

# EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA Y DE LOS FINES DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO (1953)\*

UNESCO. Charles EISENMANN

## CONSIDERACIONES GENERALES

### Una alternativa fundamental: fines prácticos o inclusión de fines científicos

EN lo que atañe a la enseñanza del derecho, como para cualquier otra enseñanza, el primer problema que plantea su organización es seguramente el de sus fines o funciones, es decir, los resultados que se desea obtener, las cualidades –en el más amplio sentido de la palabra– que se quiere desarrollar en los que la reciben (1).

No cabe duda de que ese problema existe realmente, es decir, que los organizadores de la enseñanza en cuestión pueden elegir entre varios caminos; de hecho, entre dos principales. El primero consiste en asignar al sistema de estudios jurídicos, como fin o función única, la formación de hombres aptos para el ejercicio de actividades jurídicas prácticas, y particularmente de una profesión u oficio de la práctica jurídica. El segundo consiste en añadir a este primer objetivo otro: el de formar hombres que comprendan con la mayor perfección posible ese orden de realidades que es el derecho, el fenómeno jurídico. En el primer caso la enseñanza tendrá fines exclusivamente prácticos y, de hecho, profesionales. En el segundo combinará los fines prácticos y profesionales con los propiamente teóricos o científicos.

En teoría cabe un tercer camino, simple como el primero, y del que es antítesis exacta: no perseguir más que fines puramente científicos o teóricos. En la práctica esta posibilidad no puede ser tomada en cuenta, ya que la gran masa de futuros titulares de diplomas jurídicos no tratan de obtenerlos para su exclusivo provecho

---

AFDUAM 6 (2002), pp. 57-92.

\* Publicado originalmente en Charles EISENMANN, *Las Ciencias Sociales en la enseñanza superior: Derecho*, Madrid, UNESCO, CSIC, 1958. Publicado con permiso de la UNESCO.

(1) Puede aplicarse al derecho en gran parte, y a pesar de las apariencias, lo que el profesor Robson escribe en su informe sobre la enseñanza de la ciencia política: «Los fines de la enseñanza de la ciencia política raramente son formulados y casi nunca definidos de modo explícito. Parecen flotar, rodeados de incertidumbre, entre la contribución a la educación general y la distribución de una instrucción útil para las funciones administrativas y otras profesiones».

intelectual ni para convertirse en profesores, sino con vistas a ejercer una actividad práctica. De manera que es perfectamente lícito darles una formación que vaya más allá de las necesidades escuetas y de las perspectivas y puntos de vista propios a dichos oficios, pero sin que éstos se vean sacrificados en el proceso.

Por esta razón no trataremos de esta tercera posibilidad. Debemos, sin embargo, subrayar que las dos alternativas a considerar responden a las dos actitudes radicalmente distintas con las que cualquier persona –y no solamente el estudiante– puede abordar el estudio del derecho o de uno de sus sectores: éstas son las preocupaciones prácticas y las preocupaciones científicas o de conocimiento puro, exactamente como los fenómenos naturales pueden estudiarse desde el ángulo de la ciencia teórica o de la ciencia aplicada.

### **El móvil del interés práctico**

El derecho de una sociedad, su orden jurídico, es un sistema de reglamentación de la conducta de sus miembros, en el que ciertos elementos atañen a todos y otros solamente a una parte de ellos, o a una o varias categorías más o menos extensas. El grupo vive según estas reglas; sus miembros tienen un interés práctico en conocerlas, es decir, en saber lo que ellas prescriben, lo que les permiten hacer o no hacer, lo que les dicen sobre cómo deben actuar para no incurrir en sanciones o sufrir inconvenientes, cómo pueden comportarse, qué fines pueden perseguir, a qué actividades pueden dedicarse y qué medios o procedimientos deben adoptar para ello.

Todos sabemos que eso no es fácil, y que incluso en los Estados modernos, donde muchas de estas reglas están dictadas por escrito, formuladas y consignadas en leyes, reglamentos, etc., no basta saber leer, ni siquiera tener una cultura general, por muy amplia que sea, para poder responder a las preguntas que acabamos de formular. A menudo esa respuesta no estará clara en los textos o disposiciones escritos, aun en el caso de que no se empleen términos técnicos que serían herméticos para muchos, pues no es un vocabulario el que crea la dificultad. No bastará consultarlos para obtener respuesta a las preguntas concretas que pudieran formularse. Por muchas razones sobre las que volveremos más tarde, la comprensión de estas reglas escritas y su utilización para la solución de problemas de derecho suponen todo un trabajo de elaboración que solamente puede llevarse a feliz término cuando se posee una formación especial.

Probablemente este objetivo de naturaleza estrictamente práctica es el que determina a ciertas personas a emprender el estudio del derecho.

Dentro de esta categoría de personas hay que citar en primer lugar, naturalmente, a las personas que se proponen dedicarse a una de las profesiones cuyo objeto es la solución de problemas jurídicos que podrían expresarse y resumirse en la fórmula esquemática siguiente: «¿Qué debo hacer, según el derecho?», o «¿Qué puedo hacer?» (o «¿Qué debe hacer tal sujeto?», o «¿Qué puede hacer tal sujeto?»), o «Concretamente, ¿a qué sanción me expongo según las reglas jurídicas?» (o «... se expone tal sujeto?»). En resumen: «¿Qué dispone el derecho con respecto a tal hipótesis (sea para ordenar o para permitir)?». Y es que, en razón de su misma dificultad, esta «actividad jurídica» se convierte en el objeto de un ejercicio

profesional. Hay profesiones dedicadas a resolver estos problemas por medio de decisiones reconocidas por el Estado: jueces, administradores, es decir, funcionarios públicos. Otras profesiones llevan a intervenir en los procedimientos para preparar estas decisiones, o, simplemente, fuera de todo procedimiento oficial, a asesorar a los interesados sobre un problema: fiscales, abogados, procuradores, consejeros, asesores, etc., y ya se ve que en este grupo se encuentran funcionarios públicos y personas particulares.

Como es natural, esta categoría de personas a las que en algunos países se llama con frecuencia «los prácticos en derecho» y aun «los prácticos» o «la práctica» simplemente, suministrará buena parte de los estudiantes o alumnos de los establecimientos de enseñanza del derecho, bien en todas sus ramas principales, o en ramas particulares. Con mucha frecuencia, en efecto, el ejercicio de estas profesiones estará subordinado a la posesión de un diploma que estos establecimientos otorgan o para el que preparan y, aunque esta posesión no se exija en derecho, facilitará su ejercicio.

En lo sucesivo nos referiremos a estos miembros de las profesiones jurídicas, o a los jóvenes que se preparan para ellas, cuando hablemos de las personas para las cuales la formación jurídica, el estudio del derecho, responde a un objetivo y a un interés prácticos.

### **El móvil del interés intelectual**

Pero hay otras personas que desean conocer el derecho, o un cierto sector del mismo, o el derecho de una determinada sociedad, por ejemplo, de su propio Estado, no para estar en situación de resolver para ellas y para los demás, y al título profesional, problemas jurídicos prácticos sino para tratar de comprender fenómenos cuya importancia para la vida social —es decir, humana— no es necesario subrayar.

Tal será, por ejemplo, el caso del historiador, del sociólogo o del economista, que desean adquirir conocimientos de derecho porque los consideran apropiados para llevar mejor a cabo sus trabajos de historia, de sociología o de economía. Y este punto de vista es igualmente el del profesor de derecho considerado como tal, que sin duda ejercer una profesión que tiene como objeto directo el derecho o, dicho de otro modo, utiliza profesionalmente su conocimiento del derecho pero que, a diferencia de los «prácticos», no lo hace sino para difundir ese conocimiento.

Naturalmente, los dos propósitos que acabamos de señalar pueden reunirse en una misma persona; ¿por qué razón quien se proponga ejercer una profesión jurídica, es decir, poner en práctica su conocimiento del derecho, no ha de poder interesarse al mismo tiempo por la totalidad de problemas que presenta este derecho, incluso aquellos en que el interés profesional no cuenta para nada?

He aquí, pues, la primera alternativa, en orden lógico, que debe decidir todo organizador de un sistema de enseñanza del derecho si quiere actuar con claridad y racionalmente: ¿enseñanza exclusivamente con fines, prácticos, o enseñanza que comprende, también, fines teóricos o científicos?

Pero ni esta fórmula ni las explicaciones que la han precedido bastan para esclarecer la alternativa. Para conseguirlo es necesario intentar definir previamente, con la mayor precisión y rigor posibles, los rasgos que caracterizan los sistemas de organización, inspirados, respectivamente, en la primera o en la segunda direc-

ción. Si la elección de objetivo no marcara una profunda huella en el fondo mismo de estos sistemas, la alternativa tendría poco interés.

#### A) DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CON FINES EXCLUSIVAMENTE PRÁCTICOS

Es evidente que la enseñanza del Derecho que tuviera por meta, y por meta única, preparar a los que la recibieran a ejercer satisfactoriamente actividades prácticas de carácter jurídico, o sea, las profesiones jurídicas, tendería a proporcionarles los conocimientos, las oportunidades y las aptitudes intelectuales que estos oficios requieren.

#### **Principio y caracteres de esta enseñanza. Naturaleza de los problemas de «la práctica»**

Ahora bien, es un hecho que la mayoría de estas profesiones se ejercen en el ámbito de un Estado y se refieren a la aplicación de su propio derecho. La lista de ejemplos que hemos citado basta para demostrarlo: magistratura, administración pública (para ciertas ramas y ciertos cargos), «consejeros jurídicos» de todas clases (abogados, procuradores, *solicitors*), etc.

Los problemas en que han de ocuparse los representantes de estas profesiones, desde ángulos y con formas diversos pueden resumirse, por lo general, en el esquema siguiente: dadas tales y tales reglas del derecho nacional, determinar el tratamiento jurídico que ha de aplicarse a tal especie, es decir, a tal situación concreta. Si se trata de un funcionario público, la solución consistirá, en definitiva, en tomar una decisión que defina los derechos y obligaciones entre personas –dos particulares que son partes en un litigio, o una colectividad pública y un particular–. Fuera de esta esfera pública, el problema será, por ejemplo, determinar las cláusulas que han de insertarse en un acto jurídico –contrato, testamento, estatutos de una sociedad o de una asociación– para obtener cierto resultado (transferir tales o cuales bienes a una persona o a una institución; crear una obra o una organización susceptible de cumplir tal función).

En estas condiciones la enseñanza jurídica con fines prácticos acusará con toda naturalidad los siguientes rasgos característicos:

1. Proponiéndose exclusivamente la formación para la práctica del derecho en un Estado determinado, se limitará al derecho de este Estado, del que hará su único centro de interés su única materia.

2. Por la misma razón, dedicará toda su atención a los problemas de aplicación de este derecho, según los hemos definido con anterioridad, en forma que, aunque no sea rigurosa desde el punto de vista científico, lo sea bastante para nuestro propósito, es decir, los problemas que conciernen al tratamiento o a la solución de casos concretos, en un estado general de validez de las reglas de este derecho.

3. En consecuencia, las aptitudes intelectuales que procurará desarrollar, las técnicas intelectuales que cultivará por excelencia, serán las del razonamiento

deductivo. Según estos principios, el mayor valor será otorgado al espíritu de lógica deductiva.

### **Primacía del «razonamiento jurídico»**

En efecto, formulemos la hipótesis –por muy limitada y teórica que sea– de una sección compartimentada del derecho legislado donde para cada cuestión que pudiera surgir existiese una regla general, previamente promulgada, que le fuese aplicable y le diera solución. Con este supuesto, y en cada caso concreto, el problema práctico consistirá en determinar la regla o reglas aplicables, es decir, de las que habría que extraer la solución del caso. A este efecto hará falta, de una parte, conocer o establecer muy exactamente el sentido de las reglas en cuestión, su «interpretación» y, de otra parte, supuesto el conocimiento de los hechos específicos, analizarlos en derecho, o, lo que es igual, investigar y determinar cuáles son las reglas que lo rigen, permiten o condicionan. Esta doble operación se produce en la realidad simultáneamente, puesto que la elección de la regla no puede efectuarse sino en función del análisis de los hechos, y el análisis jurídico de los hechos no puede operarse sino a la luz de las reglas conocidas al menos someramente. De ella se deducirá finalmente el tratamiento del caso concreto.

Volvamos a la primera operación: establecer el sentido de las normas vigentes. Sabido es que no basta para ello saber leer el texto que contiene la regla o los documentos relativos a su elaboración, sino que hace falta un razonamiento que descubra las consecuencias implícitas, aunque no estén formalmente expresadas, de cada una de las reglas aisladamente considerada, o, lo que es más, las consecuencias que se derivan de la combinación de dos o más de esas reglas. Esta facultad de razonar, el arte de realizar esta clase de razonamientos, son los que el «práctico» o profesional tendrá que utilizar profusamente, y sobre él deberá apoyarse la enseñanza con fines prácticos.

Como hemos dicho, la hipótesis inicial, la de un derecho cuya reglamentación general contuviera la solución de todos los casos concretos, de todas las cuestiones particulares, ya fuera inmediatamente, «a libro abierto», o por la sola virtud del razonamiento deductivo, es casi puramente teórica en cuanto se rebasa el cuadro de un número reducido de reglas y se coloca uno al nivel de un capítulo o de una «teoría» y, con más razón, en el de una rama del derecho. Efectivamente, en todo sistema jurídico es considerable el número de casos en que el tratamiento de las situaciones concretas, particularmente las decisiones de órganos del Estado, no son puras y simples aplicaciones de reglas generales preestablecidas, de las cuales se dedujeran por medio de simples silogismos, evidentes e imperativos.

En consecuencia, muy a menudo el profesional no puede realizar su tarea razonando simplemente, según las normas de la lógica formal. De donde parece deducirse lógicamente que ni siquiera la enseñanza del derecho con fines estrictamente prácticos deberá ni podrá contentarse con el intento de desarrollar en sus alumnos las facultades de razonamiento deductivo, como si todos los problemas que tienen que resolver se redujeran a la operación de pasar de las proposiciones generales dadas (las reglas de derecho, y especialmente las leyes, aun las ya interpretadas) a las proposiciones singulares o específicas; por ejemplo, una sentencia sobre un caso concreto.

