
GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ
(Madrid)

Sobre la filosofía del derecho y su puesto en los planes de estudios

I. INTRODUCCIÓN

Estas notas, para acudir a la cordial llamada de los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, que dirige el profesor López Calera, suponen una toma de posición provisional sobre la Filosofía del Derecho y su función, y, al hilo de ese tema fundamental, algunas observaciones sobre su enseñanza, su puesto en los planes de estudio, y sobre la necesidad de ampliar a otras materias conexas, auténtica exigencia científica y filosófica, la enseñanza de los temas clave del Derecho, desde otras perspectivas.

El autor es consciente de lo ingente del tema y de lo modesto de su bagaje para afrontarlo, pero no quería dejar de acudir a la cita de esta reflexión colectiva, de donde puede desprenderse el estado real de la Filosofía del Derecho en España, hoy.

Lo cierto es que el tema es importante, y sigue sin resolverse, aunque, quizás, se esté en situación de sentar las bases para un encauzamiento adecuado. "Pocas preguntas —dirá Hart (1)— referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta perspicacia y respondidas por

(1) «El Concepto del Derecho», traducción de Genaro Carrió de la obra *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961. Albelardo Perrot, 2.ª ed. (reimpresión), Buenos Aires, 1968, pág. 1.

pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el Derecho?...”

Desde principios del siglo XIX, en que se consolida el pensamiento jurídico moderno, se viene tanteando una solución, sin que hasta ahora haya ninguna posición que pueda considerarse definitiva, ni en la Teoría del Derecho, ni en la Teoría de la Justicia, ni en la metodología jurídica o Teoría de la Ciencia Jurídica, aunque nombres como Kelsen, Hart o Bobbio sean a mi juicio muy importantes para esa búsqueda. Quizás sea una vana ilusión el intentar resolver este problema e introducir criterios de exactitud en las ciencias sociales, y en especial en el Derecho, más propios de las ciencias físicas y naturales, y también resquebrajados en ese campo. Quizás la imprevisibilidad que supone la propia condición humana, como dice Mounier (2), hace imposible tamaña empresa. Quizás, en fin, sea cierto, como dice Cerroni, que vivimos todavía en el Derecho de categorías kantianas y sea necesario concebir una organicidad social-natural del género humano mediante una institucionalidad objetiva (histórico-natural) de las mediaciones sociales (3). Aunque la teoría marxista no ha hecho demasiado en este campo de la Filosofía jurídica, como reconoce quizás en una de las últimas obras publicadas desde esa perspectiva ortodoxa el profesor Lukic (4), y aunque por mi parte no espero demasiado de una aplicación escolástica del marxismo al Derecho, sí pienso que una aplicación libre del método marxista puede ser muy interesante al progreso del pensamiento jurídico.

2) «Al ser su afirmación central —dirá Mounier refiriéndose al personalismo—, la existencia de personas libres y creadoras se introduce en el núcleo mismo de esas estructuras un principio de imprevisibilidad que disloca todo intento de sistematización definitiva...» (*Le Personnalisme*, «Oeuvres Choisies», tome III, Ed. Du Seuil, París, 1962, pág. 430, traducción del autor de estas líneas).

(3) Vid. CERRONI: *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Giuffrè, Milano, 1972; *La libertà dei moderni*, De Donato, Bari, 1968, traducción de R. de la Iglesia, Martínez Roca, Barcelona, 1972. y también *Marx e il Diritto moderno*, Roma, 1962; esta última sin consultar por el autor.

(4) En la traducción francesa de su Teoría del Estado y del Derecho publicada en dos tomos en Belgrado, en lengua servia (1951), *Theorie de l'Etat et du Droit*, Dalloz, 1974, se dice: «...Mais il faut remarquer que la théorie marxiste même de l'Etat et du Droit n'a été que ébauchée et insuffisamment développée...» (pág. 20). Véase, asimismo, desde esa perspectiva, *Marx, el Derecho y el Estado*, edición preparada por J. R. Capella, con interesante introducción del mismo y con trabajos de Cerroni, Miliband, Poulantzas y Tadic; Oikos Tau, Barcelona, 1969. Véase también la introducción de J. M. Vincent a la versión francesa de Pasukanis, *La théorie generale des droit et le Marxichisme*, EDI, París, 1970, págs. 3 a 8.

Ciertamente, la tarea es compleja, y me temo que estas modestas notas no van a suponer ningún paso adelante, aunque son manifestación de un deseo de colaborar al esclarecimiento de los temas y del objetivo de la Filosofía del Derecho.

Una última observación para que se valore convenientemente mi perspectiva. Me sitúo decididamente entre los sectores democráticos y progresistas, hasta hace poco tan arrinconados en nuestra disciplina, porque pienso que sólo desde esas posiciones se podrá traer algo de luz en la meditación sobre el Derecho. El predominio durante muchos años de posiciones conservadoras e incluso contrarrevolucionarias e integristas no ha supuesto ninguna solución al problema, aunque se debe reconocer el valor aislado de algunas aportaciones de esos sectores. Esta confesión que, por otra parte, era un secreto a voces, servirá adecuadamente para medir lo que esa perspectiva ideológica puede condicionar el valor de las reflexiones que siguen.

A mi juicio, los problemas más candentes se refieren al propio contenido a analizar por el pensamiento jurídico, es decir, a cuál es el objeto del conocimiento científico, a qué es el Derecho y, muy conexas con lo anterior, a si ese objeto es susceptible sólo de un conocimiento científico o, por el contrario, sigue siendo necesaria la reflexión filosófica.

El segundo problema central es el de la justificación o legitimación del derecho; la vieja y clásica teoría de la justicia sigue siendo en ese sentido plenamente actual. ¿Es posible frente a dos posiciones extremas: el Derecho no es sino la manifestación del poder político, expresión de la voluntad del gobernante o de la clase dominante, o el Derecho es una pauta ideal, racional, basada en la voluntad o en la racionalidad del creador, en la naturaleza humana o en la naturaleza de las cosas, y la adecuación con esa pauta es lo que legitima al Derecho positivo, encontrar una vía de superación de la eterna polémica iusnaturalismo-positivismo?

El tercer problema fundamental, desde la aportación marxista sobre el Derecho, es el de su permanencia histórica o el de su paulatina desaparición, paralelamente a la sustitución de una sociedad antagónica por una sociedad sin clases. ¿Seguirá el Derecho la suerte de la sociedad clasista, es expresión de ésta o, por el contrario, es una forma de vida social, de control social, que existirá mientras exista el hombre en sociedad?

Una vez respondidas esas preguntas, y en gran dependencia con el sentido de las contestaciones, se podrá plantear el tema de la enseñanza de la Filosofía del Derecho y sus derivadas, y en concreto el problema del Derecho natural, como asignatura.

II. EL CONCEPTO DEL DERECHO

A mi juicio, con la gran importancia que tienen las teorías formalistas o normativistas, y aceptando que el núcleo del Derecho es la idea de norma (5), o quizás la idea de ordenamiento jurídico o sistema jurídico (6), no se puede prescindir, para establecer el concepto del Derecho, de su substrato material, las relaciones sociales entre hombres que se establecen como necesarias por medio de los preceptos imperativos en que consisten las normas (7). Y ello por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque a través de la referencia a esa vida social modélica, materia del Derecho, se conecta éste con la realidad social, y ése puede ser uno de los caminos para buscar la ansiada exactitud o cientificidad que el Derecho busca. ¿No es ése el intento ya señalado de Cerroni de utilizar la aportación pura de Marx, sin gangas ni adiciones, en nuestro campo? En segundo lugar, porque esa referencia a la realidad social, a las conductas humanas que el Derecho pretende organizar, es también signo del protagonismo social en la creación del Derecho, que evite en lo posible los excesos de un voluntarismo estatalista, reconociendo la realidad del pluralismo social, o en todo caso, como mal menor, oriente a ese voluntarismo estatalista hacia esquemas democráticos. En tercer lugar, esa referencia a la realidad material organizada por el Derecho centra el acento en la persona, en el hombre como origen, causa y destinatario del Derecho, lo que desde mi punto de vista es esencial y a veces se ve oscurecido por las elucubraciones y

(5) Vid. en esa línea en nuestro país, Díaz, Elías: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1972, 2.ª ed. (reimpresión), 1974; especialmente pág. 52 y ss.

