

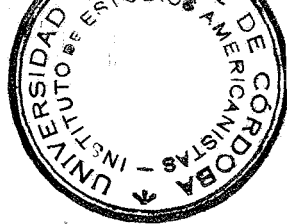
EL POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Exposición y crítica de la doctrina jurídica de León Duguit

OBRAS CITADAS EN EL TEXTO

- Berthelot Daniel. — “La ciencia y la vida moderna”. — Librería y Editorial Madrid, S. A. — Sin fecha.
- Bonn M. J. — “La crisis de la democracia”. — Traducción de J. García Díaz. — Ediciones Biblos. — Madrid, 1927.
- Burgess Juan W. — “Ciencia política y derecho constitucional comparado”. — La España moderna. — Madrid. — Sin fecha.
- Bonnecase Julien. — “La notion de droit en France au dix-neuvième siècle”. — E. de Boccard. — París, 1919.
- Comte Auguste. — “Cours de philosophie positive”. — 5ª edición. — Schleicher Freres. — París, 1907.
- Comte Auguste. — “Système de politique positive”. — 4ª edición. — Georges Crès et Cie. — París, 1912.
- Croce B. — “Filosofía práctica en sus aspectos económico y ético”. — Traducción de Edmundo González Blanco. — Francisco Beltrán. — Madrid, 1926.
- Cuche Paul. — “Conférences de philosophie du droit”. — Librairie Dalloz. — París, 1928.
- Charmont J. — “La renaissance du droit naturel”. — 2ª edición. — L. Chauny et L. Quinsac. — París, 1927.
- Collins F. H. — “Resumen de la filosofía de Herbert Spencer”. — La España Moderna. — Madrid. — Sin fecha.
- Caro E. — “El derecho y la fuerza”. — La España Moderna. — Madrid. — Sin fecha.
- Colmo Alfredo. — “Política cultural en los países latinoamericanos”. — Edición de la Revista “Nosotros”. — Buenos Aires, 1925.

- Duguit Léon. — “Traité de droit constitutionnel”. — 2ª edición. — E. de Boccard. — París, 1921.
- ” ” — “Les transformations du droit public”. — Armand Colin. — París, 1913.
- ” ” — “Manuel de droit constitutionnel”. — 3ª edición. — E. de Boccard. — París, 1918.
- ” ” — “Leçons de droit public général”. — E. de Boccard. — París, 1926.
- ” ” — “Souveraineté et liberté”. — Félix Alean. — París, 1922.
- ” ” — “Les transformations générales de droit privé depuis le Code Napoléon”. — Félix Alean. — París, 1912.
- ” ” — “Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état”. — 2ª edición. — Félix Alean. — París, 1911.
- ” ” — “La question de la coexistence de la responsabilité de l'état et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires”. — Marcel Giard. — París, 1923.
- ” ” — “El pragmatismo jurídico”. — Traducción de A. de Lázaro Alvarez, S. Magariños Torres y otros. — Francisco Beltrán. — Madrid, 1924.
- ” ” — “La transformación del estado”. — Traducción de A. Posada. — Francisco Beltrán. — Madrid. — Sin fecha.
- Durkheim Emile. — “De la división du travail social”. — 4ª edición. — Félix Alean. París, 1922.
- ” ” — “Sociologie et philosophie”. — Félix Alean. — París, 1924.
- Domingo Marcelino. — “Libertad y autoridad”. — Javier Morata. — Madrid, 1928.
- Esmein A. — “Eléments de droit constitutionnel”. — 8ª edición. — Recueil Sirey. — París, 1927.
- Friseisen-Köhler. — “Descartes”. — Revista de Occidente. — Madrid, 1925.
- Ferrero Guglielmo. — “La unidad política del mundo”. — Traducción de M. Aguirre. M. Aguilar. — Madrid. — Sin fecha.
- Fragueiro Alfredo. — “La justicia en el idealismo crítico”. — A. Biffignandi. — Córdoba, 1928.
- Grocio Hugo. — “Del derecho de la guerra y de la paz”. — Traducción directa del original latino por J. Torrubiano Ripoll. — Editorial Reus. — Madrid, 1925.
- González Alberú J. E. — “Las nuevas orientaciones del derecho”. — Revista de Archivos. — Madrid, 1925.
- Geny François. — “Science et technique en droit privé positif”. — Recueil Sirey. — París, 1925.
- ” ” — “L'état, le droit objectif et la loi positive”. — Revue Critique de Législation et de Jurisprudence. — Tomo XXX, año 1901. — F. Pichon. — París, 1901.
- ” ” — “Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit”. — Revue Trimestrielle de Droit Civil. — Tomo 21, año 1922. — Recueil Sirey. — París, 1922.
- González Calderón J. A. — “Derecho Constitucional Argentino”. — 2ª edición. — J. Lajouane. — Buenos Aires, 1923.