Esta conclusión parece irrefutable, y queda reconocida por aquellos derechos nacionales según los cuales, a falta de disposición legislativa aplicable a la hipótesis objeto del fallo, los tribunales deben juzgar con arreglo al precepto que promulgarían si fuesen legisladores (ejemplo: Código civil suizo, art. 2.º); y la fórmula negativa, de apariencia infinitamente más modesta y anodina, según la cual el juez no puede negarse a fallar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (ejemplo: Código civil francés, art. 4.º), viene a parar a lo mismo. Sin embargo, la conclusión se halla, por decirlo así, oscurecida en muchos países por una fuerte tendencia a no aceptar francamente, sin reticencia y en toda su amplitud, estos hechos de los que deriva. Así ocurre en los países donde prevalece oficialmente lo que podemos llamar el «principio del derecho escrito» o más bien legal o positivo, es decir, el principio según el cual las reglas de derecho no pueden establecerse sino por ley (o por fuentes secundarias del mismo tipo: reglamentos, ordenanzas, decretos, etc.). Combinado con otro postulado que dice que las decisiones específicas, sobre todo las sentencias, no pueden ser sino aplicación de reglas generales preestablecidas (aparentemente con exclusión de las hipótesis previstas por las disposiciones legislativas precitadas, y que se consideran excepcionales y de importancia mínima), este «principio del derecho legislado» lleva ahora y desde hace mucho tiempo a los juristas de estos sistemas, por una lógica imperiosa, a profesar la tesis de que «todo (es decir, todo el derecho) se encuentra en la ley», al menos virtualmente, y que en ella, por tanto, se encuentra la solución de todos los problemas concretos; o, dicho en otros términos, que basta la lógica formal para extraer dicha solución de los textos legales. Este postulado de la «plenitud de la ley» –que comprende en todo caso, como uno de sus elementos tácitos, el postulado de su perfecta «univocidad» (es decir, la posibilidad de establecer con certeza absoluta cómo fue concebida por sus autores y qué sentido le dieron)– es la idea básica de la escuela del derecho escrito o legal, de la escuela legalista. Suele recibir, por lo menos en Francia, el nombre de «escuela de la exégesis», pero esta denominación se refiere a un método, a una de las técnicas de presentación, mera consecuencia de la idea básica y que sólo ésta puede explicar. En cualquier caso, el postulado de que los hombres llamados a resolver los problemas concretos no toman nunca decisiones personales creadoras de elementos nuevos que no se encuentren en la ley salvaguarda plenamente la idea de que el razonamiento lógico es el único instrumento que necesitan utilizar en su actividad jurídica.

Tales son, en el fondo, los dogmas aceptados en la práctica por las salas o tribunales que basan sus providencias o sentencias sobre disposiciones legislativas de las cuales no se puede pensar que sus autores les atribuyan el mismo sentido que les dan estas jurisdicciones posteriores para llegar a una solución que por diversas razones morales o prácticas parece deseable, o sobre disposiciones de un enunciado tan vago que no hay modo de saber cuál es el sentido exacto que quisieron darle sus autores, y que tal vez han invocado los jueces en ocasiones anteriores para llegar a soluciones diferentes y aun diametralmente opuestas.

Pero, salvo error, esta situación no es muy general en países de sistema de derecho fundamentalmente legislado, y sobre todo de derecho ampliamente codificado. Una situación, si no idéntica por lo menos análoga, existe en los países llamados de *common law*, cuyo sistema se considera opuesto al adoptado en los paí-

ses de derecho legislado. En ellos la codificación es casi inexistente y los principios generales del derecho son de origen y de carácter principalmente jurisprudenciales. En los países aludidos se reconoce abiertamente a los tribunales un poder de creación de reglas de derecho, no sólo en casos de carencia de reglamentación legislativa sobre las cuestiones a juzgar, sino incluso dentro del marco de leyes existentes, consagrando la regla del *stare decisis*, o, dicho de otro modo, aceptando el principio según el cual las posiciones de derecho adoptadas por una sala o tribunal sobre cuestiones que han de resolver ligan a esta sala o tribunal, lo mismo que a las salas o tribunales del mismo rango o de rango inferior que hubieran de fallar en lo sucesivo sobre los mismos problemas. Para salvar los inconvenientes de este principio conservador, es decir, para evitar que los jueces tengan que adoptar una decisión que les repugna, pero que les viene impuesta por dicho principio, será necesario, o bien que declaren que el *dictum* de las sentencias invocadas como precedente tienen un sentido o un alcance distinto del que se le venía dando, o bien que en los hechos probados en el proceso hay elementos que los diferencian de los que se dieron en la jurisprudencia invocada y que, por ende, hace inaplicable el *dictum* anterior. En cuanto a los abogados que quieren invocar un *dictum* anterior, procurarán demostrar que éste tenía el sentido que pretenden atribuirle, y además que, a pesar de ciertas particularidades, conviene también al nuevo caso; para todo lo cual tendrán que recurrir igualmente al razonamiento o dialéctica jurídicos, incluso si este razonamiento y esta dialéctica obedecen al deseo de justificar una solución decretada anteriormente a la intervención de la lógica.

Finalmente, en ambos grupos de sistemas jurídicos nadie admitirá francamente que la enseñanza con fines exclusivamente prácticos debería sobrepasar la simple perspectiva de la aplicación a situaciones particulares de reglas generales preexistentes y, por tanto, no debería limitar sus ambiciones a la sola formación para el razonamiento silogístico destinado a deducir de las reglas generales la solución de los problemas concretos de derecho.

### **Primacía del derecho nacional vigente. Atenuaciones del principio**

Pero conviene rectificar, por el contrario, el primero de los rasgos que hemos presentado como característicos de la enseñanza práctica. Dijimos que tal enseñanza debe adoptar como materia exclusiva el derecho del Estado donde se dé. La fórmula es excesiva; en realidad, podrá exceder en algo los límites puramente nacionales sin desviarse en absoluto de sus objetivos.

En primer lugar, el conocimiento del derecho de los países extranjeros puede ofrecer, a ciertos grupos de personas, un interés propiamente profesional o práctico.

El mismo derecho nacional impone a sus jueces la aplicación en ciertas situaciones o relaciones privadas que no son de carácter puramente nacional, de reglas de los derechos privados extranjeros; ese es el objeto de las reglas llamadas de derecho internacional privado, o más precisamente de «conflictos de leyes». Habría, por tanto, para los magistrados y, por ende, para los abogados y procuradores cierto interés profesional en conocer estos derechos extranjeros que posiblemente tendrán que aplicar un día u otro. Este interés conviene en grado superior a los profesionales que se especializan en el asesoramiento jurídico de los hombres

de negocios del comercio internacional, y, más ampliamente, a los particulares interesados en cualquier relación jurídica que sobrepase el territorio de un solo Estado, por ejemplo, y que suelen ser llamados «abogados internacionales».

Se ve, por tanto, que, incluso en un sistema que señala como función casi exclusiva en los estudios de derecho la formación de «hombres de ley», *lawyers*, existen razones, sobre todo en el mundo actual, para iniciarlos en derechos civiles, comerciales y judiciales extranjeros.

Ni que decir tiene que, en la práctica, no se pueden enseñar todos los derechos extranjeros, ni siquiera uno de ellos, con el mismo detalle y precisión que el nacional (sobre todo si se trata del primero o los dos primeros cursos de estudios, que todavía no requieren una especialización extremada). Por ello, conviene limitar el estudio de que tratamos —que será propiamente el «derecho comparado» o ciencia comparativa del derecho— al derecho privado de los Estados extranjeros con los cuales las relaciones jurídicas, especialmente las comerciales, sean más intensas y estrechas, es decir, de cuya aplicación tengan que ocuparse más los abogados, o —con otro criterio— a los principales sistemas jurídicos, esto es, a los tipos o familias de ordenamientos jurídicos más característicos.

Fuerza es reconocer que de este criterio resultará, ciertamente, que la enseñanza de los derechos extranjeros revestirá inevitablemente un carácter bastante acusado de iniciación a su conocimiento general más bien que de preparación directa para su aplicación, como en el caso del estudio del derecho nacional. Es decir, que su carácter de enseñanza con fines prácticos será sensiblemente atenuado.

Las preocupaciones que acabamos de exponer no son, en principio, especiales del derecho privado. Puede darse casi por seguro que, en el mundo jurídico actual, cada Estado, es decir, sus autoridades ejecutivas o sus tribunales, aplica exclusivamente el derecho público nacional; en consecuencia, el conocimiento de los derechos públicos extranjeros no presenta para los «hombres de leyes», ni para el conjunto de funcionarios administrativos con competencia jurídica, el mismo interés práctico que puede presentar para algunos de ellos el conocimiento del derecho privado. Existe, sin embargo, una categoría de funcionarios para los cuales presenta un indudable interés profesional: son los que, de una u otra manera, se ocupan de las relaciones con los Estados extranjeros: diplomáticos y agentes de los servicios del Ministerio de Asuntos Extranjeros (o de Relaciones Exteriores), funcionarios y altos funcionarios de todas las administraciones que tienen que ocuparse en la tramitación internacional de asuntos que son de su competencia. Lo mismo puede decirse de los políticos en aquellos países en que una buena parte de ellos pasa por el tamiz de los estudios jurídicos o sale del seno de las profesiones jurídicas. Para ellos el conocimiento del derecho constitucional o político de los Estados extranjeros será el más útil; mientras que, para los diplomáticos y otros funcionarios, lo será, además, el derecho administrativo (que engloba, por ejemplo, su derecho fiscal).

Aparte del derecho propiamente nacional, no hay que pensar sólo en los derechos de otros Estados, olvidando otra rama jurídica que se justifica también por razones prácticas. Nos referimos al derecho internacional público o derecho de gentes, que se aplica en cada Estado. Las cuestiones en él comprendidas pueden surgir con ocasión de procesos seguidos ante los tribunales nacionales, siendo innecesario subrayar su importancia para las categorías de funcionarios públicos que acabamos de mencionar.



Por fin, conviene hacer notar, y está corroborado por la historia, que esta educación jurídica de inspiración práctica puede, sin renunciar a sí misma, comprender el estudio de derechos que no están vigentes. En efecto, no es preciso rebajarla al rango de una enseñanza memorística, sin otra preocupación que la de acumular conocimientos; puede también preocuparse de hacer comprender lo mejor posible, al menos desde el punto de vista puramente jurídico, el derecho nacional y, por otra parte, de formar el espíritu jurídico. El primero de estos objetivos podrá llevarnos a añadir al estudio del derecho nacional contemporáneo el de su historia, es decir, el de sus etapas sucesivas. Ambos motivos se conjugaron de antiguo en muchos países de civilización europea, e incluso en otros que deseaban inspirarse ampliamente en las tradiciones de esta civilización, haciendo que el derecho romano ocupara un lugar que fue eminente y sigue siendo importante en el conjunto de estudios jurídicos, y para conferir a su enseñanza un carácter exegético-dogmático muy marcado. Indudablemente puede añadirse un tercer motivo, que viene a reforzar la acción de los dos precedentes: la admiración suscitada por este derecho romano, *latin scripta*, la más grande de las obras maestras jurídicas, y por sus creadores.

## B) DE LA ENSEÑANZA CIENTÍFICA DEL DERECHO

### **Definición del conocimiento o ciencia del derecho**

Tener del derecho un conocimiento científico, conocerlo, en la plenitud del sentido filosófico de esta palabra, es –o, mejor aún, sería– conocerlo íntegramente, dominar intelectualmente la totalidad de los órdenes o clases de antecedentes, fenómenos, problemas y relaciones que a él se refieren, le conciernen o le afectan y que su teoría científica, que es finalmente general, debe tomar en consideración. No olvidemos que se trata del derecho, es decir, de una realidad específica, de un reino por así decirlo. Cuando se dice «el derecho», cuando se habla «del derecho», no hay que pensar «un derecho», «tal derecho», por ejemplo, el de un Estado, sino todos los derechos, presentes, pasados –y casi diríamos futuros– de todos los grupos sociales (y sobre todo políticos) presentes, pasados y futuros. De manera más abstracta, el derecho es la totalidad de «lo jurídico».

De otra parte, la ciencia del derecho, en el amplio sentido de ciencia perfecta e ideal del derecho, no puede nacer sino de un conocimiento de todos los fenómenos y problemas relativos al objeto así delimitado: todo lo que se refiere al derecho forma, por definición, parte de la ciencia o del conocimiento de que es objeto, y esta ciencia no puede tolerar ninguna laguna, ninguna imperfección.

### **Su relación con las concepciones corrientes**

Es cierto que definir así la ciencia del derecho es apartarse de la costumbre tradicional y corriente, que reserva la denominación «ciencia del derecho», «ciencia jurídica» o *Rechtswissenschaft* a una disciplina que tiene por objeto el

estudio de un solo grupo de problemas relativos al derecho, y que nosotros no nos proponemos caracterizar aquí con más exactitud. Digamos simplemente que la enseñanza de esta disciplina se considera como la misión propia de las Escuelas o Facultades de Derecho, o, al menos, como el elemento esencial y original de esta misión, y que el objeto de la disciplina corresponde a la noción expresada por los términos de «jurista» *jurist, lawyer*. No vamos a discutir aquí la razón o las desventajas de esta costumbre. Al hablar de la «ciencia del derecho» hemos adoptado la palabra «ciencia» como sinónimo de conocimiento, de saber simplemente, en un sentido extremadamente amplio. No hemos querido caracterizar una disciplina; al contrario, admitimos de buen grado que es muy probable que la ciencia del derecho, definida como lo hemos hecho, resulte del concurso de una pluralidad de disciplinas muy diversas y que no tienen otro rasgo común que el de ocuparse unas y otras del derecho, o sea de coincidir en el mismo objeto.