(6) Bobbio dirá en ese sentido: «Una via d'uscita si può trovare soltanto osservando che Kelsen, Olivecrona e Ross, quando parlano della forza come oggetto di regolamentazione, hanno di mira non le singole norme ma l'ordinamento nel suo complesso, e per tanto la loro definizione di Diritto vale non già come criterio per distinguere una norma giuridica da una norma non giuridica, bensì un ordinamento giuridico da altri ordinamenti non giuridici...», *Studi per una teoria generale del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, págs. 132-133. Vid. también *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.

(7) El profesor Guasp definirá al Derecho como «conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias» (*Derecho*, edición del autor; Madrid, 1971, pág. 7), con lo que agudamente acentúa también el substrato material.

las construcciones de los juristas y de los filósofos del Derecho (8). Sin esa referencia al hombre no será posible, como más tarde veremos, establecer un intento de justificación del Derecho, basada precisamente en las exigencias de la condición humana.

El segundo elemento, junto a la realidad material ya señalada, a tener en cuenta para la definición del Derecho es su carácter imperativo, su organización de esa materia mediante normas imperativas, con pretensión de cumplimiento inexorable y con puesta en funcionamiento del aparato coactivo del Estado en caso de violación, si se trata de normas expresivas de un hacer o de un no hacer (para obligar a hacer o para sancionar por la realización de la conducta prohibida) o con imposibilidad de reclamar el auxilio de ese aparato coactivo del Estado si se trata de normas cuyo incumplimiento provoca la nulidad, o la falta de efectos jurídicos (9).

Este tema del sentido, del alcance y del contenido de las normas o de las reglas del Derecho es complejo y "la insatisfacción, la confusión y la falta de certeza acerca de esta noción, aparentemente no problemática, se encuentra en la base de buena parte de la perplejidad sobre la naturaleza del Derecho..." (10).

Para mí, las normas jurídicas expresan un modelo de conducta, basado en un substrato real de relaciones humanas, que de ser vivas, cristalizan en la expresión de un deber ser, o establecen un procedimiento para la creación de otras normas, o establecen sanciones, pero en todo caso expresan una forma imperativa de actuación social apoyada en la coacción. No parece responder a la realidad, aunque sea muy ingenioso y sirva de cara a una mejor acotación de la ciencia del Derecho, la reducción del sistema jurídico a un conjunto de normas que organizan el uso de la fuerza, como pretende Bobbio (11), en la línea de Kelsen,

(8) En ese sentido se explica la tradición crítica desde la literatura, expresión de la sociedad de cada momento, respecto del Derecho (Rabelais, en su retrato del juez Bridoye; Quevedo, en el *Alguacil Endemoniado*; Racine, en *Les Plaideurs*; Kafka, en *El proceso*, etc.).

(9) Vid. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del Diritto*, citada, pág. 136. Frente a su tesis sobre la nulidad como condición para la no intervención de una fuerza protectora, vid. HART, *El Concepto del Derecho*, ya citado, sobre todo los tres primeros capítulos.

(10) HART: *ob. cit.*, pág. 10.

(11) Vid. en *Studi per una teoria generale del Diritto*, citada, su trabajo «Diritto e forza», págs. 119 y siguientes. Ese contenido de las normas como organización del uso de la fuerza supone para Bobbio: 1) el poder de obligar con la fuerza a

Ross y Olivecrona. El Derecho tiene como elemento esencial la coacción, y las normas que no pueden imponerse coactivamente no son Derecho (ya adelanto mi opinión sobre el carácter no jurídico del Derecho natural); pero el Derecho no es sólo el conjunto de normas que establecen el uso de la fuerza, sino algo mucho más amplio, como sistema de organización de la vida del hombre en sociedad. ¿Cómo se puede, partiendo de ese tema de la fuerza como contenido del Derecho, establecer una teoría jurídica de la libertad o de los derechos fundamentales? Es evidente que la organización jurídica de la libertad excede de ese planteamiento, en tanto en cuanto establece ámbitos de autonomía y de participación de los ciudadanos (derechos civiles y políticos) y derechos de crédito frente al Estado (derechos económicos, sociales y culturales), y aunque éstos se protejan coactivamente, esas normas que organizan esos derechos no son, sin forzar mucho la realidad, normas que establecen el uso de la fuerza. En otros muchos campos del Derecho, Derecho Civil, Derecho Mercantil, entre otros, se pueden encontrar ejemplos similares.

La coacción es, pues, una característica esencial del Derecho, pero éste no es sólo la organización de la coacción.

La materia, vida social, se formaliza y se transforma en Derecho mediante el sistema normativo, que supone la conversión de unas determinadas relaciones sociales, de unas determinadas conductas en modelo imperativo de organización social, a través de esas normas y con el apoyo de la coacción, si no se produce el cumplimiento voluntario.

Y ya llegamos al punto clave de todo el edificio. ¿Por qué se escogen unas determinadas conductas para convertirlas en Derecho y no otras? ¿Por qué esa preferencia porque el modelo sea uno y no otro? ¿Por qué se presta a esas relaciones sociales, cristalizadas y convertidas en normas, todo el apoyo del aparato coactivo del Estado?

¿Representan esas formas de organización social, que en definitiva son el Derecho, un ideal de justicia o una referencia a valores, o por el contrario son simplemente la manifestación del poder del más fuerte o de la clase dominante? O dicho de otra manera, para caracterizar al Derecho, junto al elemento fáctico o relación entre hombres, y al

hacer a aquellos que no hacen lo que deberían hacer 2) el poder de impedir, con la fuerza, a aquellos que hacen lo que no deberían hacer; 3) el poder de sustituir, con la fuerza, la conducta de los que no han hecho lo que hubieran debido hacer (ejecución forzosa); 4) el poder de sancionar, y de castigar, con la fuerza, a aquellos que han hecho algo que no debían o podían hacer (pena).

elemento normativo, formulación imperativa de una conducta como debida, ¿hay que añadir una referencia a valores, como contenido, más o menos imperfecto, de la justicia, como elemento existente en toda norma? ¿Es cierta la concepción tridimensional del Derecho o no es sino una fórmula tranquilizadora que retrasa y evita el problema?

Lo cierto es que en esta indagación del concepto del Derecho, los juristas y los filósofos del Derecho, especialmente, tenemos que auxiliarnos con todos los descubrimientos que desde otras ciencias, como la Sociología, la Historia, la Antropología y la Psicología, entre otras, se nos puedan aportar. En este sentido, por ejemplo, la aportación de la Sociología jurídica para descubrir las conexiones entre los sistemas sociales y los sistemas normativos y entre los primeros y los valores que esos sistemas normativos pretenden realizar o asumen en sus normas es muy importante para que nos movamos siempre en puras elucubraciones teóricas (12).

Creo, por consiguiente, en la posibilidad de un conocimiento científico sobre el Derecho, aunque por lo dicho me incline por una concepción integradora de los aspectos sociologistas o realistas y de los aspectos normativistas o formalistas. Se tratará, sobre todo, de un análisis del Derecho válido, es decir, el análisis de la legitimidad legalizada, aunque no abandonando exclusivamente a la Sociología jurídica, sino interpretando con los aspectos normativos la realidad social, contenido de las normas jurídicas.

No es éste el momento de un desarrollo en extensión de la problemática del concepto del Derecho y de la posibilidad del conocimiento científico sobre él. En esa línea, con los matices hasta ahora expuestos, me inclino a aceptar como muy válido el análisis del profesor Elías Díaz (13), aun comprendiendo, como él mismo lo comprende, la necesidad de una mayor profundización para abarcar los muy complejos problemas que el tema plantea (14).

(12) En nuestro país es importante el esfuerzo que en ese sentido han hecho los profesores GARCÍA SAN MIGUEL: *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Tecnos, Madrid, 1969, y DÍAZ, Elías: *Sociología y Filosofía del Derecho*, ya citada.

(13) En su obra citada, especialmente en su segunda parte, págs. 65 a 134.

(14) El propio Elías Díaz dirá en su nota introductoria, en la primera edición: «preferiría no haber tenido que escribir un libro sobre tema tan amplio y general... sino acaso... mucho más adelante, como resultado de una más detenida reflexión y de unos mayores conocimientos y experiencias sobre estos puntos...» (pág. 7).