- Gruber S. J. — "Auguste Comte fondateur du positivisme, sa vie - sa doctrine". — Traducido del alemán por Mazoyer. — P. Lethielleux. — París, 1892.
- Hauriou Maurice. — "Précis de droit constitutionnel". — Recueil Sirey. — París, 1923.
- Kant Emmanuel. — "Critique de la raison pure". — 4ª edición. — Traducción de A. Tremesaygues y B. Pacaud. — Félix Alcan. — París, 1920.
- Kohler J. — "Filosofía del derecho e historia universal del derecho". — Traducción de J. Castillejo y Duarte. — Victoriano Suárez. — Madrid, 1910.
- Landormy Paul. — "Descartes". — Traducción del francés por M. R. — Editorial Estudio. — Barcelona, 1914.
- Levy - Ullmann H. — "La definición del derecho". — Traducción de César Camargo y Marín. — Góngora. — Madrid, 1925.
- Martínez Paz E. — "Lecciones de filosofía del derecho". — Imprenta "La Portaña". — Córdoba, 1923.
- " " " — "La filosofía del derecho de Rodolfo Stammler". — Coni. — Buenos Aires, 1927.
- " " " — "El espíritu de la legislación civil". — Imprenta de la Universidad. — Córdoba, 1927.
- Messer Augusto. — "La filosofía moderna. Del Renacimiento a Kant". — Traducción de Emilio Rodríguez Sadia. — Revista de Occidente. — Madrid, 1927.
- Mirkine-Guetzevitch. — "La théorie générale de l'état soviétique". — Marcel Giard. — París, 1928.
- Maeztu Ramiro de — "La crisis del humanismo". — Editorial Minerva. — Barcelona.
- Marín del Campo Rafael. — "La política del porvenir". — Victoriano Suárez. — Madrid, 1928.
- Posada Adolfo. — "Teoría social y jurídica del estado". — J. Menéndez. — Buenos Aires, 1922.
- " " — "La nueva orientación del derecho político". — Estudio seguido al de la transformación del estado por León Duguit. — Francisco Beltrán. — Madrid.
- Rey Abel. — "La filosofía moderna". — Traducción de Manuel Pumarega. — M. Aguilar. — Madrid. — Sin fecha.
- Ríos Fernando de los. — "Religión y estado en la España del siglo XVI". — Instituto de las Españas en los Estados Unidos. — Nueva York, 1927.
- Ripert Georges. — "La règle morale dans les obligations civiles". — 2ª edición. — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. — París, 1927.
- Renard Georges. — "Le droit, la justice et la volonté". — Recueil Sirey. — París, 1924.
- Scheler Max. — "El resentimiento en la moral". — Traducción de José Gaos. — Revista de Occidente. — Madrid, 1927.
- Sáenz Mario. — "Filosofía del derecho". — Conferencias pronunciadas en su cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, recopiladas y reconstruidas por Enrique Díaz de Guíjarro. — Pedro M. Aquino. — Buenos Aires, 1927.

- Stahl Federico J. — “Historia de la filosofía del derecho”. — Traducción de E. Gil y Robles. — La España Moderna. — Madrid. — Sin fecha.
- Spencer Herbert. — “El progreso, su ley y su causa”. — Traducción de Miguel de Unamuno. — La España Moderna. — Madrid. — Sin fecha.
- Vorländer Karl. — “Historia de la filosofía”. — Traducción de J. V. Viqueira. — F. Beltrán, A. López. — Madrid-Barcelona, 1922.
- Vecchio Jorge Del. — “El concepto de la naturaleza y el principio del derecho”. — Traducción de Mariano Castaño. — Hijos de Reus. — Madrid, 1916.
- ” ” ” — “Diritto e personalità umana”. — Nicola Zanichelli. — Bologna, 1917.