Si se consideran las cosas desde el punto de vista de la práctica y de la vida científicas convendría usar el plural y hablar de *las* ciencias del derecho, lo cual expresaría, a la vez, que se trata de varias disciplinas, pero que forman un grupo y una unidad, en razón de su objeto, porque todas contribuyen al conocimiento científico total del derecho, de la realidad jurídica y de sus problemas; en este sentido forman parte de *la* ciencia del derecho, lo mismo que de otras disciplinas puede decirse que forman parte de las ciencias naturales, de la ciencia del hombre, etc. Racionalmente, la expresión «ciencia del derecho» define, ante todo, el conjunto de conocimientos, la totalidad del saber relativo al derecho, sin distinción ni especificación; así, comprende y reúne el grupo de las diversas disciplinas que tratan de los problemas y fenómenos relativos al derecho. Si comúnmente esta expresión ha estado y aun está hoy casi monopolizada por una disciplina única, correspondiendo solamente a uno de los varios órdenes de problemas y de conocimientos en cuestión, el hecho ha de explicarse históricamente; esta disciplina fue la primera en constituirse y ha existido sola durante largo tiempo. En su mayoría, las ciencias que se ocupan de otros problemas no comenzaron a progresar o cultivarse sistemáticamente sino en una época muy posterior; pero quizá este monopolio no sea hoy más que una supervivencia que no corresponde ni a la situación ni a las ideas de nuestro tiempo. Si esto es así, una simple tradición de lenguaje no debería prevalecer sobre las conclusiones del análisis racional. Creemos que éste demostrará que valdría más denominar «ciencia jurídica», por ejemplo, a la disciplina comúnmente llamada «ciencia del derecho» y reservar el término de «ciencia» o de «ciencias del derecho» al grupo más vasto en el que lógicamente se integra; la *Rechtswissenschaft* no es sino una de las *Wissenschaften vom Rechte*, un elemento de la *Wissenschaft des Rechts* en el sentido filosófico y epistemológico.

### **Bases para el análisis de las ciencias del derecho**

Tratemos ahora de analizar con mayor exactitud el contenido de la ciencia del derecho entendida en el amplio sentido que hemos enunciado. La tarea consiste en elaborar una lista de los grandes órdenes de problemas que el espíritu humano puede formularse sobre este objeto: el derecho. Sin duda, al mismo tiempo se habrán definido las diversas disciplinas jurídicas o ciencias del derecho, pues hay

mucha probabilidad de que, al menos en general, a cada uno de esos grandes órdenes corresponda una disciplina especial.

Puede centrarse este análisis en torno a la noción del derecho positivo de las sociedades humanas. No es necesario detenerse aquí en fijar detalladamente esta noción y basta con señalar la dirección general. El derecho positivo u orden jurídico de una sociedad es esencialmente el conjunto o sistema de reglas de derecho (normas jurídicas generales) que se aplican a la totalidad o a un grupo de sus miembros, y por las cuales se determinan la conducta y la condición de éstos, o sea, en definitiva, lo que se les prescribe bajo ciertas sanciones o lo que se les permite o asegura con garantía; es lo que con mayor brevedad suelen llamarse sus obligaciones y sus derechos (facultades, poderes, libertades).

Esta definición aproximativa vale para todos los sistemas jurídicos, sean cualesquiera sus reglas respecto a los modos de creación (o fuentes) de las reglas de derecho; no crea ni presupone ninguna distinción en este respecto. Al hablar de normas o reglas generales no tiene a la vista únicamente los sistemas de derecho escrito o legislado, es decir, aquellos sistemas en los cuales las reglas generales se elaboran siguiendo un procedimiento distinto de aquel por el cual serán fijadas seguidamente las normas o disposiciones relativas a cada uno de los individuos—tales las sentencias y providencias, los actos administrativos, los contratos o testamentos— y que se consignan, por tanto, en documentos escritos destinados especialmente a este fin: códigos, leyes, reglamentos, ordenanzas, decretos. Engloba también el sistema del derecho jurisprudencial o el del *judge made law*; en virtud del cual las reglas generales son enunciadas inicialmente por los órganos competentes para dictar las normas individuales y en los documentos que las contienen, por ejemplo, por los jueces, y en las sentencias que las enuncian como el principio y fundamento de la decisión concreta. La definición engloba también el sistema del derecho consuetudinario y, en fin, incluso los sistemas en los cuales las reglas generales no se citan formalmente en ninguna clase de documentos, considerándolas simplemente como reglas obtenidas por inducción generalizadora de una suma de decisiones concretas o de normas individuales que poseen meramente una generalidad de hecho.

Por tanto, toda ciencia del derecho se referirá esencialmente a estas reglas generales. No cabe duda de que es justo considerar que las normas o las disposiciones de fallos o sentencias, de actos administrativos, de contratos o de testamentos que regulan obligaciones o derechos de personas individualmente consideradas son también elementos constitutivos o determinantes del orden jurídico de la sociedad, y que, en consecuencia, el conocimiento integral de estas normas sería la condición indispensable de un conocimiento perfecto del estado jurídico de una sociedad en un momento dado. Esto no impide, sin embargo, que estos antecedentes esencialmente singulares (es decir, el conocimiento de la condición de la totalidad de los individuos, o el de la condición particular de un individuo cualquiera) no sean, como tales, objeto de un conocimiento científico.

Las ciencias del derecho tendrán, pues, por primero y principal objeto el conocimiento del derecho positivo de las sociedades humanas consideradas, es decir, la suma, de los derechos positivos del presente y del pasado.

## **El conocimiento intrínseco de los derechos positivos**

El primer problema que se plantea acerca de cada sistema de derecho positivo es el de determinar su naturaleza, identificar las reglas que lo componen y analizarlo. El conocimiento intrínseco del derecho positivo –o, mejor aún, de los derechos positivos de todas las sociedades humanas del presente o del pasado– es, sin duda, una tarea primordial de la ciencia del derecho. ¿Cuáles son las reglas de derecho vigentes o las que han estado en vigor en tal sociedad o en tal grupo de sociedades? ¿Qué prescriben, qué permiten y qué garantizan? Tal es la serie de cuestiones con la que nos enfrentamos.

De hecho esta tarea se limita casi siempre a una rama del derecho y a menudo a un capítulo más o menos vasto, a un grupo más o menos amplio de problemas derivados de una rama determinada. A veces, incluso, toma por objeto una ley dada o un conjunto de disposiciones agrupadas en un mismo texto que se aplica a «comentar», es decir, a explicar, interpretar, y quizá también a estudiar su aplicación por organismos especializados. En este último caso las divisiones exteriores de la substancia de la ley, o sea, cada artículo y hasta cada párrafo o apartado, se toman uno tras otro en el mismo orden en que figuran en el texto de la ley, orden que a menudo no tiene nada de lógico.

Excluyendo este último caso, el trabajo desemboca en una exposición sistemática a escala proporcionada con el objeto de estudio; el jurista se dedica a presentar un conjunto de reglas de derecho ordenadas racionalmente, es decir, siguiendo el encadenamiento lógico de los problemas a que corresponden y de las relaciones o situaciones a que se refieren.

Conocer uno o más derechos positivos, o una parte de ellos, conocer las reglas que los componen, tal es el objetivo esencial que persigue la ciencia del derecho en el sentido tradicional, la ciencia jurídica o *Rechtswissenschaft*; en cada Estado los juristas se dedican principalmente al derecho positivo de dicho Estado. Pero ¿es acaso necesario recordar que el derecho positivo no es sinónimo de derecho estatal, del derecho nacional del jurista ni, en la dimensión del tiempo, del derecho en vigor en el momento del estudio? El estudio del derecho internacional (puesto que, según la opinión más entendida, existe tal derecho), o del derecho vigente de los Estados extranjeros, forma parte de esta rama de la ciencia del derecho, abarcando asimismo el estudio de los derechos abolidos de sociedades existentes o desaparecidas.

## **Distinción entre problemas**

Esta disciplina, que podría denominarse la ciencia jurídica del derecho o la teoría jurídica del derecho –ya veremos que, contra lo que parece, estas expresiones poco comunes no contienen ningún pleonismo–, plantea problemas que conviene estudiar más de cerca.

Según un gran número de juristas, que quizá son la mayoría, estos problemas habrían de ser de un tipo único. Nosotros no lo entendemos así; creemos, por el contrario, que el jurista se ocupa de dos grandes y muy distintos grupos de proble-

mas, y que el olvido de su distinción y separación atenta contra la claridad de las ideas y puede llevar a consecuencias enfadosas.

*La dogmática jurídica; sus problemas y dualidad de aspectos*

Al analizar los fines y objetos de una enseñanza práctica del derecho hemos encontrado el primero de estos dos tipos de problemas a que el jurista se dedica y que consiste en determinar, dado un conjunto de reglas generales en vigor, y en su ámbito, qué tratamiento jurídico debe o puede aplicarse a una situación dada, bien sea abstractamente definida e hipotética, o real, singular y concreta; en determinar lo que «es de derecho» (*was Rechtens ist*, se diría en alemán) en un caso o para un caso concreto, lo que puede o debe ser respecto de este caso según los términos o en el conjunto dado de reglas de derecho. Para simplificar, razonaremos de ahora en adelante refiriéndonos sólo a un agente público –un funcionario administrativo, o, de preferencia, un juez–, llamado a tomar una decisión en un caso que se le somete, en virtud de una regla mandataria y que prescribe una cierta conducta. El problema que se le plantea a este agente puede formularse así: ¿Qué decisión debo tomar, qué norma debo establecer, respecto de esta hipótesis, para el sujeto o sujetos a quienes atañe, dado que las reglas que debo aplicar u observar son tales y tales? Se trata de que él determine en su conciencia la norma que va a formular, la decisión administrativa que va a tomar, la sentencia que tiene que dictar; es decir, que, en el sentido etimológico y filosófico de la palabra, el problema es un problema de práctica: concierne a una acción –el acto de dictar una sentencia o tomar una decisión– de la que se trata de fijar el contenido.

Exactamente el mismo problema debe resolver, por ejemplo, el profesor de derecho de quien se demanda el parecer sobre el veredicto justo en un proceso seguido ante los tribunales (este profesor se enfrentará únicamente con parte del problema si sólo se le consulta sobre ciertos puntos de derecho suscitados por el proceso).

Hemos expuesto someramente qué facultades son las que han de ejercitarse para la solución de este género de problemas y los procedimientos intelectuales que requiere. Por ser precisa para nuestra demostración, insistiremos en esta exposición más a fondo.

Si las reglas de derecho –legales o jurisprudenciales– determinasen siempre de manera completa y absoluta las decisiones que el juez o el agente administrativo debe tomar –suponiendo los hechos del caso claramente establecidos– no hay duda de que el problema sobre el que razonamos sería un puro problema de lógica formal, de razonamiento silogístico; su solución no pondría en juego más que las facultades puramente intelectuales. Esto sería cierto si existiese una regla, por ejemplo, un artículo del Código que comprendiera precisa y expresamente el caso y el problema en discusión, y también si, partiendo de varias reglas, un razonamiento permitiera, combinándolas, entresacar una que diera la solución: en este segundo caso la operación sería la misma, pero compleja y larga. En ambos casos, en suma, podría decirse que el jurisconsulto no hace otra cosa que comprobar las reglas de derecho y sus consecuencias normativas, tal como se deducen rigurosamente por simple lógica. Su omisión sería eminentemente impersonal, de un carácter perfectamente «objetivo». Sería puro conocimiento.

Por desgracia, esta hipótesis no se realiza siempre, ni siquiera a menudo; con frecuencia, y aun generalmente, el jurista no se encuentra en la agradable situación de los autores de los famosos silogismos simples de la lógica aristotélica y clásica.

En efecto, es considerable el número y es enorme la proporción, de reglas de derecho que tienen un grado de imprecisión que es, en algunas ocasiones, muy elevado.

A veces, es el autor de la regla quien así lo ha querido, pues o bien habrá previsto la posibilidad de dos decisiones, o incluso toda una gama de decisiones comprendidas entre dos límites (ejemplos: el individuo que haya cometido un delito podrá ser condenado a tantos años de prisión o a una multa de tal importe; el individuo que haya cometido tal crimen podrá ser condenado a la pena de uno a quince años de prisión); o bien habrá empleado con pleno conocimiento de causa una noción que no es bastante clara para que se pueda determinar si ciertos datos concretos se ajustan a ella, lo que no puede hacerse sino con cierta libertad de sentimiento y de apreciación. Estos casos, que se reflejan en frases tales como «en caso de necesidad», «si es urgente», «actos útiles (o, provechosos) a tal persona», son legión, y los ejemplos podrían multiplicarse indefinidamente.

Otras veces el autor de la regla no ha tratado conscientemente de hacerla imprecisa, pero, sea porque la ha enunciado de forma poco clara o porque ha empleado uno o varios términos poco precisos y susceptibles de varias interpretaciones, el resultado es el mismo que si se lo hubiera propuesto.

Poco importa, pues, el origen de esta indeterminación, y el hecho es que la operación que consiste en pasar de las reglas generales a las decisiones concretas supone una opción personal por parte de los que tienen que decidir. Puesto que varias decisiones son igualmente posibles por ser todas compatibles con la norma general, ninguna tiene prioridad sobre las demás y ninguna es la consecuencia necesaria de la ley. La elección del agente entre las varias normas posibles no puede ser, por tanto, más que el resultado de una voluntad propia y libre que se manifieste dentro de los límites de la opción que se le concede. El agente tomará la decisión que –en contraste con las otras– le parezca más deseable y mejor, de acuerdo con la moral y la justicia o mirando a los resultados prácticos. En esta eventualidad de una indeterminación variable de la regla general –que se da, repitámoslo, con gran frecuencia– el jurista y el funcionario público que se enfrentan con el problema de la dogmática jurídica no pueden hacer otra cosa que combinar y asociar estrechamente el razonamiento deductivo y subrayar su apreciación y opción personales. Esta asociación corresponde a la suma de los elementos determinados y de los elementos indeterminados de la regla.