Sin embargo, la ciencia del Derecho nos va a permitir construir un sistema de Derecho histórico, e incluso la comprensión de los diversos sistemas, a través de la ciencia del Derecho comparado, constatando, por ejemplo, la existencia de tres grandes sistemas o modelos de sistemas jurídicos, el anglosajón, el continental y el socialista (15); pero no va a contestarnos, trascendiendo a todo eso, sobre qué sea el Derecho en general, ni sobre todo va a contestarnos a la pregunta sobre la justicia a que antes nos referíamos, como muy certeramente sostiene González Vicen (16). Para poder indagar sobre la legitimidad y para plantearse posiciones críticas sobre el Derecho positivo, para juzgar sobre la justicia o la moralidad de un sistema necesitaremos de la Filosofía jurídica.

Y esa Filosofía jurídica no puede ser exclusivamente culturalista, sino que debe incorporar temas tan importantes como la metodología, la lógica y la teoría de la ciencia, y para esa tarea se reclama el auxilio de las ciencias particulares y de sus conquistas. Por supuesto que no pretendemos reducir, como el neopositivismo, a la Filosofía a teoría de la ciencia, y mucho menos cuando nuestra rama específica necesitará inevitablemente de la teoría de los valores jurídicos. Precisamente al excluir a los valores del campo filosófico racional, los irracionaliza, los convierte en ideales en el peor sentido del término, cuando precisamente de lo que se tratará es de vincularlos con la realidad, es decir, de apoyarlos, en lo posible, en las ciencias que tratan la realidad humana, Sociología, Economía, ciencia del Derecho.

En otro sentido no puede la Filosofía jurídica ser culturalista; tiene que estar profundamente vinculada a la praxis. Tiene que ser instrumento auténtico de la inteligencia para colaborar en la transformación de la sociedad. Tiene que integrar, como muy gráficamente decía Mounier, al ocio de pensar el mundo con la fatiga de construirlo, y en ningún campo es más imprescindible esa tarea que en el de la Filosofía jurídica por su objeto específico, por el contenido de su reflexión.

III. LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

Como decíamos al principio, el problema esencial de la meditación jurídica es el de su legitimidad, el de su justificación. Históricamente ése

(15) Vid. DAVID, René: *Les Grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, París, 2.ª ed., 1966.

(16) Vid. sus artículos en la Revista de Estudios Políticos: «El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea», núms. 50 y 51, Madrid, 1950 y 51 (1950).

ha sido también siempre el problema más importante, aunque ahora estemos quizás en posición de resolverlo de manera más radical, evitando la polarización iusnaturalismo-positivismo.

El problema se plantea a dos niveles fundamentales. El primero es el de la propia posibilidad de un razonamiento crítico sobre el Derecho positivo. El segundo es el de la fundamentación objetiva de ese razonamiento, el de la objetividad de los valores jurídicos o de la justicia.

El primer problema se ha planteado históricamente de manera parcial, de manera unilateral. Prácticamente, hasta el siglo XVIII se ha afirmado la posibilidad de un razonamiento crítico sobre el Derecho positivo, e incluso se ha afirmado que el auténtico Derecho era esa racionalidad, el Derecho natural. A partir del siglo XIX se ha rechazado ese juicio crítico en nombre del positivismo historicista (17).

Hoy el problema, para mí, se plantea de manera muy distinta. Es evidente que la pretensión de que el Derecho natural es Derecho, es decir, la concepción dualista del Derecho con la coexistencia, y no precisamente pacífica, entre el Derecho natural y el Derecho positivo, no es posible. No existe más que un sistema de Derecho, y ése es el Derecho positivo, que es el que regula imperativamente la conducta de los hombres, y el sostener lo contrario, aunque parezca paradójico, hace un flaco servicio a la teoría de la justicia. La defensa del Derecho natural como Derecho, y la imposibilidad práctica de oponerle con posibilidades de éxito a un Derecho positivo injusto, produce escepticismo, y es en la práctica una forma farisaica de mantener y apoyar al sistema establecido. Es evidente, por consiguiente, que la legitimación para criticar al Derecho positivo no se puede hacer a la manera clásica, contraponiendo a éste un sistema de Derecho ideal, el Derecho natural.

(17) Sobre esta problemática, vid. STRAUSS, Leo: *Natural Right and History*, consultado por el autor en su traducción francesa *Droit Naturel et Histoire*, Plon, París, 1951; BATTAGLIA, F.: *Diritto e Storia*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Roma, 34, 1957, págs. 623 a 636. DELGADO PINTO, J.: *Derecho, Historia, Derecho Natural Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de las órdenes jurídicas*, «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 4, 1969, págs. 79 y ss. Kelsen, Bobbio y otros, con introducción de Elías Díaz, *Crítica del Derecho Natural*, Taurus, Madrid, 1968; GONZÁLEZ VICEN: *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, «Anuario de Filosofía del Derecho», t. XIV, 1969, págs. 15 a 65; D'ENTREVES, A. P.: *Derecho Natural*, traducción española del profesor Hurtado Bautista Aguilar, Madrid, 1972; RODRÍGUEZ MOLINERO: *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1973.

Por otra parte, la posición de un positivismo extremo, que hace al Derecho no su morada, sino su prisión, como decía Feuerbach, y que niega cualquier posibilidad crítica sobre el sistema de Derecho positivo, lleva a convertir al Derecho en un puro instrumento técnico del poder y al jurista en un servidor del poder.

No se podrá ya hoy decir que el Derecho injusto no es Derecho porque la efectividad de la implantación y la obediencia a un Derecho injusto, situación que puede ser observada con frecuencia por el observador de la realidad social, desmiente esa ilusión; pero tampoco los hombres pueden permanecer impassibles ante el Derecho injusto, y menos que nadie los juristas, si tienen sensibilidad y sentido de la responsabilidad.

Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho sólo se puede indagar respecto de la validez o invalidez del Derecho, y será Derecho toda norma formalmente correcta por haber surgido por el procedimiento establecido, en el sistema jurídico de que se trate y desde la autoridad o poder competente para ello. Una norma creada de acuerdo con las competencias establecidas en la norma fundamental (18) o en otras normas derivadas de ésta, o con la norma de reconocimiento (19), es derecho y no será posible negarle su carácter jurídico por muy injusta que sea esa norma. Sin embargo, sí será posible criticar desde fuera del Derecho, desde planteamientos morales o desde valores jurídicos (otra cosa será su fundamentación objetiva), a esa norma injusta. Es más, casi me atrevería a decir que ese juicio crítico sobre el Derecho positivo injusto es una obligación de todo jurista y de todo hombre, e incluso su desobediencia, en base a razones éticas, a esa legitimidad justa, a la que más tarde nos referiremos. Pero los problemas deben ser distinguidos: ese Derecho injusto es Derecho, aunque se le califique de inmoral, de injusto, y se le desobedezca, e incluso se intente su derogación. Sólo dejará de ser Derecho si sus críticos tienen un poder suficiente para cambiarlo o para derribar al poder que lo sostenga. En definitiva, la legalidad se legitima en última instancia por el poder que la sostiene y que es quien apoya a la norma fundamental o a la norma de reconoci-

(18) Vid. Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, traducción de Moisés Nilve de la edición francesa de la *Reine Rechtslehre* (1944), editada en La Baconnière, Neuchatel (1953), y *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 3.ª ed., 1969 (1.ª edición en 1949).

(19) Vid. HART: *El Concepto del Derecho*, citado.

miento (20). Nos encontramos aquí con el problema entre Poder y Derecho, que es esencial y sin el cual no se puede explicar este problema de la justificación del Derecho.