BASES FILOSOFICAS

1. — *Influencia de Comte, Spencer y Durkheim.* 2. — *Descartes y Duguit.* 3. — *La metafísica jurídica.* 4. — *Concepciones positivas del derecho.*

1. — Durante largas centurias la noción filosófica del derecho se condensó en la rígida y clásica fórmula del derecho natural, en cuya estructura dogmática intentó el hombre agotar todas las posibilidades, resolver las dificultades siempre crecientes de la vida y dar feliz término a la ambición humana de acrecentamiento y perfección indefinidas. Bano intento, desde luego, si se observa que la evolución y complejidad teleológica debieron traer tarde o temprano el desengaño y producir el despertar de una nueva conciencia: el dogma jurídico que encastillara una visión parcial de la vida, que ignorara la relatividad de la sustancia, se derrumbó merced a la revisión de valores y a la autoreflexión del hombre. Esta última analizando el propio conocimiento, separando el conocimiento formal, universal y necesario del experiencial, múltiple y variable, aniquiló las viejas pretensiones de realizar el ideal y la justicia por principios y máximas de contenido relativo. Pero, no bastó la crítica kantiana para despertar al hombre de su sueño dogmático, según el mismo Kant lo afirmara, sino que luego la verdadera filosofía como por virtud de aquella dialéctica ingeniosa que

formuló el panteísmo hegeliano, apareció de nuevo frente a su contrario, frente a lo que no era filosofía sino una manera de ignorarla, según la acertada expresión de Ortega y Gasset. El positivismo ha sido y será siempre lo contrario a filosofía; tendrá así que modificar constantemente su estructura aparente, pero sin alterar su fondo esencialmente negativo, cada vez que la trayectoria del pensamiento filosófico exija de él su constante y saludable control. Por ello, antes como después de la concepción kantiana, el positivismo ensayó distintos medios para viciar y corromper la raíz originaria de la consideración filosófica. No es de extrañar, entonces, que, a pesar del desprestigio actual en que se desenvuelven las escuelas positivas, tengan, no obstante, dignos discípulos, tanto más meritorios cuanto mayores son los esfuerzos para justificar su mal original y responder a las severas críticas que se les dirige.

León Duguit, cumbre espiritual del positivismo francés, ha trasladado al derecho en forma insuperable las enseñanzas filosóficas de Comte, Spencer y Durkheim, en cuyo intento no sólo se advina el afán de exterminar el subjetivismo jurídico que creara el racionalismo dogmático, sino, también, disolver las múltiples y variadas concepciones de la personalidad que hoy tienen formadas las nuevas corrientes filosóficas. La obra de Duguit resulta en la actualidad, aún para la crítica que le es más adversa, el reconocimiento unánime y sincero de estar frente a un pensamiento vigoroso y valiente, cuya coherencia en los conceptos y afirmaciones es de un valor extraordinario. A pesar de su abandono aparente a toda metafísica, es su obra apreciada en Francia como en todos los países del mundo como un sistema completo de Filosofía del Derecho ⁽¹⁾. No obstante, según antes decíamos, vano sería nuestro intento e ineficaces nuestros esfuerzos si pretendiéramos encontrar en

(1) "La obra de Duguit, — dice el profesor Martínez Paz — ha producido en Francia, y en casi todo el mundo latino, una considerable emoción. ¡Es, quizás, la única que por el conjunto de su contenido, como por la repercusión que ha tenido en todos los campos del derecho, en todas las instituciones jurídicas, puede tomársela como un sistema completo de Filosofía Jurídica. La extensión de la obra, su profundidad, el modo como ha sido realizada, la seguridad de su lógica, esa coordinación impecable de ideas y deducciones, esa seguridad que pone en todas sus afirmaciones y la constante unidad que la caracteriza, le han dado una fuerza y un valor extraordinarios. Desde el punto de vista de su orientación, podría decirse que se concreta en una especie de gran cruzada realista, contra el derecho natural, contra la posición metafísica del derecho". Lecciones de Filosofía del Derecho, págs. 27 y 28.

las obras de Duguit la confesión sincera de los problemas clásicos de la filosofía, cuya médula esencial se determina por la preocupación de lo universal lógico. La filosofía es producto de la inteligencia, la constante aspiración del espíritu por coordinar las cosas, imprimirlas unidad, unidad que no es sino la conciencia misma del yo; es la eterna ambición del hombre que se esfuerza para dar al deber un sentido universal y permanente, ambición ésta, hija también de la conciencia pero de la conciencia práctica, que aspira a revelarnos los *fundamentos* de la conducta, así como la razón pura permite representarnos de las cosas sus conceptos y su unidad. En este aspecto de la razón práctica es donde el derecho se nos aparece a través de ideas y principios.