En suma, la dogmática jurídica ha dejado de ser un problema de puro conocimiento y puramente intelectual, para convertirse, en mayor o menor escala, en un problema de decisión y en un problema de voluntad.

La dogmática jurídica se sitúa por ello –y contra la idea errónea de la completa predeterminación del derecho escrito– mucho más cerca del problema legislativo de lo que a primera vista parece. Es decir, del problema de la determinación del fondo y del significado de las leyes generales, tal como se presenta al que ha de dictarlas.

A pesar de una similitud formal –y superficial– entre ambos debida a una común determinación de la norma futura, estos dos problemas se presentan como

de naturaleza radicalmente opuesta, a causa de la antítesis establecida entre el juez y el legislador. En efecto, mientras se suponía que para el juez o para el agente administrativo la norma aplicable se deducía, por una operación puramente lógica, de una regla o de un conjunto de reglas de derecho absolutamente determinadas que en cierto modo no le dejaban margen de libertad ni de decisión personal, se estimaba, por el contrario, que para el legislador se trataba de un acto plenamente libre respecto del derecho (haciendo abstracción de algunas restricciones ocasionales a esta libertad) de una elección y una decisión personales, de naturaleza política o técnica. Dicho de otro modo, en el caso del legislador el mecanismo silogístico de deducción partiendo de reglas dadas no juega ningún papel, ya que el acto está determinado por el ideal, las creencias y reacciones filosóficas, morales y sociales o los fines y los cálculos prácticos del legislador. Pero, cuando se reconozca el hecho de la indeterminación mayor o menor de un gran número de reglas de derecho, la antítesis se atenúa mucho y el problema del legislador se nos aparece teniendo la misma naturaleza esencial que el del juez.

*La descripción del derecho positivo; su problemática y consecuencias para el método*

El jurista se dedica a otra labor que puede relacionarse con el conocimiento intrínseco del derecho positivo: aquella que consiste propiamente en describir el derecho positivo de una sociedad dada o de un grupo de sociedades, es decir, las reglas jurídicas bajo las cuales efectivamente viven.

Ya no se trata aquí de razonamientos, de deducción, de dogmática para determinar lo que, dentro del marco de las reglas dadas, debe o puede hacerse o decidirse en casos concretos. Se trata únicamente de comprobar datos, de relatar hechos; la tarea del jurista puede entonces compararse a la de los observadores de fenómenos o de realidades naturales y su actitud debe ser la misma. El problema ya no es normativo ni de práctica, sino puramente positivo e intelectual; consiste en describir con precisión cuáles son las reglas de derecho bajo las cuales vive una colectividad, y que se aplican, ya sea al conjunto de sus miembros, o a una parte de ellos.

Ciertamente sería un error profundo pensar que esta labor es puramente pasiva y que se limita a la recepción o al registro de datos, sin ejercicio de la crítica. En el dominio jurídico, como en cualquier otro dominio, reconocer y establecer el hecho es a menudo una cuestión delicada, pues rara vez se logra –si el problema se aborda con una actitud objetiva– esa clase de certidumbre que se impone con la fuerza de la evidencia y excluye toda duda y discusión.

Asomémonos a algunas de las dificultades más frecuentes con que deben enfrentarse los juristas: por ejemplo, el caso de reglas aplicadas o creadas por los tribunales, que se encuentran consignadas en sentencias y decretos y cuya materialidad es, por tanto, palpable de modo inmediato en las fuentes jurisprudenciales. Todos los juristas saben las dudas e incertidumbres que surgen cuando se trata de formular con absoluta precisión la regla de derecho aplicada por los tribunales a una cuestión dada. La interpretación de las sentencias es cosa delicada: ¿Y de qué premisas han deducido los jueces su decisión? ¿Cómo han entendido la disposición del código o de la ley invocada? Muy frecuente es, por tanto, que los especialistas estén en desacuerdo sobre este punto; más aún: esto es lo que

generalmente ocurre. A menudo intervienen complicaciones y dificultades suplementarias; por lo pronto, existen casos en que es imposible decir que una regla de derecho es aplicable a un cierto caso en un momento dado; así ocurre con cuestiones que no han sido todavía objeto de tales decisiones o con aquellas que, habiendo dado lugar a decisiones divergentes de órganos inferiores, no han sido todavía zanjadas por la jurisdicción más elevada, por la instancia suprema, cuya jurisprudencia tiene prácticamente fuerza de ley para las jurisdicciones de rango inferior. También sucede que la misma jurisdicción suprema no señale la norma general sobre la cual funda su decisión, o la interpretación que le da si se trata de una disposición vaga y que la experiencia demuestra ser susceptible de interpretaciones y aplicaciones diversas e incluso contradictorias. La regla en que se basan las decisiones, únicos datos ciertos, se difumina, y sus contornos y su alcance se esfuman antes y después de las sentencias que la aplican como antes (sobre todo si se trata de un precepto legislativo).

Mas, por grandes que sean y por mucho que abran la puerta a divergencias y a opiniones personales, estas dificultades no modifican en nada la naturaleza intrínseca del problema. El hecho esencial sigue siendo que, en la hipótesis que contemplamos, el jurista no persigue el establecimiento de reglas teóricas de conducta, entendiendo por tales las que, según su criterio, deberían observarse para que fuesen fielmente respetadas o no fueran infringidas otras reglas o principios muy generales considerados como básicos por su valor y obligatoriedad; para citar un solo ejemplo, el principio de legalidad o de superioridad de la ley. En realidad, a lo que el jurista tiende es a establecer, a deducir de los hechos, por la observación y el análisis, las normas de conducta efectivamente seguidas y practicadas, las reglas de derecho reales. Y así le es totalmente indiferente el problema de la propia regularidad de estas reglas, problema que consiste en averiguar si están o no conformes con otras reglas con las que teóricamente deberían estarlo, siguiendo los principios generalmente practicados del sistema. Son las reglas observadas de hecho las que constituyen verdaderamente el derecho positivo del grupo humano considerado.

Salta a la vista inmediatamente que esta clase de reglas jurídicas no podrán ser conocidas acudiendo únicamente a los códigos y leyes, es decir, a las reglas generales enunciadas previamente a las sentencias y decisiones concretas. Antes bien, sólo por medio de estas decisiones específicas es como podrá determinarse definitivamente cuál es la regla general efectiva, puesto que podrá demostrarse que han sido efectivamente aplicadas.

Esta regla de conocimiento es valedera incluso cuando se trata de reglas generales escritas que no dejan margen de elección ni libertad de opción al que debe aplicarlas o asegurar su cumplimiento, pues aun en este caso hay que comprobar que se ejecutan y que los hechos concuerdan con sus prescripciones.

A *fortiori* rige, pues, la regla siempre que se trate de disposiciones generales que presentan una notable imprecisión, consciente o inintencionada. En la práctica, de una u otra forma, esta laguna será colmada bien o mal, de una u otra forma. Y desde entonces no bastará el conocimiento de la regla enunciada como general, y para conocer la regla general positiva habrá que descender a los hechos concretos, llegar a la conducta efectiva de los sujetos, lo mismo si son órganos estatales (gobernantes, jueces, agentes administrativos) que particulares. Especialmente habrá que proceder así cuando se trate de reglas (ya sean de derecho constitucio-



nal, administrativo o civil) que confieren al titular facultades más o menos discrecionales. Puede entonces ocurrir que aquellos a quienes la regla confiere el poder no lo usen jamás, o que no lo usen ordinariamente sino para fines y en circunstancias muy determinados que no se hallaban fijados por la ley. En el primer caso la regla es totalmente extraña a la vida real, a menos que la sola existencia legal de la facultad de que se trata, el solo hecho de que su titular podría, si quisiera, ejercerla produzca el mismo efecto que produciría su empleo efectivo, posibilidad que no hay que olvidar. Tal puede ser el caso, según las circunstancias, de la facultad de un jefe de Estado o de un Gobierno de decretar la disolución de una asamblea parlamentaria. En el segundo caso, y sobre todo si se supone que la «autolimitación» corresponde a un sentimiento de obligación, de deber, el principio de la regla, por así decir, se descubre en los hechos, pero completado y acompañado de restricciones que lo hacen distinto del precepto escrito. Descuidar estas observaciones equivaldría a renunciar al conocimiento adecuado de la realidad considerada.

*Diferencias entre la labor de dogmática jurídica y la del análisis positivo de un sistema de derecho*

Las indicaciones que anteceden son suficientes, a nuestro entender, para subrayar la inmensa distancia que separa el trabajo de dogmática jurídica del de análisis estrictamente positivo de un sistema de derecho, y para disipar los errores que pudieran nacer de una insuficiente diferenciación entre ambos.

Recordemos la diferencia que separa ambas series de problemas: ¿Qué sentido *hay que* atribuir a tales reglas de derecho? ¿Qué consecuencias *hay que* deducir respecto de tal hipótesis? Es decir, finalmente, ¿qué conducta *hay que* observar para estar de acuerdo con ellas? He ahí el problema de la dogmática jurídica. La respuesta se encarnará en proporciones afirmando que, según la opinión del que contesta, «es preciso, según las reglas básicas del razonamiento, hacer esto o no hacer aquello», o bien: que «se puede o no se puede hacer esto o aquello».

¿Cuáles son las reglas observadas de un modo efectivo por los miembros de tal sociedad? ¿Qué conducta les parece que debe o puede observarse en tal punto? He ahí las preguntas que plantea la descripción del derecho positivo. Las respuestas estarán redactadas en modo indicativo; no expresarán un juicio normativo propio del jurista, sino que *relatarán* el juicio normativo que prevalece en el grupo.

Se trata, pues, de dos series de problemas que no cabe confundir y que corresponden a dos objetos de investigación y a dos actitudes mentales muy distintas. Hay una prueba tangible de su radical dualidad y heterogeneidad: es la posible contradicción entre la respuesta que conviene a la primera y la que reclama la segunda, de donde resulta inevitablemente la necesidad de escoger entre los dos puntos de vista. Supongamos que un jurista piensa —en derecho y por las razones más sólidas y convincentes— que cierta disposición legislativa debe interpretarse correctamente de tal forma, de lo cual resulta que tal situación concreta debería correctamente recibir tal solución. A menudo este mismo jurista advertirá que los órganos que deberían, según él, aplicar y hacer prevalecer la regla así concebida la interpretan de otro modo y le dan soluciones contrarias a las que personalmente le parecen justas. Ahora bien, es imposible decir de dos reglas contradictorias que una y otra son la regla de derecho positivo de la sociedad considerada. El conflicto

es patente y no tiene escape; hay que elegir. Para el que se coloca en el plano de la pura dogmática jurídica es legítimo que no quiera renunciar a considerar como derecho válido la regla tal como él piensa haber demostrado que debe entenderse, aunque de hecho no se aplique.

Por el contrario, esta posición es evidentemente inaceptable para el que desea conocer cuál es el derecho que se aplica en la sociedad, el orden jurídico real de ésta; regulares o no, las reglas que se aplican constituyen para él el derecho que él llamará positivo. De no hacerlo así traicionaría su objetivo de describir fielmente la realidad.

Notemos, para evitar equivocaciones, que se sobrentiende que el derecho estrictamente positivo, lo mismo que las reglas legislativas como tales, puede servir de base al análisis de los problemas dogmáticos. Así ocurre cuando los órganos subalternos ejecutivos, es decir, los que toman las decisiones concretas, desean que, por encima de todo, sus acuerdos estén conformes con las reglas consagradas por los órganos ejecutivos superiores llamados a controlar eventualmente su actividad, sin preocuparse de investigar por ellos mismos cuál es la regla que pensó establecer el legislador. De mismo modo, si un jurista, práctico o teórico, lo mismo da, es llamado a asesorar o informar ciertas personas, tendrá inevitablemente que fundamentar su consejo o dictamen sobre las reglas efectivas, aunque estime personalmente que alguna de ellas no es la que, legalmente, debería aplicarse. Ese jurista no dará como vigente ni tomará como base de sus razonamientos lo que en su opinión debería ser el derecho, pues la norma para sus clientes ha de ser la regla que, efectivamente, aplican los tribunales, y a ella habrán de conformarse para llevar a cabo sus propósitos o para no exponerse a sanciones. De ella, por tanto, procurará el jurisconsulto deducir la respuesta a las cuestiones que se le sometan. Lo más que podrá hacer es exponer su opinión personal y esforzarse en lograr un cambio del derecho efectivo haciendo patente el interés que de ello podría seguirse, pero lo cierto es que deberá comportarse como un hombre que «comprueba el derecho positivo», y no declarando lo que este derecho debe ser.

Pero es también indispensable observar que, cuando el analista del derecho propiamente positivo expone sus reglas, su afirmación no significa que los órganos ejecutivos deban conformarse con ellas y mantenerlas; simplemente quiere dar a entender que, en el momento considerado, tal regla tiene valor de derecho positivo y que, por tanto, se impone a los sujetos a quienes concierne.

A la prueba precedente puede añadirse otra, más material: la de que en determinadas circunstancias, mientras el problema dogmático puede ser planteado y resuelto, no puede serlo el problema de hecho. Acaba de dictarse una ley; en la práctica todavía no se han planteado problemas sobre su aplicación, que aún no ha comenzado o está iniciándose; eso no impide que el dogmático, el exégeta, pueda examinar estos problemas y proponer las soluciones que en su opinión son justas; basta que analice los preceptos, los interprete sirviéndose de los medios conocidos, los combine, etc. Y, al contrario, en esa hipótesis y por principio, el analista del derecho realmente positivo no puede decir nada; el derecho todavía no existe, aún no ha nacido; por hipótesis, no se sabe lo que será.

En suma, la diferencia entre ambos grupos de problemas es comparable –no diremos que idéntica– a la que existe entre los problemas de moral teórica o teoría moral y de los de moral positiva o social.

### *Acercamiento de los dos órdenes de problemas en los trabajos jurídicos*

Aun cuando los problemas de dogmática y los de análisis sean radicalmente distintos, ello no quiere decir que sea anormal tratarlos en los mismos libros.

