

EL MÉTODO EN EL DERECHO INGLÉS

ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT *

SUMARIO: *Introducción.—A) Breve reflexión en torno al método jurídico.—B) Principales corrientes metodológicas a partir del s. XIX.—Capítulo I: La concepción anglosajona del derecho.—1.1. La concepción jurídica inglesa.—1.2. Las fuentes históricas de conocimiento del derecho inglés.—Capítulo II: La doctrina de J. Austin: su concepción positivistas del derecho.—2.1. El origen de las ideas de Austin.—2.2. Concepto de soberanía.—2.3. Concepto de derecho.—Capítulo III: Jurisprudencia analítica.—3.1. El objeto de la jurisprudencia.—3.2. La jurisprudencia analítica: sus deficiencias.—Conclusiones finales.*

INTRODUCCIÓN

A. BREVE REFLEXIÓN EN TORNO AL MÉTODO JURÍDICO

Antes de abordar el estudio de la cuestión objeto del presente trabajo, vamos a realizar una breve reflexión en torno a lo que se entiende por método o metodología jurídica. Como señala el Profesor Beltrán de Heredia ¹, «el Derecho no es un puro y formal concepto, ni su contenido lo integran sólo conceptos. Es, además,

* Profesora asociada del Departamento de Derecho Civil de la UNED.

¹ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, «Reflexiones en torno al método jurídico», *Revista de derecho Privado*, Tomo XLV, 1961, p. 45.

muy principalmente, algo real, vigente y operante. El Derecho no es tampoco un producto de la razón, ni de la lógica, ni de la imaginación; ni siquiera es un producto histórico en el sentido que algunas veces se le ha considerado; ni por supuesto, es el resultado obtenido con el tratamiento de un método jurídico determinado.

El Derecho, junto a otras ramas de la ciencia humana, satisface una necesidad vital y sus raíces están en la vida misma. Y ello, porque no es una ciencia especulativa, sino social, con un «por qué» y un «para qué» que, justificando y documentado su propia necesidad de existencia, le encomienda la finalidad de promover el bien común solucionando los conflictos de intereses interindividuales y sociales».

Este doble antagonismo de conflictos de intereses tiene que superarlo el Derecho mediante la realización de la justicia, por ello mismo el Derecho para llegar a ser tal, tiene que realizarse.

Ihering² lo dijo de modo definitivo: «el Derecho existe para realizarse. La realización es la vida y la verdad del Derecho; es el Derecho mismo. Lo que no pasa a la realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel no es más que un fantasma de Derecho, palabras vacías. Por el contrario, lo que se realiza como Derecho es Derecho, aún cuando no se le encuentre en las leyes y el pueblo y la ciencia no hayan adquirido todavía conciencia de él».

El Derecho así entendido, ¿dónde está?, ¿qué camino debemos recorrer para encontrarlo?, ¿cómo adquirir la materia jurídica?, ¿cómo verificar eficazmente el paso del concepto a la realización práctica?.

Estas preguntas y otras que se podrían formular hacen referencia al problema del método. En efecto, si se trata de recorrer un camino para descubrir el Derecho, si se trata de adquirir, de hacer propia, de adueñarnos de la materia jurídica, y si se trata de aplicarla con eficacia a la realidad práctica, se trata, en definitiva, de buscar y seguir un *método jurídico adecuado*³.

² IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*, Tomo III, núm. 43. Madrid, 1891, p. 15.

³ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, *Reflexiones...*, ob. cit., p. 45

En términos generales, puede decirse que el método o la metodología de las ciencias es aquella disciplina o parte de la disciplina particular de que se trate, que tiene por objeto el estudio del método o métodos a seguir para el conocimiento de una materia científica, bien con fines solo de investigación, bien, además, con fines prácticos o de aplicación. La metodología del Derecho es esto mismo cuando la materia objeto de conocimiento es la materia jurídica considerada en cuanto tal ⁴.

De esta definición se infiere claramente que el método al que hace referencia es el método de investigación o de conocimiento. Sin embargo, la peculiaridad de la ciencia jurídica comporta que se hable también de método de interpretación, método de aplicación, método de elaboración, método de determinación, etc... del Derecho ⁵.

La consideración sustantiva y autónoma de tales manifestaciones metódicas es rechazada por buena parte de la doctrina que considera innecesario detenerse en tales extremos desde una perspectiva metodológica. Esta habría de reducirse, por tanto, a considerar únicamente el método de investigación. La cuestión no es fácil en absoluto y desde luego semejante postura es muy discutible, pues como señala el profesor Lasarte Álvarez ⁶ «resulta extraordinariamente difícil someter el fenómeno jurídico a una precisa sección que señale y determine la existencia de compartimentos estancos en esta materia».

En orden al concepto de «método» existen numerosas definiciones ⁷. Dentro de las relativas al método o metodología de una ciencia, destaca la del profesor De Castro ⁸ para quien «método significa

⁴ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, obras completas, Tomo V. Espasa-Calpe. Madrid, 1988. pp. 9-10.

⁵ Véase MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994. pp. 294 y ss. Donde encontramos un interesante análisis de los posibles métodos de interpretación, que con carácter general son reconducibles a tres grandes categorías: el método dogmático-normativo, el método sociológico-normativo y el método tópico-retórico.

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., «Las corrientes metodológicas y el Derecho civil», *estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castañó*. Edcs. Universidad de Salamanca, 1988. p. 74.

⁷ Véase BADENES GASSET, R., *Metodología del Derecho*, Barcelona, 1959, pp. 17 y ss. donde se recogen un gran número de definiciones del método.

⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Vol. I. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pp. 489 ss.

dirección dada al conocimiento respecto a un objeto, camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica la teoría». Además, «es necesario saber adonde se va antes de preguntarse cómo se va mejor. Se requiere partir de la idea del ser del Derecho para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir». El exámen del concepto indicado pone de manifiesto la importancia que el método tiene dentro de una determinada rama del saber y concretamente dentro del saber jurídico. Por otro lado, cuando De Castro nos dice que «es necesario saber adonde se va...», parece que pone de manifiesto el carácter accesorio del método dentro de la ciencia del Derecho.

Es innegable que el estudio del método jurídico implica una postura previa ante el Derecho y que aquel estudio estará determinado e influido por la postura que se adopte ante el fundamento, esencia y naturaleza del Derecho. Ello ha llevado a afirmar a algunos autores, como Castán⁹ y Hernández Gil¹⁰, que la cuestión del método jurídico no puede ser desligada de los básicos problemas filosóficos de la naturaleza y fin del Derecho, con lo que la cuestión metodológica tiende con frecuencia a perder su propio concepto y sus finalidades prácticas, quedando absorbida por la filosofía del Derecho¹¹.

