

ESTUDIOS y NOTAS

SOCIOLOGIA Y TEORIA DEL DERECHO

Lo que caracteriza en gran parte la filosofía moral y jurídica de nuestra época es el renacer de la idea de *valor*. Esta idea se había visto oscurecida y relegada a segundo término desde el abandono de las teorías del Derecho natural por el advenimiento del positivismo jurídico. Resultado de ello fué una desconfianza respecto a toda idea de trascendencia y hasta de norma supraindividual, desconfianza que, a mi modo de ver, ponía en peligro la idea misma del derecho. Mi intención es mostrar aquí cómo una sociología bien entendida permite remediar estas deficiencias sin tener la pretensión de suplantarse a la filosofía o a la metafísica del derecho.

* * *

Empecemos por analizar brevemente algunos aspectos de este positivismo jurídico.

El primero es el de las doctrinas utilitarias del siglo XVIII y primera mitad del XIX. Aunque son bien conocidas recordaré aquí ciertas fórmulas de Jeremías Bentham y de John Stuart Mill: me parecen muy características de todo un estado de espíritu.

Veamos primero, en Bentham, el principio utilitario proclamado sin equívocos: «Es cierto que todo hombre obra sólo en vista de su propio interés... El empleo de un moralista ilustrado consiste en demostrar que un acto inmoral es un cálculo falso del interés personal, y que el hombre vicioso hace una estimación errónea de los placeres y de las penas» (1). Es que, en efecto, para Bentham el interés se confunde con la felicidad, y la felicidad misma no

(1) *Deontology or the Science of Morality*, cap. I, trad. esp. por D. P. P., París, 1839, págs. 25-26.

es sino una suma de placeres. Veamos ahora el principio individualista: «¿De qué se compondrá la suma de la dicha total sino de unidades individuales?» (2). También Bentham está lejos de sospechar que, como sostienen algunos sociólogos contemporáneos, la opinión pública pudiese tener sus caracteres propios: «La opinión pública, escribe simplemente (3), se compone de opiniones individuales». Y no va más allá. Estos principios no sólo se aplican a la moral: «La moral, la religión, la política (en la cual hay que incluir el Derecho), no pueden tener sino un mismo y solo principio», y este principio común es «la mayor suma posible de dicha para los individuos del Estado en el curso de su vida mortal» (4).

Es curioso observar hasta qué extremo vuelven estos principios desconfiado a Bentham respecto a la idea de *deber*: «Es inútil, efectivamente, hablar de los *deberes*», y Bentham añade con cierta ingenuidad: «La palabra misma presenta ya cierta cosa de desagradable y repulsivo» (5). Se presenta aquí a lo vivo la tendencia de las teorías utilitarias a rebajar en cierto modo los valores morales —y sociales— hasta el plano puramente empírico del interés, a reducirlos a un simple *cálculo*, cosa que, como decía antes, no deja de entrañar peligro para la autenticidad y custodia de esos valores.

Esto no significa, sin embargo, que Bentham niegue toda idea de *obligación*; precisamente por ello define el *derecho*: «El *derecho* en general, es el reconocimiento que hace la ley de algún título reclamado por uno o muchos individuos; es una cosa para cuya ejecución el poder legal presta el apoyo de su sanción... La Deontología se esfuerza en dar a la obligación la eficacia de la acción, y cuando diferentes obligaciones se contradicen, determina cuál debe preponderar. Verdad es que a la sanción legal va anexa la obligación en la forma más perfecta, la obligación coexistente con el derecho» (6).

A pesar de todo no le resulta a Bentham más simpática la idea de derecho que la de deber. Esta tenía, a sus ojos, algo de «des-

(2) *Ibid.*, pág. 33.

(3) *Ibid.*, cap. II, pág. 37.

(4) *Ibid.*, págs. 40 y 41.

(5) *Ibid.*, cap. I, pág. 17.

(6) *Ibid.*, cap. IX, pág. 173.

agradable y repulsivo». La idea de derecho presenta para él, como más tarde para Augusto Comte, algo peligroso:

«Las reclamaciones de derechos pueden colocarse alguna vez entre las fuentes más extensivamente funestas de la acción; así es como el derecho de mandar ha sido la base de crímenes y desgracias sin fin y servido de pretexto al robo y asesinato en la escala más vasta. Puede revestir la codicia el carácter más culpable y horrible, y no obstante, hombres como el príncipe de Condé la han mirado como propia para servir de ejemplo y sanción a todas las iniquidades. Este derecho abandonado a sí mismo, desencadenado por el mundo, sin que le detenga en sus límites naturales el poder deontológico, es una de las pretensiones más funestas al género humano. En política, sirve de base al despotismo con todos sus horrores; en religión, a la persecución; en el dominio popular, a la injusticia; bajo el techo doméstico, a la tiranía paterna y conyugal» (7).

Sin embargo, el derecho pierde esta nocividad si se le limita a su cálculo de placeres y de penas: «Si está subordinado a la utilidad, nada hay ya que objetar ni contra la palabra ni contra la cosa. *Todo lo útil es de derecho*; el derecho resulta de la aplicación del principio de la maximización de la dicha. No hay argumento capaz de destruir semejante derecho. Pero no se debe presuponer en un caso dado. Pesad las penas, pesad los placeres, y según que los platillos de la balanza se inclinen de uno u otro lado, se deberá decidir la cuestión del derecho y de lo que no lo tiene» (8). Lo mismo ocurre con la vecina idea de *justicia*: «Las prescripciones de la justicia separadas de las reglas que les aplica la Deontología son vagas e insuficientes. Declarar que tal o tal acción o tal línea de conducta es justa o injusta no es más que una pretensión declamatoria, a no ser que al mismo tiempo se tomen en consideración los placeres y penas que dependen de ella» (9). Es bastante conocida la forma en que Bentham aplicaba los mismos principios al Derecho penal: «No debemos, escribe en su *Deontología* (10), imponer penas de ninguna especie y a ninguno, cualquiera que sea, sino con el fin de producir un bien más que

(7) *Ibid.*, pág. 174.

(8) *Ibid.*, págs. 174-175.

(9) *Ibid.*, 2.^a parte, cap. I, tomo II, pág. 198.

(10) *Ibid.*, tomo II, pág. 177.

equivalente, bien manifiesto, evidente y apreciable en sus consecuencias.»

No es preciso recordar aquí la forma en que John Stuart Mill continúa tratando estos temas utilitarios. A pesar de ello citaré unos párrafos de su *Utilitarianism* porque muestran claramente que Mill sintió la dificultad de explicar por medio de interpretaciones utilitarias y puramente empíricas un carácter esencial del derecho, su *obligatoriedad*: «Tener un derecho, explica, es, a mi modo de ver, tener algo cuya posesión debe garantizarme la sociedad. Si en plan de objeción se me pregunta por qué debe hacerlo, no tengo más que una razón que dar, la de la utilidad general. Si esta expresión no parece implicar un sentimiento suficiente de la fuerza de la obligación ni justificar la particular energía de ese sentimiento, se debe a que entra en la composición del sentimiento de que tratamos, no sólo un elemento racional sino también un elemento animal, la sed de represalias, y esta sed extrae su intensidad y también su justificación moral de la clase de utilidad extraordinariamente importante y llamativa a que se refiere: el interés de la seguridad, el más vital de todos los intereses para los sentimientos de cada uno» (11).

En cuanto al principio individualista, está tan claramente formulado por Mill como por Bentham. «Los hombres en el estado de sociedad son siempre hombres, escribe en su *Lógica* (12); sus acciones y pasiones obedecen a las leyes de la naturaleza humana individual... Los seres humanos en sociedad no tienen más propiedades que las derivadas de las leyes naturales del individuo.» No podría negarse con más perentoriedad todo lo que constituye lo específico del hecho social.

* * *

Abordemos ahora expresiones más modernas del positivismo jurídico. Respecto a Rudolf von Jhering se siente uno quizá más inclinado a hablar de romanticismo que de positivismo. Pero no cabe desconocer la innegable solidez de los estudios de historia del derecho en los que se apoyan sus interpretaciones. Si

(11) *Utilitarianism*, 4.^a ed., Londres, 1871, págs. 80-81.

(12) *A System of Logic ratiocinative and inductive*, libro VI, cap. VII, § I, Londres, 1851, 3.^a ed., tomo II, pág. 454.

a pesar de ello hablo de *romanticismo* es que este último se halla frecuentemente unido a una especie de *vitalismo*. Este es, precisamente, el punto de partida de Jhering: «La ley del mundo físico, afirma al principio de su *Espíritu del Derecho Romano* (13), es también la del mundo intelectual; la vida se forma por la admisión de cosas externas y por su apropiación íntima; recepción y asimilación son las dos funciones fundamentales cuya presencia y equilibrio condicionan la existencia y vitalidad de todo organismo vivo.» El derecho es precisamente una de estas manifestaciones vitales. Y, además, «por encima del derecho está la vida» (14). La creación del derecho «real, objetiva, tal y como se manifiesta en la forma y el movimiento de la vida y las relaciones exteriores» se presenta a nuestros ojos como la de un «organismo» (15). Asimismo, no es la lógica la que determina esta creación, sino más bien, las «fuerzas impulsivas» (*treibende Kräfte*), la exuberancia de la «fuerza vital» (*Lebenskraft*) (16). Hemos visto que J. Stuart Mill aprecia al lado del elemento racional del sentimiento jurídico un «sentimiento animal», la necesidad de represalia. En Jhering se trata, más bien, de una acción «instintiva» (*Trieb*), y Jhering precisa que no hay que ver en la génesis del derecho ni cálculo ni intención consciente (17). «El derecho no es convicción, intención deliberada, saber, etc.; no es un poder intelectual, es un poder moral: es la voluntad. Sólo la voluntad puede dar al derecho aquello sobre lo que reposa su esencia: la realidad (*Wirklichkeit*)». La esencia del derecho es, en efecto, *realizarse*; y «sólo la voluntad posee un poder realizante, creador» (18). Más precisamente: el derecho se define como un conjunto de *normas*, es decir, de reglas de conducta *obligatorias* y de normas que se realizan por la *coacción*. Por ello «el Estado es la única fuente del derecho», puesto que sólo él *detenta soberanamente* esta coacción (19).