Es lo que ocurre en la realidad: en sus estudios, y más especialmente en los libros o artículos destinados a los especialistas, los juristas exponen juntamente ambas clases de problemas, sobre todo si se trata de una rama del derecho o de una materia objeto de una reglamentación legislativa. Entonces se ve que proceden tradicionalmente de la siguiente forma: reproducen el texto de las disposiciones legislativas, exponen las dificultades de interpretación a que dan lugar, las interpretaciones propuestas por los autores, los argumentos que condenan las unas e imponen o recomiendan las otras; después indican la interpretación dada, por ejemplo, por los tribunales y, según los casos, aprueban o critican su empleo. Resumiendo, pueden distinguirse dos fases: la primera, consagrada a la dogmática, en la que se tiende a determinar lo que, sobre ciertas bases presupuestas, debería ser el derecho, y la segunda, en la que se comprueba cuál es el derecho realmente aplicado *in concreto*.

Quizá sea lamentable que para la descripción e interpretación de los hechos de la realidad jurídica se dé prioridad al parecer de personas que no elaboran el derecho, respecto de la opinión de su mismo autor. La mezcla de los dos puntos de vista y de los dos problemas no siempre redundan en pro de la claridad. Por otra parte, existe cierto engreimiento dogmático: la multiplicidad de opiniones y la persistencia de las controversias son prueba de que la interpretación de las reglas legislativas y de sus consecuencias deja un margen de incertidumbre que es a menudo grande. Sin embargo, es muy natural que el jurista se ocupe del problema dogmático y del problema positivo, que no se limite a registrar y exponer el derecho tal como lo formulan los que deciden su concreción y realización, sino que trate de confirmar, o más bien de establecer, si este derecho es como debería ser según las reglas promulgadas por la autoridad legislativa, ya que es un principio general admitido que los órganos ejecutivos deben conformarse a estas reglas legislativas. Lo más que se le puede pedir es que tenga plena conciencia de la dualidad de los problemas y actitudes correspondientes y que no presente como derecho efectivo de la sociedad las reglas que, en su opinión, deberían seguirse para que todo marchase regularmente.

En todo caso, opinamos que hay dos ramas u órdenes de problemas totalmente distintos del conocimiento intrínseco del derecho positivo, y que no puede sacrificarse ni subordinarse la una a la otra.

De hecho, de estas dos disciplinas es más bien la ciencia descriptiva del derecho positivo la que tiene necesidad de defensa, es más bien su autonomía, su independencia y su necesidad las que hay que subrayar. El jurista se inclina fácilmente a conceder la prioridad a la dogmática jurídica.

Basta recordar, por ejemplo, cuánto tiempo ha persistido entre los juristas de derecho constitucional la tendencia a exponer el derecho constitucional positivo de un Estado, o de un cierto número de Estados, procediendo esencialmente al análisis y al comentario de las leyes constitucionales vigentes, fundándose en ellas para definir las características de su gobierno y preocupándose más de la intención de sus organizadores que de lo que realmente es, realidad que a menudo queda muy lejos de lo que sus fundadores intentaban y deseaban. Estos juristas dejaban de

lado, o trataban con mínima extensión, todo lo que contribuía a dibujar la fisonomía del sistema de gobierno real. Lo que no es describir el derecho constitucional positivo, sino un derecho teórico que habría podido ser y que algunos, y sus autores ciertamente, hubieran querido que fuese, pero que no corresponde al derecho positivo o real.

Tampoco son fieles a la empresa del análisis positivo los juristas de derecho privado que insisten en estudiar ampliamente, por ejemplo, los diferentes tipos de regímenes matrimoniales posibles que la ley brinda a los esposos, sin preocuparse de precisar en qué medida los esposos hacen uso de uno u otro, e incluso sin tener en cuenta el hecho de que alguno de ellos ha caído completamente en desuso y jamás se adopta por los particulares. Dichos juristas conceden una importancia equivalente a las piezas vivas que a las muertas o moribundas del «arsenal de leyes», manifestando así una cierta indiferencia por los hechos de la vida jurídica.

Con justicia se ha podido reprochar a los juristas que empleaban estos métodos el no describir con verdad el derecho positivo de una sociedad determinada o de un grupo de sociedades. A ellos se debe en gran parte que la ciencia jurídica tenga el renombre de disciplina de carácter irrealista, «teórico» y no positivo. Y lo era, ciertamente, de la manera según la cual ellos la concebían y practicaban, lo que no quiere decir que la ciencia jurídica sea así por naturaleza.

La «dogmática» jurídica es una disciplina útil, incluso responde a una necesidad; pero no constituye por sí sola la ciencia del derecho positivo ni podría reemplazar la pura descripción del derecho positivo, que responde a otro punto de vista.

## **La explicación del derecho positivo**

### *Problemas de legislación y comparación de los derechos positivos*

El conocimiento intrínseco del derecho positivo, tal como acabamos de analizarlo, no es toda la ciencia, no agota el conocimiento del derecho positivo. Su característica es –recordémoslo– tratar únicamente del contenido normativo de las reglas de derecho, considerarlas en sí mismas y aisladamente como si fueran supuestos autónomos y primarios.

Pero ¿es posible limitarse a este punto de vista? ¿Puede, acaso, procurar por sí solo una auténtica comprensión, aun cuando sea puramente jurídica y únicamente normativa, de las reglas del derecho positivo?

Parece que no, precisamente porque las reglas de derecho no se presentan como supuestos autónomos y primarios, aunque no se salga del terreno jurídico ni se desborden sus horizontes propios.

### *Necesidad de exponer los derechos positivos en función de los problemas de legislación y de la comparación de las soluciones*

¿Por ventura es una regla de derecho la solución dada a un problema que puede llamarse de reglamentación o de legislación, en el más amplio sentido? Antes que la regla está el problema que la precede y domina, y al cual la regla responde. Y

siendo así, ¿cómo podrían ser comprendidas las reglas de derecho positivo sin relacionarlas con los problemas de legislación, es decir, del derecho a crear, analizándolas a la luz de estos problemas?

Aclaremos que, al decir esto, no nos referimos a la comprensión de una regla de derecho en particular o de un pequeño grupo de reglas de las que haya que sacar consecuencias prácticas, sino a la comprensión científica que tiende a constituir, finalmente, el sistema intelectual de las reglas de derecho. Esta comprensión científica es la que no puede obtenerse sino partiendo de una reflexión sobre los problemas de legislación que ponga de relieve sus relaciones, su orden y encadenamiento racionales, para examinar, después, cada uno de sus términos.

¿No es notable que el análisis y la exposición teóricos, científicos, del derecho se desarrollen precisamente en el marco de una contemplación general de estos problemas y de su sistema? Este proceso reposa, a primera vista, sobre la organización de las reglas, según las materias, objetos o puntos de reglamentación a que se refieren. Pero un segundo examen pone de relieve que este método de clasificación de las materias es hijo de la consideración de los problemas de legislación o de reglamentación; no es más que la imagen de su sistema. Es un hecho experimentado científicamente que este sistema es el que facilita las líneas generales de la exposición científica de las reglas del derecho positivo y el que determina su agrupación y distribución. De ahí que tal exposición no pueda satisfacer científicamente, excepto en el caso de que el sistema de problemas en cuestión está construido adecuadamente.

Pero no pueden reducirse los problemas de legislación a un papel formal tan sencillo y modesto. Por ser respuesta a ciertos problemas las reglas de derecho no pueden ser verdaderamente entendidas sin una reflexión seria y previa sobre ellos. ¿Cómo comprender una solución que no tiene carácter de necesidad y no es sino una entre muchas posibles si no se comienza por reflexionar sobre el problema a que responde? Llegar directamente y de un salto a la solución sin haber planteado y estudiado el problema es, evidentemente, un método irracional.

Ahora bien, ¿qué hemos de entender por esta reflexión sobre los problemas de legislación? ¿En qué consiste? Es indudable que no se reduce al solo y escueto enunciado de los problemas (por ejemplo: ¿en qué casos ha de ser admitida la investigación de la paternidad? ¿A qué personas hay que reconocer derecho intangible a una parte de sucesión?). Esto no sería examinar el problema, lo que, ante todo, supone definir y analizar las diversas soluciones que pueden dársele. Los derechos positivos presentes o pasados nos serán de gran ayuda, porque nos darán a conocer un buen número de soluciones. No hay problema jurídico importante, e incluso hay pocos secundarios, que no haya sido solucionado en el curso del tiempo, en sociedades diversas y de múltiples maneras; y nada impide, naturalmente, imaginar aún más soluciones, aunque no hayan sido nunca adoptadas, poniendo en primera línea las que serían más de desear. Esta evocación de toda la gama de soluciones posibles del problema nos lleva a reflexionar sobre sus supuestos, es decir, sobre los factores y, sobre todo, los fines y las ideas plenamente conscientes que pueden determinar al legislador (en el amplio sentido de creador de las reglas de derecho) a elegir entre estas soluciones, de suerte que su elección exprese —en la medida en que es fruto del cálculo— la importancia primordial concedida a tal supuesto o idea por el legislador. Esa es la etapa intermedia, en un orden racional,

entre el planteamiento del problema y el análisis de sus posibles soluciones. No evocamos ahora la posición personal que adopta el jurista; porque queremos considerar únicamente la explicación intelectual de las reglas de derecho positivo.

*Posición de las dos concepciones de la enseñanza del derecho frente a este problema*

El lugar que ocupan los problemas de legislación y el punto de vista legislativo, es una buena piedra de toque para distinguir la enseñanza con fines científicos y desinteresados de la que persigue fines exclusivamente prácticos. Las profesiones para las cuales prepara, al menos intelectualmente, esta última se refieren a la aplicación de un derecho positivo; es, pues, lógico que tenga por objeto exclusivo este derecho positivo y los problemas que se presentan a los que han de aplicarlo, sea cualquiera el motivo.

Es decir, para comenzar, que el problema de legislación queda fuera de su marco natural; la regla propuesta es para él un supuesto primordial y absoluto que hay que aceptar como un hecho, sobre el cual no cabe discusión y que tampoco puede orillarse. Y, en segundo lugar, que igualmente excluirá de su horizonte las reglas de derecho positivo que no estén en vigor en el Estado nacional (para citar la hipótesis más frecuente, como hemos dicho), las cuales no le interesan.

Esta doble limitación –que puede calificarse de horizontal por un lado y de vertical por otro, y que, si mira por una parte al campo de los problemas, afecta por la otra al de los hechos–, es característica de la enseñanza con fines prácticos y es inherente a la idea que la inspira.

Por el contrario, la enseñanza con miras científicas no puede aceptar una limitación semejante, porque no hay, repitámoslo una vez más, comprensión profunda de una reglamentación que no lleve a un problema, a *su* problema, que no la sitúe entre las que han resuelto dicho problema de manera diferente, que no analice unas y otras en función de este problema, del mismo modo que analiza el problema en función de las reglas. Una ciencia verdadera del derecho no puede limitarse al análisis de las reglas de un derecho positivo particular ni al problema de su aplicación. No es ese su punto de partida. Necesariamente, deberá extenderse a los problemas de legislación, que son, en suma, los primeros problemas del derecho positivo, aunque se refieran a su concepción y a su creación, y lo tomen con anterioridad a su existencia real. De ellos debe partir la ciencia; su primera etapa estará dedicada a su planteamiento y análisis, y esto, repitámoslo, para entender y conocer verdaderamente el derecho positivo en sí, en cuanto que es reglamentación.

Así, pues, la enseñanza práctica y la teórica difieren tanto por la naturaleza de los problemas como por la naturaleza de los grupos de hechos que han de examinar.

El adecuado planteamiento del problema de legislación conduce inevitablemente a no limitarse al derecho nacional o a un sistema particular de derecho positivo –definido por coordenadas de espacio y de tiempo–, sino a tomar en cuenta un gran número de derechos positivos, o, al menos, de tipos de derecho positivo. El tope más bajo será evidentemente, el sistema de derecho de aquellas sociedades que puedan compararse al Estado nacional, y, como ideal máximo, todos los tipos de derecho positivo sin ninguna distinción ni restricción. Si la enseñanza práctica

se conforma por naturaleza con ser «uninacional» o «uniestatal», la enseñanza científica es, en principio, y no menos naturalmente, «multinacional», o «multiestatal», es decir, comparatista.

¿Quién podrá negar que una ciencia completa del derecho supondría, en cuanto al estudio de cualquier problema jurídico, tomar en consideración la totalidad de los sistemas jurídicos, de todas las sociedades, tanto presentes como pasadas, y de todas las épocas de cada sociedad? ¿No es casi una definición? Entiéndase bien que no queremos decir –lo que sería ridículo– que, si quiere imprimirse a la enseñanza del derecho un carácter científico, haya necesariamente de cumplir con el postulado que antecede. No hay que pensar semejante cosa, sobre todo si se trata de un primer ciclo de estudios, de una iniciación. Se trata simplemente de una tendencia que debería imprimirsele. Desde luego, examinados desde este ángulo, el conocimiento de estos derechos extranjeros o históricos constituye no un objetivo en sí, sino solamente un medio de hacer comprender los problemas de legislación, al mismo tiempo que de entender mejor, gracias a la confrontación, la esencia del derecho nacional. Será, por tanto, natural que tal enseñanza limite su alcance a aquellos derechos cuyo paralelo con el derecho nacional actual interese particularmente. Y, por la misma razón, la comparación se limitará, naturalmente, a las reglas, a los puntos y extremos esenciales, prescindiendo del detalle y de los temas secundarios. El análisis intenso de los problemas de legislación y, por consecuencia, la comparación, versarán únicamente sobre los problemas principales.

### **Las relaciones entre el derecho positivo y los fenómenos no jurídicos**

*El derecho considerado como un elemento de la realidad social. Problemas científicos que corresponden a este punto de vista*

Los derechos positivos plantean otros problemas, además del de la comprensión intrínseca de sus reglas y la determinación de su alcance normativo.