Pero bástenos ahora constatar para resolver el primer problema sobre la posibilidad de un razonamiento crítico sobre el Derecho positivo, que éste es posible, aunque no afecte este razonamiento a la validez de las normas afectadas, que pueden perder validez y eficacia sólo si los críticos de ese sistema normativo tienen suficiente poder para cambiarlas. Este cambio puede ser dentro de unas reglas de juego integradas en un sistema democrático, o por el contrario, si estas reglas de juego no existen, en una situación revolucionaria. Quede, pues, sentado que solamente un sistema democrático, que integre a las fuerzas que quieren cambiar normas, o conjuntos de normas, o todo un sistema jurídico, aunque este cambio afecte a la esencia misma del sistema, es el que puede evitar esas situaciones revolucionarias. Hay que reconocer que este esquema está visto con mucha prevención, pese a su racionalidad máxima en la evitación de conflictos radicales, desde las dos perspectivas, tanto desde la perspectiva del sistema democrático, que se resiste a poner en tela de juicio sus fundamentos últimos, como desde la perspectiva de los sectores revolucionarios, que son así acusados de revisionistas, reformistas, etc. Lo único que un esquema de esta naturaleza debería preservar y proteger del cambio es precisamente esas reglas de juego que permiten cambiar las normas válidas, si se consideran injustas o inmorales. La garantía de este sistema está precisamente en la defensa de esas reglas del juego, que podemos aproximar a las reglas

(20) En ese sentido son muy certeras las agudas observaciones de Bobbio en su trabajo *Sul principio di legittimità*, relacionando la legitimidad del poder y la justicia de la norma. Así, la justicia de la norma se relacionará con la legitimidad del poder y la eficacia de la norma con la efectividad del poder (*Studi per una Teoria Generale del Diritto*, citado, págs. 79 a 93, especialmente pág. 90). Sobre el problema de legitimidad y legalidad, vid. también SCHMIDT, C.: *Legalität und Legitimität*, Duncker und Humblot, Munich y Leipzig, 1932, traducción castellana de José Díaz, Aguilar, Madrid, 1971; FERRERO, G.: *Pouvoir. Les genies invisibles de la Cité*, Plon, París, 1945; Bastid, Polin, A. P. d'Entrevies, Castberg, Cotta, Bobbio, etc., *Sur le Principe de Legitimité*, P. U. F., París, 1967; en España, FUEYO ALVAREZ: *Legitimidad, validez y eficacia*, Revista de la Administración Pública, Madrid, 1951, núm. 6; LEGAZ LACAMBRA, *Legitimidad y legalidad*, en «Humanismo, Estado y Derecho», Bosch, Barcelona, 1960, págs. 87 a 105, y también Elías Díaz en su obra citada, *Sociología y Filosofía del Derecho*.

del juego limpio de Rawls (21). Si éstas desaparecen, todo el sistema se derrumba y el cambio sólo podrá ser revolucionario.

Pero vamos a pasar al segundo problema que plantea la justificación del Derecho. Una vez aclarado el punto de la posibilidad de un juicio crítico desde la legitimidad justa, hay que plantearse el problema de la legitimación objetiva.

¿Se puede hoy criticar un sistema de Derecho positivo desde una legitimidad justa objetiva o simplemente se le puede criticar desde posiciones políticas, en definitiva desde posiciones subjetivas?

A mi juicio, las respuestas clásicas, todavía hoy muy potentes en nuestro país, en defensa de un Derecho natural de signo tomista, aun modernizado por la influencia de la escuela española de Derecho natural, y las respuestas iusnaturalistas de influencia racionalista protestante, no son válidas pues desconocen esa realidad del carácter histórico de los sistemas jurídicos y del condicionamiento decisivo de estos sistemas jurídicos por la evolución económica, social, cultural y política que se produce en la historia (22).

Y al mismo tiempo se deberá evitar la cerrazón del positivismo historicista, antítesis del racionalismo antihistórico, que rechaza cualquier justificación objetiva del Derecho positivo y que intenta construir un sistema cerrado, donde el propio sistema se justifica a sí mismo como a través de la Norma hipotética en Kelsen, aunque, como veremos, eso es, en gran parte, inevitable, y el reconocimiento de esa inevitabilidad es el principio de la solución del problema.

Así dirá Elías Díaz que "... La Filosofía del Derecho contemporánea va a tener que constituirse así a través de una doble polémica: por un lado, frente al iusnaturalismo medieval y racionalista, afirmándose como reflexión sobre el Derecho histórico, concreto; por otro, también frente al positivismo, afirmándose como reflexión que trasciende los datos y hechos empíricos a través de los cuales se expresa el Derecho positivo..." (23). En esa misma línea dirá González Vicén, desde la perspec-

(21) *Justice as fairness*, «The Journal of Philosophy», LIV, 1957, y también *Legal obligation and duty of fair play*, en un simposium celebrado sobre el tema en 1964, citado por LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1972, pág. 441.

(22) Vid. en ese sentido el artículo de González Vicén ya citado, de enorme interés para este tema, *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*.

(23) *Sociología y Filosofía del Derecho*, citada, pág. 299.

tiva de la teoría del conocimiento, que "los conceptos históricos son, desde luego, conceptos, es decir, significaciones de la realidad revestidas de una pretensión de validez general..." (24).

Las respuestas son difíciles, aunque a mi juicio sea necesario tener en cuenta aportaciones importantes, como la de Recaséns, que desde sus planteamientos raciovitalistas intentará una síntesis entre valores e historia, aceptando la historicidad del Derecho (25); la de Hart, sobre la norma interna al Derecho y la tesis del contenido mínimo del Derecho natural (26); la de Bobbio, donde, como dice Elías Díaz: "Se trata... de una Filosofía jurídica que, manteniendo no pocos de los presupuestos metodológicos del análisis positivista... admite no obstante la posibilidad, por tanto, de una Axiología jurídica, de una teoría crítica de la justicia..." (27). Incluso en ese sentido, y pese a su pretendida pureza metodológica, Kelsen, donde el positivismo, como dice Elías Díaz, em-

(24) *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, citado, pág. 61.

(25) *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 4.^a ed., 1970, página 461 y ss.

(26) *El Concepto del Derecho*, citado, y también *Derecho y Moral: contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro Carrió, De Palma, Buenos Aires, 1962, donde se incluyen los artículos «Definition and theory in Jurisprudence» (1953), «Are there any natural rights» (1955) y «Positivism and the separation of Law and morals» (1958). También, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1965, y *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968. Sobre Hart, A. P. d'Entrèves, *Un Noyau de bons sens (à propos de la théorie du droit Naturel chez H. Hart)*, «Revue Internationale de Philosophie», 1963; A. CATTANEO, Mario: *Il diritto naturale nel pensiero di H. Hart*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XLII, 1965, págs. 674 y siguientes; BOBBIO, N.: *Ancora sulle norme primaire e norme secondaire*, «Rivista di Filosofia», LIX, 1968, págs. 35 y siguientes; KALINOWSKI: *Theorie, metatheorie ou Philosophie du Droit: Reflexions sur «The Concept of Law» de H. L. A. Hart et «On Law and Justice» d'Alf Ross*, «Archives de Philosophie du Droit», tomo XV, 1970. En el mismo volumen, MOHAMED EL SHAKANKIRI: *Analyse du langage et du droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham a Hart*. En España, sólo hay referencias interesantes al tema en Díaz, Elías: *Sociología y Filosofía del Derecho*, cit., págs. 366 y siguientes.

(27) Obra citada, pág. 376. Para este problema en Bobbio, vid., sobre todo, *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli Torino, 1955; *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960; *Il positivismo giuridico*, Cooperativa Libreria Universitaria, Torino, 1960-61; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965; *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, citada, y también sus trabajos *Locke e il Diritto Naturale*, Giappichelli, Turin, 1963; *Equaglianza e dignità degli uomini*, en la obra colectiva «Diritti dell'Uomo e Nazioni Unite», Cedam, Padua, 1963, y *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in la «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», año XLII, serie III, abril-junio 1965, págs. 201 y ss.

pieza a hacerse positivismo crítico (28). En nuestro país será ése el intento de Elías Díaz, que él mismo concreta así: "... en un nivel, revalorización del Derecho positivo (que puede constituir un efectivo elemento de transformación social) y afirmación de una suficiente autonomía de la ciencia jurídica y de la Sociología del Derecho (contribuyendo a una mejor organización, más segura y más justa, de la convivencia humana). En otro de carácter crítico trascendental, tendencia a una comprensión totalizadora del fenómeno jurídico, necesidad de un análisis crítico de los presupuestos conceptuales y metodológicos de la ciencia jurídica, y finalmente, de manera fundamental, exigencia de una valoración ética racional del Derecho positivo..." (29).

