disciplina está en primeros cursos, pero les explica el contorno de las mismas, lo que a él le va sirviendo para aclarar sus propias ideas.

La universidad depende por entero de la enseñanza que le preceda y es una utopía pensar que puede suplir los defectos de ésta. La primacía de las ciencias permite que si los alumnos son de capacidad intelectual normal lleven para aquéllas un bagaje apreciable, pues las matemáticas son una de las asignaturas comunes. El que sea común esta asignatura benéfica a los estudiantes de «letras», que se ven obligados a una ligera aproximación a ellas, pero éstos se han visto perjudicados por el abandono que en los últimos años ha habido respecto a las lenguas clásicas. El cultivo de éstas proporcionaba una visión amplia para los estudios humanistas, entre los que se encuentran la Historia y el Derecho, no concibiéndose que nadie pueda profundizar en el estudio de estas disciplinas referidas a lo español, sin unos conocimientos, al menos, rudimentarios del latín, que ahora

---

ha dirigido y ejercido directamente la enseñanza durante un período de cuarenta y cinco años aproximadamente en el Centro de Instrucción Comercial, de Madrid, siguiendo una línea pedagógica que arranca de la Institución Libre de Enseñanza. Un numeroso grupo de discípulos, entre los que se cuentan intelectuales, empresarios y profesionales de diversas ocupaciones le deben por entero su formación y siguen rindiéndole homenaje en la actualidad. Su obra, plena de espiritualidad por encima del obligado tributo a la comercialidad que impone la dirección de un centro de enseñanza privada, es de un interés extraordinario por la continuidad de la línea, los métodos empleados y los riquísimos matices que han adornado su labor educadora.

no se poseen, dándose la extraña circunstancia de que, incluso, los que lo han estudiado como asignatura optativa huyen de su utilización.

Considero un error el que entre las asignaturas de COU se haya incluido una llamada «Introducción a las ciencias jurídicas», pues en mi opinión no sirve para nada. Ha respondido a una impaciencia general despertada en el alumnado, que aspira a «construir la casa por el tejado», como se dice vulgarmente, sin ocuparse de los cimientos. En el mejor de los casos es una exposición de algunas doctrinas filosóficas sobre el Derecho, y en el peor de ellos, una vulgarización de todo lo que se va a estudiar en la Facultad, con todos los inconvenientes que ofrece la vulgarización, como la obligada dogmatización y la falta de precisión conceptual. Sin bibliografía adecuada y en manos de honestos licenciados, las más de las veces ejercientes de alguna profesión jurídica, pero que no tienen el tiempo suficiente para hacer algo más difícil todavía que la investigación, como es la extracción de la quintaesencia de algo tan complejo, puede decirse que los alumnos que llegan a la Facultad habiendo elegido la asignatura indicada como optativa, no llegan en mejores condiciones que los que no la han escogido. Sin embargo, vienen con escasa preparación histórica y filosófica, conocimientos que son los que precisamente no se les va a poder dar ya en la Facultad de Derecho, y los que, por tanto, tienen que aportar la enseñanza pre-universitaria.

Problema conexo con el anterior, pues tiene la misma raíz, la impaciencia, es el de la investigación inmadura. Los poderosísimos medios modernos de comunicación, en especial, la televisión, han popularizado una imagen atractiva de investigador, pues a las alegrías que siempre proporciona esta tarea se une otra más, que es la de no exigir ningún esfuerzo. Yo he oído a alumnos de primer curso afirmar muy seriamente que lo que a ellos les gustaba era la investigación, lo que les hacía desdeñar el cursar asignaturas, que para ellos no representa investigación. Nuestra sociedad es una sociedad cómoda, y por algo se la ha calificado como «de consumo», siendo preciso que los que tenemos la responsabilidad de la educación tratemos de «espartanizarla» modestamente. Al alumno hay que convencerle de que la investigación es algo más serio de lo que él supone, y que exige, aparte de la predisposición natural para ella, el mismo esfuerzo y la misma capacidad de entrega y sacrificio que exigen las demás manifestaciones de la vida también importantes, en las que se puede citar el deporte, en cuanto ejemplo más vivo para la juventud. Se me quedaron muy gravadas unas declaraciones que el gran violoncelista español Pablo Casals hizo en una ocasión a un periodista que venía a preguntarle si había gozado más como solista o como director de orquesta, a lo que el gran músico respondía que de ninguna de las dos maneras había gozado. Cuando uno es niño piensa que el concertista ejecuta sin esfuerzo y por inspiración, pero cuando se es mayor se llega a la conclusión de que lo que hay por debajo del chaqué no es sino transpiración, angustia, paroxismo. Está muy bien alentar la afición investigadora de los jóvenes, pero calmando su impaciencia y haciéndoles recorrer el camino que evitará su más decepcionante fracaso.

*El mejor acicate para alentar el espíritu investigador es la libertad de discusión, obligando a que ésta se desarrolle al nivel que exige la universidad. Hay que defender la libertad de cátedra, de forma que el profesorado pueda exponer libremente, siempre que lo haga con el debido rigor discursivo, e, igualmente, el alumnado tiene perfecto derecho a impugnar la exposición y a defender otras*

teorías, siempre que se someta al mismo rigor. La falta de libertad es la causa de que nuestras Facultades de Derecho hayan avanzado considerablemente en el orden de la técnica del Derecho positivo, sin que ese avance vaya acompañado del correspondiente en el campo filosófico, siendo posible que en los programas figurara una asignatura como la de Derecho natural, que representaba una toma de posición apriorística, y no se haga sino empezar a hablar muy tímidamente de doctrinas como la marxista u otras que han representado un «tabú» en la posguerra.

Hay que revisar inmediatamente la situación de las bibliotecas universitarias. En nuestras facultades actuales, la biblioteca es un apéndice y el bibliotecario es una persona que se considera ajena y como un funcionario administrativo. Sin embargo, la biblioteca, más aún que las clases, debe ser el eje de la Facultad, o si se quiere, las clases deben servir sobre todo para que los alumnos sepan utilizar la biblioteca. Una organización deficiente de las bibliotecas universitarias y el natural impulso de la comodidad ha hecho que se desarrollen las de seminario a expensas de la de la facultad, pero esto es erróneo. Cada facultad debía tener un edificio exclusivamente dedicado a biblioteca, en el que hubiera una catalogación perfecta, con la adecuada plantilla que permitiera un servicio rápido e inmediato de los libros. El Derecho de nuestra sociedad es un saber de libros, y lo que necesita el alumno es tener un acceso fácil a éstos. Las clases son las que le orientarán sobre los libros que le será útil consultar para cada aspecto, y el resto de su trabajo consistirá en acompañarme de ellos en el local adecuado. El director de una biblioteca de facultad debe participar en todas las reuniones del claustro, previa una cierta especialización facultativa, aunque no sea preciso su licenciatura.

Vuelvo a insistir en un tema anunciado anteriormente, y es el de las reuniones del profesorado para coordinar sus enseñanzas. Cada profesor, en tanto explique un programa completo de la asignatura, debe tener toda la libertad necesaria para desarrollar sus clases como quiera, pero en cuanto al trabajo que va a exigir al alumnado deberá tener presente siempre las necesidades de las cátedras restantes, pues todas ellas son interdependientes. No pretendo una uniformización de métodos, pero, especialmente, en lo que se refiere a procedimientos de examen no es posible que sigan siendo opuestos en asignaturas que se encuentran en un mismo curso. Creo útil que los procedimientos y los métodos sean distintos, lo que acentuará la personalidad de cada cátedra y dotará de flexibilidad a los alumnos, pero lo que no creo conveniente es que sean de tal índole que se perjudiquen entre sí.

Las reuniones del profesorado son, además, necesarias, en tanto que todos ellos persiguen un fin común, y es que el alumno reciba dentro del curso un caudal determinado de conocimientos, aparte de que también lo es para calibrar la marcha conjunta e individual del alumnado. Las reuniones que tenían lugar en el primer curso cuando era de carácter selectivo, o las que se celebran ahora cuando tiene la condición de coordinado, no sirven para nada, pues dado que el número de alumnos es alto y el número de sesiones escaso, generalmente una sola, lo único que hace cada profesor es cantar su nota, para acto seguido obtenerse mecánicamente la nota media.

### Didáctica iushistórica

Una de las discusiones permanentes es la de si la Historia del Derecho debe ser cursada en uno o más años, y en el primer caso si debe estar al principio o al final de la carrera. Los que defienden su inserción al final emplean el argumento de que sólo se comprende la Historia del Derecho cuando se ha estudiado el Derecho, pero es argumento reversible, pues sólo se comprenderá el Derecho cuando se haya estudiado su historia. Creo que hay que ser realista en esta materia y subsumirse en el alumno medio. Este aborda la Historia del Derecho hasta con un cierto entusiasmo, cuando se acerca a la universidad, pues siente una cierta avidez de conocimientos de todo género. Cuando el alumno medio se ha introducido en el Derecho positivo, que es el que ha de utilizar y el que le proporcionará los medios de sustento, es muy difícil que acepte volver los ojos a un pasado, que sólo tiene necesidad en medida muy limitada. Nuestro entusiasmo por la disciplina, y nuestro convencimiento de que es ciencia jurídica, y, por tanto, no sólo conveniente, sino necesaria para el jurista, no nos debe llevar al extremo de pensar que es más importante, ni siquiera tanto, que las disciplinas positivas. Lo único que cabría, si hubiera auténtica organización departamental, es que la parte que cada profesor de disciplina positiva dedica a la historia, fuese dada por aquéllos a quienes corresponde, esto es, a los iushistoriadores.

En tanto esto no es así, la Historia del Derecho tiene su lugar en el primer curso de la carrera, como disciplina de las llamadas «formativas», destinada a dejar honda huella en los alumnos por su situación de tránsito de una enseñanza a otra y por su edad, que es la de la adolescencia en la clasificación de Claparède, o de la posadolescencia o estabilización de la pubertad, en la de Godin (3). Por otra parte, si el alumno siente necesidad de estudios iushistóricos en el quinto curso es posible que pueda realizarlos por sí, o con orientación discreta.

En cuanto a que la Historia del Derecho deba ser enseñada en uno o más cursos, dependerá de la estructura de los programas de la carrera, aunque creo que, en general, es suficiente un curso, si éste es completo y con el debido grado de síntesis, que es lo que constituye la tarea del profesor. No quiero dejar de hacer notar que si se considera que la Historia del Derecho no es ciencia jurídica no debe mantenerse en la carrera, y si se mantiene a título preparatorio, entonces sí que, evidentemente, su lugar estará en el primer curso. Siéndolo, como lo es, su lugar en el primer curso, aparte de razones pragmáticas como la expuesta, se justifica por el hecho de que lo importante es, precisamente, hacer comprender al alumno la «historicidad» del Derecho como una de sus notas esenciales, la cual varía según los sistemas y épocas. El profesor podrá sentirse tranquilo en cuanto a la utilidad de su trabajo si el alumno sale convencido de que el Derecho es un producto eminentemente histórico, es decir, el resultado de millones de acciones humanas forjándole a través de siglos, y que sin conocer las circunstancias históricas en que ha sido creado, ni se puede comprender, ni se le puede utilizar.

---

(3) Cfr. Domingo Barnés, «La educación de la adolescencia», Barcelona-Buenos Aires, 1930, págs. 20 y 25. Claparède y Godin distinguían entre pubertad y adolescencia, caracterizada la primera por la maduración de los órganos de reproducción, y la segunda, por un período de mayor crecimiento físico. Godin subdividía la adolescencia en «aceleración inicial», «aparición ostensible de la pubertad» y «post-adolescencia» o estabilización de la pubertad. Cfr. la misma obra, págs. 46-47, donde se señalaba entonces como reciente la psicología de la adolescencia, con los trabajos de Spranger, Stanley Hall y Chaves.

En las Facultades de Derecho, los estudios iushistóricos deben adaptarse al objetivo de aquellas, que es la preparación de juristas. Eso no significa que hayan de reducirse un registro de técnicas pasadas, como tampoco el estudio de las disciplinas positivas debe reducirse al estudio de una técnica. Esto es lo que esteriliza a los juristas y les convierte en defensores serviles de cualquier poder político. Por ello, abogo por una historia paralógica del Derecho, que trate de profundizar lo más posible en el arcano de su génesis, pero rechazando al mismo tiempo su disolución en una historia general sin contenido ideológico. La historia general nos la deben facilitar los historiadores generales, para, «tomando el relevo», adentrarnos en la especificidad de esa historia en el campo del Derecho. El iushistoriador debe hacer Historia del Derecho en cuanto iushistoriador, lo que es independiente de que haga historia en cuanto historiador, como es el caso, brillante entre nosotros, del profesor García de Valdeavellano, esforzándome yo mismo en esa trayectoria en cuanto he abordado recientemente una obra que no es iushistórica, sino histórica (4).

Es frecuente objetar que los alumnos vienen sin saber historia, y esto, desgraciadamente, es verdad en la mayoría de los casos, pero nadie pretenderá enseñarles la historia que desconocen dentro de la Facultad de Derecho, que no es el sitio adecuado ni tiene tiempo para ello. La solución sólo puede estar en que se incrementen los estudios históricos en la enseñanza anterior y en facilitar bibliografía de historia general para que los alumnos hagan lecturas.

En los últimos tiempos parece haber cierta inclinación al curso «monográfico», es decir, el que toma como base de estudio un tema aislado de la disciplina. Me parece poco lógico, pues el alumno debe tener primero una visión total de la disciplina, sin la que no le aprovechará el estudio de cualquiera de sus partes. Me parece el producto de la impaciencia a la que he aludido cuando he hablado del deseo de «investigar» en los alumnos principiantes. El curso monográfico tiene su lugar en el Doctorado, pues el licenciado ya conoce todas las disciplinas en su completa amplitud, y está en condiciones de abordar la profundización de aspectos concretos. Es admisible su desarrollo en casos determinados, es decir, con grupos de alumnos aventajados o, simplemente, interesados en un tema, muchas veces por su actualidad, es decir, en cuanto actividad complementaria, pero nunca como actividad básica.

En nuestras Facultades de Derecho se sigue utilizando rutinariamente la conocida como «lección magistral», es decir, la exposición de un tema del Programa por parte del profesor durante un tiempo que, sucesivamente, ha ido disminuyendo, para alcanzar hoy en el mejor de los casos, los tres cuartos de hora. La práctica arranca nada menos que de tiempos medievales, en que no existía facilidad reproductiva de libros, y en los que el profesor, aparte de su saber, se caracterizaba por la posesión de un ejemplar, del que proporcionaba comunicación o «lectura» a los alumnos, que lo copiaban ávidamente. A partir de la invención de la imprenta, el sistema ya no tenía la misma condición de necesidad, pero aún era

---

(4) En la actualidad goza de reconocido prestigio la Historia de España hasta la Baja Edad Media, del profesor Luis García de Valdeavellano, catedrático de Historia del Derecho y sobresaliente cultivador de estos estudios, pero que no se ha limitado a ellos, y ha salido brillantemente al campo de la Historia general. Por encargo de la Fundación Juan March, he redactado un libro sobre la Corona medieval de Aragón en el Mediterráneo, de naturaleza puramente histórica, en la que el Derecho aparece mínimamente atendido.



conveniente, en cuanto que la reproducción era costosa. En nuestros días, en los que los medios de reproducción han avanzado como es notorio, el sistema bordea los límites del absurdo.

Para la continuidad del sistema hay una especie de complicidad entre muchos profesores y alumnos. Parte de los profesores que tienen Manual propio consideran conveniente desarrollarlo, que no es sino repetir las mismas cosas cambiando alguna palabra. Parte de los que no lo han hecho, afectando gran dignidad científica, dicen no estar de acuerdo con ninguno de los Manuales circulantes, lo que ya se comprenderá no es posible cuando hay más de uno, pues si discrepa con uno, coincidirá con el otro, y aunque discrepe con los dos será en aspectos muy determinados, como aquéllos en que haya realizado investigación propia, que no haya sido debidamente recogida con lo que ya se comprenderá que, entonces, bastará con que advierta al alumnado sobre los puntos concretos de desacuerdo.

Para los alumnos, en general, el sistema es cómodo. En primer lugar actúa como limitador de expansión, pues el profesor, entretenido en explicar un programa, no puede ir más allá, sino, en todo caso, más acá, pues cuando hay huelgas, cierres de clases, fiestas especiales, etc., la explicación del profesor se detiene, y éste no se siente capaz de exigir lo que no ha explicado. También les garantiza la pasividad en la clase, pues, entonces, ya no se les puede exigir ninguna participación y, como además, lo que explica el profesor está en los manuales, pueden ausentarse física o espiritualmente. La «lección magistral» está despoblando las clases en nuestras Facultades de Derecho, especialmente, en las disciplinas positivas, en las que el absentismo discipular llega en ocasiones a ser casi absoluto.

La «lección magistral», llamada algunas veces «prelección» en nuestro país con germanismo incomprensible (5), tiene que ser sustituida con el manual o los manuales de fácil adquisición en el mercado editorial. No debe causarnos impresión la opinión vertida sobre el «triste manual», aunque provenga de Marc Bloch (6). Naturalmente, que si una disciplina universitaria pretende encerrarse en un manual y, además, éste por añadidura está anticuado, incompleto o no recoge bibliografía, deberemos convenir en la «tristeza» referida. Téngase en cuenta que la función del manual es la de base de partida, que haga innecesarias las disquisiciones repetidas uno y otro año por el profesor, que esas sí que pueden denominarse «tristes». Sólo cuando excepcionalmente aparezca una figura radicalmente innovadora en la Historia del Derecho, se justificarán las «lecciones magistrales» y el arrumbamiento de los «tristes manuales». En tanto no sea así, ahorraremos al alumno la audición de un disco no grabado, y permitámosle aprovechar las clases.

La supresión de la «lección magistral», suplida por el manual, que no tiene por qué ser «triste», plantea al profesor una cierta incomodidad, y es la de llenar de

---

(5) El término «prelección» traduce el término alemán «Vorlesung», pero mientras éste tiene sentido, como es el de una lección o lectura «pública», lo que viene dado por el prefijo «Vor» con el sentido de «ante», el término castellano no lo tiene, pues parece que es el preliminar de una lección, cuando es la lección misma. Muy usado por el profesor Rafael Gibert, quizá pueda alegarse que se usa para una lección preliminar o primera lección del curso, pero aún así y todo es más expresivo y verdadero el término castizo de «lección inaugural», significación que no tiene por otra parte la «Vorlesung».

(6) Cfr. Dario Antiseri, «Didattica della Storia ed epistemologia contemporanea», Roma, 1971, págs. 39-46.

contenido las clases, incomodidad que se transmite al alumno, que ya no puede «soñar» en el banco académico, ni tampoco puede irse impunemente al bar. Mi corta experiencia en el ejercicio de la profesión de abogado me ha enseñado lo que tantos otros saben y han dicho, y es que la verdadera dificultad del Derecho se encuentra en la casuística. Cuando el cliente empieza a hablar en nuestro despacho, el asunto nos parece claro. Cuando termina de hablar ya no lo está tanto, y cuando se ha marchado empieza a estar oscuro, llegando a la oscuridad más absoluta cuando nos planteamos el medio y modo de actuar. Por ello, me declaro ferviente partidario del «case system» en la enseñanza, seguido en los países anglosajones, y aún comprendiendo que en ellos es más necesario, dado el sistema jurídico que observan (7).

Sin embargo, en las disciplinas formativas es más difícil un sistema casuístico que en las disciplinas positivas. En el caso de la Historia del Derecho creo que el lugar del «caso» lo ocupa el «texto», en el sentido de parte o partes de disposiciones, recopilaciones, códigos, sentencias judiciales, contratos, obras jurídicas, etc., es decir, lo que entendemos habitualmente por «fuentes» de la Historia del Derecho, término más amplio que el de «fuentes del Derecho». El contacto directo con las fuentes iushistóricas es lo más fructífero para el alumno, si anteriormente ha consultado un manual, al menos, y si disfruta de guía u orientación para el referido contacto.

El lugar, pues, de la lección magistral lo debe ocupar el comentario colectivo de textos, sistema que aprendí en la cátedra del profesor Font Ríus, y que yo he extendido de ser un sistema auxiliar de «prácticas» a ser el sistema básico en las clases llamadas «teóricas» (8). El texto permite que el alumno compruebe personalmente el idioma y el estilo de redacción. Parecerá exagerado, pero yo estoy convencido de que hay alumnos que han aprobado la Historia del Derecho y que no saben que los textos legislativos visigodos están escritos en latín. No voy a explicar el interés que ofrece el estilo para la comprensión del sistema. El alumno se ve obligado a traducir del latín, a lo que se observa una notable «alergia» en nuestros escolares, y a verter al idioma actual las viejas lenguas románicas. Son muchos los alumnos españoles no catalanes que se ríen la primera vez que oyen un texto en catalán, a cuya traducción también muestran cierta «alergia», y, sin embargo, su familiarización con las diversas maneras de hablar amplía extraordinariamente su visión del mundo.

El comentario del texto supone su localización en el tiempo y en el espacio, su inserción en un sistema jurídico, y su comprensión a través del estudio de los acontecimientos históricos que le han dado lugar. Su horizonte es, prácticamente, ilimitado y permite al alumno, si éste lo desea, su más amplia participación, hasta, incluso, satisfacer su prurito de investigación. A lo largo de un curso normal, el alumno puede haber asistido al análisis de más de un centenar de textos pertenecientes a las fuentes más diversas, y no es menester destacar la diferencia que existe entre oír hablar del «Liber Iudiciorum» o de la «Constitución de Cádiz» en

---

(7) Cfr. Ramón Badenes Gasset, «Metodología del Derecho», Barcelona 1959, págs. 439-440. La preferencia por el método la ha expresado Alvaro d'Ors, «Posiciones metodológicas de un programa», en «Papeles del oficio universitario», Madrid, 1961, págs. 206-213.

(8) Es muy interesante la consulta del «programa-Guía», que edita el profesor Font Rius, en la Cátedra de Historia del Derecho, de Barcelona, donde se orienta sobre el comentario de textos con maestría didáctica.

una conferencia, aunque se les dedique cinco o diez minutos, a haber tomado contacto directo con una parte de esos libros durante una hora.

La técnica del análisis ofrece dificultad al alumno los primeros días, que puede ser superada asumiendo la tarea el profesor durante el primer trimestre del curso, por ejemplo. Si se tiene en cuenta que el texto llevado por aquél a la clase se corresponderá con la lección del programa, para la que el alumno cuenta con el manual o los manuales, el aprovechamiento puede llegar al máximo. El alumno cuenta ya con los conocimientos teóricos básicos para la comprensión del texto, que el profesor le desvelará teniendo en cuenta esos mismos conocimientos.

En el segundo y el tercer trimestre los alumnos conocen la técnica del análisis, y están en condiciones de abordar éste por sí mismos. Es el momento de que ese análisis no se haga con los limitados conocimientos del manual, sino con el más amplio de la bibliografía específica sobre el texto. Cada alumno o cada grupo de alumnos puede encargarse del estudio de un texto en profundidad e ilustrar sobre el mismo al resto de la clase, que es el sistema de «ponencias» o «comunicaciones» que, en el futuro, desarrollará en congresos y conferencias. La misión del equipo de la cátedra consiste entonces en orientar la realización de estas «ponencias». Orientar supone facilitar un cierto esquema, enseñar a apostillar con «notas», aconsejar sobre el estilo de la redacción o la disposición del escrito y, sobre todo, ayudar a encontrar la bibliografía adecuada.

La seriedad de la «ponencia» viene garantizada por su exposición y defensa pública en la clase. En estos últimos años se han generalizado los «trabajos» en la Universidad, nombre aplicado, frecuentemente, a una redacción hecha malcopiando algún manual, un diccionario enciclopédico o un libro aparecido en ediciones de bolsillo. Los alumnos mediocres se muestran muy partidarios de estos «trabajos», y desean que se pueda aprobar con ellos. Frecuentemente, es a lo que llaman «investigar», y para lo que se creen «llamados». Lo otro, el estudio de lecciones, constituye un «rollo», con arreglo a una jerga, antigua por cierto, pero que ahora se ha generalizado en parte del estudiantado. Los «trabajos» tienen que ser bien orientados, empezando el alumno por hacerse una bibliografía específica, a través de la consulta de repertorios bibliográficos que puedan hallarse en los manuales (9), catálogos de bibliotecas y archivos o en publicaciones especializadas (10). Cuando, como en Historia del Derecho, hay alguna revista fundamental, uno de los primeros pasos del alumno habrán de ir encaminados a ella (11). Ya es importante el que el alumno no haga su trabajo sobre un solo libro, generalmente una enciclopedia, sino sobre una bibliografía seleccionada, que es donde se hará notar la mano del maestro. En último término, vuelvo a insistir que la exposición del trabajo y su defensa ante sus compañeros, y ante el propio profesor que puede preguntar sin, por ello, dejar de ayudar y, desde luego, evitando siempre cualquier posibilidad de fracaso, es lo que garantiza la seriedad de los «trabajos», que de otra manera no sirven para nada.

---

(9) Mi último Manual, «Derecho histórico español», Ed. Ariel, Barcelona, 1973, tiene hasta ahora la bibliografía más completa y actualizada en cuanto a Historia del Derecho español.

(10) Hay que destacar una de las grandes creaciones de Jaime Vicens Vives, y que es «Índice Histórico Español», que sigue publicando la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Barcelona, a través de Editorial Teide. El alumno no solo encuentra una relación bibliográfica, sino un pequeño extracto de cada obra, que le orienta sobre el contenido e, incluso, hasta sobre su valor.

(11) Es el caso del «Anuario de Historia del Derecho Español», cuyo principal impulsor fue el profesor Sánchez-Albornoz, y que en la actualidad sigue publicándose por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, fundamentalmente, bajo la dirección del profesor García-Gallo.

Un curso de unas cuarenta y cinco lecciones, cada una de las cuales puede ocupar dos clases, desarrolladas sobre la base del análisis de un texto diario, en el primer trimestre por el profesor y en los trimestres segundo y tercero por los propios alumnos, a través de «ponencias» preparadas con ayuda y defendidas frente a sus propios compañeros y el profesor, todo ello con la ayuda de un manual para la visión general, creo que puede desarrollar un buen papel en la Universidad española presente, y quisiera creer que así ha sucedido en la Universidad de Zaragoza, donde lo he venido ejecutando estos últimos años.

Debo insistir en un tema apuntado anteriormente, y es que los alumnos no deben pretender demasiado de las clases. La clase es la orientación que un hombre, cuya superioridad suele residir nada más que en su experiencia y años de trabajo, proporciona a los alumnos, que de lo único de que carecen es de ese capital acumulado que representan los años de trabajo. La orientación tiene que sobresalir por la claridad y la simplicidad. El «procedamos a oscurecerlo», de Eugenio d'Ors, es válido como frase ingeniosa y como observación perspicaz del mundo científico, pero nadie deberá tomarlo en serio como norma de conducta. Hay que evitar el «conceptismo» no confundible con «conceptualismo», sobre todo, en los primeros cursos, en los que resulta demoledor para un alumno que está iniciando su formación. El conceptismo suele encubrir falta de ideas y falta de honestidad intelectual. El profesor no pierde autoridad ante al alumno cuando reconoce que no sabe más, sino cuando trata de engañarle aparentando sabiduría falsa.

A su vez, el alumno no puede pretender más que esta orientación, y debe pensar que el resto es obra suya. La Universidad no reside en la clase, sino en la casa y hasta en los lugares de esparcimiento. El aprendizaje universitario debe ir acompañado, ante todo de lecturas, y también de espectáculos cuidadosamente seleccionados por el alumno, a través de los cuales ejercerá su sentido crítico e irá captando los diversos aspectos de la vida. En estos últimos tiempos es muy frecuente el caso del alumno que no se cree obligado a saber nada más que lo que se ha «dado» en clase, o que se libera de responsabilidad en cuanto a su bajo nivel atribuyéndolo a la enseñanza anterior. Hay alumno que se lamenta de tener que realizar una ponencia «porque es la primera vez» que lo hace, lamentando que no se lo hubieran enseñado antes y sin tener en cuenta que todas las cosas que hacemos tienen que tener «una primera vez». Su lamentación será justa si no recibe orientación, pero fuera de este supuesto carece de sentido. Esto se agudiza en cuanto a la historia, siendo frecuente que atribuyan la responsabilidad por su falta de conocimientos a los planes de enseñanza, a los catedráticos de instituto, a los profesores de sus colegios, a sus familias, etc., sin que en ningún momento admitan que, al menos, gran parte de esa responsabilidad recae sobre ellos, en cuanto que no leen sino los libros de texto, ni acuden a otros espectáculos que los que ahora denominamos meramente «de evasión». La lectura de la prensa diaria o semanal, que suele incluir artículos de interés general, podría proporcionarles una serie importante de conocimientos, que rehusan frecuentemente.

En estos momentos no hay más remedio que acudir en defensa de la «memoria», como facultad intelectual, porque los ataques que se le han dirigido han ido más allá de sus objetivos iniciales. Los combates contra la memoria se hicieron siempre en función de que no ocupara el primer papel en la actividad intelectual

del alumnado, en lo que todos estamos de acuerdo, pero sin pretender que hubiera de ser erradicada. No podemos hacer nada sin la memoria, y, sin embargo, cuando alguien fracasa hoy en el campo intelectual suele atribuirlo a que no se le exige sino un esfuerzo memorístico. Antiguamente nos reíamos de haber tenido que aprender «la tabla de los reyes godos», pero, a falta de otra cosa, esta «tabla» constituía un punto de referencia cronológica o de sucesión, que era aprovechable después.

En ningún campo intelectual se puede actuar sin esfuerzos memorísticos. Los alumnos «de ciencias», que hoy constituyen una especie de aristocracia en relación a los «de letras», presumen, a veces, de que sus estudios no son memorísticos, cuando están llenos de leyes físicas, jergas o terminologías específicas, axiomas, simbologías, nomenclaturas, etc., donde la memoria juega el papel principal, y a las que no se puede llegar por la vía de la deducción, que es la única que parece no responder al esfuerzo memorístico. En cuanto la Historia del Derecho es un saber o erudición está basada fuertemente en la memoria. No se puede llegar a un saber general, si no es sobre la base de saberes concretos. Pretender conocer sólo las leyes de la historia, sin conocer los acontecimientos de donde poder extraer aquéllas, es imposible, sobre todo, si uno no renuncia a su propia convicción y no quiere entregarse al medieval «criterio de autoridades».

Dentro de este apartado se podría incluir el de la cronología (12). La historia es, fundamentalmente, cronología, y no puede estudiarse como si fuera un plano. Esa cronología no es meramente erudita, pues no se aprende una fecha por el mero hecho de aprenderla, sino porque esa fecha representa un orden de cosas, sin el cual carece de sentido el acontecimiento que se estudie. El que el Ordenamiento de Alcalá se haya promulgado en 1348 no es lo mismo, naturalmente, que si se hubiera promulgado en 1704, por razones obvias, y el alumno no puede renunciar a situar cronológicamente los acontecimientos en el tiempo, aunque no se le exija una exagerada precisión o un esfuerzo que, fácilmente, pueda ser sustituido por el trabajo de las computadoras.

A este orden de cosas contribuyen, en parte, los escasos estudiantes hispanoamericanos que estudian en nuestras Facultades de Derecho, al menos, en la de Zaragoza. Hay que tener en cuenta que para ellos el conocer la Historia de España representa un esfuerzo similar al que representaría para nosotros conocer la de cualquiera de los países de los que proceden. Aparte de ello, parece que por influencia norteamericana, conceden menos importancia que los europeos a los conocimientos memorísticos, aunque, naturalmente, no se sabe la representatividad que puede otorgarse a los alumnos que nos llegan. Impresiona algo su aparente pragmatismo y la universalidad que les confiere un más fácil deambular por el mundo, pero no concluyen de convencer, pues parece que se resignan a jugar un papel de piezas en una gran máquina, en cuanto no aspiran a una rigurosa crítica personal del saber que se les va a infundir (13).

---

(12) Vid. Rafael Gibert, «La ciudad castellana bajo los Reyes Católicos». Centenario de los Reyes Católicos. Universidad de Granada, 1952, págs. 84-97, especialmente en pág. 84, donde se dice que la historia es esencialmente memoria de las fechas, y que si se le resta uno de los dos términos, el conocimiento histórico queda literalmente disuelto. Según el autor, la cronología es la única claridad de la Historia, y las fechas, sus conceptos primarios.

(13) Realmente, son pocos los que han llegado a la Universidad de Zaragoza, por todo lo que el juicio que se emite aquí tiene muy poca base.

Quizá, el problema actual más importante de la Universidad española sea el de los exámenes, dada la trascendencia que tienen para los alumnos y el impacto que el problema ha ocasionado en la sociedad, por lo que no me extraña que se hable de disciplina especial, como la conocida con el nombre de «docimología». La gran masa de alumnos, que, a veces, a permanece insensible ante cuestiones de metodología o programas, muestra, por el contrario, una sensibilidad hiperes-tesada para el número de exámenes y forma de practicarlos.

El examen tradicional solía ser oral y consistía en una tanda de preguntas que hacía un profesor o un tribunal de profesores, generalmente, situado a más alto nivel que el alumno, es decir, en un estrado. Las respuestas del alumno, generalmente, no merecían comentario del examinador, quien, incluso, era frecuente que despidiera al examinando sin manifestarle en ese momento la calificación que le merecía, la cual llegaría a conocimiento de aquél más tarde a través de la «papeleta» de examen, de naturaleza inapelable. El crecimiento de alumnos indujo a ir sustituyendo los exámenes orales por exámenes escritos, los cuales gozan en la actualidad de preferencia, ya que se estima que el alumno puede meditar la respuesta y no se siente intimidado por la presencia inmediata del examinador.

De todas formas, la existencia de un examen único ha sido considerado como desventajoso para el alumno, el cual «se jugaba todo a una carta», pues se estimaba que podía corresponderle una cuestión que, desgraciadamente, no reflejara su verdadera situación. Se ha generalizado, entonces, la idea de exámenes «parciales», es decir, de «partes» de la disciplina, que complementarían la visión del examen «final» o total de la misma. Poco a poco va desapareciendo este examen total, para ser sustituido exclusivamente por los «parciales», con lo que el alumno nunca se examina de la disciplina en su totalidad, sino que hace de la disciplina, tres o cuatro, pues se abre paso la idea de que esos «parciales» son «liberatorios», es decir, el que aprueba una de esas partes ya no tiene que volver a examinarse de la misma, al menos, durante el curso. El paso siguiente es el de que la «liberación» no valga exclusivamente dentro del curso ordinario, sino también del extraordinario, y después se pretenderá que tenga validez también para otros cursos. Con ello, pues, una carrera como la de Derecho, ya no constará de unas veinte o veinticinco asignaturas, sino de un centenar, aproximadamente.

Este sistema, por el que parece que luchan los estudiantes, fue estimulado por el poder público, quien llegó a institucionalizarlo, aunque, afortunadamente, sin que prosperara. Aún sin institucionalización, está consagrado, y hay quien multiplica aún más el número de «parciales», o también las llamadas eruditamente «recuperaciones» y, vulgarmente, «repescas», que son nuevos exámenes para aquéllos que han sido suspendidos en un parcial. Todo esto ha recibido un impulso decidido procedente de un sistema mal llamado «de evaluación continua», que se viene practicando en la enseñanza anterior y, sobre todo, en el COU, donde se dan fenómenos tan cómicos, como el que un muchacho no tenga que examinarse en la convocatoria extraordinaria de septiembre sino de un par o tres lecciones de una disciplina. A esto hay que añadir que una convocatoria extraordinaria para los que carecieran de una o dos disciplinas para acabar la carrera, como es la de febrero, se ha generalizado para todos los cursos, y se ha consagrado consuetudinariamente.

Lo curioso del caso es que la lucha de los estudiantes, y era consecuente, principió por la supresión de los exámenes, pero, curiosamente ha derivado, ha-

cia la proliferación de aquéllos hasta el infinito. El profesorado invierte hoy más tiempo en la función examinadora que en la función docente. Salvo casos excepcionales, hay un término medio de tres exámenes parciales y uno final por cada asignatura, con sus correspondientes «repescas», que implican de seis a ocho exámenes en la convocatoria ordinaria, a la que hay que añadir el de la convocatoria extraordinaria de septiembre y el de la aún más extraordinaria de febrero, lo que supone de ocho a diez exámenes anuales en la asignatura. Cada examen es, como se dice ahora, un «trauma» para el alumno y para el profesor, es decir, para la Universidad, que no es sino la reunión de ambos. Cada examen representa una movilización de trescientos a quinientos alumnos en las Facultades de Derecho de provincias, que puede llegar a más de mil en las de Madrid y Barcelona, acompañados de uno o dos profesores numerarios y cuatro o cinco profesores no numerarios. Como el primer curso consta concretamente de cuatro asignaturas, el número de exámenes anuales es de cuarenta, el cual es soportado por una buena parte de los alumnos.

*El alumno se prepara, como gráficamente se ha dicho por ahí, para una «carrera de obstáculos». Ya no prepara concienzudamente el COU, que puede aprobar con relativa facilidad, sino las pruebas de acceso a la Universidad, que son las que le inquietan, y su primer contacto con el Centro superior es un examen. Desde que empieza el curso ya no vive sino para los «parciales» que, como pueden llegar a ser cuarenta, le angustian, no cesando de ir golpeándose como un borracho con las cuatro esquinas. Fijado el primer parcial de una asignatura, deja de estudiar todas las demás, y se concentra sólo en aquélla, para hacer lo mismo en forma sucesiva con las otras. Dado el gran número de «parciales», o están mal distribuidos a lo largo del tiempo, y el alumno «sucumbe» ante la temible concentración, o están bien distribuidos, y entonces no hay ningún momento en los que atienda al conjunto de asignaturas.*

Los exámenes parciales, al menos, en Historia del Derecho, tienen que suprimirse, sobre todo, si aspiran a tener condición «liberatoria». Una asignatura no puede descomponerse en «fardos» que el alumno puede irse «quitando», ni el alumno puede estar angustiosa y constante preparación para exámenes, que le conduce, finalmente, a que en lugar de estudiar se empiece a ocupar de sutilezas en cuanto a la calificación. Si un cuatro es suficiente para aprobar, si las asignaturas deben compensar, si la unidad de calificación puede dividirse en décimas y hasta centésimas, etc., son problemas que deben discutirse, pero por representaciones estudiantiles al efecto, sin que embarguen la atención total de los alumnos. El espíritu de la clase debe ser el de una colaboración alegre entre profesores y alumnos para ampliar los conocimientos, y a ello se opone el fantasma negro de los exámenes, cada vez ululante con más fuerza.

Se dirá que no hay solución para eliminar los exámenes, y esto es cierto, pero existe para disminuir su número y los efectos traumatizantes. Pueden eliminarse los exámenes durante la carrera y desplazarlos al final, siguiendo, en cierta manera, el sistema alemán, es decir, elevando el actual examen de licenciatura al rango de única prueba calificadora. Durante la carrera, el alumno no tendría nada más que ir justificando su participación activa en los cursos, y sólo se preocuparía de ir adquiriendo una preparación sólida. El mismo decidiría el momento en que esa preparación había surtido sus efectos, poniéndose en contacto con el Tribunal examinador. Este procedería a una serie de pruebas, que podrían ser

diversas y a celebrar durante un período amplio, para, sin prisas, ir matizando sobre la situación del examinando. Naturalmente, las pruebas no podrían ser de naturaleza memorística en el sentido actual, es decir, en el de preguntas verificadas a quemarropa y con un cierto margen de sorpresa. El sistema tiene aún una ventaja, y es el que las pruebas sólo se realizan sobre los «supervivientes», que son muchos menos que los que inician la carrera, y el que la exclusión de los no supervivientes se realice por «autoeliminación».

Otro sistema puede ser el que no califique la Universidad. En definitiva, el título universitario no sirve hoy para acceder directamente a los puestos más codiciados. El título de licenciado en Derecho no habilita para ser notario, abogado del Estado o registrador, sino que los sucesivos cuerpos se encargan de seleccionar, incluso, sin tener en cuenta para nada las calificaciones universitarias. El indicado título sólo habilita para ser abogado o procurador, caso en el que lo mismo da haber sido calificado con aprobado que con sobresaliente. La Universidad sería, entonces, un Centro de estudio que sólo garantizaría el hecho de haber sido cursado éste, o, a lo sumo, distinguiría entre los que se han limitado a asistir y los que lo han hecho con una especial dedicación, que es lo que, al parecer, se ha hecho en algunas universidades de Inglaterra (14). La Administración y la iniciativa privada serían las que, después, se ocuparían de la selección, otorgando el valor que quisieran a los títulos universitarios. Es absurdo que en la actualidad el profesorado universitario se enfrente a los alumnos en la realización de una selección previa, para que de ésta se aprovechen después los que ocupan una situación excesivamente privilegiada sobre él en el orden económico.

Si se ha de persistir en la situación actual, los exámenes parciales deben ser sustituidos por las «ponencias» a que se ha hecho referencia, que pueden decidir sobre si el alumno ha alcanzado el nivel suficiente de madurez en la asignatura, dejando en pie un sólo examen final para los que no hayan superado el curso por el otro medio. El examen final no puede consistir en un ejercicio escrito, sino en pruebas combinadas escritas y orales. Las primeras pueden ser de índole práctico, como el análisis de textos, en tanto las segundas tienen que consistir en reuniones de alumnos en seminario, esto es, en tandas de diez a doce, con los cuales se converse en torno a los temas y problemas de la asignatura.

Creo que la «docimología» debe preocupar realmente a nuestra sociedad, porque en buena parte, creo que ahí está el origen de la crisis universitaria en el orden académico, aún entendiendo que todavía más importante es el orden político en esa crisis, pero sobre el que no me es permitido hablar.

### **Didáctica de una historia paralógica del Derecho**

Considerando la Historia del Derecho como un saber bifronte, su didáctica tiene que apoyarse en la Historia general y en el Derecho. Vuelvo a insistir en que el iushistoriador no puede aspirar a enseñar la primera, y menos, como se hacía

---

(14) Vid. un folleto antiguo de E. Herrera Oria, S. J., «Como educa Inglaterra», Madrid, 1932. En págs. 168-172 se dice que en el equivalente a la licenciatura en filosofía, en Oxford y Cambridge se distinguía entre un examen ordinario o «Pass school», para los que no aspiran al grado con honor, y un «honour school».

(14) Vid. mi Manual citado, pág. 29.



antes, intentando resumirla, pues esos resúmenes eran dogmáticos y parciales. Hay que conducir al alumno al buen Manual de Historia, y facilitarle una relación directa de monografías históricas que debe leer durante el curso. Es distinto el caso del Derecho, cuyos conceptos irá absorbiendo simultáneamente al desarrollo del curso de la Historia del Derecho, y a través de disciplinas tan importantes como el Derecho romano, la Filosofía del Derecho o el Derecho político, aunque no habrá más remedio que irle facilitando al principio una terminología jurídica, con arreglo al contenido vulgar y con base en el sentido común, el cual, como he destacado, «es la base fundamental del Derecho» y «el único que puede orillar todas las dificultades» (15). Insistiendo en la idea de que el historiador no es un productor de leyes, sino un consumidor, expresada por Antiseri (16), hay que estimular en el alumno la aplicabilidad de los conocimientos que adquiera en las otras disciplinas a la Historia, en lugar de que como sucede en la actualidad, se acostumbre a considerarlas como compartimentos estancos. Una historia parológica del Derecho no puede actuar con ciclos cortos, sino que en la medida de lo posible debe tratar de que su visión sea muy amplia. Durante un largo y fecundo período, en la historia española del Derecho predominó el medievalismo, incluso, no considerando como tal auténticamente, sino lo que podríamos denominar «altomedievalismo», pues la Baja Edad Media se consideraba ya un tanto cercana. Debido en cierta manera al agotamiento del tema, dada la limitación de sus fuentes, los estudios se extendieron a la Baja Edad Media, y no sin mucha fuerza, se asomaron a la Edad Moderna, considerándose la Edad Contemporánea como un período que no era realmente «histórico», sino «presente». En los últimos tiempos se observa, por el contrario, y en el campo de la Historia general, un gran entusiasmo por los estudios de los siglos XIX y XX, con decadencia total del medievalismo, lo que en el futuro puede reflejarse también en la Historia del Derecho. Aplauzo el interés histórico por nuestra época, pero considero de una notable miopía el reducir la visión histórica a una época, máxime cuando ésta no ofrece contraste con el presente, por ser el mismo presente. Atrae a gran número de alumnos, pero en buena parte, por las facilidades que ofrece en cuanto a su estudio, pues no precisa conocimientos auxiliares importantes, en tanto asusta el medievalismo por los conocimientos que exige de latín, paleografía, diplomática, etc. Cualquier alumno, por mediocre que sea, se cree un investigador al leer unos periódicos, unos panfletos y unos Diarios de Sesiones, sin que, en realidad, pueda extraer de ellos nada más que unas leves gotas de erudición, a las que no puede suministrar sentido debajo de la masa enorme de datos que el verdadero historiador maneja.

Las grandes leyes de la Historia no se pueden conocer a través de una época, sino a través del mayor número de épocas posible, como asimismo, de espacios geográficos. La Historia de España es bastante rica, en cuanto comprende el desarrollo de diversos reinos con características muy peculiares, y a través de un buen número de siglos, aunque el ideal sería extender el estudio a la Humanidad en su conjunto. En este sentido creo fructífera la tendencia francesa al estudio de las culturas antiguas, aunque personalmente yo no me siento inclinado al trabajo personal en ellas, como creo muy fructíferos en nuestro país los estudios del Derecho romano, no sólo en cuanto a la comprensión de una técnica, sino en

---

(15) Vid. Antiseri, op. cit., págs. 25-30.

cuanto a la visión de una cultura jurídica posible, aún independientemente de que sea aquella de la que somos tributarios.

Una Historia paralógica del Derecho debe atender primeramente a la fijación comparativa de «sistemas jurídicos». La ventaja que ofrece una historia referida exclusivamente al Derecho español es que permite la visión de varios «sistemas», pues es una historia compleja, aunque lo mismo sucede con la de Francia, Inglaterra, Alemania o Italia, países todos cuya unidad no suele producirse hasta el siglo XVIII, cuando no, hasta el siglo XIX.

Esos «sistemas» no han desaparecido, sino que siguen manteniendo su vitalidad, aunque fuertemente disminuidos en ella como consecuencia de la «administración» del mundo actual. Ese mantenimiento permite que su estudio sea de actualidad en todo momento, lo que siempre constituye un atractivo para el alumno. Lamentablemente, sin embargo, no es la Historia del Derecho la que ha absorbido el estudio de esos «sistemas», el cual continúa en manos exclusivamente de las Cátedras de Derecho civil, cuyos objetivos y métodos son, naturalmente, distintos.

La enseñanza de las instituciones debe realizarse a través de su categorización y con referencia a los sistemas y períodos. La categorización resulta de la natural aplicación del procedimiento inductivo al previo registro de todos los fenómenos jurídicos que se han producido a lo largo de la Historia del Derecho español. Naturalmente, la categorización es subjetiva y, por tanto, susceptible de discusión por parte del alumno, como también lo es el «sistema» y el «período». No debe estimularse falsamente la discusión por la discusión en sí o por deseos de originalidad, pero cabe perfectamente la discrepancia honesta; es decir, la basada en un razonamiento riguroso y apoyado en fuentes y bibliografía. Precisamente, la conceptualización es lo que permite la participación activa del alumno y su desarrollo personal, pues ante lo que él no puede decir nada es ante una simple descripción de hechos.

Una Historia paralógica del Derecho exige atención a los estudios lógicos, para los que no existe paradójicamente en nuestros actuales programas universitarios. La cuestión no es tanto la de crear Cátedras especiales, como la de que se muestre interés por ese aspecto en las ya existentes de Filosofía del Derecho. Con el desarrollo de estos estudios será posible analizar los elementos lógicos y paralógicos en los «sistemas», así como detectar la evolución paralógica de aquéllos, para lo que puede prestar grandes servicios los estudios de Sociología jurídica, los cuales deben estar en íntima conexión con los estudios históricos. La organización conjunta de Seminarios por las Cátedras correspondientes puede ayudar mucho a los alumnos a saltar el foso que separa actualmente las disciplinas de un mismo curso, como, al mismo tiempo, puede hacer progresar aquéllas, faltas siempre del debido complemento a causa del aislamiento en que se mueven los especialistas.

# LA ENSEÑANZA Y EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.

## PROBLEMAS Y SOLUCIONES ACTUALES (1)

*Antonio Merchán*

*Profesor Adjunto de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla*

### Introducción

La Historia del Derecho en Alemania constituye un campo científico muy amplio y desarrollado tanto desde el punto de vista de la investigación como de la enseñanza. Si atendemos a la investigación es posible distinguir cuatro corrientes, que sobresalen pero no agotan este vasto campo y que son las más importantes: La Romanística, la Germanística, la Canonística y la *Verfassungsgeschichte* o Historia de las instituciones políticas. Cada una de estas corrientes goza de una apreciable autonomía o independencia, por causa de su objeto o de sus métodos, autonomía que las nuevas tendencias de la Historia del Derecho intentan eliminar. Además ellas no agotan la investigación histórico-jurídica en Alemania, pues en situación más o menos dependiente de esas cuatro grandes corrientes existe una investigación también de otros Derechos históricos, como el Derecho de las civilizaciones más antiguas, o el Derecho germano-nórdico, o el Derecho islámico, o los Derechos de los Länder o regiones, y hoy ya posee categoría científica la Historia del Derecho europeo.

De la importancia de la Historia del Derecho en Alemania son testimonios: la perfecta organización de su publicación periódica o revista más genuina, la *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, con sus tres secciones, romanística, germanística y canonística; más de una docena de series monográficas sobre temas histórico-jurídicos; una veintena de institutos con capacidad bibliográfica suficiente para realizar estudios histórico-jurídicos con seriedad, algunos de ellos con publicaciones propias y concretamente dos de esos institutos con un acen-

---

(1) Esta ponencia contiene datos y noticias que han sido extraídos de un trabajo más amplio, que realicé durante mi estancia en Alemania, de marzo a diciembre de 1974, becado por la fundación Juan March, en el Instituto Max Planck para la Historia del Derecho europeo, bajo la dirección científica del profesor Helmut Coing, director del citado instituto y catedrático de Derecho romano y Filosofía del Derecho de la Universidad de Francfort del Meno.

tuado carácter internacional, el Instituto de Historia del Derecho de la Universidad libre de Berlín, y el Instituto Max Planck para la Historia del Derecho europeo.

### Las ramas tradicionales de la Historia del Derecho en Alemania

Cuando se habla del *historiador del Derecho* en Alemania se está haciendo referencia tanto al historiador del Derecho proveniente de la «romanística» como al historiador del Derecho que procede de la «germanística», es decir, a cada uno de los estudiosos profesionales que surgieron como consecuencia de la desmembración de la Escuela histórica del Derecho. Aunque ambas escuelas poseen una autonomía clara, sin embargo, existe entre ellas una interrelación que es difícil de comprender para nosotros, entre quienes, salvo muy contadas ocasiones (por ejemplo el profesor D'ors), la relación entre las cátedras o disciplinas de Derecho romano y de Historia del Derecho es casi inexistente. Al contrario que en Alemania donde el profesor Coing es catedrático de Derecho romano pero gran parte de su prestigio intelectual está basado en la Historia del Derecho; igual podemos decir del profesor Wieacker, catedrático también de Derecho romano pero que todo el mundo conoce por su gran labor en la disciplina de Historia del Derecho privado de la Edad Moderna.

Cuando nos referimos a la Historia del Derecho alemán hay que partir del concepto *Deutsches Recht*, Derecho alemán, que es su objeto de estudio. Tradicionalmente bajo el término *Deutsches Recht*, en Alemania, se acogen todos los campos en los que labora la «germanística» jurídica, es decir, no sólo lo que sería la estricta Historia del Derecho alemán, *Deutsche Rechtsgeschichte* sino también el *Deutsches Privatrecht* o lo que se conoce como Ciencia del Derecho privado alemán o que también podríamos traducir por Historia del Derecho privado alemán.

La *Deutsche Rechtsgeschichte* podríamos conceptuarla como una disciplina científica, la cual a principios del siglo XIX se originó con claros deslindes respecto de la Historia del Derecho romano y ha ordenado su actividad a investigar y exponer la Historia del Derecho de origen germánico en Alemania. Esta definición plantea una cuestión problemática, la de la relación entre Derecho alemán y Derecho germánico. ¿Se pueden identificar ambos conceptos como ha ocurrido durante determinadas épocas? Es esta una cuestión ya superada pero que merece traerse a colación por la trascendencia política que ha tenido. Un característico y muy citado ejemplo sobre la visión «germánica» de la Historia del Derecho alemán es la aportación de Cl. von Schwerin a la obra colectiva *Germanische Wiederstehung*; en esta obra von Schwerin escribió un artículo que tiene un título muy significativo, *Der Geist des altgermanischen Recht, das Eindringen fremden und die neuliche Wiederstarkung germanisches Rechtsgrundsätze* (El espíritu del antiguo Derecho germánico, la penetración del Derecho extranjero y el reciente refortalecimiento de los principios del Derecho germánico). En atención a tales concepciones germánicas fue necesario poco menos que un cambio de nombre en la disciplina y consecuentemente en los manuales de Historia del Derecho, de manera que el plan de estudios de 1935 sustituyó a la Historia del Derecho alemán durante diez años por la Historia del Derecho germánico. Esto puede comprobarse si se comparan los homónimos manuales de Cl. von Schwerin (2.ª edi-

ción, 1943) y de H. Planitz (3.<sup>a</sup> edición, 1944) con otras respectivas obras de los mismos autores, anteriores o posteriores. Conrad llama la atención, a nuestro modo de ver, acertadamente, sobre la diferencia conceptual entre el Derecho germánico y el Derecho alemán, haciéndonos ver cómo lo germánico y lo alemán no son lo mismo, sino que lo segundo es una derivación de lo primero, pues dice este autor: «Germánicas son las raíces y el núcleo de nuestro Derecho, pero alrededor de este núcleo se han situado en el transcurso del acontecer de los siglos diferentes envolturas de varias influencias culturales y económicas, de tal manera que desde el Derecho germánico se ha llegado al alemán.»

Atendida también por los estudiosos del Derecho histórico que se agrupan en la corriente representada por la «germanística» jurídica, existe, como hemos dicho, aparte de la *Deutsche Rechtsgeschichte*, la Ciencia del Derecho privado alemán o *Deutsches Privatrecht*, que tiene por objeto el estudio histórico de las instituciones del Derecho privado alemán de origen germánico. Se trata de una Ciencia que tiene antecedentes muy definidos con anterioridad a la aparición de la Escuela histórica del Derecho, concretamente en los siglos xvii y xviii, pero el florecimiento de la Escuela histórica de Derecho a principios del siglo xix redundó claramente en beneficio de ella.

Poco antes de mediados del presente siglo (en 1935 con el plan de estudios Eckhardt), toma cuerpo una nueva rama de la Historia del Derecho, que como disciplina académica llevará el nombre de Historia del Derecho privado de la Edad Moderna, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Se trata de una rama histórico-jurídica que surge persiguiendo propósitos de formación jurídica no satisfechos, o a lo sumo parcialmente, por las más viejas ramas de la Historia del Derecho, como afirmaríala su más egregio representante, Wieacker, en la introducción de su famoso manual. Partiendo este autor del hecho de que una de las más decisivas épocas, los cinco últimos siglos de especulación sobre el Derecho privado europeo y alemán, época que constituye la verdadera sede de la cultura jurídica europea, no había sido colmada por ninguna de las tradicionales ramas (Historia del Derecho romano, Derecho privado romano, Historia del Derecho alemán, Derecho privado alemán, y *Verfassungsgeschichte*), presenta a su *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, entendiéndola como Historia del pensamiento jurídico y de los efectos de este sobre la realidad de la sociedad moderna. El título que ostenta da la impresión de un objeto y finalidad más amplios que el de una historia de las ideas o del pensamiento jurídico. Ciertamente la función que venía a ocupar en el plan Eckhardt era mucho más amplia, en cuanto que constituía una continuación de la Ciencia del Derecho privado en la Edad Moderna en contraposición a la *Deutsches Privatrecht*, que debería centrarse en el Derecho alemán medieval. En la práctica ha constituido un patrimonio común de germanistas y romanistas, aunque sus más ilustres representantes provienen de la «romanística», en todo caso ha supuesto un paso importante en la apertura recíproca de esas dos orientaciones, pues se sitúa por encima de ellas o al menos trata de relacionarlas.

La *Verfassungsgeschichte* constituye una rama de la Historia del Derecho alemán aunque muchos de sus más insignes representantes provengan de la Historia general o sean juristas del Derecho público y no historiadores. El término *Verfassungsgeschichte* podemos traducirlo literalmente por Historia de la Constitución, aunque más libre pero más exacto a la vez sería traducirlo por Historia del Derecho público, y más preciso todavía como hace L. García de Valdellano, por Histo-

ria de las instituciones políticas y administrativas. La *Verfassungsgeschichte* constituye una auténtica hija emancipada de la *Rechtsgeschichte* como diría A. Meister. Emancipación que la ha alejado de las ciencias jurídicas y la ha acercado, sobre todo en lo que a metodología se refiere, a la Historia general. La *Verfassungsgeschichte* es objeto de estudio de los historiadores del Derecho, de los historiadores de la Historia general y de los especialistas de Derecho público que no son historiadores. Los primeros la estudian como un componente más de la Historia del Derecho, es decir, como Historia del Derecho público junto a la Historia del Derecho privado, penal y procesal; los segundos son los continuadores de la corriente metodológica que ha dado autonomía a esta orientación y la estudia en cuanto Historia de las instituciones políticas y administrativas; los terceros se encargan de la enseñanza e investigación de la *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, que según el plan Eckhardt constituiría dentro de la Historia del Derecho público lo que la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* debería constituir dentro de la Historia del Derecho privado.

### La Historia del Derecho y el plan antiguo de estudios jurídicos

Estas tradicionales ramas o disciplinas de la Historia del Derecho, según el que hoy se llama ya Plan antiguo, quedaban así programadas: De los siete u ocho semestres de que consta la carrera de Derecho en Alemania, en cuatro de ellos se estudiaba la Historia del Derecho ofreciéndose veinte horas de clases teóricas (*Vorlesungen*) y cuatro de clases prácticas (*Ubungen o Exegesen*) por semestre. En el primer semestre se estudiaban reunidas la Historia del Derecho romano y la Historia del Derecho alemán como exposiciones cronológicas. Constituía una continuación el segundo semestre, en el que se exponía sistemáticamente la Historia del Derecho privado de ambos ordenamientos. Se añadía a ello las clases prácticas romanísticas (*Digesten Exegesen*) y germanísticas (*Sachsenspiegel Exegesen*), sobre las fuentes. Como se puede observar durante esos dos semestres la enseñanza de la Historia del Derecho estaba fuertemente dominada por la antigua polaridad de la «romanística» y de la «germanística». Un puente entre ambas representaba la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Historia del Derecho privado de la Edad Moderna, la cual se estudiaba aproximadamente en el sexto semestre. Finalmente la *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, para la cual siempre hubo problemas a la hora de encontrarle un adecuado lugar en la carrera, se estudiaba en el séptimo u octavo semestre generalmente, y era enseñada como ya hemos dicho por un profesor de Derecho público, teniendo normalmente como objeto el siglo xix.

En el plan antiguo de estudios jurídicos se presenta, por tanto, a la Historia del Derecho aparentemente en buen estado de salud docente; ocupando ciertamente, un puesto importante dentro de ese plan. Sin embargo, ese buen estado de salud didáctica es engañoso. Así lo afirman y lo confirman todos los autores que han intervenido en la crítica del citado plan. Se citan como síntomas evidentes de la situación negativa que ocupa, a pesar de las apariencias, entre otros:

1. La poca frecuencia con que los alumnos visitaban las clases y seminarios en los últimos veinte años.
2. El hecho de que determinadas universidades que gozaban de una mayor

autonomía en sus planes de estudios, como por ejemplo la de Berlín, a principios de los años sesenta, restringieran enormemente las horas lectivas de Historia del Derecho aduciendo falta de interés en el alumnado e ineficacia de las mismas.

3. Una encuesta realizada en 1957 por el profesor Krause sobre la situación de los estudios de Historia del Derecho privado alemán, *Deutsches Privatrecht*, dio como resultado la desaparición en muchas universidades del programa de lecciones de Historia del Derecho privado alemán, y al mismo tiempo se observaba la escasez de estudios monográficos y la casi desaparición de exposiciones de conjunto, el número de las cuales había sido muy rico en el siglo pasado y todavía a principios de éste.
4. Pero el síntoma más importante desde el punto de vista didáctico era el escaso significado de la Historia del Derecho en la reválida de la carrera o primer examen de Estado, que en los estudios universitarios alemanes posee una gran importancia y es imprescindible para conseguir el diploma o título universitario. A veces incluso cuando en el tribunal había historiador del Derecho, en lo que a nuestra disciplina se refiere, el examen no iba más allá de algunas preguntas sobre erudición histórica sin el más mínimo rigor científico.

¿Cuáles pudieran haber sido las causas de esa situación decadente de la Historia del Derecho como disciplina didáctica? Se pueden distinguir dos tipos de causas, unas que son ajenas a la Historia del Derecho y otras que provienen de ella misma y que convierten en relativamente culpables a los propios historiadores del Derecho.

Las causas ajenas a la Historia del Derecho son:

1. La separación que se produjo entre la Historia del Derecho y el Derecho vigente como consecuencia de la promulgación del Código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). La promulgación del BGB, nos dice el profesor Thieme, marca el inicio de la línea evolutiva decadente de la Historia del Derecho como disciplina docente, pues con esta promulgación se separó la Historia del Derecho y el Derecho civil vigente, situación inconcebible antes de la promulgación, y con ello la Historia del Derecho empezaría el lento goteo de la pérdida de trascendencia en el Derecho del presente.
2. Otra causa, concatenada con la anterior, es el positivismo jurídico, que siguió al historicismo del siglo XIX, el cual se ocupó solamente del texto de la ley y de su interpretación. Dice también el profesor Thieme que este positivismo jurídico, aun superado teóricamente, de hecho sigue vigente en las Facultades de Derecho con consecuencias inmediatas y desastrosas, como son, el olvido de las cuestiones histórico-jurídicas, filosóficas-jurídicas, políticas-jurídicas, y si no el olvido absoluto, al menos el hacerles jugar un papel muy modesto, o para guardar las apariencias el destierro de esas cuestiones a clases especiales o conferencias, con lo que se mantienen alejadas de la mayoría de los alumnos. Este alejamiento se acentúa, dice Thieme, con la imposición tiránica de ese positivismo en los exámenes, con lo que el alumno descuida su atención seria de todo lo que no sea el estudio del Derecho positivo.

Pero junto a esas causas externas existen otras internas o provenientes de la misma Historia del Derecho, causas que convierten en relativamente culpables a los mismos historiadores del Derecho:

1. Así se acusa a los historiadores del Derecho de no haber sabido o querido encontrar un método de exposición que pusiera atrayentemente de manifiesto la necesaria transcendencia de la Historia del Derecho en el Derecho vigente, método que tuviera capacidad para vencer dialécticamente el error positivista.
2. La esterilidad científica de su objeto como consecuencia del desarrollo de refinados métodos «jurídicamente puros», lo que estuvo favorecido por su desconexión o alejamiento de la ciencia del Derecho vigente, que le abocó a tener como objeto no la realidad del Derecho histórico, sino la «idealidad» del Derecho histórico.
3. El estancamiento conservador que existe en las divisiones o especialidades objetivas del fenómeno Historia del Derecho. La dicotomía romanistas-germanistas refleja el desmembramiento de la, en otros tiempos, única Escuela histórica del Derecho, que Federico Carlos Savigny fundó a comienzos del siglo XIX. Se trata de una dicotomía, de historial político largo y lleno de vicisitudes, que constituye, a juicio de los historiadores del Derecho más progresivos, un hándicap importante, al igual que las otras subdivisiones, para la unidad del saber histórico-jurídico y sobre todo para su evolución o desarrollo más universales, novedosos e interesantes.

### **Lugar que ocupa la Historia del Derecho en el nuevo plan de estudios jurídicos**

Las primeras decisiones sobre la reforma de los estudios jurídicos fueron tomadas en el Congreso de Facultades de Derecho celebrado en Tubbinga 19/20 de julio de 1961. Se realizó entonces una plataforma de estudios generales con las nuevas directrices para que fuera objeto de estudio y crítica por parte de los Consejos de las diferentes Facultades, de la Asociación de estudiantes de Derecho y del Ministerio de Justicia. La programación general definitiva fue realizada por la Comisión especial al efecto, del Congreso de Facultades de Derecho reunido en Munich en 16/17 de febrero de 1968, mediante las famosas *Münchener Beschlüsse*, Resoluciones de Munich. En ellas junto a las cuatro disciplinas básicas obligatorias (BGB I-III; Derecho del Estado; Derecho administrativo; Derecho procesal civil y penal) se disponen ocho grupos de asignaturas facultativas u optativas, de los cuales el tercer grupo es el de las disciplinas histórico-jurídicas. El Congreso de Facultades de Derecho confirmó en sus deliberaciones de 21 de junio de 1968 la decisión de no incluir entre las asignaturas básicas obligatorias la Historia del Derecho. Para comparecer, por tanto, al examen de Estado el alumno deberá haber realizado los cursos correspondientes a las asignaturas básicas-obligatorias, más los cursos correspondientes al grupo o grupos facultativos que eligió. Las resoluciones de Munich no tendrían una aplicación absoluta inmediata, sino una fase de prueba, transición y acomodación que aún dura.

El nuevo programa de lecciones histórico-jurídicas consta de tres grados de enseñanza:



1. El primer grado, ubicado en el primero o segundo semestre de la carrera, consta de un curso básico que sirve de introducción a las Epocas de la Historia del Derecho y a las Fuentes del Derecho.
2. El segundo grado se ubica en el tercero o cuarto semestre, al final del *Grundstudium*. Constituye el curso principal de Historia del Derecho, *Hauptkurs*, y debe dar una idea clara de la existencia, cambio, y función históricos de las más importantes instituciones jurídicas.
3. El tercer grado se sitúa en el quinto semestre. Esta constituido por un seminario o práctica que puedan dar oportunidad a los estudiantes de probar su capacidad para un trabajo de investigación histórico-jurídica. Este tercer grado puede ser voluntariamente ampliado por el alumno mediante el estudio de cursos optativos sobre las diferentes ramas de la Historia del Derecho que establezca la correspondiente Facultad donde curse sus estudios.

A fin de facilitar una comprensión de conjunto sobre el lugar que ocupa la Historia del Derecho en los planes de estudios de las Facultades de Derecho alemanas que siguen el nuevo plan traemos a colación el siguiente cuadro:

### **Programación de la disciplina de Historia del Derecho siguiendo las directrices del nuevo plan de estudios jurídicos**

(Resoluciones de Munich de 1968 y reglamentos subsiguientes), realizado por el profesor Kroeschell, catedrático de la Universidad de Gotinga (2).