Aunque en sí mismos son sistemas de normas, de reglamentación de la conducta de los individuos, también se presentan, a la luz de su promulgación –y, por ende, de su génesis–, o bien a la de su realización (de su traducción o proyección en actos o comportamientos humanos) como elementos de la realidad social, es decir, del mundo de los hechos. Decir que son elementos de la realidad social es tanto como afirmar que lo son de la realidad humana, de la naturaleza y del universo, por muy extensamente que se le conciba.

Por ello, las reglas de derecho de las colectividades humanas están, evidentemente, en relación con elementos no jurídicos de este marco social, humano y natural –en relaciones del tipo expresado por las llamadas «leyes naturales»–. Para dar un ejemplo mencionaremos simplemente las relaciones de causalidad (o sucesión constante), concomitancia (o correlación) e interdependencia.

Que una regla se haya convertido, en un momento dado, en regla de derecho positivo de una colectividad, que haya sido concebida y deseada por los que la gobiernan, y aceptada y respetada por los miembros del grupo, son hechos históricos, es decir, que han sido condicionados o determinados con mayor o menor rigor

por una situación, unas circunstancias, un conjunto de supuestos de otro orden que el jurídico, particularmente por factores económicos, psicológicos y fisiológicos, temporales o permanentes (ideas y creencias, temperamentos y caracteres, etc.), geográficos y físicos, estrechamente relacionados unos con otros.

Las reglas de derecho positivo son producto del espíritu humano: hombres son los que las conciben y hombres los que las desean. Y si se convierten en «positivas» es porque otros hombres las aceptan y las cumplen, fenómenos que obedecen a «mecanismos psicológicos», que ya se sabe vinculan factores por sí mismos no psicológicos y aún ajenos al hombre. Los factores psicológicos son, respecto del análisis que nace de las reglas, sus causas próximas o inmediatas, pero todo el mundo reconoce unánimemente que están fuertemente determinados por los factores no psicológicos que hemos señalado y que representarán el papel de causas lejanas o mediatas respecto de la realidad jurídica. Ciertos teóricos van más lejos y sostienen que estos factores son las verdaderas causas, de las que los factores psicológicos son mero reflejo, simples epifenómenos, pero no necesitamos por ahora detenernos en ello.

Así entreteljadas en el conjunto de hechos sociales, las reglas de derecho podrían ser, a su vez, el principio de fenómenos subsiguientes, causas y no sólo efectos. Como las reglas de derecho positivo son fenómenos, suscitan, naturalmente, el problema del determinismo, de la legalidad natural.

#### *Pertenencia de estos problemas a una ciencia completa del derecho*

La cuestión se plantea así: el conocimiento de las relaciones de determinación, de interacción y de interdependencia de las reglas de derecho con factores extrajurídicos –sociales, psicológicos, físicos–, ¿no forma acaso parte, por su misma naturaleza, de un conocimiento o de una ciencia del derecho que se supone completa, perfecta? ¿Y no es este conocimiento necesario para la inteligencia total del «reino de lo jurídico»? Una respuesta afirmativa se impone sin vacilación.

Ante todo, se impone en el orden de los hechos. Verdaderamente no se comprende el orden jurídico de un grupo social o de una de sus ramas, ni se puede penetrar en sus sentidos más profundos, si no se le pone intelectualmente en relación con aquellos factores de naturaleza apropiada para explicar su adopción por el grupo, y se consideran, además, las repercusiones que hace sentir sobre los diversos sectores de la vida social, y eventualmente sobre la psicología de los hombres y sobre cualquier sector de la realidad. Con facilidad se admitirá la justeza de este punto de vista en la rama del derecho económico –derecho de bienes, de intercambio, derecho mercantil, etc.–, punto de vista igualmente valedero para todas las demás ramas del derecho. En el campo de la teoría general la situación es la misma. Supongamos que un día se pueda deducir de la historia, es decir, de la experiencia humana, un sistema de relaciones constantes entre la reglamentación jurídica y los factores económicos, psicológicos o físicos que acabamos de citar. ¿Quién negará que ello sería un progreso considerable, quizá el último paso para el conocimiento y la comprensión del mundo jurídico?

Refiriéndolos al derecho, estos problemas, estas pesquisas y las verdades que pueden descubrir conducen a la ciencia integral, al conocimiento total del derecho, al saber jurídico.



Verdad es que tales problemas y puntos de vista son de un orden totalmente distinto de los de la ciencia normativa del derecho positivo, y especialmente de la dogmática jurídica. Se trata aquí, podríamos decir, de una ciencia natural del derecho positivo, si por «ciencia natural» se entiende aquella que persigue establecer relaciones de causalidad. A menudo se piensa en ella cuando se habla de «sociología jurídica» o de «sociología del derecho». La denominación no es del todo apropiada. En efecto, no trata sólo de las relaciones entre fenómenos jurídicos y fenómenos propiamente sociales (por ejemplo, la ética), a menos que los fenómenos psicológicos, biológicos, e incluso geográficos o geológicos (¿y por qué no los astronómicos?) se consideren –incidentalmente– como fenómenos sociales, ya que todo lo que toca al hombre tiene repercusiones sobre el plano social.

Esta ciencia no es puramente jurídica por su objeto; no afecta a los sistemas de normas jurídicas considerados en sí mismos, a un universo cerrado y autárquico, un mundo aparte, separado de cualquier otro orden de realidades. Por el contrario, su objeto es esencialmente mixto, a caballo sobre dos órdenes de realidades, ya que concierne a las relaciones entre el derecho y lo que no lo es, entre la realidad jurídica y la extrajurídica.

De ahí que el objeto en cuestión pertenezca, por definición, a la ciencia del derecho y a otras ciencias. El estudio de las relaciones entre economía y derecho, estructura social y derecho, clima y derecho, es, a la vez, economía, sociología, geografía y ciencia del derecho; no nos ocuparemos de él, naturalmente, sino desde este segundo aspecto y partiendo del derecho. Pero muy lejos de nuestro ánimo está el criticar la vocación de la sociología –ciencia de los fenómenos sociales y de sus relaciones legales o «causales»– para ocuparse en estos problemas, tanto más cuanto que no podemos despacharlos como si se tratara de querellas entre especialistas celosos por su profesión, de disputas entre profesores de baile y profesores de música, cada uno de los cuales procura arrimar el ascua a su sardina. No se trata de saber qué personas o qué profesores de qué Facultades asumirán la enseñanza de tal disciplina; la cuestión primordial es que ésta se enseñe si se cree que puede contribuir a un cierto orden de conocimientos, aunque, naturalmente, es preciso que lo sea por personas suficientemente calificadas.

Es muy cierto, en este aspecto, que se trata de una disciplina, o mejor de un conjunto de disciplinas totalmente independientes de la ciencia normativa; nótese que de muy buena gana admitimos que el sistema de conceptos de la ciencia normativa del derecho –que está utilizada y al cual ella revierte– es autónoma y deducida de la consideración normativa del derecho.

Pero estos diferentes problemas se refieren finalmente a un mismo objeto, la reglamentación jurídica, el derecho, que es como la materia prima común a estas diversas disciplinas.

Digamos una vez más que es un hecho real que las reglas del derecho positivo, los órdenes jurídicos positivos, productos del espíritu humano, creaciones del hombre, no constituyen un mundo aparte, un sistema cerrado, sino solamente un sector de la realidad, un orden de hechos en relación o en comunicación con otros sectores u órdenes afectados por ellos y que afectan, a su vez, a otros. Es una abstracción muy legítima, el aislar este orden para considerarlo en sí mismo, en cuanto reglamentación. Pero, como todas las abstracciones, se trata de un artificio, de una convención que hay que guardarse mucho de transformar en verdad.

El conocimiento debe modelarse sobre la realidad, tenerla en cuenta y procurar alcanzarla, y llega un momento en que es apropiado el reintegrar la realidad jurídica en la realidad, o, en el conjunto más amplio de realidades al que pertenece. Si el reino de «lo jurídico» forma parte de un mundo heterogéneo más vasto, si está rodeado por lo no-jurídico, el conocimiento de las relaciones, entre el derecho y lo que no es derecho será un elemento necesario para el conocimiento de la ciencia jurídica, de la misma manera que, para quien admita la existencia de un «reino metafísico» en relación con el «reino físico», la teoría de las relaciones entre estos dos reinos será parte necesaria del conocimiento integral de la naturaleza y de lo sobrenatural.

La ciencia del derecho no puede concentrarse únicamente en la contemplación y análisis de las reglas de derecho en sí mismas consideradas.

La ciencia de las causas del derecho, o reglamentación jurídica, y la ciencia de sus efectos son una parte, quizá una especialidad o una sección, de la ciencia del derecho, como lo es la ciencia normativa del derecho o ciencia jurídica propiamente dicha. Esta última es legítima, sin duda, e incluso necesaria; puede reivindicar también una autonomía bastante evidente, pero no es una ciencia completa ni el elemento único de la ciencia del derecho; no es la sola ciencia, toda la ciencia del derecho.

Casi dan ganas de decir que *L'Esprit des lois*, de Montesquieu, pese a lo que su título sugiere, es un libro de ciencia del derecho. Por los grandes problemas de que trata —el derecho en sus relaciones con las costumbres, la religión, el clima, etc.—, un libro de esta naturaleza contribuye tanto o más al conocimiento y a la comprensión del derecho que los tratados relativos a un sistema jurídico particular, y con mayor razón que los tratados de una de las ramas de este sistema jurídico, de uno de sus capítulos o del comentario de una de sus leyes.

## **EL ANÁLISIS REFLEXIVO SOBRE LOS PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN**

### **¿Se limita la ciencia del derecho al derecho positivo?**

El derecho positivo es, ciertamente, el objeto central y principal del conocimiento jurídico, de las ciencias del derecho. Lo es, ante todo, de la ciencia normativa del derecho, cuyo objeto exclusivo es de orden jurídico, y lo es asimismo de la ciencia natural o causal del derecho.

Por diversas que sean estas dos disciplinas, dado el género de problemas de que tratan y sus resultados, es decir, los conocimientos que ellas comprenden, ambas se relacionan con el derecho positivo que aceptan como algo existente, como un supuesto.

¿Se puede o se debe admitir que la ciencia o conocimiento del derecho comprenda, además de estas dos, otras disciplinas que no presenten este último carácter ni tengan como objeto primordial o materia prima el derecho positivo?

Precisemos inmediatamente cuál sería el objeto de estas disciplinas.

## Problemas de la legislación

Diríamos de buena gana que su objeto consiste en los problemas de la legislación; pero conviene notar que la expresión encierra un equívoco. La palabra «legislación» tiene, en efecto, como una de sus acepciones, el conjunto de las reglas legislativas, pero equivale en otra al acto de promulgar, al acto de creación de estas reglas. Es evidente que aquí la empleamos en el segundo de sus significados, puesto que se trata de problemas que rebasan el análisis del derecho positivo o de los hechos que le atañen.

Además, en nuestra exposición, el término «legislación» es sinónimo de «creación de reglas de derecho», y todos sabemos que no es ese el sentido que le asigna la lengua jurídica técnica, que así designa un procedimiento definido de creación de las reglas de derecho caracterizado por su carácter consciente y deliberado (es un acto de emanación que tiene por objeto directo y por fin consciente la creación de tales reglas), por la redacción de estas reglas.

Si aquí empleamos este término, a pesar de su acepción restringida, es porque no existe otro más apropiado para designar los modos de creación de las reglas de derecho en su totalidad, y porque el procedimiento legislativo es el que imprime a la creación de las reglas de derecho una autonomía (en relación con la de otros procedimientos) y una firmeza de contornos particularmente acusada.

## Problemas de política legislativa y problemas de técnica legislativa

¿Cuáles son estos problemas de legislación que evocamos aquí? La respuesta resulta de un sencillo análisis de la acción legislativa en sí misma y de los problemas que encuentra el que emprende tal acción.

Este debe, en principio, elegir una solución al problema de derecho que quiere resolver; impondrá tales obligaciones, concederá tales derechos a las personas comprendidas en la situación prevista; preverá tales sanciones, etc. Poco importa que la solución haya sido imaginada por el mismo legislador, o tomada de otros derechos que la utilizan o de propuestas hechas anteriormente por otras personas.

Un análisis racional podrá distinguir prontamente cuáles son los fines que ha querido alcanzar, los ideales que ha retenido, los valores a que éstos corresponden —elementos trascendentes de la misma regla— y la elección ulterior de la solución entrevistada en su contenido concreto.

Por una parte está la redacción de la regla, la fijación de su texto o articulado, la expresión de las ideas de la reglamentación de las ideas y de las formas que el legislador ha tenido presentes en su reflexión imaginativa; es el aspecto «formativo» de la ley.

Pueden, por tanto, distinguirse problemas de fondo y forma. A ellos nos referimos a veces al hablar, por un lado, de política legislativa y, por otro, de técnica, legislativa (1).

---

(1) Estas dos expresiones harán pensar a muchos juristas franceses en la distinción entre «política jurídica» y «técnica jurídica», tan citada por uno de ellos, y maestro de derecho administrativo, el profesor G. JÈZE. En realidad, la distinción que deseamos hacer difiere sensiblemente: es fácil darse

La teoría de la política legislativa –que es, en suma, la teoría de la elección de buenas reglas, de la legislación en su fondo– puede concebirse de estas dos maneras:

1. La de una teoría general que examina las cuestiones de principio abstractas y formales: ¿Qué caracteres debe presentar el orden jurídico (es decir, las reglas de derecho) para ser bueno? ¿Qué fines debe proponerse? ¿En qué sistema de valores o de ideas supremas debe inspirarse el derecho positivo para poder realizar esos fines?

No se entienda por esto que la pregunta sólo pueda plantearse con referencia al derecho considerado globalmente, en su conjunto. Se plantea también, por el contrario, para grandes ramas o grandes capítulos del derecho, y, en consecuencia, los valores de que se trata pueden ser lo mismo valores económicos, estéticos, etc., que morales.

2. En cuanto a problemas infinitamente más particulares y concretos: ¿Cuál es, sobre tal o cual cuestión, la ley más deseable? ¿Qué reglas deben adoptarse para lograr los fines perseguidos de modo general por el derecho positivo? La pregunta se plantea respecto a los más amplios sistemas de normas y respecto a cada una de las reglas relativas a un punto determinado.