En este contexto, el problema de la legitimación, o de una racionalidad crítica del Derecho positivo, debe plantearse, a mi juicio, desde las siguientes perspectivas:

1.º) Los sistemas jurídicos de nuestro marco cultural, que es el europeo, donde las "peculiaridades", sobre todo a nivel político, del sistema español son una superestructura ideológico-patológica y desplazada de su contexto general, tienen ya en sí mismos unas exigencias, representadas por los principios generales inspiradores de esos sistemas. Esa moral interna del Derecho, como dice Hart; esas exigencias de la seguridad jurídica, que establecen la certeza del Derecho, el *rule of law*, las garantías procesales, la imparcialidad en la aplicación del Derecho, el principio de legalidad, la no retroactividad de las leyes el hombre como sujeto del Derecho, etc., son el primer nivel de justificación de un sistema jurídico, y de legitimación del mismo, por comparación de los demás sistemas jurídicos de su misma área cultural. Sin este primer nivel no es posible dar más pasos. En el caso de nuestro país es evidente que la racionalidad de nuestro sistema jurídico pasa por su homologación con los principios generales del Derecho imperantes en los países europeos.

2.º) Ya hemos dicho antes que, en última instancia, hay que reconocer que la legitimidad de un sistema normativo se apoya en el Poder que lo mantiene, en la fuerza del Poder político que presta al Derecho el apoyo del aparato coactivo del Estado para la realización de la imperatividad del Derecho. Tras la norma hipotética de Kelsen se oculta el Poder político que apoya todo el sistema normativo desde la norma

(28) Obra citada, pág. 362. En Kelsen, sobre todo en *What is Justice? Justice Law and politics in the mirror of science*, University of California Press, Berkeley, 1960.

(29) Obra citada, pág. 388.

fundamental hasta el último de los preceptos jurídicos. Bobbio dirá en este sentido: "... Però poi quando se domanda quale sia il fondamento della norma fondamentale, che dovrebbe fondare la validità di tutte le altre norme, ci si sente rispondere —e a rigore non c'è altra risposta possibile— che il fondamento di questa norma ultima, non potendo essere un'altra norma superiore, è la sua efficacia, cioè il fatto, storicamente e sociologicamente accertabile, che gli obblighi da esse derivati sono abitualmente osservati, o, correlativamente il potere da essa istituito, che è per l'appunto il potere ultimo, al di là del quale non c'è altro potere, è effettivamente ubbidito. Ma con questa risposta si è già passabili dalla linea delle norme a quella dei poteri: là validità della norma ultima è fondata sull'effettività del potere ultimo..." (30).

Si la validez de la norma, en última instancia, está apoyada en la efectividad del Poder, desde el punto de vista formal la legitimidad de un sistema jurídico estará basada en la legitimidad del Poder en que se apoye, al menos su legitimidad de origen o fundante, porque la legitimidad de ejercicio de un sistema jurídico será el respeto a la propia legalidad y a esas exigencias fundamentales a que nos referimos en el número anterior.

Será, pues, necesario centrar la atención en la legitimidad del Poder para deducir la legitimidad de su sistema jurídico. Es cierto que un Poder puede fundarse en la pura fuerza, en el hecho de que ninguna otra fuerza social es capaz, en ese momento, de resistirle. Sin embargo, esa pura situación de hecho no supone una legitimación racional.

En 1975, contemplando la evolución del mundo moderno, parece que sólo existe una legitimación racional, que es la democrática, es decir, cuando el Poder está apoyado en la mayoría de la comunidad. En efecto, si, como ya hemos indicado, resulta que el Poder tiene su asiento en su voluntad y en la fuerza de expresión de esa voluntad, es lógico que

(30) *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, citada, págs. 88 y 89. «... Pero cuando se pregunta cuál sea el fundamento de la norma fundamental, que debe fundar la validez de todas las demás normas, se suele responder —y en rigor no hay otra respuesta posible— que el fundamento de esta norma última es su eficacia, al no poder serlo otra norma superior, es decir, el hecho histórico y sociológicamente demostrable de que los deberes derivados de la misma son habitualmente obedecidos o correlativamente que el poder creado por ella, que es el poder supremo, más allá del cual no hay ningún otro poder, es obedecido efectivamente. Pero con esta respuesta se ha pasado ya de la línea de las normas a la de los poderes: la validez de la norma última está fundada sobre la efectividad del poder último».

todos los esfuerzos para buscar una legitimación racional a ese poder coincidan en la legitimación formal, es decir, en la afirmación de que es mejor, más racional, la voluntad de la mayoría que la voluntad de una minoría. Por otra parte, ya hemos indicado que esa concepción democrática del Poder es la única que permite un juego pacífico de crítica al Derecho positivo, denunciando su injusticia o su inmoralidad; así el cambio del Derecho positivo válido se produce sin traumas porque la misma fuerza o Poder político que sostiene al Derecho positivo, sostiene las reglas de juego que hacen posible su cambio (excepto el cambio de las reglas de juego, pues entonces se derrumbaría todo el sistema). La legitimidad democrática del Poder es así también la única legitimidad de un sistema jurídico, desde este punto de vista formal (31).

3.º) Es posible que, para muchos, en esa racionalidad democrática se detenga la posible indagación sobre la racionalidad de un sistema jurídico. En esa línea todo sistema jurídico, expresión de la voluntad de la mayoría, sería un sistema jurídico legítimo, y por consiguiente estaríamos ante una legalidad justa. Sin embargo todavía parece posible dar algún paso más que permita una legitimidad material, es decir, una racionalidad de contenido que inspire las líneas generales de un sistema jurídico. Esa legitimidad material de contenido completaría, pero en ningún caso sustituiría a la legitimidad formal.

Para la búsqueda de esa legitimidad material parece imprescindible seguir en primer lugar el camino indicado por Elías Díaz, es decir: una indagación histórica sobre las diferentes concepciones del mundo y los principales sistemas de valores, con la influencia de los factores infraestructurales. Después una exposición y "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..." (32). Naturalmente, como desconfiamos de las generalizaciones, que podrían hacernos caer de nuevo en concepciones idealistas, se debería concretar el análisis especialmente a aquellos sistemas jurídicos de nuestra misma área cultural. De ese examen se desprende la existencia de una serie de conquistas de la

(31) A diferencia del profesor Elías Díaz, no consideramos a la Democracia política como un criterio de legitimidad material incompleto o insuficiente, como parece desprenderse de sus observaciones en la página 407 de su *Sociología y Filosofía del Derecho*, sino como un criterio de legitimidad formal insustituible, aunque completable por los criterios de legitimidad material.

(32) Obra citada, pág. 410.

razón humana, que difícilmente podrían no recogerse en un sistema jurídico justo. Nos referimos a la constatación de un pluralismo ideológico real, que debe ser reconocido y protegido en el sistema jurídico, único camino para su sustitución pacífica a la aceptación del Derecho, como regla de juego imprescindible para una convivencia plural entre hombres libres, y tras la constatación de la desigualdad real y de la explotación existente en las sociedades actuales, la búsqueda de medios para la progresiva superación de la desigualdad real (uno de ellos, introducido en la historia por inspiración del socialismo, sería la propiedad social de los medios de producción).

Sin embargo, para que todo este conjunto de aspiraciones, de valores, cuya objetividad es, al menos, muy importante, se convierta en un cuerpo coherente, la legitimidad justa en nuestro círculo cultural, habría de integrarlos, institucionarlos en torno a una idea central. A mi juicio esa idea sería la de los derechos fundamentales, conquista esencial, aunque todavía incompleta, y ello por diversas razones:

1. Porque los derechos fundamentales son una mediación entre la aspiración ética del desarrollo del hombre como fin de la sociedad, para nosotros auténtico postulado previo, valor fundamental de la legitimidad justa, y la realización de esa aspiración por medio del Derecho.

2. Porque los derechos fundamentales de libertad (derechos civiles y políticos) y de igualdad (derechos económicos, sociales y culturales) integran y concretan todas esas aspiraciones que se detectan por el análisis histórico y actual de los sistemas jurídicos (33).

Así, la organización jurídica de la libertad, tanto de la política y civil como de la económica, social y cultural, sería la legitimidad justa a desarrollar en un sistema jurídico donde el hombre y su desarrollo integral fueran la preocupación de la mayoría (legitimidad formal o democrática). Eso, sobre todo a la altura del tiempo en que nos encontramos, supondría un esfuerzo para construir una teoría jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, como auténticos derechos subjetivos de crédito frente al Estado para evitar los peligros de lo que llama Berlín la libertad positiva, es decir, de una construcción totalitaria de la igualdad (34). Este papel protagonista de los derechos fun-

(33) Vid. mi trabajo *Derechos Fundamentales*, I, Teoría General, Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973.