Así entendido el derecho puede denominarse «la religión del

(13) *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1873, tomo I, págs. 5-6.

(14) *Der Zweck im Recht*, 3.^a edición, Leipzig, 1893, tomo I, pág. 251.

(15) *Geist des römischen Rechts*, ed. citada, pág. 26.

(16) *Ibid.*, pág. 44.

(17) *Ibid.*, tomo I, págs. 323.

(18) *Ibid.*, pág. 332.

(19) *Der Zweck im Recht*, ed. citada, tomo I, págs. 213, 215 y siguientes.

egoísmo» (20). Sin duda existe un egoísmo estrecho, de cortas miras, que se satisface con ventajas mezquinas y momentáneas. «Pero existe también un egoísmo grandioso y magnífico por los fines que se ha propuesto, admirable en la lógica y amplitud de sus concepciones, imponente por la férrea energía, la constancia y la abnegación con que persigue sus alejados fines. Esta segunda especie de egoísmo nos ofrece el espectáculo de la mayor tensión posible de las fuerzas morales e intelectuales» (21): él es la fuente del derecho. Estas cualidades son las que regían a los romanos; es este egoísmo nacional el que hizo de ellos el pueblo creador del derecho por excelencia: «Aquí el sujeto individual está determinado, sin saberlo y sin quererlo, por el espíritu nacional. Poco importa que sea o no consciente de esta determinación; sus actos particulares pueden emanar del sentimiento del deber o de forma inmediata de un impulso aislado de su naturaleza más íntima: lo que contiene esta naturaleza o lo que estima como un deber corresponde atribuirlo al imperio del espíritu nacional» (22).

Sin embargo, este *vitalismo*, o si se prefiere este *organicismo* no es la última palabra de Jhering; incluso se lo critica a Stahl (23). Lo utiliza principalmente para combatir la tesis puramente individualista, y, por otra parte, para poner de manifiesto la idea de finalidad (*Zweckmässigkeit*) (24) que es la idea directriz de su célebre obra *Der Zweck im Recht*. ¿Hacia qué se orienta esta finalidad? Aquí Jhering se encuentra con los utilitarios. Las cualidades que constituyen el egoísmo nacional son «útiles» (*dienstbar*) al conjunto. Es esto por lo que se ve en los romanos «el empleo de su actividad durante siglos con vistas a fines prácticos del presente» (25). El error de la crítica, cuando se aplica a las reglas del derecho, es aquí el de «preocuparse mucho más del examen de su valor lógico que de la consideración de su utilidad práctica» (26). Además es necesario establecer una jerarquía de

(20) *Geist des römischen Rechts*, ed. citada, tomo I, págs. 328. JHERING declara en una nota que esta fórmula no pretende expresar la esencia del derecho en sí misma, pero sí la forma en que el mismo egoísmo lo concibe.

(21) *Ibid.*, págs. 319-320.

(22) *Ibid.*, pág. 321.

(23) *Ibid.*, tomo II, 2.^a parte, págs. 350-351.

(24) *Ibid.*, tomo I, pág. 323.

(25) *Ibid.*, tomo I, pág. 90.

(26) *Ibid.*, pág. 49.

intereses. El mérito de los romanos ha consistido siempre en saber subordinar lo menos a lo más importante, lo particular a lo general, y aquí Jhering se refiere, precisamente a Bentham, a quien, en una nota de su *Deontología*, pondera por haber sabido concebir la virtud en esta forma y del que cita este párrafo de su *Tratado de Legislación Civil y Penal*: «La virtud es el sacrificio de un interés más débil, momentáneo o incierto, ante un interés más poderoso, durable y cierto.» Y Jhering comenta: «Esta definición hubiese hecho honor a aquellos romanos de la antigüedad» (27), cuyas virtudes: valor, energía de carácter, dominio de sí mismo, abnegación individual ante el bien común, han sido creadoras del derecho.

Volviendo sobre estos principios, Jhering admite que si en el fondo el derecho es la expresión del instinto vital de un pueblo es preciso para que este derecho pueda nacer y desarrollarse que sea conducido en un principio por individuos elegidos, más netamente conscientes que los otros de las exigencias del egoísmo nacional. Es lo mismo que en un bosque virgen donde el paso de los caminantes fué abriendo camino: «Hoy pasa por él la multitud sin reparar en ello. Pero si puede hacerlo es porque otros han trabajado para descubrir este camino, y éstos, dice Jhering, si sabían lo que querían. El camino no debe su origen al oscuro instinto que animaba inconsciente a la masa, pero sí a la intención consciente de individuos particulares; pioneros que han descargado a la masa de todo pensamiento propio. El camino es el derecho consuetudinario. Los dos son en su estado actual el hecho colectivo de la masa. ¿Por qué sigue la masa las vías que este derecho le trazó? No reflexiona sobre ello... Pero esto no quiere decir que los primeros que pusieron en boga esta manera determinada de conducirse --los pioneros del derecho consuetudinario-- tuviesen necesariamente que estar animados por el mismo sentimiento. Pueden haber estado tan conscientes como los pioneros del camino» (28).

Jhering se ve así forzado a restituir al individuo, al que en un principio pareció abandonar, la dignidad del motor primero, ori-

(27) *Ibid.*, pág. 324, nota 228.

(28) *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, Leipzig, 1894, páginas 15-16.

gen de esta fuerza organizada que será el Estado. Cuando el individuo amenazado en su existencia se siente en estado de legítima defensa y rechaza la fuerza por la fuerza, da impulso inicial a este movimiento de donde surgirá el orden jurídico: «Nuestro punto de llegada es el Estado y el derecho, nuestro punto de partida es el individuo» (29). Y así «el Estado no es considerado como una entidad planeando sobre los ciudadanos, sino que son los individuos el sujeto de la fuerza legislativa» (30). Y en este sentido «la ley es un contrato» (31).

* * *

Ahora examinaré, como otro ejemplo de teoría unida al positivismo jurídico, la de Hans Kelsen. Me inspiraré principalmente en su *Teoría pura del derecho*, en la versión francesa de 1953, pues sintetiza sus trabajos anteriores. El mismo Kelsen nos presenta esta teoría como «continuando la tradición positivista del siglo pasado» (32).

Lo mismo que la de Jhering (33) se opone a la teoría clásica del «derecho natural», de la que denuncia el carácter metafísico y hasta religioso (34). Sólo quiere ser una teoría del *derecho positivo* en general, y una teoría exclusivamente «realista», que trata únicamente (en este sentido en el que pretende ser una teoría «pura») de «exponer el derecho tal y como es, sin buscar su justificación o crítica» y que se mantiene al margen de toda ideología, no sólo política sino también moral. El derecho es cosa distinta a la justicia considerada como valor absoluto: «Para el conocimiento racional, no existe más que intereses, y como consecuencia conflictos de intereses que son resueltos satisfaciendo a uno en detrimento de otro, o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos; es imposible el demostrar racionalmente que una u

(29) *Der Zweck im Recht*, ed. cit., t. I, págs. 258-259.

(30) *Geist des römischen Rechts*, ed. cit., tomo I, pág. 216.--Cfr. *Ibid.*, págs. 211 y 225.

(31) *Ibid.*, pág. 216.

(32) *Théorie pure du droit*, ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, página 62; cf. *ibid.*, págs. 12, 57, 60, etc.

(33) *Der Zweck im Recht*, ed. cit., tomo I, pág. 267.

(34) *Théorie pure du droit*, págs. 84-88.

otra de estas dos soluciones tenga un valor absoluto y pueda ser calificada como justa» (35). De la misma manera, el «deber trascendente» debe ceder su lugar a una noción completamente relativa del *Sollen* considerado como «categoría lógica de las ciencias sociales normativas» (36).

Kelsen mantiene, en efecto, que el derecho es «un sistema de normas» (37) y defiende este carácter *normativo* del orden jurídico contra la «sociología jurídica» a la cual atribuye, bien gratuitamente —a mi modo de ver—, un punto de vista naturalista, pues, según él, sólo quiere ver en los hechos jurídicos, «fenómenos naturales», regidos por las leyes de causalidad. Pero «la sociedad es una realidad completamente distinta a la naturaleza» (38). Mientras que ésta es un sistema de elementos unidos los unos a los otros por leyes causales, la sociedad es «un orden que regula la conducta de los hombres». El derecho es precisamente «una técnica social utilizada para que los hombres puedan conducirse de una forma determinada» (39). Lo que caracteriza la norma jurídica es que prescribe, o al menos autoriza la aplicación de *sanción* para los actos ilícitos cometidos contra ella. La relación entre el acto y la sanción no es, pues, una relación de causalidad, «el acto ilícito no es la causa de la sanción y ésta no es el efecto». La relación entre el acto ilícito y la sanción es una relación de imputación (*Zurechnung*). Ciertamente «toda norma es la expresión de un valor» (40). Pero «el valor no es inherente al objeto juzgado, le es atribuido por la norma» (41).

(35) *Ibid.*, págs. 17 y 49-56.

(36) *Ibid.*, pág. 60.

(37) *Ibid.*, pág. 40.