La doctrina jurídica de Duguit elaborada según los métodos del positivismo, ha abandonado los verdaderos caminos del espíritu, ha fineado su proceso en la descripción de la materia, que la filosofía, por otra parte, trata de sistematizar. Es, pues, sólo el análisis de la realidad sensible la única preocupación de esta obra. La metafísica es para Duguit la más formidable enemiga del hombre y de la sociedad: ella creó el subjetivismo jurídico, éste, la soberanía, y la soberanía produjo la guerra por la que el individuo y la colectividad aniquilan su vida y bienestar. A expensas de ella el hombre ha vivido creando esencias a través de las cosas y de la naturaleza; rindió culto a entidades que jamás podrá constatar, como el principio vital en biología, el alma en psicología y la diátesis morbosa en patología. Del mismo modo fantaseó frente a los fenómenos individuales y sociales creando el derecho como su esencia irreductible (2). Duguit está convencido que en el or-

(2) "Comment s'explique cette persistance des conceptions subjectivistes du droit? Par une raison que nous retrouverons a chaque instante dans ces études; un besoin inhérent en quelque sorte à la nature humaine et dont l'exacte perception éclaire toute l'histoire de l'esprit humain. L'homme a toujours en le besoin d'expliquer le visible par l'invisible, de placer derrière le phénomène qu'il constate directement une entité invisible dont il fait le support et la cause efficiente du phénomène qu'il constate. Dans l'ordre des connaissances naturelles, il est arrivé à se dégager de cette obsession. Dans l'ordre des sciences sociales et morales, il n'y est point encore parvenu. Derrière l'ensemble des phénomènes de la nature, on a placé une entité créatrice et directrice; derrière tel phénomène physique, on a imaginé l'existence d'une sorte d'esprit, d'un fluide, autrefois le philogistique, pendant longtemps le fluide électrique, ou tout autre entité imaginaire de même ordre; derrière les phénomènes de la vie, le principe vital; derrière les phénomènes pathologiques, la diathèse morbide; derrière les phénomènes de la pensée, l'âme. De même, on a voulu placer derrière

den de las ciencias naturales las esencias han terminado; es hora, también, que los fenómenos psíquicos y sociales abandonen para siempre la metafísica. Se encadena evidentemente al positivismo de Comte, partiendo como éste de la clásica división de la historia, según la cual, la humanidad se desenvuelve por etapas sucesivas; la primera y la segunda, es decir, la teológica y la metafísica han sido ya cumplidas, estando definitivamente proscriptas en la actualidad por el triunfo del positivismo y las ciencias (3). Han transcurrido así las dos primeras, caracterizándose la humanidad actual por su progreso en la experimentación científica que exige el renunciamiento a toda valorización absoluta del universo y a toda unidad objetiva del conocimiento; únicamente permite fijar relaciones, coexistencias y sucesiones de las cosas (4). La palabra *derecho*, por tanto, debe desaparecer del lenguaje político como el de *causa* del verdadero lenguaje filosófico. De estas dos nociones de carácter teológico-metafísico, la primera es inmoral y anárquica, la segunda irracional y sofística (5).

Duguit en el orden del derecho, ha diluido estos principios hasta sus extremos: la segunda etapa, a que alude Comte, habría traducido el fenómeno jurídico en una noción de carácter metafísico, la del derecho subjetivo, noción ésta ajena en absoluto a la realidad y cuya existencia sólo pudo sostenerse en un ambiente anticientífico, saturado de creencias y de fuerzas misteriosas: los fenómenos físicos como los fenómenos sociales e individuales eran explicados en virtud de elementos y factores de que estos fenómenos carecían (6).

les situations individuelles ou sociales, nous apparaissant avec ce caractère que toute atteinte qui y est portée provoque une réaction d'ordre collectif plus ou moins organisée, on a voulu placer, dis-je, derrière ces situations, pour les expliquer, une entité d'ordre métaphysique qu'on a appelée le droit". — *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, págs. 10 y 11.

(3) A. Comte: "Cours de philosophie positive", tomo IV, pág. 328 a 387.