(34) Vid. mi artículo *Socialismo y Libertad*, Revista «Sistema», núm. 9, Madrid, mayo 1975, y también el libro de BERLÍN, *Libertad y Necesidad en la Historia*, tra-

damentales, considerándolos como contenido de una teoría actual de la justicia, no deja de tener dificultades, y entre éstas, una de las fundamentales, la teoría de la desaparición paulatina del Derecho y del Es-

ducción de Julio Bayón, «Revista de Occidente», Madrid, 1974, donde se incluye el concepto de libertad positiva. Este planteamiento supone una perspectiva socialista en la orientación de la legitimidad justa. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales son creación socialista, e incluso creación frente a las concepciones liberales, y son, junto con los derechos civiles y políticos, a los que no se puede nunca renunciar, la garantía de la libertad en la sociedad socialista. Son, por supuesto, desde el punto de vista jurídico la condición para la superación de una teoría liberal de los derechos humanos, que es una teoría incompleta e insuficiente (aunque no falsa, como señala Capella en la Introducción a la obra, ya citada, *Marx, el Derecho y el Estado*). Pero son también la condición de la personalización de la libertad positiva en una sociedad socialista que supere el socialismo totalitario. Esta deformación está basada en la creencia en una exactitud total en el campo de las ciencias sociales y humanas de origen positivista y fichteana. Fichte, considerado por algunos como precursor del socialismo en Alemania, decía: «Nadie tiene derechos contra la razón... Obligar a los hombres a que adopten la forma de gobierno que es buena e imponerles el Derecho por la fuerza, no sólo es el derecho, sino también el sagrado deber de todo hombre que tenga, tanto la inteligencia como el poder de hacerlo» (citado por Berlin en su obra, ya citada, pág. 163). También Comte exclamaba: «... Si no permitimos la libertad de pensamiento en la Química o en la Biología, ¿por qué habríamos de permitirla en la moral o en la política?...» (citado, asimismo, por Berlin, pág. 163). Berlin traslada este problema a la justificación del socialismo autoritario que pretende imponer lo que él llama la libertad positiva. «... La idea de que tiene que haber respuestas últimas y objetivas para las cuestiones normativas, verdades que pueden demostrarse o intuirse directamente, que es posible, en principio, descubrir una estructura armónica..., que hacia esta única meta es hacia la que tenemos que dirigirnos... no es válida, y a veces ha conducido (y todavía sigue conduciendo) al absurdo en la teoría y a consecuencias bárbaras en la práctica» (Berlin, pág. 52). Así, con estas premisas racionalistas, se llega en la práctica a una realización voluntarista del socialismo mediante un poder, partido, vanguardia del proletariado, que construye desde arriba la libertad positiva. Sigue Berlin: «... Si soy legislador o gobernante tengo que suponer que si la ley que impongo es racional... será automáticamente aprobada por todos los miembros de mi sociedad. Pues si no la aprueban, tienen que ser, por tanto, irracionales, entonces necesitarían ser reprimidos por la razón...» (Berlin, pág. 165). Las condiciones económicas, sociales y culturales, descubiertas por la razón, son impuestas planificadamente desde el Poder, que construye así la libertad positiva. Pero cabe, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, una construcción más correcta de la legitimidad justa, a través de una construcción más personalista, que tenga más en cuenta la iniciativa individual y social, y que no conduzca necesariamente al rechazo de la libertad positiva, recluyéndose, como hacía Berlin, en la ciudadela liberal de la libertad negativa. Esta construcción humanista o personalista de la libertad positiva que evite los riesgos de totalitarismo, pero que no se detenga, en la construcción de una sociedad socialista, exige un reconocimiento jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales como auténticos derechos subjetivos de crédito, que

tado, supone una ruptura con la posibilidad de la tesis que aquí sostenemos. Ese es el tercer gran problema que anunciábamos al principio de estas páginas.

IV. LA DESAPARICIÓN DEL DERECHO

Ciertamente, aunque hasta el siglo XIX han existido varias posiciones escépticas sobre el Derecho y su valor, desde Carneades hasta Von Kirchmann, nadie había negado, de manera sistemática, la permanencia del Derecho como forma imperativa de organización social, aunque naturalmente sí se había reducido el idealismo de algunas posiciones y se había dado del Derecho una versión más modesta o realista. La afirmación de la necesidad del Derecho para la vida social, para toda vida social histórica, aunque los argumentos para justificarlo fueran distintos —naturalidad del Derecho inseparable de la vida del hombre en sociedad, o producto de un pacto social—, era una realidad prácticamente unánime.

Con la aparición del marxismo el problema cambiará. Ciertamente en uno de sus aspectos menos científicos, más utópicos, y con tintes más anarquistas en la utopía, se planteará por Marx el tema de la desaparición del Estado y del Derecho en una sociedad sin clases, tema luego desarrollado por Engels y por Lenin, y por todos los teóricos marxistas ortodoxos que han tratado sobre el Estado y el Derecho (35). En resu-

deberán satisfacer el Estado y los demás grupos sociales en una sociedad autogestionada. Este esfuerzo está todavía en sus inicios, y se enfrenta con las suspicacias de los teóricos liberales de los derechos fundamentales, pero es el único camino, a mi juicio, para una teoría del socialismo democrático (resumidamente, esta nota recoge una parte importante de la conferencia que pensaba dar el autor de este trabajo en la Facultad de Derecho de Oviedo en marzo de 1975. Con los correspondientes permisos del señor Decano y del Rectorado, pocas horas antes de iniciarse el acto, fue prohibido expresamente por el señor Ministro, don Cruz Martínez Esteruelas, pese a las gestiones que por las autoridades académicas de Oviedo se produjeron. Traigo esto a colación, aparte de su relación con el tema, para subrayar las dificultades no científicas con que se encuentra la Filosofía del Derecho en nuestro país, y que no solamente afectan al que suscribe, sino a otros muy prestigiosos y queridos colegas que están en la mente de todos).

(35) Así encontramos la crítica del Estado en MARX: *Obras Filosóficas* (1848), traducción francesa de J. Molitor y A. Costes, tomo VI, París, 1937, págs. 172-174. En ENGELS: *Los orígenes de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, versión francesa de A. Costes, París, 1948, págs. 226-227 a 229, y en el *Anti-Düring*, traducción francesa de Bottigelli, Editions Sociales, París, 1950, págs. 402 y 403, y en LENIN: *El Estado y la Revolución*, versión francesa «Oeuvres choisies», Editions de Moscou, tomo II, págs. 161 y 163 a 165, entre otros muchos textos; la tesis de la desaparición del Estado la encontramos en Marx, en *La Ideología Alemana*, tra-

men, la tesis será que el Derecho es una realidad superestructural, reflejo del Poder de la clase dominante. Tras la toma del Poder por la clase trabajadora seguirá existiendo un Derecho de transición, también de clase, pero de la clase mayoritaria, del proletariado, y será por fin suprimido en la sociedad comunista. El texto concreto de Marx, punto de partida del planteamiento que aquí nos interesa, aunque naturalmente con base en el planteamiento general, es el famoso de la "Crítica del programa de Gotha" (36). "En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo y con ella la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: "De cada cual según sus capacidades; a cada cual según sus necesidades...". Obsérvese que en este texto Marx no plantea la desaparición del Derecho, sino la desaparición del Derecho burgués. Solamente en la "Crítica del programa de Gotha" se hablará del Estado, y

ducción francesa «Oeuvres philosophiques», Costes, tomo VI, págs. 175-178; en *Miseria de la Filosofía*, traducción francesa de H. Mougui, Ed. Sociales, París, 1947, págs. 135 y 136, por supuesto, en el *Manifiesto* y en la *Crítica del programa de Gotha*. En ENGELS: *Philosophie, économie, politique, socialisme (contre Eugène Dühring)*, págs. 360 y 362 de la traducción francesa, N. R., París, 1911. En Lenin la encontramos en *Les tâches du prolétariat et la révolution*, versión francesa, «Oeuvres choisies», citada, págs. 43-45; en *L'Etat et la Révolution*, citado, págs. 173-176, 260-262, 234-247.