(38) *Ibid.*, pág. 18; cf. la obra del mismo autor, *Society and Nature*, Chicago, 1943 (traducida al español).

(39) *Ibid.*, pág. 63.

(40) *Ibid.*, págs. 18-21.

(41) *Ibid.*, pág. 88. Es muy interesante el observar que a pesar de repudiar la sociología jurídica que define de forma muy arbitraria, KELSEN se encuentra muy cerca de ciertas ideas desarrolladas por EMILE DURKHEIM a propósito, si no de las reglas jurídicas, al menos de las reglas morales. En la *Détermination du fait moral* (reproducido en la *Sociologie et Philosophie*. P. U. F., 1951, págs. 60-62), distingue dos clases de reglas: primero aquellas cuyas malas consecuencias, al ser violada la regla, resultan mecánicamente del acto de violación, y aquellas otras en las cuales la unión entre el acto y su consecuencia es una unión *sintética*: «La san-

Así va a afirmarse, según Kelsen, el papel del Estado, y aquí se observa fácilmente la analogía de algunas de sus fórmulas con las de Jhering. Siendo el derecho, como ya hemos visto, «una técnica de coacción social estrechamente unida al orden social al que debe mantener», resulta que su función esencial es la de «establecer un monopolio de fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas» (42). Se deduce que el Estado es precisamente este «modo de organización de la fuerza». Como consecuencia «el dualismo del Estado y del derecho desaparece», pues «el Estado y su derecho son un solo sistema de coacción» (43). Dicho de otra forma: el orden jurídico se identifica con el orden estatal: «hay identidad entre el derecho y el Estado» (44). Las consecuencias de esta forma de ver nos parecen dignas de tenerse en cuenta. A decir verdad Kelsen va mucho más lejos que Jhering: para éste el contrato tiene su origen en la relación entre individuos, hasta tal punto que se puede decir que «la ley es un contrato»; para Kelsen, al contrario, se puede, sin paradoja, «ver un acto del Estado, lo mismo en un contrato que en la decisión de un magistrado» (45). La noción de persona o de sujeto de derecho aparece como *artificial* y debe ser reemplazada por la de función: la función de un «órgano del Estado» (46). Los derechos privados no son más que derechos políticos en el mismo sentido que aquellos otros a los cuales se les da ordinariamente esta calificación (47). En fin, la validez de una norma jurídica se convierte en una simple cuestión de hecho: no debe apreciarse por referencia a una norma moral o a una idea de justicia. «La validez de tal norma no se ve afectada por el hecho de que su contenido se encuentre en oposición con un valor cualquiera, moral u otro.» La validez resulta únicamente del hecho de que esta norma ha sido creada «según reglas determinadas y un método específico». El solo dere-

ción —añade— es una consecuencia del acto que no es resultado del contenido del acto, sino de que el acto no está conforme a una regla preestablecida: tales son las reglas morales.

(42) *Ibid.*, pág. 65.

(43) *Ibid.*, pág. 161.

(44) *Ibid.*, pág. 155.

(45) *Ibid.*, pág. 151.

(46) *Ibid.*, págs. 140 y 160.

(47) *Ibid.*, págs. 103 y 152.

cho valedero es el derecho positivo, «independiente de la moral y de cualquier otro sistema normativo análogo» (48).

* * *

Propondré un último ejemplo de positivismo jurídico según teoría del francés Léon Duguit.

Estamos de nuevo en presencia de un realismo, y, como dice Georges Davy (49), de un realismo «radical». Duguit llega hasta negar a la persona humana la calidad de sujeto de derecho. Pero, refiriéndose a esta noción de «la eminente dignidad de la persona», que es fundamental entre los juristas tradicionales, no vacila en declarar que aquí existe una «afirmación puramente gratuita» que desemboca en la idea de igualdad absoluta entre los hombres, que, como contraria a la realidad, debe ser rechazada (50). La noción de *derecho subjetivo* es «una noción de orden metafísico que no puede mantenerse en una época de realismo y positivismo como la nuestra» (51). Lo mismo sucede, es verdad, con las nociones de *personalidad* del Estado o de la nación, de *voluntad* y de *soberanía* nacionales, de *poder público* (52). A estos «conceptos metafísicos» se les puede sustituir por una realidad positiva, un simple *hecho*. Este hecho es el de la *solidaridad*, o más bien de la *interdependencia* que existe entre los miembros de toda sociedad: pues cada grupo, y no solamente la sociedad global, tiene su ley: «Los estatutos de una asociación no son las cláusulas de un contrato, sino una verdadera ley» (53), y, por ejemplo, Duguit a pesar de condenar sin reserva los sindicatos de funcionarios reconoce que expresan una tendencia muy general de la evolución social del siglo XIX, la de

(48) *Ibid.*, pág. 114.

(49) *Le Droit, l'idéalisme et l'expérience*, Alcan, 1922, pág. 53.

(50) *Traité de Droit constitutionnel*, Fontemceing, 1911, tomo I, pág. 12.

(51) *Les Transformations générales du Droit Privé*, Alcan, 1912, página 13.

(52) *Tr. de Droit constit.*, tomo I, págs. 35, 77, 303, etc. Contra la noción de *puissance publique*, cfr. *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*. Alcan, 1908, págs. 22-31 y 42-49.

(53) *Les Transformations de Droit public*, Alcan, 1913, pág. 123.

todo grupo social a «adquirir una estructura jurídica definida» (54). Esta solidaridad se presenta bajo dos formas: «Los componentes de un mismo grupo social son solidarios los unos de los otros: 1.º Porque tienen necesidades comunes, las cuales sólo pueden satisfacerse por la vida común; 2.º Porque tienen necesidades diferentes y aptitudes también diferentes, y aseguran la satisfacción de sus necesidades por el cambio de servicios recíprocos, debidos al desarrollo y al empleo de sus distintas aptitudes. La primera clase de solaridad es la solidaridad por *similitud*; la segunda, solidaridad por *división de trabajo*» (55). Aquí reconocemos la diferencia establecida por Durkheim en su *Division du Travail social* entre la «solidaridad orgánica» y la «solidaridad mecánica». Esta doble solidaridad es, según Duguit, «el verdadero fundamento del derecho». En efecto, al hombre que forzosamente ha de vivir en sociedad se le impone una regla de conducta «por la misma fuerza de las cosas», regla que puede formularse así: «No hacer nada que pueda atentar contra la solidaridad social bajo cualquiera de estas dos formas y hacer todo lo que sirva para realizar y desarrollar la solidaridad social mecánica y orgánica: todo el derecho objetivo se resume en esta fórmula», y «el derecho subjetivo deriva de ahí directa y lógicamente», pues todo individuo al verse obligado por el derecho objetivo a cooperar en la solidaridad social, resulta que tiene el *derecho* a cumplir los actos con los cuales coopera (56).

Puede uno caer en tentación de ver cierta similitud entre esta concepción y la de los «doctrinarios» de la Restauración francesa (Guizot, Royer-Collard) que veían la base de la sociedad política en «los derechos y los intereses legítimos». Pero esta concepción descansaba sobre la noción tradicional de los derechos individuales determinados *a priori*. «Nuestra afirmación de la regla del derecho, precisa al contrario Duguit, descansa exclusivamente sobre un hecho, el hecho de la interdependencia social constatada por la observación» (57). La solidaridad de la que se trata no es un principio, no es una obligación moral: es un hecho de orden real, el

(54) *Tr. de Droit constít*, tomo I, págs. 523 y 534.

(55) *Ibid.*, tomo I, pág. 15.

(56) *Ibid.*, tomo I, págs. 17-19.

(57) *Ibid.*, tomo I, pág. 108. (*Le Droit social, le Droit individuel, etc.*), página 61.

hecho de la estructura social en sí mismo (58). Y Duguit precisa: «No decimos: el hombre debe cooperar a la solidaridad social porque esta cooperación es buena en sí; pero sí decimos: el hombre debe cooperar a la solidaridad social porque es hombre y, como tal, no puede vivir más que en solidaridad» (59).

Se perciben también afinidades entre esta posición y la del sociologismo de Durkheim, y, de hecho, es de Durkheim, ya lo he dicho, y también lo indica Duguit, de quien éste recoge la distinción de las dos formas de solidaridad. En *La Sociología del siglo XX* el sociólogo americano Roscoe Pound ha creído poder hacer de Duguit un discípulo de Durkheim (60). Creo que hay aquí un curioso error y volveré sobre ello. Duguit marca él mismo muy netamente las divergencias. Rechaza explícitamente el seguir a Durkheim en la afirmación de la existencia de una *conciencia colectiva* y en la de la *especificidad de lo social*. Todo esto, a su modo de ver, «no tiene nada de científico, no es más que un juego del espíritu»; el único hecho real «es en primer lugar el agrupamiento social del cual no desconocemos la realidad, pero al que no podemos atribuir una conciencia y una voluntad distintas de las conciencias y las voluntades individuales» (61). En verdad, ésta es, como escribe M. Davy (62), una posición «lo más antisociológica posible».

Partiendo de esta posición, Duguit niega casi en absoluto toda noción de derecho. Recuerda la condenación hecha por Augusto Comte contra esta noción y cita este párrafo del *Sistema de política positiva*: «Sólo podrá existir derecho verdadero cuando los poderes regulares emanen de voluntades sobrenaturales», afirmación que Augusto Comte rechaza por supuesto (63). A esta noción «metafísica», Duguit sustituye la noción de *función* en derecho privado y la de *servicio* en derecho público. Todo individuo tiene una función que cumplir, la que resulta de las solidaridades exis-

(58) *Transform. du Droit privé*, pág. 26.

(59) *Tr. de Droit constit.*, tomo I, pág. 19.