Una vez examinada la cuestión del método, no podemos concluir esta breve introducción sin hacer referencia a las diferentes direcciones metodológicas, aunque naturalmente la exposición no será detallada pues no es el objeto principal del presente trabajo, por lo que nos limitaremos a reseñar las principales corrientes metodológicas a partir del siglo XIX¹².

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho*, 1947. p. 62.

¹⁰ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología...*, *ob. cit.*, p. 10.

¹¹ En tal sentido, J. GONZÁLEZ, «Métodos jurídicos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1930, p. 599, quién señala que la cuestión metodológica se ha hecho tan compleja que, a medida que la discusión se eleva y se coloca en las cimas de la abstracción, falta el aire respirable, se dan los pasos con un esfuerzo desproporcionado al resultado y, más bien que el interés práctico de la cuestión, se ponen de relieve sus raíces filosóficas.

¹² Una exposición completa de las diferentes direcciones metodológicas se puede encontrar, por ejemplo, en HERNÁNDEZ GIL, *Metodología...*, *ob. cit.*, pp. 14 ss.

B. PRINCIPALES CORRIENTES METODOLÓGICAS A PARTIR DEL S. XIX

El método es tan antiguo como la ciencia del Derecho. Los juristas romanos, los glosadores, los comentaristas, los cultivadores de la jurisprudencia humanista..., todos los que se han dedicado al estudio del Derecho han practicado un método. Sin embargo, la teoría del método puede decirse que arranca del S. XIX.

La dogmática jurídica, tal como hoy se entiende, surge en Europa a comienzos del S. XIX y tiene tres grandes centros: Alemania, Francia e Inglaterra, donde respectivamente se desarrollan tres grandes corrientes doctrinales: la Escuela Histórica, la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia Analítica. Estas tres corrientes van a marcar la historia del pensamiento jurídico y, a pesar de ser claramente diferentes entre sí, todas tienen un punto en común: el único Derecho es el Derecho positivo.

Vamos a examinar ahora la Escuela Histórica y la Escuela de la Exégesis, pues la Jurisprudencia Analítica lo será más adelante en capítulo independiente, por ser el tema central del presente trabajo.

I. La Escuela Histórica: surge como una especie de brote metafísico-romántico, manifestación sin duda del espíritu romántico que domina todo el S. XIX. Fruto de ello son los conceptos de pueblo, espíritu popular o alma nacional que son precisamente la fuente creadora del Derecho. Este no es nunca producto del arbitrio o de la voluntad de ningún legislador, ni tampoco producto de la razón o de criterios racionales, sino producto de la convicción jurídica de un pueblo que surge como consecuencia de una fuerza interior de lo que en un momento determinado cada pueblo entiende que debe ser la regulación jurídica de la convivencia humana.

Estas son las ideas defendidas por los principales representantes de la Escuela Histórica —Hugo, Savigny, Puchta, etc.— que aparecen recogidas por Savigny en el manifiesto de la Escuela «sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia», y desde las cuales se lanza una dura crítica contra los partidarios de la codificación encabezados por A. Thibaut, quien

defendía con insistencia la conveniencia de elaborar un código civil para toda Alemania ¹³.

Dentro de las coordenadas del historicismo, la forma más clara de manifestación del Derecho es a través de la costumbre, que es la primera fuente del Derecho y la que de alguna forma le confiere validez a la Ley. Pero nunca la Ley puede ser entendida de forma que nos induzca a pensar que el Derecho pueda ser creado por el arbitrio de un individuo o por la organización estatal.

En base a estos presupuestos, los fundadores del historicismo jurídico se enfrentan a un Derecho natural racional, estático e insensible a toda mutación histórica.

El método histórico puede, en conclusión, reducirse a estos postulados generales ¹⁴: **1.º Empirismo**: el derecho se presenta como algo externo, real, dado, objetivo; su conocimiento se deriva de la experiencia. No existen principios jurídicos a priori, es decir, independientes de la experiencia, con valor axiomático. **2.º Causalidad y determinismo**: todo fenómeno tiene una causa. Los actos humanos están ligados de tal forma que lo posterior está determinado por lo anterior. El derecho, en su formación y transformación, está regido por tales leyes. No se produce libremente, sino en virtud de una necesidad (causa). Y no se puede contemplar en un determinado momento, sino integrado en el pasado y orientado hacia el devenir. **3.º Irracionalismo y relativismo**: el derecho es un cuerpo orgánico, natural. Así surge y vive, en constante producirse, hacerse y rehacerse; sometido pues, a mutaciones que nada respeta.

II. La Escuela de la Exégesis: el contexto jurídico francés durante el S. XIX dista bastante del alemán. En Francia nos encontramos con un auténtico Derecho, perfectamente acabado, definido y codificado en el Código de Napoleón de 1804. Este Código es el resultado y la concreción de la ideología de los principios iusnatura-

¹³ Vease MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de teoría del Derecho*, ob. cit., p. 250.

¹⁴ HERNÁNDEZ GIL, A., «Las direcciones metodológicas en la ciencia del derecho y la consideración de la realidad social», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 6 de 1944.

listas y burgueses que inspiraron la Revolución Francesa. De ahí que, aunque el Derecho se identifique con las leyes, y las leyes sean las recogidas en el Código, sin embargo, se puede hablar de una cierta conjunción entre positivismo legalista y iusnaturalismo, ya que la ley, al ser producto de la voluntad general, se considera siempre como razonable y justa.

Las características que definen a la Escuela de la Exégesis, y sobre las que la doctrina ha venido insistiendo son las siguientes ¹⁵:

1. Culto al texto legal. Para ellos el Derecho y todo el Derecho era el recogido en el Código de Napoleón, que a modo de dogma debía ser acatado por todos sin que se pudiera cambiar ni modificar nada.

2. Identificación entre Derecho y Ley. La Ley, cuyo origen es el Estado, es la única fuente del Derecho. De ahí que Blondeau diga que si la Ley es oscura no hay posibilidad de solución, pues ella es la única fuente de las decisiones judiciales.

3. Plenitud del ordenamiento jurídico. Y, en consecuencia, la falta de lagunas en el ordenamiento.

4. Identificación entre criterio legal y criterio racional y justo. La Ley es entendida siempre como racional y buena por ser producto de la voluntad general. La Ley así entendida es la objetivación del criterio de racionalidad y de justicia.

5. Separación de poderes. La separación del poder legislativo, ejecutivo y judicial es uno de los pilares en que se asienta todo Estado de Derecho. Sin embargo, la Escuela de la Exégesis lleva esta separación a extremos tales que no parecen admisibles.

6. Carácter meramente ejecutivo y no creativo de las decisiones judiciales. Consecuencia de lo que acabamos de señalar sería que las decisiones judiciales son entendidas como el resultado de un razonamiento rigurosamente lógico.

¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de Teoría...*, ob. cit., pp. 252-253.