#### I. GRUNDSTUDIUM (parte general de la carrera)

1.<sup>er</sup> Semestre: Historia del Derecho I (Grundkurs o curso básico), cuatro horas semanales.

*Contenido:* Fundamentos históricos del Derecho.

- Epocas de la Historia del Derecho desde la Alta Edad Media.
- Fuentes del Derecho
- Ciencia del Derecho

2.<sup>o</sup> Semestre: Ningún curso de Historia del Derecho.

3.<sup>er</sup> Semestre: Ningún curso de Historia del Derecho.

4.<sup>o</sup> Semestre: Historia del Derecho II (Hauptkurs o curso principal), cuatro horas semanales.

*Contenido:* Historia de las instituciones jurídicas seleccionadas.

---

(2) K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte, I*, 1972, págs. 15 y 16.

Cuestiones fundamentales como:

- Legislación
- Derecho señorial
- Libertad de contratación
- La propiedad
- La pena de muerte

## II. VERTIEFUNGSTUDIUM (parte especial de la carrera)

*Pflichtfachstudium* (cursos obligatorios)

5.º Semestre:

Historia del D. III, dos horas semanales

*Contenido:* Seminarios y prácticas.

*Wahlfachstudium* (cursos voluntarios o facultativos)

Lecciones especiales, tres horas semanales.

*Contenido:* Historia del Derecho Penal. Historia de las Instituciones públicas de la Edad Media.

6.º Semestre:

*Römisches Privatrecht*, tres horas semanales.

*Contenido:* Prácticas sobre fuentes.

Seminarios, dos horas semanales.

*Contenido:* Historia del Derecho romano o alemán.

7.º Semestre

Historia primitiva del Derecho germánico alemán (con prácticas sobre las fuentes, tres horas semanales.

Seminario sobre Historia del Derecho romano o alemán, dos horas semanales.

El nuevo plan de estudios jurídicos merece algunas consideraciones críticas:

- 1.ª Ante todo, con el nuevo plan, la Historia del Derecho pasa a ser una asignatura optativa (*Wahlfach*), al igual que otras disciplinas que fueron fundamentales (*Grundlagenfächer*), como la Teoría del Derecho y la Sociología jurídica. Esta decisión de las *Resoluciones de Munich* ha sido un auténtico revulsivo para el mundo de la Historia del Derecho. Un gran número de historiadores del Derecho la ha considerado como una degradación de la Historia del Derecho que no se debe de permitir. La actitud de

estos profesores es dar marcha atrás o reformar las famosas Resoluciones de Munich, de manera que, oficialmente, se la sitúe en una posición académica más acorde con la tradición del país que fue cuna de la Historia del Derecho. Otro grupo de historiadores del Derecho más jóvenes y novedosos en sus posturas, consideran la medida como realista y además acentúan lo que ellos llaman el lado bueno de la misma. Es decir, ahora, en contra de lo que se pudiera pensar a primera vista, es, cuando puede ser trascendente la Historia del Derecho a la hora de valorar la madurez de los alumnos; en efecto, aquellos alumnos que durante la carrera hayan trabajado sobre la Historia del Derecho, porque voluntariamente lo eligieron, tienen el derecho a ser examinados en la Reválida o primer examen de Estado, junto con las disciplinas obligatorias, con profundidad científica, cosa que anteriormente por uso o desuso consecuencia de la decadencia de la disciplina nunca o apenas ocurría. Este segundo grupo de profesores, poco preocupado de la situación académica oficial, pretende especialmente o marca el acento en la elaboración de nuevos planteamientos metodológicos, que por su utilidad hagan más atractiva la disciplina sin necesidad de estímulos o imposiciones académicas.

- 2.<sup>a</sup> El nuevo plan no reconoce las antiguas distribuciones de la disciplina. Las nuevas normas sobre la organización de las Facultades de Derecho admiten con todas las de la ley, no solo definir ex novo el campo de trabajo de la nueva cátedra histórico-jurídica sino también la reconversión de una cátedra del antiguo plan o régimen en otra de las de nuevo cuño. Para los profesores progresistas es una decisión que se acoge con esperanzas en cuanto que supone o abre la oportunidad de un verdadero y nuevo comienzo. Para los profesores conservadores la fusión o desaparición de ramas o secciones existentes, aunque simplemente sea administrativamente, es, innecesaria, inoportuna e inadecuada. Es innecesaria porque, por ejemplo, la división más importante, «romanística»-«germanística», es fruto de una tradición rica en elementos objetivos y metodológicos que muy dudosamente tiene que desaparecer; y por otro lado las subdivisiones de la disciplina dentro de cada sección son también fruto de una incommensurable tradición científica, cuyo resultado han sido manuales y exposiciones de conjunto que les han dado una institucionalidad docente que solo puede sustituirse por otra hoy por hoy inexistente. Una tercera postura que podríamos llamar intermedia es la de aquellos que aun siendo partidarios de la desaparición de los tradicionales compartimentos estancos, que «encadenan la Historia del Derecho en Alemania», son conscientes de la realidad que supone la existencia de esas secciones y ramas con entidad propia a fuerza de una fuerte tradición científica, lógicamente discutida y discutible, pero real. Estos profesores piensan que un simple y llano desconocimiento de esa realidad abocaría fácilmente al fracaso al nuevo plan, sobre todo, por lo que respecta al hecho de que la Historia del Derecho como disciplina científica está o sigue todavía claramente dividida en las muy diferentes corrientes tanto por su objeto como por su método, representadas por la «Germanística» y la «Romanística». Para tratar de salvar esos inconvenientes se ha propuesto como solución más generalizada, una solución transitoria o de compromiso que consiste en concentrar en el

*Pflichtstudium* (cursos obligatorios) aquellos períodos de la Historia del Derecho en los cuales se sitúa el fundamento de la moderna cultura jurídica alemana. La Historia del Derecho que se estudie en el *Pflichtstudium* debería tratar de la Alta Edad Media (origen de los estados territoriales, la aparición del Derecho penal propiamente dicho, los comienzos de la legislación) y, sobre todo, el período que se inicia con el nacimiento de una cultura europea científica en la Escuela de Bolonia. Para el *Wahlstudium* (cursos optativos) quedaría toda la temprana Historia del Derecho y asimismo tanto romanistas como germanistas, en estos cursos deberían dar la oportunidad a los estudiantes interesados de que conozcan sus específicos tareas y métodos, pero con una nueva mentalidad que esté en la línea de la universalidad que pretende el nuevo plan. A esta tercera postura corresponde el cuadro adjunto.

Entre los planteamientos más aislados pero novedosos y radicales en lo que a oposición a la tradición histórico jurídica se refiere se encuentran los de determinadas cátedras de Historia del Derecho de algunas universidades de nueva fundación. El trabajo o tarea de ellas no tiene en consideración la tradición marcada por las escuelas clásicas en lo más mínimo, sino que está determinado o definido en consideración a directrices metodológicas de moda muy concretas y políticamente comprometidas. Así, por ejemplo, en el segundo grado de la formación de juristas de la Facultad de Derecho de Bremen fue convocada una cátedra de Historia del Derecho que lleva el nombre de «Cátedra de Historia de la génesis social y de la función social del Derecho». ¿Quiénes ocupan estas contadas cátedras? El profesor Troje, de la Universidad de Frankfurt, en un apasionado artículo publicado en la revista *Recht und Politik* (órgano de publicidad de los juristas socialdemócratas), bajo el sugestivo título «Historia del Derecho»: ¿Qué podemos hacer?», en el número 1 del año 1974, decía al efecto: «Estas hasta ahora contadas cátedras están ocupadas por universitarios, los cuales aun con honda raigambre en la antigua tradición de las escuelas clásicas romanistas y germanistas, o bien nunca fueron deformados por ellas, o bien escaparon a tiempo de ellas y, sobre todo, oportunamente se cultivaron y formaron en la teoría materialista de la Historia y del Derecho. Pero por desgracia —continúa diciendo Troje—, apenas han tenido hasta ahora influencia sobre la representación oficial del historiador del Derecho alemán; y es que el conflicto está todavía en sus comienzos.»

## BIBLIOGRAFIA

*Materialen zur Studienreform, en Juristenzeitung (JZ), 1968.*

THIEME, H.: *Zum Studium der Rechtsgeschichte im Rahmen der juristischen Ausbildung*, JZ, 1968, págs. 26-28.

KROESCHELL, K.: *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, JZ, 1968, págs. 20-26; *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 1972.

COING, H.: *Zum römischen Recht und zur neuen Privatrechtsgeschichte*, 1974.

MERCHAN, A.: *La Historia del Derecho en Alemanina*, en AHDE, 1975, págs. 641-686.

## **DERECHO NATURAL**



## CONCEPTO Y FUNCION ACTUALES DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO Y DEL DERECHO NATURAL \*

*Eliás Díaz*

*Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo*

### I

En el conocimiento teórico, y unido a él, en el trabajo práctico con el Derecho —entendido éste como «sistema normativo dotado de una coacción organizada e institucionalizada» (en mi opinión así se diferencia de la ética)— creo que es útil diferenciar, al menos, tres fundamentales perspectivas:

- a) la que en rigor corresponde a la Ciencia del Derecho en sentido estricto;
- b) la que, en conexión con la anterior, debe hoy atribuirse a la Sociología del Derecho;
- c) la que —más allá de ese nivel científico— puede, creo, seguir calificándose como perspectiva filosófico-jurídica.

Como fondo de todo ello, y de otros posibles válidos tratamientos sobre el Derecho, habrá siempre que referirse, a su vez, a *d)* la dimensión histórica —cuarta dimensión— en que se forman realmente esas tres mencionadas perspectivas: es decir, evolución y cambio en el tiempo de las normas jurídicas, constatación de las diferentes implicaciones sociales de los sucesivos sistemas jurídicos y, finalmente, consideración de las plurales concepciones históricas sobre el Derecho y sobre la justicia. Advertimos que la Historia del Derecho y del pensamiento jurídico se configura así no sólo como elemento relativizador de dichas perspectivas, sino también —asumida plenamente esa esencial dimensión de historicidad— como saber que permite un planteamiento no anacrónico del tema jurídico, sino, por el contrario, un planteamiento a nivel de las exigencias y significados del Derecho en la sociedad actual.

Es necesario señalar desde el principio que esta pluralidad de perspectivas (científico-normativa, sociológica y filosófica) no supone ni al propio tiempo debe

---

\* El presente texto sirvió de base a las dos conferencias dictadas por el autor en la Universidad de la Rábida; los apartados I y II fueron objeto de la primera conferencia y el tercero se anuló, con algunos desarrollos complementarios con la segunda. Se publica simultáneamente en este volumen y en los «Anales de la Cátedra» Francisco Suárez», n.º 15. año 1975, allí bajo el título de «Legitimidad crítica y pluralismo ideológico».

conducir a una ruptura y un fraccionamiento de la realidad total que constituye el Derecho. La diferenciación de planos no es sino una exigencia metodológica y pedagógica, producto —para la consecución quizá de un mayor rigor, claridad y operatividad— de una conveniente división del trabajo. Pero en modo alguno debe ser entendida ni utilizada dicha diferenciación para imposibilitar o dificultar la unidad de una concepción totalizadora y crítica del fenómeno jurídico. Al contrario, afirmada esa división, lo que debe prevalecer es la dimensión unitaria.

Tampoco debiera, a su vez, olvidarse que, como se subraya en el arranque mismo de estas páginas, todo el trabajo teórico, y crítico, de conocimiento del Derecho (análisis normativo, confrontación social y fundamentación ética) está orientado, en definitiva, a la función práctica de su aplicación y realización efectiva en un determinado contexto social. Ello quiere decir que el trabajo de todos los tratamientos científicos o filosóficos sobre el Derecho debe siempre mirar hacia las connotaciones, implicaciones y consecuencias que aquéllos puedan producir en el campo teórico-práctico de la estricta Ciencia del Derecho, es decir, en el de los legisladores y, finalmente, en el de los mismos ciudadanos.

Ciencia del Derecho, Sociología del Derecho, Filosofía del Derecho (más sus respectivos trasfondos históricos) deben considerarse siempre en dinámica intercomunicación, orientándose sus investigaciones en apoyo e ese trabajo teórico-práctico de los juristas (de los jueces muy en especial) y de los legisladores, es decir, en apoyo de una más correcta y eficaz, también más justa, realización del Derecho en la sociedad.

Esta última referencia a la justicia no debe en modo alguno implicar una confusión de planos entre el Derecho que es y el «Derecho» (ética) que debe ser. Al contrario, aquí se parte de la necesidad de diferenciar claramente entre Derecho y Ética. Lo único que significa aquella referencia es que todo Derecho —en cuanto «sistema normativo dotado de una coacción formalizada y postivizada»— intenta, es cierto, organizar la sociedad según una cierta concepción de la justicia. Es decir, que todo Derecho es expresión de una determinada idea de justicia y que toda idea de justicia intenta expresarse a través de un determinado Derecho. O en otro lenguaje: que todo sistema de legalidad (Derecho) es expresión de un determinado sistema de legitimidad (justicia) y que, a su vez, todo sistema de legitimidad intenta expresarse a través de un determinado sistema de legalidad.

La Ciencia del Derecho es quien específicamente estudia y trabaja con el sistema de legalidad. Lo que sobre todo le interesa al científico del Derecho en sentido estricto es el Derecho válido o vigente, es decir, las normas promulgadas y no derogadas. Para el jurista, el dato y elemento base son las normas: el sistema normativo delimita y enmarca así la zona, amplia y flexible, de su trabajo. Pero en su más dilatada caracterización la Ciencia del Derecho comprendería no solamente esa primera función propia de la Dogmática jurídica en sentido estricto, sino que abarcaría también —y siempre sobre la base del análisis de las normas— los niveles del Derecho comparado (interrelación de sistemas normativos) y de una propia y rigurosa Teoría general del Derecho, entendida ésta como construcción última de carácter científico-jurídico.

Ahora bien —como inevitablemente se recuerda siempre al hablar del Derecho—, las normas constituyen realidades humanas, productos sociales que surgen en una colectividad para la protección de ciertos fines, valores o intereses reales y concretos; no son entidades metafísicas o simples proposiciones forma-



les; existen las normas para ser aplicadas y realizadas en una determinada sociedad, con resultados y consecuencias también de carácter perfectamente real. La verdad es que los juristas son más conscientes que nadie de este hecho, vivido intensamente por ellos en su trabajo diario y que ha dado lugar en la misma Ciencia del Derecho a actitudes superadoras de las posiciones metodológicas de carácter estrechamente formalista.

Con todo, y sin olvidar nunca esa preocupación esencial de los juristas y de la Ciencia jurídica por las implicaciones sociales del Derecho, no parece inconveniente diferenciar, junto a aquélla, otra ciencia (la Sociología del Derecho) que investigue más específicamente y con metodología sociológica, es decir, de manera más rigurosa y sistemática, el problema del Derecho como hecho social, el problema de la eficacia social del Derecho o, más exactamente y en un primer nivel, el problema de las interconexiones entre Derecho y sociedad (substrato social del Derecho y consecuencias fácticas de una determinada normatividad). La Sociología del Derecho nos informaría, por tanto —y entre otras cosas— sobre si el Derecho válido (vigente) es o no eficaz, socialmente aplicado y vivido, constataando, pues, con todo rigor (incluso matemático) el nivel y graduación de esa vivencia y eficacia de las normas.

Pero junto a la vigencia y la eficacia (Ciencia y Sociología jurídicas), es evidente que el Derecho se interesa también ¡y mucho!, por su justificación: en este sentido, todo Derecho intenta, en efecto, presentarse como justo, al menos como el más justo posible en un momento dado. Así pretende justificar su vigencia, el hecho de su promulgación, y así se considera justificado para exigir eficaz obediencia. A la Filosofía del Derecho será en principio a quien se atribuya la difícil tarea de pronunciarse sobre si un Derecho, aparte de ser válido o eficaz, es o no a la vez Derecho justo o injusto.

Este juicio sobre la justicia o injusticia de un concreto Derecho o sistema de legalidad se llevará siempre a cabo, puede decirse, desde una determinada concepción del mundo, desde un determinado sistema de valores o sistema de legitimidad (otros preferirán decir —la expresión no es, por supuesto, intercambiable— que dicho enjuiciamiento del Derecho positivo se hace precisamente desde el llamado Derecho natural).

Ahora bien, un sistema de legitimidad, un sistema de valores, puede expresarse, puede hacerse presente, a través de muy diferentes procedimientos. Y entre ellos, principalmente, los siguientes: o bien a través de un Derecho positivo, cuando ha logrado encontrar los medios (la fuerza) para institucionalizarse coactivamente; o bien a través de las vivencias —o aspiraciones— de una determinada sociedad, es decir, de los diferentes sectores o clases de ella; o bien, finalmente y como mínimo, pero indispensable e insustituible, a través de un nivel crítico individual. Cabría diferenciar, de acuerdo con ello, entre una legitimidad legalizada, una legitimidad socialmente eficaz y una legitimidad crítica.

En este nivel de los juicios de valor, la Ciencia del Derecho contribuye a hacer explícito y patente el sistema de legitimidad que orienta una determinada legalidad, aquélla con la que dicha ciencia trabaja: la legitimidad legalizada es, pues, el sistema de valores que ha logrado encarnarse en un determinado Derecho positivo. La Sociología jurídica constata, por su parte, el sistemas de valores aceptados por una determinada sociedad, o por unos u otros sectores o clases de ella, con independencia de que estén o no recogidos por el Derecho positivo: la Socio-

logía del Derecho constata, pues, a este nivel, cuál es la legitimidad eficaz, que puede o no coincidir con la legitimidad legalizada.

Al igual que en el plano de la legalidad, la Filosofía del Derecho realiza un juicio crítico sobre el Derecho válido y el Derecho eficaz (intentando establecer cuál sería *hic et nunc* el Derecho justo, es decir, el Derecho considerado, por alguien, justo), paralelamente, en el plano de la legitimidad, la Filosofía del Derecho realiza asimismo un juicio crítico sobre la legitimidad legalizada y la legitimidad eficaz, crítica ejercida desde una plataforma personal que podremos denominar precisamente como legitimidad crítica o legitimidad justa, es decir, considerada justa al menos por un sujeto individual.

Cabría, pues, resumir del siguiente modo lo dicho hasta aquí, diferenciando los tres siguientes niveles:

- 1.º La *Ciencia del Derecho* tiene como zona central de trabajo el *Derecho válido*. Análisis e interpretación del sistema normativo vigente y, en otro plano, descripción y explicitación del sistema de legitimidad incorporado en ese sistema de legalidad: es decir, primer nivel de la legitimidad, la *legitimidad legalizada*.
- 2.º La *Sociología del Derecho* tiene como zona central de trabajo el *Derecho eficaz*. Investigación sobre la eficacia social del Derecho, y en otro plano, constatación del sistema o sistemas de legitimidad creados o aceptados por una colectividad: es decir, segundo nivel de la legitimidad, la *legitimidad eficaz*.
- 3.º La *Filosofía del Derecho* tiene como zona central de trabajo el *Derecho justo*. Determinación de criterios de justificación del Derecho, y crítica tanto del Derecho válido y del Derecho eficaz como de la legitimidad legalizada y de la legitimidad eficaz, crítica llevada a cabo desde el tercer y más radical nivel de la legitimidad: la *legitimidad justa o crítica*.

	Ciencia del Derecho	Sociología del Derecho	Filosofía del Derecho
Legalidad	Derecho válido	Derecho eficaz	Derecho justo
Legitimidad	Legitimidad legalizada	Legitimidad eficaz	Legitimidad crítica

No se entiende plenamente el mundo jurídico si el sistema normativo se desconecta del sistema de legalidad que lo inspira (Ciencia del Derecho); o si se aísla y separa de la realidad social en la que aquél nace y a la cual se aplica, o del sistema o sistemas de valores imperantes en dicha sociedad (Sociología del Derecho); pero para una comprensión de fondo del Derecho, y para su transformación, no cabe tampoco prescindir de la perspectiva crítica que proporciona el nivel del Derecho justo, o sea de la legitimidad crítica. Una concepción totalizadora de la realidad jurídica exige, pues, la complementariedad, o mejor la reciprocidad y mutua interdependencia e interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que, como venimos diciendo, cabe diferenciar al tratar del Derecho: la perspectiva científica-normativa, la sociológica y, finalmente, la denominada perspectiva filosófica.

## II

De acuerdo con las anteriores observaciones, la Filosofía del Derecho se constituye, por tanto, como una teoría crítica del Derecho y una teoría crítica de la justicia: una teoría crítica de los sistemas de legalidad y una teoría crítica de los sistemas de legitimidad.

A esos dos temas que, sin entrar ahora en más cuestiones de fondo, podrían ser también denominados como Ontología jurídica y Axiología jurídica, bien cabría añadir un tercero entendido como Teoría de la Ciencia jurídica, es decir, reflexión crítica sobre los métodos y procedimientos por ella utilizados. En mi opinión es, pues, esa fundamental tarea crítica la que, en esos tres niveles, precisamente configura y define el «sentido y función de la Filosofía del Derecho en la actualidad».

Puede decirse que, en una u otra forma, con una u otra terminología, estas tres zonas de cuestiones son las que hoy parecen proponerse, con mayor grado de convergencia y aceptación, como contenido de la Filosofía jurídica actual (cfr., por ejemplo, en este sentido la tan difundida actitud del profesor Norberto Bobbio). Por supuesto que las diferentes terminologías encierran también diferencias de interpretación: aquí designaremos convencionalmente a esos temas generales con los rótulos de Ontología jurídica, Teoría de la Ciencia jurídica y Axiología jurídica.

Veamos brevemente algunos puntos principales sobre el contenido de cada uno de ellos:

- a) *Ontología jurídica*: estudio del «ser del Derecho», comprensión totalizadora del sentido del Derecho en el mundo, en la realidad humana y social; así, pues, «concepción trascendental crítica» de los datos jurídicos de carácter positivo (Derecho válido) y empírico (Derecho eficaz), es decir, de los resultados de la Ciencia y la Sociología del Derecho. Convierte en problema el dogma que es, para el jurista, la norma positiva, y a su vez, somete a revisión racional crítica el hecho social expresado a través del Derecho eficaz, en cuanto ni una ni otra perspectiva agotan la realidad total del Derecho. La expresión, de alcance filosófico, «Ontología jurídica» parece, pues, más concorde con ese contenido que la de «Teoría (general o fundamental) del Derecho», situada preferentemente en una órbita estrictamente científica.

La Ontología jurídica es, así, consideración crítica —ejercida desde una perspectiva de totalización— de las concepciones del mundo formuladas en relación con el Derecho, consideración y confrontación racional de las diferentes concepciones jurídicas, de los diversos modos de ver y entender el Derecho como fenómeno situado en esa total realidad humana y social. Se apoya, y debe apoyarse cada vez más, en la Ciencia jurídica, la Sociología, la Historia del Derecho, etc., aunque trascendiendo esas perspectivas estrictamente científicas. Con la Filosofía se penetra en el campo más inseguro e incierto, pero —parece— igualmente necesario, de lo no rigurosamente verificable de modo empírico (o, al menos, de lo no empíricamente falseable).

- b) *Teoría de la Ciencia jurídica*: reflexión crítica sobre la Ciencia del Derecho y sobre la actividad científica propia de los juristas; estudio de la metodología y de los procedimientos lógicos utilizados en la argumentación jurídica

y en el trabajo de aplicación y realización del Derecho. Desde ahí, determinación de los elementos y componentes específicos de la Ciencia jurídica, planteamiento radical de su mismo carácter científico (puesto, con frecuencia, en tela de juicio y negado en ocasiones), análisis comparativo con las demás ciencias sociales y situación de aquélla en el panorama general de los conocimientos científicos actuales, constituyéndose también, en este sentido, como epistemología jurídica y teoría crítica del conocimiento sobre el Derecho.

Es, de los tres, el tema que, obviamente, se encuentra en más íntima conexión con la Ciencia jurídica, siendo ésta su materia de reflexión y objeto de análisis. Cobra, no obstante, una dimensión que puede calificarse de filosófica, en cuanto auto-reflexión crítica sobre su propia científicidad, e intento de totalización y síntesis con las demás ciencias, partiendo de sus interrelaciones básicas con las ciencias humanas y sociales.

- c) *Axiología jurídica*: enjuiciamiento crítico del Derecho positivo desde un determinado sistema de valores; pero también confrontación racional y análisis crítico de los diferentes posibles sistemas de valores que, de modo sucesivo (diacrónico) y simultáneo (sincrónico), tratan de presentarse como legítimos o justos. La Axiología jurídica habla no de *qué es el Derecho* (Ontología jurídica) ni de *cómo es de hecho* aquí y ahora (Ciencia jurídica), sino de *cómo debe ser*; no se refiere, pues, al ser, sino al deber ser. Y aparece en ese sentido como una parte de la Ética: Ética jurídica o análisis crítico de los valores jurídicos, teoría de la justicia principalmente, pero incluyendo también a los demás valores: libertad, paz, igualdad, etc.

La Axiología constituye, puede decirse, el tema central de la Filosofía del Derecho, la piedra de toque de su legitimidad, e incluso de su utilidad. Se define así con frecuencia a la Filosofía del Derecho (contrapuesta a la ciencia que habla de *cómo son* las cosas, *cómo es el Derecho*) entendiéndola exclusivamente a modo de enjuiciamiento sobre *cómo debe ser* el Derecho. Y con ello se atiende, en efecto, a la función central de la Filosofía jurídica (valoración crítica de lo positivo); pero deberá, no obstante, completarse el contenido de aquélla —desde esa perspectiva de totalización— conexionando las valoraciones (Axiología) a las creencias o concepciones de lo que las cosas son (Ontología) —creencias y concepciones que están en la base de los juicios de valor, que se dan casi en identidad real— y reflexionando, a su vez, sobre el carácter mismo de la actividad científica (Teoría de la Ciencia), en cuanto precedente necesario de la especulación filosófica.

La conexión valoraciones-creencias y la compleja interrelación de ambas con la entera realidad social constituye, sin duda, el problema de fondo, del cual deriva una serie de importantes interrogantes: ¿De dónde provienen, en el fondo, creencias y valoraciones? ¿Existe base para un tratamiento racional en ese campo? Es decir, ¿posee hoy la filosofía suficiente legitimidad, se justifica su existencia? ¿En qué forma y con qué limitaciones? Y, a su vez, ¿qué hacer ante el hecho de la pluralidad de concepciones del mundo y de sistemas de valores? ¿Cómo lograr una objetividad para el conocimiento y una racionalidad para la praxis humana?

De estas y otras cuestiones con ellas íntimamente relacionadas tendría hoy que ocuparse la Filosofía del Derecho; pero también la Ciencia y la Sociología del Derecho tienen algo que decir en este campo.

Recordemos que, por de pronto, la ciencia jurídica informa sobre los valores incorporados en el Derecho positivo, valores desde los cuales éste intenta justificarse (legitimidad legalizada). Y la sociología jurídica, por su parte, constata los valores aceptados y vividos, de forma más o menos mayoritaria, por un determinado grupo social, o por cada una de sus clases sociales (legitimidad eficaz, moralidad positiva de Hart).

Pueden coincidir, en mayor o menor grado, ambas legitimidades, pero en caso —frecuente— de conflicto, más o menos agudo, habría quizá base racional para formular la siguiente regla decisoria: la legitimidad legalizada, incorporada al Derecho positivo, debe tender a coincidir con la legitimidad eficaz, socialmente aceptada. Es decir, los valores que se incorporen y realicen a través del Derecho positivo deben ser, en principio (y en final), los valores mayoritariamente aceptados con libertad por el grupo social de que se trate —pudiendo muy bien recaer dicha aceptación (advirtámoslo expresamente) sobre la necesidad de un suficiente respeto a los valores de las minorías, y el reconocimiento de una libre crítica individual ejercida sobre la opinión de las mayorías.

A pesar de las posibles objeciones a este criterio (base de la democracia política) no hay, parece, razones de más peso para preferir otro. Creo que también el escrupuloso Gran Preferidor Racional creado por Muguerza lo aceptaría. Se trata, por supuesto, de un criterio intermedio de valoración, pero su importancia es decisiva y fundamental como criterio operativo en los terrenos político-social y jurídico. Si la opinión de la mayoría no se tiene en cuenta a este respecto, ¿qué opinión habría de prevalecer?, ¿la de una persona individual, la de un pequeño grupo, y ello de modo incondicional?

Puede, sin embargo, decirse que en una perspectiva de «últimidad filosófica» el criterio de la opinión de las mayorías (legitimidad eficaz) puede no constituir por sí mismo el criterio final de valoración de una realidad empírica (sea ésta el Derecho positivo, el Derecho eficaz o la legitimidad legalizada): es decir, no constituye, pues, necesariamente el criterio último de verdad, si se quiere utilizar esta terminología más tradicional. O, lo que es lo mismo, puede no constituir un suficiente y definitivo criterio de justicia. Las mayorías pueden estar equivocadas (las minorías también, por supuesto), pueden haber sido engañadas, manipuladas o instrumentalizadas —al «igual» que las minorías— a través de mil medios: piénsese, por ejemplo, en decisiones mayoritarias de carácter claramente regresivo dirigidas incluso contra las propias mayorías decisorias (forma extrema quizá de la enajenación humana).

Es absolutamente necesario, en este sentido, que la crítica a la opinión de las mayorías (aun siendo ésta política y jurídicamente decisoria) esté abierta, resultando real y efectivamente posible su ejercicio: que la legitimidad crítica enjuicie y valore constantemente la legitimidad empírica, socialmente eficaz (moralidad crítica *versus* moralidad positiva, en la terminología de Hart), aunque teniendo siempre muy en cuenta a ésta, contrastando continuamente con ella; la legitimidad eficaz, positiva, es resultado complejo de las interrelaciones, con frecuencia conflictivas, entre las diversas legitimidades críticas (y las múltiples valoraciones acrílicas); aun para disentir, la legitimidad crítica deberá, a su vez, tener siempre

muy en cuenta la legitimidad socialmente eficaz: así la discrepancia y la crítica serán más realistas y operativas.

Pero, ¿cómo reconocer esa legitimidad crítica? ¿Desde dónde se hace la crítica a la opinión de las mayorías (o de las minorías), es decir, a la legitimidad empírica? Se dirá, y con razón, que desde el sistema de valores (Axiología) que deriva de la concepción del mundo (Ontología) de cada cual. Con ello estamos ya en el reconocimiento de una pluralidad de concepciones del mundo y de sistemas de legitimidad (sistemas de creencias y sistemas de valores), pluralidad de concepciones sobre la justicia, que constituye, en efecto, el supuesto fáctico elemental y, a la vez, el problema fundamental con que debe trabajar la filosofía jurídica, y, en general, la filosofía social y política de nuestro tiempo.

La solución, en la medida en que cabe solución —es decir, de forma gradual, progresiva, histórica—, no puede, no debe estar por un lado en la supresión o prohibición forzada del pluralismo, imponiendo dogmáticamente un único y exclusivo sistema de valores que sólo lograría así una artificial y aparente uniformidad. Un mundo realmente fraccionado —salvo que se quiera enmascarar y ocultar la realidad— debe aparecer y ser reconocido como tal mundo fraccionado. Es cierto, sin embargo, que la filosofía metafísica ha cumplido a veces esa función ideológica consistente en ocultar el fraccionamiento real del mundo tras una ficticia uniformidad ideológica (a nivel de valores y creencias).

Pero reconocido y hecho patente el fraccionamiento, otra cosa muy diferente, perfecta y absolutamente legítima, es intentar la real superación del mismo. Y, en efecto, puede decirse que las concepciones progresivas de la historia han tendido siempre, con mayor o menor grado de coherencia y acierto, a la superación de ese fraccionamiento real del mundo (superación del egoísmo humano, de las tendencias antisociales del hombre, de la explotación, de la lucha de clases, de razas o pueblos). Quiere esto decir, entre otras cosas, que la solución a nuestro problema filosófico-jurídico (en interconexión con esa base real) no podrá estar tampoco, por otro lado, en la conservación sin más, invariable y estática, de todo el pluralismo actual, que no siempre es expresión de una igualdad y libertad crítica de los hombres —pluralismo que siempre habrá que respetar y potenciar—, sino que, en muchos supuestos, aparece todavía como manifestación de esa desigualdad y de ese fraccionamiento real del mundo.

Adviértase que poner de relieve estos condicionamientos significa iniciar la crítica a esa actitud radicalmente escéptica y relativista que insiste en la imposibilidad de cualquier tipo de confrontación racional entre los diferentes sistemas de valores y concepciones del mundo, y que sitúa, en consecuencia, a todos ellos en un mismo y absoluto plano de igualdad por lo que a la justicia de sus normas y principios se refiere. Por supuesto que la libertad, la tolerancia y el respeto a esos plurales sistemas de legitimidad (libertad jurídicamente institucionalizada y efectivamente cumplida) no excluye las críticas recíprocas entre ellos —al contrario, las exige— ni, en modo alguno, significa actitud negativa ante la posibilidad de una verdad o de una justicia objetivas; pero piensa aquí que esta objetividad será más auténtica, más racional y más real después de haber pasado por la libre crítica ejercida desde concepciones entre sí divergentes.

La objetividad, entendida no como algo indiscutible, cerrado y concluso en un momento cualquiera del tiempo, sino como proceso siempre abierto y en constante perfeccionamiento, noción que supone así el descubrimiento progresivo de

nuevas facetas y perspectivas, será, pues, resultado de los propios esfuerzos por comprender correctamente la realidad (a través de la ciencia y también a través de la filosofía) e, inseparable y convergentemente, será también resultado de la confrontación crítica entre los diferentes sistemas de valores y concepciones del mundo.

La metodología de esta investigación, que puede considerarse como la investigación central de la Filosofía jurídica —determinación, a partir de esos presupuestos, de la legitimidad crítica que pueda considerarse objetivamente justa—, habría quizás de desarrollarse con arreglo al siguiente esquema general de trabajo:

Antes de nada y con carácter previo fundamental (tras lo dicho hasta aquí en los apartados I y II) habría que llevar a cabo una indagación histórica sobre las diferentes concepciones del mundo y los principales sistemas de valoraciones manifestados en el tiempo, analizados en sus connotaciones sociológicas —factores reales situados en su base— y referidos siempre a sus repercusiones fundamentales en el campo del pensamiento social, político y jurídico.

Tendríamos así una Filosofía del Derecho que resulta construida desde un *double tipo de presupuestos*: unos de carácter *metodológico*, base para una *crítica teórica* como la resumida en dichos apartados I y II; y otros de carácter *genético*, base para una *crítica histórica* como la auspiciada en el párrafo anterior.

Desde la altura histórica y el nivel teórico-metodológico proporcionado por ambas perspectivas introductorias habrá ya una posibilidad de pasar abiertamente a una detallada *exposición y a un análisis crítico del pluralismo ideológico propio de nuestro tiempo*, análisis llevado a cabo a través, básicamente, de la *confrontación de las concepciones del mundo y de los sistemas de valores* dotados de una más amplia vigencia y eficacia en el mundo actual. Todo ello, como decimos, orientado a la *construcción de una legitimidad crítica*, a la *formulación de un criterio de justicia* que resulte lo más objetivo posible.

Con respecto a este tema fundamental —en el cual la Filosofía del Derecho habrá de trabajar en íntimo y especial contacto con la Filosofía social y con la Filosofía política—, lo único que aquí pretendemos es la enunciación de una serie de criterios metodológicos que, a modo de proposiciones iniciales básicas, puedan servir eventualmente como hipótesis de trabajo y puntos centrales de discusión (mostrando a la vez, en forma abreviada, el cuadro de valores que, en mi opinión, cabe considerar como más susceptibles de justificación objetiva):

Resaltemos algunos de dichos criterios metodológicos:

1. El *pluralismo ideológico* es —cabe decir— una constante histórica, pero es también al mismo tiempo, y sobre todo, una *conquista histórica*. En todo tiempo han existido divergencias, pero por lo general difícilmente toleradas (o no toleradas en modo alguno) desde las ortodoxias, más o menos dogmáticas, detentadoras del poder. Sin que el dogmatismo haya desaparecido, ni mucho menos, de nuestro mundo, parece que, a pesar de todo, *la tolerancia y la libertad* han hecho progresos y estamos empezando a educarnos en la *aceptación de una pacífica convivencia plural*.
2. Es necesario llevar a cabo un análisis sociológico del pluralismo ideológico, al objeto de mostrar las connotaciones socio-económicas de los diferentes sistemas de valores. Desde ahí será posible ejercer una crítica del pluralismo basado realmente en una estructura social que mantiene o hace

mayor la desigualdad humana; es decir, una crítica del pluralismo que no es sino reflejo ideológico de la acentuación de la desigualdad socio-económica entre los hombres. Con esta crítica ideológica se contribuirá también a la *progresiva superación de la desigualdad real* (aunque, por supuesto, que lo decisivo será la «praxis» situada en ese mismo nivel de la realidad en que se muestra la desigualdad).

3. *Las divergencias filosóficas (concepciones del mundo y juicios de valor) no son, en mi opinión, simples emanaciones mecánicas de las divergencias socio-económicas: la superestructura posee su propia autonomía; el pluralismo ideológico no es sólo un reflejo del «pluralismo» socio-económico. Y (en un plano más general) el pluralismo crítico, intelectual y ético, no es, cabe decir, mero reflejo de la estructura clasista de una sociedad. Quiere esto decir que habrá de propugnarse el pluralismo, y la libertad crítica, «incluso» en situaciones donde, por unas y otras vías, se esté realmente en trance de superar, o al menos de disminuir, la desigualdad entre los hombres y entre las clases. Supuesto esto, es también cierto que relaciones socio-económicas más igualitarias tenderán a hacer menos profundas y dramáticas las divergencias ideológicas.*
4. Aun aceptando hipotética y provisionalmente la tesis según la cual el pluralismo ideológico no es sino un mero producto y reflejo de la sociedad clasista, habría que hacer, no obstante, con respecto a ella, algunas breves observaciones: en primer lugar, que, a pesar de todo, *parece debe estimarse preferible el actual pluralismo ideológico, incluso si se concibe basado en una desigualdad real, en lugar del anterior (y en parte subsistente) monolitismo ideológico* basado también, por otra parte, en una mucho mayor desigualdad real. El pluralismo ideológico al menos no enmascararía esa desigualdad, en cambio los monolitismos han cumplido siempre en la historia, y a través de sus residuos siguen cumpliendo en la actualidad, precisamente esa función de ocultar la realidad de un mundo roto y fraccionado tras la apariencia de una ficticia uniformidad y de un perfecto orden y armonía entre los hombres. En segundo lugar, habría que señalar que será, en todo caso, la realidad misma y la ciencia, la sociología de modo fundamental, quien podrá ir dando indicaciones válidas sobre el pluralismo que todavía se considera necesario mantener, e incluso perfeccionar y hacer progresar, *reservando siempre la decisión última en este terreno a la conciencia crítica y libre de los hombres*. Puede, de todas formas, decirse que lo coherente en esa metodología mecanicista sería suprimir primero la desigualdad real, no el pluralismo ideológico que «deberá» subsistir mientras aquélla no desaparezca.
5. La concepción de la filosofía jurídica que aquí se está propugnando, acepta —como es obvio en la actual sociología del conocimiento— lo ineludible del condicionamiento real de los productos mentales, pero afirma al propio tiempo la *posibilidad de una autonomía última de la decisión ética del hombre. Exige en consecuencia, la no supresión ideológica del pluralismo ideológico*. Mientras no se pueda probar científicamente lo contrario, hay base suficiente para pensar que la supresión ideológica del pluralismo supone y comporta la negación de la libertad humana, la negación de la voluntad libre y la negación de la razón crítica del hombre.



6. Pero la *búsqueda de la objetividad* dentro de ese esquema pluralista de concepciones del mundo y de sistemas de valores, la búsqueda de una progresiva objetividad, nunca definitivamente alcanzada, constituye la aspiración legítima y la exigencia central de todo este proceso de investigación. En efecto, las diferentes ideologías no se sitúan todas en un mismo plano de igualdad con respecto de la verdad, es decir, por de pronto, con respecto de la realidad, de la ciencia y de la lógica. Será así necesaria la confrontación crítica de cada una de esas concepciones del mundo (y de los sistemas de valores de ellas derivados) con esas dos instancias significativas, de la lógica, por un lado (mostrando sus diferentes grados de coherencia e incoherencia), y de las ciencias naturales y sociales, por otro (mostrando sus concordancias y discordancias con la realidad empírica en aquéllas verificada), con la sociología de modo muy especial (mostrando causas y efectos reales de dichas ideologías, lo cual me parece de primerísima importancia).

¿Qué hacer, después de todo lo anterior, con los elementos no «controlables» científicamente? Será, a mi entender, necesaria una *constante autocrítica en el interior de cada sistema* y un no menos *constante y libre diálogo entre las diferentes concepciones e ideologías*. Todo ello en confrontación racional, siempre inconclusa y abierta, con esos valores (derechos humanos, o exigencias éticas) de *libertad, paz, igualdad, etc.*, derivados, como otros, del valor central que (a pesar de su carga retórica y sus diferentes interpretaciones) es, puede decirse, la *dignidad de la persona humana* (Ernst Bloch), la *dignidad (liberación-realización) de todos los hombres*.

Aunque comprendo que no están dadas aquí —no era ese el propósito de estas páginas— las pertinentes razones en apoyo de tal creencia, en mi opinión dichos valores poseen hoy un suficiente nivel de objetividad histórica y de justificación teórica, apto para impulsar desde ahí una praxis tendente precisamente a su progresiva institucionalización jurídica y a su efectiva realización en el mundo actual.

A propósito de todo ello quisiera hacer observar —para terminar— que el *pluralismo crítico* y el *humanismo real* aquí propuestos como valores centrales de una filosofía jurídica de nuestro tiempo, implican, creo, la coherente exigencia de que, en el decisivo nivel, más inmediato, de la determinación de los criterios jurídico-políticos creadores y transformadores de la legalidad, prevalezca el criterio de la *opinión de las mayorías* (opinión lo más consciente y libre que resulte posible) como *criterio democrático* y más concorde con los principios y postulados de una verdadera *soberanía popular*.

## BIBLIOGRAFIA

Con simples efectos informativos, no con pretensión de apoyar lo escrito en estas páginas, se incluye aquí esta bibliografía. Recoge únicamente obras de carácter general aparecidas (versión original o traducción castellana) en los años setenta y que no habían sido tenidas en cuenta en la reseña bibliográfica que figura (páginas 415 a 430) en la segunda edición de mi libro *Sociología y Filosofía del Derecho*, publicada por Ed. Taurus, en Madrid, a principios de 1974. Son pues, sobre todo, libros (y algunas nuevas revistas) de los años 1973, 1974 y 1975.

- BARCELLONA, PIETRO (Ed.): *L'uso alternativo del diritto*. Vol. I: *Scienza giuridica e analisi marxista*. Vol. II: *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, Laterza, 1973.
- BARRY, DONALD D. (y otros autores): *Contemporary soviet law (Essays in honor of John N. Hazard)*, 1974.
- CAPELLETTI, MAURO: *L'éducazione del giurista e la riforma dell'Università*, Milano, Giuffré, 1974.
- CAPPELETTI, MAURO: *Giustizia e società*, 1974.
- CARRIÓ, GENARO R.: *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973.
- CASAMAYOR (Pseud.): *La justice pour tous*, Paris, Flammarion, 1969 (Trad. cast. y prólogo por Luis Antonio Burón Barba, Barcelona, Ed. Vicens-Vives, 1974).
- CASTIGNONE, SILVANA: *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1974.
- CORRADINE, DOMENICO: *Croce e la ragione giuridica borghese*, Bari, De Donato, 1974. *Storicismo e politicá del diritto*, Bari, Laterza, 1974.
- COSTA, P.: *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Vol. I: *Da Hobbes a Bentham*, 1974.
- CHAMBLISS, WILLIAM J., y SEIDMAN, ROBERT (Eds.): *Law, Order and Power*, Reading, Mass., Addison-Wesley Publishing, 1971.
- CHOURAQUI, ALAIN: *L'informatique au service du droit*, París, Presses Universitaires de France, 1974.
- ECKHOFF, TORSTEIN: *Justice. Its Determinants in Social Interaction*, Rotterdam University Press, 1974.
- EDELMAN, BERNARD: *Le droit saisi par la photographie (Elements pour une theorie marxiste du droit)*, Paris, Masperó, 1973.
- ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO: *Tratado de Filosofía del Derecho* (tomo I), Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- FASSÓ, GUIDO: *Società, legge e ragione*, 1974.
- FINA, S.: *Diritto e società*, 1974.
- FINCH, JOHN: *Introduction to legal Theory*, 1974.
- FREEMAN, M. D. A.: *The legal Structure*, Londres, Longman, 1974.
- FROSINI, VITTORIO: *La struttura del diritto*, Milano, Giuffré, p. 62; 4.<sup>a</sup> ed., 1973. (Trad. cast. y estudio preliminar de Antonio Enrique Pérez Luño, con la colaboración en la traducción de M.<sup>a</sup> J. Magaldi, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1974.)
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1974.
- GIOJA, AMBROSIO LUCAS: *Ideas para una filosofía del Derecho* (2 tomos), Buenos Aires, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, 1973.
- GROSSMAN, JOEL B., y GROSSMAN, MARY H. (Eds.): *Law and Change in Modern America*, Goodyear Publishing Co., Pacific Palisades, 1971.
- GUASTINI, RICARDO: *Marx: dalla Filosofia del Diritto alla Scienza della società. Il lessico giuridico marxiano, 1842-1851*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Juristas españoles de nuestro tiempo*, Madrid, 1973. *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975.
- HIPPEL, FRITZ VON: *Ideologie und Wahrheit in der Jurisprudenz. Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtserkenntnis*, Franckfurt M., Vittorio Klostermann, 1973.

- HUSSON, L.: *Nouvelles études sur la pensée juridique*, 1975.
- JOHNSON, E. L.: *An introduction to the Soviet Legal System*, Londres, Methuen, 1969. (Trad. cast. por J. R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, Ediciones Península, 1974.)
- LIPARI, NICOLÓ (y otros autores): *Techniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, Laterza, 1974.
- LORENZORI, FABIO, y SCHIAVONE, AALDO (Eds.): *Democrazia e diritto. I compiti attuali della cultura giuridica marxista*, Bari, De Donato, 1975.
- LUHMANN, NIKLAS: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Sttugart, W. Kohlhammer (Urban-Taschenbücher), 1974.
- MANS PUIGARNAU, J. M.: *Hacia una ciencia general y unitaria del Derecho*, Barcelona, 1970.
- MARTINO, ANTONIO A., y WARAT, LUIS A.: *Lenguaje y definición jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- MARTINO, ANTONIO A.; RUSSO, EDUARDO A., y WARAT, LUIS A.: *Temas para una Filosofía jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.
- MORRIS, P. (y otros autores): *Social Needs and Legal Action*, Londres, Martin Robertson, 1973.
- MULLER, FRIEDRICH: *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker-Humblot, 1971.
- NATHAN, N. M. L.: *The concept of Justice*, Londres, MacMillan, 1971.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Notas de introducción al Derecho. I: La definición de «Derecho» y de «norma jurídica»*, Buenos Aires, Depalma, 1973.
- PAUL, W.: *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, Franckfurt, Athenäum, 1974.
- PÉREZ PRENDES, J. M.: *Una introducción al Derecho*, Madrid, 1974.
- PODGORECKI, ADAM (y otros autores): *Knowledge and Opinion about law*, Londres, Martin Robertson, 1973.
- RAWLS, JOHN: *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1972.
- RECASÉNS SICHES, LUIS: *Introducción al estudio del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1970. *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1970.
- REVISTA *British Journal of Law and Society*, Cardiff, Department of Law, University College; semestral; primer número aparecido en 1974.
- REVISTA *Sociologia del Diritto*, Milano, Commissione permanente di Sociología del diritto, «Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale»; semestral, primer número aparecido en 1974.
- REVISTA *Sociología y Psicología Jurídicas*, Barcelona, Colegio de Abogados, Anuario; primer número aparecido en 1974.
- RODRÍGUEZ AGUILERA, CESÁREO: *La sentencia*, Barcelona, Ed. Bosch, 1974.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA: *Historia del pensamiento jurídico. Vol. III: Siglo XX*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1974.
- ROSENBAUM, WOLF: *NAturrecht und positives Recht. Rectssoziologische Untersuchungen zum Einfluss der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, Neuwied y Berlin, H. Luchterhand, 1972.
- RYFFEL, HANS: *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied y Berlín, H. Luchterhand, 1974.

- SAMAHA, S.: *Law and Order in Historical Perspective*, Londres, Academic Press, 1974.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, ANGEL (Ed.): *Textos y documentos sobre Derecho Natural*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1974.
- SIMPSON, A. W. B. (Ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1973.
- SKOLNICK, J., y SCHWARTZ, R. (Eds.): *Society and the legal Order*, New York, Basic Books, 1970.
- SOUTO, CLAUDIO: *Introdução ao direito como ciencia social*, Rio de Janeiro, Editora Universidade de Brasilia, 1971.
- STEIN, PETER y SHAND, JOHN: *Legal values in Western Society*, Edinburgh University Press, 1974.
- STROMHOLM, S., y VOGEL, H. H.: *Le «realisme scandinave» dans la philosophie du droit*, 1975.
- SZABÓ, IMRE: *Les fondements de la Theorie du Droit*, Budapest, Akademiai Kiadó, 1973.
- TAPPER, COLIN: *Computers and the Law*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1973.
- TARELLO, GIOVANNI: *Diritto, enunciati, usi*, Bologne, Il Mulino, 1974.
- TREVES, RENATO: *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di Sociología del Diritto*, Bari, Laterza, 1970. (Trad. cast. por Francisco J. Laporta y Angel Zaragoza, revisada y anotada por Luis Mosquera; escrito preliminar de Elías Díaz, Madrid, Edicusa, 1974.)
- VERNENGO, ROBERTO JOSÉ: *Curso de Teoría general del Derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973. *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- VILLEY, MICHEL: *Philosophie du droit. Definitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975.
- VIOLA, FRANCESCO; VILLA, VITTORIO, y URSO, MIRELLA: *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, Celup, 1974.
- VOGEL, HANS-HEINRICH: *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Frankfurt a M. Alfred Metzner, 1972.
- WARAT, LUIS ALBERTO: *Semiótica y Derecho*, Buenos Aires, Ed. Eikon, 1972.
- ZACHER, E.: *Der Begriff der Natur un das Naturrecht*, Berlín, Duncker-Humblot, 1973.
- ZOLO, DANILO: *La teoria comunista della estinzione dello Stato*, Bari, De Donato, 1974.

## SIGNIFICADO Y FUNCION DE LA TEORIA FUNDAMENTAL DEL DERECHO (\*)

*Alberto Montoro Ballesteros*

*Profesor Adjunto de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad de Murcia*

### I. LA INVESTIGACION LOGICO-FORMAL DEL DERECHO COMO TAREA FILOSOFICO-JURIDICA: SU SIGNIFICACION EN ORDEN AL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Dentro de la compleja temática que constituye el objeto de la Filosofía del Derecho, la investigación lógico-formal del mismo —esto es, el estudio del concepto del derecho y de las estructuras y formas fundamentales de lo jurídico, del que hasta ahora se ha venido encargando la denominada Teoría General del Derecho— ocupa un lugar destacado en el horizonte de las preocupaciones del pensamiento jurídico contemporáneo.

John Austin subrayó ya, en la primera mitad del siglo XIX, el interés de la investigación del concepto del Derecho y de sus categorías lógicas fundamentales con cuyo concurso se puede distinguir, ordenar y aprehender la materia jurídica, permitiendo un mejor conocimiento y manejo del Derecho (1).

---

\* Este texto, que sirvió de base a la ponencia expuesta en la Universidad de la Rábida, se publica simultáneamente en los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», núm. 15, año 1975.

(1) «Haré constar, en primer término —dice Austin—, que un estudio fundamental de los principios que constituyen el objeto de dicha ciencia (Jurisprudencia), es un preparativo muy conveniente para el estudio del derecho inglés. Al estudiante que comienza el estudio del Derecho inglés sin ningún conocimiento previo del elemento racional en el Derecho, considerando éste en general, aquel tiene que parecerle inevitablemente un conglomerado de normas arbitrarias e inconexas. Si se aproxima a él, en cambio, con un conocimiento profundo de los principios generales de la jurisprudencia y con el esquema de un sistema de Derecho claramente impreso en la mente, podía obtener una concepción clara de él —como un sistema o totalidad orgánica— con relativa facilidad y rapidez... En una palabra, el estudio preliminar de los principios generales de la jurisprudencia y los hábitos mentales que este estudio tiende a engendrar, facultarán al estudiante para adquirir los principios de la jurisprudencia inglesa en particular, mucho más rápida y precisamente que hubiera podido hacerlo si hubiera comenzado su estudio sin aquella disciplina preparatoria». *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. esp. y estudio preliminar de Felipe González Vicén, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, págs. 55 y 56. Véanse también las págs. 35 a 38 y 59 a 63.

En nuestros días, Carnelutti —partiendo de la distinción entre *Introducción a las ciencias jurídicas* y *Teoría General del Derecho*— ha señalado que el estudio de esta última, en cuanto «aspira a ser una síntesis superior, cuando no suprema, de la ciencia jurídica y por ello una coordinación de todas sus ramas... necesita ser colocado al final de los estudios jurídicos mejor que al comienzo de los mismos» (2).

Estas posiciones, a nuestro modo de ver, no son excluyentes sino que se complementan recíprocamente. Queremos decir con ello que el estudio del concepto del derecho y de sus estructuras y formas fundamentales es conveniente tanto al principio como al final de los estudios jurídicos. Al principio, porque aquellos conocimientos nos proporcionan el aparato lógico-conceptual esencial para comprender y explicar un orden jurídico cualquiera. La «Teoría General del Derecho —recuerda Bobbio— ofrece, a quien sepa valerse de ella, instrumentos conceptuales útiles para comprender tanto el Derecho que está parado como el que se mueve, tanto el Derecho pasado como el Derecho futuro» (3). Al final de los estudios jurídicos, porque la investigación lógico-formal del Derecho constituye el supuesto en base al cual el jurista puede encontrar la conexión y correspondencia de los diferentes temas y ramas de la ciencia jurídica, descubriendo el sentido unitario del Derecho y evitando el riesgo de la dispersión intelectual.

Por lo demás, el conocimiento de las estructuras y de los conceptos comunes a cualquier sistema normativo supone un apoyo metodológico inestimable en orden a la aplicación y crítica del Derecho positivo (4).

## II. SIGNIFICADO Y FUNCION DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

### 1. Supuestos epistemológicos. Reducción de la Filosofía del Derecho a Teoría General del Derecho

La investigación lógico-formal de la realidad jurídica que desarrolla la Teoría General del Derecho emerge definitivamente en el ámbito del pensamiento jurídico hacia la segunda mitad del siglo XIX, a raíz del triunfo del positivismo en los

(2) *Teoria generale del diritto*. 3.ª ed., Soc. Ed. «Foro Italiano», Roma, 1951, p. 1.

(3) *Studi per una Teoria generale del diritto*, Giappichelli-Editore, Torino, 1970, pág. 9.

Adolfo Reinach había señalado ya a este respecto: «Junto a las matemáticas puras y a la ciencia natural pura, también hay una ciencia pura del Derecho, compuesta —como esas— de proposiciones estrictamente apriorísticas y sintéticas y sirviendo de base para disciplinas no apriorísticas hasta para aquellas situadas fuera del contraste entre lo apriorístico y lo empírico... Así —añade— podemos esperar que la doctrina apriorística del Derecho pueda dar también en ocasiones a la Historia del Derecho una contribución esclarecedora. Pero estimamos —dice— que es del todo indispensable para la inteligencia del Derecho positivo como tal. Creer que este mismo produce todos los conceptos jurídicos, es situarse ante un enigma. La estructura del Derecho positivo sólo puede hacerse inteligible por la estructura de la esfera metajurídico-positiva». *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, trad. esp. de José Luis Álvarez, Librería Bosch, Barcelona, 1934, págs. 28, 29 y 30.

En análogo sentido, Kelsen, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción esp. de Eduardo García Máynez, 3.º ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, págs. V y VI.

(4) Cfr. Schreier, Fritz: *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*. Esbozo de una teoría formal del Derecho y del Estado sobre base fenomenológica. Trad. esp. de Eduardo García Máynez. Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1942, págs. 20, 21 y 49.

García San Miguel, Luis: *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1969, págs. 20, 21 y 49 y ss.; *Teoría del derecho y jurisprudencia*. Una aproximación metodológica, en «Revista de Derecho español y americano», año X, Madrid, julio-septiembre 1965, págs. 2 y ss.

estudios jurídicos. Orientada a la investigación del concepto del Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico positivo, constituye una viva muestra de la aspiración del movimiento positivista de crear una ciencia universal: en el plano que nos ocupa, una ciencia universal del Derecho (5).

De acuerdo con los supuestos epistemológicos del positivismo, la filosofía constituía el grado de saber más elevado, dentro de un proceso intelectual de inducción y generalización que arranca de la observación y del análisis de la realidad sensible. Su misión consistía en abstraer —a partir de los datos, de las proposiciones a que las ciencias particulares reducen sus conocimientos acerca de la realidad, y a través de un proceso inductivo y generalizador— los elementos fundamentales de las proposiciones científicas y reducirlos a sistema, para dar así una visión sinóptica de los principios que están en la base de las ciencias particulares y que constituyen el fundamento de las mismas (6).

Desde estos supuestos —desde los cuales no tenía sentido la reflexión metafísica— la Filosofía del Derecho redujo su objeto al estudio lógico-formal del Derecho positivo, proponiéndose como misión —según una de sus direcciones más significativas (la específica de la *allgemeine Rechtslehre* alemana y la *analytical School* inglesa)— la búsqueda del concepto del Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales; el descubrimiento y la reducción a sistema de aquellos conceptos que están en la base de la ciencia jurídica dogmática pero que ella no explica. Con ello, la Filosofía jurídica venía reducida a la Teoría General del Derecho, la cual, para un amplio sector del positivismo, era la única Filosofía del Derecho legítima y posible.

El razonamiento mediante el cual se llegó a este resultado era muy simple y podría resumirse en los siguientes puntos:

Primero: Reducido el derecho al Derecho positivo —no existe el Derecho natural o por lo menos no es posible su conocimiento científico—, la Filosofía del Derecho sólo puede ser, necesariamente, Filosofía del Derecho positivo (7).

(5) Desde estos supuestos hay que comprender la pretensión de Merkel al propugnar el estudio de las relaciones existentes entre los datos particulares de la experiencia jurídica desde el punto de vista normativo, para reconducirlos a una unificación sistemática y para ofrecer así una visión unitaria, objetiva y cierta del mundo del derecho. Cfr. Merkel, Adolf: *Ueber das Verhältniß der Rechts-philosophie zur «positiven» Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, en «Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart». Band I, 1974, págs. 1 y ss.

«La teoría general del derecho o enciclopedia jurídica —dice Larenz al respecto— resulta así un producto típico de una mentalidad científica positivista tal cual en el último tercio del siglo XIX había penetrado... la ciencia jurídica». *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. esp. de Eustaquio Galán y Gutiérrez y Antonio Truyol y Serra. Ed. Revisa de Derecho Privado, Madrid, 1942, págs. 39.

Bajo la influencia del positivismo jurídico, observa Radbruch, «no se investiga ya más en la realidad del Derecho el valor jurídico, antes bien se declara anticientífica toda consideración valorativa del Derecho y hay que limitarse conscientemente a la investigación empírica del mismo. El lugar de la *Filosofía del Derecho* lo ocupa la *Teoría general del Derecho*, el más alto edificio de la ciencia jurídica positiva, que tenía por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales, comunes a las diversas disciplinas jurídicas, y tal vez, elevándose por encima de la ordenación jurídica nacional, exponer comparativamente los conceptos jurídicos semejantes de las distintas ordenaciones jurídicas, hasta que al fin, trascendiendo el dominio de lo jurídico, poder investigar sus relaciones con otros dominios de la cultura». *Filosofía del Derecho*, 3.ª edición. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 33.

Cfr. Frosini, Vittorio: *Teoría Generale del Diritto*, en «Novissimo Digesto Italiano», Vol. XIX. Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1973, pág. 4.

(6) Cfr. González Vicén, Felipe: *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea* (primera parte), en «Revista de Estudios Políticos», Vol. XXXI, número 51, Madrid, 1950, págs. 36 y 37.

(7) El origen de esta posición podría rastrearse hasta Gustavo Hugo, para quien la Filosofía del Derecho consistía en una elaboración conceptual y en una sistematización orgánica «de todo lo que puede ser considerado Derecho dentro del Estado». *Lehrbuch des Naturrechts*, Göttingen, 1798. Cfr. Vittorio

Segundo: La filosofía, en cuanto grado supremo del conocimiento científico, sólo puede constituirse sobre un objeto que tenga carácter general y permanente, pero no sobre lo mudable y contingente. Para el positivismo el conocimiento científico sólo puede tener una significación general y abstracta, por proyectarse sobre un objeto que tiene esa misma propiedad; sobre lo particular y concreto no resulta posible el conocimiento científico (8).

La posibilidad de una ciencia de lo individual y concreto sólo aparecería suficientemente fundada, posteriormente, dentro del proceso de superación del positivismo, con las obras de Windelband y Rickert, por un lado, y de Dilthey, por otro.

---

Frosini, op. cit., pág. 6. En nuestros días Kelsen insistirá en la misma idea, configurando la teoría pura del Derecho como una teoría general del Derecho positivo que, por el rigor de su método y su carácter antiideológico, se constituye en auténtica ciencia jurídica. Para Kelsen resultan infructuosos todos los intentos de encontrar, por caminos racionales, una norma absolutamente válida de justicia. Cfr. su obra *Was ist Gerechtigkeit?* Ed. Franz Deuticke, Wien, 1953, en especial págs. 40 y ss.

Frente a la doctrina clásica del Derecho natural, la cual, dice Kelsen, «no busca tanto conocer el Derecho en vigor como justificarlo y transfigurado... La teoría pura (del Derecho) desea combatir... (la ideología del Derecho natural) exponiendo el Derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo... Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la «teoría pura» una verdadera ciencia del Derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia immanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra». *Teoría pura del Derecho*. Introducción a la Ciencia del Derecho, trad. esp. de Moisés Nilve, 10.ª ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1971, págs. 63 y 64.

«La teoría pura (del derecho) —señala en otro lugar— es una teoría del Derecho positivo en general y no de un Derecho particular... Es una ciencia del Derecho y no una política jurídica... La teoría pura del Derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas —antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que renegan de la filosofía trascendental de Kant y del positivismo jurídico». *Ibid.*, págs. 15 y 19.

«Mi finalidad ha sido desde el primer momento —declara en otro pasaje de su obra— elevar la teoría del Derecho, que parecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba —dice— de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en la medida de lo posible hacia la objetividad y precisión, ideal de toda ciencia». *Ibid.*, pág. 9.

En idéntico sentido cfr. *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., págs. VI y ss., 6 y ss.

Cfr. Frosini, Vittorio, op. cit., pág. 6.

(8) Recuérdese al respecto el sentido de la crítica de Kirchmann a la ciencia del derecho: «Si en efecto es verdadera mi afirmación de que la jurisprudencia carece de valor científico, es desde luego evidente —dice— que la culpa de que ello sea así no puede alcanzar a las personas, a los cultivadores de la ciencia... (sino que) el motivo no podía residir más que en el objeto, en fuerzas ocultas inhibitorias inherentes al objeto y que dificultan los esfuerzos del espíritu humano en este ámbito... La primera peculiaridad con que tropezamos —añade— es la mutabilidad del Derecho como objeto de la jurisprudencia... La tierra sigue girando alrededor del sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en los tiempos de Plinio. Por consiguiente, aunque el descubrimiento de las leyes de la naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para tiempos pasados, y seguirán siéndolo siempre. Muy otra —dice— es la situación de la ciencia jurídica. Cuando ésta, tras largos años de esfuerzos, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de la institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado («el matrimonio, la familia, el estado, la propiedad —había dicho con anterioridad— han pasado por las más diversas modalidades»). La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad... Este peligro, que para la ciencia (jurídica) nace de la peculiaridad de su objeto, la ha inducido ya con frecuencia —afirma Kirchmann— preocupada como está por el Derecho pasado, a olvidarse del Derecho presente, abandonándolo despectivamente a las despreciadas manipulaciones de los prácticos... En todo caso, la movilidad de su objeto supone para la ciencia jurídica —añade Kirchmann— un enorme lastre: el estudio del pasado. Sólo el presente está justificado. El pasado ha muerto; sólo tiene valor en cuanto sea medio para comprender y dominar el presente... Cuán mejor sería —concluye diciendo— la situación de la ciencia jurídica si, como las ciencias naturales, pudiese encararse con su objeto directamente. Este lastre de fenómenos pasados absorbe gran cantidad de las mejores fuerzas». *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. esp. y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra, 2.ª ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, ú961, págs. 37 a 41, 44 y 45.



Tercero: En el Derecho positivo lo único estable y permanente no es el contenido —que varía en el espacio y en el tiempo—, sino la forma. La jurisprudencia, decía Knapp, «recibe sumisamente su materia de una fuerza exterior y nuevamente la pierde por la acción de esa misma fuerza... (de modo que, lo permanente para ella, no es el contenido, sino) la corteza, esto es: la forma del Derecho» (9).

Cuarto: Si lo único permanente del derecho es su estructura, su forma, la Filosofía del Derecho —en cuanto grado supremo del conocimiento científico— se configura como el saber que tiene por objeto la investigación de los conceptos y de las formas fundamentales del Derecho. De este modo, *la Filosofía del Derecho se reduce a Teoría General del Derecho* (10).

## 2. Diferentes manifestaciones de la Teoría General del Derecho

Como es sabido, el programa de la Teoría General del Derecho se desarrolló, al menos en sus formulaciones más clásicas, como una prolongación de las tareas propias de la dogmática jurídica; concretamente, a partir de los datos obtenidos por la denominada «parte general» de la ciencia dogmática del derecho. Sin embargo, no han faltado, al menos en los tiempos más recientes, ensayos de construcción de una Teoría General del Derecho desde supuestos no necesariamente dogmáticos o normativos; nos referimos con ello a los intentos que se han realizado para dar una visión genérica del Derecho, de su estructura y de su funcionamiento, a partir de los datos suministrados, fundamentalmente, por la Sociología jurídica.

De este modo resulta posible distinguir —con las prevenciones y riesgos que entraña toda sistematización— una Teoría General del Derecho de carácter normativo y una Teoría General del Derecho de significación no normativa.

### A) La Teoría General del Derecho normativista

Esta orientación de la Teoría General del Derecho —que es la clásica— parte del supuesto de que el Derecho es esencialmente un sistema de normas, de reglas de conducta dotadas de validez dogmática, y trata de explicar tanto el concepto del Derecho como sus estructuras y formas fundamentales en función de la norma jurídica. La norma jurídica constituye la categoría básica para comprender el mundo jurídico (11).

(9) *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857, pág. 239.