(60) *Twentieth Century Sociology*, G. Gurvitch and W. E. Moore, ed. New York, 1945, pág. 323.

(61) *Tr. de Droit Constit.*, tomo I, págs. 16-17 y 48.

(62) *Le Droit, L'idéalisme et l'expérience*, pág. 101.

(63) *Le Droit social, le Droit individuel et la transformation de l'Etat*, Alcan, 1908, pág. 12.

tentes en el grupo del cual forma parte. La libertad no es otra cosa que el poder que tiene para cumplir el deber unido a esta función. Siempre, dice Duguit, esta concepción de *la libertad función* reemplaza a la noción de *la libertad derecho* (64).

Lo mismo ocurre con la *propiedad*. El poseedor de la riqueza, por el mismo hecho de poseerla tiene una función que cumplir: aumentar la riqueza general haciendo valer su capital. Por lo tanto «la propiedad ya no es el derecho subjetivo del propietario; es la función social del poseedor de la riqueza» (65). En derecho público, la noción de soberanía cede su puesto a la de *servicio público*: «El Estado no es, como han querido hacerlo y como durante algún tiempo se ha creído que era, una potencia que manda; es una cooperación de servicios públicos, organizados y controlados por gobernantes». Es servicio público «toda actividad cuyo cumplimiento deba ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que únicamente puede estar completamente asegurada por la intervención de la fuerza gobernante» (66).

Por lo tanto, esta doctrina no suprime el carácter *obligatorio* de la regla de derecho ni la intervención de la *obligación*. Si ya no se aprecia en esta regla la «obligación trascendente correspondiente a un deber metafísico», al menos hay que reconocer «una necesidad social que se impone a todos los hombres que viven en sociedad» (67). Además, esta noción de «deber jurídico» que se impone hasta a los mismos gobernantes es un elemento esencial de «la conciencia de los hombres modernos» (68). Aquí Duguit se aleja notablemente de la opinión de algunos de los autores que ya hemos estudiado; lejos de identificar el Estado con el derecho declara que indudablemente el «Estado se halla fundado sobre la fuerza», pero esta fuerza sólo es legítima «cuando se ejerce conforme al derecho», y no vacila en

(64) *Transform, du Droit privé*, pág. 51.

(65) *Ibid.*, pág. 158; *Droit social, Droit individual*, etc., pág. 118. «El propietario capitalista está investido de una función social determinada. Su derecho subjetivo de propiedad, lo niego; su deber social, lo afirmo.»

(66) *Tr. de Droit constit.*, tomo I, págs. 98-101.

(67) *Transf. du Droit public.*, pág. 77.

(68) *Ibid.*, pág. 45.

afirmar «la existencia de un derecho anterior y superior al Estado»: la regla del derecho «se impone con el mismo rigor al Estado detentador de la fuerza que a los súbditos del Estado (69). Pero, por otra parte, es necesaria una disciplina social: «Toda sociedad es una disciplina» (70) y toda violación de la regla común exige una reacción social. Esta reacción no toma necesariamente la forma de una sanción directa por la fuerza: «Hay reglas de derecho desde el momento que la violación de la regla provoca una reacción social» sea cual fuere la forma de esta reacción. Pero el Estado aunque sólo sea «un simple hecho», aunque su poder de coacción sea «un cierto poder de hecho» y no «este poder de mando», que le atribuye la doctrina tradicional, es el detentador de la fuerza material, y «no hay Estado, no hay gobernantes si este poder de coacción no le pertenece de hecho», entonces no hay más que *anarquía*, en el sentido etimológico y propio de la palabra (71).

* * *

He expuesto con detalle algunos de los principales tipos de positivismo jurídico. Se advierte claramente que a pesar de importantes divergencias, presentan rasgos comunes. Ahora quisiera examinar, haciendo uso de las luces que puede proporcionarnos la sociología, si estas teorías nos traen una concepción satisfactoria del derecho.

Admito sin discusión un postulado común a todas estas teorías: que el derecho tiene una unidad. Las doctrinas del *pluralismo* jurídico desmenuzan el derecho en una multitud casi infinita de formas y de especies (72) y prácticamente disuelven la idea de derecho. Como dice Kelsen, «toda ciencia postula la unidad de su objeto», y como por otra parte las distintas especies de derechos interfieren y deben ser considerados como simultáneamente válidos, de aquí re-

(69) *Tr. de Droit constitutionnel*, tomo I, págs. 7-9 y 41.

(70) *Tranf. du Droit privé*, pág. 7.

(71) *Tr. de Droit constitutionnel*, tomo I, págs. 49, 64 y 91.

(72) En otras ocasiones he expuesto que el pluralismo jurídico de M. Georges Gurvitch, por ejemplo, distingue por lo menos 2.430 especies de derechos diferentes (cf. *Où va la Sociologie française?*, M. Rivière, 1953, págs. 143-146. Por muy ingeniosas que esean estas teorías no pueden tomarse en serio.

sulta «la necesidad lógica de concebir todo el derecho en un solo y mismo punto de vista y de considerarlo bajo la forma de un sistema único» (73).

Tratando, pues, el derecho como una unidad, examinaremos primero si las teorías que hemos resumido hacen ver con claridad lo que se ha convenido en denominar los *orígenes* del derecho. Ciertamente el problema de los orígenes es distinto que el de el fundamento y la solución de uno no quiere decir que necesariamente sirva de solución para el otro. Pero, para teorías que hacen profesión de «realismo», a mi modo de ver el primer problema es de decisiva importancia: la existencia de un orden jurídico es un hecho, y una teoría que se dice positiva tiene que dar cuenta de este hecho. Todas estas teorías a través de distintas fórmulas centran el derecho en el *interés* o *utilidad*. Ya se ha visto a Jhering refiriéndose a Bentham, y es conocida su célebre fórmula según la cual «los derechos son intereses protegidos jurídicamente» (74). Pero las consideraciones utilitarias son consideraciones positivas que implican una mentalidad capaz de un cálculo frío y despojada de esta atmósfera emotiva y *mística*, como ha dicho Lucien Lévy-Bruhl de estas «participaciones» afectivas —como ha dicho G. van der Leewn— en las que se alimenta el pensamiento llamado «primitivo». La mentalidad utilitaria parece, más bien, el fruto de una civilización propia de sociedades económicamente muy desarrolladas, tales como la civilización inglesa de principios del siglo XIX. ¿Cómo, pues, atribuirlo a los primeros creadores del derecho? La sociología nos muestra al derecho confundido con la costumbre, unido en las sociedades arcaicas a toda clase de representaciones ideológicas, como la creencia en el «mana», a fuerzas sobrenaturales que el hombre sólo puede dirigir o cambiar gracias a procedimientos mágicos (75): con frecuencia hay indistinción del derecho y la religión, lo que explica que las primeras manifestaciones del derecho sean oráculos, y que el *formalismo* reine como dueño y señor, porque «el respeto de las formas está inspirado en un sentimiento religioso» (76).

(73) *Théorie pure du droit*, pág. 168.

(74) DUGUIT recuerda esta fórmula al principio de su *Traité de droit const.*, ed. cit., tomo I, pág. 1.

(75) R. THURNWALD, artículo «Recht» en el *Wörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, 1955, pág. 412.

(76) HENRI LÉVY BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, París, M. Rivière, 1955, págs. 54 y 90.

Además, la dificultad no sería menor desde el punto de vista psicológico. ¿Cómo hubiesen podido ser calculados el interés y la utilidad por espíritus incapaces de previsión, de reflexión, de deliberación y de cálculo, todos ellos factores que suponen un desarrollo intelectual ya muy elevado? Y si, como lo hace Jhering en algunas ocasiones (porque ya se ha visto que admite también la otra solución) se pone este sentido del interés en la cuenta del «instinto todo queda en el misterio; porque el «instinto» nunca ha explicado nada: es un problema más que una solución.

¿Será más razonable el buscar, como también lo hace Jhering (y en efecto veremos que la primera solución conduce fatalmente a esta otra) en la fuerza el origen del derecho? Si hoy mismo vemos cómo la fuerza crea el derecho, ¿qué otra madre que ésta pudo tener en el origen de la historia? (77). Jhering hace aquí eco a Pascal que había escrito: «no pudiendo hacer que lo justo fuese fuerte, se ha hecho que lo fuerte sea justo». Hubiese sido muy ingenuo el cerrar los ojos y no ver cómo a veces se han hecho pasar como derecho los golpes de fuerza y los actos de violencia que se han producido en el curso de la Historia. Pero no hay que erigir esta constatación en teoría general, y sobre todo no hay que aplicarla a los «orígenes». Porque el hombre de las sociedades «primitivas» no es en modo alguno el hombre en «estado de naturaleza» como se creía en otro tiempo. Como acabo de decir, lejos de practicar únicamente la ley de la fuerza, lejos de ser el esclavo de sus instintos, cree en potencias sobrehumanas cuya acción se traduce prácticamente en *tabús*, y ritos complicados, que le obligan a disciplinar sus actos y a refrenar sus deseos. James Frazer a demostrado en ese libro encantador que se llama *La Tâche de Psychè*, cómo hasta las creencias de apariencia irracional, incluso puras supersticiones han servido de puntal en las civilizaciones primitivas, del respeto a la vida humana, la unión conyugal, la propiedad y el orden social. Un solo ejemplo: el Maori de Nueva Zelanda cuando quería proteger sus bienes no tenía más que hechizarlos con un signo especial, y estos bienes se encontraban bien seguros; «si se iba dejando en casa todos sus valores ataba la puerta con un liga-

(77) *Geist des römischen Rechts*, ed. cit., tomo I, pág. 108; cf. *Der Zweck...*, tomo I, págs. 246-248: «El derecho nace del poder del más fuerte...», etcétera.

mento de lino y aquel lugar era inviolable: nadie se hubiese acercado». Con franqueza, ¿es este el reinado de la *fuerza*? ¿Podrá decirse que lo que detenía al ladrón era el temor de las sanciones que pudiesen resultar de la violación del *tabú*?; sería un juego de palabras, por que no se trata de fuerza material —nada más fácil de romper que un ligamento de lino— pero sí se trata de creencias, de representaciones ideales, por lo tanto, de fuerza *moral*.