La función judicial, so pretexto de conseguir una mayor neutralidad y de no usurpar la función creadora del Poder Legislativo, se reduce a una mera deducción lógica que sin duda podría ser realizada con mayor perfeccionamiento por una máquina. Toda apreciación moral, histórica, sociología o equitativa quedaría al margen de la decisión judicial, encorsetada en el rigor y en los límites de una lógica aristotélica o meramente deductiva que poco tiene que ver con la lógica de la argumentación jurídica y cuya aplicación rigurosa llevaría a resultados no solo injustos sino también irracionales.

CAPÍTULO I. LA CONCEPCIÓN ANGLOSAJONA DEL DERECHO

1.1. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA INGLESA

Tradicionalmente se señala una radical oposición entre el sistema jurídico anglosajón y la concepción continental del Derecho. De una parte, el pensamiento abstracto y deductivo que establece premisas y obtiene conclusiones por procedimientos estrictamente lógicos, y, de otra, el pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales, que elude las soluciones que van más allá del caso sometido a examen.

En realidad, más que de dos puntos de vista contradictorios se trata de dos grados de evolución distintos del sistema general del Derecho. Podríamos decir, utilizando la brillante fórmula del Profesor Alfonso de Cossio¹⁶ que «el Derecho continental es Derecho romano transformado por la glosa y el Derecho inglés, Derecho germánico sin reformar por la recepción. El uno establece normas generales organizadoras y el otro tiende tan sólo a resolver litigios concretos».

«La organización y estructura social es en Inglaterra patrimonio exclusivo de la sociedad misma, no incumbencia privativa del Estado, en tanto que en el continente el Estado ha asumido tal función organizadora, transformando en jurídicas las normas que originariamente eran solo sociales».

¹⁶ DE COSSIO Y CORRAL, A., «la concepción anglosajona del Derecho», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, p. 233.

La concepción jurídica inglesa se nos muestra como un ejemplo vivo de culto a la realidad y a la practicidad. Al derecho inglés le repugnan las construcciones teorica-dogmáticas pero no como reacción contra las tendencias exageradamente normativas, sino como dirección tradicional ligada a una manera especial de concebir el derecho. La labor de los juristas y su sistema de elaboración del Derecho se mueven en torno al caso concreto. El realismo jurídico inglés contempla el Derecho en las especies concretas y en las decisiones judiciales que éstas provocan ¹⁷.

Sternberg ¹⁸ dice: «La concepción empírica que el inglés tiene del Universo le induce a buscar la médula de la dignidad y fuerza del Derecho en la sentencia particular, como unidad de la regla y del caso, especialmente en cuanto que la sentencia representa la sabiduría de una personalidad capaz de proceder con la mayor justicia. El Derecho en sí es, en último extremo, para el continental la ley; para el inglés, la sentencia y en ella el juez. No es que el inglés prescinda de reunir en conjunto, desde ciertos puntos de vista superiores las doctrinas de los casos particulares; pero éstos sólo le sirven para comprender, y no tienen propiamente el carácter de derecho obligatorio. Incluso en su legislación no tiende a contener vastos sistemas, antes bien, regula con preferencia puntos aislados.

En el terreno del Derecho, se conserva en gran parte la libertad del pensamiento inductivo, mientras que en el continente, en el fondo, se ha considerado hasta hoy, que la deducción era la única forma admisible, indispensable como protección contra la arbitrariedad del juzgador. Por esta razón, en Inglaterra el Derecho estatuído se deja más a un lado; las colecciones de sentencias (reports) forman la masa principal del Derecho, mientras que en el continente la ley, lo anónimo se destaca tan exclusivamente que hasta en el lenguaje corriente, tanto de los juristas como de los profanos las palabras Derecho y Ley se encuentran usadas sinónimamente».

Para esta concepción el Derecho tiene un carácter eminentemente judicial. Ahora bien, al lado de las reglas jurídicas que revisten la

¹⁷ BADENES-GASSET, R., *Metodología... ob. cit.*, p. 212.

¹⁸ STERNBERG, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Traducción de J. Rovira. Barcelona, Labor, 1930, pp. 26 y ss.

forma judicial o jurisprudencial (common law y equity), existe otra fuente del Derecho que es la forma propiamente legal (statute law) que se muestra en las leyes dictadas por el Rey y por el Parlamento. Sin embargo, la forma jurisprudencial es la típica del ordenamiento inglés ¹⁹.

El Common Law ha sido definido por Lévy-Ullman ²⁰ como un «cuerpo de reglas judiciales basado sobre un viejísimo fondo consuetudinario». Y Jenks ²¹ afirma: «en este proceso de unificación, por virtud del cual el país adquirió un Derecho común (Common Law) tomó realidad el proverbio *el juez hace el Derecho* en el sentido de que fue moldeado y establecido autoritariamente por los jueces, pero que nació y se desarrolló en el pueblo, pues de sus costumbres y de sus prácticas fueron sacados sus materiales».

La Equity, administrada por los cancilleres, nació precisamente para mitigar el rigor con que era aplicado el Common Law, y la doctrina del precedente judicial llegó también a ser aceptada por los tribunales de equidad.

En este contexto no debemos de olvidar un rasgo que nos ayuda a comprender debidamente el alcance del realismo jurídico inglés. Nos estamos refiriendo al formalismo. En el Derecho inglés se rinde tributo a la forma a través de un procedimiento rigurosamente formalista. Pero como señala Hernández Gil ²², dicho formalismo no significa una concesión a lo especulativo y accidental, sino la manera de armonizar el respeto a la tradición y el mantenerse en contacto con las necesidades siempre renovadas de la vida ²³.

¹⁹ Dice LÉVY-ULLMANN: «Dejando aparte el problema, controvertido en nuestros tiempos, de si estas decisiones pueden ser enlazadas con las costumbres o si forman, por el contrario, un Derecho realmente «hecho por el juez» (judge made law), lo innegable es que constituyen el factor más importante en la formación del Derecho inglés. Common law y Equity son dos cuerpos del Derecho judicial». (Le système juridique de l'Angleterre, I, Le système traditionnel, París, Sirey, 1927, pp. 40 y ss.)

²⁰ LEVY ULLMANN, *Ob. cit.*, pp. 5 y ss.

²¹ JENKS, *El Derecho Inglés*, trad. de Paniagua, Madrid, Ed. Reus, 1930, p. 38.

²² HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología...*, *Ob. cit.*, p. 292.