(4) Karl Vorländer: "Historia de la filosofía", tomo II, pág. 318.

(5) A. Comte: "Système de politique positive", tomo I, pág. 361.

(6) "De tout cela je conclus qu'il faut rejeter la notion de droit subjectif, notion purement métaphysique, dont on ne peut ni démontrer la réalité, ni déterminer les éléments; notion d'une entité imaginée sous l'empire de ce besoin, que l'on peut qualifier de métaphysique, qui, à une certaine époque, s'est imposé impérieusement à l'esprit humaine et qui l'a conduit à expliquer tous les phénomènes du monde social, comme du monde physique, par des forces mystérieuses que ces phénomènes cacheraient". — *Leçons de droit public général*, pág. 53.

El reconocimiento de los derechos subjetivos implica la existencia de ciertas voluntades superiores a otras, de ciertas voluntades de una esencia particular. Cuando se dice que el poder público, la propiedad son derechos subjetivos, ésto, o no tiene sentido o significa decir que determinadas voluntades son por naturaleza superiores a otras, lo que sólo puede justificarse presuponiendo la existencia de un ser o voluntad sobrenatural, fuente y origen de todo poder. La noción de derecho subjetivo es, por tanto, metafísica y escolástica. Razón tuvo Comte al afirmar que la noción de derecho subjetivo no era posible aceptar sino únicamente partiendo del supuesto de que un poder sobrenatural origina aquel derecho, lo que no es posible demostrar ni tratar de conservar en el estado positivo actual porque atraviesa la humanidad (7).

Durkheim, discípulo de Comte, ha influido, también, en forma definitiva sobre el pensamiento de Duguit. Para el sociólogo francés, la colectividad social es de un carácter puramente objetivo, realidad condensada totalmente en un proceso de síntesis psíquica cuya proyección y poder sobre el individuo radica en la fuerza que ese proceso entraña en sí mismo. La ley universal de la división del trabajo aparece así como una forma particular de este proceso general y se aplica a la sociedad como a los organismos, si bien con efectos diferentes (8). Es evidente que el fenómeno social no es perceptible por los sentidos, cosa que ocurre con los fenómenos físicos; pero es, también, evidente que el hecho objetivo social puede observarse y comprobarse por otros medios y en virtud de ciertos efectos. La solidaridad, fenómeno esencial y primario de la sociedad, es un fenómeno enteramente moral; no se presta, pues, a la observación cuantitativa, dado, como se dice, su carácter inmaterial; pero, este hecho interno se nos manifiesta por otros hechos visibles que lo simbolizan; uno de estos signos visibles es el derecho: el frecuente contacto entre los hombres, sus relaciones recíprocas explican la existencia del derecho como expresión de la solidaridad (9).

El derecho como forma simbólica del ser colectivo, o como expresión de la solidaridad, es una realidad objetiva, de origen em-

(7) "Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat", pág. 17.

(8) "De la división du travail social", véanse págs. 3, 4 y 31. — Acerca de la autoridad y proyección moral de la colectividad sobre el individuo, véase del mismo Durkheim, "Sociologie et philosophie", págs. 107 a 110.

(9) Obra citada, págs. 27 y 28.

pírico; se identifican así por un mismo método el derecho y el fenómeno natural. Esta es, también, la identificación que en forma insuperable y de proyecciones extremas se puede comprobar en las obras de Duguit, a pesar de no haber podido escapar de ciertos errores y contradicciones. Para realizar dicha identificación, Duguit parte de la solidaridad como un hecho que puede observarse, y cuya principal manifestación, dijimos, es el derecho. Los fenómenos sociales cualesquiera sean ellos, no deben explicarse por principios abstractos, sino analizarse en sí mismos y por sí mismos. Para saber, dice Durkheim, lo que es objetivamente la división del trabajo social, debemos abandonar el análisis interno que no hace sino desenvolver una idea que nos hemos forjado; debemos tratar el hecho objetivo como cualquier otro hecho, observar, comparar y veremos, entonces, que el resultado de estas observaciones difieren fundamentalmente de aquél que brota del análisis de principios abstractos (10). Estos principios, creemos, han influido sobre el pensamiento de Duguit de manera decisiva, tanto que el hecho de la solidaridad, descripto maravillosamente por Durkheim, tiene en la obra de Duguit la más ajustada interpretación, y una aplicación de sus premisas la más absoluta y la más rigurosa.