En nuestros días, Messineo ha mantenido esta actitud radicalmente formalista: «la juricidad verdadera y propia está impresa en la forma... por tanto, todos los ordenamientos jurídicos son entre sí equivalentes bajo el aspecto formal... en cambio difieren (y muy profundamente) desde el punto de vista del contenido». *Instituzioni di diritto civile*, 4.ª ed., 1942, cit. por Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Vol. I, 2.ª ed. Madrid, 1971, pág. 176.

(10) Cfr. González Vicén, Felipe: op. cit. págs. 42 y ss.

(11) Cfr. Bobbio, Norberto: *Teoría Generale del Diritto e teoria del rapporto giuridico*, en «Studi sulla Teoría Generale del Diritto». G. Giappichelli-Editore, Torino, 1955, págs. 53 y 54.

Galán y Gutiérrez, Eustaquio: *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la «perennis philosophia»*. Separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Instituto Ed. Reus. Madrid, 1955, págs. 12 y ss.

Cotta, Sergio: *Primi orientamenti di Filosofia del diritto*. G. Giappichelli-Editore, Torino, 1966, págs. 78 y ss.

La Teoría General del Derecho de orientación normativa supone, tal como indicábamos antes, una prolongación de las tareas propias de la dogmática jurídica (12).

En efecto, la *dogmática jurídica*, cuyo objeto lo constituye el ordenamiento jurídico de una sociedad en un momento determinado, articula su temática en dos capítulos fundamentales: de un lado, el constituido por la «parte especial», dedicada fundamentalmente a la interpretación y a la exposición sistemática de una rama del derecho vigente, construyendo el aparato conceptual capaz de permitir su mejor comprensión y uso; de otro lado, el formado por la «parte general», ocupada de la construcción y su correspondiente sistematización —a partir de los elementos comunes de los conceptos elaborados por la parte especial— de las nociones más generales que subyacen a las diversas instituciones estudiadas en ésta. De este modo, la parte general contribuye a poner de relieve la correspondencia y la unidad interna de dichas instituciones, facilitando su comprensión y empleo.

Pues bien, lo que hicieron Merkel (13), Wallaschek (14), Bergbohm (15), Eitzbacher (16), Filomusi Guelfi (17) y otros, fue ascender un grado más en ese proceso inductivo y generalizador iniciado por la dogmática, hasta llegar, a través de un proceso de comparación, depuración y síntesis de las diferentes partes generales, a aislar lo que era común a las distintas ramas del Derecho, construyendo una parte general de todas las partes generales: una parte generalísima que se denominó *Teoría General del Derecho* (18).

La Teoría General del Derecho de orientación normativista encuentra en nues-

Frosini, Vittorio: *La estructura del Derecho*, trad. esp. y estudio preliminar de Antonio-Enrique Pérez Luño, Studia Albornotiana, Vol. XVIII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, págs. 88 y ss.

(12) Cfr. Quintas, Avelino-Manuel: *La continuità fra la Dommatica, la Teoria generale e la Filosofia del Diritto*, en «Revista Internazionale di Filosofia del Diritto». Anno XLI, Serie III, 1964, págs. 98 y ss.

(13) *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, cit. *Juristische Enzyklopädie*, 5.ª Aufl. Berlin, 1913.

(14) *Studien zur Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1889.

(15) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892.

(16) *Ueber Rechtsbegriffe*, Berlin, 1900.

(17) *Del concetto dell'Enciclopedia del diritto*, Napoli, 1876.

(18) Observa a este respecto Dino Pasini: «Se puede precisar que entre Dogmática jurídica y Teoría general del Derecho no hay en modo alguno heterogeneidad en cuanto que, en relación con la Dogmática jurídica, la Teoría del Derecho no es sino una elaboración conceptual más general de aquélla, que responde a la profunda exigencia de unidad orgánica, de sistema orgánico más esencial, que la Teoría general del Derecho reclama en cuanto conocimiento más general y comprensivo que el de las ciencias jurídicas particulares. La Teoría general del Derecho, no siendo en sustancia más que la síntesis y el coronamiento de la Dogmática jurídica, no puede distinguirse cuantitativamente de éste con certeza, porque su autonomía es sólo de naturaleza funcional, es decir, relativa a la función específica que asume». *Dogmatica, Teoria generale e Filosofia del diritto*, en «Revista Internazionale di Filosofia del Diritto», Vol. de 1964 cit., pág. 84.

Cfr. Larenz, Karl.: *op. cit.*, pág. 39.

Cfr. Larenz, Karl.: *op. cit.*, pág. 39.

González Vicén, Felipe: *op. cit.*, págs. 46 y ss.

Frosini, Vittorio: *Teoria generale del Diritto*, cit. pág. 6.

Hernández Gil, Antonio: *op. cit.*, págs. 178 y ss.

Díaz, Elías: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ed., S. A. Madrid, 1971 págs. 77 y ss.

tros días su formulación más brillante en las obras de Hans Kelsen (19) y Norberto Bobbio (20), principalmente (21).

### B) *La Teoría General del Derecho de significación no normativista*

La caracterización genérica de estas corrientes radica principalmente en el abandono —de diferente sentido y alcance, en cada caso— de la norma jurídica como categoría lógica fundamental para comprender el fenómeno del Derecho.

Dentro de esta tendencia cabe destacar:

- a) Las doctrinas que hacen de la *relación jurídica* la categoría básica para explicar la realidad del Derecho. El Derecho consistiría esencialmente, según esta posición, en una relación intersubjetiva. A esta orientación responden las obras de Evgeni B. Pašukanis (21 bis) y de Alessandro Levi (22), cuya concepción, no obstante, está presuponiendo la categoría de la norma jurídica.
- b) *La concepción institucional del Derecho* de Santi Romano y de Francesco Carnelutti.

Para Santi Romano, la concepción normativa del Derecho es insuficiente. El Derecho no puede ser entendido como norma sino como ordenamiento, idea ésta que presupone la noción de institución. Sólo a partir del concepto de institución podemos acceder a la comprensión del Derecho como ordenamiento (23).

(19) Las obras más significativas al respecto serían: *Reine Rechtslehre*, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien, 1934. Hay trad. esp. de Moisés Nilve, cit. *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1943, hay trad. esp. de Eduardo García Maynez, cit.

(20) Entre su bibliografía fundamental, por lo que respecta al objeto de nuestro estudio, habría que destacar:

*Studi sulla Teoria generale del Diritto*, cit;

*Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1958;

*Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960.

*Il positivismo giuridico*, Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. Nello Morra. Cooperativa Libreria Universitaria Torinese. Editrice. Torino, 1961. En particular, la segunda parte de la obra, págs. 160 y ss.

«*Studi per una Teoria Generale del Diritto*», cit.

(21) Cfr. Frosini, Vittorio: *Teoria generale del Diritto*, cit., pág. 6 y 7.

(21 bis) *Teoría General del Derecho y Marxismo*, trad. esp. de Virgilio Zapatero, Ed. Labor. Barcelona, 1976. págs. 73 y ss.

(22) *Teoria generale del Diritto*, 2.ª ed. Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1953.

Cfr. Bobbio, Norberto: *Teoria generale del Diritto e teoria del rapporto giuridico*, cit.

Treves, Renato: *Il diritto come relazione*, Saggio sul neokantismo contemporáneo, Torino, 1934.

Cotta, Sergio: *op. cit.*, págs. 80, 82 y ss.

Frosini, Vittorio: *La estructura del Derecho*, cit., págs. 69 y ss.

(23) Santi Romano comienza su obra, *L'Ordinamento giuridico*, afirmando que «la primera y principal finalidad de (dicho) trabajo quiere ser la de demostrar que (la concepción del Derecho como regla de conducta, como norma)..., aunque en cierto sentido y para ciertos fines no sea equivocada, considerada en sí misma, resulta, sin embargo insuficiente». (*El ordenamiento jurídico*, trad. esp. de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 88).

De este modo, dice Santi Romano, cuando «se habla, por ejemplo, del Derecho italiano o del Derecho francés, no es verdad que se piense sólo en una serie de reglas... (en las colecciones oficiales de leyes y decretos. En lo que se piensa por los juristas, y aún más por los profanos...), es en algo más dinámico y vital: es, en primer lugar, en la compleja y variada organización del Estado italiano o francés; en los numerosos mecanismos o engranajes, en las relaciones de autoridad y de fuerza que producen, modifican, aplican y garantizan las normas jurídicas, pero que no se identifican con ellos. En otros términos, el *ordenamiento jurídico* así entendido en su conjunto es una entidad que se mueve en parte según normas,

Francesco Carnelutti, desde su doble condición de teórico y práctico del Derecho, sostiene que la realidad del Derecho no puede comprenderse sólo en base a los textos legales, sino abriéndose también a la experiencia jurídica: a la contemplación del comportamiento social de las personas, cuya vida tratan de regular las normas (24). Desde estos supuestos, que Carnelutti no duda en llamar «realistas», subraya el *carácter institucional del Derecho* (25), construyendo una Teoría General del Derecho a partir de las tres dimensiones esenciales de la realidad jurídica en cuanto institución: los mandatos jurídicos, las situaciones jurídicas y los hechos y actos jurídicos (26).

- c) La *teoría psico-sociológica* de J. Haesaert (27) —que tiene un notable precedente en la obra de E. R. Bierling (27 bis)—, para quien el Derecho se reduce a una simple técnica de organización social para la consecución de determinados fines, dependiendo su carácter jurídico de que sus reglas sean sentidas y aceptadas como tales (como reglas de Derecho) por sus codestinatarios (28). Con ello el fenómeno psico-sociológico del reconocimiento social se configura como un momento esencial del proceso de constitución del Derecho.

---

pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien objeto, e incluso el medio de su actividad, que no un elemento de su estructura... El orden social establecido por el Derecho —añade— no es el que viene determinado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que éstas se originen; aquél no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que el *Derecho antes que ser norma*, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es *sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad* misma en que se desarrolla, y que precisamente el Derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia... Siendo así —agrega—, el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de Derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el *concepto de institución*. Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico; la correspondencia entre dos conceptos es necesaria y absoluta». *Ibid.*, págs. 100 y 113. Cfr. las págs. 87, 88, 99, 100 y 111 a 113.

Estas ideas fueron desenvueltas y perfeccionadas por Santi Romano posteriormente —la primera edición del *L'ordinamento giuridico* data de 1918— en *Corso di Diritto amministrativo*, 1930, *Corso de Diritto costituzionale*, 3.ª ed. Padova, 1932, y *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

Cfr. Galán y Gutiérrez, Eustaquio: *op. cit.* págs. 27 y ss.

Cotta, Sergio: *op. cit.*, págs. 79 y ss.

(24) «El Código —dice— no es más que una cara de la medalla (del derecho). La otra está constituida por los actos de aquellos que obedecen o desobedecen. No se trata de mirar solamente al oficial que ordena la maniobra, sino la maniobra que viene ordenada; y esa, son los soldados quienes la ejecutan». *Metodología del Diritto*, Cedam, Casa editrice, Padova, 1939, pág. 63.

En otro lugar observa: «Si queremos levantar nuestra ciencia de la posición de inferioridad en que se encuentra, la primera superstición a desarraigar es aquella que se propone enseñar el derecho encerrado en una biblioteca. Naturalmente, ésta es necesaria... (pero yo) después de haber permanecido entre los libros algún tiempo, he sentido la necesidad de abrir de par en par una ventana. Probablemente este es el secreto de lo poco que he podido hacer en el campo de la ciencia. He tenido siempre la sensación de que para mi sabiduría contaban más los hombres que los libros, y me he zambullido en la vida. Ninguna de las experiencias que he vivido ha sido perdida para la ciencia». *Ibid.*, págs. 60 y 61.

Cfr. *Teoría generale del Diritto*, págs. 2 y ss.

(25) Cfr. *Metodología del Diritto*, cit., págs. 65 a 67.

(26) Cfr. Bobbio, Norberto: *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, en «Studi sulla Teoria generale del Diritto», cit., págs. 1 y ss., en especial págs. 9 y 10.

(27) *Théorie générale du droit*. Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1948.

Cfr. en especial las págs. 19, 26 y ss., 69 y ss.

(27 bis) *Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2 vols. 1877-1883, y *Iuristische Prinzipienlehre*, 5 vols. 1894-1917.

(28) Cfr. Bobbio, Norberto: *Una teoría psicológica e sociológica del diritto*, en «Studi sulla Teoria generale del Diritto», cit., págs. 127 y ss.

- d) Por último podríamos incluir aquí la *concepción realista del Derecho* de Karl Olivecrona (29) y Alf Ross (30), quienes, con el doble apoyo del método sociológico y del análisis del lenguaje, pretenden darnos —a partir del estudio de los hechos, de los fenómenos sociales (entre los cuales se encuentra el Derecho)— una imagen del orden jurídico y de sus categorías fundamentales completamente transparente y limpia de todo residuo o adherencia metafísica o ideológica.

### 3. *Función metódica de la Teoría General del Derecho*

El esfuerzo desplegado por la Teoría General del Derecho en sus diferentes manifestaciones ha tenido y tiene, entre otros aspectos, una marcada significación metódica: construir un sistema de conceptos y formas jurídicas, comunes a los diferentes sectores de normas que integran el ordenamiento jurídico, capaz de permitir el más fácil conocimiento y uso del Derecho positivo, así como acabar con la anarquía conceptual que las diferentes ramas de la dogmática jurídica produjeran (31).

## III. INSUFICIENCIAS Y LIMITACIONES DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO DESDE LOS SUPUESTOS DEL CONOCIMIENTO FILOSOFICO-JURIDICO

Desde la perspectiva crítica, propia del conocimiento filosófico, resulta ineludible preguntarse en qué medida la Teoría General del Derecho cubrió realmente la meta que se propuso: investigar y formular conceptualmente las estructuras y formas fundamentales del Derecho. Cabe, asimismo, plantearse el problema de hasta qué punto la Teoría General del Derecho constituye un saber auténticamente filosófico.

Ante estas cuestiones hay que adelantar, en primer lugar, que el programa de la Teoría General del Derecho se desarrolló a partir de un planteamiento insufi-

(29) Para Olivecrona «el Derecho es una fuerza organizada y regulada que se emplea contra criminales, deudores y otros, según moldes establecidos por los legisladores... El Derecho incluye fuerza o, más exactamente —dice—, existe en todo Estado una organización abrumadora de fuerza que funciona según las normas llamadas derecho», y cuyo ejercicio, en régimen de monopolio, corresponde al Estado. Cfr. su obra *El derecho como hecho*, trad. esp. de Gerónimo Cortés Funes, Roque Depalma. Ed. Buenos Aires, 1959, págs. 97 (98, 103, 104, 133, 134, 137 a 139 y 151).

(30) Ross entiende que la expresión orden jurídico debería reservarse para sistemas normativos que posean las siguientes notas: «En primer lugar, el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza... (apareciendo la fuerza) como una sanción, esto es, como una presión para provocar la conducta deseada... En segundo lugar —dice— el Derecho consiste no sólo en normas de conducta, sino también en normas de competencia. Estas últimas establecen un conjunto de autoridades públicas para aprobar normas de conducta y ejercer fuerza de conformidad con ellas». *On law and justice*, Steven & Sons limited, London, 1958, pág. 59. Cfr. págs. 52 y ss. Hay trad. esp. de Carrio, Genero, R.: *Sobre el derecho y la justicia*, 2.<sup>a</sup> ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970.

(31) «Los estudios jurídicos —restringidos por las limitaciones positivistas (recuerda Recaséns)— ofrecían un espectáculo de caos. En efecto, cada tratado o cada profesor dedicado a una disciplina jurídica especial consagraba los primeros capítulos, o las primeras lecciones, a tratar de esclarecer el concepto del derecho como norma, el de derecho subjetivo, el de relación jurídica, el de persona, el de objeto, etc. Pero resultaba que la explicación que cada especialista daba de esos conceptos fundamentales era diversa de la suministrada por otros especialistas. Se cayó en la cuenta —concluye diciendo— de que todos esos temas no pueden ser resueltos por la suma de las aportaciones de cada disciplina jurídica particular, sino que requieren una doctrina general autónoma». *Tratado de Filosofía del Derecho*, 3.<sup>a</sup> ed. Ed. Porrúa, S. A. México, 1965, pág. 13.

ciente y limitado en orden a una comprensión última, radical, filosófica, del Derecho; y, en segundo lugar —ello es la consecuencia lógica de ese planteamiento insuficiente y limitado—, que los resultados obtenidos son, desde una perspectiva filosófica, insuficientes y limitados también.

Veamos cada uno de estos extremos:

1. *Insuficiencia y limitación de los planteamientos de la Teoría General del Derecho*

- a) El desarrollo del programa de la Teoría General del Derecho —inducir del análisis y de la comparación de una pluralidad de datos particulares las notas comunes a todos ellos para alcanzar desde ahí, a través de un proceso de generalización, el concepto del derecho y sus formas fundamentales— presupone ya, como observaron Stammler (32) y del Vecchio (33), el previo conocimiento de aquello que se trata de encontrar: esto es, un conocimiento del concepto del derecho y de sus formas fundamentales (toda inducción presupone como válidas ciertas leyes y categorías ontológicas supremas) que permita separar el material jurídico de aquel que no tiene esa significación, así como seleccionar los datos a partir de los cuales se va a poner en marcha el proceso inductivo y generalizador (34).
- b) La Teoría General del Derecho, en virtud de los supuestos positivistas de que parte —negación de la metafísica (del Derecho natural en este caso concreto), atención exclusiva al dato de la experiencia sensible, etc.—, ignora la dimensión ideal, filosófica del derecho (el momento de la *legitimidad*, dentro del proceso de la validez jurídica), reduciendo la realidad del mismo, en unos casos y de modo exclusivo, a su dimensión normativa, significada por el momento de la *legalidad* o de la validez dogmática, y abriéndose o haciendo centro de gravedad de sus reflexiones, en otros, a la dimensión fáctica del derecho constituida por el momento de su *eficacia*.

De acuerdo con estos supuestos, la Teoría General del Derecho proyecta su atención de manera exclusiva sobre los datos que le suministran las ciencias jurídico-positivas, y en ello radica una de las limitaciones más significativas de su planteamiento, pues a partir sólo de las diferentes ramas de la Dogmática jurídica o de los datos de significación puramente fáctica que proporciona la Sociología jurídica, no resulta posible obtener, por vía analítica e inductiva, una noción totalizadora, filosófica, del derecho, ni aislar sus estructuras y formas fundamentales. Desde los supuestos en que se mueve la Teoría General del Derecho sólo resulta viable una «inducción incompleta», cuyos datos poseen sólo una validez es-

---

(32) *Tratado de Filosofía del Derecho*, 1.ª ed., trad. esp. de W. Roces. Ed. Reus, S. A., Madrid, 1930, págs. 5 a 8, 55 y 56.

(33) *Filosofía del Derecho*, 18.ª ed., trad. esp. de Luis Recaséns Siches, revisada y puesta al día por Luis Legaz Lacambra. Bosch, Casa Ed. Barcelona, 1964, págs. 294 y 311.

(34) Señala Schreier al respecto: la investigación inductiva «tiende a obtener la noción del Derecho abstrayéndola de la consideración del mayor número posible de fenómenos jurídicos. Tal inducción —dice— representa un círculo vicioso, ya que da por conocido lo que hay que conocer; pues sólo pre-juzgando puede seleccionarse el material de la inducción». *Op. cit.*, pág. 26 Cfr. pág. 25.

tadística (35). «Para obtener la noción universal o esencial de lo jurídico —escribe Recaséns—, precisa una indagación de otro tipo diverso del que es característico de las ciencias jurídicas, a saber: urge una indagación de carácter filosófico... No pueden las meras ciencias jurídicas particulares —añade— explicar (los) conceptos fundamentales (del derecho), porque ellas se basan precisamente sobre dichos conceptos. Tales nociones básicas funcionan para la ciencia jurídica como los supuestos sobre los cuales ella se edifica, y a fuer de su calidad de supuestos previos caen fuera de su ámbito» (36).

- c) El proceso metódico empleado por la Teoría General del Derecho resulta una vía insuficiente, por sí sola, para ascender a la contemplación y descripción del concepto y de las formas esenciales del Derecho. Los métodos a emplear en una investigación científica están en función de la naturaleza del objeto que se quiere estudiar. Ello significa que métodos válidos para el conocimiento de un determinado ámbito de la realidad pueden no serlo para el estudio de sectores diferentes, hasta el punto de que el traslado de la metodología propia de una ciencia a otro campo del conocimiento puede dar lugar al falseamiento del objeto que se pretende conocer, bloqueando la posibilidad de su recto conocimiento.

Esto es lo que sucede con la pretensión positivista de extender los métodos específicos de las denominadas «ciencias de la naturaleza» al ámbito propio de las ciencias sociales y de extrapolarlos, incluso, al plano de la filosofía, con lo cual —refiriéndonos exclusivamente al campo del conocimiento jurídico— nos encontramos con una imagen mutilada, falseada, del Derecho. Así, por ejemplo, las concepciones que reducen el Derecho a un mero «mandato de la voluntad del estado», o a simple «fuerza social organizada».

Significativa al respecto es, igualmente, la especie de nominalismo jurídico en que Ross desemboca, desde sus específicos supuestos epistemológicos, al ver cerrada la vía para llegar a una definición del Derecho. Partiendo de la idea de que un sistema jurídico es un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente y con significado unitario, señala el profesor de Copenhage: «Se ha creído que a fin de delimitar la esfera de trabajo del jurista era necesario *introducir una definición del Derecho* para distinguirlo de otros tipos de normas sociales. Este error se produjo —añade— porque no se entendió que el Derecho na-

---

(35) Stammler subraya: «A lo que de ningún modo se puede llegar por vía de comparación y generalización de un derecho dado es a descubrir aquellas nociones absolutas, sin las cuales es de todo punto imposible una verdadera ciencia del Derecho». *Op. cit.*, pág. 16. Cfr. 55 y ss.

Bobbio, por su parte, subraya que, aunque «formales», la teoría general del Derecho obtiene sólo conceptos empíricos de carácter «a posteriori» y particulares, pero no conceptos puros que deben poseer una significación universal, filosófica y carácter «a priori», *Filosofía del Diritto e teoria generale del Diritto*, cit., págs. 41 y ss.

En el mismo sentido, aunque desde supuestos diferentes, cfr. Graneris, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del Derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza. Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, págs. 5 y ss.

(36) *Tratado general de Filosofía del Derecho*, cit. págs. 12 y 13.

Cfr. Coing, Helmut: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Juan Manuel Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, pág. 22.

Jacques Leclercq ha subrayado la específica actitud mental y los métodos de trabajo de los cultivadores de la teoría general del Derecho —por lo común, juristas y no filósofos— tan alejados del auténtico quehacer filosófico. Cfr. su obra *Du Droit naturel a la sociologie*, Vol. I. Ed. Spes, París, 1960, págs. 99 y ss., 103 y ss.

cional vigente constituye un todo individual. La coherencia de significado interna al mismo determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo. La palabra «Derecho» no es común a una *clase de reglas jurídicas, sino a una clase de órdenes jurídicos individuales*. La experiencia —concluye Ross— también lo confirma, porque en la práctica los juristas, por lo común, no tienen dificultad en determinar si una regla es parte del Derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas, por ejemplo, a otro orden nacional, a las reglas del ajedrez o a la moralidad» (37).

En relación con lo dicho hay que notar que el derecho constituye una realidad compleja, una síntesis prudencial de factores de significación ideal y real a un tiempo (38), y que, como tal realidad compleja, no es susceptible de ser tratada, como sucede con otros objetos de naturaleza homogénea, en base a un excluyente monismo metodológico, ni tampoco con la metodología propia de otros ámbitos de la investigación científica, de diferente naturaleza, sino que exige un flexible y abierto pluralismo metodológico, adecuado, en todo caso, a su particular modo de ser (39).

## 2. Insuficiencia y limitación de los resultados de la Teoría General del Derecho

- a) En virtud de su específico planteamiento, la Teoría General del Derecho no alcanza el nivel de la investigación filosófica, la cual, en el plano del conocimiento jurídico, ha girado fundamentalmente en torno al tema de la esencia del derecho y de los valores o fines que éste ha de realizar.

Prueba de ello es que *los contenidos de la investigación ético-material del derecho* que la Filosofía jurídica ha venido desarrollando por espacio de más de dos milenios bajo diferentes denominaciones (Filosofía política, Derecho natural, Filosofía del Derecho, Axiología, Estimativa jurídica...) y *las formas lógicas* estudiadas por la Teoría General del Derecho no se corresponden —o, mejor dicho, no acaba de verse la correspondencia y conexión lógica que debería existir entre ellos— en cuanto materia y forma de una misma realidad, el Derecho, que hay que estudiar y comprender en su plenitud.

Ello, por lo demás, no es extraño y constituye el resultado lógico de haberse elaborado ambos estudios (el ético-material y el lógico-formal) sobre aspectos parciales y diferentes de la realidad jurídica, con actitudes y métodos diferentes también.

La Teoría General del Derecho fracasa, pues, en su pretendido intento de dar una explicación filosófica, totalizadora, de lo jurídico, a partir de los datos suministrados por la ciencia jurídica y a través de un proceso metódico comparativo, inductivo y generalizador (40). El concepto y las formas

(37) *Op. cit.*, págs. 30 y 31.

(38) Cfr. Henkel, Henrich: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fundamentos del Derecho, trad. esp. de Enrique Gimbernat Ordeig. Tauris Ed., S. A., Madrid, 1968, págs. 133, 134, 275, 481 a 489, 680 y ss.

(39) Cfr. Hernández Gil, Antonio: *op. cit.*, págs. 403(6), 404(5), 405(6 y 8), 406(10) y 406(14).

(40) Cfr. Hurtado Bautista, Mariano: *Filosofía del Derecho*, en Nueva Enciclopedia jurídica. Ed. Francisco Seix, S. A. Barcelona, 1958, pág. 813.

«Advertimos inmediatamente —dice Cotta— que la ciencia jurídica (particularmente, en este caso, la Teoría General del Derecho) trabajando con el mismo material jurídico —compuesto de leyes, costumbres, sentencias, negocios jurídicos, instituciones jurídicas, etc.— no nos ofrece una respuesta unívoca acerca



fundamentales del Derecho son de una indudable importancia para la ciencia jurídica, que tiene que servirse de dicho aparato lógico-conceptual para el desenvolvimiento de su tarea específica, pero dichas formas y conceptos no pueden alcanzarse sólo desde el ámbito propio de la ciencia jurídica, ni, por supuesto, con los métodos específicos de la misma. Ello constituye una tarea que trasciende con mucho la misión y las posibilidades mismas del pensamiento científico (41), para situarse plenamente en la órbita de la reflexión filosófica (42).

- b) Dentro del ámbito de los conceptos y de las formas del Derecho, el pensamiento jurídico ha distinguido aquellas categorías que tienen una validez permanente de aquellas otras que sólo poseen una significación circunstancial e histórica (43). Ahora bien, la aproximación a ese límite y, de modo más concreto, el alcance y aislamiento, con un cierto margen de certeza, de los conceptos y de las formas esenciales del Derecho, para su consideración y estudio, constituye una empresa de vuelo filosófico que no puede llevarse a cabo desde los exclusivos supuestos del conocimiento empírico y con la sola ayuda de sus específicos métodos.

Conviene advertir al respecto que las mismas ciencias positivas no progresan en un proceso lineal, a ciegas, plegadas sólo a los datos de la experiencia sensible y teniendo como único punto de referencia el contacto con los fenómenos empíricos, sino que se despliegan en un proceso dialéctico, allanando e iluminando previamente su camino con la luz de una hipótesis, racionalmente fundada, en base a la cual se contrastan y valoran los datos que arroja la experiencia, al mismo tiempo que, en función de esos mismos datos, se confirma o se deshecha la hipótesis. Por ello, no tiene nada de extraño que si la Teoría General del Derecho se articula exclusivamente, tal como han venido defendiendo sus cultivadores, a partir de los datos empíricos que le proporcionan las ciencias jurídico-positivas y sirviéndose sólo de métodos del mismo signo, dicha teoría apa-

---

de qué cosa sea el Derecho... (Esta consideración se hace, dice Cotta, a la vista de) las tres teorías generales que tienen mayor difusión en nuestra área cultural, y que son:

1. La teoría normativa;
2. la teoría institucional;
3. la teoría relacional,

las cuales reciben su nombre de la categoría (norma, institución, relación jurídica) que según cada una de ellas permite comprender mejor qué cosa sea el Derecho y reconducir a su unidad lógica el material jurídico, tan diverso en apariencia, sobre el cual trabajan». *Op. cit.*, pág. 78. Cfr. págs. 83, 84, 86 y 87.

Cfr. Bobbio, Norberto: *Teoria generale del Diritto e teoria del rapporto giuridico*, cit., págs. 53 y ss.

(41) De modo contundente concluía Schreier: «Así como la geometría no puede definir el espacio (nunca encontramos en los manuales de geometría definiciones del espacio, aun cuando la geometría sea la ciencia del espacio), la ciencia jurídica no puede definir el Derecho». *Op. cit.*, págs. 28 y 29. Cfr. págs. 30 y 31.

(42) Cfr. del Vecchio, Giogio: *Op. cit.*, págs. 276 y 277. Graneris, Giuseppe, *Op. cit.*, págs. 5 y ss.

(43) Cfr. Reinach, Adolf: *Op. cit.*, págs. 21 a 29. Villey, Michel: *Kant dans l'histoire du Droit*, en «Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit». Ed. Dalloz, París, 1962, págs. 262 y ss. Hernández Gil, Antonio: *Op. cit.*, págs. 89, 90, 197, 198, 407. Recaséns Siches, Luis: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 12. Recuerda Henkel que «en los "topoi" orientadores de la conformación del Derecho existen contenidos de significación y vigencia supratemporal junto a otro de condicionamiento histórico-espacial. Con su ensamble y con su variada influencia sobre el contenido jurídico, éste se incorpora momentos de la una y de la otra índoles. Por tanto, en la estructura del derecho se hallan fundidos entre sí *absolutividad* y *relatividad*, *permanencia* y *mutabilidad*, en una inabarcable variedad de elementos», *op. cit.*, pág. 692.

rezca desprovista de un punto de referencia para determinar con certeza qué conceptos y formas tienen una significación puramente contingente e histórica, y qué otros corresponden de modo necesario, fundamental, a la esencia del Derecho.

- c) De lo anteriormente dicho se desprende fácilmente que los conocimientos propios de la Teoría General del Derecho no llegan en rigor a adquirir condición filosófica, entre otras cosas, porque no pueden darnos explicación bastante acerca del carácter esencial, permanente, de las formas lógicas que estudia. La Teoría General del Derecho queda así configurada como el supremo grado de abstracción y generalización del conocimiento científico (dogmático y sociológico) del derecho, ocupando, como observó ya Cammarata (44), una posición intermedia entre la Ciencia jurídica y la Filosofía del Derecho (45), posición intermedia que patentiza sus limitaciones en orden al conocimiento filosófico.

A la vista de la insuficiencia de planteamiento, de método y de resultados de que, desde la perspectiva de la Filosofía jurídica, adolece la Teoría General del Derecho, se ha evidenciado cada vez con más claridad y se ha dejado sentir con más fuerza la necesidad de replantear la tarea iniciada por ella a partir de supuestos rigurosamente filosóficos, ontológicos (46) —a partir de la realidad del derecho considerada en su plenitud, en cuanto ser ideal-real, y penetrando en el estrato más profundo de la esencia, del sentido y del fin del Derecho—, si de verdad

(44) *Limiti tra formalismo e dommatica*, Catania, 1936, págs. 8 y 9.

(45) De este modo la distinción entre Filosofía del Derecho y Teoría general del Derecho —que constituye un conocimiento científico pero no filosófico— aparece claramente reflejada en la doctrina actual.

Kelsen señala en este sentido: «La teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo, del Derecho positivo en general y no de un Derecho en particular... Procura determinar qué es y cómo se forma el Derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. *Es una ciencia del Derecho y no una política jurídica...* se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el Derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del Derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del Derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado». *Teoría pura del Derecho*, cit., págs. 15, 63 y 64. Cfr. págs. 67 y 68. En otro lugar observa Kelsen: «Creo que la Filosofía del Derecho y la Teoría general del Derecho poseen igualmente su razón de ser. *La Filosofía del Derecho* trata de responder a la pregunta de qué reglas debe el derecho adoptar o establecer; dicho de otro modo, su objeto específico es el problema de la justicia. Dado que la justicia es un postulado de la moral, la Filosofía del Derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética... Por el contrario, *la Teoría general del Derecho* tiene por objeto el Derecho tal como es de hecho, es decir, el Derecho positivo tanto nacional como internacional. Su finalidad consiste en analizar la estructura del Derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales para el conocimiento del mismo». *Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?*, en «Archives de Philosophie du Droit», núm. 7, Sirey, Paris, 1962, pág. 131.

Bobbio indica: «La Teoría general del Derecho es una ciencia formal, pero sus conceptos no son ni «a priori», ni universales; lo que quiere decir, para quien distingue filosofía y ciencia en base a los atributos de la aprioridad y de la universalidad, que la Teoría general del derecho no es filosofía». *Filosofía del Diritto e Teoría generale del Diritto*, cit., pág. 48. Cfr. págs. 33 a 41, 45 a 48, 50 a 52.

Para Bagolini mientras que «la tarea de la *Filosofía del Derecho* consiste precisamente en aclarar los fines últimos de los que depende la actividad interpretativa y técnica del jurista..., una *Teoría general del Derecho* es (sólo) una sistematización de los conceptos fundamentales utilizados en las diferentes ciencias jurídicas particulares». *Philosophie du Droit et Théorie générale du Droit*, en «Archives de Philosophie du Droit», vol. cit. págs. 88 y 89.

(46) La Filosofía del Derecho se presentó ante todo como un conocimiento de ontología regional. Como observa Maihofer, la *ontología jurídica* no pregunta por el «ser en general» (ontología fundamental), ni por el «ser de los entes en su totalidad» (ontología universal), sino que constituye «un saber acerca del ser de un determinado ámbito de los entes intramundanos: del ámbito de lo jurídico. La ontología jurídica constituye así una ontología regional». *Recht und Sein*. Prolegomena zu einer Rechts-ontologie, Frankfurt am Main, 1954, pág. 53.

esa consideración lógico-formal del Derecho no quiere frustrarse como auténtico estudio filosófico y verse reducida a una simple teoría del Derecho positivo (47)

#### IV. LA TEORIA FUNDAMENTAL DEL DERECHO COMO ALTERNATIVA FILOSOFICA A LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

##### 1. *Viraje y aproximación del pensamiento jurídico hacia la Teoría Fundamental del Derecho*

Si la Teoría General del Derecho no es concebible sin Ihering y su «método histórico-natural» para la elaboración de una «química del Derecho», sería también este mismo jurista, en su «segunda época» —la definida por sus obras *El fin en el Derecho*, *La lucha por el Derecho* y su concepto del «interés»—, el que imprimiría al pensamiento jurídico un viraje que va desde el formalismo logicista de la jurisprudencia conceptual a la preocupación por los contenidos materiales del Derecho, subrayando que las categorías jurídicas no son puras abstracciones lógico-formales, sino que aparecen vinculadas al fin del Derecho, a la vida de la sociedad, y determinadas por ellos (48). Con ello marcaba, según palabras de Stammler (49), la transición a la moderna Filosofía del Derecho.

Sin embargo, la prolongación y el replanteamiento de la temática de la Teoría General del Derecho, si bien desde supuestos en parte diferentes, la encontramos, dentro todavía del movimiento positivista, en el programa de la *Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales* de Austin (50), Bierling (51) y Somló (52), con su pretensión de encontrar las formas fundamentales que se hallan en la base de todo derecho, sin necesidad de inducirlas de la ciencia jurídica, ni del derecho positivo que le sirve de base. En este sentido la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales supone una prolongación de la temática de la Teoría General del

(47) Henkel puntualiza en este sentido: «El error funesto del positivismo jurídico fue el de suponer que con el análisis conceptual del Derecho positivo, con la elaboración de conceptos generales, con la sistematización del material jurídico dado y con el desarrollo de las reglas de aplicación del Derecho se había alcanzado la meta final que se podía esperar del esfuerzo por fundamentar el Derecho. Ello era desconocer que este esfuerzo tiene que penetrar en un estrato más profundo y extenderse a un planteamiento aún más general del problema: al problema de la *esencia, el sentido y el fin del Derecho*. Aquí no se trata ya de elaborar, en base al material de los órdenes jurídicos positivos, aquello que posee validez general, sino de aprehender el Derecho como un fenómeno social fundamental que se presenta en todas las sociedades humanas». *Op. cit.*, pág. 17.

(48) En relación con la «primera época» de Ihering. Cfr. su obra: *El espíritu del Derecho romano*, vol. III, 5.ª ed., trad. esp. de Enrique Príncipe y Satorres, Casa ed. Bayly-Bailliere, S. A. págs. 23 y ss., en especial 30 y ss. Respecto de la «segunda etapa» de la vida intelectual de Ihering, cfr. *Der Zweck im Recht*, I Bd. Reprografischer Nachdruck der 4. Aufl. Leipzig, 1909. Georg Olms Verlag, Hildesheim-New York, Betreitkepf & Härtel, Wiesbaden, 1970, en especial págs. 249 y ss. Cfr. Hernández Gil, Antonio: *Op. cit.*, págs. 202 y 203.

(49) *Op. cit.*, págs. 57 y ss.

(50) *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of positive Law*. Ed. by R. Campbell, 2 vols. London, 1911.

(51) *Juristische Principienlehre*. 5 vols. Neudruck der in Verlag I. C. B. Mohr. (Paul Siebeck), erschienenen Aufl. von 1894-1917, Scientia Aalen, 1961; *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Neudruck der Ausgabe Gotha, 1877-1883, Scientia Verlag Aalen, 1965.

Bierling declaraba: «... tenemos que conceder, en relación con este punto, que todos los conceptos y principios fundamentales de que se ocupa la teoría jurídica fundamental son de carácter puramente formal». *Juristische Prinzipienlehre*, vol. I, cit., pág. 1.

(52) *Juristische Grundlehre*, 2.ª Aufl. Leipzig, 1927, en especial págs. 3 y ss.

Derecho, si bien, como expresamente puntualiza Radbruch, oponiendo «a los simples *conceptos jurídicos* generales de validez empírica, *conceptos jurídicos fundamentales*, supuestos de toda ciencia jurídica posible» (53).

En esta misma dirección, si bien dentro ya del proceso intelectual de superación del positivismo jurídico, el formalismo neocriticista, primero, y fenomenológico, después, se abre a la consideración del concepto universal del Derecho y de las formas jurídicas fundamentales. Así, por ejemplo, y desde los supuestos del neocriticismo kantiano, Stammler habla de «conceptos jurídicos puros», de carácter a *priori*, que constituyen «emanaciones inmutables del absolutamente firme concepto del Derecho», distintos de los «conceptos jurídicos condicionados», extraídos y dependientes de los contenidos concretos de un Derecho históricamente dado (54); y Del Vecchio hace de la «investigación lógica del Derecho» —orientada a la determinación del concepto universal del Derecho y de sus elementos esenciales— el primer tema de la Filosofía jurídica (55).

De otro lado, y a partir del apoyo metodológico brindado por la fenomenología de Husserl, Félix Kaufmann (56) y, especialmente, Fritz Schreier (57) —Reinach (58), lo mismo que Schapp, va a desenvolver fundamentalmente una fenomenología material de las instituciones jurídicas— centran su estudio sobre las formas a *priori* del Derecho, pretendiendo fundamentar, según palabras del propio Schreier, «la teoría jurídica pura preconizada por Kelsen y sus discípulos, en la fenomenología de Husserl, a fin de examinar los problemas jurídicos desde un nuevo ángulo visual y, en la medida de lo posible, resolverlos» (59).

De este modo se ha ido perfilando en el horizonte del pensamiento filosófico-jurídico, con mayor claridad cada vez, la idea de que la consideración lógico-formal del Derecho solamente puede cobrar pleno sentido filosófico a partir de un planteamiento ontológico de dicho problema.

En esa línea de pensamiento habría que situar la concepción institucional del Derecho de Hauriou (60), Renard (61) y Delos (62), con raíces en corrientes doctrinales de signo sociológico, pero vinculadas al fenómeno del renacimiento del Derecho natural y abierta a la consideración de los valores éticos (Derecho natural, justicia...). Para la doctrina institucional del Derecho la categoría central del sistema jurídico no es la norma, sino la institución, entendida por Hauriou como «una idea de una obra o empresa que se realiza y perdura en un medio so-

(53) *Op. cit.*, pág. 40.

Cfr. González Vicén, Felipe: *Op. cit.*, págs. 50 y ss.

(54) *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle A. D. S. Buchhandlung des Waisenhauses, 1911, págs. 10 y ss., 268 y ss., 275 y ss.

Cfr. su *Tratado de Filosofía del Derecho*, cit., págs. 5 y ss.

(55) Cfr. su *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 276 y ss.

(56) *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1922; *Die Kriterien des Rechts*, Tübingen, 1924.

(57) *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, cit.

(58) *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, cit.

(59) *Op. cit.*, pág. 17. Cfr. las págs. 25, 31, 32, 39, 40, 42, 80, 81, 132 y ss.

(60) Entre las obras cabe destacar: *La science sociale traditionnelle*, 1896; *L'institution et le droit statutaire*, 1906, y *La théorie de l'institution e de la fondation* (Essai de vitalisme social), en «Cahiers de la nouvelle journée», núm. 4, 1925, págs. 1 a 45.

(61) *Entre l'individualisme et le sociologisme: la théorie de l'institution*, en «L'Aube Nouvelle», 1929; *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, París, 1930; *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, 1933.

(62) *La théorie de l'institution*, en «Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique», 1931. *La communauté internationale et les principes du droit public*, París, 1929.

cial» (63); y por Renard como «la comunión de los hombres en una idea» (64). La institución, que tiene una significación material, objetiva, constituye para este pensamiento el origen, y no el producto, de las normas jurídicas: «son las instituciones —diría Hauriou— las que engendran las normas jurídicas, y no éstas las que crean las instituciones» (65).

Junto a la corriente institucionalista hay que citar los intentos de Dabin (66) y de Roubier (67) de construir una Teoría General del Derecho, en donde la consideración de la realidad jurídica aparece referida a la justicia y a otros valores de significación ética, vigentes en el contexto histórico cultural en que se desenvuelve el Derecho (68). Roubier hace así de la idea de «situación jurídica» —entendida como «un conjunto de derechos y deberes, de prerrogativas y de obligaciones que surge en torno a un hecho, a un estado o a un acto capaz de producir efectos jurídicos»— el centro de su Teoría General del Derecho (69).

Igualmente han subrayado la necesidad de un planteamiento ontológico respecto de la comprensión del Derecho —si bien desde diferentes supuestos epistemológicos— Wolf (70), Coing (71), Maihofer, García Máynez (73) y otros (74), poniendo de relieve la posibilidad y la necesidad de armonizar el estudio lógico-formal del Derecho con una consideración ético-material del mismo, conjurando toda sospecha o temor de que la primera investigación pueda destruir u oscurecer la significación moral propia de lo jurídico (75).

En una dirección paralela habría que citar a Hart, cuya obra (76) constituye un

(63) *La théorie de l'institution et de la fondation*, cit., pág. 10.

(64) *La théorie de l'institution*, cit., pág. 95.

(65) Sobre la teoría de la institución, cfr. Corts Grau, José: *George Renard y su doctrina de la institución*, en «Revista de Derecho Público», Madrid, 1934; Ruiz Giménez Cortes, Joaquín: *La concepción institucional del Derecho*. Instituto de Estudios Político, Madrid, 1944; Galán y Gutiérrez, Eustaquio: *Op. cit.*, págs. 28 y ss.; Cotta, Sergio: *Op. cit.*, págs. 79 y ss.; Rodríguez Arias Bustamente, Lino: *La teoría institucional del Derecho*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», número 12, fasc. 1.º, Granada, 1972, págs. 37 y ss.

(66) *Théorie générale du droit*. Bruxelles, 1944.

(67) *Théorie générale du droit*, 1946.

(68) Acerca de estas dos obras, cfr. Bobbio, Norberto: *Due teorie generali del diritto in lingua francese*, en «Studi sulla Teoria generale del Diritto», cit., págs. 109 y ss.

(69) Cfr. Frosini, Vittorio: *Teoria generale del Diritto*, pág. 7.

(70) *Naturrecht*, in «Theologischen Handwörterbuch», cit. por Brunner, Emil: *Gerechtigkeit, Eine Lehre von der Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, Zwingli-Verlag, Zürich, 1943, pág. 321.

(71) *Op. cit.*, pág. 22. Coing denuncia ahí la esterilidad de una concepción general y formal del Derecho, de base puramente empíriológica, subrayando la necesidad de una consideración material del mismo.

Cfr. la 2.ª ed. de sus *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1969, pág. 346.

(72) *Recht und Sein*, cit., pág. 122.

(73) *La definición del derecho*. Ensayo de perspectivismo jurídico, México, 1951.

(74) Cfr. Frosini, Vittorio: *Teoria generale del diritto*, cit., pág. 7. *La estructura del derecho*, cit.

Dreier, Ralf: *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, en «Rechtstheorie», 2 Bd. Heft 1, 1971. Berlin, en especial págs. 47 y ss.

(75) Cfr. Legaz y Lacambra, Luis: *La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico, I*, en «Anuario de la Filosofía del Derecho», tomo V. Madrid, 1957, págs. 76 y 83; Puy Muñoz, Francisco: *El problema de la lógica jurídica*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», tomo X, Madrid, 1973, págs. 86, 87, 92 y ss.

(76) *The concepts of Law*, Oxford University Press, 1961, en especial los caps. VIII y IX, págs. 151 y ss., 181 y ss. Hay trad. esp. de Genaro R. Carrió, *El concepto del Derecho*, 2.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

Acerca de Hart, cfr., entre otros, Mario A. Cattaneo, *Il diritto naturale nel pensiero de H. L. A. Hart*, en «Revista Internazionale di filosofia del Diritto», anno XLII, serie III, 1965, págs. 673 y ss.

Lon L. Fuller, *La moral del Derecho*, Ed. F. Trillas, S. A., México, 1967, págs. 148 y siguientes.

Eliás Díaz, op. cit., págs. 364 y ss.

intento crítico de mediación entre positivismo y iusnaturalismo —relativizando ambas categorías— y en donde se conjugan, en el estudio del Derecho, la investigación sociológica, el análisis del lenguaje y la apertura a un iusnaturalismo moderado o crítico.

Dentro de esta orientación del pensamiento jurídico de significación material, se ha hablado de una *Teoría Fundamental del Derecho*, como un capítulo de la Filosofía jurídica, cuyo objeto sería la investigación del concepto y de las formas esenciales del Derecho. Dicho tema aparece explícitamente formulado con esos mismos términos en las obras de García Máynez (77) y de Recaséns Siches (78), constituyendo, con denominaciones parecidas o análogas, y con planteamientos y alcances diferentes, uno de los temas centrales de la preocupación filosófico-jurídica del momento actual (79).

## 2. Significado y función de la Teoría Fundamental del Derecho

La Teoría Fundamental del Derecho constituye aquel capítulo de la Filosofía jurídica que tiene por misión el estudio lógico-formal del Derecho o, lo que es lo mismo, la comprensión, en una preceptiva totalizadora, del concepto del Derecho y de los conceptos y formas jurídicas fundamentales (80).

Su objeto viene constituido, dice Recaséns, por los «conceptos jurídicos puros, necesarios, que no expresan realidades creadas contingentemente por los hombres en determinada situación histórica, sino que, por el contrario, pertenecen a la esencia de lo jurídico pura y simplemente, y, por eso, son comunes a todas las regulaciones de Derecho y a todo conocimiento científico de éstas» (81). «A tal serie de conceptos fundamentales —añade Recaséns— pertenecen, por ejemplo, los de precepto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico, personalidad, supuesto jurídico, consecuencia jurídica, sanción, legalidad, ilegalidad, relación jurídica, objeto jurídico. Estos conceptos —continúa diciendo Recaséns— no tienen un origen empírico ni una índole contingente, sino que, por el contrario, están necesariamente comprendidos por la esencia de lo jurídico, y pertenecen a todas las manifestaciones reales o posibles del Derecho; esto es, constituyen ineludiblemente el armazón universal de todo Derecho» (82).

Entendido en ese sentido y con ese alcance, el programa de la Teoría Fundamental del Derecho sólo podría articularse con auténtico vuelo filosófico a partir de un planteamiento rigurosamente ontológico del mismo, es decir, a partir del estudio de la dimensión ético-material del Derecho, para desde ahí ascender al hallazgo y a la formulación del concepto del Derecho y de las formas esenciales de lo jurídico, toda vez que dichas formas —de modo más o menos inmediato—

(77) *Introducción al estudio del Derecho*, 16.ª ed. Ed. Porrúa, S. A. México, 1967, pág. 119.

(78) *Tratado general de Filosofía del Derecho*, cit., págs. 11, 12, 16, 28, 60 a 162 y 643.

Sobre la significación de la teoría fundamental del Derecho en el pensamiento de Recaséns, cfr. Benito de Castro Cid, *La Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, págs. 75 a 151.

(79) Cfr. al respecto, Díaz, Elías: op. cit., págs. 257 a 267, 404 y ss.

(80) Cfr. Hurtado Bautista, Mariano, op. cit., pág. 813.

(81) *Tratado general de Filosofía del Derecho*, pág. 12, cfr. págs. 11, 12 y 28.

(82) Prólogo a la trad. esp. de la obra de Fritz Schreier: *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, cit., págs. 7 y 8.

En análogo sentido, cfr. Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Jus. México, 1954, págs. 127 y ss.

están determinadas y han de ser entendidas en función de los contenidos ético-materiales del Derecho. En este sentido entiende A. Kaufmann (83) que las formas históricas que reviste el Derecho no tienen en sus rasgos permanentes una significación puramente casual o arbitraria, sino que constituyen formas estructurales ontológicas que se enraizan en el modo mismo de ser del Derecho, en donde encuentran su explicación más exacta y su justificación última. Quiere ello decir que las formas históricas que reviste el Derecho constituyen, en sus rasgos permanentes, una dimensión ontológica de lo jurídico, pues el Derecho no es mera esencialidad, pura materialidad ética, sino una dualidad inseparable y necesaria de esencia y de existencia, de legitimidad y de legalidad, de materia y forma. Por esta razón, un estudio lógico-formal del derecho, de rango filosófico, no puede detenerse en el mero descubrimiento de esas estructuras o formas lógicas y en su consiguiente descripción, sino que necesita indagar la razón de ser de esas formas, poniendo de relieve la correspondencia existente entre la dimensión formal y la dimensión ético-material del Derecho, tal como, en un momento de su trayectoria intelectual, subrayó Radbruch (84).

De este modo se salvaría, en definitiva, el hiatus que supone la consideración lógico-formal del Derecho a espaldas a la significación ético-material del mismo, permitiendo llegar así a una contemplación totalizadora, filosófica, del Derecho, en donde quede puesta de relieve la interconexión esencial existente entre su materia y su forma, como dos caras o dimensiones de una misma y única realidad.

### 3. *Supuestos metódicos*

El Derecho constituye una realidad compleja (ideal-real) que hay que comprender como un proceso dinámico que va desde un polo de significación racional, filosófica (legitimidad), pasando por un momento de carácter normativo (legalidad, validez dogmática), hasta culminar y realizarse, existencialmente, en un último momento de naturaleza sociológica, fáctica (eficacia).

A la vista de esto —no debemos olvidar que el método está en función de la naturaleza del objeto a estudiar—, la Teoría Fundamental del Derecho, en su tarea de determinar el concepto del Derecho y los conceptos y formas esenciales de lo jurídico, debería de articularse a partir de una comprensión totalizadora del fenómeno jurídico, en cuanto entidad ideal-real, a un tiempo. Quiere significarse con ello, en definitiva, que la estructura y las formas del Derecho hay que entenderlas, de un lado, en conexión con el sistema de valores (fines) que el Derecho ha de realizar —en este sentido, determinadas estructuras y formas del Derecho constituyen una exigencia directa de la justicia o de la seguridad en cuanto fines del Derecho— y, de otro lado, que hay que buscar, a la vez, la raíz, la explicación de esas formas lógicas que el Derecho reviste en los factores mismos de la vida

---

(83) *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Verlag, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1957, págs. 26 y ss.

(84) Cfr. Bonsmann, Paul: *Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs*, H. Bouvier, u. Co. Verlag, Bonn, 1966, pág. 62.

En sentido diferente, cfr. Bobbio, Norberto: *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, cit., pág. 8, y *Filosofía del Diritto e Teoria generale del Diritto*, cit., págs. 34 y ss.; Frosini, Vittorio: *La struttura del Derecho*, cit., pág. 90.

social («naturaleza de la cosa») a los que el Derecho ha de ajustarse y con cuya significación real, material, el Derecho tiene que contar (85).

De ahí, que el proceso metódico a través del cual se constituye la Teoría Fundamental del Derecho precise desenvolverse en un doble plano: de un lado, en estrecha conexión con ese capítulo de la Filosofía del Derecho que tiene por objeto la investigación de los valores, de los fines que debe realizar el Derecho (Derecho natural, Axiología o Estimativa jurídica); de otro lado, en íntimo contacto con los datos empíricos, normativos y fácticos, que le proporciona la ciencia jurídica.

Veamos por separado la significación y el alcance de esos dos momentos:

- a) Ante todo hay que insistir en que un planteamiento filosófico, ontológico, de la Teoría Fundamental del Derecho —el cual presupone una contemplación totalizadora, plena, del ser del Derecho— no puede quedarse reducido al estudio de la dimensión formal, lógica o estructural del mismo (86), sino que tiene que penetrar, en su desenvolvimiento, hasta el núcleo material del Derecho, pues los valores, los fines que sirve el Derecho, no son sólo trascendentes al mismo, sino que, en la medida en que son asumidos y realizados de algún modo por él, le son también inmanentes y devienen, desde ese momento, factores constitutivos del Derecho.

A este respecto interesa advertir que la referencia a ese cosmos de valores, hacia los cuales el Derecho se orienta y en cierta medida realiza, no entraña, como piensa Bobbio (87), recaída en el formalismo, ni en el relativismo. Hoy se admite como posible la racionalidad y, por lo mismo, la objetividad, en el conocimiento de los valores —incluida la justicia—, si bien, entendiendo dicho conocimiento no como «algo cerrado y concluso en un momento cualquiera del tiempo, sino como un proceso siempre abierto y en constante perfeccionamiento» (88). En definitiva, la idea central que tratamos de desarrollar se resume en la necesidad de conectar y fundamentar la investigación lógico-formal del Derecho en la ético-material, pues aquélla ni absorbe, ni excluye, ni sustituye a ésta, como en alguna ocasión pudo pensarse, sino que la presupone, encontrando en el proceso de su integración en conexión con la misma su auténtico rango filosófico y sus perspectivas más fecundas.

Desde el punto de vista de este planteamiento tendríamos entonces que el

(85) En este sentido, cfr. Henkel, Heinrich: op. cit., en especial pág. 471 y ss.

(86) Así aparece, por ejemplo, bajo la denominación de «*ontología jurídica*» en las obras de Bobbio. Cfr. al respecto: *Per una classificazione delle norme giuridiche*, en «*Studi per una Teoría generale del Diritto*», cit., pág. 30; *Teoría della norma giuridica*, cit., págs. 233 y ss.

Cfr. Díaz, Elías: op. cit., págs. 262, 263, 26, 349, 388 y ss.

Esta actitud puede encontrar su fundamentación en el plano de la filosofía general, en donde, para determinadas corrientes del pensamiento moderno, la *ontología* —separada de «*metafísica*»— se configura como aquel capítulo de la teoría de la realidad que estudia la forma del ser. La ontología sería así «la teoría de la forma del ser». El objeto de la ontología, dice Hessen, «es el ente desde el punto de vista de su estructura más general... La ontología investiga inclusive los conceptos más generales del ser, y con ello pone los fundamentos de todas las ciencias del ser, ciencias que, por tanto, dependen lógicamente de la ontología, estrictamente en la ontología». *Tratado de Filosofía*, trad. esp. del cap. «Teoría de la realidad», de Lucía Piossek Previsch, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1970, pág. 708; cfr. págs. 707, 714, 715, 723 y ss.

(87) Cfr. *Due teorie generali del diritto in lingua francese*, cit. págs. 109 y ss. en especial págs. 112 y ss., y 120 y ss.

(88) Díaz Elías: op. cit., págs. 409 y 410, cfr. págs. 400 a 423.



*Derecho natural* —que, como es sabido, no excluye la consideración del Derecho positivo, sino que, por el contrario, se preocupa de subrayar la continuidad lógica y ontológica existente entre ambos— y la *Teoría Fundamental del Derecho*, en cuanto capítulos fundamentales de la *Filosofía del Derecho*, no constituyen dos saberes inconexos, sino dos dimensiones, dos puntos de vista —que recíprocamente se requieren y complementan— de considerar la misma y única realidad del Derecho. Así nos encontramos, de un lado, con que el estudio del Derecho natural y la comprensión de su temática requiere del concurso de una serie de categorías jurídicas —ley, norma, relación jurídica, sujeto de derecho, deber jurídico, Derecho subjetivo, sanción, etc.— cuyo estudio específico es tarea propia de la Teoría Fundamental del Derecho (89); de otro lado tenemos —y ello es lo que más interesa aquí al objeto de nuestro estudio— que la razón de ser, la fundamentación radical, filosófica, última, de esas categorías, sólo es posible encontrarla a través de un planteamiento ético-material de la Teoría Fundamental del Derecho, porque, como indicábamos con anterioridad, determinadas estructuras y formas del Derecho constituyen una exigencia de la justicia o de la seguridad, en cuanto fines del Derecho, y sólo pueden ser suficientemente explicadas y justificadas desde el nivel filosófico propio de los fines del Derecho.

Como muestra de ello, y a título de ejemplo, baste reflexionar sobre la significación de los siguientes temas:

- *El carácter general y abstracto de la norma jurídica* que encuentra su fundamentación filosófica en las notas de la justicia y en las exigencias de la seguridad jurídica, en cuanto fines del Derecho. La igualdad, en cuanto nota especificadora de la justicia, explica suficientemente el carácter general de la norma jurídica; la idea de seguridad jurídica justifica, por otra parte, los términos abstractos en que, por lo general, suele expresarse el Derecho (90).
- El proceso de reducción de la pluralidad de las fuentes materiales del Derecho al sistema unitario de fuentes formales en que consiste el *ordenamiento jurídico*; proceso al que en modo alguno son ajenas las exigencias de la seguridad jurídica, al pretender encontrar un punto ideal de imputación con referencia al cual sea posible determinar, de modo indubitado, el Derecho formalmente válido.
- La significación de la *relación jurídica* en cuanto dimensión ontológica del orden jurídico (el Derecho sólo puede realizarse bajo la forma de relación jurídica, estableciendo relaciones jurídicas), que encuentra su

---

(89) Cfr. Rabruch, Gustavo: *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 40, 50 y 51; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Wenceslao Roces, 3.ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, págs. 48 y 49. Recaséns Siches, Luis: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, cit. Preciado Hernández, Rafael: op. cit., págs. 127 y ss.

(90) Radbruch, Gustavo: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 47.

Cfr. Bobbio, Norberto: *Teoría della norma giuridica*, cit., págs. 233 y 234; *Per una classificazione delle norme giuridiche*, cit., págs. 25 a 27.

Estas ideas aparecen desarrolladas con mayor amplitud en mi trabajo *Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica*, en el vol. *Filosofía y Derecho*. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau, T. II. Universidad de Valencia, Valencia 1977, págs. 1 y ss.

fundamentación última en la «alteridad», como nota propia de la justicia (*iustitia est ad alterum*) (91).

- Muchos principios y formas esenciales de la *institución del proceso* encuentran su raíz y justificación última en las ideas de justicia (imparcialidad e independencia del juez, igualdad de las partes en el proceso, derecho del acusado a ser oído y a defenderse ante el tribunal antes de ser condenado...) y de seguridad jurídica (sumisión del juez a la ley, principio de legalidad de los delitos y de las penas en su proyección procesal, publicidad de las actuaciones procesales, medidas de aseguramiento de la prueba y de ejecución de la sentencia, constancia de los actos procesales, firmeza de la cosa juzgada, unidad y continuidad de la jurisprudencia, etc.) en cuanto fines del Derecho (92).

- b) La Teoría Fundamental del Derecho precisa desenvolverse, de otro lado, en contacto directo con el Derecho positivo y las ciencias que hacen del mismo su objeto.

Dicho contacto, que constituye una exigencia metodológica, como de inmediato vamos a ver, contribuiría a acabar con la inexplicable situación a que frecuentemente se ha llegado de encontrarnos con una Filosofía del Derecho desconectada de los problemas reales, vitales, del Derecho y de la Ciencia jurídica (93), y con una Ciencia jurídica completamente desinteresada de la Filosofía del Derecho.

En el desarrollo de su programa, la Teoría Fundamental del Derecho precisa del contacto con los hechos, con la experiencia jurídica —la esencia se percibe a través de la existencia— y un constante diálogo con las ciencias jurídicas, especialmente con la Dogmática y la Teoría General del Derecho —que, como anteriormente se ha indicado, no constituye un saber filosófico sino científico—. La Teoría Fundamental del Derecho recoge los datos que le proporcionan el Derecho positivo y la ciencia jurídica (Dogmática y Teoría General del Derecho, especialmente), esto es, las estructuras y las formas que ha revestido y reviste el Derecho

---

(91) S. Th. II-II. q. arts. 2 y 10.

Cfr. mi art. *Relación jurídica y cambio social*. Comunicación presentada al Congreso Mundial de filosofía jurídica y social. Madrid, septiembre de 1973, y publicado en «Anales de la Universidad de Murcia», Vol. XXX, núms. 1-2, curso 1971-72, págs. 16 y 17.

(92) Cfr. Coing, Helmut: op. cit. págs. 251 y ss. Henkel, Heinrich: op. cit., págs. 551 y ss.

(93) Aún poseen actualidad las palabras de Bergbohm, de que «a pesar de la intensidad que tuvo en otras épocas, la colaboración de la filosofía en la solución de los problemas del Derecho ha sido cada vez menor en el curso de los últimos años», cit. por Schreier, Fritz: op. cit., págs. 19 y 20.

Bobbio subraya la necesidad del contacto del conocimiento filosófico con el científico en los siguientes términos: «Si la ciencia es toma de posesión y la filosofía es toma de posición, no puedo, en modo alguno, pensar en una toma de posición que no se funde sobre una previa toma de posesión. Si tomo posición frente a una realidad cualquiera sin conocerla, es decir, sin saber de ella todo lo que el conocimiento científico permite saber, mi toma de posesión, es arbitraria y, por tanto, ineficaz, subjetiva y carente de fuerza convincente para los demás». *Teoría della scienza giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1950., págs. 23 y 24.

Legaz, por su parte, advertía que «la filosofía no puede tener un campo de acción distinto del de la ciencia. Cuanto más contacto con el saber científico tenga un filósofo —dice—, tanto más sólida y eficaz será su filosofía. Quien abandona la ciencia termina o en la retórica o en el solipsismo». *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 17. Cfr. Díaz, Elías: op. cit., págs. 338 y ss.

positivo (94), y los pone en contacto con los valores, con los fines que el Derecho debe realizar y que, en cuanto inmanentes al mismo, lo constituyen y especifican como tal Derecho. La Teoría Fundamental del Derecho busca así en ellos la raíz, el fundamento último, de esas formas y estructuras, fijando su carácter puramente histórico o accidental, o, por el contrario, su significación esencial, fundamental, por razón de la cual se constituyen precisamente en objeto de la Teoría Fundamental del Derecho. Con ello se pretende distinguir y separar en el ámbito de las estructuras y de las formas del Derecho —tarea que no siempre se podrá realizar con un grado de certeza y seguridad total por la naturaleza misma del conocimiento filosófico— lo esencial o fundamental de lo accidental o contingente.

Desde esta perspectiva, la Teoría General del Derecho, en cuanto saber autónomo, específico, se relativiza y diluye para reducirse a un momento del proceso metódico de constitución de la Teoría Fundamental del Derecho, por la que es asumida y trascendida.

---

(94) Cfr. Schreier, Fritz: op. cit., págs. 140 y 141.

Stammler había apuntado ya en este sentido: las «formas puras de las nociones de Derecho (que constituyen para él el objeto de la filosofía jurídica), no son precisamente algo inmanente al hombre; no gozan de una existencia aparte. Sólo se manifiestan dentro de un Derecho históricamente condicionado, y se le revelan a cada individuo en los hechos concretos de su vida jurídica». *Tratado de Filosofía del Derecho*, cit., págs. 6 y 7.



## ONTOLOGIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO \*

*Manuel Atienza*

*Profesor Adjunto de Derecho Natural  
y Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo*

### I

Preguntarse hoy por el sentido de la Filosofía del Derecho presupone, para aclarar y concretizar debidamente la pregunta, la contestación previa a una serie de cuestiones que revisten, a su vez, bastante complejidad.

En primer lugar es preciso plantear la cuestión de si la Filosofía del Derecho ha tenido sentido alguna vez, es decir: si ha estado históricamente justificada. La respuesta no es, ni mucho menos, evidente, pues de lo que se trata no es de demostrar la existencia de una serie de pruebas documentales que atestigüen un tratamiento, a lo largo de la historia del pensamiento, de una serie de temas que hoy (no sin bastantes dudas) consideraríamos pueden incluirse bajo el rótulo de «Filosofía del Derecho»; por el contrario, lo que aquí se pretende averiguar es si tal conjunto de discursos (de preferencia escritos) han estado justificados, si tuvieron entonces (o tienen ahora) algún sentido o cumplieron alguna función importante. Así planteada la cuestión, mi opinión sería la de considerar que no todo lo que ha pasado como Filosofía del Derecho, a lo largo de la historia, puede considerarse culturalmente significativo. Por poner un ejemplo cercano a nosotros, yo diría que mucho de lo que se ha presentado como Filosofía del Derecho en este país, con posterioridad a la guerra civil, no ha estado en absoluto justificado y sólo ha cumplido una función ideológica (nada despreciable, por cierto) de mantenimiento del *statu quo*. Con ello no pretendo decir, claro está, que la Filosofía del Derecho (una vez despojada de su carga ideológica, de uno u otro signo) haya dejado de tener sentido. La Filosofía del Derecho puede hoy tener un sentido, pero no cualquier tipo de Filosofía del Derecho lo tiene; o, si se prefiere

---

\* El presente trabajo, base de la ponencia desarrollada por el autor en las Jornadas de la Universidad de la Rábida, se publica simultáneamente en este volumen y en los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», núm. 15, año 1975, allí con el título de «Ontología del Derecho, versus Metafísica del Derecho».

decirlo con palabras más radicales: no todo lo que pasa por ser iusfilosofía lo es con el mismo derecho.

Lo que parece en todo caso indudable (y lo digo porque se desprende de la anterior elucubración) es la legitimación, por lo menos, de una de las posibles funciones de la Filosofía del Derecho, es decir: la de presentarse como parte de la historia del pensamiento, historia de las ideas jurídicas (y políticas), con todo su significado cultural, en mi opinión importantísimo.