²³ Además de la bibliografía citada, puede verse: HOLLAND, *The elements of jurisprudence*, Oxford 1924. Ed. or. 1880; SALMOND, *Jurisprudence, or theory*

Llegados a este punto, cabe afirmar, como señala el Prof. A. de Cossio que el derecho inglés es un derecho de jueces, en tanto que el derecho continental es un Derecho de catedráticos. De aquí que la ciencia jurídica inglesa sea naturalmente «asistemática», más próxima, tal vez, a la realidad dotada de un carácter eminentemente práctico, pero tal vez, también, menos capaz que la continental de obtener puntos de vista unitarios que permitan abarcar y reducir toda la complejidad de la vida jurídica a líneas que faciliten su comprensión. No se trata de aplicar principios preestablecidos, sino de inferir a posteriori soluciones concretas a los concretos problemas que los hechos constitutivos del caso plantean. De aquí que, sobre todo a partir de Austin, la ciencia jurídica sea «ciencia del Derecho positivo». La existencia del Derecho —afirmaba este autor— es una cosa, su mérito o demérito otra diferente. Si existe o no existe es un problema. Si se adapta o no se adapta a un patrón aceptado es cuestión distinta ²⁴».

1.2. LAS FUENTES HISTÓRICAS DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO INGLÉS

El carácter pragmático de la Ciencia Jurídica inglesa se manifiesta en el hecho de ser, desde los tiempos más remotos, jueces los tratadistas más insignes del Derecho, y el foro la casi única escuela de Jurisprudencia.

Así, los primeros tratados de Derecho que se conservan son compilaciones de origen, al parecer privado, que pretenden recoger el Derecho «de los buenos tiempos de Eduardo el Confesor». Entre ellos tenemos el llamado *Quadripartitus* (a. 1115), las *Leges Willemi* o *Leis Willeme* (a. 1090 a 1135), las *Leges Henrici* (a. 1108).

Durante el reinado de Enrique II Plantagenet (1154-1189) se producen dos obras jurídicas de gran importancia: el *Dialogus de*

of the law, Londres 1937; LEVY-ULLMANN, *Comment un français d'aujourd'hui peut il aborder utilement l'étude du Droit angloaméricain*, Comunicación a la asamblea general de la sociedad de legislación comparada, París 1918; AMOS, *La constitution anglaise*, traducción francesa de la Pradelle, 1935; DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Bravo Gala, Madrid 1968.

²⁴ DE COSSIO Y CORRAL, A., *La Concepción Anglosajona...*, *ob. cit.*, p. 234.

Scaccario, del tesorero Ricardo Fitzneal, que nos informa de las actividades de la regia tesorería, y el *Tractatus de Legibus Analiae* atribuido a Glanville²⁵. Sin embargo, la obra fundamental de la Edad Media, llamada a ejercer una influencia decisiva es el llamado *Tractatus de Legibus et consuetudinibus angliae*, de Bragton, que se compone de dos libros, de los cuales el primero, que sigue el plan de las Instituciones de Justiniano, contiene una exposición de principios generales, y el segundo, que está incompleto, una exposición de las diferentes acciones admitidas por los Tribunales reales.

En el siglo XV encontramos dos autores de gran importancia: Fortescue y Littleton. Las obras del primero, *The Governance of England* y de *Laudibus Legum Angliae* tienen un valor más político que jurídico, en tanto que la obra de Littleton publicada hacia 1481, bajo el título *New tenures*, nos informa de la situación y régimen de la propiedad real o derecho inmobiliario propiamente dicho. Siendo decisiva su influencia en las instituciones del juez Sir Edward Coke, las primeras de las cuales apareció en 1628 y las tres restantes en 1641, obra que a pesar de sus numerosos defectos constituyó el libro de consulta de estudiosos y prácticos del Derecho y el más completo y autorizado resumen del Derecho inglés anterior a Blackston²⁶.

No podemos concluir esta breve referencia a las fuentes históricas del Derecho inglés sin mencionar a Blackton y concretamente, a sus famosísimos *Commentaries of the Law of England*, resultado de sus lecciones de Derecho inglés en la Universidad de Oxford, obra que por su extraordinaria brillantez ha sido uno de los libros más leídos de la literatura jurídica inglesa.

Antes de pasar a examinar la doctrina Austiniana, es necesario hacer una importante precisión: para comprender plenamente a Austin es preciso partir de Blackston, determinando por medio de la diferencia y la analogía, el verdadero sentido de su concepto del

²⁵ Glanville, Justicia mayor de Enrique II nos da noticia del derecho administrado por los tribunales reales acusando cierta influencia del Derecho romano y ocupándose preferentemente del procedimiento en los litigios relativos a la propiedad inmobiliaria.

²⁶ DE COSSIO Y CORRAL, A., *ob. cit.*, pp. 234-35.

Derecho. En cuanto este autor separa con cierta precisión la moral del derecho propiamente dicho, y subraya para caracterizar a éste la nota de la imperatividad, secuela de sus premisas voluntaristas. Se diferencia en cambio sustancialmente de aquél en cuanto prescinde de todo ingrediente ético en su concepto, de toda discriminación acerca de lo justo y de lo injusto, materia que relega con exclusividad al campo de la ética ²⁷.

CAPÍTULO II. LA DOCTRINA DE J. AUSTIN: SU CONCEPCIÓN POSITIVISTA DEL DERECHO

2.1. EL ORIGEN DE LAS IDEAS DE AUSTIN

John Austin (1790-1859), nacido en Suffolk, perteneció desde joven al círculo de pensadores utilitaristas formado en torno de J. Bentham ²⁸ y de J. Mill. Su carrera científica se inició realmente en 1827 cuando al ser impulsada por el grupo benthamista la fundación de la universidad de Londres, Austin fue invitado para desempeñar en ella la cátedra de jurisprudencia o teoría del Derecho ²⁹. Esto significaba una innovación radical de la enseñanza jurídica de Inglaterra, que tradicionalmente se orientaba al conocimiento casusístico del Common Law.

Cuando fue llamado a ella, Austin ejercía de barrister, y, para prepararse a esa nueva docencia, realizó un viaje de estudios a Alemania ³⁰. La nueva cátedra resultó un fracaso y Austin tuvo que renunciar al cargo en 1832 por falta de alumnos. Sin embargo, como señala González Vicen ³¹, en este viaje de Austin a Alemania tuvo

²⁷ *Ibidem*, p. 237.

²⁸ Cuando en 1945 Charles Everett descubre la obra de BENTHAM se comienza a apreciar la conexión intelectual de Austin con este autor.

²⁹ Acerca de la fundación de la universidad de Londres y el nombramiento de Austin para ocupar en ella una Cátedra, es muy interesante la obra de E. JALEVY *La formation du radicalisme philosophique*, París, 1901-1904, t. III, pp. 324 ss.

³⁰ Sobre este viaje, Cfr. A. B. SCHWARZ. *J. Austin and the german jurisprudence of his time*, en política, vol. V, 1934-35, pp. 181 ss.

³¹ GONZÁLEZ VICEN, F., *Estudio preliminar de la edición castellana de JOHN Austin, Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*, colección Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 7.

lugar «pudiera decirse figuradamente, el encuentro de las dos grandes corrientes del positivismo jurídico a comienzos del siglo, del utilitarismo inglés y de la Escuela histórica de Savigny, y de este encuentro saldrá una nueva teoría de la ciencia del Derecho».