La misma objeción se puede hacer a la interpretación de Duguit. ¡Por supuesto que en cierto sentido el derecho puede ser considerado como la expresión de la *solidaridad* social! Pero para dar vida a las reglas del derecho es necesario que esta solidaridad sea consciente, que sea comprendida y aceptada por los miembros de la comunidad: no ya solidaridad de hecho, sino solidaridad moral.

* * *

Pasemos ahora al segundo problema, el más grave, el más importante: el del *fundamento* del derecho. Problema, no ya de hecho sino de legitimación.

Comencemos por una consideración que yo calificaría de *fenomenológica*. La intuición basta para demostrar que la esencia del derecho no se basa en la fuerza o el interés. Cuando digo: «Es mi derecho», tengo conciencia de decir algo muy distinto de «Es mi interés» o «Tengo el poder material de hacerlo». Es posible que sólo reivindique mi derecho cuando está conforme con mi utilidad, pero a pesar de ello tengo conciencia de invocar una regla que es trascendente a todo cálculo puramente empírico de ventajas. Dicho de otra forma, el derecho es, como expresa Leibniz «un poder moral»; implica la noción de un *valor* y sentimos de antemano que la reducción del derecho a un simple hecho desconoce su misma esencia y equivale a su negación.

Esto nos permite el no insistir mucho sobre la reducción del derecho a la *fuerza*. Está muy claro que el mismo significado de la idea del derecho es colocar por encima de las relaciones de fuerza entre los hombres o entre los grupos humanos un orden de otra naturaleza. Por lo tanto, identificar el derecho con la fuerza es negar este orden, es negar el derecho mismo. Ninguno de nuestros autores se ha atrevido a sacar esta deducción de manera absoluta. El

mismo Jhering, que ha sido el más atrevido en este sentido, sostiene que sin duda el derecho tiene su origen en la fuerza que *primitivamente* se identificaba con ella, pero que después la fuerza aprendió a limitarse a sí misma, así puede decirse que el derecho es «la fuerza justa» es «el imperio de la fuerza sobre sí misma, dictado por el propio interés, bien comprendido» (78). En cuanto a Kelsen, mantiene que «el derecho no puede subsistir sin la fuerza, pero que no es idéntico a ella»: es un «modo de organización de la fuerza»; su papel es el de «reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres» (79).

Es muy notable que en las relaciones entre los individuos o entre los pueblos, la fuerza, pocas veces se declara como tal, sin otra justificación, y al desnudo, por decirlo así. Tiende siempre a valorizarse a encontrar razones, pretextos o al menos excusas. Como ha escrito J. J. Rousseau a veces menos utopista de lo que se le cree, «el más fuerte, no es jamás lo bastante fuerte como para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber» (80). Muy conocida es la frase atribuida al rey de Prusia Federico II: «Cuando tengo necesidad de una provincia, hago que la conquisten mis soldados. Después ya encontraré algún jurista o filósofo pedante para demostrar que el derecho estaba de mi parte». Auténtica o no, esta frase demuestra hasta en los más cínicos la necesidad de justificarse, que es, en suma, un homenaje que rinde la fuerza al derecho.

Un último argumento. El derecho representa si no una regla inmutable —todo lo humano está sometido al devenir histórico— al menos un orden, un sistema relativamente estable que domina los accidentes y las vicisitudes de la existencia humana. La fuerza, por el contrario, es esencialmente cambiante: el más fuerte hoy será quizá el más débil mañana. Como ha observado bien Rousseau, la doctrina del «derecho del más fuerte» se convierte en doctrina de anarquía: «Tan pronto como es la fuerza la que hace el derecho, el efecto cambia con la causa: toda fuerza que vence a la primera es sucesora de su derecho; tan pronto se puede desobedecer im-

(78) *Der Zweck im Recht*, ed. cit., págs. 243-244.

(79) *Théorie pure du droit*, págs. 64 y 120.

(80) *Du Contrat social*, liv. I, chap. III: *Du Droit du plus fort*.

punemente se puede desobedecer legítimamente... ¿y qué clase de derecho es el que fenece cuando cesa la fuerza?»

* * *

Parece más aceptable el fundar el derecho sobre la *utilidad* o el *interés*. De hecho se ha visto que esta doctrina no es únicamente la de los utilitarios ingleses, es también la de Jhering, y bajo un sistema más «formalista» la de Kelsen, para quien el conocimiento racional sólo tiene que considerar conflictos de intereses. Este punto de vista utilitario es ciertamente menos claro en Duguit; pero en el fondo la noción de solidaridad social en la que funda el derecho nos vuelve a él. «Sin duda dice, los individuos que obran tienen un interés. Pero no es realidad este interés el que protege el derecho. Es el servicio público, es su buen funcionamiento» (81). Dicho en otra forma, lo que es de derecho, no es lo que va conforme al interés del individuo: es lo útil —digamos incluso: necesario; pues como hemos podido apreciar, Duguit habla aquí de «necesidad social»—. Lo que es necesario al buen funcionamiento de la sociedad.

Una primera objeción se puede hacer a este utilitarismo jurídico. Que la noción de interés o de utilidad es en sí misma un criterio formal y vacío. Es necesario darle un contenido: se trata del interés del individuo, de tal o cual grupo parcial, de la sociedad global, de la humanidad tomada en conjunto (lo que sería un criterio muy vago). Los utilitarios ingleses ni se formulan la pregunta: parten, según ya hemos visto, de un punto de vista individualista, según el cual el interés social, incluso el interés general, no es más que una suma de intereses particulares. Pero hay en esto un postulado anti-sociológico que no debemos aceptar. La experiencia nos demuestra, por otra parte, que los intereses particulares o parciales deben con frecuencia borrarse, al menos parcialmente y en lo inmediato, ante los intereses superiores. Puede, pues, existir conflicto entre el interés individual y el interés social, entre el interés de tal o cual grupo profesional y el interés de los consumidores, entre el interés del patrono y el de los empleados, entre el interés de clase y el interés nacional, etc. En caso de conflicto ¿quién decidirá?

(81) *Transf. du Droit public*, pág. 205.

sea cual fuere su forma la teoría utilitaria no nos ofrece ningún criterio por sí misma. Está muy claro que si hago pasar tal interés sobre tal otro, es que le atribuyo un *valor* superior al de este otro. Un marxista, por ejemplo, sobrepondría quizá el interés de clase al interés nacional: lo confiese o no, él hace un «juicio de valor» que coloca la clase por encima de la nación. Si, por el contrario, pongo en primer lugar el interés nacional, es que atribuyo a la nación un *valor* superior al de la clase. Y henos ya de vuelta a la idea del *valor*. O en cambio lo que decidirá entre los intereses en conflicto, será simplemente la *fuerza*: y, en este caso, volvemos a la precedente solución, es decir, a la negación del derecho.

De hecho parece que todos los autores que han sostenido esta teoría sienten como una tentación de volver a la justificación de la fuerza pura y simple. Un sociólogo francés, hoy demasiado olvidado, P. J.-B. Buchez, que fué el primer presidente de la Asamblea Nacional de 1848, denunciaba ya estas consecuencias de la teoría de Bentham: «Una escuela numerosa de juristas, escribía, ha adoptado el principio según el cual la utilidad social es el origen del derecho. El inglés Bentham ha sido el representante más ilustre de principio de este siglo. Pero ¿dónde está el límite de la utilidad? ¿No es en nombre de la utilidad social, real o imaginaria, más frecuentemente imaginaria, en lo que se han justificado todos los crímenes y todas las violencias políticas...? No hay un abuso de fuerza, no hay una injusticia a la que no haya servido para autorizar.» Y Buchez, respondiendo a los que aquí no ven más que una «vana discusión» más teórica que práctica, advierte con mucha perspicacia: «Una fórmula falsa es un peligro enorme... Parece que es poca cosa un principio en pro o en contra cuando aparece la fuerza, y sin embargo, es mucho. Rara vez consiente la fuerza en mostrarse sola; siempre busca un apoyo moral, un derecho, una utilidad (82).

Jhering es el que nos ofrece la mejor ilustración a estas reflexiones. No solamente su teoría de la utilidad social le lleva a hacer del Estado, definido como «la organización social de la fuerza», la fuente y «la única fuente» del derecho (83). Es que ade-

(82) *Traité de Politique et de science sociale*, París, 1866, tomo I, páginas 269-270.