Queremos subrayar que, contra lo que comúnmente se cree, los problemas de legislación son en sí mismos problemas prácticos, o, para emplear una expresión menos deformada, problemas de práctica. Legislar es actuar; el legislador actúa; práctica (*πρᾶξις*) significa acción. ¿Qué legislar? ¿Cómo legislar bien? Evidentemente, estos problemas relativos a la acción son problemas fundamentales de la acción jurídica, y, por tanto, de práctica del derecho, con el mismo título que lo son los problemas de redacción de un contrato, de un testamento, de una sentencia o de una decisión administrativa. La reglamentación general de problemas jurídicos generales, es decir, de situaciones futuras, eventuales, definidas abstractamente, no es menos «práctico» que el reglamento de problemas concretos y específicos.

La resistencia a admitir la similitud, o, más exactamente, el acercamiento entre estos dos tipos de problemas, se debe a diversas causas: la primera es la idea de que lo «ejecutivo» es una actividad trabada que no pone en juego sino mecanismos puramente intelectuales, de razonamiento lógico o silogístico, mientras que la actividad «legislativa» es libre, de pura creación o invención. Ya hemos puesto en evidencia lo exagerado de estas opiniones en todos los sistemas jurídicos, tanto en los de derecho escrito como en los de derecho consuetudinario o jurisprudencial.

---

cuenta acudiendo a las explicaciones de M. JEZE (véase, por ejemplo, *Principes généraux de droit administratif*, t. I, pp. 1 s.) de que lo que él llama «técnica jurídica» se confunde con el análisis o la solución de los problemas de un derecho positivo, y su idea de «política jurídica» se reduce a la sola apreciación de las reglas de un derecho positivo.

Nuestra distinción está más cerca de la hecha por el eminente civilista François GÉNY entre «ciencia» y «técnica» en derecho (véase *Science et technique en droit privé positif*, t. I, pp. 1 s.). Bajo la influencia de ideas que no hacemos más que enunciar –el deseo de transportar al dominio jurídico la distinción hecha por Bergson entre los dos elementos del conocimiento, el «dato» y lo «construido»–, Gény incluye en este segundo concepto una parte importante de lo que para nosotros entra en el reino de la política legislativa (por ejemplo, la determinación de la materia concreta de la solución), asimilándola, a nuestro juicio con poco acierto, a los problemas de las «categorías» y del vocabulario de la ley. Por otra parte, no estamos conformes con el empleo de la palabra «ciencia» y su significado según François Gény –comprobación de datos, conocimiento directo de lo real, en ausencia de todo artificio– ni con su empleo correlativo de la palabra «técnica».

Otra idea más «realista», y sin duda más dinámica, es que únicamente las tareas de «aplicación del derecho» son, en realidad, objeto de actividades profesionales, de oficios que el individuo puede ejercer con relativa independencia técnica. Ahora bien, desde el punto de vista propio de este género de profesiones, los problemas de legislación, de *lex ferenda*, aparecen, ciertamente, como «teóricos»; no depende de los «hombres de la práctica» el modificarlos; para ellos la legislación, en su conjunto, es un supuesto que se impone.

Es de notar que esta manera de ver se refiere esencialmente a la legislación en el sentido más estricto, y sobre todo a la legislación realizada y ejercida por políticos. A nadie se le ocurre poner en duda el carácter «práctico» de la actividad de los funcionarios administrativos, que, sin embargo, elaboran los reglamentos administrativos e incluso preparan proyectos de ley.

### Los problemas de legislación pertenecen a la ciencia del derecho

Trasladada al plano del conocimiento como objeto de estudio sistemático, la legislación –la acción legislativa– daría lugar: 1.º a una teoría de la política legislativa; 2.º a una teoría de la técnica legislativa.

La idea de que esta última teoría pertenece a la ciencia o a las ciencias del derecho no provocará impugnaciones ni debates: la técnica de confección de las reglas de derecho –como, por otra parte, de todos los elementos del orden jurídico (decisiones de justicia, contratos, testamentos)– se presenta a todo jurista unida de tal modo al trabajo de análisis del derecho positivo que se apodera de su espíritu y le suministra sus mejores elementos con tal naturalidad que apenas se dará cuenta de que sus problemas rebasan la ciencia jurídica en el sentido tradicional, es decir, la ciencia del derecho positivo.

No sucede lo mismo con la teoría de la política legislativa, es decir, con las reglas de derecho ideales o, globalmente, con los sistemas jurídicos ideales que pueden implantarse.

El jurista, como tal, no tiene por qué saber de estos problemas que «rebasan» o «trascienden» del derecho. ¿No tiene la física –entendida como ciencia de la naturaleza en sentido muy amplio– como único objetivo el conocimiento de los fenómenos naturales y de la realidad perceptible? ¿Acaso excluye todo lo que pudiera sobrepasar o trascender del mundo sensible? Pues bien; para expresar esta analogía entre la ciencia jurídica y la de la naturaleza se habla de problemas y puntos de vista «metajurídicos» (*metarechtlich*) como para ésta se habla, desde hace siglos, de «metafísica».

Por lo demás, muchos opinan que la analogía no se limita a una cuestión de situación relativa de dos órdenes de problemas, sino que tiene un alcance más profundo. Las cuestiones de metafísica no son objeto de la ciencia, de la ciencia positiva, no implican a la verdad para el espíritu humano, porque no son susceptibles de verificación, de ser demostradas o probadas. Lo mismo ocurría con la política jurídica, y más particularmente con la política legislativa, objeto de reflexión metajurídica.

Es claro que esta concepción del carácter no científico de los estudios sobre el derecho ideal, el mejor, el más deseable, refuerza considerablemente la separación radical entre dichos estudios y la ciencia del derecho propiamente dicha.

Así, por ejemplo, la tesis que niega que la ciencia del derecho positivo tenga que tomar en consideración los supuestos relativos a un derecho «natural» o «racio-

nal» o a la «justicia», está tan frecuentemente asociada a la negación de la existencia de aquel derecho o de una justicia o una moral absolutas que a menudo se llega a no distinguirlas y a tratarlas como si no fueran más que una o como si estuviesen objetiva y necesariamente unidas, lo cual no es en absoluto cierto. Es concebible, y en la práctica ocurre, que un mismo jurista, por ejemplo, acepte la primera proposición y rechace la segunda, es decir, que admita que los problemas relativos a un sistema dado de derecho positivo deben ser resueltos exclusivamente sobre la base de las reglas de ese mismo derecho, o, dicho de otro modo, con ayuda de supuestos tomados de este derecho positivo, y que, sin embargo, crea que es posible descubrir cuáles son las reglas de derecho buenas y justas con relación a un objeto dado. No existe, pues, ninguna contradicción intelectual, ninguna antinomia.

No disponemos de espacio ni nos sería posible examinar aquí a fondo estos problemas. Hemos de contentarnos con algunas observaciones esenciales.

Primeramente, se puede sentir la tentación de negar que la política jurídica sea una parte integrante de la ciencia del derecho si se admite que no puede hablarse de ciencia sino respecto de un objeto dado y en armonía con la naturaleza de este objeto. Pero aquí estamos tratando de un derecho que es una simple posibilidad. Y, sin duda, esta actitud negativa se ajusta a la noción rigurosa y exigente de la ciencia.

Pero si —como suele hacerse— se ensancha la noción de ciencia de modo que comprenda todo estudio o reflexión sistemática y toda disciplina intelectual, la cosa quizá varía, y tal vez resulte que el examen sistemático y la teoría de los problemas de la política legislativa, que en sí mismos no guardan relación con el derecho positivo tomado como objeto real, contribuyen a la mejor inteligencia y, por tanto, al mejor conocimiento del «reino de lo jurídico».

¿Es que el examen de estas cuestiones no redundaría en la mejor comprensión del derecho positivo? Después de todo, ¿no se refieren estos problemas al derecho? Y, entonces, ¿qué razón hay para negarse a admitirlos dentro del plan y dentro de los designios de una teoría o ciencia totales, integrales de lo «jurídico»? ¿Que sobrepasan el derecho positivo? Ciertamente; pero, aun cuando no le conciernen, ¿no tienen relación con él?, ¿no se encaminan hacia él?

Verdad es que estos dos órdenes de problemas no deben mezclarse. Digamos, también, para mayor precisión, que el jurista que haya de tratar de un problema interno a un orden jurídico determinado no puede fundarse legítimamente sino en las reglas y supuestos jurídicos de ese derecho, en el caso de que existan, y debe aceptarlas haciendo caso omiso del que le merezca. su valor moral, político, técnico, etc., evitando que este juicio influya sobre su dictamen. El plano del derecho positivo y el de la legislación son planos distintos, que no deben confundirse. En esto el positivismo jurídico tiene toda la razón, y sólo eso, en nuestra opinión, es esencial; no la idea, admitida y seguida por muchos juristas, de que la ciencia del derecho comprende únicamente el análisis de las reglas del derecho positivo y debe ignorar, como ajeno a su dominio, todo problema que no se refiera a la interpretación y la construcción científica de estas reglas, con vistas a su aplicación a los casos concretos. Esta idea es diametralmente opuesta al punto de vista que exponemos y que, sin negar la relativa autonomía de la ciencia jurídicas stricto sensu, ni ocuparse del modo de tratar los problemas de dogmática jurídica, se limita a decir que una ciencia completa del derecho no puede reducirse a esta sola dogmática, sino que también debe abarcar otros órdenes de problemas.

Y, particularmente, defendemos que la empresa de determinar reflexivamente cuál es el derecho «justo», «correcto» o «adecuado», el *richtiges Recht* –y ya se entienda éste como un absoluto universal invariable o como relativo a la coyuntura– consiste en tratar de establecer conocimientos concernientes al derecho, que, por ello, son de naturaleza jurídica y de ciencia del derecho, y al decir esto no nos pronunciamos sobre las probabilidades de éxito de esta empresa, ni en el porvenir ni en el presente.

En el mismo sentido, hay que hacer notar que entre los problemas de derecho positivo y los de legislación no es conveniente establecer un muro infranqueable, sino, al contrario, una conexión estrecha. Después de todo, ya hemos dicho que toda reglamentación de derecho positivo significa una actitud respecto de los problemas de legislación, y, lo que es más, representa la preferencia de una solución sobre otras posibles, lo que no puede entenderse sino tratándolo como un problema de legislación. La comprensión del derecho positivo exige imperiosamente, en una palabra, que uno se coloque en el punto de vista de la legislación anterior y superior al del derecho positivo. ¿No quiere esto decir que virtualmente la teoría de la política legislativa forma parte de la ciencia del derecho? Tampoco queremos afirmar que ésta ejerza un monopolio; se trata de una disciplina mixta, puesto que utiliza factores que no son jurídicos en sí mismos, sino morales, de teoría política, de economía. Es muy natural que el sociólogo, el moralista, se ocupen también de estos problemas: la moral jurídica pertenece al derecho y a la moral, puesto que es «moral del derecho» o moral aplicada al derecho; la legislación económica participa de lo económico como del derecho, porque es derecho que se aplica a la economía, a la vez que economía normativa del derecho, etc.

La relación entre lo real y lo posible no es en esta materia la misma que en la naturaleza física, puesto que del hombre depende convertir en real y positivo todo derecho simplemente posible.

En las páginas anteriores hemos expuesto, desde un punto de vista meramente intelectual, de reflexión teórica, las clases de conocimientos o de problemas, y, por tanto, de disciplinas, que responden, respectivamente, a los dos tipos de estudio del derecho que hemos calificado, según sus fines, de estudio práctico o técnico y de estudio teórico o científico.

A cada una de estas suertes de estudio corresponde, naturalmente, un método de enseñanza.

Una vez definidos ambos, sólo nos resta examinar la opción que ha de resolver todo el que haya de organizar un sistema de estudios de derecho.

## C) LA OPCIÓN

### **Condiciones del problema**

Recordemos los términos en que se plantea el problema:

Se trata de una enseñanza superior destinada al comienzo a estudiantes que establecen por primera vez un contacto serio con «el derecho» y con su estudio, lo que no significa que tales estudios sean profundos ni de ampliación de conoci-

mientos anteriores; la enseñanza «comienza a cero», por lo que sería impropio calificarla de superior en su primer ciclo o en sus primeros años, a no ser en virtud de los métodos que se emplean y del espíritu que puede infundírsele teniendo en cuenta la edad de los estudiantes y su formación general anterior.

La pregunta puede formularse así: ¿Cuál de las dos enseñanzas, la práctica o la científica, está más en armonía con la idea de una enseñanza superior y universitaria?

Para formular correctamente la pregunta conviene hacer la observación inicial de que la enseñanza práctica y la científica del derecho no son totalmente diferentes; la segunda no excluye el contenido de la primera, al contrario, lo abarca, pero lo completa al integrarla en un todo más vasto y diverso.

Por tanto, la cuestión es la siguiente: ¿Es conforme a la naturaleza de tal enseñanza que limite sus ambiciones al estudio práctico, o que las extienda al estudio teórico del derecho?

### **Necesidad de la enseñanza «científica»**

Nos parece imposible dudar un instante de cuál ha de ser la respuesta: según el consenso universal, universitario significa científico. Por definición, la enseñanza con espíritu universitario considera, ante todo, los objetos a que se aplica como objetos de conocimiento y de conocimiento por el conocimiento, esto es, desinteresado; tiende a la comprensión total de un orden de realidades o de fenómenos, y debe, por tanto, dedicarse y extenderse a todos los problemas que le atañen y que son indispensables para su entendimiento. Lo dicho es cierto, sea cual fuere el objeto o la materia de la enseñanza, y, en consecuencia, se aplica igualmente a la del derecho.