Del curso de jurisprudencia impartido por Austin será fruto su obra, aparecida en 1832, la determinación del campo de la ciencia jurídica (*The providence of jurisprudence determined*) y, años después de su muerte, su mujer, desde 1861 a 1863, publicaría sus lecciones de Derecho positivo bajo el título común de *Lectures on jurisprudence* ³².

La importancia de la obra de Austin en la formación de la teoría del Derecho Contemporáneo ha sido subrayada por numerosos autores ³³. En España, ha sido el Prof. González Vicent, en su estudio preliminar a la traducción de «Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia», quien ha destacado esta idea, sobre todo en «la idea de que todo derecho posee una estructura formal idéntica, y que esta estructura se expresa en un repertorio de principios o conceptos fundamentales, que se encuentran, por ello mismo, en la base de todo orden jurídico pensable» ³⁴. La noción de sistema como la arquitectura o forma inmanente de los diversos ordenamientos jurídicos concretos, tiene un precedente claro en Savigny y sus discípulos, aunque para Austin el fundamento del derecho es racional y abstracto, no histórico. El otro factor que determina la plataforma metodológica de la ciencia jurídica en Austin es la llamada «Teoría de las verdades jurídicas» que aparece en Alemania a principios de siglo y que viene a defender unos principios formales inmutables (obtenidos inductivamente de las características empíricas de los diversos ordenamientos) cuyo estudio y definición

³² De las *Lectures* se hicieron numerosas ediciones en 1861, 1863, 1869, 1872, 1878 y 1885, esta última y definitiva edición, revisada por R. Campbell utilizando los apuntes de clase de J. Mill ha sido, a su vez, reimpressa en 1895, 1911 y 1929. De la obra se han publicado asimismo dos ediciones resumidas, una *Students edition*, de R. Campbell (1874), 13 th, impr. London, 1920, y la de W. J. Brown, *The Austinian theorie of law*.

³³ CATTANEO, *J. Austin Materiali per una Storia Della Cultura Giuridica*, vol VIII, Il Mulino, 1978, Milán. pp. 62-85, especialmente p. 80, donde se subraya la influencia de la obra de Austin en la teoría del Derecho inglés y continental.

³⁴ GONZÁLEZ VICEN, F., *Estudio preliminar...*, *Ob. cit.*, p. 22.

constituye el objeto de la ciencia jurídica³⁵. Para Austin, «lo único susceptible de conocimiento científico en el derecho positivo es su estructura, mientras que su contenido sólo puede ser objeto de un conocimiento particular»³⁶.

Toda la concepción de Austin sobre el derecho se fundamenta en el análisis y ordenación de algunos conceptos jurídicos claves. Para este autor, existen dos conceptos jurídicos de los que se pueden derivar todos los demás: en primer lugar, el mandato (expresión de un deseo por una persona que tiene el propósito, y algún poder, de infligir un daño en el caso de que el deseo no fuera respetado); en segundo lugar, el hábito de obediencia a determinada persona, sobre estos dos conceptos gira el entramado de los ordenamientos jurídicos, así como el resto de las siguientes definiciones³⁷:

a) «**Estar bajo un deber u obligación**»: Ser responsable de un daño en el caso de desobedecer el mandato de determinada persona.

b) «**Sanción**»: El daño que probablemente será impuesto en el caso de que un mandato sea desobedecido.

c) «**Superior**»: Persona o personas que compelen a otros a obedecer a otros sujetos.

d) «**Sociedad política independiente**»: Sociedad en la que el núcleo de la población tiene un hábito de obediencia a un superior.

e) «**Soberano**»: Superior que no tiene hábito de obediencia a otro superior pero que recibe obediencia del núcleo de una sociedad.

f) «**Leyes propiamente dichas**»: Mandatos que obligan a una persona o personas a seguir una conducta determinada.

³⁵ En este sentido se expresa HOLLAND, *The elements of jurisprudence*, 13 th, ed. Oxford, 1924, p. 5.

³⁶ GONZÁLEZ VICEN, F., *ob. cit.*, p. 22.

³⁷ Cfr. DE PÁRAMO ARGÜELLES, H.L.A. *Hart y la Teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 141.

g) «**Derecho positivo**»: Derecho dictado por el soberano y dirigido a los miembros de una sociedad política independiente ³⁸.

Los conceptos de la teoría jurídica de Austin se interrelacionan y complementan lógicamente entre sí subyaciendo bajo todos ellos, como fundamento último del sistema la voluntad del soberano.

2.2. CONCEPTO DE SOBERANÍA

Como señala De Páramo Argüelles ³⁹ la noción de soberanía puede servirnos de guía comparativa con el concepto de soberanía utilizado por Austin. Dice Austin: «Si un superior determinado, sin hábito de obediencia a otro superior recibe obediencia habitual de la mayoría de una sociedad, entonces, ese superior determinado es soberano en esa sociedad, y esa sociedad es una sociedad independiente» ⁴⁰.

Bentham había introducido ya un giro metodológico al explicar el concepto de soberanía sin referirse a principios morales, teniendo en cuenta tan sólo criterios fácticos y descriptivos. Los conceptos de «hábito» y «obediencia personal» son los conceptos clave para el análisis de la soberanía. Estos dos factores señalados por Bentham son reformados por Austin, si bien éste se separa de aquél en dos importantes puntos:

³⁸ Las reglas de la conducta humana se dividen, según Austin, en tres tipos: derecho positivo, moralidad positiva y leyes divinas. Una clasificación más amplia de Austin divide a las leyes en cuatro categorías: leyes divinas, positivas (objeto de la ciencia del Derecho), morales positivas y leyes en el sentido figurado o metafórico. Un comentario sobre esta clasificación se puede encontrar en TRUYOL y SERRA, *J. Austin et la Philosophie du droit*, A.P.H. Droit pp. 154 ss. y M.A CATTANEO, *ob. cit.*, pp. 228 y ss. Lo importante de esta clasificación es subrayar la separación entre derecho y moral que establece Austin en sus célebres palabras «la existencia del derecho es una cosa, otra cuestión es su mérito o demérito».

³⁹ DE PÁRAMO ARGÜELLES, *ob. cit.*, p. 146 y 147.