(83) *Der Zweck im Recht*, ed. cit., págs. 307, 318 y 320.

más dice: «El derecho es *la política de la fuerza*», y entona un verdadero himno a la fuerza: «Nada me cuesta el rendir homenaje a la fuerza y el rechazar la concepción tradicional del derecho y la filosofía. El uno y la otra olvidan el papel, y diría, el papel necesario de la fuerza en el mundo... Si la fuerza no hubiese reinado antes que el derecho, si con férrea mano no hubiese roto las resistencias de la voluntad individual y acostumbrado al hombre a la disciplina y a la obediencia, me pregunto cómo hubiese fundado su imperio el derecho.» Bajo el pretexto de que «sobre el derecho está la vida», no teme declarar: «Cuando la crisis política coloca a la sociedad ante esta alternativa, el respeto al derecho o el mantenimiento de la existencia, no hay que dudar: la fuerza debe sacrificar al derecho y salvar la existencia de la nación» (84). El éxito se convierte en el único criterio. Supongamos, por ejemplo, un levantamiento, una perturbación de orden público: «Si triunfa, es una *revolución*; si fracasa, es una *revuelta*, una *insurrección*. El éxito es la condena del poder público; la derrota es la condena del movimiento mismo» (85). Jhering lleva así a una concepción verdaderamente «materialista» (86) del derecho: «No es debido a su valor moral, ni a su majestad, el que el derecho ocupe el lugar que ocupa en la civilización actual». Y por otra parte: «La concepción imperante del derecho se fija demasiado exclusivamente en su contenido ideal, comete el error de olvidar demasiado el elemento real de la energía personal» (87).

Sería injusto el asimilar a éstas las teorías de Hans Kelsen. ¿Pero no es peligroso el afirmar de forma tan absoluta como él lo hace la dualidad del orden jurídico y del orden moral, del derecho y de la justicia? ¿No es también peligroso el acercar el derecho y el Estado, el orden jurídico y el orden estatal, hasta el punto de proclamar su «identidad»? Entonces, no existe ya ninguna regla por encima de las que emanan del Estado, y se corre el peligro de llegar así a la justificación de lo arbitrario. Además, «es ciertamente in-

(84) *Ibid.*, págs. 249-253.

(85) *Ibid.*, pág. 314.

(86) G. DAVY, *Le Droit, l'idéalisme et l'expérience*, pág. 50.

(87) *Der Zweck im Recht*, *ibid.*, págs. 247-248 y 256-257. Cf. *Geist des römischen Rechts*, tomo II, pág. 263, donde JHERING exalta la «popularidad de la fuerza (*Gewalt*)» entre los romanos y su «sentido innato del poder (*Macht*)»

exacto que sólo el Estado crea reglas de derecho»; han existido, y existen, derechos supranacionales y también derechos infra-nacionales (88), y hemos visto a Duguit afirmar que todo grupo social tiende a crearse su estatuto jurídico.

En cuanto al mismo Duguit, declara, sin duda, que el «elemento esencial de todo Estado es «la mayor fuerza» y que esta fuerza, sea material o moral, «se traduce siempre por un poder de coacción (89). Pero se ha observado que, lejos de identificar el Estado y el derecho, ha mantenido enérgicamente que existe un derecho anterior al Estado; y que este derecho se impone al Estado mismo. De manera que no se comprende cómo Esmein ha podido acusarle de profesar una teoría que conduce al reinado de la fuerza (90). Sin embargo, aunque esta acusación parezca infundada, su desconfianza respecto a la idea misma del *derecho* —hemos señalado cómo en este punto está de acuerdo con Auguste Comte— desconfianza que parece común a todas sus doctrinas, puesto que ya la habíamos encontrado en Bentham, su imprudente negación de toda noción del *derecho subjetivo*, su hostilidad, en fin, no menos declarada que la de Kelsen, a los principios de la *dignidad de la persona*, y su voluntad de sustituir la noción de *persona* por la de *función*, todo ello nos demuestra que el positivismo jurídico corre en todas sus formas los mismos peligros.

Que se nos permita el invocar aquí una muy alta autoridad moral, la del Papa Pío XI, que al tratar en una de sus encíclicas (91) del *derecho natural* afirmaba: «Es teniendo en cuenta los preceptos de este derecho de naturaleza, como todo derecho positivo, sea cual fuere el legislador de quien venga, puede ser apreciado en su contenido moral y, por lo tanto, en la autoridad que tiene para obligar a la conciencia... A la luz de este principio hay que juzgar el axioma: «El derecho es la utilidad del pueblo.» Ciertamente se puede dar a esta definición un sentido correcto si se interpreta en el sentido de que lo moralmente prohibido no puede servir jamás al verdadero bien del pueblo. El paganismo antiguo reconocía ya que el axioma para ser plenamente exacto debe, en realidad, interpre-

(88) HENRI LEVY BRUHL: *Aspects sociologiques du droit*, págs. 48-51.

(89) *Tr. de Droit constitutionnel*, tomo I, págs. 68-69.

(90) Véase DAVY, obra citada, págs. 92-94.

(91) Enc. *Mit. brennender Sorge*, dirigida a los obispos de Alemania, de 14 de marzo de 1937.

tarse a la inversa», y S. S. Pío XI no temía citar este pasaje de *De Officiis*, de Cicerón (III, 30): «Es imposible que una cosa sea útil si no es al mismo tiempo moralmente buena: y no es por ser útil por lo que es buena, es por ser moralmente buena por lo que es útil.» Dicho en otra forma, el utilitarismo jurídico invierte las verdaderas relaciones entre el derecho y la utilidad o el interés.

* * *

Aquí la sociología puede venir en nuestra ayuda. Decimos *Sociología* y no *sociologismo* (92). A nuestro entender hay sociologismo cuando se hace de la sociedad la creadora de los valores humanos y las formas superiores de la espiritualidad humana: tal ha sido en Francia, la doctrina de Durkheim. Pero hay que afirmar *que no hay necesariamente unión* entre esta doctrina sociologista y una sociología que busca en las condiciones socio-históricas de la existencia humana la explicación, al menos parcial, no de la esencia del derecho, por ejemplo, pero sí de las formas particulares que ha tomado durante el curso de la historia, en las diferentes estructuras sociales. Muy distinto es hacer del derecho un «producto» o, como dicen los marxistas, un «reflejo» de la vida en sociedad, y estudiar cómo se determina y se encarna el derecho, por decirlo así, en realidades históricas en función de las condiciones concretas y variables de esta vida.

En este sentido una sociología del derecho no es necesariamente incompatible con la noción de «derecho natural». Séame permitido el citar aquí un largo párrafo de un estudio de M. Jacques Maritain sobre «la filosofía del derecho» (93):

«A mi modo de ver toda justificación racional de la idea de los derechos del hombre así como la idea del derecho en general, exige que reencontremos en sus verdaderas connotaciones metafísicas, en su dinamismo realista y en la humildad de su unión con la naturaleza y la experiencia, la noción de la ley natural desfigurada por el racionalismo del siglo XVIII. Entonces compren-

(92) Cf. JESÚS F. FUEYO ALVAREZ: *Genealogía del Sociologismo*, en la REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, núm. 77, sept.-oct., 1954, págs. 59-87.

(93) *Sur la Philosophie des droits de l'homme*, en *Autour de la nouvelle Declaration des droits de l'homme*, textos reunidos por la Unesco, París, ed. du Sagittaire, 1949, pág. 64.

demos un cierto orden ideal, enraizado en la naturaleza del hombre y de la sociedad humana, puede imponer exigencias morales valde-
deras en todas partes, en el mundo de la experiencia de la his-
toria y del hecho y fundar tanto para la conciencia como para la
ley escrita el principio permanente y las primeras y universales
normas del derecho y del deber».

»Comprendemos a la vez cómo la ley natural necesita completar-
se según la variedad de circunstancias y de momentos por medio de
las disposiciones contingentes de la ley humana y cómo se des-
arrolla lenta y penosamente la conciencia que los grupos humanos
tienen de las obligaciones y los derechos encerrados en la ley na-
tural misma, dependiendo del grado de evolución del grupo, y a
pesar de estar sujeta a toda clase de oscurecimientos, progresa en
definitiva en el curso de la Historia, y nunca terminará de enri-
quecerse y precisarse.»

Y Jacques Maritain termina: «Una declaración de los derechos
del hombre nunca será exhaustiva y definitiva: siempre estará en
función del estado de la conciencia y de la civilización en una época
dada de la Historia. Y es por esto por lo que después de la con-
siderable conquista que suponen las primeras fórmulas escritas a
fines del siglo XVIII, hay desde entonces en los hombres un interés
fundamental para renovar estas declaraciones de siglo en siglo.»
¿No habló ya Rudolf Stammler en 1896 (94) de un «derecho na-
tural con variable contenido»? Este *contenido variable* es el que
tiene una explicación sociológica.

Además hace falta, para que esta explicación resulte correcta,
que la «sociedad» se conciba según su verdadera naturaleza, y no
según tal o tal perspectiva particular, más o menos deformante. Sin
duda, se ha podido decir que, a pesar de que los sociólogos hablan
mucho de la sociedad humana, «no sabemos todavía de forma pre-
cisa lo que es esa sociedad» (95). Pero no es, en forma algu-
na, indispensable el partir de una definición *a priori* de la
sociedad para reconocer ciertos caracteres fundamentales del víncu-
lo social, en la especie humana (como tampoco es necesario al
biólogo, el definir la esencia de la vida para descubrir ciertos
trazos comunes a la estructura y al funcionamiento de los

(94) *Wirtschaft und Recht*, § 32. Leipzig, 1896, págs. 178-179.

(95) LEOPOLD VON WIESE, cit. por J. F. FUEYO ALVAREZ, art. citado,
página 66. La misma advertencia en JHERING, *Der Zweck...*, ed. cit., pági-
nas 86-87.

seres vivos). Quizá, hasta nos sea permitido el pensar que a través de las determinaciones espacio-temporales del derecho positivo, «el derecho» presenta ciertos caracteres universales que puede ayudarnos a aclarar un estudio sociológico; y me parece que una teoría del derecho natural puede negarlo menos que cualquier otra: porque al fin, como lo sugiere Maritain, no está prohibido el considerar los diferentes derechos positivos, consuetudinarios o escritos, como la realización «lenta y penosa» a través de la Historia, de esta noción del derecho natural que es quizá el verdadero fermento de la evolución del derecho.