En segundo lugar, me parece necesario situar la pregunta en el marco de la Filosofía general. Si la Filosofía del Derecho es filosofía (es decir, un saber de tipo no científico o técnico), entonces es evidente que el iusfilósofo (o al menos quien pretenda seguir siéndolo) también se ve afectado por las críticas que, en torno al tema de la pretendida «muerte de la filosofía», han surgido en estos últimos tiempos. Como es bien sabido, no han sido únicamente los científicos, sino también los propios filósofos quienes, con cierta frecuencia, se han dedicado a poner en entredicho el sentido de la filosofía (en especial de la filosofía académica) en un mundo en que la tecnología y la ciencia parecen haber desterrado definitivamente (al menos del campo de la razón) cualquier saber de tipo filosófico. Sin entrar en el fondo de la cuestión (obviamente no resulta posible) pienso que este tipo de críticas y autocríticas, cuando no han ido demasiado lejos hasta la defensa de actitudes irracionalistas, han tenido un importante (y doble) efecto: por una parte, negativamente (negativo y positivo no tienen aquí sentido axiológico) han significado la pulverización de las filosofías tradicionales; y por otra parte, positivamente, han contribuido de una forma importante al establecimiento de una nueva actitud filosófica, antidogmática y crítica. Creo que resultaría una saludable paradoja que de la «muerte de la filosofía» pasáramos a una «resurrección de la filosofía» (incluida la de la filosofía académica).

En otro orden de cosas, me parece de suma importancia que el filósofo del Derecho se asome, de vez en cuando, al campo de la Filosofía general, para ver de no ir demasiado rezagado con respecto de ésta. Ello puede ser grave en casos concretos, y signo de un evidente desfase histórico y cultural. Pienso, por ejemplo, en el caso de la actual Filosofía del Derecho española, en donde sólo han tenido una mínima repercusión las dos grandes tendencias filosóficas (filosofía del análisis y filosofía dialéctica) que parecen constituir, sin grandes simplificaciones, y aunque no tienen por qué oponerse necesariamente, los dos grandes focos de atención en la Filosofía general.

Muchas de las cuestiones fundamentales para la Filosofía del Derecho (por ejemplo, la oposición Teoría general del Derecho *versus* Filosofía del Derecho) es evidente que no pueden resolverse sin acudir a la Filosofía general (distinción entre la ciencia y la filosofía). Con ello no quiero decir que la Filosofía del Derecho deban hacerla exclusivamente filósofos, pero sí la necesidad de una formación filosófica. La Filosofía del Derecho (como la Filosofía de las Matemáticas, de la Religión o de la Moral) no puede, o no debe, ser función única ni de juristas ni de filósofos, sino de juristas con formación filosófica, o bien de filósofos con sólidos conocimientos jurídicos (de la ciencia jurídica más que del Derecho positivo). Por otra parte, la Filosofía del Derecho cuenta, en principio, con una cierta ventaja con respecto a la Filosofía general, ya que a aquélla no le sería aplicable una de las críticas más agrias dirigidas contra los filósofos («especiales en "todo" y en "nada"»), haciéndose posible, en el campo del Derecho (y del Estado), la

construcción de una cierta especialidad filosófica, siempre y cuando por especialización no se entienda ir en contra de la necesaria «totalización de saberes» que exige la razón filosófica.

En conclusión, entiendo que la Filosofía del Derecho sí que tiene un sentido y unas importantes funciones que cumplir, pero siempre y cuando se opere una reducción en la misma, es decir: siempre y cuando se separe rigurosa y cuidadosamente de ella lo que no es filosofía; bien porque pertenezca al campo de la ciencia (o de la técnica), bien por tratarse de «ideología» (en el sentido de «enmascaramiento de la realidad»), y de ahí que deba considerarse en las antípodas del discurso filosófico.

Algunas de las condiciones que debería cumplir, en mi opinión, una Filosofía del Derecho actual «con sentido» serían las siguientes:

1. La Filosofía del Derecho debería construirse como crítica al «Derecho Natural» entendiéndolo por tal cualquier concepción metafísica del Derecho. Es obvio decir que la palabra «Metafísica» la entiendo en un sentido peyorativo, es decir, como la pretensión de sustancializar e inmovilizar el saber, y por tanto, en relación con el Derecho, como la pretensión de decir lo que sea lo jurídico o lo justo de una vez para todas, de fundamentar el Derecho en la idea de un orden eterno e inmutable, etc. A pesar de ello, considero que el Derecho natural debe seguir estudiándose (y discutiéndose) como una etapa histórica (importante etapa histórica) en el desenvolvimiento de las ideas jurídico-políticas.  
Es preciso insistir en que la crítica a la Metafísica no implica, según han pretendido algunos científicos «puros» y los propios metafísicos, destrucción de la filosofía; por el contrario, estimo que la filosofía (la filosofía actual) es necesariamente anti-metafísica, o al menos no-metafísica.
2. La Filosofía del Derecho no es un tipo de saber científico, no es teoría general del Derecho (tampoco Sociología jurídica). Por esta razón, la filosofía debe enfrentarse con el positivismo estricto, con el sociologismo teórico y con algunos representantes de la filosofía del análisis. De cualquier forma, el peligro de identificación de la filosofía con la Teoría general del Derecho (*Jurisprudence* en el ámbito anglosajón) reviste menos gravedad que la primera deformación y ha hecho mucho bien, erradicando del campo de estudio del Derecho muchos prejuicios metafísicos, e incluso (indirectamente) poniendo de manifiesto la necesidad que tiene la filosofía de apoyarse en la ciencia. No hay que olvidar tampoco que con el rótulo de «Teoría del Derecho» (u otros parecidos) se hace con frecuencia filosofía (no sólo filosofía, claro está).
3. La afirmación de que «la filosofía es política» (Gramsci) debería tener un especial sentido en el caso de la Filosofía del Derecho. Creo que nuestra disciplina debería construirse, de manera muy importante, como «filosofía de la praxis» jurídica, política, social..., con pretensiones de transformar la realidad y de asumir la grave responsabilidad política del «intelectual orgánico». El cambio social o el estudio del Derecho y la revolución pueden ser algunos de los temas más importantes de la Filosofía del Derecho que, en este aspecto, debería seguir muy de cerca a la Sociología.

3. Finalmente, con referencia a la Iusfilosofía actual en España, me parece absolutamente urgente emprender una tarea de renovación, que tal vez haya empezado ya.

Anteriormente me he referido a la conveniencia de establecer contactos con las más importantes tendencias de la Filosofía general, así como con otras filosofías del Derecho, más allá de nuestras fronteras. Creo que sería necesario, también, plantearse otras cuestiones que pueden afectar a la propia «sustancia» de la disciplina, como sería su posible transformación en «Filosofía del Derecho y del Estado». Si la filosofía supone «totalización» o referencia a las «totalidades concretas», entonces tal vez lo que tenga más sentido sea una Filosofía jurídico-política (ello parece claro, al menos en el ámbito histórico), sin excluir una cierta especialización jurídica o política. Lo cual podría tener consecuencias bastante importantes sobre la práctica inmediata: por ejemplo, obligaría a replantearse el lugar donde deba impartirse dicha disciplina (¿en las Facultades de Derecho, en las de Ciencias Políticas, o quizá con carácter interfacultativo?).

La cuestión administrativa, así como la propia pedagogía de la asignatura, tampoco deberían dejarse en un lugar secundario. La renovación de los sistemas de enseñanza (necesaria en toda la Universidad española) es indispensable si se pretende ir más allá de los tópicos y hacer que la Filosofía del Derecho pueda, realmente, propiciar actitudes críticas y abiertas. La tarea es, sin duda, difícil y áspera, pero no imposible, especialmente si se tiene en cuenta que la filosofía también es, y entre otras cosas, cuestión de imaginación.

## II

Una vez aceptado que la Filosofía del Derecho puede seguir teniendo un sentido, Filosofía del Derecho entendida, aquí, con el carácter estricto al que antes me he referido, deseo ocuparme (aunque sea muy brevemente) de lo que en mi opinión podría constituir el contenido de la misma. En principio, me parece válido el esquema que, recientemente, ha defendido el profesor Elías Díaz, distinguiendo en la Filosofía del Derecho: una Teoría de la ciencia jurídica, una Axiología jurídica y una Ontología jurídica. No obstante, voy a hacer una serie de aclaraciones previas (aclaraciones, naturalmente, a mi propia postura) para intentar justificar dicha clasificación.

Para empezar, debo decir que, para mí, la clasificación (válida y útil) es, en buena medida, convencional. Me explicaré: Probablemente, entre la ciencia y la filosofía pueda trazarse una frontera clara, basada en criterios rigurosos y estrictos (no inmutables, claro está, sino dinámicos, de manera que permitan ir incorporando, a uno u otro campo, los nuevos aportes científicos o filosóficos); sin embargo, me parece que no tendría mucho sentido un corte (aunque no sea en el sentido de «corte epistemológico») radical entre las diversas partes de la filosofía. La Filosofía (la Filosofía del Derecho) no es ni la suma lógica, ni el producto lógico de sus partes que, a su vez, tampoco guardan entre sí relaciones de exclusión, entre otras cosas porque la filosofía no es (no puede ser) un conjunto cerrado de conocimientos. Por ejemplo, si se admite que la Axiología jurídica es, fundamentalmente, teoría de la justicia, no cabe duda de que se hace preciso un previo esclarecimiento ontológico de la idea de justicia y, desde luego, no puede



negarse que toda teoría de la justicia lleva incorporada una lógica, una metodología... En conclusión, habría cuestiones preferentemente axiológicas, ontológicas o de teoría de la ciencia, pero sin que se pueda precisar más.

Esto viene a poner de manifiesto, una vez más, la importancia y la necesidad de diferenciar suficientemente la ciencia y la filosofía (sin negar, naturalmente, las relaciones dialécticas entre una y otra). Si, como suele admitirse, el objeto de estudio de la filosofía no es distinto del de las ciencias (por ejemplo, los valores no son sólo objeto de la filosofía —Axiología jurídica—, sino también de diferentes ciencias jurídicas, aunque la perspectiva, en uno u otro caso, no sea la misma), de ahí no se sigue, forzosamente, que la filosofía no sea un saber sustantivo, y debería ponerse muy en claro cuáles son los criterios lógicos, metodológicos, lingüísticos, etc., que permiten clasificar un discurso en uno u otro campo. Por lo que se refiere al Derecho, me parece importante diferenciar tres niveles, cuya confusión ha provocado no pocos errores. El primer nivel sería el del Derecho positivo (caracterizado por ser un lenguaje prescriptivo); el segundo nivel (lenguaje descriptivo) es el de las ciencias del Derecho (ciencia del Derecho en sentido estricto, Sociología jurídica, Historia del Derecho, etc.); y finalmente un tercer nivel, el de la Filosofía del Derecho. La ciencia jurídica se expresa a través de un lenguaje metajurídico (el lenguaje-objeto sería el propio Derecho —Derecho válido, Derecho eficaz, Derecho histórico, etc.—), pero ello no debe ser motivo de confusión con la Filosofía del Derecho que se expresa a través de un lenguaje metajurídico pero no meramente descriptivo (Ontología jurídica), valorativo (Axiología jurídica) o metacientífico (Teoría de la ciencia jurídica). Con ello no quiero sugerir que la diferencia entre ciencia y filosofía sea meramente lingüística, aunque, desde luego, una mayor preocupación por el lenguaje (formalizado o natural) aclararía muchas cosas en el campo de estudio del Derecho.

Por otra parte, me parece que a la Ontología jurídica, Axiología jurídica y Teoría de la ciencia jurídica habría que añadir (aunque puede considerarse implícitamente incluida en dicho esquema) una Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado que, en gran medida, vendría a ser Historia crítica de las ideas iusnaturalistas. Sin negar la conveniencia de una historicación de cada uno de los particulares problemas iusfilosóficos (como propone Bobbio), me parece que sigue siendo necesaria una historia globalizadora de la superestructura jurídico-política (Historia de las «ideas» jurídico-políticas, claro), sin perder de vista sus necesarias conexiones con la base socioeconómica y con el propio Derecho positivo (Historia del Derecho y del Estado).

En consecuencia, la clasificación, que cumple fundamentalmente funciones pedagógicas, es útil, pero no creo que fuera conveniente llevarla hasta sus últimos extremos; en el fondo, lo que existe, más que «filosofía», son «problemas filosóficos». Por otra parte, la Ontología jurídica (más que la Teoría de la ciencia jurídica o la Axiología jurídica) parece necesitada de una especial justificación, habida cuenta de la frecuencia e intensidad con que se viene negando en los últimos tiempos.

El rótulo de «Teoría de la ciencia jurídica», parece, hoy por hoy, suficientemente justificado. Bajo el mismo debe incluirse tanto la Lógica como la Metodología de la ciencia jurídica (la Metodología jurídica, es decir, cómo se interpreta y aplica el Derecho, es Teoría general del Derecho). Pienso que algunas de las cuestiones más importantes a plantear aquí serían la de la crítica a la ciencia

jurídica (¿es o no posible un conomiento científico del Derecho?), la discusión del carácter «sistemático» del Derecho, el análisis de sus posibles contenidos ideológicos, la propia distinción entre ciencia y filosofía, la clasificación de las ciencias y las conexiones de la ciencia jurídica con otras ciencias sociales, etc.

Aunque la Lógica sea una ciencia formal (por lo tanto, también la Lógica jurídica), su carácter de fundamentadora de otras ciencias y el interés del aparato lógico como instrumento valiosísimo de análisis parecen justificar su inclusión en la filosofía (o al menos, su estudio por parte de los filósofos). A la Lógica jurídica la considero como parte de la Lógica deóntica o lógica de las normas (disciplina esta última de recientísima formación), y a su lado debería hacerse un hueco a lo que se viene llamando «Tópica», «Nueva Retórica», etc.

La Axiología jurídica debe entenderse, fundamentalmente, como «teoría de la justicia» o «teoría de los sistemas de legitimidad» y probablemente sea lo más típico de la Filosofía del Derecho. Son evidentes las relaciones estrechas que debe mantener (además de con la Política) con la Filosofía moral o con la llamada «Política jurídica», sin perder de vista, naturalmente, la necesaria conexión (a la hora de decir lo que «debe ser» el Derecho) con otras disciplinas científicas, y especialmente con la Sociología del Derecho. Como parte importante, en nuestro tiempo, de la Axiología jurídica deben considerarse los «Derechos humanos», cuyo estudio, por cierto, cruzaría una serie de disciplinas científicas y filosóficas: el Derecho constitucional, la Teoría general del Derecho, el Derecho internacional, la Ontología jurídica, etc.

En el terreno de los valores (siempre problemático y resbaladizo terreno) me parece importante la defensa de un pluralismo axiológico que no tiene por qué ser relativista; al fin y al cabo, el pluralismo supone siempre un criterio objetivo: el criterio democrático.

La Ontología jurídica o teoría de las concepciones sobre el Derecho es, en mi opinión, una de las legítimas partes de estudio de la Filosofía del Derecho, que debe presentarse despojada de todo vestigio metafísico; en el ámbito de la actual filosofía española es muy sintomático la reivindicación que de la Ontología ha hecho el profesor Gustavo Bueno. Me parece que una de las razones justificativas de la Ontología (para nuestros efectos de la Ontología jurídica) se encuentra en la propia Historia de la Filosofía. En efecto, los filósofos que se han ocupado del Derecho (ejemplos eminentes serían los casos de Platón, Kant, Hegel o Marx) lo han hecho desde una perspectiva ontológica, de «totalización del fenómeno jurídico», si se me permite la expresión. Podría objetarse que esto sólo justificaría la existencia de una Historia de la Ontología jurídica, pero creo que este argumento no puede admitirse, desde el momento en que alguna de estas concepciones «ontológicas» siguen teniendo vigencia en la actualidad. En mi opinión, asignarle al Derecho un carácter «superestructural», hablar de la «extinción del Derecho» (sin olvidarse de que Marx es autor de una *Crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel*) implica, indudablemente, una Ontología jurídica. Por otra parte, otros autores (nada sospechosos de sostener concepciones metafísicas) siguen adoptando, aunque sólo sea implícitamente, concepciones ontológicas, como sería el caso de Kelsen (doctrina del «sein» y el «sollen») o del británico Herbert Hart (concepción normativista del Derecho, doctrina del «contenido mínimo de Derecho natural»). En el caso de las doctrinas iusnaturalistas es todavía más claro su carácter ontológico (y seguramente también metafísico). Piénsese, por ejemplo, en que el la-

mado «Derecho natural deontológico» (Derecho natural racionalista), por oposición al Derecho natural tradicional (ontológico), implica también una ontología, es decir, una separación entre el mundo del «ser» (Derecho positivo) y el del «deber ser» (Derecho natural o Etica).

Además (sería ingenuo creer otra cosa) los problemas que puede plantear el Derecho no tienen todos una respuesta a través del análisis del lenguaje; es decir: no creo que se trate sólo de discusiones sobre palabras. Preguntarse lo que es el Derecho no equivale a descubrir los diversos usos con que se emplea la palabra «Derecho» en el lenguaje, aun cuando esto último sea de una gran importancia. Describir el Derecho como «espíritu objetivo» o como elemento de la «superestructura» puede ser bastante más satisfactorio, aunque con ello, desde luego, no se agota la cuestión. Aunque tampoco creo que pueda hablarse de una «esencia» de lo jurídico, las preguntas (recurrentes preguntas) por el Derecho, la justicia y cómo se integran en el mundo y en la cultura, no pueden silenciarse sin más, tachándolas de metafísicas. La concepción metafísica del Derecho sería, en todo caso, una posible concepción ontológica, pero nada más.

De todas formas, en mi opinión, la Ontología jurídica debe construirse a partir de las ciencias jurídicas, es decir, arrancando de conceptos tales como el de «norma», «valor», «validez», «libertad», «voluntad», «deber ser», «obligación», etc., previamente trabajados al nivel de la ciencia jurídica, pero que, sin embargo, no se agotan en el plano científico. Por poner un ejemplo, quienes parten de una concepción normativista del Derecho, además de tener que justificar esta afirmación (de carácter ontológico), deberían (y de hecho lo hacen) afrontar otras cuestiones, que podrían llamarse de «Ontología regional», es decir: ¿qué tipo de entidad es una norma?, ¿se trata de una entidad psicológica, o de carácter lógico-objetivo...? Es evidente que la respuesta que se dé aquí tiene una gran importancia práctica y condicionará fuertemente a la ciencia jurídica (problema de la interpretación del Derecho).

No me parece exagerado afirmar que, en el fondo, en la reivindicación de la Ontología jurídica late la de la propia Filosofía del Derecho, pues tanto la Teoría de la ciencia jurídica como la Axiología jurídica necesitan de una Ontología jurídica, es decir, precisan la respuesta a una serie de interrogantes como los siguientes: ¿qué tipo de entidad es un valor?, ¿dónde, en qué parte del mundo, se incluye el Derecho o la ciencia del Derecho?, ¿cómo resolver la tensión dialéctica entre hecho y valor...?

## Resumen

Cualquier intento de clarificar el significado y la función de la Filosofía del Derecho debe basarse en una perspectiva histórica y en una idea clara de lo que sea «filosofía». El tipo concreto de Filosofía del Derecho que parece tener sentido en nuestros días se puede caracterizar: por su actitud crítica frente a las concepciones metafísicas de cara al Derecho; por la cuidadosa distinción que se establece frente a la ciencia (o ciencias) jurídicas: por su carácter práctico (político) y su capacidad para funcionar como instrumento del cambio social. En relación a los actuales estudios de Filosofía del Derecho en España, la situación exige una reorganización que puede muy bien consistir, entre otras cosas, en un mejor conocimiento de la filosofía dialéctica y de las diversas corrientes analíticas.

Por lo que respecta al contenido de la Filosofía del Derecho, me parece que debería incluirse, junto con una Ontología jurídica, Axiología jurídica y Teoría de la ciencia jurídica, una Historia de las ideas jurídico-políticas que permita una visión globalizadora de la superestructura social. La Ontología jurídica la entiendo como una teoría crítica de los conceptos jurídicos (y del propio Derecho), y la elaboración de esta disciplina (a diferencia de la metafísica tradicional) debería arrancar de la propia ciencia jurídica.

## **LOS DERECHOS DEL HOMBRE, ¿NUEVA DISCIPLINA EN LAS FACULTADES DE DERECHO?\***

*Benito de Castro Cid*

*Profesor Adjunto de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca*

Debe aparecer claro desde un principio que no vengo a defender ningún tipo de tesis; solamente a desarrollar una inicial hipótesis como base mínima para el ulterior intercambio de puntos de vista. Por eso, he decidido someter mis palabras a un planteamiento y a un desarrollo estrictamente funcionales.

La formulación interrogante de la ponencia («Los derechos del hombre, ¿nueva disciplina en las Facultades de Derecho?») no es, pues, en modo alguno un recurso o truco oratorio, sino que refleja de manera directamente sincera el estado de ánimo que yo tengo ahora mismo respecto de esta cuestión. Veo que, hoy por hoy, la enseñanza específica y autosuficiente de los Derechos del Hombre es en gran medida un dato altamente problemático, y como tal problema quiero que aparezca ante ustedes. Mi misión se reducirá, en cuanto sea capaz de hacerlo, a poner en claro los posibles extremos de la discusión.

En vistas a lograrlo de la forma más transparente y ordenada posible, me ha parecido conveniente centrar la exposición en torno a estos dos núcleos fundamentales: I. Necesidad de incluir la enseñanza de los derechos del hombre en los planes de estudio; II. Autonomía científica y didáctica de los derechos del hombre.

### **I. NECESIDAD DE INCLUIR LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LOS PLANES DE ESTUDIO**

Parto de que la necesidad de incluir, de un modo o de otro, la enseñanza de los Derechos del Hombre en los planes educativos, especialmente en la educación

---

\* Este texto se corresponde literalmente con la ponencia dictada el día 2 de septiembre de 1975 en la Universidad Hispanoamericana Santa María de La Rábida dentro de las «Jornadas para profesores de primer año de las Facultades de Derecho». Su planteamiento y el tono de su desarrollo responden a la función introductoria que desempeñaba en aquel momento concreto. En consecuencia, carece de toda esa profundidad y recubrimiento sistemático con que aparecerá en su redacción definitiva.

superior, resulta ya incuestionable. No obstante, intentaré confirmar este punto de partida desde dos perspectivas diferentes: en primer lugar, examinando el nivel a que ha llegado la presión de la opinión pública en este terreno; en segundo término, constatando la importancia intrínseca del tema.

### 1. La presión de la opinión pública

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* proclama en su artículo 26, párrafo 2, que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...». Pero esta consigna programática no ha llegado a cumplirse sino muy parcialmente. De ahí, la insistencia con que las instituciones y organismos dependientes de las Naciones Unidas y otros afines claman por la necesidad de desarrollar la enseñanza de los Derechos del Hombre. Resultaría una tarea muy simple acumular indefinidamente testimonios y más testimonios, originados a todos los niveles, en pro de esta enseñanza. Veamos sólo algunos.

A comienzos del año 1970, el informe del director general de la UNESCO a la XXVI Sesión de la *Comisión de los Derechos del Hombre* de las Naciones Unidas se ve obligado a constatar que «la enseñanza de los derechos del hombre no ha recibido todavía en el conjunto de los países de las Naciones Unidas una muy alta prioridad». Y la resolución 11 A, de 22 de marzo de 1971, de la citada *Comisión*, en su XXVII Sesión, dice: «Notando con pesar que en numerosos países la enseñanza de los derechos del hombre no ha recibido hasta el presente la prioridad deseada...» «6. La Comisión... invita a los gobiernos a quienes esto concierne...» «b) A dar a la instrucción sobre los derechos del hombre un lugar importante en sus programas de enseñanza a todos los niveles de la educación oficial, en particular en los niveles secundario y superior, así como en los programas y actividades extraescolares, y a poner a punto el material de enseñanza apropiado a este fin.»

En el curso de esta misma sesión, la *Comisión* decidió pedir a la *Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura* que «examine la oportunidad de programar el estudio sistemático y la elaboración de una disciplina científica distinta concerniente a los derechos del hombre, habida cuenta de los principales sistemas jurídicos del mundo, en vistas a facilitar, en el nivel universitario y ulteriormente en otros niveles de enseñanza, el conocimiento, la comprensión, el estudio y la enseñanza de los derechos del hombre».

Junto a estas y otras importantes exhortaciones de la UNESCO y de la *Comisión de los Derechos del Hombre*, existen abundantes acuerdos, en el mismo sentido, de organizaciones no vinculadas directamente a las Naciones Unidas. Así, por ejemplo, un comunicado dado en 1967 por la *Confederación Mundial de Organizaciones de la Profesión Educativa* señalaba: «Es necesario que sean movilizadas todas las fuerzas de que disponen los educadores y que se haga un esfuerzo consciente y organizado para que todos los jóvenes, en todas las categorías de instituciones escolares, conozcan los derechos que les confiere su cualidad de seres humanos, y las responsabilidades que tales derechos comportan.»

Del mismo modo, el VIII Congreso del *Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, celebrado en Lima del 2 al 12 de octubre de 1970, ha

reconocido la necesidad de intensificar el estudio de los derechos del hombre, declarando: «1. Es necesario intensificar el estudio, especialmente de carácter jurídico, de los derechos humanos, como medio para promover su respeto y observancia. 2. En razón de su contenido intrínseco y para facilitar ese estudio, el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional recomienda la elaboración, como materia jurídica autónoma, de una disciplina general de los derechos humanos.»

A su vez, el Coloquio internacional sobre «La ciencia de los derechos del hombre: metodología y enseñanza», organizado por el *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre*, en Niza, los días 5 y 6 de marzo de 1971, estimó indispensable que fuera desarrollada la enseñanza y la investigación de la materia de los derechos del hombre. He aquí sus conclusiones:

«Los participantes en el Coloquio Internacional de Niza (5-6 de marzo de 1971) sobre "La ciencia de los derechos del hombre: metodología y enseñanza", piden:

### **Enseñanza**

Que en su informe a la UNESCO, el Instituto Internacional de los Derechos del Hombre (Fundación René Cassin)

- 1) haga un sumario de necesidades en lo que concierne a los profesores de derechos del hombre, necesidades que parecen existir en todos los países, cualquiera que sea su importancia y sus recursos;
- 2) proponga un programa completo de formación de los docentes de derecho comparado de derechos del hombre y de derecho internacional de derechos del hombre;
- 3) favorezca la creación de Institutos regionales de derechos del hombre, especialmente en las partes del mundo en vías de desarrollo, y se esfuerce en poner a su disposición los medios necesarios para su acción de enseñanza y de investigación en el dominio de los derechos del hombre.

### **Investigación**

Que en el plano de la investigación, el Instituto Internacional de los Derechos del Hombre (Fundación René Cassin)

- 1) establezca, a fin de guiar sus trabajos, un comité consultivo que comprenda representantes de las diversas disciplinas que participan en la ciencia de los derechos del hombre;
- 2) convoque de cuando en cuando una conferencia de representantes de los centros universitarios nacionales e internacionales de enseñanza y de investigación en el dominio de los derechos del hombre;
- 3) publique regularmente un boletín que recoja los trabajos de investigación en curso o en proyecto sobre el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos del hombre en los diversos países.»

Por su parte, la *Sociedad Americana de Derecho Internacional*, en su reunión anual, celebrada en Washington en abril de 1971, creó, en cooperación con el *Instituto Americano de los Derechos del Hombre*, una Sección Especial para es-

tudiar los problemas de la enseñanza de los aspectos internacionales de los derechos del hombre. Y la *Asociación de Derecho Internacional*, con ocasión de su 55 Conferencia, celebrada en Nueva York en agosto de 1972, ha pedido que sea incrementada y desarrollada la enseñanza de los derechos del hombre.

Consciente de esta necesidad, el *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre*, creado en Estrasburgo en 1969, se ha fijado como uno de sus objetivos básicos el desarrollo de la enseñanza de los derechos del hombre en las universidades. Así lo proclama expresamente el artículo 2 de sus Estatutos: «El Instituto tiene por objeto iniciar y promover el estudio científico de los derechos del hombre por todos los medios legales y especialmente...: c) por el impulso al desarrollo de la enseñanza de los derechos del hombre en las universidades, Facultades de Derecho y de Ciencias Políticas y cualesquiera otros Institutos y Centros universitarios, y mediante la coordinación de esta enseñanza por medio de intercambios y de encuentros de docentes y de estudiantes.»

Finalmente, y para cerrar esta incursión informativa, podemos recordar un dato de especial relieve: En la encuesta realizada por el *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre* en 1970-71 entre más de 1.300 universidades de todo el mundo sobre el estado de la investigación y de la enseñanza en el ámbito de los derechos del hombre, la gran mayoría de los centros que respondieron al cuestionario enviado estimaban que la enseñanza de los derechos del hombre debe ocupar un lugar importante en la instrucción superior general.

Así pues, siguiendo estas múltiples peticiones o exigencias de los organismos especializados de las Naciones Unidas y de otras instituciones paralelas, podría llegarse incluso a la conclusión a que ha llegado H. Saba, subdirector general de la UNESCO: «La enseñanza de los derechos del hombre debería llegar a ser, sin ninguna duda, una materia regular de los programas de las escuelas normales de todos los países.» (*Problèmes que pose l'éducation a donner aux jeunes afin de renforcer leur respect pour les droits de l'homme: «Revue des droits de l'homme»*, 1970, pág. 378.)

## 2. La importancia del tema

Pero la insoslayable necesidad de enseñanza sobre los Derechos del Hombre, no sólo viene inducida bajo el impulso de esa opinión pública cualificada a la que acabamos de hacer referencia; si se detiene brevemente la atención sobre la actualidad y la propia importancia interna del tema de los Derechos del Hombre, hay que abocar a idéntica conclusión.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, la actualidad de los Derechos del Hombre se hizo tan irresistible que, con razón, se ha comenzado a hablar del «fenómeno de los derechos del hombre». Todos sabemos cómo los Derechos del Hombre están en el orden del día de los más diversos Congresos, de las Sesiones de Comisión, de las Reuniones de Expertos, de las Mesas de Estudio, de las Asambleas de estudiantes... y de los mítines revolucionarios de todo tipo. ¿Por qué esta actualidad? En parte, por el sarampión de la moda, es cierto; pero, sobre todo, por su propia importancia, por el profundo significado sociopolítico que encierran.

La misma *Organización de las Naciones Unidas* (como lo pone de manifiesto



su Declaración de 7 de diciembre de 1965 sobre la promoción de los ideales de paz) parece hacer descansar el respeto mutuo y la comprensión recíproca entre los pueblos sobre el conocimiento y el respeto de los Derechos del Hombre. Y, en consecuencia, ha atribuido de manera reiterada un claro protagonismo a la juventud en la lucha por los Derechos Humanos. Ahora bien, este protagonismo parece conducir inmediatamente, por su propia inercia, hacia la necesidad de una enseñanza sistemática de tales derechos, puesto que una tal enseñanza representa la única base sólida indispensable para la acción de las juventudes.

Por lo demás, esta peculiar importancia del tema de los Derechos del Hombre se ve reforzada por un dato sociológico nada despreciable: cada vez con mayor frecuencia, autores integrados vagamente en esa tendencia que puede clasificarse de modo muy genérico como yusnaturalista, opinan que los derechos del hombre son en la actualidad una clara concreción del Derecho Natural. Ahora bien, hay que reconocer, dada la tradicional trascendencia jurídico-política del Derecho Natural, que su identificación con los Derechos del Hombre dota a éstos de una importancia crítica que no se puede ignorar.

Ese relevante papel actual de los Derechos del Hombre es el que está haciendo, sin duda, que desde las posiciones más dispares se clame una y otra vez, como hemos podido constatar abundantemente hace tan sólo unos minutos, por una enseñanza sistemática y por la elaboración de una verdadera ciencia de los derechos del hombre. Se trata, al parecer, de una tarea urgentemente inaplazable: la enseñanza de los Derechos del Hombre ha llegado a ser totalmente necesaria.

## **II. AUTONOMIA CIENTIFICA Y DIDACTICA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE**

Han ido apareciendo ya, a lo largo de las anteriores reflexiones, abundantes muestras de opinión favorables a la especificidad científica y didáctica de esta materia de los Derechos del Hombre. Pero resulta imprescindible abordar ahora mismo el tema de una manera directa y sistemática, y, en cuanto es posible, definitiva. Para ello, y aunque ambos estén íntimamente mezclados, parece conveniente tratar por separado cada uno de los dos extremos en que se polariza el problema, a fin de iluminar progresivamente los varios aspectos o planos implicados en cada uno de ellos. Veamos, pues, en primer lugar, la autonomía científica, para ocuparnos más tarde de la autonomía didáctica.

### **1. Autonomía científica**

Hemos visto con anterioridad, a través de un sondeo predominantemente cuantitativo, es decir, extrínseco, cómo el peso de la opinión pública se inclina hacia la autonomía científica de los Derechos del Hombre. Pero parece conveniente plantearse ahora este mismo problema desde un ángulo de enfoque estrictamente sistemático-crítico, a pesar de que, como es obvio, tal procedimiento pueda resultar altamente cuestionable para muchos de ustedes. Y esto lo voy a hacer en dos planos sucesivos: analizando la propia posibilidad de la autonomía y exponiendo las principales caracterizaciones de la nueva «ciencia».

### A) Posibilidad de la autonomía científica

Colocados en esta perspectiva, sabemos que cualquier tipo de conocimiento logra su autonomía si reúne los criterios mínimos de científicidad. Por supuesto, ha sido siempre discutido y creo que será inevitablemente discutible en el futuro cuáles sean esos criterios mínimos de científicidad. Pero no merece la pena que entremos ahora en planteamientos doctrinales excesivamente rigurosos. Por eso, y desde una visión simple, aunque operativa, creo que podremos aceptar todos pacíficamente este principio: podrá hablarse de una ciencia específica o autonomía siempre que nos encontremos con un conjunto de conocimientos sistemáticos sobre un objeto peculiar e identificable, desarrollados siguiendo una particular metodología, y que hayan obtenido un cierto reconocimiento social.

¿Reúnen los Derechos del Hombre estos tres criterios? Para muchos autores, sí. Según ellos, existe ya realmente una serie de conocimientos sistemáticos suficientemente contrastados acerca de esa peculiar materia de los derechos del hombre, y esos conocimientos han obtenido también un amplio reconocimiento objetivo por parte de la sociedad.

Ahora bien, esto parece cuestionable a muchos otros pensadores, que, por contra, conceden una importancia decisiva a esa amplia gama de dificultades con las que tiene que enfrentarse esta presunta nueva «ciencia» dentro del ámbito de su método, de su reconocimiento social y de su objeto. Repasemos rapidísimamente esas dificultades.

*Primera dificultad: el método.* Sabemos que cualquier método de cualquier ciencia se decanta siempre a fuerza de repetidos experimentos que van sugiriendo nuevos análisis hacia el descubrimiento de las vías y las técnicas más apropiadas. Y, hasta ahora, la «ciencia» de los derechos del hombre ni siquiera ha tenido tiempo para elaborar un método científico peculiar, sólidamente contrastado por los hechos.

Pero, ¿quiere decir esto que esa «ciencia» se está desarrollando sin método alguno? En absoluto.

En cuanto que se esfuerza por captar el fenómeno de los Derechos del Hombre. Por el momento, y como cualquier otra ciencia nueva, la de los derechos humanos está actuando a base de elementos prestados; a base, en gran medida, de improvisación. Y deberá seguir haciéndolo así en un próximo futuro.

Este parece ser, por lo demás, el camino más acertado: no construirse apriori un método nuevo, sino utilizar los diversos métodos y técnicas que han sido ya puestos a punto por esas otras ciencias que más de cerca se relacionan con nuestra materia. Aunque tal utilización de los métodos y técnicas propios de las ciencias afines o conexas no debe hacerse, por supuesto, de manera anárquica, sino selectivamente, es decir, en función de las actuales posibilidades de aplicación.

*Segunda dificultad: el objeto.* La «ciencia» de los derechos del hombre aparece en estado embrionario. Consecuentemente, se encuentra en graves dificultades ante la delimitación y definición de su propio objeto. Esto está claro.

Ahora bien, tampoco ese inconveniente podrá considerarse como definitivo. Toda ciencia que surge encuentra dificultoso el contornear y precisar con exactitud el alcance y el contenido de su objeto. A este propósito, nos resulta muy cómodo, por constituir un tópico, acudir al ejemplo de la Sociología: a pesar de

su ya largo período de rodaje, experimenta todavía grandes resistencias, no sólo en la fijación de sus límites, sino incluso en la determinación de su materia más propia. Y esete parece ser, por lo demás, el sino de toda ciencia, y muy particularmente de las ciencias humanas: intentar permanentemente definir y redefinir su objeto en función de esa eterna variable que es el hombre.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que una observación atenta de los hechos nos permitiría formular con toda verosimilitud la hipótesis de que existe verdaderamente un objeto específico de estudio para esta «ciencia». Este: el conjunto de unas determinadas relaciones que se desarrollan entre hombres que viven en sociedad a un nivel dado, y el cuerpo de las normas que regulan ese tipo de relaciones.

*Tercera dificultad: el reconocimiento social.* En este terreno, no se puede por menos de constatar que la investigación en torno a los Derechos del Hombre ha adquirido ya, dentro de las corrientes científicas competentes, un amplio eco de asentimiento, credibilidad y promoción. Baste recordar, a este respecto, algunos de los ejemplos que he señalado cuando hablaba de la necesidad, constantemente proclamada, de desarrollar y ampliar la investigación y la enseñanza de los Derechos Humanos.

Propiamente, pues, el reconocimiento social no constituye una dificultad para la admisión de la autonomía científica de los Derechos del Hombre, sino más bien una plataforma de apoyo que les permite abordar con optimismo y confianza el compromiso de delimitar y definir su objeto y su método propios.

## **B) Caracterizaciones fundamentales de la nueva «ciencia»**

Simplificando bastante el estado de la cuestión, podemos reducir a dos las caracterizaciones o enfoques más importantes de esta presunta «ciencia» de los derechos del hombre: una caracterización amplia y polivalente, y una caracterización estricta y reduccionista.

Partiendo de que el objeto de esta ciencia sería el hombre mismo en cuanto que entra en relación con sus semejantes, los Derechos del Hombre se constituirían, para algunos autores, en algo así como una superciencia que rigiese el conjunto de las otras ciencias sociales, es decir, una ciencia amplísima y absorbente que englobaría el conjunto del saber, al estilo de la Filosofía de la Edad Media.

Dentro de esta tendencia bastante difusa, y yo creo también que ambigua y confusa, se sitúa la Mesa Redonda celebrada en San Francisco el 15 de septiembre de 1969 sobre el tema «Tecnología biológica y derechos del hombre», a la que concurrieron eminentes especialistas en Medicina, Biología y Bioquímica. E igualmente el Coloquio Internacional celebrado en París por juristas y médicos el 8 de marzo de 1969.

En la misma línea hay que incluir, parece, al fundador y primer presidente del *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre*, René Cassin, quien configura la «ciencia» de los derechos humanos como una investigación de amplísimos horizontes, que ofrecería la posibilidad de acumular sobre ella los enfoques más variados: ético, sociológico, antropológico, jurídico, político, económico, médico, etc.

Del mismo modo, y partiendo de los mismos presupuestos, R. Pelloux, profe-

sor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Lyon, en su Informe introductorio al Coloquio de Niza, defendió que los Derechos del Hombre deberían constituirse en una ciencia interdisciplinar, es decir, una ciencia consciente de la necesidad de solidaridad y colaboración entre las distintas disciplinas. Y el propio Coloquio de Niza, según se desprende del conjunto de informes y discusiones sobre la metodología y la enseñanza de los derechos del hombre, llega a la conclusión de que el tema de los derechos humanos es constitutivamente una materia interdisciplinar. Carácter interdisciplinar que, por lo demás, comporta una doble dirección. Por una parte, los Derechos del Hombre toman prestados sus elementos a las disciplinas jurídicas y a otras disciplinas próximas, tales como la Sociología, la Economía, la Antropología, la Historia y las Ciencias Políticas. Y, por otra, aportan elementos importantes a todas estas ramas de las ciencias sociales, así como a otras más alejadas, como pueden ser la Medicina, el Periodismo, la Física, la Biología, etc.

Otros pensadores, por el contrario, defienden una línea restrictiva y sostienen que es precisamente la dimensión jurídica la que determina el carácter científico de los Derechos del Hombre. Para ellos el objeto de la «ciencia» de los derechos del hombre debe limitarse exclusivamente al conjunto de normas elaboradas para responder a necesidades de un determinado tipo. Con más precisión, el objeto de esta «ciencia» sería el estudio de aquellas normas jurídicas que garantizan los derechos fundamentales del hombre en los Estados o en el ámbito internacional. En este sentido, la «ciencia» de los derechos del hombre sería una rama particular dentro del conjunto de las ciencias jurídicas; y su objeto estaría constituido precisamente por ese común tronco de los Derechos del Hombre que atraviesa las diferentes ramas del Derecho.

Dentro de esta corriente que configura la «ciencia» de los derechos del hombre en un encuadre exclusiva o predominantemente jurídico, están muchos de los actuales estudiosos de esta materia. A. C. Kiss, J. P. Massué y K. Vasak han proclamado con rotunda expresión que «los derechos del hombre adquieren progresivamente su carácter científico cada vez más marcado gracias a las bases jurídicas de que están dotados.» (*L'ordinateur au service des droits de l'homme: «Revue des droits de l'homme», 1970, pág. 535.*) Y G. Peces-Barba Martínez afirma igualmente: «La realidad de los derechos humanos es una realidad fundamentalmente jurídica —y como veremos, con repercusiones sociológicas— y su tratamiento científico y filosófico debe ser, por tanto, consecuente con esa realidad.» (*Derechos fundamentales. I: Teoría general, Guadiana, Madrid, 1973, pág. 107.*) Y añade: «Esa realidad jurídica ha alcanzado en los últimos años una peculiaridad que excede del tratamiento parcial por las ciencias jurídicas concretas... La problemática de las Fuentes y de las garantías de los derechos fundamentales exige un tratamiento autónomo.» (Ob. cit., pág. 108.)

Entre estas dos caracterizaciones, la amplia y la reduccionista, parece mucho más aceptable la segunda. En consecuencia, la «ciencia» de los derechos del hombre debería ser una ciencia típicamente jurídica. Pero aún hay más; como hemos visto, se exige también que los Derechos del Hombre se constituyan en una ciencia jurídica autónoma. Ahora bien, tal tesis se encuentra de inmediato con un serio obstáculo: el de la misma juridicidad o no juridicidad de los Derechos del Hombre.

Se ha hablado y se está hablando con cierta profusión del «Derecho de los

derechos del hombre» (K. Vasak), del «Derecho de los derechos humanos» (García Bauer), o del «Derecho de los derechos fundamentales» (Peces-Barba Martínez). Pero, ¿hasta qué punto son correctas estas expresiones? Es decir, ¿hasta qué punto puede hablarse de los Derechos del Hombre como de una categoría realmente jurídica?

Esta es la pregunta que se hizo ya solemnemente J. Rivero en el título mismo (*Les droits de l'homme, categorie juridique?*) de un artículo publicado en «Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo xx» (tomo III, Madrid, 1969), precisando a renglón seguido: «¿qué serían los derechos que el Derecho no reconociese?». Paralelamente, M. Novak se había interrogado también anteriormente: «¿Los derechos humanos presentan el carácter categórico de *derechos* o constituyen un mero sistema de ideales o aspiraciones de cada época?» (*La lutte pour les droits de l'homme: «Le fondement des droits de l'homme»*, La Nuova Italia, Firenze 1966, pág. 114).

Para un tratamiento típicamente jurídico, autónomo o no, éste es, creo yo, el problema más agudo: el de la *juridicidad* o no *juridicidad* de los Derechos del Hombre. Problema, por lo demás, casi totalmente insoluble mientras no sea posible encontrar una respuesta definitiva a esta pregunta: ¿cuándo y por qué el «Derecho» es Derecho?, es decir, mientras no se resuelva el tema de la esencial caracterización-definición del Derecho. De hecho, y aún limitándonos a un análisis superficial, podemos descubrir abundantes indicios de que, en la actualidad, los Derechos del Hombre parecen quedar recluidos en una gran proporción en el ámbito de los sistemas de moralidad más bien que en el de los sistemas jurídicos. Prueba de ello es que, mientras los diversos Estados firman con cierta facilidad los varios Pactos, Convenios o Declaraciones en que se reconocen y proclaman los Derechos del Hombre, son muy pocos los que se deciden a ratificar tales documentos. En el mejor de los casos —se dice— tales derechos integrarían un sistema ideal de normas jurídicas. Es decir, no serían Derecho tal como este término se entiende en el lenguaje habitual.

A este propósito, el profesor J. Rivero, si bien ciñéndose al ámbito del Derecho interno francés, llega a la conclusión de que «no es posible descubrir en el derecho positivo una categoría jurídica de derechos fundamentales del hombre» (*Les droits de l'homme, categorie juridique?*, cit., pág. 24). Y cabe preguntar: ¿no habría que otorgar una validez general a esta particular conclusión del profesor francés? Algunos así lo piensan realmente.

Sin embargo, es cierto que existen también, por otra parte, síntomas suficientes para poder afirmar que los Derechos del Hombre constituyen ya en bastante medida un tipo de Derecho propiamente dicho. La tendencia en este sentido, a nivel mundial, supranacional, e incluso nacional, se muestra, hoy por hoy, como irresistible. Y ello conduce a reafirmar la autonomía científica de los Derechos del Hombre.

## 2. Autonomía didáctica de los Derechos del Hombre

En la primera parte quedó ya suficientemente comprobado que es necesario y que es posible promover y desarrollar la enseñanza directa y específica de los Derechos del Hombre en el marco de la educación universitaria, y, en especial,

dentro del cuadro temático de la Licenciatura en Derecho. El problema estará ahora en determinar qué puesto debe desempeñar esta enseñanza en los programas universitarios y qué procedimiento técnico es el más adecuado para su explicación.

Hemos desembocado, pues, finalmente, en el centro crítico de mi intervención: ¿Ha de constituirse la enseñanza de los derechos del hombre en una nueva Disciplina dentro de los programas de las Facultades de Derecho?

Evidentemente, este problema de la autonomía didáctica queda supeditado en gran medida al de la autonomía científica. ¿Cómo podría impartirse una enseñanza independiente y unitaria, si la construcción científica sobre esta materia se desarrolla de modo fraccionario desde las diferentes disciplinas jurídicas ya existentes? Trataremos, no obstante, de analizar la cuestión dentro de una perspectiva separada.

Como era de esperar, las posiciones son aquí tan antitéticas e irreductibles como en los puntos anteriores. Por una parte, está claro que, bajo la influencia de la opinión pública y al amparo de los Textos internacionales, tales como la Declaración Universal, la Convención Europea y la Convención Interamericana, el estudio de los Derechos del Hombre ocupa cada día más la atención de los especialistas de las ciencias sociales, y muy particularmente la de los juristas. Pero, por otra, nos encontramos con que, mientras unos sostienen que los Derechos del Hombre no tienen por qué constituir una disciplina autónoma, sino que deben ceñirse a influir en el estudio del Derecho en todas sus ramas, otros, por el contrario, afirman que solamente la existencia de una enseñanza independiente podrá dotar a su estudio de la amplitud y profundidad necesarias.

Para los primeros, no parece razonable constituir en disciplina autónoma, haciéndola objeto de una enseñanza específica, una materia científica sobre cuya especificidad resultan inevitables las más agrias controversias. Para los segundos, además de la importancia política y del valor simbólico que atribuyen a una tal enseñanza, resulta improrrogable la instauración de una disciplina específica sobre los Derechos del Hombre por su misma importancia interna y por su relevante actualidad.

Así se presenta ante nosotros el problema, polarizado en estos dos extremos al parecer irreductibles, invitándonos a que optemos por la solución más aceptable. Parece llegado, pues, el momento definitivo de la decisión. Pero antes podemos preguntarnos: ¿cuál es la situación real y efectiva, en la actualidad, de la enseñanza de los Derechos Humanos?

Los Derechos del Hombre, bajo su dimensión de «derecho nacional», comenzaron a ser enseñados en Francia en 1948, es decir, el mismo año de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, dentro del tercer año de la licenciatura en Derecho y bajo la forma de un curso de «Libertades Públicas». Su enseñanza específica y organizada, bajo la dimensión de «derecho internacional», no se iniciaría, por el contrario, hasta el año 1963, fecha en que, por primera vez y coincidentemente, se impartió un curso en las Universidades de Yale y Strasbourg.

En la actualidad, puede registrarse en la gran mayoría de las Universidades un creciente impulso hacia la enseñanza específica de los Derechos del Hombre, ya sea bajo la dimensión de «derecho nacional», ya sea bajo la de «derecho internacional». Así lo ha puesto de relieve la encuesta llevada a cabo en 1970-71 por el *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre* entre más de 1.300 Universi-

dades de todo el mundo sobre «la enseñanza y la investigación en el ámbito de los derechos del hombre». Pero esta encuesta, cuyo objetivo central era, no sólo el de averiguar si existía la investigación y la enseñanza de los Derechos del Hombre y cuál era su contenido, sino también descubrir las necesidades personales y materiales de esa investigación y enseñanza, demostró también que, en cuanto al contenido de la enseñanza impartida, existe una amplísima tendencia hacia la dispersión.

No obstante, profundizando en esta corriente de fraccionamiento y dispersión, es posible detectar, dentro de la actual práctica pedagógica de los Derechos del Hombre, estas tres tendencias fundamentales que ha señalado K. Vasak:

1. Corrientemente, la enseñanza de los Derechos del Hombre se asigna, si no de manera exclusiva, sí preponderante, al Derecho Constitucional.
2. Es frecuente que los Derechos del Hombre sean considerados también como materia integrada en el Derecho Internacional, y, cada vez más a menudo, en el Derecho de las Organizaciones Internacionales.
3. Puede descubrirse también, a veces, la tendencia hacia la enseñanza autónoma de los Derechos del Hombre.

Sin duda, esta crisis de dispersión, este estado de amplia desorientación por el que atraviesa la enseñanza de los Derechos del Hombre, se debe a los graves obstáculos con que tropieza.

En el informe del director general de la UNESCO a la XXVI Sesión de la *Comisión de los Derechos del Hombre* de las Naciones Unidas (enero de 1970), se reconoce expresamente que «la enseñanza de los derechos del hombre... produce problemas... cuya solución implica siempre una reforma de los programas, una formación adecuada de los profesores y, por fin, la producción del material educativo y de los manuales necesarios».

Tal vez la dificultad más grave sea la falta de profesorado competente para organizar cursos especializados con suficiente garantía. Ahora bien, en este punto, el círculo parece cerrarse sobre sí mismo, ya que, según las conclusiones de un estudio realizado en 1968 por la *Federación Internacional Sindical de la Enseñanza* a propuesta de la UNESCO, «el hecho de que no exista una formación especial de los educadores en orden a la enseñanza de los derechos humanos, es la consecuencia de la situación general, por una parte, y de la no existencia, por otra, de una disciplina especial que tenga por objeto los derechos del hombre». Lo que sí es cierto es que la gran mayoría de los estudiantes, como ha llegado a mostrar la encuesta que llevó a cabo el *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre* en 1970-71, no dispone en los programas universitarios de medios regulares para aprender, discutir y profundizar los Derechos del Hombre. Y, aun cuando hayan llegado a darse enseñanzas especializadas de los Derechos del Hombre, todavía no existen prácticamente ni cursos propiamente dichos, ni grados, ni diplomas, ni especialidad, etc. En este aspecto, como observa un tanto amargamente el secretario general del *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre*, no cabe hacer distinción entre países desarrollados y países subdesarrollados: todos los países son subdesarrollados por lo que respecta a la enseñanza de los Derechos del Hombre, aunque, es cierto, existen regiones (como ocurre con Europa occidental y América del Norte) menos subdesarrolladas que otras.

Esta es la imagen, un tanto abigarrada, difusa, titubeante, y descorazonadora en principio, de la enseñanza de los Derechos del Hombre en su situación actual. Sin embargo aparecen ya en el horizonte varios signos alentadores.

De momento, existen dos Instituciones de alcance internacional explícitamente entregadas a la promoción de la investigación y de la enseñanza en el ámbito de los Derechos Humanos: la *Academia de Derecho Internacional de La Haya*, fundada en 1923 y que últimamente ha centrado sus actividades sobre el tema de los Derechos del Hombre, y el *Instituto Internacional de los Derechos del Hombre*. Este *Instituto*, como he señalado anteriormente, tiene por finalidad iniciar y promover el estudio científico de los Derechos del Hombre, en especial mediante el impulso y desarrollo de la enseñanza de tales derechos en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales, y en cualesquiera otros Institutos y Centros Universitarios. Además, y a petición de los propios profesores especializados, reunidos en Niza los días 5 y 6 de marzo de 1971, dicho *Instituto* elaboró un proyecto tendente a la creación de un *Centro Internacional de Formación para la enseñanza de los Derechos del Hombre en las Universidades*, idea que recibió el pleno apoyo de la Conferencia General de la UNESCO en noviembre de 1972, por lo que tal *Centro Internacional de Formación* comenzó a funcionar experimentalmente en agosto de 1973.

Por otra parte, como es suficientemente sabido, al lado de estas Instituciones principales, existen otras muchas que de una manera o de otra favorecen el estudio y la enseñanza de los Derechos Humanos.

La práctica de la enseñanza de los Derechos del Hombre es, pues, pujante, aunque desordenada. Los profetas de la autonomía científica y didáctica de esta materia hacen resonar por doquier sus voces ilusionadas. K. Vasak ha escrito: «Hoy no es presuntuoso hablar de una ciencia de los derechos del hombre» (*L'ordinateur au service des droits de l'homme*, cit., pág. 535). Y G. Peces-Barba Martínez afirma: «Se puede, por consiguiente, concluir en la conveniencia de una autonomía del Derecho de los derechos fundamentales. Esto nos permite considerar el tema de su tratamiento científico y filosófico» (*Derechos fundamentales.—I. Teoría general*, cit., pág. 109).

Pero... ¿estaría plenamente justificada la inclusión de esta nueva Disciplina en los programas de las Facultades de Derecho?

Aquí está de nuevo la pregunta.



# **DERECHO POLITICO**

SEGUNDA PARTE



## EL DERECHO Y LA CIENCIA POLITICA

Luis Sánchez Agesta

Catedrático de Derecho Político de la Universidad Complutense

### I. Derecho y Política

Al defender la autonomía de la Ciencia política en los últimos veinticinco años algunos científicos políticos o sus rivales europeos que se complacen en designarse a sí mismos con el nombre poco eufónico de «politicólogos», por uno de esos fenómenos de rechazo tan frecuentes en la ciencia parecen ignorar el Derecho.

El fenómeno tiene una explicación natural con el intento de la ciencia de principios de siglo de construir el Estado y de entender los fenómenos políticos desde el punto de vista exclusivo de la Ciencia jurídica. Como es sabido el pensamiento helénico situó la política en puntos centrales de pensamiento filosófico y el cristianismo hizo que la Edad Media tratara de entender la política y el derecho en el marco de la Teología. La misma obra de Suárez, el más moderno y secularizado de los epígonos de ese pensamiento, titula su obra fundamental «*De legibus et de Deo legislatore*». Vitoria maneja conjuntamente argumentos teológicos, filosóficos y jurídicos. Pero los autores posteriores al Renacimiento, como el mismo Bodino inician una doctrina autónoma que se funda sobre todo en el derecho. La soberanía de Bodino se basa en el análisis de dos o tres fórmulas jurídicas y, especialmente en la que define la potestad *ab legibus soluta*. Los juristas y políticos de los siglos XVII y XVIII continuaron esta línea apoyando el Derecho en el derecho natural secularizado y el siglo XIX descubrió el constitucionalismo en el que trataba de resolver todos los problemas políticos.

Es natural, pues, esta reacción de la Ciencia política y nadie discutiría su derecho a una autonomía científica. Pero también es necesario subrayar la autonomía

---

\* El presente trabajo sirvió de base a las dos conferencias dictadas por el autor en la Universidad de la Rábida. La primera bajo el título «El jurista y la visión política del mundo» y la segunda bajo el título «El jurista y las ciencias políticas».

del Derecho, notando de paso que todos los análisis, observaciones y esquematizaciones de la Ciencia Política sobre el poder y la influencia, la conducta de los hombres políticos, las decisiones, los conflictos o la formación de proyectos al servicio de objetivos hacen referencia en último término a cómo se forma el Derecho, cómo se desarrolla, cómo se aplica, cómo se elude su cumplimiento, cómo se transforma o como se anula su vigencia. En fin de cuentas los fenómenos de la convivencia humana son de una manera muy singular fenómenos jurídicos. Y bastará recordar que Aristóteles al iniciar su política con un análisis de la naturaleza social del hombre no sólo se apoyó en la capacidad y la necesidad de los hombres de comunicarse, sino en su capacidad para establecer una vida jurídica distinguiendo lo justo de lo injusto.

Hay pues una íntima relación entre la política y el derecho que no podemos desconocer. Es más, nuestro concepto del Derecho aparece modelando nuestro concepto de la Política y reciprocamente. Este hecho puede comprobarse en muchos datos de la vida jurídica o política. Y quizá conviene tener una visión más completa examinando esta relación de la política y el derecho en el nivel de los grandes sistemas jurídicos.

En el mundo moderno podemos distinguir quizá cinco grandes sistemas jurídicos. Con un carácter parcial hay formas de Derecho consuetudinario no escrito en sociedades no desarrolladas o primitivas en que no están diferenciados la religión, la magia y ciertos usos de convivencia. Aunque no dejan de ser sugestivos dejaremos su estudio para la Etnografía. También prescindiremos de ciertas formas jurídicas de los países musulmanes en que el Derecho tiene un fundamento en el Corán que es interpretado con gran flexibilidad por jueces que tienen un carácter mixto, profano y sagrado. Por último prescindiremos también, puesto que plantea problemas muy diversos, de la concepción jurídica en la Unión Soviética y otros países de influencia marxista en que el Estado y el Derecho son considerados como fenómenos sociales, sujetos a la dialéctica materialista que considera como determinantes de esa superestructura las relaciones económicas de producción. De acuerdo con la doctrina de los autores soviéticos el Derecho es la expresión de la voluntad de la clase dominante que tiene como misión principal proporcionar «los mecanismos» para transformar la economía a través de su función reguladora (1).

Con estas exclusiones nos quedan dos grandes sistemas jurídicos: el anglosajón y el latino fundado en el Derecho romano y germánico. Y si queremos distinguir con un primer criterio global estos dos grandes sistemas jurídicos de Occidente quizá el mejor criterio sea apoyarnos en el proceso intelectual mediante el que nos aproximamos a la resolución de un problema jurídico, esto es, a la forma en que reflexionamos para aplicar el derecho a la vida.

## II. Política y Derecho en el sistema jurídico latino

Un español, un francés, un alemán o un italiano ante un problema jurídico piensa ante todo en qué precepto normativo, ley, código, reglamento, decreto u orden puede dar la solución del problema propuesto. Un inglés o un norteamer-

---

(1) Ver el volumen XXII, 3, 1976, de la *Revue Internationale des sciences sociales* (Tendances de la science juridique).

cano atienden con preferencia a los precedentes judiciales que precisan o deducen las consecuencias del Common Law o de los principios de un orden constitucional centenario y a las orientaciones que podrán deducirse por el juez de esos principios para dar una solución en un caso concreto. Es claro que ni el jurista latino ni el anglosajón dan a este proceso de reflexión un valor absoluto. También el europeo continental atribuye valor a la jurisprudencia y a la costumbre y el anglosajón atiende al derecho escrito aprobado por el Parlamento o el Congreso. Pero hay sin duda una orientación básica en la manera de entender el Derecho que incluso se refleja en los métodos de enseñanza que en un supuesto se centra en la construcción y análisis de las normas aprobadas por el legislador y en el otro en los casos sobre los que ha recaído una decisión judicial. Nos hallamos sin duda ante estas dos concepciones occidentales del Derecho, que sin ser incompatibles ofrecen matices que dan lugar a una distinta concepción de las relaciones entre Política y Derecho.

Para los juristas europeos continentales, como consecuencia de la recepción de un Derecho romano codificado y la concepción jurídico política de la Revolución francesa hay un punto de partida normativista y voluntarista, que sólo está en parte moderado por la apreciación de valores o fines propios del Derecho. La Declaración de Derechos de 1789 afirmó el primado de la ley como fundamento de la libertad y de la igualdad y definió la ley como la expresión de la voluntad general. El jurista se formó así una visión del mundo de las relaciones sociales en el que juega un papel preponderante la seguridad y objetividad de esas relaciones en el cuadro de un orden normativo definido por un legislador. Su concepción del Derecho parte, pues, de la existencia de una norma establecida por la voluntad de un legislador.

Es claro que en esta concepción se filtran otros valores que los juristas acentuarán como ha destacado Schmitt (2). Las normas establecen pautas objetivas de la conducta humana, previendo las consecuencias de los actos y definiendo así las situaciones de los hombres entre sí y con el mundo que les rodea como derechos y deberes recíprocos cuyo cumplimiento está garantido por un poder público. La ley es así fundamento de la seguridad e incluso de la libertad. De acuerdo con un principio de interpretación la ley es más inteligente que el legislador y en cierta manera se la emancipa así de la voluntad del legislador para encontrar su sentido objetivo al servicio de la libertad y de la seguridad.

En la medida en que se acepta que esta ordenación normativa de la vida social debe ser justa y estar orientada a dar a cada uno lo suyo, esto es, lo que se le debe a cada hombre como necesario para su desenvolvimiento personal y a la sociedad para su conservación y desarrollo, hay un principio más de carácter ético jurídico, la justicia, que se inserta en esta interpretación del Derecho. El origen de esta interpretación arranca tanto del Derecho romano como de la concepción iusnaturalista secularizada que trata de dar al Derecho un principio autónomo racional.

El jurista europeo continental llega así a una concepción del Derecho que comprende la vida política como relaciones de poder en que se concibe éste como una facultad o derecho de mando que establece la norma a la que corresponden una obligación jurídica de obediencia. La norma misma con su claridad y

---

(2) *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker y Humblot, Berlín, 1958, pág. 386-439.

su previsión abstracta de situaciones es el fundamento mismo de la libertad y de la seguridad. Su aplicación debe tener presentes éstos valores y una voluntad de justicia del legislador. Los fallos de esta concepción son de una parte que ese derecho de mando y ese deber de obediencia tienen que estar fundados en una norma que desborda el Derecho positivo y que exige una fundamentación filosófica, ética o sociológica. De otra parte, que aunque la norma parezca en cierta manera adquirir una consistencia objetiva mediante esa interpretación al servicio de la seguridad, la justicia y fines objetivos que hacen la ley más inteligente que el legislador, también es cierta la dura crítica de Kirchman cuando negó valor a la jurisprudencia como ciencia, con la afirmación, que ha devenido tópico, de que un plumazo del legislador convierte en papel impreso inservible (*Makulatur*) toda una biblioteca. La norma está pendiente de esta voluntad del legislador que incluso en nuestros días en virtud de lo que se llama «legislación motorizada» son muchas veces decretos-leyes, órdenes ministeriales y hasta circulares reservadas de los servicios administrativos.

La visión del político tiene un carácter diverso, pero en parte coherente con este voluntarismo jurídico. El político de una manera casi biológica piensa en términos de poder. Su fundamental preocupación es adquirir poder, conservarlo, defenderlo y desarrollarlo. Para él la norma es un límite o un instrumento. Cuando se define como un político realista es porque está atento a los intereses, las demandas y los deseos de quien concede o apoya su poder. Bien sea el pueblo o los electores, bien un grupo oligárquico, bien un rey absoluto, un dictador o un jefe cuyos pensamientos y deseos más ocultos tratará de adivinar. Valorará más la fidelidad a su persona o la atención a su juicio que la calidad y eficacia de quienes le sirven. Y verá en quienes se oponen a su poder enemigos con los que mantendrá una discusión polémica en una lucha incluso a veces sucia por el poder.

Cuando el político supera este sentido elemental e intuitivo del poder y tiene la calidad de un hombre de Estado ponderará al mismo tiempo los objetivos a realizar. Hombres y cosas, normas e instituciones serán para él instrumentos al servicio de esos objetivos. Su propia vida hallará su sentido en cumplirlos y su grandeza se medirá por su disposición para sacrificar goces y beneficios, salud y riquezas al servicio de los fines que se propone como un ideal. La pasión de estos fines le hará concebir la vida política como una lucha esforzada para ajustar y resolver conflictos y suprimir todos los obstáculos que se oponen a la realización de sus objetivos.

No debe olvidarse que la acción política como poder polémico que discute y propone objetivos se mueve además en el ámbito de lo indeterminado. Desde el pensamiento griego a Maquiavelo se ha destacado el valor de la fortuna como elemento externo a la voluntad racional del hombre en el juego de la historia política. La acción política supone decisiones entre alternativas con una iniciativa creadora; ejecución incierta de lo que se decide; consecuencias imprevisibles y, con frecuencia, no queridas de lo decidido y ejecutado. A la seguridad racional del Derecho parece así oponerse la incertidumbre irracional de la política, sujeta al azar de cuando, en qué circunstancias, para qué, cómo y qué se decidirá, cómo se ejecutará lo decidido y qué consecuencias determinarán estas decisiones. La política tiene siempre algo de juego porque escapa a la previsión y la garantía con que el derecho define la conducta humana.

¿Qué valor tiene esta visión del mundo del político frente a la concepción normativa de esa concepción continental del Derecho? En primer lugar el acceso al poder puede ser legitimado en la medida en que se ha realizado de acuerdo con el Derecho y el político ve así en el Derecho un refuerzo de su poder que le permite presentarse como autoridad legítima. Pero fundamentalmente ve en el Derecho como precepto normativo un instrumento del poder a través del cual se formulan y se cumplen sus mandatos. Por último, aunque pueda de un plumazo alterar toda la jurisprudencia sobre la que se asienta un orden, ese Derecho es un límite.

La trampa del político es que tiene que respetar el Derecho, con que se legitima su autoridad y que utiliza como instrumento de mando y como prevención de conflictos menores y se ve limitado por ese mismo Derecho, cuyo respeto ha de enaltecer en su propio beneficio. Este es el clásico tema dramático de una tensión entre política y derecho. Cuando ya Jelinek hablaba de una autolimitación del poder no buscaba una salida ética al programa ni derivaba a una concepción utópica. El político que ejerce poder y que ha accedido al poder de acuerdo con unas normas jurídicas tiene que respetar y hacer respetar esas normas para hacer creíble su propia legitimidad. El político que se sirve del derecho, casi como una herramienta, necesita que sea un instrumento útil. El político queda así prisionero de sus propios instrumentos, las normas jurídicas, a las que por otra parte los juristas occidentales han concedido un valor autónomo al servicio de la seguridad, de la libertad y de la justicia.