⁴⁰ AUSTIN solo publicó en vida una obra de teoría del Derecho, *The province of Jurisprudence Determined*, en la que en seis capítulos exponía el contenido de las diez primeras lecciones del curso por él impartido en la Universidad de Londres.

a) Mientras que Bentham trata de delimitar e identificar la sociedad política, Austin trata de identificar una sociedad política independiente, que junto a la condición positiva (el núcleo de la población obedece habitualmente al soberano) establece una condición negativa (ausencia de obediencia por parte del soberano) ⁴¹.

b) Por otro lado, el concepto de «soberano» en Austin tiene cuatro características principales:

1. No subordinado: el poder del soberano no puede estar conferido ni ser revocado por el derecho.
2. Ilimitable: el soberano puede legislar sobre cualquier asunto sin estar sometido a ningún deber jurídico. Para Austin «el supremo poder limitado por el derecho positivo es una clara contradicción» ⁴².
3. Único: en cada ordenamiento jurídico no puede haber más de un solo soberano.
4. Unitario: aunque el ejercicio del poder del soberano puede ser dividido, la soberanía no se disgrega ya que está concentrada en una persona o cuerpo de personas.

Examinado el concepto de soberanía, en el siguiente epígrafe vamos a analizar el concepto de derecho dentro de la perspectiva austiniana.

2.3. CONCEPTO DE DERECHO

Para Austin los criterios de existencia de un ordenamiento jurídico se derivan de su concepción jurídico-descriptiva de la soberanía, un ordenamiento jurídico existe si, y sólo si:

⁴¹ El concepto de «sociedad» de Austin es criticado por Raz en su obra *The concept of a legal system*. Oxford Clarendon Press, 1970, 1973, 1978. pp. 17 y 18. Para Raz, el intento de Austin de definir al supremo legislador por referencia directa al fenómeno social del hábito de obediencia, fracasa.

⁴² *The Province, ob. cit.*, p 154. Para Austin sólo se puede limitar un poder imponiendo un deber jurídico que prohíba el uso del poder en cuestión.

1. Su supremo legislador es habitualmente obedecido.
2. Su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie.
3. Su legislador supremo es jerárquicamente superior respecto de los casos regulados jurídicamente y sometidos a regulación.
4. Todas las leyes han sido producidas por una persona o grupo de personas (soberano).

Aparece en esta concepción el derecho, como mero derecho positivo, absolutamente desvinculado de toda consideración ética, y al mismo tiempo reducido a mera fórmula vacía de contenido. Como señala el profesor Alfonso de Cossio ⁴³ «la escuela analítica inglesa, como más tarde la escuela de Viena es pura geometría jurídica, consideración de las líneas y planos interiores que delimitan la figura exterior del derecho, hecha abstracción de la materia que realmente le constituye» ⁴⁴.

El concepto positivista del derecho que tiene Austin, hunde sus raíces en la tradición del nominalismo ético inglés, a la que, en su tiempo, había dado nueva fuerza polémica la doctrina de Bentham. El derecho no es, para él, un orden objetivo que se predica de la naturaleza humana, sino un orden de conducta vinculado a una comunidad y sometido a variaciones según factores de hecho.

⁴³ DE COSSIO Y CORRAL, A., *La Concepción Anglosajona del Derecho*, ob. cit., p. 240.

⁴⁴ De aquí que SUMMER MAINE, el fundador de la escuela Histórica de Inglaterra, gran admirador de la doctrina de Austin, y principal divulgador de la misma, iniciase a fondo la crítica de ella y así señala que «lo que se rechaza por este procedimiento de abstracción es la historia de cada comunidad. Es, ante todo, por la historia, por el conjunto de los antecedentes históricos de cada sociedad, como se determina el lugar en que debe residir el poder de emplear la fuerza social. La teoría de la soberanía desatiende el modo por el cual este resultado es conseguido, y llega a situar en el mismo plano la autoridad coercitiva del gran rey de los persas, la de los últimos emperadores romanos, la del Zar de Rusia y la de la Corona y Parlamento Británicos». Por esto, esta teoría puede muy bien sostenerse como teoría pero su valor práctico y la medida en que se aproxima a la verdad difiere mucho según los tiempos y países. Para examinar a fondo la crítica realizada por este autor, véase Alfonso de Cossío, *La concepción anglosajona del derecho*, ob. cit., pp. 240 y 241.

La diferencia de su perspectiva, respecto de la de Savigny, es que éste carácter esencial de la positividad no es fundamentado «históricamente», sino racionalmente y de «modo abstracto». Su idea central no es «la conexión orgánica de las generaciones», sino el poder de la razón para tener inductivamente de las circunstancias de cada momento la fórmula que asegura la felicidad de un grupo humano.

Austin, en la definición del derecho, sigue como advierte González Vicén⁴⁵, la línea trazada por Hobbes al definir el derecho como el mandato de quien detenta el poder soberano dirigido a sus súbditos, exponiendo pública y distintamente lo que cada uno de ellos tiene que hacer y lo que debe omitir. Definición continuada y matizada por Bentham, al escribir que la ley jurídica es manifestación de voluntad de la persona o personas a quienes los miembros de la comunidad política «están dispuestas a obedecer, bien por hábito o bien por compromiso expreso». La cualidad específica que de un «mandato» hace derecho es su procedencia de un soberano político, entendiéndolo como tal, aquel poder que de ordinario, es obedecido de hecho en una sociedad política.

Con esto Austin, se situaba en una actitud crítica frente al common law. Señaló muchos defectos al sistema inglés de derecho judicial y propugnó la codificación. De aquí que, como dice Hernández Gil⁴⁶, Austin llevó el positivismo, a desarrollos «más concluyentes y asertóricos» que Bentham, por una parte, y, por otra parte, no coloca su modo de pensar el derecho en tan abierta pugna con el históricamente dado como tal; y, con él, se acentúa la nota de positividad, mientras por otra parte decrece o desaparece el idealismo transformador de Bentham.

CAPÍTULO III. LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

3.1. EL OBJETO DE LA JURISPRUDENCIA

El problema clásico de la ciencia jurídica, dentro de la corriente positivista, ha sido el encontrar un objeto firme, permanente y cons-

⁴⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., *ob. cit.*, pp. 9 ss.

⁴⁶ Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico, 8, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1982 (Discurso inaugural del Curso 1982-1983), p. 44.

tante sobre el que llevar a cabo la reflexión jurídica. Austin, principal representante de la Jurisprudencia Analítica, tiene el mérito, primero, de reconocer esto, y segundo, de intentar darle una solución, aunque haya sido a costa de caer en un formalismo jurídico bastante alejado del Derecho positivo vigente en cada momento histórico.⁴⁷

En tal sentido, para Vallet de Goytisoló⁴⁸ la tarea principal de Austin fue la elaboración de la jurisprudencia general, o ciencia del derecho y que el mismo denominó Jurisprudencia Analítica. Los datos que son objeto de esa Jurisprudencia Analítica son las leyes y normas positivas de una comunidad, vistas previamente en su respectivo sistema, y en definitiva con la observación conjunta y comparada de los sistemas de las naciones civilizadas.