Todas las teorías que hemos examinado reconocen más o menos explícitamente al derecho como un *fenómeno social*. El mismo Jhering, en quien, como consecuencia de su asimilación del derecho con la norma del Estado, este reconocimiento es el menos claro, define el derecho como «el conjunto de condiciones de la vida de la sociedad (tomando esta palabra en el sentido más amplio) aseguradas por el poder público por medio de la coacción exterior (96). Kelsen afirma que el derecho es un «fenómeno social» (97) y hace notar el condicionamiento de las formas reinantes del derecho en una época dada por la estructura social y mental de esta época: así es como «en correlación con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa» «la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo» y continúa subordinando en cierta medida el derecho positivo a la idea moral de justicia: «Esta teoría, añade Kelsen, bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en los que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social» (98). En cuanto a Duguit, él también acepta la fórmula: «El derecho es un fenómeno social» (99) y define el derecho «una creación psicológica de la sociedad» (100).

Queda por saber, lo repito, lo que se entiende por esta palabra «sociedad» y no temería afirmar que todos los errores, a veces ruinosos para la misma noción del derecho que he encontrado en las diversas formas del positivismo jurídico, son imputables a fal-

(96) *Der Zweck in Recht*, ed. cit., tomo I, pág. 511.

(97) *Théorie pure du droit*, pág. 18; cf. págs. 45, 63-64, etc.

(98) *Ibid.*, págs. 57-58.

(99) *Tr. de Droit constit.*, tomo I, pág. 12.

(100) *Transform. du Droit public*, pág. 45.

sas concepciones del vínculo social. El primer error reside en la concepción *individualista* muy marcada sobre todo en los utilitarios ingleses, pero más o menos discernible en los autores de los cuales hemos hablado, hasta el mismo Jhering, ya que ve en la «fuerza individual» la primera fuente del derecho. ¿Qué fórmulas más individualistas que estas declaraciones de Duguit?: «Si no hay, si no puede haber persona colectiva cuyos gobernantes fuesen los representantes o los órganos, solamente queda la voluntad individual de los gobernantes. Esto es lo único que hay. «Los gobernantes son individuos como los demás» son individuos más fuertes que los otros que quieren y pueden imponer su voluntad a los demás» (101). Si no se quiere ver en la sociedad más que un total de *individuos* —no digo de *personas*, ya que se ha visto que la mayor parte de nuestros autores son hostiles a esta noción—, se ve uno conducido por este «atomismo» social a poner en peligro no solamente la noción del *deber* (recuérdense las curiosas reflexiones de Bentham respecto a esto, y se ha visto a Kelsen y a Duguit rechazar la noción del «deber trascendente» o «metafísico»), si no la noción del derecho en tanto que está unida a la de una obligación, por lo tanto una norma en cierta forma trascendente al individuo: observemos aquí la dificultad de Stuart Mill para dar cuenta de este carácter obligatorio, las reservas de Duguit y la posición equívoca de Jhering y hasta de Kelsen, que están muy cerca de confundir la obligación con el temor a la sanción, es decir, con la fuerza. Es la misma objeción que ponía Darkheim a propósito de la noción de *verdad* contra este «utilitarismo lógico» que es el Pragmatismo (102) cuando reprochaba a éste el desconocer el carácter *obligatorio* de la verdad, el *deber* que nos reconocemos de respetarla y buscarla: «Cuando se escucha, decía, a los pragmatistas hablar de la verdad como de una cosa buena, deseable seductora, se pregunta uno si no les ha escapado todo un aspecto de la verdad. La verdad es, con frecuencia, dolorosa: puede desorganizar el pensamiento, turbar la serenidad del espíritu... Con frecuencia se nos resiste, se opone a nuestros deseos, tiene algo de dureza». Me parece que se puede decir otro tanto, y a *fortiori*, del derecho: el respeto del derecho y aún más «el

(101) *Tr. de Droit constit*, tomo I, págs. 37, 86 y 99.

(102) *Pragmatisme et Sociologie*, curso inédito pronunciado en 1913-1914. París, Vrin, 1955, pág. 155.

combate por el derecho», como decía Jhering, exigen de nosotros no solamente abnegación y *self control*, sino también desinterés y a veces sacrificios. ¿Cómo explicar, y sobre todo, fundar este carácter si no se eleva uno sobre el punto de vista individual? Lo mismo que los autores que ya hemos estudiado, el Pragmatismo hacía intervenir algunas consideraciones de orden social, pero únicamente porque cada uno tiene interés en obrar en común con sus semejantes. Así desconocía la «distancia» que separa la verdad del interés individual. «Para remediar esta dificultad, continúa Durkheim (103), sería necesario consentir, en vez de la opinión común, no una cosa artificial, sino una autoridad capaz de acallar las divergencias entre los individuos, y de oponerse al particularismo de los puntos de vista individuales», lo que evidentemente supone una concepción de la sociedad distinta por completo de la concepción individualista.

Un segundo error consiste en una falsa concepción del Estado. El sociólogo —y el jurista— deben ponerse aquí en guardia contra un doble escollo: confundir el Estado con la sociedad o hacer del Estado un simple hecho material. No se puede decir que nuestros autores confundan el Estado con la sociedad. Jhering, al menos, lo distingue bastante claramente: «La noción de la sociedad, escribe, marcha de acuerdo con la del Estado, pero únicamente dentro de los límites en que la coacción es necesaria para realizar el fin social». Ni la «geografía» de la sociedad coincide con la del Estado: «El dominio de éste acaba en las fronteras de su territorio; el de la sociedad abarca toda la tierra»; pues la regla constitutiva de la sociedad: «cada uno existe para los demás» se extiende a la Humanidad entera (104). Por su parte, Duguit declara que el «hecho Estado implica la existencia de una sociedad humana» especialmente en nuestros días, de una nación, de manera que puede decirse que la nación es «un elemento del Estado moderno» (105). Sin embargo se puede decir que, sea haciendo del Estado la «única fuente» del derecho (Jhering), sea identificando el Estado el «orden jurídico» (Kelsen) muchos de entre ellos atribuyen al Estado lo que pertenece (en cuanto a las determinaciones históricas del derecho) a la misma sociedad, y así es hallan muy cerca del confu-

(103) *Ibid.*, págs. 158.

(104) *Der Zweck...*, ed. cit., tomo I, pág. 89.

(105) *Tr. de Droit const.*, tomo I. págs. 67 y 76.

sionismo. En Kelsen esto es casi explícito: cuando se trata de definir la sociedad, Kelsen escribe: «La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres» (106); pero ¿qué definición del Estado nos da Kelsen algunas páginas más adelante? (107). «Una teoría del Estado desposeída de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres». Las dos definiciones son idénticas. El segundo escollo es el no ver en el Estado más que un «simple hecho» que pronto se ha reducido a un hecho puramente material. Nada más sintomático a este respecto que la actitud de Duguit que, afirmando la anterioridad del derecho sobre el Estado, cree hacer profesión de una doctrina «realista y positiva», al pretender sustituir «la concepción del Estado-hecho» por la del «Estado-persona» (108). Hemos comentado antes las declaraciones de todos nuestros autores que hacen del Estado un puro órgano de coacción, detentador del «monopolio de la fuerza». No volvamos sobre ello, pero digamos que quizá hubiese sido más «realista» el observar cómo el Estado nace de la *institucionalización* de una *soberanía*, o si la palabra parece demasiado «metafísica», de una *autoridad* primitivamente difusa en la sociedad misma, y que, sin duda, es un hecho, pero un hecho *moral*, un hecho que lejos de reducirse a la fuerza material implica en todos los grados de la evolución, ideas, creencias y «representaciones colectivas», las cuales son en su mayor parte «juicios de valor».

* * *

Hemos llegado ya al punto esencial. So pretexto de positivismo y de realismo, todos los autores que hemos analizado han pretendido reducir la sociedad —y con la sociedad, al Estado que es su órgano y al derecho que es su ley— a un hecho que, en definitiva, resulta ser un hecho puramente material. Como si —justamente replica M. Georges Davy (109)— todo realismo fuera for-

(106) *Théorie pure du Droit*, pág. 18.

(107) *Ibid.*, pág. 155.

(108) *Tr. de Droit constit.*, tomo I, pág. 49.

(109) *Le Droit, l'idéalisme et l'expérience*, págs. 40 y 49.

zosamente «el del interés y la fuerza». «¡Como si la fuerza fuese más real que la idea!».

* * *

Es imposible no advertir aquí la confusión de que adolecen las teorías que tenemos a la vista. Aun los utilitaristas distan mucho de haber ignorado por completo la función de las fuerzas morales en la vida social. Es sabido que Stuart Mill ha señalado el lugar que la virtud desinteresada ocupa en la moral utilitaria, y en su *Gobierno representativo* afirma que una persona que tiene una creencia es una fuerza social que cuenta más que muchas otras con solo intereses. Jhering, si niega que el derecho tenga su origen en el sentimiento moral, reconoce, no obstante, que éste se ha desarrollado posteriormente y tiene en cuenta las *condiciones ideales* de la vida en sociedad (110); y consagra todo el capítulo IX de *Der Zweck im Recht* (tomo 2) a la moralidad en cuanto elemento de derecho. Kelsen admite que la obediencia al derecho no se explica únicamente por la «amenaza de un acto de coacción», sino que, para la generalidad de los hombres intervienen móviles diversos como «motivos religiosos o morales, respeto a las costumbres, temor a perder la consideración del grupo», etc. (111). Aun más: en una comunicación inserta en el *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique* (112) sobre *El alma y el derecho* muestra, utilizando para ello investigaciones etnológicas, cómo las creencias relativas a la inmortalidad del alma, al alma de los muertos y a la libertad, han ejercido una influencia saludable sobre el derecho, entre los griegos y aun entre los primitivos. Duguit, a pesar de mantener que el pretendido *poder público* es un puro «poder de hecho que corresponde a los gobernantes» afirma que para que un poder político tenga probabilidades de durar, no le basta con la fuerza material: «Es necesario que vaya acompañado de una cierta fuerza moral» (113).