Así el problema clásico de esta concepción del Derecho es la limitación del poder político del Estado por el Derecho. Sin duda el jurista tiene que asomarse al mundo de la sociología jurídica para definir cómo el propio legislador ha adquirido una legitimidad y para medir la vigencia de las normas. El jurista se sirve así de la sociología, de la filosofía y de la ética para apoyar la propia autonomía del Derecho. Su problema central es suprimir los poderes discrecionales, establecer controles y recursos allí donde necesariamente existen (como en el recurso de desviación de poder o en el de constitucionalidad de la ley), establecer con rigor la jerarquía de las normas, procurar que los poderes o las funciones se frenen recíprocamente, velar por las normas de procedimiento y, en general, cuidar todas aquellas técnicas que combaten la inmunidad del poder y tratan de reducir a lo ponderable y lo previsible lo discrecional y azaroso.

Así es como se produce esa situación de distanciamiento entre una Sociología política o una Ciencia política autónoma y una Ciencia jurídica que construye el ordenamiento jurídico emanado de un legislador. De aquí esa clásica distinción entre un concepto sociológico o político y un concepto jurídico del Estado, como dos concepciones paralelas cuyos epígonos son, de una parte, la teoría pura del Derecho de Kelsen y, de otra, las varias direcciones que consideran la teoría del poder y del conflicto como fenómenos autónomos que sólo tienen una relación marginal con la Ciencia jurídica. Aun cuando el jurista pueda hacer la ley más inteligente que el legislador, queda bloqueado por los términos en que éste la formula y aún cuando forme conceptos y construya un sistema lógico de las normas, basta un plumazo del legislador para convertir en papel inservible una biblioteca jurídica.

### III. Política y Derecho en el sistema anglosajón

¿Existe otra posible concepción de lo jurídico que, respetando la autonomía de las Ciencias jurídicas, sociológicas, económicas y políticas nos permita una comprensión más equilibrada de lo político y lo jurídico?

El tema debe plantearse con una ponderación que no signifique una ruptura absoluta con la tradición europea continental. Esto es, no debe plantearse como una alternativa rigurosa, sino como una concepción complementaria que nos permita comprender desde otro punto de vista la relación de lo jurídico y de lo político. Con este talante debemos aproximarnos a la concepción institucional del ordenamiento jurídico como un orden concreto que en cierta manera corresponde al concepto anglosajón del derecho. El carácter histórico, consuetudinario, evolutivo y en cierta manera judicial que se atribuye al Derecho constitucional inglés corresponde a esta concepción. No hay una ley constitucional escrita, sino un conjunto de estatutos, costumbres y convenciones que «ordenan» la comunidad política británica. Al Derecho nacido de la voluntad de un legislador se une así la ponderación de un derecho consuetudinario que por la reiteración de hechos y prácticas adquiere un carácter normativo en la medida en que desarrolla los grandes principios inspiradores de la unidad de un ordenamiento. Así por ejemplo, el gran principio del gobierno de gabinete no está escrito en ninguna ley y es la base de la democracia inglesa. El gran principio de la libertad —es lícito lo que no está prohibido—, que tampoco está contenido en ningún texto escrito, es construido por los jueces británicos para definir un orden concreto de libertades de carácter constitucional.

Es curioso advertir que, aunque este fenómeno tiene su presencia histórica más patente en el Derecho anglosajón, su teoría ha sido construida sobre todo por juristas continentales entre los que destacan M. Hauriou, Romano y Schmitt desde posiciones muy diversas. La obra de estos autores ha sido en parte traducida al castellano y es lo suficientemente conocida para que sea ocioso exponerla aunque sea en una síntesis sumaria. Los recordamos porque vamos a apoyarnos con reiteración en sus conceptos y, a veces, literalmente en alguna de sus expresiones para en el hilo de esta glosa examinar las consecuencias que derivan de este concepto del Derecho para comprender la relación entre política y derecho.

La primera delimitación del derecho como ordenamiento institucional frente a la concepción normativa puede entenderse a través de la polémica crítica de estos autores frente a la obra de Kelsen y, en general, contra la definición del derecho como una regla de conducta establecida por un legislador. Romano advierte que este concepto del derecho como norma se ha formado en el derecho privado y que en su significado más común designa una o más normas concretas. Es cómodo para los privatistas que se hallan así ante un conjunto de normas que están, por así decirlo, «colgadas» del derecho público. Es también cómodo para el juez que busca en el derecho una regla en que fundar su decisión. Sin embargo si el derecho, y en particular el derecho público, se entiende como el orden jurídico de una comunidad política nos hallamos ante algo más: un complejo de normas que son un todo y hay que definir como algo distinto de la suma de sus partes individuales.

Las normas o reglas que regulan una sociedad no pueden entenderse sin un concepto previo de su conjunto comprendido como institución u ordenamiento «del mismo modo que no se puede tener una idea exacta de los distintos miembros



del hombre, o de las ruedas de una máquina, si no se sabe antes que sea el hombre o que sea aquella máquina». Un ordenamiento institucional no es una suma aritmética de normas. El ordenamiento tiene una unidad, que no es artificial ni abstracta, sino concreta y positiva. Los institucionalistas recuerdan la luminosa definición de Savigny de que el Derecho como la lengua es una objetivación de la vida social. Los entes sociales o, si se prefiere, los grupos sociales segregan normas por el mero hecho de su existencia o inversamente existen en cuanto un complejo de normas define su estructura como un ente estable. El Derecho no se define así por la declaración del legislador, sino que brota de las relaciones necesarias reiteradas con una voluntad de creación jurídica que se dan entre los miembros de una sociedad. Las normas que son parte del ordenamiento se fundan en éste ordenamiento que constituye así la unidad real de carácter duradero.

Hemos glosado alguna idea de Hauriou y el pensamiento de Romano que se vierte en una serie de ecuaciones que se han denunciado a voces como una tautología. En primer lugar el ordenamiento jurídico es igual a institución y Romano dice que entre ambos conceptos existe una perfecta identidad. A su vez comprende como institución todo ente o cuerpo social que tiene una existencia objetiva y concreta y exterior y visible en alguna forma.

La institución es pues entidad social que expresa la naturaleza social del hombre en cuanto constituye grupos de convivencia con una individualidad autónoma y son permanentes o estables en su identidad, aunque cambien sus elementos personales y materiales. También Hauriou la define como una organización social durable que conserva su forma específica, aunque haya una renovación continua de las voluntades humanas que se adhieren a una idea social que satisface necesidades del hombre. Nos hallamos ante esa existencia simultánea de un grupo social y del derecho que lo ordena y que le da unidad y consistencia. Así por ejemplo una cola, esto es, personas en filas ante una ventanilla es una institución rudimentaria, exterior y visible, durable o estable en su identidad, aunque cambien las personas que hacen cola y en la que nacen situaciones jurídicas de prioridad que se invocan como un derecho por la misma existencia de la fila y la posición que tienen en ella los que la integran. El ejemplo puede parecer pintoresco pero es enormemente expresivo. Si alguien trata de alterar el orden de la cola y los lesionados llaman a un agente de la autoridad éste probablemente defenderá y protegerá un derecho que nunca ha sido escrito por un legislador.

La institución es pues una organización espontánea de la convivencia, aunque no excluya actos reflexivos que la refuercen o la modifiquen. La palabra organización debe entenderse en su valor jurídico. No es simplemente una estructura, sino que define situaciones y relaciones entre los miembros de un grupo con un carácter vinculante y de aquí la última y más trascendente ecuación de Romano (4): la institución es derecho que se manifiesta en normas o pautas que facilitan la convivencia de los hombres y superan su caducidad, creando entes sociales más fuertes y duraderos que los individuos. En cuanto el Derecho constituye esa unidad concreta distinta de los individuos que en ella se comprenden y organiza sus relaciones define la sociedad como una unidad con sustantividad propia. Cuando el Derecho cumple esta función le llamamos ordenamiento.

---

(3) S. Romano, *El ordenamiento jurídico*, t. e., Madrid, 1963, pág. 20 y 122.

(4) Esta consecuencia no es enteramente compartida por Hauriou.

#### IV. Consecuencias de la idea del Derecho como ordenamiento

Las consecuencias que se deducen de esta concepción son muy varias. Quisiera en primer lugar llamar la atención sobre una que tiene particular interés para quienes nos dedicamos al Derecho público. La concepción normativa del derecho que se funda en la ley establecida por un legislador es inadecuada y pobre para entender el Derecho público. Lleva a una concepción subjetiva del poder en que éste queda fuera del derecho. Ya nos advertía Hauriou que el Derecho público se define por la creación de instituciones y la personificación corporativa que sitúa la institución política en el dominio del derecho objetivo (5).

Nos explicaremos. Si el Derecho es norma o precepto de un legislador hay que explicar primero el fundamento (¿jurídico?) de ese poder de legislar. La necesidad de un «prólogo en el cielo», como decía Orlando recordando con ironía el Fausto de Goethe, en el ámbito de la sociología, la historia, o la filosofía se hace ineludible. Recuérdese que Kelsen, el normativista más riguroso, se ve obligado a aceptar como «norma fundamental» la hipótesis de un hecho que no puede explicar el sistema normativo: es derecho lo que define como tal derecho un legislador. O el ejemplo de la concepción medieval, radicalmente privatista, que funda la ley y el Estado en un pacto entre rey y el reino y tiene que construir una base filosófica, histórica e incluso teológica de la existencia del poder real como preexistente a ese pacto de que nace el orden jurídico del Estado. O la misma hipótesis ruossoniana que trata de fundir el concepto de ley como expresión de la voluntad general en un contrato social. En estos supuestos nos «salimos» materialmente del derecho concebido como una norma o conjunto de relaciones jurídicas para apoyarnos en hechos o en hipótesis, anteriores a las normas, y que suponen la existencia de una sociedad organizada, esto es, una institución.

Para la concepción del Derecho como un ordenamiento institucional que organiza un grupo social concreto, el Derecho nace con la misma existencia de la sociedad organizada como condición de una convivencia humana perdurable. El orden constitucional es la posición misma del orden de esa comunidad en la medida en que se hacen consistentes costumbres, sentencias cuasi judiciales o judiciales, pactos que organizan la comunidad misma. Así nace el poder que centra la atención del político. Para la concepción normativista éste es un hecho prejurídico que no tiene explicación desde el Derecho. Para la concepción concreta del Derecho como un ordenamiento institucional de la sociedad éste es un hecho jurídico espontáneo que nace con la sociedad misma como una condición de su existencia. Esta exige un principio de coordinación de las esferas de acción de cada miembro del grupo, esto es, una definición de sus derechos y deberes respectivos y de una autoridad que garantice esa coordinación y que establezca decisiones unitarias cuyo valor desborda incluso el marco de la justicia. La vida social se manifiesta en múltiples hechos, desde el disponer de los bienes para satisfacer las necesidades, hasta circular por la derecha o por la izquierda o fijar un lugar o una hora de reunión, que exigen una decisión unitaria y vinculante si se ha de conseguir el objetivo de la convivencia. La organización de poder, en la medida en que se hace estable, esto es, en que se independiza de la voluntad de una o más personas determinadas, se institucionaliza jurídicamente. Como ya advertía Salmond toda

---

(5) M. Hauriou, *Principes de Droit public*, Sirey, 2.<sup>o</sup> ed. 1916, cap. I.

formulación jurídica de una Constitución tiene que soportarse en el hecho anterior de una efectiva organización de la sociedad y no se puede hablar de Estado con unos órganos de poder que definan Derecho si no hay antes alguna forma de orden o de constitución en la sociedad en que ese Derecho escrito se forma.

Una segunda consecuencia destacada por S. Martín Retortillo en el prólogo a la traducción española de Romano (con independencia de otras que afectan al derecho administrativo) es que el Estado ni el poder público en general detenta un monopolio de las fuentes del Derecho (6). Necesariamente hay Derecho anterior que define la facultad de legislar o de juzgar. Este Derecho, que es el orden fundamental de la comunidad en la que el Derecho se declara, puede haber sido declarado por un poder constituyente cuya autoridad en último término se respalda, como el valor mismo de las normas, en la existencia misma de la comunidad y en las creencias y en la voluntad de los hombres que integran esa comunidad. El Derecho, pues, como finalmente advertía Hauriou, se funda en un consentimiento que el maestro francés definía sobre todo como consentimiento consuetudinario. Lo que hay de permanente en el Estado, decía el prólogo de la última edificación de su Derecho Constitucional, es el consentimiento consuetudinario que hace que el poder sea aceptado por los hombres en cuanto está vinculado a una institución en cuyo nombre manda y que ha sido aceptada consuetudinariamente (7).

Una consecuencia más es la explicación de situaciones aparentemente anómalas del derecho público. El Derecho público y específicamente el Derecho constitucional no parecen imponerse siempre con el carácter vinculante que es inherente al precepto. Esta particularidad del Derecho público queda en parte corregida por esta concepción del ordenamiento con un orden concreto. La plenitud del ordenamiento desborda las normas escritas públicamente promulgadas. Es cierto que existen conflictos que el juez se abstiene de zanjar, aunque existan normas escritas que den con toda claridad una solución. Bastará recordar los conflictos entre poderes constitucionales en que los jueces se han inhibido alegando que son cuestiones políticas y que nuestro propio legislador ha dejado al margen de la jurisdicción contenciosa. Los mismos conflictos laborales discurren muchas veces por la vía de una negociación que elude la sentencia del juez. Cabe preguntarse ¿es que esas situaciones están al margen del derecho? La verdad es que hay reglas no escritas, consecuencia de los principios que dan vida a un ordenamiento que ofrecen respuestas diversas de las que daría el Derecho escrito. Podemos exasperar un conflicto con la aplicación literal de Derecho escrito. Los conflictos laborales en que la negociación sustituye a la aplicación estricta de la ley escrita pueden tener un fondo de justicia en exigencias reales de la convivencia que la norma promulgada por un legislador no podría comprender. Los actos de los gobernantes, que excluyen de la revisión judicial nuestro propio Derecho positivo, se ajustan a un derecho que puede estar respaldado por la opinión o por la creación de otros órganos de poder en la medida en que son exigencias concretas de la convivencia. Tienen pues una sanción —no judicial— en la medida en que se encuadran en un sistema de derecho vivo; y dejan de cumplirse como derecho escrito en la medida en que son fórmulas que no respalda la conciencia social.

---

(6) Romano, obra cit., Introducción.

(7) M. Hauriou, *Precis de Droit constitutionnel*, Sirey, 1929, pág. XV.

W. Schild, *Die Institutionentheorie Maurice Haurious*, en «*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*», N. F., XXV, 2, 1974, págs. 3 y 5.

Esto no quiere decir que elevemos la idea del ordenamiento a una mística del Derecho como orden real de la sociedad en el sentido de Romano. Esta doctrina sin duda peca por exceso. Por querer demostrar demasiadas cosas acaba no demostrando nada, porque en esa transmutación mística de la realidad social del Derecho no es fácil deslindar lo lícito de lo ilícito como orden de una justa convivencia. Así lo ha visto M. Hauriou al distinguir el orden político como orden resultante del equilibrio de poderes y el orden jurídico como orden fundado en la justicia y la paz, que deben realizar un nuevo equilibrio en que el poder al servicio de instituciones se acomode al orden del Derecho. La institución del Estado como fruto de los que Hauriou llama la civilización mediterránea es un equilibrio entre el orden del poder y el orden del Derecho, que designamos como ordenamiento jurídico. Esta concepción es especialmente importante para comprender la función del Derecho en la formación del Estado y de ello deriva un sugestivo concepto del Estado como ordenamiento jurídico.

## V. El Estado como ordenamiento

El Estado como «ordenamiento» jurídico supremo es un orden integrado, coherente, jerárquico, completo y concreto, históricamente flexible y socialmente integrado en cuanto es orden institucional. De cada uno de estos caracteres se derivan una serie de consecuencias jurídicas muy significativas.

### a) *El carácter integrado del ordenamiento*

El ordenamiento jurídico estatal, como estructura del orden de una comunidad, está *integrado*. Esto quiere decir que todas las partes del ordenamiento jurídico del Estado son interdependientes y en consecuencia se modifican, se conforman y se completan recíprocamente.

Las consecuencias de este principio son muy varias. En primer lugar puede subrayarse una que debe estar presente, tanto en la ciencia como en la pedagogía del Derecho. Aunque es legítima la distinción de las diversas ciencias jurídicas por razón de su objeto, no debemos olvidar que fragmentan el contenido de una estructura jurídica unitaria. El Derecho civil, mercantil, laboral, penal, procesal, administrativo, financiero y constitucional separan parcelas que están en la realidad jurídica unidas en la íntima conexión que supone el ordenamiento jurídico del Estado. Cualquier institución (y empleamos aquí el término tanto en el sentido conceptual como en el jurídico social) está configurada por la totalidad del ordenamiento, aunque pueda tener perspectivas y aún parcelas preferentes en una disciplina jurídica determinada. La propiedad como institución tradicionalmente asentada en el Derecho civil, tiene su raíz en el Derecho constitucional, se perfila en el Derecho administrativo y financiero que la limitan, la protege el Derecho penal, se amparan las pretensiones que derivan del derecho del propietario en el Derecho procesal y tiene las más varias consecuencias en el Derecho mercantil. Los problemas que muchas veces se plantean en relación con la interpretación de estas diversas ramas del Derecho, son una simple consecuencia de esta unidad de integración del ordenamiento, que pueden explicarse y resolverse como problemas prácticos, partiendo de ese principio.

### b) *La coherencia del ordenamiento*

En cuanto al ordenamiento es un todo coherente todas sus partes deben concebirse en conexión entre sí. Las normas se completan y relacionan recíprocamente y no deben existir contradicciones. En virtud de este criterio tenemos que comprender las relaciones entre los poderes o las agencias del orden constitucional. Las ideas de equilibrio de poder, predominio, primacía o soberanía tienen un sentido en este carácter orgánico y complementario con que deben entenderse en la esfera de un orden concreto. Hay poderes específicos que establecen esta relación como la iniciativa legislativa, o el derecho de veto o control. El orden constitucional es un todo integrado cuyos elementos se complementan como las piezas de un rompecabezas.

Esta unidad del ordenamiento no es lógica, sino existencial y sólo puede entenderse en la medida que lo suponemos informado por unos principios que constituyen criterios uniformes de interpretación.

La norma, declarada o no, que funda la decisión de cada caso concreto, tiene que ser coherente, en el sentido de que debe estar de acuerdo con los principios generales que informan el ordenamiento jurídico. Y en todo caso la interpretación del sentido de cada norma escrita debe adaptarse a ellos. En nuestra opinión esta regla de interpretación debe sobreponerse incluso a una aparente voluntad del legislador que derive de la letra de un precepto. Sólo cuando de una manera explícita conste de la exposición de motivos esta voluntad de reforma o de innovación habrá de tenerse en cuenta. Pero aún en este caso debemos sopesar si esta voluntad explícita del legislador no se opone a principios del ordenamiento formalmente proclamados, reconocidos y existencialmente vivos en el ordenamiento jurídico. Porque la unidad del ordenamiento se expresa en la unidad de los principios que lo informan (8).

Al referirse a las fuentes del Derecho el párrafo 4 del artículo 1 del Código civil reconoce este valor de los principios, no sólo reconociéndolos como fuente del Derecho, sino salvando al mismo tiempo «su carácter informador del ordenamiento jurídico». Sin duda esta salvedad refiere este «carácter informador» al «espíritu y finalidad» de las normas que de acuerdo con el artículo 3 del mismo Código civil debe ser criterio fundamental para su interpretación.

Los principios del ordenamiento tienen así el valor de una norma que fundamenta el restante ordenamiento jurídico y por eso aparecen muchas veces expresamente formulados en el Derecho constitucional.

### c) *El carácter jerárquico del ordenamiento*

A este objeto debe tenerse en cuenta el tercer carácter de un ordenamiento que anteriormente hemos mencionado: su naturaleza jerárquica.

Esta jerarquía de las normas ha sido subrayada por la escuela vienesa. Las normas tienen un *rango* que es el fundamento de la seguridad jurídica. La constitución constituye la norma suprema en cuanto establece los órganos que deben declarar la ley, la forma en que debe promulgarse y los tribunales a los que co-

---

(8) García de Enterría. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, R. Ad. publica, 70, 1963, pág. 201.

responde la última decisión en su aplicación a casos concretos. El reglamento es normalmente (salvo los reglamentos autónomos) un escalón inferior de aplicación de la ley. Las ordenanzas para su ejecución, los actos administrativos que las cumplen y los negocios jurídicos que se establecen bajo su regulación, son grados inferiores que están sujetos a los principios de orden material que establecen las normas superiores. Este no es sólo un principio lógico de unidad, sino una consecuencia de la función del Estado como ámbito de convivencia pacífica y una exigencia política de seguridad y, en último término, de libertad, en cuanto nos permite prever cuál va a ser el desarrollo del orden jurídico como regulación de nuestra vida en el orden de un grupo. Es también sin duda un principio de centralización jurídica y política que sitúa en la constitución y en las leyes que se promulguen para su cumplimiento la base de esta pirámide unitaria.

Desde el punto de vista constitucional y de la aplicación práctica del Derecho obliga a los jueces a respetar el rango de las normas y a desconocer o interpretar de acuerdo con la norma superior la norma inferior que pueda aparecer en contradicción con ella. Como es sabido existen hoy en casi todos los países de Occidente los órganos jurisdiccionales o de otra naturaleza que velan por el respeto a este rango normativo. Normalmente del reglamento respecto a la ley, e incluso de la ley respecto a la constitución. Esta es en último término una nueva proyección vertical de esa coherencia del ordenamiento que, en este caso, asegura la no contradicción de las normas aplicadas o promulgadas por las autoridades inferiores. Y no debe olvidarse que la *no contradicción* no es sólo un principio lógico, sino un principio existencial de convivencia. El Estado se compromete a resolver los conflictos, esto es, las posibles alegaciones o pretensiones contradictorias de derechos. Por eso, es un supuesto mismo de su existencia la no contradicción entre los diversos niveles en que el Derecho se manifiesta.

d) *El Estado como un ordenamiento jurídico «completo»*

El ordenamiento jurídico del Estado es completo. La expresión tiene un sentido más amplio que el propósito inicial del artículo 4 del Código de Napoleón, que fue recibido por nuestra codificación civil como un imperativo para los jueces de respetar la ley: «El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad, o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.» Nuestro propio Código civil amplió esa «plenitud hermética de la ley» señalando como fuentes secundarias la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho. En todo caso, nuestro Derecho ha aceptado esa plenitud hermética del Derecho, que sólo puede explicarse entendiendo el Derecho como un ordenamiento jurídico, esto es, como el sistema orgánico que ordena las relaciones de convivencia entre los hombres dentro de una comunidad, que es esencialmente comunidad de Derecho.

La nueva redacción del Código civil, en el artículo 1.º, 6, atribuye a la jurisprudencia *complementar* «el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Y en el párrafo 7 del mismo artículo recuerda el deber inexcusable de los tribunales de resolver cuantos asuntos se les sometan ateniéndose a ese sistema de fuentes.

Esto es, el juez ha de encontrar en las leyes, en las costumbres, en los principios generales del Derecho o en la propia doctrina jurisprudencial que los completa, una respuesta a todos los problemas que plantea la vida jurídica (9).

El ordenamiento debe dar respuesta a todas las cuestiones que pueda plantear la vida jurídica práctica y el juez tiene la obligación de fallar, obligación que respalda incluso un artículo del Código penal (artículo 357). El ordenamiento jurídico es un orden de paz, que debe evitar los conflictos o encontrar una solución definitiva a los que puedan producirse. En este principio se funda la excepción de la cosa juzgada.

*e) Ordenamiento concreto y realidad social*

En la medida en que es un ordenamiento integrado coherente, jerárquico y completo corresponde a una realidad social en la que define la forma de convivencia. Y por ser una realidad viva, en funcionamiento no se reduce sólo a las normas escritas que pueda promulgar el legislador, sino que comprende también los usos efectivos, las prácticas que completan e interpretan el Derecho escrito y, en general, los equilibrios reales que derivan de la interdependencia de los diversos elementos del ordenamiento como una realidad social. En este sentido, el nuevo artículo 3 del Código civil exige que la interpretación de las normas tenga en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Esto es especialmente patente en el Derecho público y muy especialmente en el Derecho constitucional, en que los elementos que lo componen tienen un carácter singular. No hay, por ejemplo, más que un gobierno y un parlamento y sus relaciones son un hecho concreto que se ajusta en la práctica como el de los dos engranajes de un mecanismo. Si se extienden los poderes del poder ejecutivo en relación con el parlamento, necesariamente disminuyen las competencias de éste. Y es claro que cuando esto sea un hecho anecdótico será historia y no Derecho, pero en la medida en que adquiere una consistencia se hace normativo. Con esta reserva se puede decir que esta concepción del Derecho atiende a *cómo ocurren realmente las cosas* y no como aparecen previstas de una manera abstracta en el Derecho escrito.

Aunque este principio es especialmente relevante en el Derecho público se da también en el orden de las relaciones jurídicas privadas. No sólo hay prácticas como los llamados contratos de adhesión, que sólo tardíamente han llegado al Derecho escrito, sino que estimamos que el juez ha de interpretar el Derecho atendiendo a situaciones reales, consistentes, que pueden crear prácticas que ha de interpretar a la luz de los principios del ordenamiento como un todo. Por ejemplo, una situación de monopolio que transforma y desfigura los preceptos jurídicos escritos que se refieren a la libertad de contratación es un elemento disfuncional que tendrá que ponderar el juez, si no aprecia sólo la conformidad de los hechos con la norma jurídica escrita, sino la totalidad del ordenamiento y las exigencias de justicia, libertad y seguridad, implícitas en él, y, como dice la nueva redacción de nuestro Código civil, «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados».

---

(9) Véase el importante estudio del magistrado T. Ogayar: *Creación judicial del Derecho*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1975.

Así es como se incorporan al Derecho público, bajo la forma de Derecho consuetudinario o de usos y convenciones constitucionales, todas las prácticas que responden a los principios del ordenamiento. Y esa es la razón por la que el jurista tiene que tener en cuenta todos los factores efectivos de poder (sufragio, opinión pública, grupos de interés, partidos) que intervienen en las decisiones y en el desarrollo y aplicación del Derecho.

*f) El ordenamiento jurídico como contenido histórico*

Esta concepción del Derecho, sin contradecir su carácter estable, nos permite comprender la fluencia de la vida política, especialmente en aquellos ámbitos en que esta fluencia se matiza por la acción política. El ordenamiento jurídico es estable, pero no inmutable; nace, se desenvuelve, se transforma en alguna de sus partes, e incluso puede morir, en función de los equilibrios del poder y de la percepción de la justicia que normalmente lo acompaña como un factor de legitimación. Evoluciona y está sujeto al cambio. Este cambio puede producirse deliberadamente por una voluntad de reforma del legislador que establece nuevas normas escritas, y en este caso habrá que atender a cómo efectivamente se cumplen y se ajustan a la realidad jurídica preexistente. O bien, puede producirse de una manera espontánea, más o menos inconsciente, por vía de prácticas, usos o decisiones judiciales que dan una nueva interpretación del orden existente. El ordenamiento, en cuanto es orden de una comunidad real humana, no sólo se soporta en la voluntad y en la capacidad de coerción de un poder legislativo, sino en la adhesión de las voluntades de los hombres, en la medida en que éstos lo acepten como justo o conveniente para su convivencia. Cuando cambian las creencias, se difunden nuevas ideas o hacen acto de presencia nuevas necesidades, el ordenamiento se adapta a ellas, bien con la corrección quirúrgica de la ley escrita, bien con la mediación evolutiva de los usos, las convenciones o la jurisprudencia.

El Derecho como ordenamiento institucional tiene una capacidad plástica para absorber los hechos nuevos o para remodelarse en función de ellos. Estos hechos pueden ser invenciones o innovaciones en el orden de la tecnología o del orden social que crean, unas veces, nuevas necesidades y, otras, nuevas condiciones de existencia. La aviación ha encontrado su ordenación propia en fórmulas transnacionales que desbordan el marco del Derecho escrito interno e internacional. El sindicalismo y la planificación del desarrollo se han encajado en cuadros nuevos que difícilmente corresponden a las previsiones constitucionales del Derecho escrito. Los partidos crecieron a lo largo del siglo xix y en la primera mitad del siglo xx sin ningún reconocimiento por parte del Derecho escrito de su trascendencia constitucional. Todos ellos eran, sin embargo, hechos que debían encajar en un orden de convivencia y que lo hicieron con normas «sui generis» que normalmente han escapado a la voluntad del legislador.

Este planteamiento enriquece la comprensión del jurista y le aproxima a los enfoques propios de la Sociología y de la Ciencia política en la medida en que absorbe en el Derecho las situaciones reales que han adquirido consistencia y se imponen con un carácter vinculante como pautas de conducta. No son normas derivadas de la voluntad de un legislador, e incluso pueden contradecir esa volun-



tad, pero son normas vinculantes que están respaldadas y legitimadas por la adhesión a los principios que las informan.

La evolución de la Constitución norteamericana a través de las decisiones del juez es uno de los ejemplos más patentes de la fecundidad de esta concepción del Derecho. El régimen de libertades públicas británicas, al que ya hemos hecho referencia, es otro ejemplo en que esta capacidad del desarrollo del ordenamiento jurídico se manifiesta de una manera patente. Las prácticas convencionales que en todos los países occidentales regulan el juego de los poderes con reglas flexibles, cuyo cumplimiento tiene la sanción de la opinión pública, es otro ejemplo habitual para los estudiosos del Derecho constitucional.

Un jurista normativo que sólo acepta como Derecho la regla escrita y promulgada por un legislador tenía, al estudiar el orden constitucional de Occidente, que yuxtaponer los partidos políticos como entidades socio-políticas que el Derecho ignoraba. Para un jurista institucional, éstos son elementos integrantes del ordenamiento de un Estado con un régimen democrático, representativo y pluralista.

Un jurista normativo sólo puede comprender los grupos de presión como hechos socio-políticos que perturban el correcto desarrollo normativo del proceso de decisión. Un jurista institucional tiene en cuenta las normas escritas y las reglas que se fundan en hechos consistentes que encuadran ese proceso.

Un jurista normativo describirá, probablemente, todo el Derecho escrito con independencia de su vigencia efectiva. Un jurista institucional explica incluso por qué hay normas escritas que no tienen y quizá no pueden tener una eficacia real.

Un jurista normativo no puede comprender el cambio, sino como obra de una medida legislativa o de una revolución que establece un nuevo legislador. Un jurista institucional tendrá que tener en cuenta los nuevos valores, nuevas necesidades o nuevas exigencias que hacen evolucionar la vida jurídica, bien mediante declaraciones judiciales, bien como usos o bien como prácticas, que los particulares establecen en su negociación pública, o como reajustes de los órganos de poder.



## I. CIENCIA POLITICA Y DERECHO: ANALISIS GENERAL \*

*Manuel Ramírez*

*Catedrático de Derecho Político de la Universidad de Zaragoza*

Como ustedes saben, la idiosincrasia española parece profesar un profundo respeto a la tradición en lo que a nomenclaturas se refiere. El «así se ha llamado siempre» o el «así se ha dicho toda la vida», cobra especial fuerza como argumento defensivo frente a innovaciones más o menos necesarias y más o menos contingentes. Incluso, y en forma muy destacable, en el terreno de la nomenclatura más directamente afectada por los cambios políticos. No en balde estamos ante un pueblo que ha visto a lo largo y a lo azaroso de siglo y medio bautizar sus plazas y calles de acuerdo con los deseos de posteridad de los políticos de turno y que, sin embargo, a trancas y barrancas, ha seguido llamando a aquello «plaza de la cebada», «la gran vía», «el barranco del ahorcado» o «la Redonda». Sin duda, detrás de cada una de estas denominaciones hay una historia que puede más que el avatar político y que se convierte en tradición. También, sin duda, subyace una suerte de filosofía del todo cambia, nada permanece y mucho vuelve, que origina el escepticismo ante el «baile de nombres» en el que los españoles vivimos hace mucho tiempo. Diríase que «cambiar el nombre de las cosas» es el primer gesto «revolucionario», entre comillas, y a veces el único, al que nos tienen acostumbrados «los que mandan» (por decirlo con el título de la célebre obra de Imaz) desde las Cortes de Cádiz hasta hoy. Naturalmente, y sobre todo, en estos últimos decenios, de lo que se ha tratado, a veces, es de que no cambiara nada más que el nombre y todo siguiera igual. Y ello como una constante histórica, especialmente agudizada en los períodos que inmediatamente siguen a cualquiera de nuestras incontables guerras civiles, o, sin necesidad de ello, en aquellos otros en que alguien lo que parece querer es hacer «su guerra» (en los nombres, claro) y la plasma en algún texto articulado (entiéndase dividido en artículos y no se entienda de otra forma) que viene a «revolucionar» algo por la vía legal.

---

\* El presente texto y el siguiente recogen el extracto de las dos conferencias pronunciadas por el autor en la Universidad de la Rábida los días 28 y 29 de agosto de 1975.

En nuestro campo, en el de la educación, hace unos años que padecemos uno de estos vendavales cuyas consecuencias aún vivimos y, a mí, al menos, me tiene sumido en una abracadabrante jerga que no llego a entender. Sin duda porque yo también cultivo, con plena conciencia de ello, esa postura de escepticismo de que antes les hablaba.

Y bien. Todo esto viene a cuento, si es que viene, claro, a propósito de la denominación oficial de una asignatura, el Derecho Político, del título por mí utilizado en esta charla, Ciencia Política, y de lo que yo pienso y me gustaría discutir con ustedes en torno a la validez actual de estas expresiones y a su posible sentido en los convencionales estudios de Derecho.

Estamos ante una denominación cuya tradición se remonta a la misma aparición de las primeras cátedras de esta asignatura, allá a mediados del siglo XIX o de las de Derecho Constitucional a partir de 1814 (no se olvide la ilusión pedagógica de la Constitución, que animaba a los redactores de Cádiz) con la cátedra de Constitución en los Reales Estudios de San Isidro. Pero estamos también ante una tradición cuyo sentido actual nos hemos de cuestionar necesariamente.

Parto de una posición que, si lo desean, podemos discutir luego, pero que me parece clara. Ni desde una perspectiva sociológica, empírica o funcionalista, como se la quiere denominar, ni desde un enfoque dialéctico, las dos grandes y contrapuestas avenidas por las que hoy parece correr el análisis del fenómeno político, tiene sentido el seguir hablando de un Derecho político, como se habla de un Derecho penal o un Derecho civil. Desmenuzaremos esta afirmación en la doble perspectiva citada.

Desde la segunda, el problema queda resuelto de entrada. Hay una concepción clara de lo que es la política y un marco muy concreto al que se remite el Derecho, el superestructural, y un papel muy concreto el que se atribuye al sujeto tradicional de nuestra ciencia: el Estado. No vamos a insistir. Sólo recordar: tanto el Derecho como el Estado (en su acepción de aparato de poder represor o en la acepción Althusseriana, que une a ello, los Aparatos Ideológicos del Estado que garantizan el adoctrinamiento en la ideología dominante) ambas cosas, digo, están y se interpretan en función de otra, la lucha de clases. Sería a ese «motor de la historia» y no a las expresiones superestructurales jurídicas, al que habría que prestar atención. Cabrán los matices que vayan desde «el Estado y la Revolución» de Lenin al papel del Estado en las sociedades capitalistas descrito por Poulantzas. Pero, en cualquier caso, para un marxista la gratuidad de una denominación como «Derecho político», parece obvia. Quien tiene el poder hará un Derecho y un Estado.

Desde la primera, decimos que es insuficiente porque:

1.º El Estado, único sujeto de una teoría alemana que cierra un siglo y abre otro (en la línea Gerber, Cierke y Jellinek fundamentalmente, en quienes a la postre, jurídicamente no hay nada que considerar más que el resultado del ejercicio de la voluntad del Estado, persona jurídica, dentro del más puro positivismo), hoy ha perdido ese carácter de protagonista único del acontecer político.

Por un lado, se tiende a ver el proceso político como algo más ancho y que se quiere ver desde la toma de decisiones en las pequeñas comunidades de grupo, estudios de grupos primarios, política de gobierno de ciudades, etc. A la postre, el pluralismo, que ha sustituido al viejo mo-

nismo y que es un tejido amplio y rico en el que «lo estatal» es sólo una expresión más.

Por otro lado, el análisis de los fenómenos políticos a esferas superestatales. Desde el proceso de federaciones a la política de bloques o a los intereses político-sociales y económicos engarzados más allá de los ámbitos tradicionales (población, territorio) del Estado soberano.

El concepto mismo de soberanía, como ustedes saben, también ha conocido ciertos avatares desde hace algunas décadas, como ya señalara magistralmente Nicolás Pérez Serrano. Y piénsese lo que después ha ocurrido con las limitaciones a la misma a través de la ONU y las distintas organizaciones internacionales.

2.º Por la conciencia existente de la imposibilidad de someter la riqueza del fenómeno político al método jurídico. «Posesión» será lo que el Código civil nos defina como tal. Y «delito» lo que otro tanto haga el Código penal. Pero, ¿dónde encontramos la respuesta a quién manda *de verdad* en un país? ¿En qué texto constitucional se nos habla del poder que, en un momento dado, puede tener en un país la banca o se nos describe el fenómeno del caciquismo? Y parece claro, sin embargo, que ambas cosas tienen mucho que decir a la hora de intentar comprender *lo político y la política* de un contexto determinado. Pretender hacer jurídica la política es sólo eso, una pretensión (y una pretensión que desde la perspectiva anteriormente aludida tiene un sentido muy claro). Pero, en cualquier caso, decir lo que *debe* ser la política no es siempre, ni con mucho, analizar lo que *realmente es*.

3.º Como corolario de lo anterior, se deduce la denominada, en esta perspectiva, necesidad del enfoque interdisciplinar. La apelación al método sociológico, como constatación de lo que las cosas son, puede tener y de hecho tiene su cara y su cruz, pero parece que su aporte es necesario y, a veces, imprescindible. Otro tanto cabe decir de la historia: ¿se puede entender la España de hoy sin la histórica referencia a la II República y a la Guerra Civil? No menos importantes han sido los aportes de la psicología en los famosos trabajos de actitudes políticas y configuración de personalidades: desde Adorno a Lasswell. Y de esto a lo que solemos llamar las minicosas: la biología, los estudios sobre medio ambiente, etc. Por supuesto que en un contexto concreto, en el de la ciencia política norteamericana, en todo esto ha habido mucho de escapismo y de no querer plantearse lo cuestionable de un camino que juzgamos ya cerrado. Sin duda. Pero no es menos cierto que, visto desde hoy, lo que sí parece es que todo ello ha contribuido muy positivamente a poner en solfa el reinado del formalismo jurídico antaño predominante.

De lo hasta aquí expuesto, podemos deducir lo que sigue, a modo de clarificación sistematizada de los caminos por los que nos movemos:

- a) La validez y necesidad, entre nosotros, de legitimar de una vez por todas la expresión «ciencia política» o «ciencia de la política», como algo más amplio, que abarque más de lo hasta ahora entendido como «Derecho político».
- b) Dentro de ella, y con legítima entrada, habría un Derecho constitucional, en cuanto que análisis jurídico del texto o de los textos funda-

mentales que regulen la organización de poderes existentes. Pero no olvidemos que al margen de dichos textos pueden quedar muchas cosas. No es preciso recordar la tardía incorporación que los textos constitucionales han hecho de fuerzas, como los partidos políticos o los grupos de presión, que comenzaron a funcionar como fuerzas de hecho. Y piénsese lo que, por ejemplo, los partidos han significado y siguen significando en los procesos electorales y de canalización del sufragio en países cuyo reconocimiento constitucional no se daba.

- c) Especial significado tendrá también dentro de la denominación general, la Historia de las ideas y del pensamiento político. Sin Maquiavelo o sin Hobbes no se puede estudiar el poder. Y poco tendría que decir Marx desde una perspectiva de pura vertiente jurídica.
- d) La sociología política, que tendría por objeto el estudio del proceso político, en sus distintas vertientes.
- e) El comparative-Politics, como especialidad llamada a establecer análisis comparados entre países, procesos, instituciones o fuerzas políticas, distintos de los tradicionales análisis comparados de las constituciones. ¿Qué papel desempeña el Ejército en países en vías de desarrollo? ¿Qué une o qué distingue a los partidos socialistas europeos? ¿Qué rasgos definen a las élites de este o aquel contexto socio-político? Son preguntas a las que este enfoque está contestando con profusión de investigaciones.
- f) En fin, una teoría política, en cuanto intento de sistematización del saber político y con una finalidad crítica y proyectiva de la que en otro lugar he hablado con amplitud.

Por todo esto y de cara al problema docente que hoy nos preocupa, a mí se me ocurre deducir algunas consecuencias sobre las que me gustaría hablar con ustedes:

- 1.<sup>a</sup> La dificultad general que la elaboración de la ciencia política tiene en estas décadas en nuestro país. Yo diría que la empresa en sí, comporta la existencia de alguno de los dos tipos de democracia al uso. Democracia liberal-capitalista, donde la heterogeneidad de intereses es un supuesto válidamente aceptado y aun patrocinado, y donde la lucha política comporta todo un campo de acción que se plasma en la riqueza de matices que contiene eso que los franceses llaman «la vie politique». Los matices a que aludimos serían muy amplios. Acaso todo lo amplio que ha supuesto la evolución de este primer tipo de democracia desde la Revolución Francesa a nuestros días. Desde la negativa o resistencia a aceptar los partidos políticos y los grupos, porque el sujeto soberano era «la nación» y lo era en forma indivisible, a las vertientes de democracia participante, democracia social etc. Por supuesto que, desde una perspectiva marxista, toda esta evolución no habría sido sino parche para que las cosas siguieran en las mismas manos. Pero ello no impide que estudiar esa evolución no sea ya en sí analizar el camino andado por la política en esos contextos. Ni la extensión del sufragio, ni el New Deal norteamericano, ni el reforzamiento de los ejecutivos, ni la teoría del consensus son puras casualidades en este primer contexto que citamos. Afirmarlo sería

creer en una visión puramente contingencial de la historia y de la historia política que yo personalmente no comparto. Pero ahí están y analizar sus causas y consecuencias es, en definitiva, analizar algo vivo y en lo que creen y practican muchos millones de seres en esta tierra.

O desde el otro tipo o contexto, el de la democracia socialista. Ahora el punto de partida es radicalmente distinto. La verdad política es algo previamente definido, la homogeneidad de intereses es algo conseguido o en rápidas vías de conseguirse y la libertad no es algo dado, sino algo a conquistar en la nueva sociedad sin clases y en el «hombre nuevo» para el que ésta está pensada. La consideración será de ustedes conocida. Como los griegos habrían abierto el continente científico de las matemáticas y como Galileo lo habría hecho con el de la física, Marx habría abierto el tercer gran continente: el continente de la historia. Por decirlo con los neomarxistas actuales, «la fundación de la ciencia de la historia por Marx sería el más importante acontecimiento teórico de la historia contemporánea». Una ciencia, el materialismo histórico, y una filosofía, el materialismo dialéctico, será la gran aportación que a la vez de descubrir un mundo nuevo, encorsetará el devenir de la comprensión y estudio de las formaciones sociales. Entonces, en nuestro terreno, de lo que se tratará es de analizar el acontecer sociopolítico desde la perspectiva y con el método de esa nueva ciencia, la ciencia histórica por antonomasia. Ver sus avances y retrocesos, detenerse en las contradicciones, alumbrar con el conocimiento científico marxista de la historia lo ocurrido y lo por venir. Entonces nuestra actividad científico-política será distinta, pero también será. Habrá que ver en qué medida ese devenir se ajusta a lo previamente descubierto y definido. En qué medida no y por qué. Y, al cabo, en qué medida hace falta actuar para que el ajustamiento se produzca. Es el pleno convencimiento de todo ello, es la plena seguridad de que la realidad tiene que ser así, lo que, pese a su superficie aparentemente chocante, me permitía oír hace unas semanas en China cómo los niños de la escuela primaria (cinco, seis años) estudiaban los conceptos fundamentales de la lucha de clases y de la dictadura del proletariado. Y es algo en lo que también creen y practican otros muchos millones de seres en esta tierra.

No haría falta aclarar que en nuestro país no se da ninguno de estos dos tipos citados. Y esto es lo que comporta esa dificultad general de que antes hablaba para la elaboración y consolidación de una ciencia política. Pero de esto, de sus causas y consecuencias, es de lo que habremos de empezar hablando mañana.

- 2.<sup>a</sup> La especial incomodidad que el cultivo de la ciencia política, tal como la hemos entendido, encuentra generalmente en las tradicionales facultades de Derecho de nuestro país. Ahora el problema viene derivado tanto del formalismo subsistente en programas y profesores de estas facultades, cuanto de la mentalidad «típicamente jurídica» de sus cuadros docentes. No se trata, por supuesto, de poner en en-

tedicho esta existencia. Ello correspondería, en cualquier caso, a un planteamiento más general en el que yo ahora no entro. Se trata de señalar cómo, incluso entre los numerarios más jóvenes, subsiste en gran parte la creencia de que lo importante es eso que llaman «tener finura en el análisis jurídico». Y, no nos engañemos, para muchos decir que este o aquel chico tiene mentalidad jurídica o es un buen jurista, significa que aquella persona en cuestión conoce bien los artículos de códigos y leyes, los maneja, los compara, si ustedes me permiten la simpleza de la expresión: «es capaz de hacer virguerías interpretativas» en torno a lo que dice o quiso decir el legislador. Todo eso muy mezclado con lo que «a sensu contrario» no quiso decir y siempre con la puerta abierta a la figura «sui géneris» o a la postura ecléctica sempiternamente representada por «el Castán», como evangelio jurídico que se cita una y mil veces.

Yo no sé si eso es bueno o no. Y si lo sé no lo digo ahora porque es otra cosa lo que me preocupa. Lo que ocurre, y a lo que iba, es que para esa mentalidad lo importante, y lo que en nuestra asignatura se debe hacer es justamente eso: enseñar, comentar, incluso criticar «con fino espíritu jurídico» los textos legales existentes. Darle mil vueltas a la regulación del contrafuero o memorizar la Ley de Cortes. Y eso, se nos dice, resulta de vital necesidad para luego abordar otras disciplinas como el Derecho administrativo o el Derecho del trabajo (que ahora se llama «laboral» y sus cultivadores «iuslaboralistas», para no quedarse atrás en el baile de nomenclaturas de que empezamos hablando). Y se nos sigue diciendo, insinuando o reprochando, que lo demás no cuenta. Que aquello es una facultad de Derecho. Si ustedes se empeñan en estudiar y en explicar en realidad a quién representan las Cortes, para qué sirven, cuál es la composición social y profesional de sus miembros y qué dietas cobran, entre otras incomprendiones más arriesgadas que están en la mente de todos, encontrarán la sonrisa irónica de los otros colegas: ¡Estos sociólogos!, qué cosas estudian. ¡Pero bueno, ¿y Derecho? ¿Cuándo enseñan ustedes Derecho a los alumnos? Hay incluso tristeza por el hecho de que esas privilegiadas mentes jurídicas no entren en la Universidad por la puerta grande de las oposiciones a Cátedra. Sin detenerse a pensar en las sustanciosas ganancias que esas personas puedan estar haciendo, al margen de la Universidad, claro está, gracias a su «finura jurídica», si han pasado alguna vez por el vía crucis de ser no numerario, si han dado clases, salido al extranjero o investigado algo. Se presume un don casi providencial para ser capaz de meterse en los malabarismos en torno al artículo 4.º o de la disposición transitoria de turno.

No. No parece cómoda esta posición. Recuerdo casos de auténticos debates porque una tesis estaba encuadrada en azul, en vez de en rojo: el «tradicional» de una facultad de Derecho. Y qué les voy a decir de batallas a favor de tesis muy valiosas, pero que no «encajaban» en una facultad de Derecho, porque no tenía leyes y sí algún que otro porcentaje. ¡A dónde íbamos a parar quienes, para colmo de



desgracias, fuimos en alguna ocasión bautizados por algún colega como «politicólogos» o incluso «politólogos», sin que, que yo recuerde, le hubiéramos hecho nada malo para merecer aquél epíteto!

- 3.<sup>a</sup> Casi se deduce de la anterior. La necesidad y a la vez la dificultad de fomentar en nuestro suelo la creación de facultades o institutos de ciencia política. Su simple anuncio echa a temblar a no pocos. Y creo que sería la fórmula para dejar en Derecho un Derecho constitucional que parece es el mejor visto, siempre que nos olvidemos de la definición que Lasalle daba de constitución o de la clasificación que Loewenstein hace al respecto introduciendo lo de constituciones semánticas. Y trasladar el resto (Sociología Política, Historia del Pensamiento Político, Comparative Politics, etc., etc.) a un solar donde no estuviéramos de prestado. Pero decimos necesidad (facultades o instituciones de esta índole existen en todos los países) y añadimos *dificultad*. Por un lado, las evidentes implicaciones ideológicas de los escasos centros en cuestión existentes. Por otro, ¿qué hace este país con miles de licenciados cada año en ciencia política? A fin de cuentas, los sociólogos han resuelto el problema haciendo cabriolas con sustanciosas encuestas sobre el tiempo libre, los estudios de mercado o las disquisiciones en torno a la clase media, media alta, media baja, alta media, alta alta y alta que se pasa de alta. Pero ¿resiste este país una masa de licenciados en análisis electorales, estudio de actitudes políticas o expertos en Hobbes? Que yo sepa, salvo «entrar en la Universidad» y torturar a los amigos con separatas, quedan muy pocas salidas. Como, por lo que sea, la especialización resulta atractiva tanto para los oficialmente «progres» cuanto para otros cuerpos de la Administración del Estado, las cosas se complican. Basta pensar en el número de matriculados en la única facultad de ciencias políticas existente. Y, naturalmente, esto se pone en relación con la primera de las consecuencias deducidas: el carácter de hibernación al que las circunstancias del país somete a la ciencia política.

Así veo yo las cosas. Acaso con muy poco optimismo. Y les confieso que el poco que me queda, se me reduce cada año cuando comienzan las clases. Ahora me gustaría saber cómo las ven ustedes.

## II. PROBLEMAS Y METODOS EN EL CAMPO DE LA CIENCIA POLITICA ESPAÑOLA ACTUAL

Como ustedes recordarán, ayer hablábamos de unas dificultades generales que hacían acto de presencia a la hora de consolidar la existencia y desarrollo de una ciencia política española en estos últimos años.

Sin duda tenemos que partir hoy de ahí y analizar el problema en más de un aspecto. Ante todo, el trauma que en un campo tan poco aséptico como el nuestro supuso la guerra civil española. No querriamos remontarnos muy atrás, pero sí resulta imprescindible aludir a este fenómeno por tres suertes de razones. En primer lugar, por lo que significa de corte en la fructífera labor de una genera-

ción, en gran parte integrada en el terreno de quienes van a resultar vencidos, que habían llevado nuestra disciplina a las muy dignas cotas de un saber plenamente inserto en las corrientes europeas de la época. Los nombres de Fernando de los Ríos, Pedroso, Nicolás Pérez Serrano, Teodoro González o Carlos San Cid resultan de por sí suficientemente expresivos. Piénsese en el ambiente en torno a la Revista de Derecho Público, fundada, entre otros, por Pérez Serrano en 1932. Recórranse las páginas del diario «El Sol», de enero a marzo de 1935, y en ellas se podrán encontrar los resúmenes de las cerca de treinta conferencias que integran el magistral curso de don Fernando de los Ríos en la entonces Universidad Central sobre «El proceso histórico de la moderna organización e ideología del Estado totalitario y corporativo», en el que se analiza la génesis histórica del Estado totalitario y se desmontan las tesis de Gierke sobre el Estado español del siglo xvi con una abundancia de conocimientos cuya lectura impresiona. Recuérdese que pocos años antes, cuando ganaba la cátedra de Estudios Políticos de dicha Universidad, ante un tribunal integrado, entre otros, por el maestro Posada, ya abordaba en su primer ejercicio la necesidad de hacer compatible en los parlamentos la dualidad democracia-técnica, tema tan de nuestros días, con la propuesta de crear Consejos técnicos homogéneos donde tuviese cabida la representación de los intereses económicos. Se podrían añadir muchas cosas más que pondrían de manifiesto la altura de los tiempos científicos en que vivió esta generación prebélica. La labor de Teodoro González y Carlos Sanz Cid, dos excelentes conocedores del constitucionalismo británico, en el Tribunal de Garantías Constitucionales que creara la II República, cuya beneficiosa actividad en defensa de los derechos ciudadanos está aún por estudiar con seriedad. Los trabajos de Pérez Serrano sobre la Constitución española de 1931, o la incipiente labor de quien luego habría de ser uno de nuestros mejores constitucionalistas, tantas veces copiado y tan pocas citado, el profesor Manuel García Pelayo. Se dispersaron en la diáspora bélica. Algunos se reintegraron luego a la Universidad, pero sin llegar a consolidar escuelas continuadoras de su obra. Otros murieron fuera, o fuera permanecen realizando una meritoria labor de investigación y docencia. Pero el sesgo dejó su marca, difícil de borrar. Entre paréntesis, todo esto sigue esperando una buena tesis doctoral que lo saque a flote, que esclarezca cosas y a la que yo animo.

Y con un vacío que también fue huella. Esta es, sin duda, la segunda razón por la que hemos traído a colación el trauma bélico. Después de la guerra y a lo largo de los años cuarenta, la disciplina acusa dos notas muy importantes de ser tenidas en cuenta. Primero, su unilateral politización, en la medida en que los trabajos, las publicaciones y aun el pensamiento de sus autores hubieron de dejar constancia cuanto menos de la no discrepancia, cuanto más de la abierta exaltación de la estructura política recientemente constituida. Hay que señalar que esta línea no era sólo un condicionamiento interior del sistema, sino también, en muchos casos, un reflejo más o menos ingenuo de las ideas a la sazón imperantes en algunas partes de Europa. La democracia liberal y parlamentaria moría para muchos, las fórmulas socialistas eran el enemigo, y lo nuevo, lo que entonces se anunciaba como nuevo y moderno, eran las estructuras totalitarias, con sus matices, que se pregonaban como integradoras y aun como eficaces superadoras de la anterior dicotomía entre liberalismo y marxismo, o entre liberalismo y socialismo, a secas, aunque así no se dijera siempre. Luego, unos años más tarde, lo

que se acentuó fue el empeño *catolizador* de nuestra asignatura, a la que llegaron los influjos de una Filosofía del Derecho y de un llamado Derecho natural de la más pura ortodoxia religiosa. Los matices totalitarios de la primera hora se suavizaban con apelaciones a un orden social de alguna forma garantizado por las enseñanzas de la entonces preconiliar doctrina pontificia. Se habló menos de algunas cosas y más de las definiciones papales del bien común. Claro que nada de ésto se hizo sin pugnas interiores, dentro del mismo bloque, pero eso es ya otra historia que tiene poco de científica.

Después, la segunda consecuencia del vacío a que aludíamos fue, naturalmente, la derivada de la prisa por llenarlo. El país se llenó por doquier de las llamadas «oposiciones patrióticas», en las que lo más importante era dejar bien claro de lo que se era y de lo que no se había sido. La ciencia contó más bien poco. La verdad es que poco podía contar en las entonces nuevas generaciones, de escasa o nula experiencia en el terreno docente, a veces sin maestros o, a veces, con maestros a la sazón inconfesables. Ello no impidió a algunos llenar luego su *curriculum* con meritorio papel en la investigación y no poca dedicación a los menesteres docentes y universitarios. En otros casos, no, claro está.

Seríamos ingratos si no significáramos como importante jalón de todo este período, breve y conjuntamente analizado, la importantísima labor realizada por el Instituto de Estudios Políticos en los años en que estuvo a su cabeza el profesor Conde. Labor en creación de un clima intelectual, en el que se formarían quienes luego llegarán a importantes puestos en la enseñanza de la asignatura. Labor en facilitación de medios para estudiar fuera de España. Y labor en publicaciones y traducciones del más digno decoro. Yo diría que, después de él, en ese centro todo ha sido un lento languidecer.

Y, en fin, hay una tercera razón por la que era necesario partir del trauma de la guerra civil en este panorama. Y es que la guerra siguió siendo un trauma científico hasta mucho tiempo después. Un trauma que se eludía en la investigación y en la docencia. Acaso es fenómeno general, propio de todas las guerras civiles, pero no deja de ser paradójico en una ciencia como la nuestra que está tan asentada en el poder y en las luchas para obtenerlo. De ésto tendría mucho que decir Hobbes. Pero lo cierto es que hubo un largo respeto hacia lo intocable, hacia lo peligroso, que tardó mucho en romperse, si dejamos al margen los cantos o las condenas no científicas, que de eso no faltó, claro. Primero fueron los extranjeros, los nuevos hispanistas de nuestro siglo a los que el profesor Murillo acaba de dedicar unas páginas de agradecimiento que verán pronto la luz. Lo que pasa es que, a diferencia de los Borrow o los Ford de épocas anteriores, no se limitaron a contar con la sagacidad y el gracejo que a éstos cualificaba. No. Como hubo prisas y ante sí tenían todo un campo sin explorar, interpretaron y quisieron hacer estudios científicos que pocas veces han llegado a ser serios, rigurosos, documentados. En otro lugar, en la presentación del libro colectivo «Estudios sobre la II República Española», he hablado de ello y no quisiera repetir aquí ideas allí expuestas. Tuvieron el innegable mérito de abrir brecha y de suministrarnos los primeros acercamientos a temas hasta entonces vedados. Acercamientos a veces superficiales, a veces muy discutibles, pero primeros, a la postre. Y mientras, nuestra ciencia especulaba sobre las cosas más heterogéneas o se leían tesis sobre regímenes políticos extranjeros, sin olvidar, claro está, el socorrido recurso al pensamiento, más o menos político, de cualquier autor bien visto. En feliz y

trágica frase del profesor Ramiro Rico, parecía que nuestra labor con respecto a la guerra civil se quedaba, una vez más, en proporcionar los muertos. Esto se rompió luego, ya bien entrados los años sesenta, a través de nuevas generaciones de científicos e historiadores de la política que de pronto descubrieron, descubrimos, que vivíamos en un país que, por ausencia de investigadores de esta índole, o acababa de nacer o se había quedado en la división entre krausistas y antikrausistas, de muchos años atrás.

Desde nuestros días, el panorama de problemas y métodos que nuestra disciplina presenta, tiene, por fortuna, mejores visos. Con muchas limitaciones, con no pocas dificultades, creo sinceramente que en estos últimos años se están produciendo importantes cambios en el terreno de la investigación que, sin salirme del pesimismo con el que ayer terminaba mi intervención, nos permite hoy hacer un pequeño balance que intentaré resumir brevemente.

Y lo haría de la siguiente forma:

1. Creo que se puede hablar ya de plena superación del formalismo y positivismo jurídico en nuestra asignatura. Cada vez son menos, aunque todavía son algunos, los trabajos de esta índole. Sobre todo, cada vez son menos las amenazas de inventar ahora, en 1975, alguna genial Teoría General o Fundamental del Estado. Ha decaído mucho el rechazo a la incorporación de métodos distintos al jurídico. Pienso que hace sólo quince años yo no podría hablar hoy de ciencia política.
2. Mayor rigor y autenticidad en los planteamientos jurídico-constitucionales que hoy se hacen. Ya no se trata del puro rizar el rizo de que ayer hablábamos. Al margen del dichoso problema de los manuales de Derecho constitucional, se están produciendo serios trabajos en esta línea que manifiestan tener detrás una sólida base tanto en historia del pensamiento político cuanto en la teoría jurídico-constitucional del problema. Aunque hiera su modestia: la tesis y últimos trabajos del profesor Cascajo, muy distantes de los refritos que tan al uso hemos tenido. Esto sigue siendo importante, pero así entendido. Es una línea que hay que seguir, entre otras cosas, porque alguien tiene que hacerlo. Lo contrario sería ceder ante la invasión de los administrativistas y no digamos de los filósofos del Derecho.

Pero hay que tener presente dos factores:

- a) El escaso valor (todo lo más puramente informativo) que nuestros trabajos tendrán siempre al tratar aspectos relativos a los sistemas políticos y Derecho constitucional de otros países. Hemos tenido muchos años de meras reproducciones de obras de tratadistas extranjeros, más o menos ágilmente comentados entre nosotros. A veces se ha caído, incluso, en ligerezas tales como analizar el régimen político de un país desde un contexto muy distinto, con fuentes de segunda mano y sin conocer ni el país ni su idioma. Yo, por principio, desconfío siempre de esta clase de síntesis. Sólo largas estancias en el extranjero pueden disminuir este riesgo y ni aún así. En cualquier caso, creo que se consume un tiempo precioso para nuestro país tan necesitado de ello.
- b) La clara conciencia de lo que estudiamos al emprender análisis de la estructura jurídico-constitucional española actual. No podemos olvidar

los planteamientos extralegales que hay detrás: políticos, ideológicos y sociales. Hacer lo contrario, sin esa preocupación y con esos olvidos, es, se quiera o no, tomar postura. El puro comentario jurídico nos retorna a un formalismo que queremos ver superado.

3. La introducción del método sociológico, como dato importante. Obra de sociólogos, fundamentalmente, que visitan U. S. A. en los años sesenta. Hay una resistencia inicial a ello, pero acaba aceptándose. Si bien yo introduciría alguna variante entre sociólogos y científicos de la política.

Los sociólogos no han aprovechado la oportunidad de hacer cosas serias al respecto. Las técnicas que importan acaban muy pronto al servicio del consumismo. En parte porque de allí nacieron. En parte por la ausencia de aparato teórico. Por supuesto, en el empirismo y en el funcionalismo de U. S. A. hacer sociología es algo más serio que nuestras puras encuestas de mercado o nuestros análisis sobre las veces que ven, o mejor que soportan, los españoles los distintos programas de TVE. Y, por supuesto, algo más serio que contar ministros, y especular sobre sus biografías políticas. No han sido consecuentes ni siquiera con la empresa de desarrollar un empirismo serio en nuestro país.

Entre los científicos de la política yo diría que la fortuna ha sido aún menor, salvando el innegable valor del principio de querer ver cómo las cosas son.

Ante todo, por lo poco que se puede constatar. El carácter arcano, misterioso de nuestra política durante mucho tiempo no responde precisamente a los requisitos necesarios para la aplicación de este método. No ha habido política de participación y sin ello el acaecer político es elitista. Con decisión unipersonal en muchas ocasiones y con halo de misterio.

Después, porque, acaso para salvar lo anterior, se ha recurrido con frecuencia al peligroso expediente del *alegre traslado de esquemas*, pensados y elaborados para otros contextos muy distintos al nuestro. Generalmente se ha hecho sin tener presente muchas otras circunstancias que, al ser tantas y tan específicas, acababan por invalidar la aplicación del esquema. Sin duda es un pecado en el que yo mismo he caído alguna vez. Mas no por eso lo justifico.

Suele ocurrir este pernice en los estudios sobre actitudes políticas (hechos con encuestas que nada representan), elecciones municipales o nacionales, ese gran sector que han constituido durante algún tiempo los trabajos sobre modernización y desarrollo en nuestro país trasladando posturas pensadas *desde y para* un tipo de régimen (el de la democracia competitiva U. S. A.); en la veneración de Lipset o Easton, en la aplicación de las famosas escalas de autoritarismo, en las afirmaciones en torno al carácter autoritario de nuestra sociedad, en la simplicidad misma de los elementos que componen alguna famosa definición del sistema autoritario, etc. Todo esto debe ponerse hoy, en 1975, muy en revisión y no aceptarlo como intocables, aunque vengan de Michigan o Yale. En muchos lugares he hecho y se han hecho ya serias críticas al behaviorismo, al empirismo y al funcionalismo. Incluso en el mismo contexto en que florecieron.

4. La toma de conciencia de la necesidad de estudiar España y, más concretamente, su reciente pasado socio-político. Esta es, sin duda, la gran cons-

tante y la mayor aportación de estos últimos años. Concretamente, el minucioso y documentado estudio de la España del siglo xx, desde los últimos años de la monarquía hasta hoy. Confieso que es lo que particularmente más me interesa y hacia ello proyecto desde hace tiempo mis propios trabajos y los de mis colaboradores.

También aquí hay que matizar. Dejando al margen las obras de extranjeros, sobre las que ya he dicho algo, recientemente he dividido esta clase de trabajos en tres tendencias:

- a) La línea de «las cositas» o de las «cuasi cosas». Estudios muy menores, sin ningún vuelo y con muy escasa validez para la comprensión del tema. Limitados a analizar aspectos o puntos excesivamente concretos y excesivamente parciales, se han revestido, a veces, de pomposos títulos que hacían esperar al lector justamente lo contrario de lo que luego encontraba en su contenido. Responden a la idea de que hay que estudiar «cosas muy concretas» (lo que puede ser bueno), pero acaban estudiando cosas muy poco importantes, sin relevancia alguna (lo que ya no lo es tanto). En el campo de la sociología electoral es posible encontrar varios ejemplos de esta primera tendencia.
- b) La segunda es precisamente el punto opuesto. La apelación a la *síntesis*, el desprecio por lo *concreto*. La llamada a la *totalidad*. Ninguna de estas tres palabras son asépticas en su origen. Pero quizá las tres han pasado a ser hoy también lenguaje habitual entre los investigadores no precisamente marxistas. Ahora se trata de hacer grandes comprensiones de conjunto, donde en cada párrafo se suele apelar a la necesidad de hacer lo que luego tampoco se hace. Es la clásica apelación a la totalidad de muchos «marxólogos de Catón», definidos mucho más por su antiempirismo que por las construcciones que luego no son capaces de hacer. En esta línea se intenta dar una visión del todo, del conjunto, generalmente muy suelta de manos, y que constituyen especulaciones más o menos brillantes; pero, a mi modo de ver, también de escaso valor científico. Es, o bien el caso de esas famosas historias del movimiento obrero, hechas por una sola persona, con pocos datos y cuyas afirmaciones pueden ponerse en solfa página a página; o bien, en otro terreno, la simple aplicación de esquemas funcionalistas a la historia o la realidad pasadas inmediatas, sin desmentir ni su validez ni su identidad.
- c) Y, en fin, la que me parece más seria. La que aborda el análisis de un aspecto definido, importante, poco o mal estudiado, esforzándose no sólo en usar las fuentes, sino también en interpretarlas, en someterlas a crítica, en sacar conclusiones que alumbren aspectos o problematizcen cuestiones. Son los trabajos que comienzan con una rigurosa documentación y terminan siendo estudios definitivos sobre este tema. Conscientes de la metodología que utilizan, críticos ante las propias fuentes manejadas (es decir, sabiendo colocarlas por encima de una aceptación cándida), sabedores del error de la simplificación, son trabajos que requieren necesariamente recorrer un camino largo y casi obligado: Diarios de Sesiones, hemerotecas, Biblioteca Nacional, Biblioteca del Ateneo, entrevistas personales, memorias de la época,

actas de congresos, etc. Tampoco ahora quisiera ni herir modestias ni suscitar incomodidades. No lo creo, porque lo que voy a decir lo dijo el tribunal que juzgó su tesis. El trabajo del profesor Montero sobre la CEDA, cuya inminente publicación esperamos, es, sin duda, el mejor exponente de esta clase de investigaciones de que hablamos.