«Consideradas como una totalidad —dice Austin⁴⁹— y como relacionadas y conexas las unas con las otras, las leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica constituyen un sistema o cuerpo de derecho». «Pero aún cuando cada sistema de derecho tiene diferencias específicas y peculiares, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, los cuales forman analogías o semejanzas que los hacen afines. Muchos de estos principios comunes lo son a todos los sistemas, lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas. Ahora bien, estos últimos son afines, tanto por las numerosas analogías que se dan entre todos los sistemas, cuanto por las numerosas analogías que se dan exclusivamente entre ellos mismos. En consecuencia los diversos principios comunes a sistemas más perfectos, constituyen el objeto de una amplia ciencia. Es decir de la jurisprudencia general comparada».

A continuación⁵⁰, pone unos ejemplos de los principios, nociones y distinciones de los cuales «algunos pueden considerarse necesarios, ya que no podemos imaginarnos coherentemente un sistema de dere-

⁴⁷ MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona, ed. Ariel, 1994. p. 254.

⁴⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología de la Determinación del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994. p. 903.

⁴⁹ AUSTIN, J., *Sobre la Utilidad...*, *ob. cit.*, p. 27

⁵⁰ *Ibidem*. pp. 31 y ss.

cho —es decir, un sistema de derecho desarrollado en una comunidad civilizada— sin pensarlos como partes constitutivas de él».

Su enumeración comienza por las nociones de deber, derecho, libertad, delito, pena, resarcimiento, y de sus diversas relaciones entre sí, y con las nociones de derecho, soberanía y sociedad política independiente.

Hernández Gil ⁵¹ indica que, de este modo Austin construye lo que más modernamente se ha llamado «una teoría general» y puede designarse como «pragmática de un sistema formal, haciendo un gran esfuerzo por buscar, por encima de lo jurídicamente contingente su armazón conceptual, las grandes líneas de la estructura normativa».

Por ello puede afirmarse que la principal preocupación de Austin fue la construcción de un sistema racional de derecho, pero, racional no en cuanto al contenido de las normas, sino en relación a la coherencia y a la coordinación formal de los mismos y de los conceptos jurídicos a ella referidas. Viene a ser así una sistematización racional autónoma del derecho positivo, que prescinde de todo contenido ético y de cualquier presupuesto histórico o sociológico del mismo. Mediante el análisis y la definición lógica de los conceptos suministrados por la experiencia de los ordenamientos jurídicos positivos, Austin pretende construir un sistema de conceptos meramente formales, que sea una doctrina general del derecho. Para Austin ⁵², «el objeto propio de la Jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas es el derecho positivo, entendiendo por tal el derecho establecido en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo».

Este autor distingue:

- a) La ciencia de la legislación.
- b) La jurisprudencia particular del derecho o ciencia de un sistema vigente de derecho, o de una parte de él, de la que forma parte la jurisprudencia práctica.

⁵¹ HERNÁNDEZ GIL, A., *ob. cit.*, p. 46.

⁵² AUSTIN, J., *ob. cit.*, p. 23.

c) Y la jurisprudencia general universal, o sea la ciencia de lo esencial del derecho y, a la vez, de lo que éste debe ser, que describe todos aquellos objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas, sus semejanzas y diferencias.

Partiendo de esta distinción Austin señala que «el objeto propio de la jurisprudencia general universal es la descripción de aquellos objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas, así como aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre, o responden a peculiaridades semejantes en sus diversas posiciones»⁵³.

3.2. LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA: SUS DEFICIENCIAS

Si partimos de la definición que Austin nos proporciona de la jurisprudencia como⁵⁴ «la ciencia de lo que es esencial al derecho a la vez que la ciencia de lo que el derecho debe ser. La jurisprudencia es particular o universal, jurisprudencia particular es la ciencia de un sistema vigente de derecho o de alguna parte de él. La jurisprudencia exclusivamente práctica es particular». Podríamos preguntarnos si tal vez tendría razón Kirchmann cuando le negaba carácter científico a la jurisprudencia y le atribuía un carácter meramente pragmático y de contenido variable.⁵⁵

Para salvar esta dificultad, la jurisprudencia analítica distingue, por un lado, el derecho en cuanto realidad y singularidad histórica (derecho positivo) y, por otro, el derecho pensado en abstracto, es decir, los principios, nociones y distinciones que son comunes a todos los sistemas jurídicos particulares con independencia de su contenido. Lo que podríamos entender como la materia y la forma del derecho: la primera, que sería histórica, contingente y particular; y la segunda, como algo permanente y universal, en cuanto que todo derecho posee una estructura formal idéntica que se expresa en un repertorio de principios o conceptos fundamentales que se encuentran, por ello mismo, en la base de todo ordenamiento jurídico pensable.

⁵³ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁵ *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als wissenschaft*, 3. Aufl, Berlin 1948, pp. 10-11.

La verdadera ciencia del derecho será aquella que tiene como objeto de estudio esa serie de principios o conceptos fundamentales, esto es, el elemento formal del derecho; mientras que el estudio de las distintas singularidades históricas en que se manifiestan los distintos derechos positivos son objeto de estudio de un saber que tiene un carácter más particular, más práctico y en definitiva, más técnico y que en sí no tendría un verdadero estatuto de cientificidad ⁵⁶.

Esta verdadera ciencia del derecho consiste en una sistematización de los principios o nociones formales que componen la estructura permanente de todo orden jurídico ⁵⁷. Pero estas nociones o principios universales son obtenidos inductivamente de los derechos positivos históricos, es decir, de la experiencia jurídica. En consecuencia, se trata de una ciencia a posteriori, de una jurisprudencia empírica y comparativa, lo cual se diferencia claramente de la noción de sistema en el iusnaturalismo, donde las categorías aplicables a cualquier ordenamiento jurídico eran de tipo trascendental o metafísico y, en cualquier caso, anteriores a las experiencias jurídicas. También es claramente distinta de la noción de sistema propia de la Escuela Históricas, que entendían el sistema como el orden mismo de una institución o de un Derecho positivo determinado y particular.

A diferencia de lo que propugna el iusnaturalismo racionalista, según Austin ⁵⁸ «el objeto de la ciencia del derecho no es creado por la razón, sino recibido desde la experiencia a través de la conceptualización inductiva, pero responde al mismo ideal de un conocimiento jurídico que prescinde de todo hecho particular». Esto es, en opinión de Vallet de Goytisoló ⁵⁹ lo que le hace poco apto para una metodología de la determinación del Derecho que debe valorar precisamente los hechos particulares,

En la doctrina de Austin el objeto de la ciencia del derecho no es el Derecho positivo, sino su proyección formal en la esfera del

⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN-FERNÁNDEZ SUÁREZ, *ob. cit.*, pp. 254-255.

⁵⁷ En la misma línea formalista en que se desarrollará la llamada «teoría general del derecho» durante la segunda mitad del S. XIX con autores como Merkel, Bergbohm, Rumelin, etc.