De manera sensible y directa, la influencia del principio evolucionista, formulado por Spencer, ha obrado, también, sobre las líneas principales del sistema jurídico de Duguit. En el fondo de todas sus afirmaciones se advierte un otro aspecto del hecho social: la solidaridad en sí misma es un hecho invariable, pero su contenido, es decir, las formas múltiples de manifestarse, evolucionan y progresan constantemente. Los fenómenos sociales, como los naturales, están sometidos al proceso de evolución universal; el campo psíquico, como el biológico, implican una eterna y profunda renovación, un eterno desenvolvimiento, que, según Spencer, puede enunciarse así: “en el universo se produce en general y en detalle una distribución incesante renovada de la materia y del movimiento” (11). Este principio es reconocido por Duguit en sus afirmaciones atinentes a los actos humanos. La solidaridad descompuesta en sus dos formas fundamentales, la de la solidaridad mecánica y la de la so-

(10) Obra citada, págs. 7 y 8.

(11) Véase el prólogo de la filosofía de Herbert Spencer por F. Howard Collins, resumen general de su filosofía hecho por el mismo Spencer, tomo 1, pág. 8.

lidad por división del trabajo, es siempre idéntica en sí misma, pero los actos humanos a que ella se refiere, están en perpetua evolución; así lo indica la historia de las instituciones, por la que se sabe existieron juicios sobre actos que no solamente han variado, sino que muchos de ellos se nos aparecen en abierta contradicción con otros; actos que hoy son apreciados como individuales fueron juzgados ayer como actos sociales; tal es lo que comúnmente ocurre con los actos de orden religioso ⁽¹²⁾. La evolución como ley del universo y de la materia alcanza, también, a los fenómenos psíquicos, aniquilando en consecuencia toda concepción metafísica, cuyo propósito aspira casualmente interrumpir esa constante distribución de la materia, de sus fuerzas, de sus integraciones y reintegraciones sucesivas.

Sin embargo, la solidaridad juzgada por Duguit como el común denominador de los cambios sociales, como un hecho invariable y constante, abre la sospecha, bien justificada por cierto, no sea el hecho de la solidaridad por sus caracteres de *permanencia* y *universalidad* identificable con aquel algo que, según Spencer, persiste y sobrepuja en cantidad a las formas sensibles y variables del universo, con aquel poder desconocido e incognoscible que nos vemos precisados a reconocer, que no tiene límites en el espacio y que en el tiempo no tiene principio ni fin.

Por eso creemos, como más adelante trataremos de ensayar, que la solidaridad, hecho fundamental, invariable y universal, explica el derecho por un principio objetivo *trascendente*, pues, es evidente que ningún hecho que cae bajo la acción de los sentidos no entraña por sí mismo las formas de necesidad y universalidad. Estas, no son productos del conocimiento experiencial, sino las condiciones formales del conocimiento mismo. Los conocimientos dados por la experiencia son *a posteriori*, ha dicho Kant, mientras que son *a priori* los conocimientos universales y necesarios en sí mismos ⁽¹³⁾.

En el orden jurídico, la *cosa en sí*, es decir, la idea del derecho ha perdido con Duguit su carácter crítico trascendental para agotarse en un principio objetivo. Además, este principio sólo tiene sentido y valor desde el punto de vista causalista por el que el de-

(12) *Traité*, tomo I, págs. 25 y 26.

(13) *Critique de la raison pure*, págs. 41 y 42.

recho, como la ética de Spencer, pierde todo el significado que es capaz de adquirir frente a la idea de libertad, para reducir su proceso a los límites que asigna la ley del desarrollo y evolución de la materia.

Estas son las principales bases del método sobre las que se asienta el pensamiento jurídico de Duguit, el método positivo y el principio evolucionista. El primero, aplicado al derecho concluye en una serie de hechos, más o menos relacionados, apartando todo lo que no es fruto de la observación y comprobación; no es posible, entonces, aspirar al *deber ser* jurídico, sino conformarse solamente con lo que *es* o con lo que en la realidad *existe* como derecho. Esto que *es*, es el hecho primordial de la vida social, la solidaridad humana, hecho directamente observado y constatado por la historia misma de la sociedad.