Déjenme decir, sin embargo, una palabra más en este gran sector de trabajos. Y es más bien una advertencia de cara a la formación particular de sus autores que un reproche. Sencillamente, *eso sólo no es la asignatura*. Cualquiera que esté siguiendo un poco de cerca las oposiciones que, a distintos niveles, se celebran, puede estar intuyendo un riesgo: confundir una preparación en ciencia política, que debe abarcar muchas cosas (desde la obra de Maquiavelo a las funciones de los tribunales constitucionales), con un libro histórico más o menos conseguido. Se sabe una cosa, o una etapa histórica que se repite una y mil veces, venga o no a cuento, durante la oposición. Podría poner ejemplos muy ilustrativos y anecdóticos al respecto, pero estimo que no es la ocasión para ello.

Y dos referencias más para cerrar este breve panorama que estamos esbozando de lo que entre nosotros hay y de cómo lo hay.

La primera hacia una línea todavía muy reciente, muy en pañales, que está intentando abrir brecha entre nosotros en torno a los estudios sobre la relación entre ciencia política y los aspectos económicos, tributarios, y, en general, a cuanto concierne al poder económico, a su toma de decisiones y a la implicación entre poder y economía. Por supuesto, que lo nuevo es sólo la aplicación en nuestro país de las corrientes anglosajonas de la llamada «Nueva Economía Política» (Buchanan, Downs, Arrow, etc.) que tiene como eje central de contemplación la dicotomía decisión económica-decisión política. El tema de por sí es muy viejo. A nosotros está llegando a través de algunos trabajos del profesor Murillo (puede verse el aparecido en la revista «Hacienda Pública Española», en su número 34, de este mismo año) y algunas de las tesis que él dirige en el departamento de la Universidad Autónoma.

Y la segunda, cómo no, los problemas relativos al cambio. De una reciente época a esta parte, la capacidad de adivino con respecto al futuro que todo español ha de ejercitar cada día, parece quereer tomar apoyatura más o menos científica, en los ya cuantiosos trabajos, muchos de ellos de simple alcance periodístico, sobre el cambio político en el que, *dicen*, que estamos inmersos. Así, proliferan interpretaciones, a veces contrapuestas, de nuestra realidad actual y de su entramado de leyes fundamentales, moviéndose en un terreno al que no siempre se llega por motivaciones puramente científicas. Estimo que hay mucha ligereza científica en ellos. Conozco ejemplos en los que ni siquiera se huelen las distinciones de las teorías alemanas y francesas entre cambio, mutación y reforma. Conozco ejemplos en los que se abandona todo planteamiento serio y de conjunto sobre el cambio social y el cambio político, dos temas sobre los que no se ha escrito poco, y se limitan a la consideración de los posibles cambios legales. Y se organizan trifulcas en favor o en contra. Y se consumen páginas donde de nuevo, aunque ahora con la vista puesta en el mañana, se discute sobre lo que se debe o no se debe cambiar, lo que se dijo o lo que se quiso decir. Y pienso que al común de los españoles, que en tanto que pueblo está llamado a ser sujeto de la soberanía, le deben entrar muchas ganas de esbozar una sonrisa de ironía.

Una palabra final sobre la comunidad intelectual en que todo esto se mueve.

Creo que es insoslayable para acabar de entender lo que hoy y ayer hemos dicho.

Diría, de entrada, que estamos ante uno de los terrenos científicos o científico-sociales, si se quiere, en los que más difícil se ha hecho hasta ahora la existencia de unos foros comunes de discusión e investigación. A las dificultades genéricas de que ayer les hablaba, se han unido otras específicas, que han ido desde las políticas a las de escuela, pasando por los afanes de protagonismo o las solapadas luchas por constituir clientelas. No voy a insistir en lo que está en la mente de todos ustedes. Sólo quisiera dolerme en voz alta de que, frente a lo que ocurre en otras disciplinas, la nuestra ha carecido hasta ahora de un sólido espíritu de resistencia y de una mínima estructura de empresa en común. Da pena recordar tanto que las oposiciones a cátedras y agregadurías las han presidido y juzgado desde filósofos a procesalistas, según la victoria en la escalada de presiones, cuanto que siguen sin dotar las Teorías del Estado de las Facultades de Económicas, que sigue sin existir un mínimo de racionalización al respecto, que hay ausencia de investigaciones conjuntas, que no existe la menor preocupación por la proyección hacia fuera de lo que hacemos o que nuestro papel en los Congresos Internacionales de Ciencia Política no puede ser más triste. Y todo ello sin olvidar, claro está, el estado vegetativo en que se encuentra nuestra Asociación Española de Ciencia Política, cuya simple convocatoria parece requerir algo milagroso para que alguna vez se produzca. No es ya que a los extranjeros les cueste trabajo creer que en nuestro país puedan existir profesores de ciencia política. Es que tampoco hacemos lo más mínimo para que esa creencia tome alguna vez cuerpo. Los posibles contactos personales que se formen no nos pueden hacer olvidar la urgente necesidad de una institucionalización a mayor escala que hasta ahora no se ha conseguido.

Sé que son muchos los obstáculos. Sé que acaso sea una batalla perdida de antemano. Por las dificultades genéricas y por las específicas. Pero quisiera seguir creyendo que alguna vez será posible y quisiera dejar en ustedes la esperanza de que alguna vez el país, Alcalá 34 y nosotros mismos lleguemos a creer que hacemos algo distinto a la ciencia ficción. Y podamos contárselo a alguien que nos oiga. Y que quizá nos crea.



## LOS SUPUESTOS JURIDICOS DEL DERECHO POLITICO (1)

*José Luis Cascajo Castro*

*Profesor Agregado-interino de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*

### I

Si en principio me parecía relativamente factible hablar o más bien insinuar algunas preocupaciones en torno a los perfiles jurídicos del Derecho Político, o como me sugirió el profesor Fernández Carvajal en torno a la sustancia jurídica de nuestra disciplina y su crónico problema del engarce entre los factores jurídicos y los políticos-sociológicos, pronto me percaté que el tema —so pena de darle una solución excesivamente convencional, académica o cosificada— se me escapaba de las manos.

A primera vista la idea clave, sobre la que quisiera discurrir, parece un punto firme y sólido de arranque. Se trata de poner de relieve cómo al lado de los distintos enfoques —algunos de ellos de predominante actualidad y estimables resultados— con los que se puede estudiar la realidad política, sigue existiendo la posibilidad de una óptica «sub specie iuris». En otras palabras, que a pesar de la patente imposibilidad de las normas constitucionales para reconducir en el grado deseable los procesos políticos, y a pesar del carácter superestructural del Derecho, pienso que «de ninguna manera puede ser aconsejable la evasión total, en el estudio de la vida política, de la comprensión que el Derecho proporciona acerca de la realidad social» (Guasp). Entiéndase bien, no se trata ni mucho menos de lamentar nostálgicamente el extravío que ha sufrido el Derecho político del redil común de la jurisprudencia, o mejor dicho de lamentar la ausencia de un Gerber o un Orlando capaz de crear una escuela española con temática y método bien definidos, sino de recordar aquí y ahora algunos de los aspectos jurídicos de nuestra disciplina, lo que equivale lisa y llanamente a querer hablar del Derecho constitucional, haciendo abstracción de otros importantes saberes que integran lo que académicamente llamamos Derecho Político.

## II

Quisiera, sin embargo, hacer algunas observaciones a este punto de partida que si bien no ayudan a delimitarlo, al menos restarán algo de ambigüedad a un planteamiento tan genérico y susceptible de los más dispares contenidos.

Una primera observación es mi propósito de no caer en la apología del método jurídico refugiado en una abstracta e insuficiente dogmática, pretendidamente neutral, ni en un positivismo legalista de clara raíz ideológica; entre otras razones porque el actual Derecho constitucional superó ya el formalismo normativista y enriqueció a instancias de cambios políticos importantes su contenido axiológico. Ahora bien sí queremos subrayar que, salvo la orientación francesa a lo Duverger, en los países del «civil law» la ciencia del Derecho constitucional, aún habiendo renunciado a una ya imposible generalidad de las categorías jurídico-constitucionales, mantiene briosamente su carácter de ciencia jurídica sin diluir, trivializar y en definitiva eludir los problemas jurídicos que plantea el conjunto normativo-institucional de cualquier estructura constitucional, contemplada ya no sólo estática sino también y, sobre todo, dinámicamente.

Una segunda observación es que parece también cierto, como ha dicho Rubio Llorente en la nota preliminar a la edición española del Derecho Político de E. Stein, que la conciencia del constitucionalista de nuestro tiempo es, en general, una conciencia desdichada que ha perdido la fe ingenua en la autonomía de los valores jurídicos y en la fuerza conformadora del Derecho. Yo diría incluso que un cierto escepticismo es generalizable a todos los juristas, conscientes de que su rol social ya agotó quizá su época dorada, de que su «aggiornamento» cultural se hace cada vez más deficitario ante la eclosión de las nuevas ciencias sociales y en definitiva de que el Derecho va perdiendo capacidad mediadora en la sociedad, o para decirlo con la fórmula sintética de Pietro Barcellona —en su lúcido ensayo sobre la educación del jurista—: se observa claramente el deterioro de la función de mediación jurídica. Muchos autores han insistido sobre esta particular encrucijada del jurista. Algunos incluso, como Otto Kimminich («Einführung in das öffentliche Recht») han apuntado cierta auto-responsabilidad de los mismos juristas, al concebir la ciencia del Derecho más como patología que como profilaxis social. Mackenzie («Política y Ciencia Social») también señala cómo la alienación del Derecho con respecto a la vida social se da generalmente por supuesta, tanto por parte de los juristas como del público: parece tan natural —añade— que se ha prestado poca atención a la función de la formalidad legal en la sociedad en su conjunto. Con tanta teoría jurídica, escribía hace poco Villar Palasí, el hombre sufre su escepticismo radical ante el Derecho, cuya raíz esencial es misión del jurista afianzar. Los actuales tiempos han impuesto pues al jurista, una renuncia a su periclitado papel de «aprendiz de brujo» y una mayor modestia y humildad en sus construcciones teóricas y sistemáticas en beneficio de una mayor adhesión a la realidad histórica concreta, lo que en definitiva, debiera traducirse en una menor esterilidad y un menor conformismo de la ciencia jurídica. El mismo Rubio Llorente, hablando del rumbo tomado por el actual Derecho constitucional alemán, afirma que su enfoque ha consistido en renunciar a la pretensión de abarcar desde el Derecho toda la vida política e incluso a juzgar, desde unos valores universales, todas las formas existentes; para limitarse al análisis crítico de sistemas constitucionales concretos (en este caso al estudio de la Ley Fundamental de

Bon), con método exclusivamente jurídico y desde el punto de vista de los valores intrínsecos o autoproclamados del sistema.

Una tercera observación es que me parece que no pueden desconocerse las aportaciones que ha hecho la pandestística iuspublicista elaborando un preciso aparato conceptual —hoy día en radical crisis y en agudos procesos de revisión—. Sin embargo, también creo necesario que el actual Derecho constitucional, una vez ajustadas ya las cuentas al normativismo, conteste radicalmente —venciendo las resistencias de la dogmática y el conceptualismo— un método de estudio claramente escolástico, dogmático y formalístico encaminado a la búsqueda de una ciencia pura e ideológicamente neutral. Toda la jurisprudencia de conceptos está en crisis —dice Villar Palasi— precisamente porque nuestro habitual modo de construir es el más parecido al de Savigny, pese al enorme cambio social y científico acaecido. «Es necesario por consiguiente reintroducir las abstractas categorías dogmáticas, las concepciones de la ciencia jurídica en el seno de las relaciones histórico-materiales que las han generado» (Cerroni). El jurista, dice Barcellona, debería salir del cerco mágico de sus fórmulas, del cerrado horizonte de las normas y afrontar directamente el problema de los contenidos materiales de la justicia... debería renunciar a la aparente esterilidad axiológica de sus construcciones, a la indiferencia hacia los valores, a la neutralidad respecto a los conflictos.

Estas advertidas exigencias de renovación que han nacido con frecuencia en el campo del Derecho privado, deben hacer reflexionar al constitucionalista como jurista en definitiva que se ocupa de una realidad menos formalizada y juridificada, más lábil y huidiza y a la postre con una seria «necesidad de integrar o al menos conocer las contribuciones de otras ciencias sociales, que —como dice Temistocle Martines (Contributo ad una teoría giuridica delle forze politiche)— podrá utilizar cuando lo crea necesario siempre que las mire "sub specie iuris" y las aplique según la sistemática de la ciencia jurídica». El constitucionalista actual no puede ya eludir en su reflexión realidades tan determinantes como los partidos políticos o como aquellos acontecimientos políticos que en gran medida son productores de «hechos normativos» y que consiguientemente determinan el Derecho constitucional en su efectividad y positividad.

La temática constitucionalista se amplía a nuevos problemas como el concepto de fuerza política, la constitución en sentido material entendida como régimen político, la instauración de hecho de ordenamientos constitucionales, la constitución económica, el reciente Derecho público de la economía, etc... Y todo esto a fin de evitar —como advierte S. Tosi (Diritto Parlamentare)— que el Derecho constitucional se asemeje, enfocado desde un improductivo formalismo académico, a una lengua en desuso que nada tiene que decir ante un cúmulo de nuevas realidades tachadas de metajurídicas.

### III

A la vista de las anteriores observaciones parece quedar claro, que nuestro punto de partida, el punto de inflexión de nuestra preocupación es esa parcela jurídica del Derecho Político que ha renunciado a las pretensiones desorbitadas y formales de las construcciones de la «Allgemeine Staatslehre»; que ha renunciado

también al indefenso, agnóstico y racionalizado constitucionalismo profesoral, fácilmente desmoronable cuando los vientos políticos se tornan adversos; y que pretende abandonar además el uso a-histórico y a-crítico de la dogmática jurídica. Hablamos de un Derecho constitucional plenamente consciente de su crisis, de su epocalidad incluso, del envejecimiento de las estructuras políticas y administrativas de ese Estado que surge de la Revolución Francesa con el consiguiente deterioro de los principios y dogmas del respectivo «ius publicum» moderno. Nos referimos a un Derecho constitucional más consciente también de su determinante correlato sociológico-político, que se resiste, sin embargo, a ser mero organigrama de la gestión del poder público, que no renuncia a sus consustanciales esencias garantizadoras, ni a ser en definitiva técnica de la libertad, ciencia de la organización jurídico-política para la libertad.

Estamos pensando en ese constitucionalismo moderno del que habla Cappeletti como uno de los fenómenos más grandiosos y fascinantes de la experiencia jurídica y cultural del hombre moderno. Tenemos en mente un Derecho constitucional que habiendo asimilado las enseñanzas de las teorías institucionalistas, ha superado el culto a la estatalidad del Derecho y que con una preocupación realista por la normatividad y efectividad del ordenamiento constitucional, conceptúa a las fuerzas políticas dominantes como sujetos de la constitución material (Mortati).

De lo anteriormente expuesto, deduzco que Mortati acierta plenamente al pronunciarse sobre las relaciones que hay entre el Derecho constitucional y la política, cuando afirma que el fenómeno de la mayor amplitud y variedad de las materias que son atraídas a la órbita de interés de la constitución, ha hecho siempre más difícil la tarea del Derecho constitucional, que siente la apremiante exigencia de una cooperación entre estudiosos organizados en equipos bajo una idónea dirección unitaria que distribuya tareas y coordine los resultados de las investigaciones particulares. Y esto —añade Mortati— se hace aún más evidente en los ordenamientos de tipo occidental por el contraste existente entre las estructuras organizativas, que permanecen sustancialmente inmutables respecto a las del precedente régimen liberal, y la realidad social que ha venido asumiendo dimensiones y articulaciones nuevas que no encuentran ya adecuada expresión en aquéllas. La doctrina, según Mortati, no puede dispensarse de una cuidada y profunda investigación de los elementos, intereses, ideales y fuerzas que sostienen esta nueva sociedad, de los institutos y relaciones a los que da vida, de las influencias ejercitadas sobre la funcionalidad de los poderes del Estado. No valdría oponer lo ajeno que es a la consideración jurídica la valoración política, porque los intereses y las ideologías políticas que han inspirado la disciplina de las particulares instituciones deben considerarse incorporados en aquélla. La construcción jurídica no conseguirá en definitiva las finalidades que le son propias, si no tuviera en cuenta lo «políticamente posible» como ya advertía Jellinek.

Esta postura de Mortati me parece exponente de una de las corrientes doctrinales más fecundas y acertadas del actual Derecho constitucional europeo.

#### IV

Hasta aquí he intentado perfilar el objeto inmediato del contenido que se me ocurrió dar a la ponencia. Pero pronto me entró la duda que quizá fuera desapro-

vechar el marco de estas jornadas limitarse a describir informativamente algunas vicisitudes del actual Derecho constitucional. Por eso, aún a riesgo de meterme en un terreno confuso, complejo y en parte desazonante, quisiera hacer un inciso relacionado con el Derecho Político como marco académico del Derecho constitucional.

Parece claro, en primer lugar, que a estas alturas no pueden desconocerse los problemas derivados del proceso de especialización de las Ciencias Sociales. Y es precisamete aquí donde la configuración semántica y académica del Derecho Político adquiere su máxima complejidad. Como dice el profesor Ramiro Rico en ese lúcido y jugoso artículo que titula «Breves apuntes críticos para un futuro programa moderadamente heterodoxo del Derecho político y de su muy azorante enseñanza», el Derecho Político parece ser no sólo esto ó aquello, sino esto y aquello, todo en uno. Hasta se podría decir, añade el citado profesor, sin miedo al absurdo que el adefesio jurídico llamado Derecho Político es un vertebrado «gaseoso».

Sin duda, el particular carácter ambiguo del Derecho Político, a caballo entre los esquemas jurídicos y las construcciones propias de la Ciencia política, habrá de repercutir a la hora de vertebrar sus enseñanzas. En esta situación la configuración de esta disciplina me parece como mínimo desdibujada y con ello no exenta de cierta incomodidad. Por un lado entre el Derecho administrativo que acampa holgadamente en el amplio marco del Derecho público y por otro lado, entre la Sociología, que consigue tanto impacto social. Por una parte, se es consciente de la insuficiencia del enfoque jurídico para llegar a ser una cabal teoría de la organización política; en este sentido es, como dice Ramiro Rico, una disciplina plus-quam-jurídica que sin renunciar a su condición jurídica quiere ser una teoría metajurídica de la política y lo político, a lo Montesquieu. Por otra parte, y aunque los tiempos sean proclives a tomar el camino brillante y rentable, de la descripción sociológica, tampoco la operación deja de tener su costo y además es propensa a caer en una explicación superficial, de escaso valor lógico, efectista y poco elaborada de los fenómenos jurídico-políticos.

En esta particular encrucijada se hace imposible la unidad temática y metodológica que requiere toda ciencia, en la medida que la abigarrada variedad y el gran distanciamiento en muchos de sus contenidos nos colocan ante universos conceptuales diferentes. Proponer en esta situación la construcción de un modelo generalizable sobre la investigación y enseñanza del Derecho Político no pasaría de ser una vanalidad. Por otra parte, si la solución enciclopédica de nuestra disciplina pudo tener quizá alguna virtud en la medida que abrió nuevas problemáticas a los alumnos de las Facultades de Derecho, en el nivel actual de las ciencias sociales cierra el camino —como bien dice Rubio Llorente— a la transformación de una disciplina académica en una verdadera ciencia. Se puede pensar que por tradición académica o cualquier otro tipo de razón, sea conveniente conservar la estructura tradicional de nuestro Derecho Político y en este sentido son meritorios los esfuerzos que se han hecho en pro de una visión sistemática del mismo. Todos conocemos la obra de un Sánchez Agesta, Conde, Ollero, Murillo, Lucas Verdu, etc., y sus aportaciones en este sentido, pero a mí me parece que ya no están los tiempos como para preocuparse demasiado del problema conceptual del Derecho Político ni para esperar el advenimiento de un «capo-scuola», que galvanice los esfuerzos disciplinadamente en pos de una meta bien perfilada.

En resumidas cuentas y a la vista de la actual doctrina española del Derecho político, pensamos que los distintos saberes que lo integran han comenzado sus distintas trayectorias, al menos en el campo de la investigación. Eso sí, sin manifiestos fundacionales apologéticos de los distintos enfoques u orientaciones. En forma parecida aunque en otro orden de cosas, parece que se ha producido un fenómeno análogo a lo que Sartori ha llamado la diáspora del Estado de Derecho: los ingredientes eran ya demasiados y demasiado heterogéneos; cada autor toma su camino: «comincia, per cosí dire, la diaspora dello Stato di diritto». Análogamente incide en esta idea Ramiro Rico, cuando afirma que probablemente una de las maneras de sortear este escollo de la fatal universalidad representada por el indefinido enciclopedismo, está en comenzar por instituir como postulado el principio de la pluralidad de los saberes teóricos y prácticos referentes a la política y a su Derecho.

Aceptando este postulado y ciñéndonos ya al tema de nuestra ponencia, quisiéramos hablar a continuación sobre el Derecho constitucional. Pero antes de insinuar ciertos problemas, dónde creo que se ha llegado a algunos «impasses», ó proponer tareas y campos que en mi opinión deben preocupar al constitucionalista de hoy día, parece obligado hacer referencia a las literaturas científicas sobre la materia, que en sus respectivos marcos culturales, han ido decantando un estilo propio en la solución a los problemas de método y contenido que plantea el estudio de la realidad jurídico-política.

## V

En este sentido pienso que puede resultar sugestivo y provechoso comenzar por recordar «in extenso» la evolución del proceso cultural experimentado por el Derecho constitucional italiano.

Desde un derecho público universal de corte iusnaturalista y a este respecto basta citar los «Theoremata iuris publici universalis sive iuris naturae et gentium» de Lampredi que fue el tratado más conocido en el marco de la cultura universitaria italiana de fines del XVIII (la primera edición fue publicada en Livorno del 1776 al 1778), a un actual Derecho constitucional articulado en especialidades como el Derecho parlamentario, Derecho procesal constitucional, Derecho regional e íntimamente relacionado con las denominadas «Instituciones de Derecho público» y el «Derecho público comparado», transcurre una evolución doctrinal pródiga en enseñanzas, algunas de las cuales quisiéramos poner de relieve.

Parece claro que los primeros pasos realizados por el Derecho constitucional italiano (D. C. I.) se identifican casi con las vicisitudes intelectuales del movimiento jacobino italiano. De esta época datan las primeras cátedras de Derecho Constitucional (Ferrara, Pavia, Bolonia) que se afanarían ya en explicar la doctrina de la soberanía popular, los derechos del ciudadano y la preferencia que entre todas las formas de gobierno tiene la democracia representativa. De este contexto es interesante apuntar la consideración del estudio del derecho público y en particular el análisis de la constitución, como el soporte animador de todo el conocimiento jurídico y, como ya Compagnoni di Luzzo subrayaba con calor el valor pedagógico del Derecho constitucional.

A continuación hay que situar la figura de Giandomenico Romagnosi, punto de obligada referencia en la etapa preorlandiana del D. C. I., etapa que presenta por

cierto una serie de notas comunes, tales como el uso de la literatura francesa con preferencia a la alemana —recuérdese que el origen del Estatuto Albertino se funda en fuentes franco-belgas—, y un difuso interés por la historia, la política, la filosofía y los derechos de libertad.

Al lado de Romagnosi hay que recordar la figura de Pellegrino Rossi porque su obra supera el marco del derecho positivo francés para interesar al derecho constitucional en general, en su afán de profundizar en el estudio racional de los principios que dominan la constitución y en definitiva por su influencia en Italia.

De todos modos tanto el iusnaturalismo romagnosiano como la construcción preeminentemente política de P. Rossi no son más que dos grandes hitos del constitucionalismo decimonónico, que se deben situar a mitad del camino entre un *ius publicum universale* de corte abstracto, dieciochesco, iluminista y metafísico, y la progresiva emancipación del perfil jurídico del derecho constitucional, que se va a producir en Alemania con Gerber y en Italia con Orlando.

De la época postestatutaria a la creación de la llamada escuela italiana del Derecho público (1848-1885) interesa recordar ahora algunos rasgos. De entre ellos podemos citar, su confuso y heterogéneo enfoque metodológico, la particular incidencia de hombres políticos empeñados en la transformación institucional como Gioberti, Mazzini, Balbo, Cattaneo, etc., y una particular perspectiva deontológica-abstracta de la literatura manualística de la época. Precisamente al respecto hay que recordar además de algunos comentarios exegéticos al Estatuto, la obra de Casanova «Del Diritto Costituzionale» (Génova 1859-60), los «Principi di Diritto Costituzionale» de Saredo (Parma 1872), el «Corso di Diritto Costituzionale» de Palma (Florenzia 1877), el «Diritto Costituzionale» de Carnazza (catania 1886), etc.

Para tener una idea más cabal de esta época preorlandiana del Derecho constitucional italiano conviene tener presentes otras aportaciones provenientes de escritores políticos como Minghetti, Spaventa, etc., de los cultivadores del Derecho administrativo como Persico, Macri, Meucci, etc., y también de los estudiosos de la materia calificada como «Introducción enciclopédica a las ciencias jurídicas» y que encontró su más acabada manifestación en la «Enciclopedia giuridica» de Filomusi-Guelfi.

En resumidas cuentas, predomina en los estudios constitucionales de esta etapa, una visión estática de las estructuras organizativas gubernamentales con una escasa atención al estudio analítico de las diversas funciones y actos en los que aquéllas se concretan.

En 1885 a 1889 Vittorio Emanuele Orlando en varios escritos y en sus discursos de Módena, Messina y Palermo enuncia el famoso programa metodológico sobre los criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del derecho público (Galizia). Para Orlando el derecho es vida: eficiencia última del carácter histórico de un pueblo y de los sentimientos de la comunidad. La ley —según Orlando— no es más que la reproducción de un principio jurídico y no puede ser tenida en cuenta de otro modo si no en cuanto dicho principio jurídico está en élla declarado, y en cuanto la ley entra en el sistema general del derecho. El orden jurídico en su opinión, estudia la organización pública como un efecto de leyes naturales y considera las relaciones que surgen como necesarias.

Como ha indicado Galizia, en el programa de Orlando se aprecia fácilmente una evidente antinomia al sustituir el iusnaturalismo abstracto de la doctrina pre-

cedente, por una serie de principios calificados de absolutos y necesarios y considerados sustancialmente independientes, no sólo de los datos sociológicos y de los hechos políticos sino también de las mismas normas. Esta antinomia intentará superarla con el tiempo, evolucionando hacia un normativismo abierto a la perspectiva histórica, pero sí que influyó al menos en la tendencia del Derecho constitucional italiano a la desvalorización de los datos de la realidad política. También es notoria en Orlando la adhesión hagiográfica y escolástica a la iuspublicística alemana, lo que acarrea una impronta tendencialmente autoritaria y al mismo tiempo antihistoricista, cerrándose a muchos temas que estaban vivos en la realidad constitucional de la época.

Sin embargo, a pesar de estas limitaciones, el esfuerzo de Orlando fue sin duda, notable y al proponer con seriedad el problema del método hizo posible el tránsito de una fase artesanal a una fase verdaderamente científica de la investigación constitucionalista, dónde se fijan las reglas del razonamiento sistemático y se promueven análisis, distinciones, clasificaciones, y tipificaciones en un sector dónde el material venía antes recogido y elaborado inorgánicamente. (Galizia)

De este momento fundacional clave en la historia doctrinal italiana yo querría llamar la atención sobre los siguientes supuestos que lo hicieron posible.

En primer lugar está la aceptación de Orlando de las instituciones de la Italia unitaria, lo que evidencia una vez más la estrecha relación de las épocas áureas de la dogmática jurídica con situaciones políticas relativamente estables y consolidadas. Se comprende así, la constante polémica nacionalista contra la servil imitación de los alemanes y cómo también la crítica al estado de la ciencia constitucionalista se une íntimamente a la crítica de las instituciones vigentes.

Siguiendo el lúcido análisis de S. Cassese (Cultura e Política del diritto amministrativo) se ve también que se va a sustituir el vago, y un tanto ingenuo credo democrático por el estatalismo y la influencia francesa por la alemana. Tampoco es ajeno a este cambio el fenómeno de la industrialización, con la consiguiente racionalización de la vida económica y además la prevalencia ideológica del componente romántico reaccionario sobre el moderado del pensamiento liberal del XIX, favorecida por la afirmación de la Alemania reaccionaria en el campo educativo y militar. Vienen criticadas las tendencias igualitarias y la idea de la soberanía popular y la jurisprudencia se convierte en una ciencia formal y se desarrolla como examen analítico de leyes existentes. En definitiva importa resaltar además del motivo metodológico de Orlando, el motivo también político en su intento de ligar el trabajo de los juristas a las instituciones del nuevo Estado, a las que aportaba, como dice Cassese, su adhesión de político-jurista.

Pero además de la fundación de la escuela jurídica, existen en el período del Estado liberal (1882-1922) otras orientaciones metodológicas que de alguna manera hay que apuntar. Así por ejemplo Zanichelli propone la prevalencia de criterios históricos y políticos, Brunialti afirma que desconocer el carácter de ciencia política del Derecho constitucional equivaldría a desconocer su objeto, y otros constitucionalistas como Arangio-Ruiz, Arcoleo, Caristia, Morelli, Presuti, etc., proponen contemporizar la perspectiva histórico-política con la jurídica.

A una orientación de tipo sociológico hay que adscribir nombres como Loria, Majorana, Lombardo, Pellegrino y en cierto modo Vacchelli. Miceli, partiendo de oposiciones rigidamente sociológicas se orienta después hacia un método complejo o mixto de carácter sociológico-jurídico.



Como se ve la cuestión del método aún estaba presente después del manifiesto de Orlando; el fenómeno del fantasma del eclecticismo metodológico aún seguía en algunos autores que deseaban ensanchar las bases del método jurídico. Contra ésto surgirá una tendencia dirigida a superar todo eclecticismo que, depurando la perspectiva jurídica, colocarán el método dogmático y la preocupación sistemática en las cotas más elevadas (Donati, Cammeo, S. Romano, Grassi, Jona).

También se da la tesis que pudiéramos llamar de la duplicidad de métodos que pone de relieve la naturaleza compuesta del Derecho constitucional y en la que se pueden alinear Siotto-Pintor y con menos rigidez Forti, Ferraciu y el mismo Mosca. Debe, pues, quedar claro que además del esfuerzo y la importancia capital de la escuela jurídica, existen también otros «*atteggiamenti*» doctrinales de mayor fragilidad metodológica pero más plegados a la realidad histórica del propio tiempo y más sensibles a la función garantizadora del Derecho constitucional, a pesar de que la situación cultural dominante, de clara entonación idealista, recelosa de cualquier planteamiento sociológico, no era nada favorable.

Continuando con esta pormenorizada evolución de la doctrina constitucional italiana hay que recalcar inexorablemente en la figura de Santi Romano, hito capital y cabeza fundamental en la consolidación de la escuela jurídica de derecho público. Su posición metodológica queda muy claramente perfilada en sus «*Principii di Diritto Costituzionale Generale*» como contraria al sincretismo metódico y favorable a que el jurista pueda ayudarse de investigaciones no jurídicas referentes al Estado, pero no al precio de abandonar el método jurídico por el método político o por el histórico o el sociológico. Por otro lado y siguiendo a Galizia podemos encontrar los siguientes límites en la concepción del Derecho constitucional de Santi Romano:

- Escasa sensibilidad para la politicidad que empapa toda la problemática constitucional.
- Una excesiva rigidez en la sistemática, demasiado compacta.
- Un encierro en términos demasiado mecánicos y axiomáticos, la relación entre instituciones y normas.

El Derecho constitucional italiano durante el fascismo no pudo menos de ser afectado por él, a pesar de muchos sofismas de tantos juristas sobre la continuidad del ordenamiento formal estatutario. Efectivamente el clima cultural del país, el condicionamiento de las libertades públicas y de las instituciones sociales y el intento del Estado-aparato por absorber el Estado-comunidad, fueron factores que forzosamente condicionaron negativamente la doctrina constitucionalista de la época. Hubo autores como Costamagna, Panunzio y Maraviglia que trabajaron en una orientación político-fascista de la materia, pero en general la orientación prevalente, como bien dice Galizia, se atiene a un «*indirizzo*» estrictamente jurídico, de alta seriedad científica, a fin de evitar que la razón política atropelle, supedite, prevalezca sobre la razón jurídica, según puntual expresión de Mortati. «El método jurídico asume así el papel de muro protector que permite a los constitucionalistas, recurriendo a los principios racionales necesarios que la dogmática asumía por encima de las normas, trabajar con el suficiente distanciamiento de la realidad política del momento» (Galizia).

Si bien es cierto que esta particular circunstancia política favorece en principio un trabajo desnaturalizado al tratar de injertar instituciones fascistas sobre princi-

pios ideológicos de signo opuesto, también es verdad que por encima de los datos normativos de la época, van a aparecer excelentes trabajos que hacen pensar en un replanteamiento profundo de la problemática general del Derecho Constitucional. Piénsese por ejemplo en el trabajo de Carlo Esposito sobre la validez de las leyes, o el de Tosato sobre las leyes de delegación, o el de Crisafulli sobre la teoría de los órganos del Estado y sobre las fuentes del Derecho, o el de Mortati sobre la constitución material.

Ya para acabar con este largo recorrido por la doctrina italiana, quisiéramos decir algunas palabras sobre la actual fase de la literatura constitucional.

Se nota, como es natural, un particular fervor para afrontar los problemas planteados por la Constitución vigente de 1947. Aunque se mantiene firme la autonomía y el carácter jurídico del Derecho constitucional se advierte la necesidad de la convergencia entre las instancias sociológicas, políticas y jurídicas en la investigación. Se profundiza en el substrato social y la funcionalidad de los diversos institutos jurídicos.

Otros fenómenos a tener en cuenta son el estudio de los valores ínsitos en la Constitución y la lucha por la actuación de la Constitución, además de la importancia de la actuación de la Corte Constitucional, que ha hecho resucitar los perfiles constitucionales de todos los sectores de la experiencia jurídica.

Piénsese además que al lado de los constitucionalistas más conocidos en nuestro país como Biscaretti, Mortati, Virga, Barile, Lavagna, Balladore Pallieri, Crisafulli, etc., existen otros autores que nutren la espléndida doctrina italiana y entre quienes podemos citar a La Pergola, Amato, Paladín, Galeotti, Galizia, etc.

Por último me gustaría apuntar el mayor impacto del derecho anglosajón correlativo al agotamiento del método dogmático y una mayor preocupación por la reinserción del análisis jurídico en la globalidad de las ciencias sociales, a la que no es ajena un reciente «indirizzo» doctrinal de los que pudiéramos llamar los «juristas críticos».

## VI

Ya con mucha menor extensión vamos a seguir recordando algunos perfiles de las literaturas constitucionalistas de otros marcos culturales, concretamente el austro-germánico y el francés.

Por lo que respecta a la primera de ellas quisiera exponer esquemáticamente, para no alargar ya más mi intervención, las siguientes observaciones:

- Pienso que sobre las vicisitudes y orígenes de la iuspublicística germánica del pasado siglo, las aportaciones de Ernst Wolfgang Böckenförde y Walter Wilhelm siguen siendo capitales y por el momento definitivas. La significación de la obra de un Gerber y su aplicación del método jurídico al derecho público, las premisas políticas de la doctrina jurídica del derecho público de un Laband, la importancia de la pandectística iuspublicista en la historia de la cultura jurídica, son en definitiva fenómenos cada vez mejor conocidos.
- Dejando de lado la evolución de la doctrina alemana del derecho público, sin duda la más rica de los países del «civil law», y pasando por alta la rica

veta constitucionalista de la Alemania de Weimar, se observa en la realidad actual, un renacido fervor en torno a las cuestiones que suscita la vigente Ley Fundamental de Bon. Una primera característica es pues, su dedicación a la problemática concreta, asumiendo incluso las obras de carácter general la forma de comentario (Giese, Hamann, Maunz, Dürig, Mangoldt, etc.). Vista la deteorización de muchos esquemas tradicionales y la problemática que surge empíricamente de la cambiada realidad, surge la necesidad de una reelaboración crítica de las nuevas formas jurídicas.

- Se amplía la perspectiva de estudio y el puro análisis normativo institucional con consideraciones que tienen en cuenta las distintas fuerzas políticas y los distintos intereses a los que se conectan. Consecuentemente, como dice Galizia, viene afirmada la necesidad de remontarse, por encima de los principios expresados en las constituciones, para llegar a aquellos valores fundamentales que subyacen a la sociedad y de los que también es expresión la constitución. Estos valores si bien son reducidos por algún autor a un plano iusnaturalista abstracto, son hallados por la mayoría de los constitucionalistas en la efectividad de las mismas estructuras sociales, en el orden institucional que apuntala, articula y condiciona la constitución y todo el ordenamiento jurídico positivo y es el sostén animador de su desarrollo, que da sustancia a las formas de la juridicidad. Se trata de poner como base un criterio interpretativo, que integrando conjuntamente todos los elementos espirituales y de hecho que componen la realidad social histórica, realice, a través de lo que se ha llamado un sano positivismo, una más sólida certeza del derecho, de modo que queden ligadas las normas positivas al flujo presente de la historia.
- Existe, sin embargo, otra corriente de pensamiento, representada fundamentalmente por Forsthoff, que piensa que el método científico-espiritual torna inseguro el Derecho constitucional, disolviendo la ley constitucional en la casuística, y critica la pérdida de los caracteres formales del mismo.
- También es destacar la importante aportación del Derecho constitucional alemán a la teoría de los Derechos fundamentales; la decisiva importancia de la actividad del Tribunal Constitucional Federal que corona y pretende actuar jurisprudencialmente el principio del Estado social y democrático de Derecho, sancionado en los artículos 20 y 28 de la Constitución. Existe además entre los que pudiéramos llamar constitucionalistas de izquierdas, que se han formado a través de la polémica con la escuela de C. Schmitt, un empeño por la transformación del ordenamiento económico-social, a través de una nueva fundamentación material del Estado de Derecho formal de la época liberal.

Por lo que se refiere a la doctrina francesa del Derecho constitucional quisiera también solamente destacar su mayor atención a los procesos dinámicos y al momento informal de la organización constitucional, con un enfoque político-sociológico en el tratamiento de los problemas. Se debe advertir también la separación de la materia de las libertades públicas del Corpus del Derecho constitucional; y su mayor acento sobre la organización constitucional que sobre las funciones y los actos de los órganos constitucionales.

## VII

Y ya para terminar, permítaseme enunciar algunas sugerencias sobre posibles campos ó tareas del Derecho Político, contemplado desde esta nuestra particular perspectiva jurídica. A mi modo de ver podrían ser estos temas:

- La teoría de las fuentes del Derecho.
- Problemas de organización constitucional (el llamado campo de la ingeniería constitucional).
- La teoría de los Derechos fundamentales.

No cabe duda que el Derecho constitucional actual, ante el reto de la nueva sociedad, se ve obligado a repensar muchos de sus principios y de sus conceptos, dada la palpable obsolescencia que han sufrido con el paso del tiempo. Baste pensar en el esquema del Estado de Derecho, adjetivado de liberal, social y democrático progresivamente, especies todas ellas de muy dudosa pertenencia a un mismo género. Piénsese también en el principio de separación de poderes o en el concepto fundamental de los Derechos públicos subjetivos, o en el mito decimonónico de la ley, o en un sistema de fuentes articulado en torno a los dos pilares de la «Gesetz» y el «Verordnung» como en el esquema de Jellinek.

Opino que no se puede mantener ya el dogma propio del Estado legislativo en virtud del cual forma y fuerza de ley estarían por definición intrínsecamente ligadas. Este concepto de la eficacia formal de la ley rige mientras dura la centralización de las funciones estatales, pero se convierte en mucho menos fiable desde el momento en que se crean avanzadas autonomías territoriales y sociales. El sistema de fuentes del Estado de la sociedad industrial es mucho más complejo y articulado, tan intrincado que al internacionalista Rolando Quadri le ha sugerido la imagen dantesca de la selva oscura.

El reconocimiento de las autonomías territoriales y sociales ha desembocado —esto es innegable— en un ensanchamiento de las fuentes normativas. Piénsese por ejemplo en las leyes regionales, fuentes comunitarias europeas, tratados, estatutos de sociedad multinacionales, de partidos políticos, en la capacidad normativa de los sindicatos, fenómenos que han dado lugar al nacimiento de la teoría de las fuentes atípicas. Está claro en definitiva, que a instancias del pluralismo social se ha ampliado el campo de los procesos productivos del derecho. La progresiva dilatación de la figura del acto normativo parece innegable. En resumidas cuentas, la pluralidad de ordenamientos y la relatividad de los valores jurídicos, obligan a repensar los postulados de la teoría clásica de las fuentes del derecho del Estado liberal.

Se debe pensar también en la actual insuficiencia de la teoría de los derechos públicos subjetivos —uno de los puntos clave junto con el dogma de la personalidad jurídica del Estado en el derecho constitucional clásico—, para lograr esa teoría jurídica del ciudadano, a la altura de los tiempos actuales, que explique la posición del individuo en relación con el Estado, con los entes públicos, con los partidos o los sindicatos, etc. ¿Cuál será la figura jurídica subjetiva que dé cumplida cuenta de la posición del ciudadano, del «hombre situado» en el ordenamiento de una sociedad pluralista, donde las relaciones del particular con la Administración son mucho más ricas y complejas que antes?

Estas y otras muchas son las tareas, piénsese en toda la teoría jurídico-política de los Derechos Fundamentales, que se presentan en el horizonte de preocupaciones del actual Derecho constitucional.

## LOS INTELLECTUALES Y LA POLITICA

*José Luis García de la Serrana*

*Profesor adjunto de Derecho Político de la Universidad Autónoma de Madrid*

La existencia de un conjunto más o menos articulado de conceptos precisos y bien definidos, parece ser que es uno de los requisitos indispensables para que podamos hablar de ciencia. En este caso, algunas de las denominadas ciencias sociales tendría que ser sometida a cuarentena, tanto si optamos por definiciones esencialistas como si lo hacemos por descriptivas. Es más, yo diría que es precisamente característico de gran parte de las ciencias sociales el carecer de conceptos unívocos que formen un cuerpo de teoría válido para explicar el campo objeto de su estudio. Ante esta situación, el procedimiento seguido las más de las veces es el de definir a «efectos operativos» unos determinados términos, de forma que la investigación no se paralice. La consecuencia a que se llega es:

1. Un mayor aumento de los sentidos de un término y la institucionalización del procedimiento de que cada cual diga lo que entiende por tal sin entrar a discutir la validez objetiva.
2. El que la mayor parte de las investigaciones puedan ser desechadas por falsas sin entrar en su contenido, bastando para ello con poner en duda la exactitud, la precisión o la adecuación de esos conceptos.

Pero esto no es todo el problema, sino que estas consecuencias inmediatas nos transportan a otro tipo de cuestiones que no por ser mediatas dejan de estar presentes. Me refiero al problema de los valores y el carácter ideológico, en el sentido de no científico, que acecha a las ciencias sociales en general y en particular a la Sociología. Se trata de conectar esas definiciones de conceptos con intereses del investigador: de esta forma, la investigación montada sobre esos conceptos y teorías se inutiliza como ideológica y partidista.

Ante este estado de cosas, y como consecuencia del uso generalizado de esta poderosa arma que es la ideología, no son pocos los que claman por la necesidad de buscar una solución mediante el estudio y formulación de teorías con su correspondiente conjunto de conceptos, términos, etc. Otros, en cambio, irán más allá aún en esta exigencia de orden y solicitarán un concepto nuevo de cien-

cia que nada tenga que ver con el de las «ciencias de la naturaleza». Esto trasladada el nivel de discusión, por una parte, a la posibilidad de formular teorías que no sean ideologías y que puedan ser operativas y, de otro lado, a si es posible o no la existencia de una ciencia con sentido radicalmente diverso del de las denominadas «ciencias de la naturaleza».

No es, pues, fácil encontrar una salida para la actual situación. Por otra parte, como la mayoría de los términos en las ciencias sociales tienen un amplio uso en la vida cotidiana del ciudadano medio, aunque con otro sentido, ocurre que los científicos sociales han optado por otro procedimiento para definir, y es el ver qué entienden por tal o cual cosa los individuos concretos de una sociedad concreta. Esta apelación al pueblo da una cierta fuerza al uso de ese concepto y en el sentido usado. De todas formas, sin embargo, este procedimiento complica aún más las cosas, ya que esos términos estarán más cargados de ideologías y símbolos, lo que no hace sencillo su manejo par quien pretenda una investigación objetiva.

La definición del término intelectual, o la del término *intelligentsia*, que tiene muy buena acogida en la comunidad de científicos sociales, participa de todas esas dificultades y de algunas más, implicadas por la calidad del sujeto que ha de definir el término. En última instancia, el que define, el que estudia a los intelectuales se siente él mismo materia de la definición, objeto de ese estudio. Ocurre así que en nosotros mismos nace la sospecha de que el denominado «Problema de los intelectuales» en las ciencias sociales, no es más que el problema *de* los intelectuales, o sea: el problema de la identificación de sí mismos, el problema de su identidad hipostasiado como problema de una sociedad y como problema de unas ciencias que, por problemáticas, reciben, con la etiqueta de Problema, llamadas y resignadas, cuantos asuntos se quiera.

Por supuesto que, en la transformación del problema *de* los intelectuales en el «Problema de los intelectuales», ha jugado un papel muy importante la sociedad como un todo. Durante mucho tiempo, y aún hoy mismo, el término intelectual ha sido considerado como algo más o menos insultante, como algo más o menos equivalente a irresponsable, vago, bohemio, etc. En esto, como bien se puede comprender, influye mucho la estructura e historia de la sociedad concreta en que se estudie. Pero lo que sí parece claro es que, al margen de matizaciones concretas, existe un vago sentimiento de extrañeza, de anormalidad, unido al término. De otro lado, los mismos intelectuales han participado de esa sensación de marginalidad, y su reacción se ha llevado a cabo en dos frentes: por una parte, criticando a la sociedad como si fuera un algo opuesto a ellos o, en otros casos, alabándola, y, en segundo lugar, tratando de encontrar su identidad, no en esa sociedad sino en otra más o menos trascendente de los tipos concretos de sociedades. Esta sociedad sería la que, con unos u otros términos, vendría a estar constituida por los que se dedican al *cultivo del espíritu*.

No parece, de todas formas, que el resultado obtenido haya sido la integración de esa pretendida comunidad espiritual. El problema de los miembros partidistas confesos de sociedades concretas se solucionó durante tiempo privándoles de su etiqueta y confiriéndoles la de políticos (con el consiguiente desprestigio que para el intelectual tienen los profesionales de la política). Esto, no obstante, no fue pacientemente soportado por los excluidos. Pronto se puso de manifiesto que esa pretendida comunidad de seres que sólo se ocupan del espíritu no existía. El

silencio era interpretado como consentimiento, como apoyo al *statu quo* y, por tanto, su actividad espiritual como disfrazado y cínico apoyo a ocultos intereses materiales. No se trataba ya del clásico denuesto de la sociedad, que les permitía reforzar su idílica comunidad; se trataba de un ataque desde dentro que ponía en duda no sólo la existencia de su comunidad, sino que también les obligaba de nuevo a buscar en ellos mismos y en la sociedad concreta donde estaban inmersos la solución al qué eran y qué hacían. Se había puesto, pues, de manifiesto que el rasgo que les distinguía de la sociedad que ellos veían como ajena y extraña, no era suficiente. No bastaba ya para la calificación de intelectual el ocuparse de «cosas del espíritu» porque ya el espíritu no era espíritu, sino también materia deleznable. El criterio que quedaría como más válido sería, pues, el del primer frente contra el que se luchaba, es decir: se trata de no buscar una definición esencialista, sino de aceptar como válida la de lo que la «gente» piensa que son los intelectuales, o mejor: serán intelectuales quienes la gente piensa que son intelectuales.

Esta solución, sin embargo, no traía consecuencias demasiado satisfactorias. El que la definición de *qué eran* y *quienes eran* estuviera determinada por quienes *no eran*, no parecía fácilmente soportable. El resultado sería la sensación de saber que uno es intelectual aunque no fuese sencillo explicar y saber qué es. Era preciso, pues, ocuparse del tema y dar a conocer a esa sociedad que pretende explicar quienes son, lo que es un intelectual y la importancia del intelectual para la sociedad. En esta doble vertiente, y de forma más o menos amplia, han venido a incluirse las definiciones que los encargados de su estudio han ofrecido. Juan Marsal las ha resumido así:

- a) literato, u «homme de lettres»;
- b) todo individuo con un título superior.
- c) trabajador intelectual, es decir, el que trabaja con la cabeza más que con las manos;
- d) todos aquellos que crean, distribuyen o aplican cultura;
- e) el ideólogo de clase o partido;
- f) el que generaliza saber en forma más o menos literaria para un público más amplio que del de su círculo profesional (1).

Desde otro punto de vista, el de la Sociología del conocimiento, K. Mannheim se ha planteado el problema del estudio de los intelectuales.

No es posible en estos momentos hacer un examen crítico de la Sociología del conocimiento mannheimiana, pero sí creo necesario hacer algunas descripciones de su pensamiento para la comprensión de su planteamiento en cuanto al tema que nos ocupa (2).

Parte Mannheim (3) del supuesto de que el pensamiento se encuentra existencialmente condicionado, y que ese condicionamiento se opera fundamentalmente a través de la clase social a que se pertenece, aunque, por supuesto, existen otras unidades y factores sociales condicionantes. Este condicionamiento afecta no sólo a la génesis de las ideas sino también al contenido y forma, de tal manera

(1) Marsal, J. F., y otros, *Los intelectuales políticos*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 1971.

(2) Mannheim, K., *Ideología y Utopía*, 2.ª ed. Madrid, Aguilar, 1963; *Ensayos de Sociología de la Cultura*, Madrid, Aguilar, 1953; *Essays on the Sociology of Knowledge*, edición de Paul Kecskemeti, London, Routledge & Kegan Paul, 1960.

(3) Mannheim, K., *Ideología y Utopía*, Madrid, Aguilar 2.ª ed., 1963.

que un mismo objeto es captado de forma diferente por sujetos colocados en distintas situaciones vitales. Ahora bien, este pensamiento, que él vacila en denominar «ideología» por las connotaciones morales del término y que decide llamar «perspectiva», implica una verdad parcial, una verdad limitada por el tiempo histórico y la situación social. Esto no es caer en un relativismo —dice Mannheim— sino más bien, plantear las cosas de forma «relacionista».

«Relacionar las ideas individuales —dice Mannheim— con la estructura de un determinado objeto histórico-social no debe confundirse con un relativismo filosófico que niega la validez de toda norma y la existencia de un orden en el mundo (...) El relacionismo no significa —continúa diciendo Mannheim— que no existan criterios de verdad y de falsedad para una discusión. Pero sí insiste, sin embargo, en que es inherente a la naturaleza de ciertas afirmaciones el que no puedan ser formuladas de un modo absoluto, sino sólo en los términos de la perspectiva de una situación determinada» (4).

La solución no escapa al propio Mannheim, se aproxima mucho «al todas las épocas están igualmente cerca de Dios» y tal vez *por eso* va a intentar solventar el problema desde otra vertiente. Se trata de obtener un nuevo nivel de objetividad mediante la síntesis de perspectivas. Es aquí donde va a jugar un papel importante la «intelligentsia».

Para Mannheim, el concepto de verdad en sí es un concepto que corresponde a un estado de la epistemología pasado con su correspondiente época. La objetividad a que se refiere el *relacionismo* significa el encuentro de una perspectiva independiente y ésto no es sino encontrar el denominador común de esas otras perspectivas parciales pero verdaderas. Esta síntesis que entrará en el juego de las posibilidades y se convertirá en la forma de pensamiento reconocida. Será una síntesis dinámica o, lo que es lo mismo para él, superadora y conservadora al mismo tiempo.

Ahora bien, ¿cómo y quién puede realizar esa síntesis si el pensamiento viene condicionado por la clase de pertenencia? Para Mannheim, la síntesis sólo la puede hallar un grupo que no esté demasiado firmemente situado en el orden social, o sea, los intelectuales.

Los intelectuales constituyen un estrato intersticial, un estrato «relativamente desclasado», y esto por su gran heterogeneidad de procedencia social y su no participación directa en el proceso de producción. Existe, no obstante, según él, un lazo unificador: la educación. Es precisamente a través de ella como se produce la determinación del pensamiento de los intelectuales y la posible superación. Por una parte, «le sujeta a la influencia de las tendencias opuestas en la realidad social», por otra, le permite elegir la postura que crea más acertada. De esta forma, son dos las rutas que han tomado los intelectuales desclasados como salida de su posición intermedia «primero, la que lleva a una afiliación ampliamente voluntaria a una u otra de las varias clases antagónicas; segunda, la que conduce a un examen de sus propios enlaces sociales de clase y a la búsqueda del cumplimiento de su misión como el abogado predestinado de los intereses intelectuales del todo» (5).

---

(4) Mannheim, K., *Ibidem*, pág. 362.

(5) Mannheim, K., *Ibidem*, pág. 221. *Ensayos de Sociología de la Cultura*, ed. cit., pág. 153.



Como se ha podido contemplar, los planteamientos de Mannheim son realmente atractivos para los intelectuales y su influencia ha ido muchas veces más allá del campo de las ciencias sociales donde por supuesto intentaría cumplir la misión de, entre otras muchas cosas, permitir la construcción de una ciencia política teórica y no valorativa de una parte y práctica en el sentido de iluminadora de soluciones. Apuntaba que su influencia ha ido mucho más allá de las ciencias sociales dado que ha constituido y constituye aún en la actualidad la visión que, de una forma más o menos consciente, manifiestan gran parte de los intelectuales. Piénsese, por ejemplo, en la justificación que muchos de ellos dan para no intervenir en política o, cuando lo hace, sus dificultades si no se les considera «masa encefálica» para soportar la disciplina de partido. En otro plano se puede observar que la obra de Mannheim, criticada por teórica por algunos empíricos, implica un apoyo al empirismo, puesto que sólo sobre él sería posible la «síntesis» que trasciende lo partidista.

Sin embargo, yo quisiera en este caso hacer un par de objeciones a este planteamiento sin entrar en los muchos que sugiere su primera parte: la teoría del conocimiento.

«Los intelectuales no constituyen una clase». En esto estamos de acuerdo, pero, ¿por qué no parte de las clases?

La respuesta de Mannheim es: por la educación. La educación es lo que unifica al grupo y la que permite superar los condicionamientos de la clase de procedencia.

A mi modo de ver esto no es así por cuanto hay que distinguir dos tipos de realidades a las que se les ampara con el mismo término: la educación. Una sería la transmisión de los valores de un grupo y otra la adquisición de conocimientos especializados. En lo que respecta al primer sentido creemos que efectivamente la educación es un instrumento de cohesión, pero a otro nivel del que lo usa Mannheim, o sea, la educación es el instrumento de que se vale la clase dominante en un momento dado para enseñar unos valores, los suyos, como los mejores. Y son precisamente los encargados de elaborar y divulgar esos valores a los que se les denomina intelectuales. Así pues, en este sentido la educación no puede ser el lazo que unifica transformando a unos individuos en «estrato interclase». Como veremos más adelante es la realización de esta función la que nos servirá a nosotros para definir el término intelectual.

Por lo que hace al segundo sentido, o sea, la educación como adquisición de conocimientos especializados, tampoco actúa como elemento de cohesión de unos individuos sino todo lo contrario. Por de pronto, un aprendizaje más amplio de conocimientos especializados denota una mayor diversificación social que permite un aprendizaje más diverso. Por otra, una mayor especialización de conocimientos entrañaría una mayor diversidad en los especializados.

Pero si la educación no sirve como instrumento transformador de unos individuos en «estrato interclase» menos aún sirve, a mi modo de ver, para superar los condicionantes de clase. Supone esta idea una concepción de los condicionamientos sociales totalmente incompatible con su misma teoría y que él supo desarrollar magistralmente en el análisis, por ejemplo, del pensamiento conservador alemán. Pero además implica una distinción tan tajante entre el sujeto y el objeto del conocimiento que más pudiera pensarse que se está refiriendo a una de las denominadas ciencias de la Naturaleza que a una disciplina en que el sujeto es

parte, asimismo, del objeto. Es más, en el campo político ésto traería como consecuencia la justificación total del «generalato de mollera», tal como lo ha llamado Pérez de Ayala (6).

A Gramsci le cabe el mérito de haber intentado definir al intelectual desde el punto de vista de su función social. En efecto, para él lo que distingue la actividad intelectual de las demás actividades no es nada intrínseco a esa actividad, sino la función social inmediata de la categoría profesional de los intelectuales. Los intelectuales desempeñan la función «de organizar la ideología de un grupo social» (7).

Desde estos planteamientos gramscianos con las modificaciones que se irán observando, es desde donde creo que se puede deducir una cierta claridad para el problema que tratamos. En efecto a mi modo de ver los intelectuales son aquéllos que en el marco concreto de una sociedad elevan a un plano teórico y/o consciente los elementos de las distintas concepciones del mundo. Ahora bien, en el contexto de una sociedad compleja podemos encontrar distintas concepciones del mundo, distintas formas de entender o soportar la vida. Pero estas concepciones del mundo, en cuanto conjuntos más o menos articulados de respuestas que el grupo da a sus necesidades, no están las unas junto a las otras como compartimentos estancos. O lo que es lo mismo, no se produce mediante autogénesis y autodesarrollo lineal, sino que su génesis es social y su relación dialéctica. Esto no impide, sin embargo, que en un momento se puedan encontrar explicaciones para esas concepciones del mundo de tipo estructural, ya que en definitiva la articulación de los elementos de cualquier estructura tiene unas leyes propias que no tienen por qué responder a una forma total a las de la génesis de su estructura misma. De esta forma, es posible comprender cómo, si bien en última instancia, estas concepciones del mundo corresponden a las distintas formaciones sociales provocadas por el elemento determinante del todo social, ninguna de ellas permanece en estado puro y siendo mero reflejo de ese soporte social.

Pero en ese proceso de modificación de las distintas concepciones del mundo en virtud a su relación dialéctica juegan un papel importante diversos factores entre los que voy a destacar los siguientes:

1. La antigüedad y el poder. La relación en que conviven estas distintas concepciones del mundo son desiguales y lo son en cuanto a su elaboración, antigüedad y poder. Esto implica que la capacidad de contener elementos de otras concepciones del mundo inexistentes bien en cuanto a su soporte social o bien en cuanto a su vigencia es distinta, como será distinta también su capacidad para integrar parte de la contraria en el propio discurso ideológico. Por otra parte el universo ideológico de esa sociedad se aparecerá como un pluralismo de esas concepciones de escalonamiento, lo que permitirá a sus partícipes creerse en muchas situaciones en una concepción del mundo ecléctica, intermedia, etc. Con la correspondiente carga valorativa que pueda tener el creerse en esa posición. Esta situación se puede mantener durante todo el tiempo en que no exista una crisis profunda en que las distintas concepciones del mundo se vean obligadas a

---

(6) Pérez de Ayala, R., ver su novela *Tigre Juan* en *Obras Completas*, Aguilar, Madrid, pág. 559.

(7) Gramsci, A., *Antología*, Selección, Traducción y Notas de Manuel Sacristán, México, siglo XXI, editores, 1970 pág. 319.

replegarse a los fundamentales, o sea a los que el tipo de formación social concreta establezca como tales.

2. La historia de la sociedad concreta en cuanto refuerza o suprime algunos símbolos de las concepciones del mundo existentes. De esta forma las concepciones del mundo se ven precisadas a reforzar su apoyo al símbolo suprimido o a negarlo y esto al margen de la compatibilidad de ese símbolo concreto con la concepción del grupo en cuestión.
3. La existencia de una concepción de mundo total muy poco elaborada racionalmente y que muy emparentada con lo mítico va a tratar de ser manejada por los parciales presentándola como origen de ella o tratando de ingresar en ella concepciones de la propia para así dotarlas de una legitimidad *erga omnes*. Esta concepción del mundo total se verá así arrastrada al juego dialéctico y tal vez esto nos ayude a comprender como en distintos períodos históricos los historiadores al servicio de una u otra concepción del mundo han tenido que movilizarse para desmitificar o mitificar algún elemento que el contrario pretendía usar de esa concepción total. Es lo que el profesor Murillo ha denominado con la expresiva frase «del uso de la Historia como arma arrojadiza».
4. El soporte social de esas concepciones del mundo. En efecto, las concepciones del mundo no se mueven en el vacío sino que son producto de alguien y para mí ese alguien serán los grupos sociales fundamentales en que está dividida o estructurada una sociedad. Ahora bien, en una sociedad capitalista (en un sentido más o menos amplio, cosa en la que no entro ahora), la división fundamental es la de clases y estos son los sujetos de quienes se pueden predicar en última instancia esas concepciones del mundo.

Por supuesto que si la clase es la que determina el contenido de cada una, también estas ejercen un efecto sobre su soporte social, efecto que Gramsci denominaba «cimentador» y al que habría que añadir otro disgregador. O sea, que si bien puede funcionar cohesionando la clase también puede provocar el efecto contrario por un proceso de asimilación de los elementos de otra concepción del mundo. De esta forma y como han señalado Horkheimer, Adorno, Marcuse, etc., se produce una seudosuperación de la división existente que trae como consecuencia un estado de distensión y apoyo al *statu quo* y una identificación de lo existente como racional lo que provoca la calificación de anormal e irracional a cuanto se le oponga y la hostilidad de la sociedad (8).

5. Finalmente la amplitud y preparación de los individuos que en cada grupo cumple la misión de «elaborar» (en el sentido de organizar teóricamente, difundir, etc.), esas concepciones del mundo. En este caso será necesario ver la medida en que estos intelectuales importan elementos exógenos, o sea, la medida en que elementos de otras concepciones del mundo extranjero se incorporan o tratan de ser incorporadas a las suyas propias, así

---

(8) La obra de la Escuela de Frankfurt está siendo traducida en su casi totalidad. Véase a este respecto: Marcuse, H., *El Hombre Unidimensional*, Barcelona, Seix Barral, 1969 Horkheimer, M., *Crítica de la Razón Instrumental*, Ed. Sur, Buenos Aires, Adorno, T. W., *Prismas*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. *Consignas*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1973, etc.

como el rechazo o aceptación inmediata y sus correspondientes tensiones dentro del grupo.

Desde mi punto de vista los intelectuales se encuentran condicionados, limitados en su pensamiento. Ahora bien, me parece erróneo el tratar de establecer una dependencia «reflejo» del pensamiento con respecto a la clase social, por cuanto que esas clases sociales son partes de un todo más amplio del que reciben sentido. Como apuntábamos arriba, el tránsito de elementos de una concepción del mundo a otra, o el caso de la influencia de la ideología dominante y la correspondiente alienación son fenómenos muy a tener en cuenta, aunque sólo sea en el caso de la superestructura, para poder comprender tipos de pensamiento correspondientes a una clase social en individuos concretos de otras o a nivel colectivo la incorporación de formas de pensar de una clase por otra (y esto último no sólo referido al caso de la clase obrera en la sociedad industrial avanzada y que Marcuse trataría de salvar con un acto de fe que para sí quisieran muchos católicos, o en el caso de Lukacs con la consciencia de clase atribuida; sino también al revés. Hoy asistimos al triunfo de un principio socialista en el campo de la burguesía, me refiero a la expropiación sin indemnización. El problema está en que los expropiadores han dirigido este principio contra el proletariado privando a este sin indemnización de lo único que poseen: su ideología revolucionaria).

Por supuesto que en penúltima instancia la clase social determina, o mejor, condiciona, el pensamiento de los intelectuales, pero ocurre que al establecer una clasificación de las personas por el sitio que ocupan en el modo de producción nos encontramos con que los intelectuales no se hayan de una forma inmediata situados en una u otra clase, pero sí de manera mediata por cuanto que la superestructura, que al mismo tiempo genera esa formación social, les condicionan haciéndoles percibir la realidad tal como está vertebrada o sea, desde la clase. Por tanto su condicionamiento inmediato vendría desde arriba.

El problema que se nos presenta entonces sería el de si todo pensamiento y al mismo tiempo sus elaboradores está determinado, condicionado, ¿quiere ello decir que todo pensamiento será ideológico? A mi modo de ver la respuesta sería negativa. En efecto, todo pensamiento está condicionado por esta sociedad en que surge, puesto que la relación sujeto-objeto no es de tajante separación ni por supuesto de identificación.

Pero es en la medida en que esa sociedad se nos presenta como absoluta que genera un tipo de pensamiento ideológico y a la vez crítico. Ideológico por cuanto va a necesitar justificar lo que es como lo único posible en esa etapa histórica. Crítico, por cuanto la inmutabilidad no parece ser cualidad del ser humano y las pretensiones de una sociedad a ella la hacen ya irracional. Por otra parte, lo *posible* frente a lo que es viene determinado por lo que es, o sea, por la sociedad concreta, y es en esa medida en que el pensamiento crítico es verdadero, o sea, capaz de captar aquellos elementos que negando «la ideología dominante y la insolencia de la realidad» (9), afirman un tipo de sociedad en que se superan las irracionalidades de lo que existe.

Desde este punto de vista creo que se disuelve como falsa la alternativa intelectual político frente a intelectual no político. Todo intelectual hace política y su teoría es teoría política a menos que tengamos una visión estrecha y limitada de

---

(9) Horkheimer, M. *Ibidem*, pág. 190.

esta como lo referido de forma inmediata a las instituciones estatales. Que la teoría sea ideológica o crítica es otra cuestión, pero en la medida en que sea intelectual hará siempre política. Y esto aún en el caso en que él no sea consciente, no lo haga de una forma deliberada. La responsabilidad social del intelectual por sus teorías es, a mi modo de ver, innegable por más que como postura personal estuviese en el extremo opuesto de las consecuencias generadas (10).

Esto nos transporta a otros problemas que no podemos eludir aunque su tratamiento sea ligero. Me refiero al de la relación de la teoría y praxis. Por supuesto que un problema como este es imposible tratar aquí como se merece, aún en el caso de que yo estuviera capacitado para ello. No obstante, sí quisiera hacer algunas observaciones que atañe al problema que nos ocupa. Me refiero a la medida en que la contraposición intelectual —político ha estado también apoyada en una concepción de la teoría y praxis como mundos opuestos—. De esta forma al intelectual le compete la primera y al político la segunda. El tránsito del intelectual a la política o del político al oficio intelectual, provocaba de inmediato si no un rechazo del recién llegado por parte de los socios del club, si una sonrisa de conmiseración o alegría ante el fracaso que se preveía como seguro del osado recién llegado. En los momentos actuales las cosas han cambiado bastante pero el planteamiento, en términos generales, de la relación teoría-praxis, viene siendo el mismo. El cambio ha consistido en el desprecio progresivo con que se viene mirando a la teoría y a sus artífices desde el campo de la praxis. En el fondo se trata, como un momento más de la «expropiación» a que me referí antes, a la negativa a aceptar a la teoría importancia efectiva para el cambio. Se opone entonces a teóricos y prácticos como equivalentes a conservadores del *statu quo* y partidarios del cambio.