(36) La cita está tomada de la cita de Ricardo Aguilera, Madrid, 1968, pág. 22. En los demás textos de Marx, muy escasos sobre el Derecho, el problema se planteará desde perspectivas similares. Así, en el Prólogo a la *Crítica de la Economía Política*, Karl Marx, «Oeuvres. Economie I, édition de Rubel, Gallimard, París, 1965, pág. 272 y en la *Introducción a la Crítica de la Economía Política*, de 1857 (en la misma edición que la anterior, págs. 233 y siguientes), etc.

En *Sobre la Cuestión Judía*, aportación de Marx a los Anales Franco-Alemanes, escrito en 1843, con largas reflexiones incluso sobre los derechos humanos en la sociedad burguesa, no se apartará tampoco del mismo planteamiento: «Sólo cuando el hombre individual real reabsorba ensí al ciudadano, abstracto y como hombre individual, en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales, se haya convertido en ser genérico; sólo cuando el hombre haya reconocido y organizado sus «foces propias» como fuerzas sociales y por ello no separe ya de sí la fuerza social bajo la figura de fuerza política, sólo entonces se completa la emancipación humana...» (citado por MARX, Karl: *Escritos de Juventud*, selección, traducción e Introducción de Francisco Rubio Llorente, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Caracas, 1965.

por consiguiente del Derecho, en la transición entre el capitalismo y el socialismo, indicando Marx la dificultad de dar una respuesta científica. Quizás por eso se reserva sobre este punto.

“... La cuestión se plantea así: ¿qué transformación sufrirá la esencia del Estado en una sociedad comunista? En otros términos: ¿qué funciones sociales, análogas a las funciones actuales del Estado, subsistirán entonces? Este problema no puede tener *sino una respuesta científica*” (el subrayado es mío)...

“Entre la sociedad capitalista y la sociedad comunista hay el período de transformación revolucionaria de la una a la otra. A este período corresponde también un período de transformación política donde el Estado no podría ser sino la dictadura revolucionaria del proletariado...” (37).

En Engels se plantea muy claramente la desaparición del Estado, que será sustituido por una asociación libre e igualitaria de productores, y relegado al museo de las antigüedades junto con la rueca y el hacha de bronce (38). La idea de la desaparición paulatina del Estado, tan gráficamente expresada por la palabra francesa *dépérissement*, frente a la tesis anarquista de la abolición inmediata del Estado, es introducida por Engels (39) y completada por Lenin en *El Estado y la Revolución* y en *Las tareas del proletariado y la revolución* (40). En la primera de esas obras Lenin será tajante: “... Entonces se abrirá de par en par la puerta que permitirá pasar de la primera fase de la sociedad comunista a su fase superior, y por consiguiente, a la desaparición completa del Estado” (41).

Actualmente, aunque se abren, como veremos, nuevas perspectivas, el pensamiento marxista sobre el Derecho y el Estado se mueve entre la contradicción de esa afirmación escolástica de la desaparición del Derecho, que no está nada clara en Marx, y la necesidad de construir una

(37) Traducción del autor de la edición francesa citada, págs. 95-96. Naturalmente, este texto, además del problema que nos ocupa plantea otro, muy importante, que no podemos tratar aquí, y que es el de la relación entre socialismo y democracia. (Vid. sobre eso mi artículo, ya citado, *Socialismo y Libertad*).

(38) Vid. *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, citado, pág. 229.

(39) Vid. sus escritos «Philosophie, économie, politique, socialisme» (contre Eugène Dühring), ya citados.

(40) Obras citadas, págs. 173-175 y 43-45, respectivamente.

(41) Obra citada, pág. 247.

teoría autónoma del Derecho desde perspectivas marxistas. En la obra de Lukic *Theorie de l'Etat et du Droit* se plantea el tema en términos clásicos: "En d'autres termes au bien de croire comme les anarchistes que l'Etat et le Droit peuvent être supprimés d'un seul coup, rapidement et brutalement, il faut admettre qu'ils s'effitent graduellement, qu'ils conaissent un long processus de dépérissement..." (42).

De una manera más matizada, Szabo, sin embargo, sostendrá la misma tesis: "... la réalisation intégrale du Droit equivaut a son extinction. Le Droit devenu coutume passe sans aucune médiation juridique dans la réalité sociale... Sans pour autant "cesser d'être" une réglementation le Droit se transforme essentiellement en "non Droit"; cette transformation est non seulement reflétée, mais transmise par la conscience..." (43).

En España está el inteligente, aunque a mi juicio ligero, trabajo del profesor Capella, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, donde se "parte del convencimiento de que todo Derecho es un mal y trata de arrojar leña o fuego a la hoguera de su consumación..." (44).

Quizás esa contradicción es la que explica la pobreza de la tradición marxista en la teoría del Derecho, a que alude Cerroni (45).

Por mi parte, creo que el Derecho, como organización imperativa de la sociedad, como regla técnica de control social, existirá mientras existan sociedades humanas, aunque no existirá, en una sociedad socialista, el Derecho propio de las sociedades antagónicas. Esta, por otra parte, me parece la interpretación más adecuada del pensamiento de

(42) Obra citada, pág. 141: «En otras palabras, en vez de creer como los anarquistas que el Estado y el Derecho pueden ser suprimidos de un golpe, rápida y brutalmente, hay que reconocer que se desmoronan gradualmente, que conocen un largo proceso de destrucción...».

(43) *Les Fondements de la Theorie du Droit*, Akademiai Kiadó, Budapest, 1973, pág. 321. «... La realización integral del Derecho equivale a su extinción. El Derecho convertido en uso social se incorpora sin ninguna mediación jurídica a la realidad social. Sin dejar de ser una reglamentación, el Derecho se transforma en «no Derecho». Esta transformación es no solamente reflejada, sino transmitida por la conciencia».

(44) Fontanella, Barcelona, 1970, pág. 8.

(45) En su artículo *Marxisme et Droit; Considerations historico-critiques*, en «Archives de Philosophie du Droit», tomo VII; *Marx et le Droit Moderne*, Sirey, París, 1967. Vid. también en ese número los interesantes artículos de Lyon Caen, Della Volpe, Poulantzas, Szabo, Varga, Villey, etc.

Marx, deformada posteriormente por los glosadores y comentaristas, empezando por Engels y Lenin. La afirmación de la desaparición total del Derecho es una utopía anárquica inserta en el pensamiento marxista. Las contradicciones, aunque diferentes de la sociedad clasista, seguirán existiendo, y sobre todo serán los hombres los sujetos de la vida social, y como reconoce Bloch: "... insuficiencias y deslices humanos quedarán todavía bastantes, incluso aquellos que no son de índole antagónica, sino que se dan en la tensión aguda entre buena y mala voluntad, entre el acorde sólo aproximativo entre persona y comunidad, comunidad y persona, y ello incluso en una situación de solidaridad..." (46).

Por otra parte, el mismo desarrollo de las sociedades socialistas, con la creación de condiciones políticas totalitarias y las graves situaciones del stalinismo y de Checoslovaquia, entre otras, ha devuelto el interés de los teóricos marxistas por los problemas de la libertad y de su organización jurídica (47). Así en un reciente libro de Monique y Roland Weyl, *Revolution et perspectives du Droit*, se dice: "... Mais une véritable revalorisation du Droit ne saurait être confondue avec une revalorisation de la loi. Car ce serait, une fois encore confondre les vérités ou les vices d'une législation avec les mérites démocratiques de l'élevation de sa teneur juridique... C'est pourquoi une société fondée sur la contradiction de classe ne peut pas avoir une législation de haute teneur juridique universelle, valable pour tous, c'est pourquoi la législation capitaliste pouvait en avoir une pour les masses bourgeoises du capitalisme ascendant, et pourquoi elle ne valait pas pour le prolétariat; c'est pourquoi aujourd'hui ou contraire la législation capitaliste des monopoles part à l'attaque du juridique et pourquoi au contraire le prolétariat y accède..." (48).

(46) *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961, pág. 272, citado por WELZEL: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Felipe González Vicén, Aguilar, 2.ª ed., Madrid, 1971, pág. 207.

(47) Vid. sobre todo eso las referencias y la bibliografía que indico en mi artículo sobre *Socialismo y Libertad*, citado.