El método positivo, así aplicado, se formula, según Duguit, en las siguientes reglas: 1. — Observar los hechos de una manera personal, o como hoy día se dice, de una manera objetiva, y hacer un esfuerzo constante para substraerlos de la influencia de la tradición, del medio y de prejuicios de todo orden, nacionales, religiosos, etc. 2. — Aplicar el razonamiento deductivo, pero simplemente como un instrumento de descubrimiento; verificar sobre los hechos las conclusiones de la deducción lógica, y si ellos no concuerdan con aquellos, rechazar, sin duda alguna, la hipótesis de que se parte; jamás debe intentarse someter los hechos a la lógica, tarde o temprano ellos toman su venganza y descubren nuestro error. 3. — Rechazar, por último, todo concepto a priori dejándolo al dominio de la fe religiosa o al de la metafísica. Concepto es toda idea de una cosa que escapa a la observación directa de los sentidos y que, por consiguiente, es una entidad de orden puramente metafísica. Toda entidad de este género debe eliminarse del campo de la ciencia (14).

Estas reglas, formuladas por Duguit, y comunes en el fondo a las de todas las escuelas y direcciones del positivismo, no nos dan base para una filosofía, sino los procedimientos para la elaboración científica de la realidad. La observación ya se haga por el procedimiento inductivo o deductivo, según quiere Duguit, sólo habrá

(14) Leçons de droit public général, págs. 24 y 25.

alcanzado hacer una construcción *relativa* del derecho y que se manifiesta por medio de la síntesis positiva, pero no habrá alcanzado jamás a satisfacer ni remotamente la aspiración filosófica del hombre, que tiende hacia la elaboración de lo *absoluto* del derecho. Si sólo se pretende llegar a la noción histórica o relativa, haremos bien en adoptar los procedimientos antes señalados; pero, si el propósito ha de ser otro, el de revelar lo que de esencial y eterno tiene el derecho, estaremos, entonces, forzados a echar mano a procedimientos verdaderamente filosóficos, cuyo camino principal a seguir es el análisis de la conciencia misma.

La nota característica del positivismo es la de hacer filosofía de un modo disimulado o inconsciente; no es la falta de sistemática en sus conclusiones lo que lo distingue específicamente de otros sistemas, sino el de concebir y coordinar con elementos reales, cuyo resultado no puede ser otro que la elaboración de un sistema relativo, “esto nos representaría no sólo un atentado contra el derecho sino por algo más grave aún, porque atenta contra la vida misma del espíritu. No solamente se fragmenta el derecho, sino que se nos pretende modelar espiritualmente según una imagen obtusa e imposible” (15). Pero, a pesar de esta modalidad característica del positivismo, en el de Duguit no es precisamente una metafísica lo que falta, sino, como bien dice Geny, la plena conciencia y la confesión sincera de su metafísica (16).

Para el positivismo, la justicia y el derecho son fenómenos encadenados al resto de los fenómenos de la vida cuya fuente y razón de ser no están en la conciencia sino fuera de ella, en la realidad misma. El derecho gobierna la conducta de los hombres, así como las leyes físicas dirigen por sí mismas el desenvolvimiento armónico de la naturaleza, con independencia absoluta de la conciencia. Si bien el mismo Duguit marca algunas diferencias entre los fenómenos físicos y los actos humanos, en cuanto ambos se refieren a acontecimientos distintos, no les asigna, en cambio, fundamentos diferentes. Al positivismo, más que a ninguna otra escuela, le está obligado reconocer entre el acontecimiento físico y

(15) E. Martínez Paz: “Lecciones de filosofía del derecho”, pág. 14. Véase P. Gruber: “Auguste Comte, fondateur du positivisme, sa vie - sa doctrine”, págs. 181 y 182.

(16) Science et technique en droit privé positif, tomo II, pág. 271.

el acto de voluntad, ya que así se presentan, dos realidades distintas. Si en la realidad son diferentes, deberán, entonces, tener en nuestra conciencia diversos fundamentos con los cuales podamos diferenciarlos. Por no tener diferencias fundamentales, es que para el positivismo no existe el criterio del acto bueno y malo, la distinción entre un derecho justo e injusto, puesto que la moral como el derecho son cosas que *son* que existen y no algo que *deben ser*. Y así, Duguit nos dice que el derecho es un producto de la evolución humana, un fenómeno social, sin duda de un orden diferente al de los fenómenos físicos pero no por ésto ha de conciliarse ni a un ideal ni a un absoluto (17).