⁵⁸ GONZÁLEZ VICEN, F., *ob. cit.*, pp. 21-22.

⁵⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología de la Determinación...*, *ob. cit.*, p. 905.

pensamiento abstracto. Si enjuicamos esta concepción, utilizando palabras de González Vicen⁶⁰, podremos afirmar que es como si alguien «concibiera la esencia del organismo bajo la idea abstracta de la fuerza vital y prescindiera de los miembros, del cerebro, del corazón y de todas las vísceras, por no ver en ellas más que algo singular, casual y positivo. En esta incapacidad para comprender el derecho en su realidad concreta, como forma y materia a la vez, se pone de manifiesto de nuevo en el positivismo jurídico como en el iusnaturalismo, la limitación esencial frente a los problemas de las ciencias del espíritu, de una gnoseología y de un concepto de la verdad calcados del pensamiento racional abstracto de las ciencias naturales matemáticas. Es una limitación que se revela como imposibilidad para superar la proposición entre lo «general» y lo «singular»; esa oposición que «hace del hombre un anfibio» según la frase de Hegel⁶¹, y en cuya unidad dialéctica se constituye el ser histórico y social.

Por último, concluiremos afirmando que Austin influye de modo decisivo en toda la doctrina inglesa posterior en un doble sentido: en cuanto separa de un modo tajante el Derecho de la moral, y en cuanto atribuye al Juez la facultad de crear verdaderas normas jurídicas. Es, sin embargo, su método, más que sus conceptos, lo que los autores modernos aceptan de él y lo verdaderamente original de su doctrina.

CONCLUSIONES FINALES

1. En términos generales, podemos decir que el método o la metodología de las ciencias es aquella disciplina o parte de la disciplina particular de que se trate, que tiene por objeto el estudio del método o métodos a seguir para el conocimiento de una materia científica, bien con fines sólo de investigación, bien, además, con fines prácticos o de aplicación. La metodología del derecho es esto mismo cuando la materia objeto de conocimiento es la materia jurídica considerada en cuanto tal.

⁶⁰ GONZÁLEZ VICEN, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.

⁶¹ HEGEL, *Ueber Die Wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, ww (Jubiläumsausgabe). Bd. I. p. 527.

2. El método es tan antiguo como la ciencia del derecho. Todos los que se han dedicado al estudio del derecho desde los juristas romanos hasta los cultivadores de la jurisprudencia humanista han practicado el método. Sin embargo, la dogmática jurídica tal como se entiende hoy día surge en Europa a comienzos del siglo XIX y tiene tres grandes centros: Alemania, Francia, e Inglaterra, donde respectivamente se desarrollan tres grandes corrientes doctrinales: la Escuela Histórica, la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia Analítica. Estas tres corrientes marcarán la historia del pensamiento jurídico y, a pesar de ser claramente diferentes entre sí todas tiene un punto en común: el único derecho es el derecho positivo.

3. Tradicionalmente se señala una radical oposición entre el sistema jurídico anglosajón y la concepción continental del derecho. De una parte, el pensamiento abstracto y deductivo que establece premisas y obtiene conclusiones por procedimientos estrictamente lógicos, y, de otra, el pensamiento completo enemigo de los pensamientos generales que elude las soluciones que van más allá del caso sometido a examen.

4. La concepción jurídica inglesa se nos muestra como un ejemplo vivo de culto a la realidad y a la practicidad. La labor de los juristas y su sistema de elaboración del Derecho se mueven en torno al caso concreto. El realismo jurídico inglés contempla el Derecho en las especies concretas y en las decisiones judiciales que éstas provocan.

En este contexto no debemos de olvidar un rasgo que nos ayuda a comprender debidamente el alcance del realismo jurídico inglés. Nos estamos refiriendo al realismo. En el derecho inglés se rinde tributo a la forma a través de un procedimiento rigurosamente formalista; sin que ello signifique una concesión a lo especulativo y accidental, sino la manera de armonizar el respeto a la tradición con las necesidades siempre renovadas de la vida.

5. Llegados a este punto, cabe afirmar, que el derecho inglés es un derecho de jueces, en tanto que el derecho continental es un derecho de catedráticos. De aquí que la ciencia jurídica inglesa sea naturalmente «asistemática», más próxima a la realidad dotada de un carácter eminentemente práctico, pero tal vez menos capaz que la continental de obtener puntos de vista unitarios que permitan

abarcar y reducir toda la complejidad de la vida jurídica a líneas que faciliten su comprensión.

6. En este contexto aparece la obra de Austin cuya importancia en la formación de la teoría del derecho contemporáneo ha sido subrayada por numerosos autores tanto extranjeros como nacionales. Para este autor existen dos conceptos jurídicos de los que se pueden derivar todos los demás: en primer lugar, el mandato, y en segundo lugar, el hábito de obediencia a determinada persona. La concepción austiniana del derecho como mandato se caracteriza por ser nominalista, racionalista y positivista. El derecho no es un orden objetivo derivable de la naturaleza humana sino un conjunto de mandatos, ordenados racionalmente y sometidos a circunstancias y factores de hecho. En este sentido hemos de precisar que la fundamentación de la positividad del derecho en Austin no es histórica (como sucede en Savigny) sino racional y abstracta.

7. Austin, principal representante de la jurisprudencia analítica, tiene el mérito: en primer lugar de reconocer la necesidad de encontrar un objeto firme, permanente y constante sobre el que llevar a cabo la reflexión jurídica; y en segundo lugar el intentar darle una solución aunque haya sido a costa de caer en un excesivo formalismo jurídico.

8. La idea fundamental de Austin es, que hay dos maneras de considerar el derecho positivo: bajo el punto de vista de su singularidad histórica, o bajo el de su estructura como orden jurídico pensado en abstracto. La primera de estas dos consideraciones da lugar a la llamada «jurisprudencia particular». La segunda, a la «jurisprudencia comparada».

9. Para tratar de armonizar a ambas la jurisprudencia analítica distingue, por un lado, el derecho en cuanto realidad y singularidad histórica (derecho positivo) y, por otro, el derecho pensado en abstracto, es decir, los principios, nociones y distinciones que son comunes a todos los sistemas jurídicos con independencia de su contenido. Lo que podríamos entender como la materia y la forma del derecho: la primera, que sería histórica, contingente y particular; y la segunda, como algo permanente y universal, en cuanto que todo derecho posee una estructura formal idéntica.

10. Por último, consideramos que Austin influye de modo decisivo en toda la doctrina inglesa posterior en un doble sentido: en cuanto separa de un modo tajante el derecho de la moral, y en cuanto atribuye al juez la facultad de crear auténticas normas jurídicas. Es, sin embargo, su método, más que sus conceptos lo que los autores modernos, aceptan de él y lo verdaderamente original de su doctrina.