Esta enseñanza ha de tener necesariamente por objetivo explicar y hacer comprender el derecho de modo total, contemplando todas sus manifestaciones. Su ideal y, por tanto, su tendencia han de aspirar a extender su examen a todos los órdenes de problemas relativos al derecho,

Admitir que la enseñanza jurídica se contente con objetivos únicamente prácticos es consentir que no procure más que un conocimiento truncado, mutilado y deforme de su objeto, y que trate al derecho como un mero objeto de práctica; es sacrificar de golpe la consideración de toda una serie de los problemas que suscita. Tal enseñanza no puede tener sino un interés intelectual reducido: la limitación es tanto más grave y deplorable cuanto que los problemas seleccionados por tal concepción son, por su misma naturaleza, subalternos o secundarios, y se descuidan y apartan voluntariamente los problemas capitales y primeros, cuya solución se da por supuesta, limitándose a tratar de ella y de sus consecuencias.

Una enseñanza con objetivos puramente prácticos no es auténticamente universitaria.

Nadie pensaría atribuir este carácter a una enseñanza de las ciencias de la naturaleza que se limitara deliberadamente y de modo exclusivo a la ciencia aplicada, a las técnicas, con exclusión de la ciencia pura o teoría, que desdeñara las leyes científicas y no se cuidase más que de sus aplicaciones prácticas, es decir, de las acciones a las que aquéllas pudieran servir de base. Exactamente lo mismo ocurre en cuanto al estudio del derecho. E incluso el valor intelectual de la enseñanza exclusivamente práctica es mucho menor en este terreno, porque, cuando se la examina desde este ángulo estrecho y se la toma como objeto de un conocimiento directo y



puramente intrínseco, las leyes constitutivas del orden jurídico de una sociedad dada en un momento dado aparecen bajo una luz artificial, como puramente contingentes, arbitrarias, sin raíces en la realidad, lo que reduce y limita su interés intelectual, muy inferior, en todo caso, al que ofrece el conocimiento de las leyes de la naturaleza y de sus consecuencias técnicas.

Y no es esto todo: esta concepción estrictamente práctica de la enseñanza del derecho conduce –recordémoslo– no solamente a limitar el sector de los problemas, sino incluso el de los fenómenos o realidades objeto del estudio.

En la medida en que se trata de relaciones o materias jurídicas reguladas soberanamente por los Estados, el estudio no recae más que en el derecho de un Estado, sobre un derecho civil o mercantil determinado, lo cual pone claramente de manifiesto hasta qué punto estamos en las antípodas de las exigencias científicas más elementales. ¿Puede imaginarse una enseñanza de la botánica o de la biología que a priori declarara que iba a limitarse a una sola clase de plantas, a una sola especie viviente?

Llegamos, por tanto, a la conclusión de que una enseñanza puramente jurídica del derecho que reflejara únicamente el punto de vista práctico no respondería al ideal de toda enseñanza universitaria que es inaccesible, sin duda, en su plenitud.

La única enseñanza verdaderamente universitaria es aquella que no descuida ningún orden de fenómenos ni de problemas importantes del derecho. Sólo esta enseñanza considera el derecho, el mundo de la realidad jurídica, como un objeto de conocimiento y no como un objeto de mera práctica.

### **Comentarios sobre la alternativa «Enseñanza de cultura general» o «Enseñanza profesional»**

Estamos, pues, plenamente de acuerdo con los que sostienen que la enseñanza de las Facultades de Derecho debe ser una enseñanza «de cultura» o «de cultura general» y no una enseñanza «utilitaria», ni siquiera «profesional».

Pero hemos preferido evitar el empleo de estas expresiones de uso común. A ello nos compele toda una serie de razones: a fuerza de repetirlas han perdido el poder de evocar situaciones precisas y plenas y no emiten ya más que un sonido hueco, de resonancia borrosa y difusa; el calificativo ha sido reivindicado como natural e indiscutible en favor de los sistemas de enseñanza jurídica de ciertos países que, aunque responden a la preocupación por la cultura general, como procuraremos demostrar al analizarlos en la segunda parte de este informe, están muy lejos de merecer el calificativo y de cumplir sus exigencias mínimas. La identificación de la idea de enseñanza de cultura general con tales sistemas es propicia a graves errores. Añadamos que a los epítetos y calificativos en cuestión se asocian apreciaciones que introducen en el debate elementos afectivos de los que hay que guardarse; expresiones del primer tipo se asocian a ideas de dignidad y nobleza, mientras que la segunda categoría denota mediocridad y cierta bajeza moral. Claro está, no conviene adoptar este punto de vista, sino otro de orden puramente intelectual.

Pero la razón principal de rehuir estas expresiones algo anticuadas va más lejos. Aplicadas especialmente a la enseñanza jurídica, las nociones de enseñanza práctica o profesional, o «de preparación profesional», de una parte, y de enseñanza teórica o cultural, de otra, son susceptibles –según enseña la experiencia– de

recibir diversas interpretaciones, y resultan, por tanto, extremadamente ambiguas y equívocas.

Es cierto que, en la idea de preparación para una profesión o carrera jurídica, entra todo lo que es susceptible de preparar para su ejercicio óptimo: conocimientos, aptitudes intelectuales y hasta cualidades morales. Sin embargo, pronto se percibe que en este conjunto de elementos pueden distinguirse dos partes: de un lado, las enseñanzas (en el sentido más amplio), que tienden a facilitar a los interesados conocimientos jurídicos y facultades o aptitudes intelectuales necesarias para la solución de los problemas jurídicos; del otro, todo «el resto», no ligado precisamente a las cosas de derecho; para citar sólo aspectos técnicos de la profesión: el arte de exponer, por escrito o de palabra, con claridad, con persuasión, etc., más aquellas prácticas profesionales que, sin ser obligatorias en derecho, representan una costumbre que es ventajoso o conviene seguir.

Muchos, empero, no trazan así esta línea mental de demarcación entre la enseñanza teórica y la profesional; para estas personas el hacer estudiar a los alumnos todas las materias cuya aplicación puede requerir su profesión equivale a adoptar un programa de formación profesional. En el caso francés, que sin duda se repite en otros países, esto equivaldría a enseñar la legislación presente sobre arrendamientos, la de seguros y la de seguridad social de manera completa y detallada. Esta opinión proviene de la idea de considerarlas como materias especiales cuyo estudio detallado no tiene valor más que desde un punto de vista profesional, y que no contribuyen a acrecentar o favorecer el sentido del derecho ni el espíritu jurídico. Por el contrario, el estudio de la teoría general de los contratos o del derecho de las sociedades mercantiles, que versa sobre factores esenciales o básicos del orden jurídico, permitiría el acceso a las ideas generales o una iniciación a principios de valor grande y duradero.

Lo que caracteriza tal concepción es que prescinde de la distinción entre conocimientos y aptitudes intelectuales, por una parte, y prácticas profesionales, por otra, para separar materias, es decir, grupos de reglas.

Esto, sin embargo, oculta muchas confusiones y prejuicios. ¿No se trata, acaso, de valor práctico más bien que de valor general? ¿Y no se dice, que el conocimiento de una legislación especial es menos útil que el conocimiento de principios válidos, de regla general, porque no rige sino en un círculo más limitado de relaciones? En resumen, el alcance práctico es lo que hay que tornar en consideración. Lo que todavía se ve más claro si se piensa que, cuando menos en lo que toca a muchas de las materias citadas, se trata de leyes de carácter provisional, destinadas a hacer frente a circunstancias momentáneas o tenidas por tales.

Fuera de esta consideración, no se entiende bien por qué el estudio de estas ramas especiales ha de ser menos apropiado, como método para una cierta formación, que el estudio de materias más generales. Aun admitiendo que es de buen sentido ceder el paso a lo más general sobre lo menos general –sobre todo pensando en un primer ciclo de estudios, en la enseñanza del principiante– se observa que la distinción entre reglas de principio y reglas de detalle o de ejecución (que son más técnicas) es de utilidad interna en todas las materias, aun en las más clásicamente incorporadas a los programas de estudios generales. Y hay que subrayar que la distinción de los métodos de estudio es mucho más importante, desde nuestro punto de vista, que la de los objetos de estudio, pues ella es la que marca lo que es

de interés intelectual y, por tanto, de cultura, y lo que es de interés esencialmente práctico. Las reglas más generales pueden estudiarse con un espíritu y de una manera que no corresponden a la idea de cultura, y también pueden ser estudiadas de forma opuesta, sin que su carácter respectivo cambie en absoluto.

En todo caso, parece que estas consignas, convertidas casi en eslóganes –enseñanza de cultura general, enseñanza profesional o práctica– no ayudan a crear una visión muy clara del problema. La observación que acabamos de hacer sobre lo «profesional» basta para recomendar que no se emplee este término debido a la diversidad de sus acepciones.

### **Algunos problemas concretos de la organización de una enseñanza científica del derecho; la enseñanza de las disciplinas «no jurídicas»**

La organización concreta de la enseñanza de un derecho plenamente científico plantea problemas delicados de orden intelectual. La enseñanza se ve obligada –y recordemos que éste es su rango esencial y característico– a incluir en los estudios de derecho la consideración de problemas que no se dan dentro del mundo jurídico, sino que conciernen o ponen a contribución sus conexiones con otros órdenes de realidades, y están a caballo entre dos disciplinas, o que incluyen la consideración de problemas de carácter mixto: jurídicos, de un lado; morales, sociológicos, políticos, económicos, por el otro. Si esta inclusión en la enseñanza es, según nuestro criterio, un postulado necesario de una concepción científica del estudio del derecho, se puede, desde luego, enfocar de dos maneras: la primera consiste en admitir entre las enseñanzas específicamente jurídicas a estas disciplinas que tratan de problemas de carácter mixto y que es innegable que en estos momentos son cultivadas más bien por los que no son juristas. La segunda, en que estos problemas se traten en el cuadro de enseñanzas jurídicas, con ocasión, por así decir, del estudio de los problemas propiamente jurídicos; de esta manera, en los cursos consagrados al derecho civil, el profesor trataría de los problemas políticos del derecho de la familia, y, recordémoslo, de su solución comparativa, de los problemas sociológicos o económicos del derecho de los contratos o del crédito, etc.

Entre estas dos soluciones nos parece que la primera se impone, al menos para la casi totalidad de las disciplinas en cuestión, y ello por razones que no son exclusivamente prácticas. La segunda solución causaría una inflación enorme de las enseñanzas específicamente jurídicas, al mismo tiempo que introduciría una terrible heterogeneidad en su objeto.

En segundo lugar, el resultado sería un tratamiento fragmentario y parcelado de problemas «no jurídicos» que no serían abordados sino con ocasión de cada capítulo o de cada problema del derecho. Ésta sería pura inconveniencia: los problemas de sociología jurídica, economía, psicología social, etc., son objeto de disciplinas independientes y deben ser tratados en su unidad, pero a la vez son suficientemente amplios y originales para hacer necesaria una especialización.

Por lo demás, ya hay un cierto caudal de experiencia en lo que respecta a una de estas disciplinas. En los países donde se ha creído necesario que los estudiantes de derecho fueran iniciados en los problemas económicos, a nadie se le ocurrió que tal iniciación pudiera asegurarse mediante la inclusión simple de los aspectos económicos de los problemas y fenómenos jurídicos en las enseñanzas del dere-

cho; al contrario, la opción fue, crear cursos distintos y autónomos, en donde la economía política se trata como un objeto de estudio único y principal.

Si se admite esta necesidad de introducir en el ciclo de los estudios de derecho otras enseñanzas no específicamente jurídicas, no se ve qué razones pueden justificar una solución diferente. Pueden algunos, quizá, hacer valer lo que ellos toman como desarrollo insuficiente de estas disciplinas y las profundas incertidumbres que afectan a sus bases. A lo cual podría responderse: 1.º que las ciencias que hoy se consideran como plenamente desarrolladas y como arquetipos de las ciencias han sido enseñadas durante siglos y decenas de siglos antes de haber alcanzado su madurez presente, y que es quizá el hecho de haber sido enseñadas el que ha favorecido su desarrollo; 2.º que incluso si las ciencias en cuestión no han logrado, todavía, en efecto, un stock considerable de verdades adquiridas y, notablemente, de leyes establecidas (en el fondo, aunque no se diga, se piensa en el conocimiento de las relaciones causales), la sola exposición de los hechos, la mera evocación de los problemas que se plantean a su respecto, el solo hecho de prestarles atención, de reflexionar, aunque sea con un enorme margen de incertidumbre —es decir, de estudiar este sector de la realidad y sus problemas—, sería ya una virtud y llevaría consigo un enriquecimiento intelectual. En todo caso, no caben más que dos partidos: o rehusar la admisión de estos problemas en el marco de los estudios de derecho, o concederles un lugar adecuado. Negarles un sitio equivale a lanzarlos fuera de la enseñanza jurídica.

Convendría, sin embargo, que, si se encontrase un sitio para enseñanzas «mixtas», los profesores que las dispensaran tuvieran presente el carácter dominante del ciclo de estudios en que habrían de integrarse, tanto más cuanto que ciertas disciplinas —pensemos, sobre todo, en la sociología— son, en ciertos aspectos, muy extrañas al derecho por sus orígenes y por su pasado.

El eje de estas disciplinas debería ser, pues, la ciencia del derecho y los problemas o fenómenos que particularmente le atañen; deberían ser consideradas como partes y auxiliares de su enseñanza y no como disciplinas autónomas, no siendo cultivadas por sí mismas sino en función de su contribución a la mejor comprensión de las cosas del derecho.

Así, de instituirse un curso de sociología, convendría que el profesor no perdiera de vista que no se trata de formar sociólogos y que, en consecuencia, la enseñanza no habrá de tocar necesariamente todos los sectores que incluiría un ciclo de estudios dedicado principalmente a la sociología, ni tampoco deberá conceder igual importancia a los hechos relativos a diferentes grupos o tipos de sociedades. Podemos sugerir como objetos principales posibles de tal enseñanza la teoría general de la sociedad, la de las sociedades y los fenómenos políticos, y las relaciones entre el derecho y las demás clases de hechos sociales.

Las mismas observaciones valdrán para todas las disciplinas que hemos citado, pero la sociología se ocupa de una parte notable de sus problemas, y por esta razón podría recomendarse que fuera sólo la sociología el objeto de estas enseñanzas laterales o anejas.