No voy a hacer, como es de imaginar, una defensa absoluta de la efectividad del quehacer intelectual. Ni tampoco una defensa idealista del cambio en que la teoría fuera su generadora. Ambas cosas serían, desde mi perspectiva, falsas. Pero sí quisiera hacer notar dos consecuencias de esa actitud antiteórica que hoy es pensamiento, yo diría, que casi dominante. En primer lugar, el sentimiento de culpabilidad que ha creado en muchos intelectuales y su deseo de rendición que los llevó al abandono de la teoría (o sea, a su función de intelectual) y pasó a la praxis, o en otros casos, y a modo de pluriempleo, a hacerlas actividades según horario en que prive la última. Y, en segundo lugar, el que la aceptación que ese comportamiento supone de una tan tajante separación, trae como consecuencia un apoyo al *statu quo* (y no como se cree una actitud radical) por cuanto «mientras que la praxis promete sacar a los hombres de su encierro dentro de sí mismos, ella ha sido, es y será, siempre cerrada; de ahí el carácter distante, inabordable de los prácticos, pues la referencia al objeto está socavada a priori por la praxis» (11). La praxis se convierte así en pura práctica, sólo asesorada por una racionalidad medio-fin que impide todo tipo de racionalización de los fines.

Creo que es una tarea urgente para todo intelectual crítico un restablecimiento de la verdadera relación teoría-praxis que no puede ser ni de separación tajante, puesto que en modo alguno lo está pensamiento-sociedad, ni de identificación

(10) Sobre la responsabilidad Social del Intelectual, véase de Vega, P., «Gaetano Mosca y el Problema de la Responsabilidad Social del Intelectual», en Estudios de Ciencia Política y Sociología, libro Homenaje al profesor Carlos Ollero, Madrid.

(11) Adorno, T. W., *Consignas*, pág. 159.

plena por cuanto sólo sería posible imaginar esa identificación en una sociedad no contradictoria. En la medida en que la teoría constituye praxis y es inevitable para ella, los intelectuales han de convencerse de que el abandono de ella supone el abandono de su función y la más grave traición a lo que pretende defender. En modo alguno quiero con esto decir que el intelectual además de su función no se dedique a la pura práctica. Pero sí que en el fondo supone una falta de convicción en la importancia de la teoría como praxis que desvela todo lo que *puede ser* en una sociedad en la que lo *que es* se afirma cada vez más como lo racional. La famosa tesis de Marx de que es hora de cambiar el mundo y dejarnos de interpretarlo, que muchos intelectuales blanden a modo de catecismo frente a sus colegas, contiene a veces, y en nuestra sociedad especialmente, todos los ribetes de una ironía cuando, ingenuo, se busca la abundancia de interpretaciones.

Por último, y lo he dejado para el final porque se hace más luz, a mi modo de ver, sobre el asunto, la cuestión de por qué unos intelectuales ideólogos y otros críticos.

Como ya hemos dicho sólo en la medida en que la realidad social es contradictoria es como puede aparecer formas de pensamiento, concepción de mundo que también ésta esté determinada). Ahora bien, sólo cuando esas contradicciones que también ésta esté determinada). Ahora bien, sólo cuando esas contradicciones se aparecen como reales es posible hablar de pensamiento ideológico y crítico. Y es aquí de nuevo donde enlazan con el problema anterior de teoría-praxis. Sin una praxis es a su vez imposible la teoría aunque sea tan rudimentaria y poco elaborada como una concepción de mundo. Pero en la medida en que las contradicciones sociales son mayores, el pensamiento dominante se convierte en más falso, más ideológico y por tanto más en contradicción consigo mismo, puesto que ha de apelar a la realidad tal cual es y en ella aparece su negación. La superestructura tiene que plegarse a la infraestructura revelando en ella las contradicciones de la realidad social.

Condicionados así los intelectuales en su pensamiento por la realidad social, lo están hasta el punto de hacerseles posibles una cierta libertad individual. La crítica a su pensamiento que opone la realidad se transforma en ellos en autocrítica y de esta forma en crítica de la sociedad.

A esta alternativa sólo cabe oponer la negativa voluntaria y un aferrarse a la ideología que por todos los medios trata de eliminar las contradicciones reales en un mundo del pensamiento. De esta forma la libertad de los intelectuales ideólogos habrá de estar montada sobre la represión de un mundo mejor. «Pero las grandes palabras, contrarrestando los grandes golpes del demasiado orgulloso, enseñan entendimiento en la vejez» (12).

---

(12) Palabras de Antígona citadas por H. Arendt en *La Condición Humana*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1974, pág. 43.

SEGUNDA PARTE

**PROBLEMAS GENERALES DE LA ENSEÑANZA DEL  
DERECHO**





## LA «INTRODUCCION A LAS CIENCIAS JURIDICAS» EN EL C. O. U. (UNA EXPERIENCIA DOCENTE)

*Antonio Díaz Bautista*  
*Profesor adjunto de Derecho Romano de la Universidad de Murcia*

### **Introducción**

#### *Vigencia de la asignatura en el plan de estudios*

En el constante trasiego de planes de estudio que sufre la educación en España ostenta, por su mutabilidad, un puesto destacado el Curso de Orientación Universitaria (C. O. U.) creado por la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970, como sustitutivo y heredero del no demasiado veterano Preuniversitario. Desde la implantación de este curso se han sucedido vertiginosamente las normas ordenadoras, como si la Administración fuera consciente de la necesidad de dar a los alumnos una preparación válida antes de su acceso a la Universidad, pero no lograse hallar el camino adecuado para conseguirlo, corrigiendo constantemente el rumbo. Evidentemente la misión que debe cumplir un curso de esta naturaleza es importante, ya que sólo mediante una propedéutica adecuada se pueden incorporar a la Universidad alumnos capaces de aprovechar sus enseñanzas; pero también es difícil porque debe transformar al estudiante de Bachillerato, a quien sólo se ha dado, en el mejor de los casos, un barniz cultural general, en un aprendiz de científico dispuesto a profundizar en los conocimientos con el rigor necesario.

Durante cinco cursos, desde 1970-71 hasta 1974-75, ha existido en los planes de estudios del C. O. U. una disciplina optativa que merece ser meditada por cuantos nos dedicamos a una profesión jurídica y en especial a la enseñanza del Derecho: se trata de la llamada «Introducción a las Ciencias Jurídicas».

Esta asignatura apareció ya, con el nombre de «Introducción al Derecho y la Economía», en la O. M. de 30 de septiembre de 1970 que preveía el establecimiento del C. O. U. con carácter experimental en determinados centros; se confirmó su existencia, ya con la denominación de «Introducción a las Ciencias Jurídicas», por el artículo 1.º, apartado 1.3.3, de la O. M. de 13 de julio de 1971, que

dictaba normas para el desarrollo del C. O. U., de acuerdo con el Decreto de 22 de agosto de 1970 que disponía su implantación general en el curso 1971-72.

La desaparición de esta materia se produjo por una O. M. de 22 de marzo de 1975, que desarrollaba el Decreto de 23 de enero de 1975, y que no comprendía en su artículo 10 esta disciplina entre las materias optativas. Esta desaparición no ha suscitado, que sepamos, resonantes lamentaciones; ha pasado sin pena ni gloria existiendo más en el texto de las disposiciones administrativas que en la realidad concreta de las aulas. Y, sin embargo, se trataba de una idea digna de mejor suerte que no sería descabellado esperar que resucitase. Su extinción ha venido motivada más por los defectos administrativos de su planteamiento que por su ineficacia intrínseca. Por eso vamos a relatar el desarrollo de una experiencia docente que no fue estéril ni para los alumnos ni para el autor de esta reseña, que durante cinco cursos se encargó de explicar esta materia en el Instituto Nacional de Bachillerato «Alfonso X el Sabio», de Murcia.

### *Necesidad de una propedéutica jurídica*

Es un hecho evidente que el estudio del Derecho adolece, en nuestra sociedad, de un profundo aislamiento; la labor del jurista científico o simplemente profesional apenas trasciende más allá del círculo de sus colegas. La ciencia jurídica aparece en el panorama de la cultura como una actividad desconocida a la que se desprecia suponiéndola de cortos vuelos o de la que se recela como arcana y enigmática. El jurista tiene, normalmente, ideas más claras sobre otras parcelas del saber científico que los especialistas de esas ciencias respecto del Derecho; y si descendemos al nivel de conocimientos del ciudadano medio, esta ignorancia no hace más que agudizarse. Ciertamente que algo de esto sucede en todos los países y en todas las épocas, ya que el pensamiento jurídico ha utilizado casi siempre unos sistemas de categorías altamente autónomos, equidistantes de la alta especulación científica y de la simple técnica. Pero, aunque el aislamiento del pensar jurídico en el campo del saber humano sea, hasta cierto punto, un hecho inevitable, en nuestro contexto cultural actual alcanza cotas insospechadas y peligrosas.

Las consecuencias de este aislamiento son desastrosas para nuestra convivencia, ya que se traducen en un cierto despegue por parte de la sociedad hacia la Justicia y el Derecho; a los ojos del ciudadano suele aparecer lo jurídico escindido de su raíz ética, entendiéndolo como simples imposiciones caprichosas y las profesiones jurídicas como meros mecanismos de aplicación de aquéllas, cuando no como grupos de presión corrompidos. Es evidente que estas deformaciones se dan, pero la sociedad debería tener conciencia clara de su carácter patológico y de la posibilidad de su corrección mediante la consecución de un orden jurídico más perfecto. El aislamiento de la ciencia del Derecho es tan profundo que los profanos ni siquiera suelen comprender su existencia, porque piensan que todo el Derecho se reduce a un conjunto de normas establecidas sobre las que no es posible una investigación de rango científico.

Pero, además, el desconocimiento de las líneas esenciales del fenómeno jurídico es un grave obstáculo para el nacimiento de auténticas vocaciones jurídicas. Sin duda es la Facultad de Derecho la que adolece de mayor deficiencia de alum-

nos vocacionales. Es muy difícil, casi imposible, que un alumno se sienta inclinado hacia la carrera de Derecho puesto que no la conoce. La motivación que atrae a los estudiantes a nuestra Facultad es casi siempre ajena a una verdadera vocación. Unos vienen porque no encajan bien en las tradicionales disciplinas de Ciencias y Letras. Otros por un tradición familiar o por un interés pragmático hacia una determinada «salida» profesional. Otros, porque creen, ellos o sus familiares, que poseen supuestas aptitudes o cualidades para las profesiones jurídicas, tales como brillante memoria repetitiva, ampulosidad retórica, o, lo que es más triste, propensión al enredo o la burda picardía. En estas equivocadas motivaciones es donde habría que situar el fundamento de gran número de frustraciones, de apatías o de corrupciones en el ejercicio de las profesiones jurídicas.

Si se hiciera una estadística debidamente ponderada de alumnos de Bachillerato que se encaminan hacia el estudio del Derecho, se observaría cómo el porcentaje de alumnos brillantes que acceden a la Facultad de Derecho es menor que en otras. El alumno con alta sensibilidad y capacidad para captar los fenómenos culturales se suele dirigir a los estudios humanísticos de Filosofía y Letras, en su amplia gama de especialidades, mientras que los estudiantes con alta comprensión abstracta o con inquietud por la experimentación se encaminan hacia las Facultades de Ciencias, Farmacia, Medicina, Escuelas Técnicas, etc. A la Facultad de Derecho vienen frecuentemente alumnos con vocación y aptitudes poco definidas. Sin embargo, en los últimos tiempos están acudiendo a nuestra Facultad grupos de alumnos que trabajan en profesiones en las que tienen contacto frecuente con la praxis jurídica: mandos de empresas, empleados de juzgados, notarías o registros, funcionarios de la Administración, etc. Su interés y aptitud para el estudio del Derecho suelen ser satisfactorios porque han tenido ocasión de conocer la realidad del Derecho y sienten deseos de ahondar en ella.

#### *Defectos de planteamiento y obstáculos para el desarrollo de la disciplina*

Es obvio que el desolador panorama que hemos descrito no se iba a corregir con la sola inclusión de esta asignatura en el C. O. U., pero también es cierto que dentro de sus limitaciones, cumplía la misión de paliar un poco esta situación.

El primordial defecto de esta disciplina radicaba en el hecho de ser una materia optativa que el alumno había de escoger cuando ya estaba en vísperas de su acceso a la Universidad: la mayoría de ellos la elegían porque habían decidido ya acudir a la Facultad de Derecho. Por tanto, no servía para despertar una posible vocación cuando muchos habían hecho ya su opción por motivos extravocacionales. Sin duda, lo deseable sería una asignatura obligatoria, situada en los últimos cursos del Bachillerato y dirigida a todos los alumnos; así serviría a quienes no habrían de dedicarse al Derecho para que entendieran la función que cumple lo jurídico en la vida social y, al mismo tiempo, despertase el deseo de estudiar la carrera de Derecho en los alumnos con buenas aptitudes para ello.

Por otra parte, hay que señalar que la Administración no dio ninguna suerte de facilidades para que esta asignatura se impartiese de modo general y uniforme, sino que, más bien, facilitó el que no se explicara o se hiciera mal, y ésto por una serie de razones que pasamos a exponer.

No se obligó a todos los centros de Bachillerato a establecer esta asignatura,

quedando al criterio de los directores de los mismos. El juego de tres asignaturas optativas proporcionaba una gama de posibilidades tanto mayor cuanto más elevado fuera el número de materias ofrecidas, y en los centros se prefería restringir este número para evitar la formación de muchos grupos con las consiguientes dificultades de aulas, de personal y, sobre todo, de horarios. En consecuencia fueron muy pocos los centros donde se implantó la disciplina.

Los centros de Bachillerato carecían casi siempre de personal idóneo para explicar esta materia, por lo que tenían que contratarlo; ésto resultaba gravoso para los centros privados y difícil para los Institutos, ya que la Administración restringía el aumento de plantillas. Como no se exigió ninguna titulación especial para impartir esta disciplina, se llegó, en algún caso, a encargar de ella a profesores de Letras que no habían cursado la carrera de Derecho.

No se arbitró un sistema de contratos especiales para los profesores de esta asignatura en los centros oficiales; al asignarse a esta materia un total de tres horas lectivas semanales, el profesor había de alcanzar el mínimo establecido por la Administración impartiendo otras asignaturas.

Finalmente, no se establecieron ninguna clase de directrices uniformes sobre el desarrollo de la materia, con lo que cada profesor dio a ésta el sentido que estimó oportuno. Se hicieron algunos intentos de establecer en cada distrito un programa uniforme o de coordinar las enseñanzas, pero no pasaron de ser buenos propósitos.

En suma, hay que pensar que esta disciplina quedó condenada, desde su comienzo, a ser letra muerta en las formulaciones normativas sin apenas concretarse en la práctica.

Sin embargo, en abierto contraste con la poca atención que se le dispensó desde la Administración, fue acogida favorablemente por el alumnado, que en muchos centros pidió su establecimiento e incluso se dieron bastantes traslados de expedientes hacia los centros donde se explicaba.

Justo es resaltar que los directores de los centros, tanto oficiales como privados, que establecieron esta asignatura, lo hicieron convencidos de su utilidad y salvando numerosos obstáculos. En el caso concreto de la experiencia que vamos a narrar, hallamos en el Instituto «Alfonso X el Sabio», de Murcia, toda clase de apoyos y facilidades, tanto por parte de la dirección como del claustro.

### **Planteamiento de la disciplina**

Cuando se nos propuso explicar esta disciplina acogimos la idea con agrado, pues éramos conscientes de su necesidad. Resultaba además una tarea grata para un profesor de Derecho romano, obligado a observar el Derecho en el momento histórico en que perfiló sus líneas esenciales. El propio título de la disciplina, al aludir a las ciencias jurídicas, resultaba coherente con nuestras preocupaciones, porque el romano fue el primer ordenamiento estudiado rigurosamente, y en gran medida creado, por estudiosos del Derecho; sólo a partir de Roma ha sido investigado el fenómeno jurídico de manera científica y, en este sentido, el Derecho romano es no sólo el antecedente del Derecho privado actual, como con una perspectiva muy limitada se viene conceptuando, sino el punto de arranque de todo el pensamiento jurídico moderno.

Pero la tarea entrañaba considerables dificultades, ya que era preciso hallar la orientación conveniente de entre varias posibilidades.

Podría haberse hecho una introducción a las ciencias jurídicas que incidiera fundamentalmente en los aspectos filosóficos del pensamiento jurídico, anticipando algo de lo que se trata en las disciplinas de Derecho natural y Filosofía del Derecho. Evidentemente, una materia de este tipo debía contener una serie de reflexiones sobre la estructura del orden jurídico, su entronque con la ética, la posibilidad de una especulación científica que lo tenga por objeto y la naturaleza y caracteres de la misma. Pero pensamos que una introducción filosófica sobre el Derecho o una pura consideración formal sobre el fenómeno intelectual de las ciencias jurídicas habría sido insuficiente e inadecuada para cumplir los objetivos previstos.

Otra posibilidad hubiera sido la de dar una pequeña formación práctica, explicando unos «rudimentos» de Derecho que supusieran los conocimientos necesarios para desenvolverse en los asuntos más usuales del tráfico jurídico cotidiano. Pero esta solución, además de ser difícil en el limitado marco de un curso, nos parecía inadecuada. Ni se trataba de dar una formación práctica, sino científica, ni se debía recargar a los alumnos con datos sobre el Derecho vigente, cuando muchos de ellos habían de estudiar aquellos temas con más rigor y sosiego en la Facultad. Algo había de incluirse en las explicaciones sobre los aspectos prácticos del Derecho, porque las ciencias jurídicas pertenecen siempre al pensamiento práctico, pero estas consideraciones deberían venir más como ejemplos para entender rectamente los planteamientos científicos que como único soporte de la asignatura.

Nos pareció más oportuno acudir a otro planteamiento que, sin perder de vista los aspectos filosóficos ni las consecuencias prácticas, pusiera el acento sobre los conceptos esenciales de las ciencias jurídicas y, en especial, de la dogmática. El propio título de la asignatura postulaba, en nuestra opinión, este planteamiento; se trataba de una introducción al estudio científico del Derecho, del mismo modo que otras disciplinas del Bachillerato constituyen introducciones a otras ciencias. Para esta introducción el camino adecuado era, a nuestro juicio, comenzar a estudiar de manera elemental los temas básicos de las ciencias jurídicas.

## **Programa**

El programa realizado para la exposición de la materia estaba, como puede verse en el Apéndice, dividido en temas y no propiamente en lecciones; en cada tema se han agrupado los conceptos con arreglo a un orden sistemático y no pensando en adaptarlo a la duración de una clase. Por ello la extensión de la materia comprendida en cada tema es variable, dividiéndose muchos de ellos en varias lecciones de acuerdo con la importancia de los conceptos incluidos, las dificultades que entrañaban y el ritmo de asimilación de los alumnos.

- a) Una primera parte introductoria sobre la sociedad humana en general y su estudio.
- b) Una segunda parte, la más importante y extensa, que trataba sobre nociones básicas de las ciencias jurídicas.

- c) Una tercera parte que suministrase una rápida panorámica sobre las ramas en que suele dividirse el estudio del Derecho.

Nos suscitó serias dudas la inclusión de la primera parte del programa dedicada a la Sociedad en general. En contra de su inserción se podía alegar que el tema de la convivencia humana excede con mucho de los linderos de la ciencia jurídica y que era poco aconsejable dispersar la atención de los alumnos con unos conceptos no jurídicos perdiendo un tiempo precioso para la explicación de otras materias. Sin embargo, pensamos que la inclusión de esta parte introductoria era aconsejable por varias razones. En primer término porque convenía que el alumno partiese de nociones que le eran fácilmente asequibles como son las líneas generales de la organización social, que son conocidas ya por el alumno de este nivel aunque no haya reflexionado científicamente sobre ellas. Además estimábamos necesario no mostrar el Derecho, al futuro estudiante de la Facultad, como algo desencarnado de la problemática social, sino como profundamente implicado en ella; se trataba de evitar desde el primer momento que considerase al pensamiento jurídico como una mera técnica que se agota en la exégesis de la norma sino que, por el contrario entendiera que el fenómeno jurídico se inscribe en el marco más amplio de las manifestaciones de la vida social y que, por consiguiente el Derecho resulta influido por el conjunto de los hechos y las formulaciones sociales, influyendo a su vez en ellos. Finalmente esta primera parte servía para abrir nuevas perspectivas al alumno mostrándole la posibilidad de estudios científicos de los fenómenos sociales distintos de los jurídicos; teniendo en cuenta la falta de estudios sobre temas sociales en el Bachillerato, estos temas del programa podían dar unas mínimas nociones sobre teoría de la sociedad que serían especialmente útiles a quienes orientasen sus derroteros hacia el estudio de otras disciplinas sociales, como filosofía política, sociología, economía, ciencias de la empresa, relaciones comerciales, medios de comunicación, etc.

Esta primera parte, como puede verse en el programa, estaba articulada en dos temas: en el primero llamábamos la atención sobre la existencia de una compleja trama de fenómenos sociales, sobre las posiciones teóricas que se han formulado acerca del carácter natural o artificial de la sociabilidad humana, y sobre algunos de los factores esenciales que configuran la sociedad. El segundo tema estaba dedicado al estudio de la sociedad, tratando de agrupar las distintintas consideraciones científicas que tienen a la sociedad como objeto de sus reflexiones. Así se exponían someramente las grandes líneas del pensamiento filosófico-político como formando parte de un estudio especulativo de la realidad social; también hacíamos referencia al estudio empírico de los fenómenos sociales, subrayando la importancia actual de las investigaciones sociológicas; finalmente centrábamos la atención sobre otra posible perspectiva, relacionada con las dos anteriores pero deslindada de ellas, que suponía la introducción de un elemento axiológico en la apreciación de las conductas humanas: era el enfoque propio de las ciencias jurídicas. Naturalmente concedíamos mayor espacio a la exposición de este último apartado donde se comenzaba la explicación de conceptos relacionados con el Derecho; partíamos de la idea de orden para alcanzar la noción de Derecho y, a continuación, pasábamos a exponer unas ideas sobre la justicia y la seguridad jurídica. Insistíamos en que los alumnos comenzasen a distinguir entre el Derecho en cuanto orden que regula la vida social, y las ciencias jurídicas que, tomando aquel orden como objeto de su reflexión construyen un sistema

lógico de categorías que permiten su conocimiento científico; tal distinción, palmaria y casi supérflua a los ojos de cualquier jurista, resultaba, sin embargo, valiosa para los estudiantes de este curso, influidos por el prejuicio común de que el estudio del Derecho no consiste más que en el conocimiento memorístico de un extenso catálogo de normas jurídicas positivas. También se insertaban en esta parte algunas reflexiones acerca de la discutida validez científica de la ciencia del Derecho, su posibilidad y necesidad, así como de la existencia de diversas ciencias jurídicas entre las que la dogmática ocupa un lugar privilegiado, pero nunca exclusivo.

La segunda parte del curso constituía el núcleo central de la disciplina; se destinaba a proporcionar unas nociones básicas de teoría jurídica general. Venía dividida en cuatro temas (3, 4, 5 y 6 del programa). En el primero de ellos, bajo el epígrafe «Ideas fundamentales acerca del Derecho» se explicaban, siempre de modo muy elemental y sintético, algunos conceptos necesarios para comenzar a adentrarse en el pensamiento jurídico; se iniciaba con una exposición de los caracteres del Derecho, para continuar estableciendo las dualidades Derecho natural-Derecho positivo, Derecho en sentido objetivo-Derecho en sentido subjetivo, y Derecho público-Derecho privado; se concluía con una breve evolución histórica del Derecho que sirviera para conocer las grandes etapas de la historia jurídica, haciendo especial hincapié en dos momentos: Roma como cuna del pensamiento jurídico y los movimientos codificadores de la Edad Contemporánea que dan al ordenamiento jurídico su actual configuración.

En el tema 4 se exponían las fuentes del Derecho en el ordenamiento español, su jerarquía y algunas nociones sobre la aplicación, interpretación y eficacia de las normas jurídicas.

En el tema 5 nos referíamos al sujeto del Derecho apuntando unas ideas generales sobre la persona física y jurídica, su comienzo, extinción, protección y teoría general de la capacidad.

Esta segunda parte concluía con el tema 6 en que se trataba sobre el objeto del Derecho con especial referencia a las cosas y al patrimonio.

Nos suscitó dudas la posible inclusión de otro tema en que se hiciera alusión a la relación jurídica y a la eficacia de la voluntad como creadora de derechos subjetivos, esto es al «negocio jurídico»; pero preferimos no insertarlo, ya que resultaba excesivamente abstracto para la incipiente formación de los alumnos.

La última parte del programa, de menor extensión que la anterior, aunque dividida en más temas, estaba destinada a dar una fugaz exposición de las ramas en que tradicionalmente se divide el estudio del Derecho. En cada uno de los temas se señalaban las características generales de cada disciplina, su razón de ser y alguna idea sobre ciertas instituciones especialmente significativas y que podían servir como ejemplo de su contenido. Solo se pretendía en esta parte del programa que el alumno ya familiarizado con los conceptos más elementales de las ciencias jurídicas, conociera sobre qué versaban los distintos apartados de las mismas; por ello era casi obligado, dejar sin exponer en cada rama gran número de conceptos e instituciones relevantes; bastaba, a nuestro entender, hablando en términos cinematográficos, dar un esquema del argumento y proyectar algunas secuencias de la película que después podría verse completa en los cursos de Licenciatura. En esta parte, que resultaba especialmente amena para los alumnos, había que frenar en algunos momentos su natural impaciencia que les llevaba a

preguntar por cuestiones de detalle cuya solución había que remitir al curso correspondiente de la carrera; pero estas impacencias revelaban que en algunos estaba prendiendo el interés por conocer con más profundidad el Derecho.

Observando los temas de esta parte se aprecia que deliberadamente coinciden con la distribución de asignaturas en el actual plan de estudios de las Facultades de Derecho, pero se echan en falta algunas de ellas; las omisiones no son casuales sino forzadas por criterios sistemáticos. Así los temas de la Filosofía del Derecho y del Derecho natural habían sido incluidos en la parte introductoria y en el tema 3. La Historia del Derecho y el Derecho romano se insertan en el mismo tema 3 en el epígrafe correspondiente a la evolución histórica del Derecho. Finalmente no hay un tema dedicado a la Economía política por no ser esta una disciplina propiamente jurídica.

### **Desarrollo de las explicaciones**

#### *Apuntes*

No existiendo un texto que respondiese al plan trazado en el programa hubo de acudir al tradicional sistema de los apuntes. Contra este método didáctico se formulan duras críticas, algunas fundadas, pero en este caso era el único procedimiento posible, y no dejaba, por otra parte, de ofrecer aspectos sumamente ventajosos, siempre que se utilizase con ciertas precauciones. Desde el comienzo se dejó bien sentado que tomar apuntes no consiste en escribir al dictado, sino en resumir mediante unas notas las ideas expuestas en la explicación; solamente se dictaban definiciones o frases especialmente importantes. De este modo se obligaba al alumno a adquirir un hábito del que carecía por completo, y, sobre todo, a mantener un alto nivel de atención durante las clases; es bien sabido que la lección magistral, singularmente cuando versa sobre materias muy abstractas o poco conocidas por el alumno, corre el riesgo de resultar infecunda pues el oyente se aísla fácilmente en sus propios pensamientos.

Se comenzaba el curso con explicaciones de ritmo lento, exponiendo pocas ideas en cada hora y recapitulándolas frecuentemente, para ir aumentando este ritmo progresiva e insensiblemente conforme los alumnos estaban más avezados en la tarea de tomar notas. La experiencia de cinco años nos demostró que, aproximadamente, tras de un mes de clase se podía explicar en cada hora el contenido normal de una lección universitaria. También se observaba que la facilidad para tomar apuntes estaba en función directa de la preparación cultural de los alumnos, normalmente reflejada en su expediente.

Un considerable peligro de este sistema consiste en que los conceptos erróneamente interpretados quedan plasmados en las notas y se traducen en deficiencias a la hora de estudiarlos. Para evitar este inconveniente, leía un alumno cada día las notas tomadas en la clase anterior indicando el profesor las correcciones o aclaraciones necesarias. Estos minutos, aparentemente perdidos, eran, sin embargo, muy útiles para fijar las ideas expuestas y separar los conceptos básicos de las digresiones o ejemplos que se habían insertado con el fin de hacer más comprensible el tema o dar viveza a la explicación; también se lograba de este modo repasar los temas y conectar la exposición de cada clase con las anteriores.



Normalmente después del primer trimestre no se observaban errores de bulto en la mayoría de los apuntes.

### *Esquemas*

Al terminar la exposición de cada tema se hacía una recapitulación escribiendo en el encerado un cuadro sinóptico de la materia explicada; así se iniciaban los alumnos en la importante tarea de redactar esquemas ya que en los dos últimos trimestres eran preparados por ellos mismos y corregidos por el profesor.

### *Bibliografía*

La exposición de materia se completaba con las oportunas referencias bibliográficas; pero, en el nivel elemental de este curso, resultaban estas excesivamente especializadas y de difícil acceso por lo que casi nunca se acudía a la consulta directa por los alumnos. Por ello se dedicaban algunas horas complementarias a la lectura de textos seleccionados por el profesor, o, cuando ésto fue posible, se repartían fotocopias de las páginas de los libros que podían ser de interés, así como de preceptos legales.

### *Terminología*

Uno de los más graves problemas con que se enfrenta el alumno al comenzar el aprendizaje de cualquier ciencia es la adquisición de la terminología propia de la misma. El comenzar a entender y utilizar correctamente un lenguaje técnico es como el aprendizaje de un nuevo idioma y ha de hacerse de manera progresiva. Esta adquisición de vocabulario, que es importante en cualquier parcela del pensamiento, cobra especial relevancia en el ámbito de las ciencias jurídicas donde se utiliza un lenguaje extremadamente técnico y preciso, postulado por el grado de abstracción de muchas categorías y por exigencias de la propia seguridad jurídica. A diferencia de lo que sucede en otras ciencias, este lenguaje técnico es absolutamente desconocido para el alumno que ingresa en una Facultad de Derecho lo que acarrea no pocos sinsabores en el primer curso de la carrera.

Las dificultades que entraña la terminología jurídica para el estudiante de Derecho se complican aún más por el hecho de que muchos de los términos habituales en las ciencias del Derecho son manejados en el lenguaje ordinario con un valor semántico distinto o menos preciso; así, por ejemplo, no se suelen distinguir debidamente los términos propiedad y posesión, usar y disfrutar, penal y procesal, robo y hurto, homicidio y asesinato, norma y ley, sucesión, herencia y testamento, etc.

Todas estas razones avalan la especial atención que concedíamos en el desarrollo de esta asignatura a la adquisición de una terminología básica no limitada a los vocablos técnico-jurídicos sino comprensiva, incluso, de algunos términos usuales en la expresión del pensamiento científico que resultaban desconocidos para los alumnos. Con este propósito, cada estudiante llevaba un pequeño cua-

derno con páginas ordenadas alfabéticamente donde anotaba aquellas palabras nuevas, o desconocidas en su sentido técnico, que iban apareciendo en las explicaciones. Estos cuadernos eran revisados periódicamente por el profesor.

### *Actividades complementarias*

El horario de la asignatura incluía, además de las tres horas lectivas semanales, otra destinada a seminario. No hubo tampoco directrices concretas sobre el desarrollo de estos seminarios y, por ello, se optó por utilizar esta hora para actividades complementarias.

Estas actividades eran muy variadas; así, resultaba útil la lectura y comentario, con amplia participación de los alumnos, de textos relacionados con la materia explicada; estas lecturas se alternaban con otras tareas tales como coloquios sobre temas de actualidad, repertorios para resumir o aclarar cuestiones ya explicadas, confección de esquemas, etc. Todos los años dedicábamos algunas de estas horas, coincidiendo con la explicación de las fuentes del Derecho, a enseñar a los alumnos a buscar normas y decisiones en los repertorios de legislación y jurisprudencia, manejando los correspondientes índices. Otra tarea útil fue la de que los alumnos recogieran a través de la prensa la elaboración de ciertas leyes hasta su aprobación o que recopilasen los decretos aprobados sobre una determinada materia en un período de tiempo. Finalmente, cada año se traía a los alumnos a escuchar una clase de la Facultad de Derecho cuando ya comenzaban a estar familiarizados con la temática y la terminología.

### **Evaluación**

#### *La «evaluación continua».*

Por imperativo legal está el C. O. U. sometido al sistema de «evaluación continua», procedimiento perfectamente coherente en su formulación general pero impreciso y equívoco en su aplicación concreta a muchas asignaturas. El único método válido para obtener una rigurosa evaluación continua del rendimiento del alumno consistiría en preguntar a todos ellos en todas las clases, pero esto supondría convertir la hora lectiva en examen. Naturalmente, no era ello posible en nuestra asignatura pues había que disponer de ese tiempo para explicar la materia objeto de estudio; incluso en el caso en que las explicaciones se hubiesen podido sustituir por el estudio de un manual, tampoco creemos que el papel de un profesor que pretende formar universitarios sea el de limitarse a preguntar la lección cada día.

En nuestra opinión no era admisible la práctica, común en muchos centros de bachillerato para cumplir con la evaluación continua, de realizar a lo largo del curso varios exámenes parciales eliminatorios con su cadena interminable de recuperaciones o «repescas» como se les denomina en la jerga usual. Rechazábamos este procedimiento por varias razones: en primer lugar, porque concebíamos esta introducción con carácter acumulativo, de modo que el grado de exigencia en orden a la precisión de los conceptos debía ir aumentando a lo largo del

curso; en segundo término porque la interconexión entre los distintos temas era lo suficientemente clara para que no debiésemos permitir al alumno ir olvidando parcialmente las materias de modo que v. gr. cuando se estudiaran las ramas jurídicas en concreto no recordara las distinciones fundamentales o la teoría de las fuentes; finalmente porque el sistema de exposición imponía que la materia explicada fuese poco extensa y hubiese supuesto una deficiente formación acostumbrar al estudiante a estudiar solo para eliminar unos temas sin tener una visión de conjunto cuando en los cursos de la facultad se iban a enfrentar con programas mucho más amplios.

#### *Formación de las calificaciones.*

La evaluación estaba constituida por una síntesis en que se integraban diversos elementos:

- a) las calificaciones procedentes de esporádicas exploraciones realizadas por el profesor durante las clases y seminarios,
- b) los trabajos y resúmenes realizados por los alumnos,
- c) el resultado obtenido en cuatro pruebas parciales distribuidas a lo largo del curso,
- d) el resultado de una prueba final de conjunto.

Estos diversos datos no se insertaban en la calificación global de forma mecánica ni a través de rigurosas medias aritméticas sino formando un juicio personalizado sobre la aptitud y el rendimiento del alumno a lo largo del curso. Para perfilar este criterio y encauzar la metodología didáctica nos fueron de gran interés los datos aportados por el gabinete psicológico que funcionaba, con gran rigor y dedicación en el instituto.

Las pruebas de evaluación se componían de dos partes:

- a) unas pruebas objetivas en las que se formulaba una serie de cuestiones sobre definición y diferenciación de conceptos o sobre calificación jurídica de algún sencillo supuesto, para responder de forma concisa; en esta parte de cada prueba se insertaban también algunas preguntas relativas a las materias objeto de las evaluaciones anteriores, lo que obligaba a repasar y recordar estos temas;
- b) exposición oral o por escrito de uno o dos apartados amplios de alguno de los temas.

La primera parte nos daba el nivel general de conocimientos y la precisión de los conceptos aprendidos por el alumno; la segunda nos servía más bien para conocer su capacidad de ordenar los conceptos en un conjunto orgánico y su facilidad de expresión. En la valoración de las pruebas se tenía en cuenta de forma decisiva la precisión en la expresión y la ortografía.

#### **Resultados**

La concurrencia, que se daba en nuestro caso, de la cualidad de profesor de esta materia en un Instituto y de profesor adjunto en la facultad de Derecho nos facilitó la apreciación de resultados al poder continuar observando la marcha de los alumnos que lograban acceder a los estudios de Derecho.

En nuestra opinión los resultados obtenidos eran satisfactorios si se observaban a la luz de los fines perseguidos que eran forzosa y deliberadamente limitados. En ningún momento se había pretendido adelantar la adquisición de conocimientos científicos con el fin de descargar a la Universidad de su indeclinable tarea. Simplemente se pretendía ofrecer a los alumnos una panorámica de lo que es el estudio científico del Derecho. Esta asignatura no buscaba formar «mini-juristas», del mismo modo que la Historia o la Química, v. gr. del Bachillerato no sirven para formar historiadores o químicos sino para introducir en estas materias a personas que después pueden, si lo desean, adquirir en las facultades correspondientes la formación científica adecuada. Nos parece errónea la alegación que frecuentemente se ha esgrimido en contra de esta asignatura de que era superfluo explicar a los estudiantes temas que después se iban a volver a estudiar en la Facultad de Derecho; con el mismo criterio habría que suprimir todas las materias del bachillerato, al menos para los que después fueran a cursar la carrera universitaria correspondiente.

Los alumnos procedentes de esta Introducción no accedían a la Facultad sabiéndose ya las lecciones, empeño que hubiese resultado descabellado, sino con una visión más exacta de lo que iban a estudiar en ella, con menos desorientación y, por supuesto, libres de muchos de los prejuicios que el profano suele tener acerca de los estudios jurídicos. Este curso servía además para despertar la vocación hacia unas materias de suyo áridas como son las jurídicas; por esta razón muchos de los alumnos procedentes de esta disciplina se han encontrado más centrados en los meses iniciales del primer curso.

Pero se obtuvieron otros resultados que también podemos, paradójicamente, calificar de satisfactorios en el plano docente: algunos estudiantes, incluso con buen rendimiento en esta materia, descubrieron en ella su falta de vocación y cambiaron oportunamente su elección dirigiéndose a otras Facultades; estimamos preferible que un alumno sea consciente antes de entrar en una Facultad de que sus preferencias vocacionales van por otro camino, evitando así la amargura de una frustración aunque se enmascare con un expediente brillante.

## **APENDICE**

### **PROGRAMA DE LA ASIGNATURA**

#### **I PARTE.—Introducción**

##### **Tema 1.—La sociedad humana**

Idea de la sociedad.

La naturaleza social del hombre:

- En el pensamiento tradicional
- En el pensamiento moderno.

Factores constitutivos de la Sociedad humana:

- Existencia de pautas o usos sociales.
- Cooperación o división del trabajo.
- Tensión entre individuo y Sociedad.
- Aspiración a un fin.
- Derecho.
- Poder.

##### **Tema 2.—El estudio de la sociedad**

La Sociología (estudio empírico): temas y métodos.

La Filosofía política (estudio especulativo). Referencia a las más importantes concepciones filosóficas sobre la Sociedad y el Estado.

La ciencia del Derecho (estudio axiológico):

- Idea del Derecho en relación con la idea de orden.
- La justicia.
- La seguridad jurídica.

- Normas jurídicas y normas no jurídicas.
- Ciencia del Derecho y Derecho positivo.
- Posibilidad y necesidad de una ciencia jurídica.
- Naturaleza de la ciencia del Derecho.
- Las diversas ciencias jurídicas.
- La dogmática jurídica.
  - Evolución histórica.
  - Objeto.
  - Tareas.

## II PARTE.—Nociones básicas

### Tema 3.—Ideas fundamentales acerca del Derecho.

La idea de «rectitud» en el Derecho.

Caracteres del Derecho

- Externos.
- Internos.

Derecho natural y Derecho positivo.

- Idea del Derecho natural
- Evolución histórica y principales posiciones acerca del Derecho natural.
- Relación entre Derecho natural y Derecho positivo.

Derecho objetivo y Derecho subjetivo.

- El Derecho como norma (sentido objetivo).
- El Derecho como facultad (sentido subjetivo).

Derecho público y Derecho privado.

Evolución histórica del Derecho.

- Pueblos primitivos.
- Culturas orientales.
- Grecia.
- Roma:
  - Etapas históricas del Derecho romano.
  - Caracteres del Derecho romano.
  - Fuentes del Derecho romano.
  - Influencia del Derecho romano en la evolución posterior del Derecho.
  - Valor del estudio del Derecho romano.
    - Como modelo.
    - Como precedente del Derecho actual.
    - Como elemento formativo de la mentalidad jurídica.
- El Derecho en la Alta Edad Media.
- El Derecho en la Baja Edad Media; la recepción.
- El Derecho español en la Edad Moderna.

- El Derecho español en la Edad Contemporánea; la Codificación.
- Tendencias actuales del Derecho.

#### **Tema 4.—Las fuentes del Derecho.**

##### **Fuentes del Derecho español:**

- La ley:
  - Sentidos de esta palabra.
  - Definiciones.
  - Clases
    - Fundamentales.
    - Ordinarias y actos del ejecutivo con valor de Ley.
    - Normas inferiores a las leyes (normas reglamentarias).
  - Jerarquía y prelación entre las leyes.
- La costumbre.
- Los Principios Generales del Derecho.

##### **Otras fuentes del Derecho.**

- La Jurisprudencia.
- La equidad.
- La Analogía.
- La Doctrina Científica.

##### **Aplicación de las normas jurídicas; la subsunción.**

##### **Interpretación de las normas jurídicas.**

##### **Eficacia de las normas jurídicas:**

- Normas imperativas.
- Normas dispositivas.
- Eficacia en el tiempo:
  - Promulgación.
  - Derogación.
  - La irretroactividad.
- En el espacio.
  - Personalidad.
  - Territorialidad.

#### **Tema 5.—El sujeto del Derecho.**

##### **Introducción.**

##### **La persona física.**

- Protección.
- Nacimiento.

- Extinción.
- Identificación: el nombre.
- Localización: el domicilio.

La persona jurídica.

La *capacidad jurídica*.

La capacidad de obrar.

Capacidad de las personas físicas; circunstancias modificativas.

Capacidad de las personas jurídicas.

### **Tema 6.—El objeto del Derecho.**

- Las cosas.
- Clases de cosas.
- Producción de las cosas.
- El patrimonio.

## **III PARTE.—LAS RAMAS JURIDICAS**

Introducción.

### **Tema 7.—El Derecho civil.**

- Concepto.
- Contenido.
- Idea de las instituciones más importantes.
  - La familia.
  - Los *derechos reales*.
  - Las obligaciones.
  - La sucesión «*mortis causa*».

### **Tema 8.—El Derecho mercantil.**

- Concepto.
- Origen histórico.
- Fundamento.
- Idea de las instituciones más importantes:
  - Los empresarios individuales y las sociedades mercantiles.
  - Los títulos-valores.
  - Los contratos mercantiles.
  - Situaciones de insolvencia del comerciante.
  - El Derecho marítimo.



**Tema 9.—El Derecho del trabajo.**

Concepto.

Evolución histórica.

Fundamento.

Idea de las instituciones más importantes.

- El contrato de trabajo; derechos y deberes del trabajador.
- Organización de los trabajadores y de los empresarios.
- La seguridad social.

**Tema 10.—El Derecho político.**

Concepto.

El Estado.

- Elementos.
- División de poderes.
- Formas de Estado.
- Formas de la Jefatura del Estado.

Idea de la Constitución política española y de los órganos más importantes del Estado español.

**Tema 11.—El Derecho administrativo.**

Concepto.

Evolución histórica.

Idea de las instituciones administrativas más importantes y de la organización administrativa española; referencia a los recursos.

**Tema 12.—El Derecho financiero y tributario.**

Concepto.

Contenido: los tributos:

- Fundamento.
- Fines.
- Clases.

Idea del sistema tributario español.

**Tema 13.—El Derecho penal.**

Concepto.

Funciones de la pena.

Ciencias auxiliares del Derecho penal.  
Principio de legalidad de los delitos y las penas.  
Idea de los delitos y faltas, y de las penas y medidas de seguridad.

**Tema 14.—El Derecho procesal.**

Concepto.  
El principio de independencia judicial.  
Organización jurisdiccional.  
Idea sobre los tipos de procedimientos más característicos.

- Proceso civil.
- Proceso penal.

**Tema 15.—El Derecho internacional.**

El Derecho internacional público.

- Concepto.
- Fundamento.
- La Comunidad internacional.
- Organizaciones internacionales y supranacionales.
- Fuentes del Derecho internacional público, con especial referencia a los Tratados
- Los tribunales internacionales y el arbitraje.

El Derecho internacional privado.

- Concepto.
- Principios básicos.

**Tema 16.—El Derecho canónico.**

Concepto.  
Justificación de su estudio.  
Fuentes.  
Contenido.  
Idea de las instituciones más importantes.

## **LOS PLANES DE ESTUDIO DE LA CARRERA DE DERECHO. ALGUNAS REFLEXIONES CRITICAS**

*Mariano García Canales*

*Profesor Adjunto de Derecho Político de la Universidad de Murcia*

### **Propósito de estas páginas**

Las páginas que ahora se ofrecen constituyen sólo una colección de noticias y datos. No pretenden tener otro alcance. Pensadas para profesores de primer curso de Derecho, agotan su objetivo sirviendo de material útil a quienes imparten las disciplinas que son hoy pórtico por donde el futuro jurista se adentra en la ciencia del Derecho.

En las jornadas para profesores celebradas el verano de 1975 en la Universidad de La Rábida se puso de manifiesto la íntima problemática que conmueve a tales disciplinas. Los aires renovadores —en muchos casos, aires que se pretenden salvíficos— vinieron con algunos de los más caracterizados responsables de esas áreas del saber. En las palabras de éstos (en buena medida recogidas en esta publicación), así como en los coloquios que siguieron a sus intervenciones, se reflejan preocupaciones que trascienden a los concretos y limitados planteamientos profesionales e intelectuales del profesor de estas materias. En una situación inestable y de cambio acelerado, y cuando se pone en cuestión la Universidad misma, parece de menor alcance, aunque no sin interés, la consideración de una posible crisis de los estudios jurídicos, o el plantearse la justificación, en sus términos actuales, de la carrera de Derecho.

Por esto pensamos que podría resultar de interés reflexionar sobre la evolución de los planes de estudio de la carrera de Derecho. La mentalidad y función social del jurista está directamente enlazada con la formación que éste recibe en las aulas. Por otra parte, el carácter propedéutico y el valor formativo de las disciplinas iniciales, aquellas por las que se realiza el despertar a las ciencias jurídicas, así como los valores —eje que sirven de encuadre a los conocimientos que se van almacenando a lo largo del proceso educativo, son datos a los que debemos prestar atención.

## I. Evolución de los planes de estudio de la carrera de Derecho

No podemos hacer una descripción minuciosa de las modificaciones y cambios habidos en los estudios jurídicos, ni detenernos en reflexiones críticas detalladas. Confesamos de entrada las limitaciones de este trabajo. Una cronología precisa, hecha con dedicación, rebasaría nuestras posibilidades. Parece, pues, más aconsejable reducir la perspectiva y centrarnos en aquellos momentos en que el cambio de orientación ha sido más acusado, o la innovación más significativa, tratando de hallar el sentido general, las grandes líneas maestras, que ha tenido la formación del jurista en nuestro país, particularmente en la Edad Contemporánea.

### A) *Facultad de Leyes*

Las primitivas Facultades de Leyes constituyen nuestro punto de arranque (1). Ellas son uno de los reductos oficiales en que se cultiva el derecho. Junto a las Facultades de Leyes, las de Cánones contienen el otro importante cultivo de lo que, si cabe, es un derecho más actual y vivo, y no sólo por la trascendencia que las normas eclesiásticas adquieren desde los tiempos medios, sino por el sesgo peculiar que adopta la enseñanza del derecho que pudiéramos llamar láico. En efecto, las Facultades de Leyes formaban juristas expertos en derecho romano. «Luego, en la práctica a través de las pasantías en los bufetes de abogados, se aprendía un tanto la Recopilación o las Leyes de Toro, para su alegación y aplicación en los tribunales, encajadas en esquemas y doctrinas romanas» (2).

Durante siglos la formación jurídica fragua en moldes clásicos dando lugar a un heroico esfuerzo de adaptación, muy propicio a desvirtuaciones, evidentemente, por el que la vida diaria se subsume en supuestos y textos fijados para la historia siglos antes por los grandes jurisconsultos romanos. Sobre este esquema se produce un movimiento de aproximación al derecho patrio vigente que, en buena medida, y hasta mediados del siglo XVIII, no tiene acogida en las Universidades sino esporádica y excepcionalmente (3).

---

(1) El punto de arranque no es lejano, en efecto, si consideramos que la historia de la educación jurídica se remonta a la cuna misma del Derecho como fenómeno cultural específico. Los jurisconsultos romanos de mayor prestigio impartían su saber en las escuelas de Derecho tanto como en el Foro. Y puede decirse que desde la época clásica no han dejado de existir estos centros de transmisión del saber jurídico, sostenidos durante siglos por el aparato institucional de la Iglesia, y en los monasterios muy señaladamente, como ocurriera con otras tantas manifestaciones de la riqueza cultural clásica.

De aquí que los textos romanos y el viejo romanismo de los glosadores y postglosadores sirviera durante siglos de única sustancia, antes que de cañamazo formativo, de los estudios jurídicos. Ni que decir tiene que sobre el Derecho civil romano, como estructura conceptual básica, se incrusta y sobrepone en determinados periodos históricos y ambientes sociales el Derecho eclesiástico que emerge.

(2) Mariano y J. Luis Peset, señalan que «el abismo entre la teórica universitaria y la práctica, no se salva hasta el siglo XIX, hasta el descenso de los estudios del Derecho clásico» («La Universidad española [sglos XVII y XVIII]»). Despotismo ilustrado y revolución liberal. Taurus, 1974, pág. 287). Por lo demás, el Derecho romano se ve desde la perspectiva y con los recursos dialécticos propios de la escolástica, pero aplicado a lo que es o ha sido durante siglos campo de estudio preferente o único: el Derecho derivado de los problemas privados de la vida jurídica.

(3) El cuadro de enseñanzas más comunmente impartido cuenta con los cursos y disciplinas que siguen: Instituta, Código, Volumen y Digesto, dividido en viejo y nuevo. Por su lado el Derecho eclesiástico se nutre de Decreto, Decretales, Sexto y Clementinas. En la obra de los Peset referenciada se puede leer una colección de planes de estudio de entre mediados del XVIII y principios del XIX que resulta iluminadora de cuanto llevamos expuesto, así como de la evolución que se sigue hacia los programas básicos que compondrán los estudios jurídicos del siglo XIX. (Op. cit., pág. 290 y 291).

Los pasos hacia una forma más actualizada de concebir la enseñanza del derecho son: una mayor atención al derecho patrio, la inclusión del derecho natural como contenido importante en la formación del jurista, la admisión en los planes de estudio de temas de derecho público y, finalmente, la inclinación, tenida por muchos como insoslayable, hacia la unificación de las enseñanzas jurídicas.

De un lado, por tanto, el viejo romanismo sufre la progresiva competencia del derecho propio. Hay interés en los monarcas porque se conozca el derecho vigente. Los Borbones traen estas inquietudes y Felipe V recomienda a las universidades en diversas ocasiones —al parecer sin gran éxito— la atención a las leyes del país. Por esto el consejo de Castilla dicta un auto acordado en 1741 en el que, tras recordar las órdenes de S. M., insiste en que «en lugar del derecho de los romanos se establezca la lectura y explicación de las leyes reales, asignando cátedra en que precisamente se hubiera de dictar derecho patrio, pues por él, y no por los romanos, deben substanciarse los pleitos» (4). Pero fue Carlos III quien implantó decididamente tal tendencia, no sin que el proceso sufriera algún que otro retroceso.

A falta de manuales o comprendios, la docencia se ejerce durante mucho tiempo mediante la exposición y comentario de la Nueva Recopilación, las Leyes de Toro, así como, con menor frecuencia, de otras disposiciones reales. En el esfuerzo sistematizador y clarificador de las normas vigentes se va introduciendo el hábito de la exposición histórica de la evolución del derecho.

Un hecho significativo es la introducción del Derecho natural y de gentes que tanto debe al proyecto Mayans de 1767. El iusnaturalismo es uno de los bastiones en que se asienta el cambio que se produce definitivamente a mediados del siglo xix. Frente a los viejos materiales que desde Roma se vienen manejando, se acuña una concepción intemporal y no necesariamente histórica del Derecho que sufrirá su conversión religiosa andando el tiempo. La alarma, en principio, no deja de producirse, pese a que los verdaderos frutos, o las consecuencias ideológicas del primer iusnaturalismo racionalista, no se aprecian por el momento. Había de sobrevenir la Revolución francesa para ello (5).

Por otro lado, el predominio iusprivatístico comienza a ser compensado con alguna suerte de atención a los estudios de Derecho público. En los planes de estudio de Granada y Valencia (1776 y 1786 respectivamente) se estudia el Derecho público desde una perspectiva tradicional-absolutista. Sólo tras la Constitución gaditana se insertarán en los planes de estudio liberales y progresistas el estudio del Derecho constitucional como exponente de una nueva concepción de los problemas políticos (6).

(4) El texto lo recoge la enciclopedia Jurídica Española. F. Seix editor. 2.ª ed. Tomo XV, pág. 239.

(5) «Quiera Dios que no se introduzcan en España los errores de los noveleros franceses septentrionales... En España siempre han apreciado las cosas forasteras y despreciado las del país...» escribía Finestres a Mayans según recogen los Peset en la obra referenciada, pág. 292.

(6) Los Peset hacen una relación de las obras más influyentes en este período en las págs. 294 y ss. Sánchez Agesta ha escrito que «así como la teoría del Estado es un vacilante injerto extranjero en nuestra bibliografía, el Derecho constitucional tiene en nuestra patria una copiosa literatura. Ya las obras de Derecho público y las cátedras del mismo título que se instituyeron en 1771 ofrecen un precedente... En 1814 se crea en los Reales Estudios de San Isidoro una cátedra de Constitución». («Lecciones de Derecho Político». 5.ª ed. 1954, pág. 10). Por lo demás es sabido que en nuestro país se puede establecer una larga lista de escritores y tratadistas políticos de relieve internacional, como demuestra la enumeración de Del Vechio («Filosofía del Derecho». Bosch. Barcelona, 1964).

Por fin, debemos hacernos eco de unos cursos prácticos y de pasantía que, con diversas modalidades y denominaciones, se vienen exigiendo como corolario de la formación del jurista. El dato es significativo y se explica fácilmente por el tipo de enseñanza que se imparte, tan preponderantemente orientada al Derecho histórico y clásico (7). Y otro dato digno de retener es la estructura académica de los estudios jurídicos en dos órdenes o grados: bachiller y licencia. En el primer ciclo se pone el acento en el Derecho romano o canónico, la historia del Derecho y de las instituciones, e incluso, en los últimos momentos, el Derecho natural. El segundo ciclo se corresponde generalmente con una mayor atención a las leyes patrias y a la práctica profesional.

### B) *Facultad de Jurisprudencia*

El «arreglo» de Quintana de 1836 marca el punto de inflexión hacia una nueva concepción de las enseñanzas jurídicas. Desde comienzos de siglo, inmersos en los avatares políticos del cambio a la contemporaneidad, se suceden varias alternativas (8). Es un paso claro en orden a estabilizar los estudios dando mayor rigor al conjunto de las enseñanzas jurídicas, con acoplamiento a las nuevas tendencias y doctrinas de libertad y progreso. Se restablece el Derecho natural y de gentes, los Principios de legislación universal y la Economía política. Por contra, se reduce el Derecho romano. El derecho patrio va camino de su concreción en ramas específicas. Asimismo la introducción de algunos cursos de Derecho canónico y Derecho público eclesiástico permiten la integración de leyes y cánones.

El plan de 1842 supone la confirmación de esta tendencia, pese a que había

(7) Así el plan de Sevilla de 1769 dedicaba los cursos superiores (6.º, 7.º y 8.º) a «Pasantías en bufetes y academias de prácticas». De otra parte, como dicen los Peset, cuando durante la licenciatura los cursantes recibieron enseñanzas de la Nueva Recopilación y las Leyes de Toro, les valía, asimismo «la asistencia a estas cátedras como práctica o pasantía para el ejercicio del foro» (Op. cit. pág. 289).

(8) El primer plan de estudios de los liberales es de 1821. Las Cortes establecen un plan que no termina de enlazar leyes y cánones, aunque lo intenta. En el plan se dedica una cátedra a los Principios de Legislación Universal «que venía a desempeñar el papel de la cátedra de Derecho natural, creada en 1770, y que fue suprimida por miedo a la Revolución francesa», como escribe Alvarez de Morales («Génesis de la Universidad española». Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, pág. 273).

En este plan se reduce la enseñanza del Derecho romano y los estudios de Derecho canónico desaparecen como Facultad. Como cursos preparatorios al ingreso en la Facultad se exigían entre estas materias cursos de Moral, Derecho Natural y Constitución, así como Economía política y Estadística. «El plan de Cortés, de 1821 —ha escrito Gil Cremades— en pleno triunfo constitucional, y en plena vigencia del doceañismo o de la mentalidad radical y abierta, establece en los estudios jurídicos las asignaturas de «Derecho Natural y de Gentes», de «Derecho Público» y de «Economía». Todas ellas, incluso «Economía» que se entiende en concepto de «teoría filosófica» propia de la época, tienen un contenido doctrinal notable. Su vinculación al programa de enseñanza de una revolución progresiva, indica cómo lo que entonces viene entendido por «Filosofía del Derecho» es una ideología concreta: el estudio de los conceptos de la sociedad, el estado y la ley propios de la burguesía, triunfantes en la revolución, antídoto de los principios de Derecho público y privado del «antiguo régimen». («El reformismo español». Ariel. Barcelona, 1969, pág. 20).

El plan de 1824 vuelve las aguas cauce arriba hacia los planteamientos más tradicionales. Fernando VII frena el camino emprendido y fija el contenido del nuevo plan, refrendado por Calomarde, sobre bases «sólidamente monárquicas y cristianas» tras «la terrible calamidad de marzo de 1820», según reza el preámbulo del Real Decreto de 14-X-1824. Así se duplica el estudio del Derecho romano, siendo suprimida la cátedra de Principios de legislación universal.

Una preocupación marginal a nuestro enfoque, pero ilustrativa del transfondo ideológico que se debate en las alternativas que se siguen en esos años, es la preocupación por el número excesivo de juristas, que en el plan de 1824 se trata de controlar con la oposición de los liberales.

sido dificultada y protestada al poco. En decir de Alvarez de Morales varios son los fines perseguidos por el Gobierno con el nuevo Plan. «El primero era el de poner fácilmente al alcance y conocimiento del mayor número de gente posible el derecho por el que se rige una sociedad determinada; este objetivo quedaba cumplido por los estudios que comprende el grado de bachiller. El segundo objetivo a conseguir era el estudio profundo de todas aquellas circunstancias que llevan a la interpretación cumplida de las leyes, lo cual daría paso al título de licenciado, que se debía convertir en el título indispensable para poder ejercer la carrera sin ser licenciado con tal de someterse a las llamadas reválidas de audiencia. El tercer objetivo estaría dirigido a ejecutar y perfeccionar la legislación, lo que constituiría el estudio del doctorado, que, en consecuencia, debía ser exigido para los que desempeñaran la profesión de magistrados o de catedráticos (9).

Si comparamos el plan de 1824, tras las modificaciones del «arreglo» de 1836, con el de 1842 que sienta las bases de lo que ha de ser esquema básico de los estudios jurídicos del siglo XIX, se advierten interesantes cambios. En un intento de racionalización, el Derecho natural y de gentes, así como los Principios generales de legislación, pasan del primero a los últimos cursos (10), que se completan con estudios de Legislación universal comparada y codificación.

En cambio, a primer curso van a parar lo que constituye acercamiento al conocimiento de la realidad jurídica: Prolegómenos del Derecho y Derecho romano, reducido ya éste a un sólo curso. El resto se escalona en forma que el gran protagonista es ya el derecho nacional, diversificado en disciplinas con creciente autonomía, comenzando por el Derecho civil y mercantil, pasando por el penal, el procesal, el administrativo (novedad resaltante) y el Derecho canónico. Es de destacar, con todo, la carga de precedentes históricos con que se quiere fundamentar cada disciplina; tendencia que se verá recortada prudentemente en épocas posteriores.

La estructura general de los estudios jurídicos sigue aún la tradicional distinción en grados. En 1842 la distinción es ya tripartita: bachiller, licenciado y doctorado. Saltando del grado de bachiller, a más de los cursos de ampliación y perfeccionamiento del estudio de la legislación patria civil y criminal, y de los temas eclesiásticos y canónicos, son de resaltar el Curso de Derecho político constitucional (11) y la Academia teórico-práctica de Jurisprudencia (8.º curso).

En conjunto hay, por tanto, un mayor acercamiento al derecho vigente, si bien se produce al propio tiempo una apertura hacia lo que pudiéramos llamar princi-

---

(9) Op. cit. pág. 380.

(10) «Quinto —nos dice Alvarez de Morales— señalaba en su artículo («La reforma de la carrera de Jurisprudencia». BIP. tomo IV, pág. 265 y ss.) lo improcedente de que la carrera comenzara consumiendo un año entero en «contemplaciones sublimes, en el discernimiento de las bases de toda legislación». (Op. cit. pág. 380).

(11) Respecto de la aparición de la disciplina de Derecho Político constitucional, las razones de la denominación y los contenidos impartidos, véanse las obras de Sánchez Agesta («Lecciones de Derecho Político», 5.ª ed. 1954, pág. 3 y ss.), Carlos Ollero («Estudios de Ciencia política», E.N., 1955, pág. 127 y ss.) Rubio Llorente (en nota preliminar a la obra de E. Stein traducida como «Derecho Político», Aguilar, Madrid, 1973»), Lucas Verdu (en «Introducción al Derecho Político», Boch, Barcelona, 1958, pág. 98 y ss.), Garrorena Morales («El Ateneo de Madrid y la Teoría de la Monarquía liberal. 1836-1847». I. E. P. Madrid, 1974), etc...

pios generales de la ciencia jurídica y la reflexión teórica, así como un alargamiento del proceso educativo, sin duda excesivo por lo que se vió al poco (12).

En los años siguientes hay diversas alteraciones en el plan de estudio de la carrera de Derecho (1845, 1847 y 1850, fundamentalmente) que no introdujeron modificaciones sustanciales (13). Con ello nos situamos en otro momento importante. La Ley de 9 de septiembre de 1857 cambia la denominación del centro oficial que imparte las enseñanzas jurídicas. La Facultad de Jurisprudencia se denominará en lo sucesivo Facultad de Derecho. Claro que la ley trae algo más que un mero cambio de rótulo en los caserones en los que por lo común se albergan tales estudios.

### C) *Facultad de Derecho*

La reforma Moyano es un hito importante en la historia de la educación española, y no solo en la de los estudios jurídicos. Se trata de una reforma que se programa con toda amplitud y profundidad y con conocimiento e intervención de las Cortes. La reforma se produce, pues, enfilando todo el sistema educativo.

Por lo que respecta a la Facultad de Derecho el Plan Moyano se monta sobre un proyecto de Alonso Martínez que iba encaminado a proporcionar tres especialidades (leyes, administración y ciencias políticas y sociales) como forma de rezozar las aspiraciones científicas y al tiempo aprovechar las perspectivas profesionales y de especialización que los estudios jurídicos pudieran encerrar. La tripartición se hará, por fin, en leyes, cánones y administración.

Estamos en un momento de predominio político moderado, y la preocupación por la pureza en la fe y las costumbres, y la defensa de la doctrina católica, se alegan en las Cortes a cada paso. De aquí el resurgir de la enseñanza del derecho canónico, a todas luces ficticia, «posiblemente para contentar a algunos sectores, pero sin fuertes razones docentes o científicas» (14).

(12) Junto a la considerable reducción del Derecho romano, fue la larga duración de los estudios lo que levantó las críticas más generalizadas. Por esto en 1845 se introdujeron algunas reformas tendentes a acortar los estudios en dos cursos. Se suprimen varias asignaturas, pero se introduce la oratoria forense, por contra, como indispensable para el ejercicio de la profesión. Oratoria y retórica es preocupación académica también en los futuros juristas.

(13) Así el Derecho romano sube a dos cursos durante algún tiempo. El Derecho natural y de gentes se desdobra, quedando en primer curso parte de su contenido tradicional bajo la denominación de Prolegómenos del derecho, y subiendo otras materias al final de la carrera como Derecho internacional. Se introduce en los cursos de doctorado una nueva disciplina titulada Métodos de enseñanza de la ciencia del derecho, que en decir de Alvarez de Morales se debe a la inspiración del ministro Pidal, difusor en España de la Escuela Histórica del Derecho.

Los estudios histórico-jurídicos reciben un importante impulso en el proyecto de 1855 que creaba varias asignaturas con estos contenidos. La proyección historicista —en un sentido general y amplio— cuaja en el Plan Moyano. «El moderantismo político en el poder no supone ya la vuelta a lo antiguo: estamos dentro de la dialéctica liberal. De hecho se mantiene la Dirección de Instrucción Pública, organismo que, bajo la dirección de Gil de Zárate, va a llevar a cabo la centralización universitaria. El R. D. de 17 de septiembre de 1845 supone un paso más en la marcha emprendida: se instituye la asignatura de «Prolegómenos del Derecho y Derecho romano». La romanística, vinculada ideológicamente al antiguo régimen, presenta un «decaimiento» que sólo posteriormente las orientaciones de la «escuela histórica» podrán enderezar». (Gil Cremades, op. cit. pág. 22). Y más adelante, refiriéndose a la Ley de 1857 el mismo autor dice poder rastrear en ella «la imposición cada vez mayor, anterior al período revolucionario de 1868, de las corrientes idealistas e históricas, si bien este «historicismo» entendido en un sentido muy amplio».

(14) Peset, pág. 685.



Por lo demás, la enseñanza se sigue disponiendo en tres grados, siendo el primero único e igual para las tres especialidades; cinco cursos en los que junto a las disciplinas habituales es de resaltar la inclusión de Literatura latina y Literatura general y española, e Historia general y de España (15). En los restantes grados se toma conocimiento diferenciado y específico de cada una de las tres especialidades, *aun cuando es de notar que ya en la reforma Corvera de 1858 se unifican de nuevo leyes y cánones, quedando como especialidad la administración.*

Con cuanto antecede estamos ya al cabo del siglo. La formación pensada para el jurista decimonónico se fija, con las variantes y cambios de rumbo indicados, en los planes de estudio últimamente reseñados (16). ¿Era esta formación la adecuada para el papel que el jurista debe desempeñar en esos años? «En conjunto, la facultad siempre anda rezagada respecto de la realidad. Tradición y tendencia a la teoría gravitan sobre las aulas, hasta no ser capaces de comprender las delicadas instancias de la práctica y la vida diaria. Pero, con todo, puede afirmarse que facultad y ejercicio, facultad y función del jurista, en la sociedad, anduvieron de acuerdo en los años del liberalismo» (17).