(110) *Der Zweck...*, ed. cit., tomo I, págs. 247 y 501.

(111) *Théorie pure du droit*, pág. 64.

(112) Vol. 2, París, Sirey, 1936: *Droit, Morale, Moeurs*, págs. 60-80. Se le objetó que este método sociológico se conciliaba difícilmente con sus investigaciones anteriores. Kelsen respondió que los dos métodos podían justificarse. (*Ibid.*, págs. 81-82.)

(113) *Tr. de Droit Constit.*, tomo I, pág. 92.

Creemos que bastaría avanzar un poco más por este camino para reconocer que este elemento moral ideal, o más bien espiritual, no es sólo en la génesis y en la naturaleza del derecho un elemento accesorio, y de algún modo, sobreañadido, sino un elemento esencial. El derecho es la norma de la vida social. Pero la sociedad misma es, en gran parte, un hecho espiritual. Y aquí, cualesquiera hayan podido ser las exageraciones de Emile Durkheim —exageraciones sin duda lamentables que le han arrastrado al sociologismo— hay que reconocerle el mérito, a pesar de todo, de haber afirmado netamente este carácter espiritual del hecho social. Ya cuando en la *División del trabajo social* trata de explicar las características de los derechos primitivos y la sustitución progresiva del derecho represivo por el derecho restitutivo, no lo hace, como ha creído M. Roscoe Pound, por extraño contrasentido, ligando el derecho a la defensa del «interés social» o del «interés general» (114). Durkheim rechaza explícitamente esta concepción utilitaria: «Aparte de que tal teoría, dice (115), concede al cálculo y a la reflexión una importancia excesivamente considerable en la dirección de la evolución social, existen multitud de actos que han sido y son aún considerados criminales sin que, en sí mismos, sean perjudiciales a la sociedad.» Muchos elementos de los derechos primitivos, repite más abajo (116), «no tienen ninguna relación con la utilidad social». La pena está destinada, ante todo, a dar satisfacción a los «estados fuertes de la conciencia colectiva» ofendida por el crimen (117); y, si las sanciones penales son «útiles» es «para devolver al sentimiento atacado —por el crimen— la energía que le roba la contradicción» (118). En una palabra, la pena no es sólo un acto de defensa social —aun en nuestros días se la considera como una «expiación» (119)— sino que tiene ante todo como función salvaguardar los valores de que vive la sociedad. Algo más tarde, en 1898, Durkheim escribía: «La vida social se define por una *hiperespiritualidad*; queremos decir que los atributos constitutivos de la vida psíquica se encuentran en ella elevados a una potencia mucho más alta, y de tal modo

(114) *Twentieth Century Sociology*, págs. 307-308.

(115) *La Division du travail social* (1893), 4.^a ed., Alcan, 1922, pág. 37.

(116) *Ibid.*, pág. 75.

(117) *Ibid.*, pág. 47.

(118) *Ibid.*, pág. 66.

(119) *Ibid.*, pág. 55.

que constituyen algo enteramente nuevo» (120). Sabido es que, en adelante, atribuye una importancia cada vez mayor a estas «representaciones colectivas», a estos «juicios de valor» que constituyen, dirá en 1911 «el alma» de la sociedad (121). Poco importa que esta *hiperespiritualidad* se traduzca o no en la afirmación de una «conciencia colectiva» distinta de las conciencias individuales. Creo, por mi parte, que se puede dar a esta expresión un sentido completamente aceptable (122), y que, con tal de que no se interprete en sentido ontológico, contra lo cual Durkheim siempre protestó, no lleva necesariamente a hacer de la sociedad el *ens realissimum* o, lo que en definitiva es lo mismo, a divinizarla. Empero, esto no es pertinente a nuestro tema, y su discusión nos apartaría demasiado de él.

Lo único que aquí importa es el saber si, en contra de lo que afirman las doctrinas que hemos analizado, el verdadero «realismo» no consistirá precisamente en reconocer la existencia de este elemento espiritual, de estas «representaciones colectivas», como un elemento primordial de la vida social y, en consecuencia, de la vida jurídica. Desde el punto de vista positivo la respuesta me parece indiscutible: es un hecho que toda sociedad descansa sobre la noción de ciertos *valores* más o menos unánimemente admitidos en esta sociedad. No ver en ello más que relaciones de fuerza o relaciones de interdependencia orgánica sería mutilar la realidad social. Del mismo modo sería mutilarla reducir la realidad jurídica a un conjunto de reglas inspiradas únicamente en el interés, aun colectivo, o incluso a la expresión de la simple voluntad del Estado como poder de hecho. Claro que el Estado no es la sociedad: «No es exacto, escribía aún Durkheim, decir que el Estado encarna la conciencia colectiva, pues ésta le trasciende por todos los lados.» El Estado expresa de modo mucho más claro y mucho más consciente representaciones y normas que están en los espíritus de la masa, sólo en forma confusa e irreflexiva (123). Así participa de

(120) Reproduit dans *Sociologie et Philosophie* (1924) nueva ed. Presses Universitaires de France, 1951, pág. 48.

(121) *Ibid.*, pág. 136.

(122) Conf. mi *Manuel de Sociologie*, 2.ª ed., P. U. F., 1953, tomo 1, páginas 198-216.

(123) DURKHEIM, *Leçons de Sociologie: physique des moeurs et du droit*, Istanbul y París, P. U. F., 1950, pág. 61.

algún modo del carácter espiritual de la sociedad de que emana. Pero ninguno de los dos es la fuente primaria del derecho. Esta fuente, son los *valores* cuyas formas históricas y más o menos contingentes se elaboran en las sociedades humanas. Valores que, como ha escrito M. Georges Davy (124), «son para nosotros más queridos y sagrados en cuanto son precisamente la obra secular de nuestra especie y el testimonio de su progreso. Derecho de la personalidad y la nacionalidad, inviolabilidad de la justicia, mantenimiento de la promesa, he aquí, en caso de que no sean hermosos instintos innatos, o otras tantas conquistas penosas y lentas de la Humanidad sobre sí misma.»

Así entendida, la sociología jurídica no pretende necesariamente ocupar el lugar de la filosofía del derecho ni descubrir el fundamento último de los valores eternos. Pero, al menos, es capaz de demostrarnos cómo esos valores, sólo a través de ciertas condiciones temporales que surgen de la sociología y de la Historia, llegan a ser realidades vivas y operantes de la conciencia humana. El mejor ejemplo que se puede elegir es el del valor de la *persona*. Este valor no se funda en el del grupo. Al contrario, diríamos de buen grado que los grupos sociales no tienen valor —y sólo son *sujetos de derecho*— más que en la medida, como sucede con la familia, la patria, etc., en que son los instrumentos del progreso espiritual de la persona humana. El hombre es espíritu, pero no es ni espíritu puro ni simple individuo. Es, pues, en el seno de esos grupos, es en función de sus determinaciones concretas e históricas, de sus estructuras variables en el espacio y en el tiempo cuando la «emergencia» de su personalidad puede realizarse, y no parecerá quizá exageradamente optimista admitir que en el conjunto y a través de muchas vicisitudes, sea en éste en el sentido en que se ha desarrollado hasta ahora la evolución social. Es Durkheim el que, a pesar de sus tendencias «sociologistas» nos lo advierte. «En las sociedades arcaicas, escribe, las preocupaciones privadas del individuo contaban relativamente poco para él; es que su personalidad y todo lo que dependía de ella sólo tenía un valor moral muy débil», el individuo estaba «absorbido» por el grupo. «Pero cuanto más se avanza en la Historia más se ve cómo cambian las cosas. Perdida primero en el seno de la masa social la personalidad individual se despega de ella... El individuo adquiere derechos cada

(124) *Le Droit, l'idealisme et l'expérience*, pág. 165.

vez más amplios para disponer de sí mismo, de las cosas que se le atribuyen», etc. Y a los que crean no ver en este valor atribuido a la persona nada más que una superstición», Durkheim responde que sería ir contra todas las enseñanzas de la Historia; pues cuanto más se adentra uno en ella, más va creciendo la dignidad de la persona: no hay ley más clara que ésta» (125).

Se advierte así que una sociología del derecho no es en modo alguno incompatible con la noción clásica del «derecho natural», siempre que no se tenga de éste una concepción absoluta e inmovilizada en lo intemporal. Ya sabemos que Stammler propuso hace tiempo la idea de un «derecho natural de contenido variable», y que tal idea es, en el fondo, la misma que expresaba recientemente Jacques Maritain a propósito de la declaración de los derechos del hombre elaborada por la Asamblea de las Naciones Unidas.

Repitámoslo: una sociología jurídica no conduce necesariamente a hacer de la sociedad la *fente* misma del derecho. Pero nos ayuda a comprender cómo éste *se encarna en reglas determinadas*, y con tal de que, por una parte, no se aparte de la historia, y, por otra, no desconozca el lado espiritual de la vida social misma, es capaz de rendir cuenta de sus «disposiciones contingentes», de que habla J. Maritain, y a través de las cuales, como dice el mismo autor, la conciencia del derecho «a pesar de estar sujeta a toda clase de ideas oscuras, progresa en definitiva en el curso de la Historia y nunca terminará de enriquecerse y de precisarse».

ARMAND CUVILLIER

(125) *Leçons de Sociologie*, pág. 69.