(48) Subtitulado «de la société de classes à la société sans classes», Editions Sociales, París, 1974. Su primera parte se titula «Des dangers de l'idéologie antijuridique dans la critique de l'idéologie juridique»; el texto citado es de la página 215: «... Pero una verdadera revalorización del Derecho no tendría que confundirse con una revalorización de la Ley. Esto supondría, una vez más, confundir las verdades o los vicios de una legislación con los méritos democráticos de la elevación de su contenido jurídico... Por eso, una sociedad, fundada en la contradicción de clase, no puede tener una legislación de alto tenor jurídico universal, válido para todos, por eso la legislación capitalista podría tener significado para las masas

Es decir que para estos autores el Derecho justo sólo puede darse en una sociedad socialista, lo que supone un giro copernicano en los planteamientos, que por otra parte se manifiesta en el interés de los juristas y filósofos del Derecho marxistas por la teoría de los derechos fundamentales (49). Para que no haya dudas, Monique y Roland Well dirán: "... Le socialisme, au contraire, crée les conditions d'un consensus libéré des alterations de l'exploitation. Il ouvre donc la voie a un système juridique de délibération de le teneur juridique la plus élevée" (50).

El pensamiento marxista puede aportar, como ya hemos señalado, mucho al progreso del Derecho, e incluso quien esto escribe está convencido de que un sistema de Derecho más justo, con una integral organización jurídica de la libertad, sólo será posible en una sociedad socialista, pero ello debe ser tras el abandono de esa utopía anarquista, acientífica, y al menos en los tiempos en que vivimos, indemostrable, de la desaparición del Derecho. Este será más pleno, si se quiere, en una sociedad sin clases que en una sociedad antagónica, pero seguirá siendo Derecho. Radbruch dirá en ese sentido muy certeramente: "La comunidad socialista será también un Estado de Derecho... Una vida humana en común no puede pensarse en absoluto sin una forma de Derecho..." (51).

burguesas del capitalismo ascendente y, sin embargo, no valía para el proletariado; por eso, hoy, por el contrario, la legislación capitalista de los monopolios se lanza al ataque de lo jurídico, y por eso, por el contrario, el proletariado accede a lo jurídico...».

(49) Véase, por ejemplo, la obra colectiva dirigida por el profesor Szabo: *Socialist Concept of human rights*, Akademiai, Kiado, Budapest, 1966, y la aportación del rumano profesor Vintu, miembro de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de su país, *Le régime des droits et libertés fondamentaux de l'homme et les institutions nationales pour leur protection dans les pays socialistes*, Publicaciones del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Quinta sesión académica (1 a 26 de julio de 1974, resumen de cursos (Estrasburgo, 1974).

(50) Obra citada, pág. 226. «El socialismo, por el contrario, crea las condiciones de un consensus liberado de las alteraciones de la explotación. Abre, por consiguiente, el camino para un sistema jurídico de deliberación de un tenor jurídico muy elevado...».

(51) *Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 118, y Bobbio, en la misma línea, dirá que «... lo importante es que se empiece a concebir el Derecho no ya como un fenómeno burgués, sino como un conjunto de normas técnicas que pueden ser empleadas tanto por burgueses como por proletarios para conseguir ciertos fines que, en cuanto hombres sociales, son comunes a los unos y a los otros...» (en *Política y Cultura*, Torino, 1955, en el artículo «Dictadura y Democracia»). Asimismo, son interesantes las referencias que en la introducción a los escritos sobre «Democracia y Socialismo» de Fernando de los Ríos, hace el profesor Virgilio Zapatero sobre H. Cohen y su antología de

V. A MODO DE EPÍLOGO: SOBRE LA ENSEÑANZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En muy breves líneas, y para terminar, algunas observaciones, casi telegráficas, sobre el tema de la enseñanza de nuestra disciplina en España.

En primer lugar parece necesario reiterar la conveniencia de mantener nuestra disciplina como iniciación a los estudios del Derecho en primer curso, y también como reflexión recapituladora en el final de la licenciatura, quinto curso. Sin embargo no parece razonable que la asignatura de primer curso se denomine Derecho natural. Es un anacronismo y supone una toma de posición ideológica impropia de la denominación de una asignatura de licenciatura. Como en muchas otras cosas, precursor de esta posición que hoy cae por el peso de sus razones, el profesor González Vicén propuso en una reunión de decanos de Derecho de Barcelona, en los años sesenta, la supresión de esa denominación. En la elaboración del futuro plan de estudios debe tenerse en mente ese problema y sustituirse el Derecho natural por una Introducción al Derecho, evitando, eso sí, que esta denominación incluya esta asignatura en la órbita de los civilistas, durante tantos años monopolizadores, sin título alguno, de los conceptos generales del Derecho.

También cae por su peso la necesidad de introducir en los estudios de la licenciatura de Derecho un curso, al menos, de Sociología jurídica. Hoy, para un conocimiento adecuado y para la formación de especialistas autónomos en esa materia, servida por *amateurs* desde la Filosofía jurídica y desde la ciencia política, es imprescindible la implantación de la Sociología jurídica.

Por fin, *last but not least*, ante la importancia y el auge de los derechos fundamentales, y sin perjuicio de continuar la elaboración de su teoría general desde nuestra disciplina y el estudio de su organización jurídico-positiva en otras disciplinas, como el Derecho constitucional, administrativo o del trabajo, parece importante que se cree también una disciplina autónoma con ese nombre, que nos parece más integrador y que abarca mejor la complejidad del objeto. Ya en Francia, con la denominación más restrictiva de *Libertés publiques*, existe desde

textos *Marxismus und Ethik*, donde dice: «Sin ley no hay libertad y sin sociedad basada en la ley ninguna personalidad libre... frente al anarquismo, el socialismo desempeña automáticamente el papel de defensor del Derecho y del Estado...» (Vid. obra citada, Taurus, 1975, págs. 19 y 20, y sobre todo la nota 22 en la página 20).

hace varios años en cuarto curso de licenciatura, y por razones teóricas y prácticas, aunque comprendemos la dificultad y la desconfianza con que se mirará este tema desde el Poder, se debe tender a su inclusión en el futuro plan de Estudios de Derecho.

On the Philosophy of Law and its Position in a Plan of University Studies.

(Summary)

In his first, and provisional, expression of opinion about the Philosophy of Law, and its function, the author, aware of the scope of the topic, starts from the principle that it would well be a vain illusion to try to introduce exact criteria into the social sciences, and especially into a study of Law.

After having warned that he starts from a democratic and progressive attitude, the author states that in his judgement the most pressing problems require in the first place a philosophical reflexion on the concept of the Law. The second problem is that of the justification or legitimacy of the Law, and, finally, that of its historical permanence or gradual disappearance.

After we have answered these initial problems satisfactorily we can begin to discuss the form of the teaching of Philosophy of Law.

The author maintains that in order to establish the concept of the Law we cannot do without its material sub-stratum. And this for three fundamental reasons: in the first place, because through references to a model social life we connect the Law with social reality — and this could be one of the ways to determine the exact role of the Law. In the second place, because this reference is also a sign of a social protagonism in the creation of the Law which avoids excesses of the will of the State. In the last place, this activity puts the accent on the individual as the origin, cause and recipient of the Law.

The second element we must take into account when attempting to define the Law is its imperative character. Coercement is an essential characteristic of the Law, although such coercion does not come exclusively from this organisation.

The problem of the justification of the Law is considered to be essential and the author expounds two basic levels: that of the possibility of a critical reasoning on positive Law, and that of the objective foundations of juridical values or Justice. The author defends his view that, in contemplating the evolution of the modern world, it seems that there exists only one rational legitimacy: democracy; that is to say, when power is supported by the majority of the community. The democratic legitimacy of power will also be the only legitimacy of any juridical system, from the formal point of view. The material legitimacy will have to correspond to a set of values round one central idea: that of the fundamental rights, which are considered as an essential conquest, unfortunately not yet completed.

With respect to the possible disappearance of the Law, he maintains that this will continue to exist while human societies exist, although in socialist societies will not manifest the same type of law as will other societies.

The author repeats the necessity of maintaining this discipline as an initiation into the studies of Law, and as a recapitulating training at the end of a university career, although he is opposed to the term «Natural Law» (which he considers archaic and too dogmatic: he would substitute the term «Introduction to the Law»). Finally, he proposes the introduction in juridical studies of such disciplines as those of Sociology of Law and the Theory of Fundamental Rights.