El siglo xx se inicia con la reforma del plan de estudios, pero también estrena denominación, si bien no por mucho tiempo. «La Facultad de Derecho se denominará Facultad de Derecho y Ciencias sociales», dice la Exposición de motivos del Real Decreto de 2-VIII-1900. Las razones alegadas no carecen de interés. «El Derecho es la ciencia social por excelencia», pero la necesaria aclimatación a los «progresos verdaderamente asombrosos realizados por aquella ciencia en los últimos tiempos» exigen una nueva perspectiva. Al lado de la Jurisprudencia debe figurar la política y los «estudios sociológicos» (18). Hasta entonces las Facultades de Derecho «no han tenido ni tienen en España otro carácter que el de Escuelas profesionales en las que, más que la ciencia por la ciencia, se aprende un medio de ejercer la función restauradora constitutiva de uno de los poderes del Estado».

La intención queda suficientemente apuntada en estos retazos de la Exposición de motivos. Se está operando un nuevo cambio o, tal vez, simplemente, la

(15) Dichas disciplinas extrajurídicas se repiten con ligeras variantes en la reforma Corvera en 1858, la de Orovio de 1867 y Pidal de 1885. Estamos en presencia de un nuevo viraje en la formación del jurista. Al primitivo esqueleto formativo radicalmente histórico-jurídico del Derecho romano, base angular de las categorías de la ciencia jurídica de todos los tiempos, se une cierta perspectiva que trata de centrar la atención en el derecho patrio. Posteriormente se añade una proyección teórica creciente con el iusnaturalismo y determinadas corrientes idealistas e historicistas. Pero ahora, en tanto van cuajando las distintas ramas jurídicas en sus aparatos conceptuales, camino del rigor científico, se añade una última corriente humanista y encultecedora como ingrediente necesario a la formación del jurista. Este último aditamento hará del jurista decimonónico un personaje capaz de deslumbrar en el foro por su precisión conceptual jurídica, como en los periódicos y revistas por sus dotes literarias, o en el Parlamento por su oratoria vibrante y sus conocimientos de historia política; si bien lo normal es que no alcanzara ninguno de esos grados de perfección en sus múltiples facetas.

(16) El salto histórico-político de la Revolución de 1868 no altera la situación de la Facultad de Derecho. El plan de 1868 de Ruiz Zorrilla no le alcanza. En cambio sí le tocó la reacción, bien que de forma no muy sustancial. El Real Decreto de 14-VIII-1885 es obra de Alejandro Pidal.

(17) Alvarez de Morales, pág. 692.

(18) El problema es más profundo que la mera preocupación por adaptar las corrientes científicas y doctrinales. La propia Exposición de motivos viene a referir la necesidad de una maduración teórica que salvaguarde los valores establecidos de las nuevas corrientes. «Y expuestas en forma científica las teorías socialistas en las obras de sus defensores, y hábilmente organizados sus numerosos adeptos (...) sube de punto la gravedad del conflicto, y no es extraño que preocupe los ánimos, especialmente de los doctos, que dan extensión considerable a los estudios sociológicos, y de los gobernantes que en vano intentan, no ya conjurar el peligro en sus raíces, sino abrir cauces...»

aceleración de un proceso comenzado desde mediados del siglo anterior. Con perjuicio de la atención a la proyección profesional y práctica de los saberes jurídicos, se da primacía a la formación teórica y científica del futuro jurista, llevándola con especial predilección hacia los temas políticos. La nueva Facultad de Derecho y Ciencias sociales se divide en «dos secciones que la nueva denominación indica: como hasta ahora, en la primera, se formará el jurisconsulto, y en adelante saldrá de la segunda el estadista». La reforma no alcanzaría de momento sino a la Universidad Central.

Finalizamos ya nuestro recorrido. El acercamiento a la realidad presente de nuestra Facultad de Derecho requiere que recaemos previamente en la reforma de 1928. El precedente inmediato del plan de estudios que hoy nos rige se encuentra, como otros muchos aspectos de la vida española de las últimas décadas, en las previsiones y reformas de la dictadura primorriverista.

La Real Orden reguladora de lo que es última orientación reseñable de los planes de estudio jurídicos se debe a Callejo y es de 1 de agosto de 1928. Supone una reducción y simplificación de los planteamientos anteriores. La enseñanza del derecho se estructura en cinco cursos. Desaparecen todas las disciplinas «culturales» y los saberes no jurídicos quedan reducidos a un curso de Economía. Las materias formativas y propedéuticas continúan, no obstante, preparando un tipo de mente jurídica con unos fundamentos y unos valores muy tradicionales. El Derecho romano con clase diaria y el Derecho natural, con clase alterna, son parte de la iniciación del jurista, que también ha de atender a la Historia del Derecho con clase diaria.

Otros contenidos a la par formativos y profesionalmente útiles son el Derecho canónico, el Derecho político y la Filosofía del Derecho, esta última en quinto curso.

Hay en términos generales una programación más modesta y más jurídica. Con todo, no olvidemos que a estas alturas la elaboración científica de las disciplinas es una meta generalmente lograda. Los contenidos se han ordenado en cada rama según unas estructuras teóricas fundamentales, hay una sistematización de los conocimientos y se ha acuñado un nivel terminológico técnico muy alto. El esfuerzo de los estudiantes, al desgajarse las disciplinas en compartimentos con vocación de autonomía y crecer las perspectivas bajo las cuales se contemplan sus contenidos, ha de ser mayor.

También ocurre que se ha ido olvidando entre tanto esa otra parcela de la formación del jurista que era la preparación para la práctica profesional. Desde mediados del XIX hay un olvido casi sistemático en los planes de estudio de la práctica, la exigencia de pasantía o los exámenes ante las Audiencias, como fueran hábitos y exigencias de otras épocas. Una vez que viene el ascenso del derecho patrio y el descenso del derecho clásico romano e histórico, parece como si aquella necesidad de acompañar los conocimientos teóricos con la práctica y el ejercicio del derecho vivo ya no se sintiera.

El advenimiento de la II República no supone una modificación sustancial de los planteamientos globales de la enseñanza superior en nuestro país. La preocupación se centra más bien en una reacción antidictatorial, pues las normas promulgadas (13-V-31 y 16-IX-1931, básicamente), se limitan a derogar los planes de estudio de la etapa anterior y a restablecer los vigentes con anterioridad al golpe de Estado de Primo de Rivera.

De nuevo un cambio brusco en el péndulo histórico, y nos situamos frente al plan de estudios de 1944. La era franquista parece retornar en muchos aspectos a los planteamientos de la dictadura de los años veinte. Siete Decretos fechados el 7 de julio de 1944 ordenan los estudios de las Facultades universitarias. El nuevo plan tiene la novedad sobre el de 1928 de que introduce una programación cuatrimestral, desdoblado los cinco cursos de la carrera.

Datos de interés son la reducción de la importancia de la Historia del Derecho (un cuatrimestre) y la ubicación de la Economía política como asignatura inicial de la carrera. El Derecho político queda con tres cuatrimestres (2.º, 3.º y 4.º de los cursos 1.º y 2.º). Otro dato es que el Derecho romano queda en la importancia que se le atribuye, que medimos en horas lectivas, por encima del Derecho natural.

El resto continúa a grandes rasgos con la distribución que se estableciera en 1928, con algunas ligeras variantes de horas y de ubicación. Merece la pena destacar la inclusión del Derecho del trabajo, en cuarto curso, aunque se haga con un modesto número de horas.

El plan de 1953 está más directamente inspirado en el de 1928. En lo que hace a las materias propedéuticas resulta de gran interés la inclusión de una disciplina inédita hasta ese momento; aunque tuviera ilustres precedentes y evidentes reminiscencias en la tradición educativa de nuestras Facultades de Derecho. Se trata de la materia de primer curso titulada «Prácticas de lectura de textos jurídicos clásicos (latinos y españoles)». En general, los elementos formativos continúan siendo los de siempre. «Los estudios filosóficos o de teoría del derecho se cursan de un modo elemental en primer curso, y de manera profunda y científica en el último. La historia del derecho, las instituciones del derecho romano y las lecturas de los textos jurídicos clásicos se hallan en primer curso y tienen un carácter propedéutico y formativo» (19).

---

(19) Luis Jordana de Pozas, «La enseñanza del Derecho en España», Anejo III a la obra «Las ciencias sociales en la enseñanza superior. Derecho», realizada bajo los auspicios de la UNESCO y publicada en España por el C. S. I. C. Madrid, 1958, pág. 147.

Es sabido que los elementos formativos tienen su importancia. García de Enterría recuerda cómo el «substratum» de la formación del jurista descansa en los dogmas liberales: «La concepción individualista de la sociedad hacía de los criterios políticos básicos de gobierno social principios muy generales, de modo que sin explicitarse podían mantenerse tácitamente presentes: la libertad, por ejemplo, la propiedad privada, el principio de concurrencia y de autotutela de intereses. Sin necesidad de recapitulaciones sistemáticas, el jurista servía a estos principios claros y sencillos, que por su misma amplitud, y por suponer materialmente un sistema de intereses libres, permitían que los instrumentos jurídicos a su servicio fuesen susceptibles de una formalización máxima». («Reflexiones sobre los estudios de Derecho». Revista de Educación, diciembre de 1952, pág. 146)

Estas observaciones se pueden completar con la contestación de Guasp: «Lo primero que salta a la vista, como error en la crítica trascendental dirigida por García de Enterría a tales estudios, es el no haberse fijado en que lo fundamental de la docencia jurídica no está en los datos que se tratan de transmitir a los alumnos, sino en la actitud que se les quiere hacer que asuman ante la vida». (Revista de Educación. Marzo de 1953, pág. 292.)

Como dijera Savigny y transcribe Guasp, «más importante que todos los preceptos es el espíritu y la formación de los juristas» (pág. 293). Pues bien, recordemos como ya el ilustre Giner de los Ríos se quejaba de la resistencia que las Facultades de Derecho ofrecían «a la renovación del espíritu y los métodos científicos». «La propia razón hay para no extrañar —dice más adelante— el estacionamiento que en todas partes, y acaso más que en todas entre nosotros, ofrece la Facultad de Derecho, en su espíritu, en sus tendencias, procedimientos, fin social: una verdadera suspensión de desarrollo, que diría un naturalista». («La Universidad española», «Sobre el estado de los estudios jurídicos en nuestras universidades». Obras completas, vol. II, págs. 172 y 179). ¿Cabría decir otro tanto hoy? ¿Siguen nuestras Facultades de Derecho a la zaga en las innovaciones e inquietudes por la renovación científica y pedagógica?

Por lo demás, persiste la tendencia academicista y los métodos de enseñanza del derecho rezuman cientifismo y positivismo, con olvido de la vertiente práctica y de los problemas reales de la aplicación del derecho. El plan de 1953 no contempla especialmente esta última perspectiva, que parece olvidada desde tiempos ya remotos.

Con todo, cabe señalar algunas excepciones, y en el ánimo de algunos preocupados por la enseñanza del derecho está presente la idea de que hay que atender a esta parcela de la formación profesional (20). (El problema es importante y ha sido abordado en diversos momentos y con distinta perspectiva, según tendremos ocasión de ver más adelante.) La creación de la Escuela de Práctica Jurídica (la primera, para la Facultad de Derecho de Madrid, por Orden de 3-II-1953) y la introducción de las llamadas «clases prácticas» durante la licenciatura, son intentos en este orden merecedores de mejores frutos que los obtenidos.

Otra cuestión, más recientemente planteada, es la reestructuración de la carrera de derecho buscando, a la par, una mayor adecuación de los conocimientos impartidos a las necesidades reales de la sociedad actual, tratando de ganar mayor rentabilidad en el esfuerzo mediante una pronta especialización. Nos referimos al intento de implantación de ciclos en la Facultad de Derecho. La formidable reacción levantada contra dicho plan (emparentable de algún modo por similitud arquitectónica con la Ley Moyano) da que pensar. La formación del jurista se ve como un todo en el que las piezas de base, las formativas y los contenidos técnico-jurídicos, se consideran insustituibles como conjunto para la función que se piensa debe realizar el Licenciado en Derecho hoy (21).

Por fin, en este apresurado recuento de temas que hemos de dejar simplemente apuntados, algunas disciplinas se hallan en confesada e incómoda situación de revisión. En unos casos el planteamiento se radicaliza y afecta a la existencia misma de la materia objeto de estudio. En otros supuestos se plantea el cambio de denominación y de enfoque del contenido. Disciplinas como el Derecho natural, el Derecho canónico, la Historia del Derecho, la Filosofía del Derecho, algunas parcelas del Derecho civil, el Derecho romano e incluso el Derecho político (en parte por las especiales circunstancias históricas que hemos atravesado), se hallan en mayor o menor medida incursos en autocritica y camino de una identificación con las necesidades actuales.

Junto a la revisión de algunos contenidos, parece demandarse por otros un

---

(20) En efecto, al año siguiente de la implantación del Plan de estudios actual ya hay voces que corean la necesidad de una mayor atención a la formación específicamente profesional del jurista. «Coinciden todos los que se ocupan de este problema en que las enseñanzas y formación universitarias son insuficientes para iniciar el ejercicio de la profesión». Guerra San Martín, alude a opiniones ya conocidas, algunas de las cuales cita, que hacen ver la necesidad de «dotar a los licenciados en Derecho de una preparación específica y complementaria». («La formación profesional del abogado y la Universidad de Deusto». Estudios de Deusto. Bilbao, julio-diciembre de 1954, pág. 510).

(21) Fruto de ese momento ilusionado de cambio en la orientación de la enseñanza del Derecho es un artículo de don Luis Legaz y Lacambra aparecido en la obra colectiva «L'Educazione Giuridica». El profesor Legaz resume las inquietudes de los reformadores. «El gran impulso transformador de la Ley General de Educación tiene su repercusión en los estudios superiores con la implantación del sistema de tres ciclos en la enseñanza de Licenciatura: un primer ciclo de «Enseñanzas formativas», comunes, a cuyo final se obtiene un «diploma», un segundo ciclo de especialización, que confiere el título de Licenciado; y un tercer ciclo, investigador, que es el Doctorado (...). El primer ciclo es de tres años y de dos, el segundo, en el que se establecen tres especialidades: Derecho privado, Derecho público y Derecho de la empresa, que ya figuraban desde varios años en los planes piloto de algunas Facultades». («España: orientación de reforma y escuelas profesionales». En la obra colectiva «L'Educazione giuridica. I: Modelli di Università e Progetti di riforma». Libreria Universitaria, Perugia, 1975, pág. 339.)

incremento, o la inclusión como disciplinas independientes, del estudio de determinadas materias. El Derecho Administrativo, determinadas especialidades de economía de la empresa o de actividades financieras, algunos rudimentos de sociología, etc., parecen estar en este camino, no menos que otras regulaciones jurídicas hoy emergentes en virtud de fenómenos sociales y técnicos actualmente en gestación.

El panorama actual es ciertamente abigarrado y confuso, frente al bien probado fondo conservador, casi inmovilista, que late en nuestros planes de estudio jurídicos. No ha de tardar mucho tiempo, tal vez, en que la propia dinámica de la vida haga necesario un replanteamiento de los problemas apuntados, urgiendo una solución de hecho más allá de las elucubraciones y divertimentos de laboratorio (22).

## **II. Algunas notas críticas sobre la función social y la formación del jurista**

El panorama que se puede observar, tras el breve recuento de los Planes de estudio realizado en el apartado anterior, no puede ser luminoso, aún cuando nos acerca a un entendimiento de la situación de los estudios jurídicos en nuestro país. Sin embargo, el dato no es suficiente. Un examen de la formación dada al jurista no acompañada de una reflexión sobre el papel que debe desempeñar y el sistema social en que ha de desempeñarlo, se asemeja bastante a un esfuerzo gratuito hecho en el vacío.

Es conveniente partir de la premisa de que en toda la problemática que venimos rastreando hay una multiplicidad de aspectos entrelazados, difícilmente aislables. Está, inicialmente, la concepción que se tenga o el papel que se asigne al Derecho y, en íntima conexión, el sistema socio-político en que dichas formas de control social operan. El dato anterior ha de ponerse en relación con la función que los servidores o manipuladores del orden jurídico, esencialmente los juristas, desempeñan, y por fin, dicha función social requerirá un aprendizaje, una formación específica.

Por supuesto que la interrelación es recurrente y en algunos pasos el camino se puede invertir. El hecho es que una exploración completa y trabada de los temas aludidos sólo se puede lograr poniendo en conexión los diversos aspectos implicados. Y por nuestra parte, a más de las limitaciones objetivas propias de este trabajo, confesamos que algunas de las perspectivas aludidas nos rebasan.

Cuando se habla de la crisis de la abogacía, o de que la función social del jurista ha variado sustancialmente, alguien, inevitablemente, aduce que lo que está en crisis es el Derecho, o cuando menos, la concepción tradicional del Derecho. Y siendo esto así, o preocupando estos temas troncales, ¿cómo vamos a ver

---

(22) Parece, pues, que la apertura de un período de reflexión sobre estos temas sería aconsejable. Preguntarnos qué se espera del jurista de nuestros días, qué papel, o qué frentes distintos, debe cubrir, e incluso cual es el mejor medio de poner a su alcance los conocimientos, destrezas y hábitos, que sean necesarios para el cumplimiento cabal de su función social, es a nuestro juicio una exigencia y una inquietud que el profesional de la enseñanza del Derecho no debe desatender. Con todo, hay que aceptar que se trata de un planteamiento muy complejo que rebasa las posibilidades de un trabajo individual y, desde luego, las posibilidades de quien escribe estas líneas.

con claridad y de manera incontestable la programación de estudios ideal que conviene a nuestros alumnos de la Facultad de Derecho?

Que hay una problemática de envergadura tras estas denuncias o insinuaciones, no cabe duda. El insigne don José Castán se tomó demasiado empeño en demostrar que no hay tal crisis del Derecho, que el Derecho no está «en trance de ruina o de separación, ni que esta crisis afecta al Derecho como principio». Cuando tales negaciones se hacen de modo reiterado a uno le cabe la sospecha de que algo anda mal, y, desde luego, le cabe también el legítimo resquemor de que se vea con excesivo optimismo —nunca con simpleza— un problema que está siendo detectado como creciente (23). También es cierto que las argumentaciones de muchos juristas críticos se asemejan mucho por su tono desmedido a los augurios apocalípticos. Pero no faltan, con todo, apuntes y reflexiones críticas hechas con moderación y realismo (24).

En este orden de cosas, y entre nosotros, merece ser resaltado el trabajo de García de Enterría, tanto como las réplicas que suscitó, así como, más recientemente, la discutida obra de Capella (25).

Contrariamente a lo que ocurre con otros autores, según nuestra apreciación, el punto de arranque de García de Enterría es la constatación de unos hechos incontrovertibles, antes que consecuencia de posiciones ideológicas condicionantes. El ciudadano de nuestros días solicita del Estado seguridad y prestaciones positivas antes que simples garantías formales. «Dentro de la perspectiva que antes hemos utilizado, podemos hablar ahora de cómo la sociedad en nuestro tiempo ni es ni quiere ser «autónoma», ni, por ende, sostiene al Estado para el simple mantenimiento de su autonomía, de su desenvolvimiento libre. La sociedad actual, por el contrario, está ya vertebrada en sus más radicales estructuras, no por los resultados “naturales” de una concurrencia indefinida y libre, sino, positivamente, por los esquemas “artificiales” impuestos y queridos por el Estado.»

La conclusión puede parecer a muchos excesiva y alarmante: «La transforma-

(23) «Lo que hay es que la tan sonada crisis del Derecho, aquí y en todas partes, no quiere decir que esté el Derecho en trance de ruina o desaparición, ni que esta crisis afecte al Derecho como principio. Se trata simplemente de una crisis de la ciencia o de la técnica, de las reglas y de las instituciones en que el Derecho se viene encarnando, y por otra parte, dicha crisis no es más que un reflejo de la crisis general que afecta a la sociedad contemporánea.» («Crisis mundial y crisis del Derecho». Discurso en la solemne apertura de los Tribunales [15-XI-1960]. Reus, Madrid, 1960, pág. 45). Más adelante el mismo autor explicita que «no hay crisis del Derecho como principio. Para que la hubiera, tendríamos que hallar su raíz y su comprobación en el contraste u oposición entre el Derecho y la justicia. Y la verdad es que precisamente están en alza, en el pensamiento actual de los pueblos sanos, los criterios objetivos de valoración jurídica (Derecho natural, justicia, paz, orden, bien común) y en descenso las concepciones materialistas, positivistas, legalistas, formalistas» (pág. 93). «La legalidad —dice poco más adelante— es poca cosa si se la separa de sus raíces éticas. En la concepción cristiana del Derecho, la ley positiva y la ley natural han de coexistir, inseparablemente unidas» (pág. 96).

(24) En efecto, los temas que nos preocupan parecen haber despertado mayor atención en los últimos tiempos. La toma de conciencia en Italia —un país al que nos asemejamos tanto, en tantos aspectos— parece haber sido particularmente resaltable, a juzgar por la abundante bibliografía aportada. La reseña hecha por Linde y García Herrera («Triunfo» de 23-VIII-1975) es un exponente del estado de efervescencia de la problemática de la enseñanza del Derecho entre profesores e intelectuales italianos.

(25) Confesamos nuestra sorpresa al descubrir que una preocupación con tono de polémica, en orden a los temas que nos ocupan, afloró ya en las inmediaciones de la última reforma del plan de estudios de la Facultad de Derecho. El motivo desencadenante es un trabajo de Eduardo García de Enterría aparecido en la Revista de Educación, en su número de diciembre de 1952, titulado «Reflexiones sobre los estudios de Derecho». Las réplicas de Juan Vallet de Goytisolo (febrero de 1953) y de Jaime Guasp (marzo de 1953), en la misma revista, merecen toda atención. A la obra de Capella nos referiremos en diversos lugares más adelante.

ción que la significación del Derecho experimenta es un simple correlato de ese hecho cardinal. El Derecho ya no es, kantianamente, el punto de equilibrio de una sociedad que se desarrolla por sí misma, sino, por el contrario, el instrumento de la conformación social que el Estado sostiene y procura.

Por lo pronto, esto explica que el modo ordinario de realizarse el Derecho, así entendido, no sea, como resultaba de la anterior concepción, el proceso, sino, predominantemente, la actuación administrativa» (26).

El punto de arranque de Guasp es diametralmente distinto (27). «La libertad es efecto, no es una preocupación artificial del jurista, sino el primer ingrediente básico de su actuación en cuanto tal. Dicho en los términos más escuetos y concisos que podemos encontrar, nos atrevemos a afirmar, rotundamente: sin libertad no hay Derecho» (28). «No se trata, por tanto, de una superstición históricamente hipertrofiada la que hace al jurista, no simplemente al abogado, preocuparse por la libertad» (29).

Vallet de Goytisolo se halla, asimismo, en trance de contestación a las argumentaciones de De Enterría. «Creo que la misión de los juristas que tomen a su cargo la delicadísima labor de infundir espíritu jurídico a las nuevas actividades que el Estado va asumiendo, no debe pasar, precisamente, de ahí: de disciplinar con el Derecho lo que podría ser sólo furza bruta administrativa. Y que, en cambio, se debe huir de un peligro en el que, me parece, tú caes al separar el Derecho "de la línea tangencial entre la sociedad y el Estado" y proclamar, triunfalmente, que: "Aquella antigua separación entre sociedad y Estado se ha trocado en una situación polarmente opuesta, en una relación que convencionalmente podría calificarse de hilemórfica: el Estado se erige en forma de una sociedad que es de suyo pura materia".

«Nada más peligroso para el Derecho y para el porvenir de nuestra civilización occidental y cristiana que el acatamiento jurídico de ese mal, que es una muestra más de la intoxicación de Occidente con ideas de Oriente" (30).

Parece evidente que proseguir por este camino llevaría a planteamiento ideológicos que implican tomas de postura o proclamaciones de fe radicales. Los desajustes y asincronismos observables entre el Derecho y la realidad social son objeto de interpretaciones y diagnósticos dispares que rozan estos campos inti-

(26) Op. cit. pág. 145.

(27) Para Guasp, el enfoque de De Enterría se asemeja a una «imagen borrosa y desfigurada de una auténtica realidad». «Es como un tapiz vuelto del revés, en el que puede reconocerse la trama del dibujo verdadero, pero deformado totalmente por la perspectiva en que se coloca el espectador. El dibujo de García de Enterría tiene que ser, por ello, radicalmente, revertido.» (Op. cit. pág. 287.)

(28) «Si estoy obligado a todo —dice más adelante— nada me es mandado jurídicamente. La sumisión absoluta y la idea del Derecho son conceptos antagónicos: la omnipotencia y el orden jurídico son expresiones incompatibles. Tiene que haber en la esfera de actuación del hombre una zona de vinculación positiva y otra zona de vinculación negativa, esto es, de libertad.» (Op. cit. pág. 288.)

(29) *Ibidem*, pág. 289. Llevando el hilo de los argumentos a las manifestaciones reales del cambio en la función del Estado con la repercusión que ello entraña para el Derecho, añade que: «El plan del Estado es, en consecuencia, el dispensador máximo de lo justo y de lo injusto: justo es lo adecuado al plan, injusto lo que se separa de él; el plan está, pues, por encima del Derecho, y por encima de él no hay nada, ni siquiera la religión, ya que la religión, para un planificador consciente, será aceptable o rechazable según favorezca o entorpezca las finalidades del plan. El Derecho no puede, pues, valorar el plan, sino sólo servirlo. Pues bien, esto es lo que ningún jurista auténtico, no ya un abogado, admitirá jamás.» (Op. cit. pág. 291.)

(30) Op. cit. pág. 150.

mos de definición de cada sujeto. Y a nuestros modestos objetivos, seguir por estos derroteros supondría una grave dificultad, y un alejamiento considerable.

Nos centraremos, pues, en lo que era nuestro propósito inicial, y atenderemos a dos cuestiones más a ras de tierra. Trataremos de aportar algunos puntos de reflexión sobre la función social del jurista y la formación que éste deba recibir para el desempeño de su función.

### 1. *Función social del jurista*

«Es evidente, y así se pone de manifiesto para cualquier observador de la realidad social, que la abogacía ha sufrido cambios importantes en los últimos años. El siglo xx ha visto nacer para los abogados la especialización, la creación de asociaciones entre abogados, la unificación de profesiones jurídicas, la proliferación de textos legislativos y administrativos, la crisis del aparato judicial, la masificación de las facultades universitarias, etc. Como consecuencia de estos fenómenos jurídico-sociales se ha producido un cambio en la mentalidad y formas de actuación profesionales» (31).

Las mutaciones son particularmente evidentes si comparamos la situación descrita con lo que venía ocurriendo a lo largo del siglo xix. La relevancia social del jurista, no menos que su supremacía en el aparato político, es evidente en esa época. La profesión de abogado habilita como ninguna otra para detentar cargos públicos en la alta administración y en la vida política (32). El jurista decimonónico, y hasta bien entrado el siglo xx en muchos países europeos, es un liberal embebido en las esencias de la autonomía de la voluntad y en el principio de la propiedad privada como derecho natural indiscutible, con la amplitud que la legislación napoleónica heredara del sentir quirritario romano.

Sus raíces sociales están asentadas en el reducido grupo pequeño-burgués de las profesiones liberales, y su función es sumamente dependiente: básicamente, presta servicios. Con frecuencia, y en una época en que se dan grandes contingentes de analfabetos y una instrucción muy deficiente, el licenciado en Derecho es el soporte «técnico» del propietario, consejero del rentista y «traductor» a términos de legalidad de los intereses y proyectos de industriales y comerciantes más potentes.

De otra parte, las clases políticas se nutren muy frecuentemente de hombres que alternan la vida parlamentaria y la actividad forense. Conforme se va afian-

---

(31) El párrafo que nos sirve de pórtico tiene el interés de venir referido a nuestro país y formar parte de un estudio sociológico sobre el comportamiento profesional de los abogados de Madrid. «Abogacía y sociedad industrial» es el título de un artículo de Angel Zaragoza aparecido en el Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas (Barcelona, 1974); estudio que forma parte de la tesis doctoral del autor.

(32) De los muchos testimonios que podíamos aducir, pocos seguramente tan reveladores y sugerentes, tan ilustrativos de la mentalidad de la época y la conciencia que los juristas tienen de su función social, como éste de Olózaga. «De todas las clases de la sociedad, ninguna puede considerarse tan esencialmente política como la de los abogados, ninguna ha contribuido tanto a las mejoras sociales y políticas que han ido cambiando la faz de las naciones, y ninguna puede y debe influir en la nuestra más eficazmente, para que adquiera las creencias, las costumbres y las virtudes públicas, sin las cuales son estériles, y muchas veces perjudiciales, las mejores instituciones.» (Salustiano de Olozaga, «Influencia del ejercicio de la abogacía en la política». Discurso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de 5 de noviembre de 1859. Publicado en «Estudios sobre elocuencia, política, Jurisprudencia, Historia y Moral». Madrid, 1864, pág. 3.)



zando la sociedad liberal-burguesa se produce una relación estrecha entre grupos oligárquicos y hombres de leyes. Es algo que se ve casi connatural con la profesión. Como estas oligarquías dominan la vida política controlando el Parlamento, se habla de «abogadismo» como forma de diagnosticar una malformación por exceso, una hipertrofia. El abogado lo enseñorea todo, y no sólo el foro sino también en la vida política. Es el portavoz por antonomasia de los grupos dominantes, y esto se ve con particular claridad en la vida social y política española de la Restauración (33).

En el hacer profesional del jurista de la época precedente hay una actitud de huida constante de los problemas socioeconómicos de fondo. El profesional del Derecho conjuga al propio tiempo un cierto deleite en los viejos textos y conceptos, el respeto por la santidad de las normas y sus clásicas interpretaciones, la propensión a las citas ilustres, encajadas a la fuerza en ocasiones y embutidas en alambicados razonamientos, y la inclinación irresistible a la retórica —y no sólo como arte de convencer cuanto como alarde e intención de deslumbrar—, y éstos son los rasgos definitorios de la actitud vital y profesional del jurista de la época. Junto a ello, un ciego impulso, un celo radical por la guarda de los intereses que se le confían, que deben ser defendidos «por imperativo profesional». En conjunto, pues, la actitud y la función social asumida segregan un cierto «ethos» peculiar que a muchos parece poco digno y algo lejano de la estricta moralidad tradicional en que se mantiene por lo común el pueblo español.

La posición en que queda el abogado es una posición que se asemeja mucho, de algún modo, a la de árbitro de la vida social, admitido con generalidad y oficiosidad como árbitro previo, próximo y colaborante, con el poder judicial. Es una función no solamente útil, sino absolutamente necesaria por requerirla como ineludible a la concepción optimista del hombre en libertad y en concurrencia o competencia, en la que el Estado es sólo guardián del juego y de sus reglas (34).

---

(33) No sin cierto sarcasmo escribe Unamuno: «Recientemente he repetido una vez más en Madrid —y por haberlo dicho en Madrid ha tenido mayor resonancia, llegando hasta el parlamento mismo— que éste, nuestro parlamento, se compone de ricos, que son los mejores; de criados de los ricos, que son cien veces peor que ellos, y de abogados de los ricos, que es lo último que se puede ser en el orden moral.» («Algo sobre parlamentarismo», en «La Nación» de Buenos Aires, de 10-I-1915. Citado por Elías Díaz en «La filosofía social del krausismo español». EDICUSA, Madrid, 1973, pág. 209.) En efecto, como señala Capella, «El jurista ha sido en el pasado el intelectual orgánico privilegiado de las clases dominantes en la sociedad escindida. El "todo el mal nos viene de los togados" en la España de Felipe V, o el casi programático "pas d'avocats" en vísperas de la Comuna de París, apuntan a algo más que la simple valoración de maldad del Derecho: señalan también el papel de la casta de los entendidos en éste como cuadros del sistema de apropiación establecido.» («Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas». Ed. Fontanella, Barcelona, 1970, pág. 29.)

(34) García de Enterría explica con soltura y cierta originalidad ideas conocidas. «La sociedad liberal, a través de la concepción racionalista de un orden "natural", acantona cuidadosamente al Estado, del que va a hacer apenas otra cosa que el guardián de la libertad que para su propio y autónomo desenvolvimiento se promulga a sí misma. Ese "orden natural", negativamente definido en el concepto formal de libertad, encierra, sin embargo, un contenido material propio, ofrecido por el concepto positivo de concurrencia.»

En este tipo de sociedad «cada individuo concurre con sus propios intereses frente a los demás» y «dentro de esta construcción el Derecho es la garantía —excepcionalmente el límite— de tal concurrencia...» «Está en el Derecho, pues, el punto tangencial entre la sociedad y el Estado. Finalmente, es de notar que la propia concepción liberal lleva a tipificar la actuación límite del Derecho a través del molde del proceso, iniciado rogado y dentro del cual dos partes concurren libremente, con sus tesis contrapuestas, ante el arbitraje frío, neutral y desinteresado (concepción dispositiva del proceso) del juez.»

Hecho el planteamiento, el papel del jurista se desprende con facilidad. «Dentro de un sistema de concurrencia en el cual el logro de los intereses, materialmente, y formalmente la actuación del Derecho,

Sobre la vida industrial que comienza, la regulación de la vida socioeconómica se basa durante mucho tiempo en códigos y disposiciones que regulan con acusada precisión las «relaciones entre propietarios en una sociedad dedicada a la agricultura, a la ganadería y al comercio correspondiente: el tráfico artesanal y agrícola» (35). Y por extensión, la configuración del jurista, funcionario público, tiende a asimilarse al rol social del propietario: tendencia a la inamovilidad, posición social del oficio público (del que se dice se detenta «en propiedad»), restricciones en la forma de acceso al desempeño de la plaza, funcionamiento de hecho de un cierto «espíritu de cuerpo» tendente a acrecentar las situaciones de privilegio, etc.

Pero ésta no es hoy la óptica adecuada para contemplar el tema. Para bien o para mal, el papel del jurista actual no es el que era. Ha habido una considerable disminución de su prestigio social; sobre todo del abogado, como prototipo más constante de profesional del derecho (36). La realidad social ha variado sustancialmente, tanto por lo que hace a las nuevas relaciones que se derivan del sistema productivo de la sociedad industrial avanzada, como por las nuevas técnicas que la vida del derecho, y las formas de regulación y control social, adoptan.

Por lo que hace a esto último, la dinámica social tanto como el creciente intervencionismo estatal ha provocado una verdadera inflación normativa que, en muchos casos, ha producido el nacimiento de ramas jurídicas nuevas, con vocación de autonomía científica. La consecuencia inmediata es que el jurista tiende necesariamente a la especialización (37).

El crecimiento extraordinario del sector servicios, con el incremento mayúsculo de las tareas organizativas, de administración y relación, la complejidad que muchas de tales tareas del sector terciario revisten hoy, hacen imprescindible una especialización funcional que, a menudo, requiere un aprendizaje complementario en prácticas y saberes no jurídicos y, por tanto, que cae lejos de las disciplinas impartidas en las Facultades de Derecho. De aquí el necesario nacimiento de escuelas de perfeccionamiento y reconversión profesional, nutridas por licenciados,

---

quedan a la iniciativa y al acierto de maniobra de cada particular, el jurista se transforma típicamente en abogado y desarrolla su técnica como dialéctica y como táctica, como una técnica «concurrential» más. El abogado es el instrumento quitaesenciado del equilibrio, del ajuste y del encuentro límite de intereses.» (En el trabajo referenciado, pág. 144.)

(35) Capella, op. cit. pág. 16. Desde otra perspectiva y como ha escrito Mills, «Antes del ascendiente de las grandes compañías, la competencia profesional y la elocuencia seleccionaban a los dirigentes de la abogacía del siglo XIX. Se creaban y mantenían riquezas y reputaciones en las salas de los tribunales, en las que los abogados eran unos funcionarios. El abogado era un agente de la ley, manejaba los intereses generales de la sociedad en la forma fijada y permitida por la ley; sus tareas diarias eran tan variadas como las mismas actividades y experiencias humanas. Como dirigentes... manejaba las obligaciones y derechos de las familias en la intimidad, los problemas de la vida, la libertad y la propiedad...» (Citado por Angel Zaragoza, en el trabajo referenciado, pág. 33.)

(36) La profesión «ha perdido la categoría y señorío de otros tiempos», escribió Guerra San Martín («La formación profesional del abogado y la Universidad de Deusto». Estudios de Deusto, Bilbao, 1954, pág. 610). «La decadencia del tipo del abogado, con su aírón romántico, parece, en efecto, un hecho sociológicamente irreversible. Por doquier se oye hablar de la caída de los viejos bufetes, del declinar de la vieja institución...» (García de Enterría, op. cit. pág. 145).

(37) El dato se puede llevar, por exageración, al absurdo. «Las ramas jurídicas surgidas en los últimos años sobrepasan las posibilidades del cálculo humano. Se corre el riesgo de que cada norma aislada constituya, por una especie de encantamiento, una disciplina jurídica particular» (Rodríguez-Urraca, José. «Las profesiones jurídicas frente a la crisis contemporánea». En el libro homenaje al profesor Sayagués-Laso titulado «Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX». Instituto de Estudios de la Administración local. Madrid, 1969, vol. I, pág. 28).

como medio de preparar de forma adecuada para las funciones requeridas por la actual vida social (38).

«Si la realización del Derecho —ha escrito de Enterría— ya no queda hoy abandonada íntegramente a la iniciativa social, sino que es patrocinada positivamente, en su mejor parte, por ese aparato que llamamos Administración; si, de otro modo, el Derecho no es el encaje de la concurrencia libre, sino una directiva positiva de conformación social, se comprende que el tipo actual de jurista, si fue antaño el abogado, tenga que ser hoy el jurista de Estado. No parezca, por de pronto, la conclusión demasiado grave por sí sola, si recordamos que tal situación fue la ordinaria en las monarquías nacionales hasta la implantación del orden liberal» (39).

El campo estricto de la aplicación judicial del Derecho, o administración de justicia —el terreno de los jurisconsultos clásicos y del abogado tradicional— se nos muestra también cambiante. La frecuencia de la litigiosidad disminuye a ojos vista como forma de resolver conflictos de intereses, titularidades de derechos o aceptación de obligaciones (40). En contrapartida, la vida de relación social y económica crece de manera vertiginosa. «Es justamente la rigidez, y el dualismo de la organización judicial lo que impedirá realizar esta función de control social y jurídico sobre las partes. Hoy día se necesita una rapidez en el actuar, una flexibilidad, que no puede, con la actual configuración, promover la organización judicial. Y es esto lo que determina su crisis. Crisis de funcionamiento e institucional. A consecuencia de ella, si bien los abogados disminuirán su volumen de asuntos en ella empezarán a actuar como intermediarios de la resolución privada de los conflictos. Y en esta medida se verán perjudicados y beneficiados por la crisis» (41).

En fin, la figura del jurista que desempeña una función o profesión «liberal», se va acabando. El funcionariado, o la adscripción a las nóminas de las empresas (privadas o públicas), bien que como «técnicos» o «personal titulado», parece hoy una solución muy frecuentada por los licenciados en Derecho. Aun cuando es sólo una tendencia apuntada, la asociación en un despacho compartido y especializado, parece la forma de futuro que adopta la abogacía. Cada vez es más claro que esos despachos se apoyan en una clientela —comunmente empresas, como sustento más apreciado— fija. En el fondo, por tanto, hay una clara pro-

---

(38) Ejemplos evidentes los tenemos en las escuelas oficiales de funcionarios creadas en casi todos los países, y en los programas que componen los estudios específicos de tales centros de «reconversión» y adaptación de licenciados, cuya formación universitaria no les habilita para el menester concreto para el que se les solicita.

(39) Op. cit. pág. 145.

(40) A. Zaragoza cita los trabajos de Castellano en Italia y de Toharia entre nosotros que ponen al descubierto el descenso de la litigiosidad. Muchos de los potenciales usuarios de la justicia prefieren renunciar a todo o parte de sus derechos antes de recurrir a una justicia lenta y costosa. Se conjugan al propio tiempo una falta de confianza —no tanto en las personas cuanto en la institución judicial— y la fiebre de dinamicidad que hoy impera y a la que el sistema procesal vigente no da respuesta adecuada.

(41) A. Zaragoza, Op. cit., pág. 38. Hay una primera acusación que se podría hacer a nuestras Facultades de Derecho, según García de Enterría, y es la de que «se dirige unívocamente a la formación de abogados». Pues bien, el desajuste respecto de la realidad, si se desecharan todos los argumentos anteriores, vendría dado por un simple recuento estadístico que probaría, inapelablemente, «cómo ni siquiera acaso un 20 por 100 de los jóvenes licenciados van a parar a la abogacía o a las profesiones análogas; en tanto que la inmensa mayoría va a nutrir las plantillas estatales y a gestionar, en consecuencia, no los intereses libres, sino los intereses socializados o comunizados, según, también, procedimientos propios» (op. cit., pág. 146).

pensión a convertir la actividad en un trabajo muy específico, dependiente, y realizado bajo percepciones o remuneraciones periódicas y prefijadas (42).

## 2. Formación del jurista.

Advirtamos previamente de las grandes dificultades que ofrece el tema enunciado. La formación que deba recibir el jurista está en relación directa con la función que debe cumplir, y ya hemos visto la multiplicidad de aristas con que se presenta el jurista de nuestros días. Añadamos a lo anterior la diferente perspectiva con que tradicionalmente se viene enfocando la preparación del abogado —como prototipo, insistimos, de profesional del derecho— en los diferentes sistemas jurídicos (43). Conscientes de la gran dificultad, no menos que de la trascendencia evidente, que entraña la comparación de sistemas de enseñanza del derecho cuando son reflejo de sistemas jurídicos diferentes y de formas de organización social bien dispares, tan solo nos atreveremos a describir, con trazos muy generales e imprecisos, las líneas que han venido caracterizando la enseñanza del derecho en los países continentales europeos, y particularmente, los de influencia francesa entre los que nos encontramos.

Comencemos con el reconocimiento de un factor limitativo más: que no existe un único sistema de enseñanza del derecho, ni incluso entre los países del mismo bloque (44). Ni en las naciones llamadas de «Derecho civil» se da una absoluta equivalencia en sus respectivos planes de estudio, ni siquiera entre los países del «common law», el otro gran sistema dentro de nuestra esfera cultural y política occidental, pues en decir de Merryman «la enseñanza del Derecho en Inglaterra se aproxima más a la de Europa que a la de USA» (45).

El rancio abolengo de los estudios jurídicos ha devenido al cabo de los siglos en un cuerpo trabado y sistemático de conocimientos, que obedece a unos ciertos criterios de ordenación y valoración, y con tendencia a ser permanentes. Po-

(42) En el Congreso de Abogados jóvenes celebrado en París del 4 al 8 de julio de 1972, se reconoció que «la profesión de abogado se encuentra en vísperas de cambios profundos, que le abren grandes perspectivas pero que pueden poner en peligro su misma existencia (...). Sumergidos por la técnica y la complejidad creciente del Derecho y paralizados por su aislamiento y debilidad económica, los abogados podrían un día, como tantos miembros del artesanado, del pequeño comercio, o de otras profesiones liberales, perder su independencia y encontrarse, bajo formas y apariencias distintas, empleados de hecho, sea por el Estado, sea por grupos financieros privados que se reparten la economía». (Citado por A. Zaragoza, op. cit., pág. 45).

(43) «Un sistema jurídico es parte componente (un subsistema) de un sistema social, y el sistema de enseñanza jurídica es parte componente del sistema jurídico que a su vez contiene el sistema de enseñanzas jurídicas. El sistema y sus subsistemas no son autónomos; las partes se entrelazan orgánicamente y se dotan mutuamente de significado. Un cambio en cualquiera de las partes repercute en el todo» (Merryman, John Henry. «Legal education in civil law and common law universities: a comparison of objectives and methods». En la obra colectiva «L'educazione giuridica. I: Modelli di Università e Progetti di riforma». Libreria Universitaria. Perugia, 1975. Pág. 169).

(44) La Conferencia de Cambridge que reunió a profesores de Derecho de varios países en el verano de 1952, tuvo la virtud de «permitir comprobar que todos estos profesores, a pesar de sus diferencias de origen cultural, se han dado cuenta de la insuficiencia de ciertos elementos de las tradiciones respectivamente representadas, y también, por otro lado, de los méritos de ciertos elementos extranjeros», viéndose como positivo que cada uno vea de enriquecerse con la experiencia ajena. (En la Introducción al informe elaborado por Eisenmann recogido en la obra «Las ciencias sociales en la enseñanza superior: Derecho»; editado por la UNESCO. C. S. I. C. Madrid, 1958, pág. 10).

(45) Op. cit. pág. 170.

dríamos decir que, de algún modo, se ha producido una evolución hacia la teorización partiendo de supuestos vitales y básicos acumulados por la experiencia, vertidos en una especie de precipitado histórico. Y, en efecto, herederos de la tradición jurídica romana, los países de «Derecho civil» han ido abandonando la forma de aprendizaje del derecho originaria (aprendizaje sobre los supuestos reales de la aplicación del derecho en el foro) para hacerse con un aparato conceptual, quintaesencia, por abstracción, de lo que es la vida real de la aplicación de las normas jurídicas o de la creación jurisprudencial del derecho.

Simplificando mucho las cosas cabría decir que lo que ha ocurrido ha sido que, siguiendo una larga trayectoria desde los comentaristas y glosadores de los grandes juriconsultos romanos, y en los países del continente europeo muy acusadamente, el derecho, como otras formas o parcelas de conocimiento de la vida social, ha sucumbido a la tentación, irresistible conforme avanza el siglo XIX, de convertirse en ciencia (46).

Paradójicamente, en tanto en los países del «common law» particularmente en USA, la metodología y didáctica de los saberes jurídicos guarda un estrecho parentesco con las usadas en Roma por los creadores del sistema jurídico del que son deudos, muy señaladamente, los sistemas continentales de «Derecho civil», en estos últimos se instruye a los estudiantes de Derecho en una ciencia bien perfilada, mentalizándoles para la comprensión de sus elementos y conceptos básicos y de las estructuras teóricas fundamentales elaboradas a partir de ellos, en aras de una ordenación y sistematización rigurosa, como pocas ciencias sociales han construido (47). Hay, pues, una innegable propensión al dogmatismo, con una resistencia bien probada a la revisión, o innovación, en los saberes, y también a la experimentación de nuevas formas de enseñanza de los saberes jurídicos; cuando se quiere definir la mejor forma de aproximación a una institución social regulada jurídicamente se dice emplear el método dogmático-jurídico.

No es de extrañar, por tanto, que entre nosotros las materias estudiadas en las Facultades de Derecho se presenten al alumnado con un carácter tan marcadamente abstracto, ni tampoco es sorprendente la falta de interés del alumnado por muchos de los contenidos impartidos. Con frecuencia, los docentes —incluso los

---

(46) En 1900 Felipe Clemente de Diego escribía: «Si las facultades de Derecho deben comprender ambos fines en su órbita de acción, es punto variamente resuelto. En general, existen varias tendencias: una que mira principalmente al interés científico, y trata de formar sabios, investigadores y hombres de ciencia; otra que propende con miras más modestas al interés profesional, y trata de formar jueces, funcionarios públicos, etc.; otra que circunscribe el fin de las facultades a dar cierta orientación general en estas materias a los alumnos, dotándoles de principios y métodos para que luego la práctica se encargue de formar al abogado, al magistrado, al funcionario, etc., y otra, en fin, que, distinguiendo Licenciatura y Doctorado, adjudica a la primera carácter profesional y práctico, y al segundo, carácter científico y teórico. La nota más extendida entre las diversas teorías formuladas, es la de considerar nuestras facultades como centros de enseñanza superior más que escuelas profesionales». («Introducción al estudio de las instituciones de Derecho romano». Madrid, 1900, pág. 9). «El tipo de enseñanza tradicionalmente impartido en las Facultades de Derecho es el teórico-científico, incluso en aquellas materias más en contacto con la vida profesional. Por eso se ha producido a menudo en esta enseñanza el alejamiento de la realidad y el exceso de teoría» (Legaz y Lacambra, op. cit., pág. 338).

(47) «Sabido es cómo tardó en llegar a las Universidades medievales, afanosamente volcadas sobre el estudio del Derecho romano común, el estudio del Derecho real, que era el legislado por los reyes. Este apartamiento estuvo, sin duda, justificado entonces, y a él debemos acaso nada menos que la ciencia jurídica; pero, con todo, es obvio que no era ni cuantitativamente tan grave como el que hoy se da también en el trato de nuestras Facultades al distinguirse, en efecto, entre un Derecho común, que es el recibido de la tradición académica, y un Derecho real, que podría aludir ahora, en su título, no tanto a un origen príncipesco como a su pura y simple realidad». (García de Enterría en el trabajo reseñado, pág. 146).

responsables de las ramas jurídicas más llamadas a la praxis, a una aplicación inmediata— presentan sus conocimientos con una alta dosis de abstracción, buscando una cierta neutralidad científica, cuando no un poco de oscurantismo teórico. Prescindiendo del compromiso con la realidad, se desentienden a ojos vista de la solución concreta de los problemas sociales o del funcionamiento real de las instituciones. Lo contrario sería «descender a la casuística», lo que, concretamente en nuestro país, es un nivel inferior de la docencia que, cuando se imparte —para nadie es un secreto lo mucho de ficticio que hay en las llamadas «clases prácticas» y lo importante que deberían ser para la formación del profesional del Derecho— se confían a unas unidades didácticas que dan los «Profesores ayudantes de clases prácticas».

En el fondo, lo que ocurre es que lo que se enseña se ve bajo la perspectiva de lo que se espera del jurista. El estudio del Derecho es un estudio liberal que faculta para una amplia gama de funciones sociales, no muy bien definidas en muchos casos, que se engloban, no obstante, en la idea que, heredada del siglo XIX, hemos visto en el apartado anterior: un técnico en las normas básicas de regulación social con cierta capacitación para las actividades políticas y las controversias de intereses (48).

Desde la perspectiva de las necesidades actuales, puede decirse que la formación que se recibe en las aulas de una Facultad de Derecho no supone una capacitación para competir en el mundo profesional del derecho, sino que tan solo se habilita formalmente, mediante la expedición de un título, para pasar a un segundo nivel —en algunos casos también oficial, pero tradicionalmente libre— de inserción real en la vida económica y en los procesos productivos de nuestro mundo actual; esto es, en el mundo profesional y en el mercado de trabajo. En este segundo nivel se adopta necesariamente otro centro de aprendizaje: es la pasantía tradicional, la relativamente moderna y oficial escuela de práctica jurídica, las escuelas o institutos oficiales de formación de funcionarios de determinadas categorías superiores (una vez los licenciados han demostrado una capacitación específica, acreditada, por lo común, mediante un concurso-oposición), etc.

Por la vía de hecho —no entramos en las causas— se ha configurado la enseñanza del derecho como un conjunto de saberes a transmitir en la forma como debería hacerse con una ciencia teórica, o como mucho teórico-práctica, y esta trayectoria ha acarreado no pocos inconvenientes y deficiencias en la enseñanza de estas materias. Las secuelas han sido evidentes, y de entre ellas ninguna tan grave como la pertinaz falta de adecuación a las necesidades que la sociedad demanda.

Los planes de estudio de la carrera de derecho adolecen de una tendencia inmovilista crónica (49), pero no es este dato el más crucial en la práctica. Es, a

---

(48) En los países de nuestra órbita la educación dada a los juristas en las Facultades es de hecho una educación general, una formación básica, preponderantemente teórica y dogmática, y no una capacitación profesional. En EE.UU., en cambio, la educación dada en las «law school» es una educación profesional con alguna mezcla de elementos no profesionales y va dirigida a unos destinatarios que calificaríamos como postgraduados. Primero se adquiere una formación universitaria en las llamadas «undergraduate school». (Véase el trabajo de Merryman ya mencionado, pág. 177).

(49) Hay una relación muy estrecha entre la rigidez de los planes, su esclerótica permanencia pese a los cambios de todo orden operados en las últimas décadas, y el centralismo administrativo y falta de

nuestro juicio, más decisiva la escasa funcionalidad de los estudios, y la falta de innovación y experimentación en la docencia y en las formas de impartir las enseñanzas. La didáctica y la pedagogía están ausentes de las preocupaciones de los profesores de las Facultades de Derecho. Y a ello habría que añadir una mentalidad que persiste en los seminarios y aulas de nuestras Facultades de Derecho: una idea muy estrecha, y de evocadoras reminiscencias clasistas y liberales, de la función social del jurista, e incluso, una confianza de su honor social perdido.

Debemos poner ya punto final a este trabajo. Pese a habernos excedido de la extensión recomendada, no hemos podido abarcar temas de tanto interés como los de la pedagogía y didáctica en los estudios jurídicos y la falta de renovación en los métodos de enseñanza del Derecho; cuestiones que requieren un acercamiento a las experiencias de otros países, e incluso, a las formas de enseñanza tradicionales de otros sistemas. Pero estas cuestiones, junto al convencimiento de que los temas que han sido objeto de nuestra atención deben ser madurados, nos invitan a adoptar el compromiso de retornar otro día con más calma al complejo y enmarañado mundo que ahora dejamos acotado.

---

autonomía que afecta a nuestra Universidad. Naturalmente no todo es achacable a la falta de autonomía, como tampoco cabe afirmar que la desatención a la vocación eminentemente práctica de los saberes jurídicos se puede achacar, en exclusiva, a la tentación científica, y mucho menos a los esfuerzos de sistematización y comprensión teórica realizados a lo largo de tantas décadas.





## APENDICE

- I. ANALISIS ESTADISTICO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESPAÑA, CON ESPECIAL CONSIDERACION DEL PRIMER CURSO.
- II. RELACION DE PROFESORES PARTICIPANTES EN LAS «JORNADAS».
- III. CALENDARIO.



APENDICE

- I. **ANALISIS ESTADISTICO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESPAÑA, CON ESPECIAL CONSIDERACION DEL PRIMER CURSO.**



## **ALGUNOS PLANES DE ESTUDIO ESPECIALMENTE SIGNIFICATIVOS**

### **Plan de 1842, tras las modificaciones del arreglo de 1836**

#### *Asignaturas*

- 1.º Derecho natural y de gentes.
- 2.º Historia y elementos de Derecho romano.
- 3.º Elementos de Derecho civil romano. Principios de Derecho público.
- 4.º y 5.º Instituciones de Derecho patrio. Instituciones canónicas. 4.º grado de bachiller.
- 6.º Las Partidas.  
Economía Política.  
Novísima Recopilación.
- 7.º Academia de Jurisprudencia, práctica forense.  
Grado de licenciado.  
Grado de doctor sin estudios.

### **Plan de 1842**

#### *Asignaturas*

- 1.º Prolegómenos de Derecho.  
Elementos de Historia y de Derecho romano.
- 2.º Elementos de Historia y de Derecho civil y mercantil de España.
- 3.º Elementos de Derecho penal, de procedimientos, de Derecho administrativo.

- 4.º Elementos de Historia y Derecho canónico.  
Grado de bachiller.
- 5.º Código Civiles españoles, el de Comercio.  
Materia criminal.
- 6.º Historia y disciplina eclesiástica general y especial de España. Colecciones canónicas.
- 7.º Derecho político constitucional.  
Economía política.
- 8.º Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia.  
Grado de licenciado.
- 9.º Derecho natural y de gentes. Tratados y relaciones diplomáticas.
- 10.º Principios generales de legislación universal comparada. Codificación.  
Grado de doctorado.

### **Moyano, 1857**

#### *Asignaturas*

- 1.º Prolegómenos de Derecho.  
Historia e instituciones del Derecho romano.  
Literatura latina.
- 2.º Continuación de las instituciones del Derecho romano.  
Filosofía (Ética y ampliación de psicología y lógica).
- 3.º Historia e instituciones del Derecho civil español, común y foral.  
Literatura general y española.
- 4.º Derecho mercantil y penal.  
Economía y estadística.  
Historia general y particular de España.
- 5.º Instituciones de Derecho canónico.  
Elementos de Derecho político y administrativo.

### **Grado de Bachiller**

	Leyes Asignaturas	Cánones Asignaturas	Administración Asignaturas
6.º	Teoría y práctica de los procedimientos judiciales. Disciplina general de la iglesia y particular de la de España.		Economía política, industrial y mercantil. Ampliación del Derecho administrativo, con aplicación a hacienda y aduanas.

**Grado de licenciatura**

<p>7.º Códigos españoles. Ampliación del Derecho civil, fueros provinciales. Oratoria forense. Práctica forense.</p>	<p>Ampliación del Derecho canónico. Historia de la Iglesia, concilios generales y de España colecciones canónicas.</p>	<p>Derecho político de los diferentes estados de Europa. Historia de las relaciones políticas, diplomáticas y comerciales de España.</p>
--	--	--

**Grado de doctor**

**Grado de licenciatura**

- 8.º Estudiarán 7.º de cánones. Estudiarán el 7.º de leyes.
- 9.º Derecho internacional común y de España.  
Legislación comparada.

**Facultades de Derecho  
(Plan de 1928)**

- 1.º Derecho romano: clase diaria.  
Derecho natural (conceptos fundamentales); clase alterna.  
Historia del Derecho: clase diaria.
- 2.º Derecho político: clase diaria.  
Derecho civil (curso de conjunto): clase alterna.  
Derecho canónico: clase diaria.  
Economía: clase alterna.
- 3.º Derecho administrativo: clase diaria.  
Derecho penal: clase diaria.  
Derecho civil, primer curso (Parte general, derechos reales y obligaciones): clase diaria.
- 4.º Derecho civil, segundo curso (Derecho de familia y sucesión): clase diaria.  
Derecho internacional público: clase alterna.  
Hacienda: clase alterna.
- 5.º Derecho internacional privado: clase alterna.  
Filosofía del Derecho: clase alterna.  
Derecho procesal: clase diaria.  
Derecho mercantil: clase diaria.

**Facultad de Derecho  
(Plan de 1953)**

Artículo 10. Las enseñanzas del período de licenciatura de la Facultad de Derecho se dividirán en cinco cursos:

- 1.º Derecho natural.—Historia e instituciones del Derecho romano.—Historia del Derecho.—Derecho político.—Prácticas de lectura de textos jurídicos clásicos (latinos y españoles).
- 2.º Derecho político.—Derecho canónico.—Derecho civil (parte general).—Derecho penal (parte general). Economía política.
- 3.º Derecho administrativo.—Derecho civil (obligaciones y contratos).—Derecho internacional público.—Derecho penal (parte especial).—Hacienda pública.
- 4.º Derecho administrativo (parte especial).—Derecho del trabajo.—Derecho civil (derechos reales e hipotecario).—Hacienda pública (con especial atención al Derecho fiscal).—Derecho procesal.—Derecho mercantil.
- 5.º Derecho civil (familia y sucesiones).—Derecho procesal.—Derecho mercantil.—Derecho internacional privado.—Filosofía del Derecho.



## **APENDICES**

- I. RELACION DE PROFESORES PARTICIPANTES.**
  
- II. CALENDARIO DE LAS «JORNADAS».**



## **I. RELACION DE PROFESORES PARTICIPANTES**

### **CATEDRATICOS Y AGREGADOS**

#### **DERECHO ROMANO**

TORRENT, D. Armando (Oviedo).

LATORRE, D. Angel (Barcelona).

#### **HISTORIA DEL DERECHO**

TOMAS Y VALIENTE, D. Francisco (Salamanca).

LALINDE ABADIA, D. Jesús (Zaragoza).

#### **DERECHO NATURAL Y FILOSOFIA DEL DERECHO**

LOPEZ CALERA, D. Nicolás (Granada).

DIAZ, D. Elías (Oviedo).

#### **DERECHO POLITICO**

SANCHEZ AGESTA, D. Luis (Madrid-Complutense).

RAMIREZ JIMENEZ, D. Manuel (Zaragoza).

FERNANDEZ CARVAJAL, D. Rodrigo (Murcia).

#### **GRAMATICA GENERAL Y CRITICA LITERARIA**

DE LOS MOZOS, D. Santiago (Valladolid).

**PEDAGOGIA**

SECADAS, D. Francisco (Valencia).

**PROFESORES ADJUNTOS Y AYUDANTES****DERECHO ROMANO**

DIAZ BAUTISTA, D. Antonio (Murcia).

PANERO GUTIERREZ, D. Ricardo (Barcelona-Autónoma).

RASCON GARCIA, D. César (Oviedo).

RODRIGUEZ ALVAREZ, D. Luis (Oviedo).

ROSET ESTEVE, D. Jaime (Madrid-Complutense).

VARELA MATEOS, D. Esteban (Madrid-Autónoma).

**HISTORIA DEL DERECHO**

ALEJANDRE, D. Juan Antonio (Madrid-Complutense).

BANDRES, Dña. Rosa María (Zaragoza).

CLAVERO, D. Bartolomé (Sevilla).

DE RIOS, D. Salustiano (Salamanca).

GARCIA MARIN, D. José (Sevilla).

MERCHAN, D. Antonio (Sevilla).

MONREAL CIA, D. Gregorio (Valladolid).

PEREZ BENAVIDES, D. Manuel (Granada).

ROMEU, Dña. Silvia (Valencia).

**DERECHO NATURAL Y FILOSOFIA DEL DERECHO**

ATIENZA, D. Manuel (Oviedo).

CASTRO CID, D. Benito (Salamanca).

MARTIN CABRERA, D. Alonso (La Laguna).

MIRETE, D. José Luis (Murcia).

MONTORO, D. Alberto (Murcia).

ROBLES MORCHON, D. Gregorio (Madrid-Complutense).

RODILLA, D. Miguel Angel (Salamanca).

SARDINA PARAMO, D. Juan Antonio (Santiago de Compostela).

GOMEZ TORRES, D. Carmelo (Barcelona).

**DERECHO POLITICO**

AGUILO LUCIA, D. Luis (Valencia).

APARICIO, D. Miguel Angel (Barcelona).

CAVERO, D. Iñigo (Madrid-Complutense).

GARCIA CANALES, D. Mariano (Murcia).

GARCIA FERNANDEZ, D. Francisco Javier (Madrid-Complutense).  
 GARCIA DE LA SERRANA, D. José Luis (Madrid-Autónoma).  
 GERPE LANDIN, D. Manuel (Barcelona-Autónoma).  
 MONTERO GIBERT, D. José Ramón (Santiago de Compostela).  
 PALMER, D. Ricardo (Madrid-Autónoma).  
 PORTERO, D. José Antonio (Santiago de Compostela).  
 SOLOZABAL, D. Juan José (Madrid-Autónoma).  
 TORRES DEL MORAL, D. Antonio (Madrid-Complutense).  
 CASCAJO, D. José Luis (Salamanca).

## II. CALENDARIO

### Día 27 de agosto, miércoles

A las 9,30 de la mañana: «Palabras introductorias», de don Juan *Velarde*, Rector de la Universidad.

A las 9,45 horas: «Presentación y propósitos de las Jornadas», por don Rodrigo *Fernández-Carvajal*, Vicerrector.

A las 10,45 horas: «Historia del Derecho y Derecho», por el profesor don Francisco *Tomás y Valiente*, Catedrático de la Universidad de Salamanca.

A las 5 de la tarde: «Norma lingüística y norma académica», por el profesor don Santiago *de los Mozos*, Agregado de la Universidad de Valladolid.

A las 6,30 horas: «Panorama general del Derecho Romano: Planes de estudios e incidencia en la formación general del jurista», por el profesor don Armando *Torret*, Catedrático de la Universidad de Oviedo.

### Día 28 de agosto, jueves

A las 9,30 de la mañana: «Sobre el estado actual de la lengua española», por el profesor don Santiago *de los Mozos*.

A las 10,45 horas: «Ciencia política y Derecho: Un análisis general», por el profesor Manuel *Ramírez Jiménez*, Catedrático de la Universidad de Zaragoza.

A las 5 de la tarde: «Investigación monográfica y visión de conjunto en la Historia del Derecho», por el profesor don Francisco *Tomás y Valiente*.

A las 6,30 horas: «Problemas que suscita en la actualidad la investigación romanística», por el profesor don Armando *Torrent*.

### Día 29, viernes

A las 9,30 de la mañana: «Problemas y métodos en el campo de la ciencia política española actual», por el profesor don Manuel *Ramírez Jiménez*.

A las 10,45 horas: «Supuestos jurídicos del Derecho Político», por el profesor don José Luis *Cascajo*, de la Universidad de Salamanca.

A las 5,30 de la tarde: «Significado y función de la Teoría fundamental del Derecho», por el profesor don Alberto *Montoro*, de la Universidad de Murcia.

**Día 1 de septiembre, lunes**

A las 9,30 de la mañana: «La enseñanza y el estudio de la Historia del Derecho en la Alemania actual; problemas y soluciones», por el profesor don Antonio *Merchán*, de la Universidad de Sevilla.

A las 10,45: «Los intelectuales y la política», por el profesor don José Luis *García de la Serrana*, de la Universidad Autónoma de Madrid.

A las 5,30 de la tarde: «El jurista y la visión política del mundo», por el profesor don Luis *Sánchez Agesta*, Catedrático de la Universidad Complutense.

**Día 2, martes**

A las 9,30 de la mañana: «El jurista y las ciencias políticas», por el profesor don Luis *Sánchez Agesta*.

A las 10,45 horas: «Los derechos del hombre ¿nueva disciplina en las Facultades jurídicas?, por el profesor don Benito *de Castro*, de la Universidad de Salamanca.

A las 5,30 de la tarde: «Psicología del universitario principiante», por el profesor don Francisco *Secadas*, Catedrático de la Universidad de Valencia.

**Día 3, miércoles**

A las 9,30 de la mañana: «Significado histórico-sociológico del Derecho Natural y de la Filosofía del Derecho», por el profesor don Elías *Díaz*, Catedrático de la Universidad de Oviedo.

A las 10,45 horas: «Hacia una historia paralógica del Derecho», por el profesor don Jesús *Lalinde*, Catedrático de la Universidad de Zaragoza.

A las 5 de la tarde: «Procedimiento de valoración del rendimiento en la Universidad, por el profesor don Francisco *Secadas*.

A las 6,30 horas: «Derecho Romano e introducción y los estudios jurídicos», por el profesor don Angel *Latorre*, Catedrático de la Universidad de Barcelona.

**Día 4, jueves**

A las 9,30 de la mañana: «La Filosofía del Derecho como teoría crítica de los sistemas de legitimidad», por el profesor don Elías *Díaz*.

A las 10,45 horas: «Didáctica de una Historia paralógica del Derecho», por el profesor don Jesús *Lalinde*.

A las 5 de la tarde: «El estudio del Derecho Público Romano», por el profesor don Angel *Latorre*.

A las 6,30 horas: «La filosofía del Derecho como racionalización crítica y utópica», por el profesor don Nicolás *López Calera*, Catedrático de la Universidad de Granada.

**Día 5, viernes**

A las 9,30 de la mañana: «La ontología del Derecho y su inclusión en la Filosofía jurídica», por el profesor don Manuel *Atienza*, de la Universidad de Oviedo.

A las 10,45: «Cultura y liberación social», por el profesor don Nicolás *López Calera*.

A las 12,30 horas: Clausura de las Jornadas, por don Juan *Velarde Fuertes*, Rector de la Universidad de La Rábida.