No siendo la voluntad del hombre una facultad ciega o mecánica, sino libre y consciente, surge para el positivismo la formidable objeción formulada a Duguit por sus adversarios, y que consiste en esclarecer cómo un simple hecho ajeno en absoluto a todo ideal y a todo principio ético, puede transformarse en una regla de conducta, cómo un hecho o fenómeno de orden natural puede trocarse en una actividad libre y consciente, reglada y limitada por la norma. Si la naturaleza nada sabe de sí misma, y si la diferencia entre un acto de voluntad y un simple fenómeno natural es algo que existe en la realidad misma, es en razón de la conciencia que clasifica los fenómenos y los acontecimientos, la que coordina la naturaleza por la ley de la causalidad y la que coordina o avalúa los actos humanos por la ley de la finalidad.

Si con los principios del método positivo no consigue Duguit aniquilar la metafísica del conocimiento, tampoco lo consigue por el principio evolucionista, cuya adaptación, envuelve, según frase ya citada de Geny, la existencia de una metafísica ignorada.

En este otro aspecto nos vemos forzados, de acuerdo al propio pensamiento de Spencer, afirmar que si el derecho es producto de la evolución natural de las cosas, debe preexistir un algo desconocido, razón y fundamento de ese proceso, medio por el que

(17) "Le droit est un produit de l'évolution humaine, un phénomène social, sans doute d'un ordre différent de celui des phénomènes physiques, mais qui pas plus qu'eux ne se rapproche d'un idéal, d'un absolu. On peut bien dire que le droit de tel peuple est supérieur au droit de tel autre, mais ce ne peut être qu'une comparaison toute relative; elle implique, non pas que le droit de l'un seulement que le droit de l'un est mieux adopté, à un moment donné, aux besoins, aux tendances de ce peuple que le droit de l'autre". — Manuel de droit constitutionnel, pág. 6.

éste se reconoce y se identifica, y que Duguit trata de eludir inconsecuentemente. Si según los procedimientos del positivismo, se concibe la justicia —en este caso la solidaridad— como un hecho, éste, en su constante evolución ¿no deja en la conciencia la imagen total de ese proceso, es decir el derecho universal, la justicia eterna con los cuales el mismo proceso se representa a nosotros como algo eternamente uniforme? Duguit niega exista otra realidad que la realidad de los hechos; que la justicia y el derecho no son más que dos hechos universales, el hecho de la solidaridad humana y su expresión en la regla de derecho. Volvemos a insistir aquí sobre estos caracteres de permanencia y universalidad de la solidaridad y de la regla de derecho, caracteres que para Duguit no están en la conciencia sino en la comprobación histórica de los hechos; niega así lo que el mismo Spencer proclama sin ambages, un ideal sin el cual no sería posible reconocer el proceso de evolución y progreso (18).

Duguit, si bien trató sinceramente de substraer el derecho de todo principio o absoluto, el propio pensamiento, que es hijo de la metafísica, no habría podido satisfacer las intenciones; la misma observación de los hechos es algo más que imposible si no se parte de preconceptos, de la unidad de la conciencia sin la cual no es posible el conocimiento empírico. La realidad exterior es una realidad fragmentada, el pensamiento es la única fuerza que puede unificarla: una verdadera utopía sería pretender encontrar la coordinación en los hechos cuando en su estructura misma nada existe que no sea la fatalidad y la inconsciencia.

2. — Descartes, padre de la filosofía moderna, enseñó que

(18) "Una civilización progresiva, que es por necesidad una sucesión de compromisos entre lo viejo y lo nuevo exige un perpetuo reajustamiento del compromiso entre lo ideal y lo practicable en las circunstancias sociales; fin que deben tener a la vista los dos elementos del compromiso. Si es verdad que la pura rectitud prescribe un sistema de cosas demasiado bueno para los hombres tales cuales son, no es menos verdad que los meros expedientes no tienden por sí mismos a establecer un sistema de cosas algo mejor que el que existe. Mientras la moralidad absoluta necesita transigir con obstáculos que la impidan caer en absurdos utópicos, las transacciones deben a la moralidad absoluta todo estímulo de mejora. Concedido que estemos principalmente interesados en asentar lo que es *relativamente recto*, se sigue que tenemos que considerar primero lo que es *absolutamente recto*, puesto que una concepción presupone a la otra". — El progreso, su ley y su causa, pág. 325.

todo conocimiento (la ciencia) no puede fundarse en una autoridad extraña a la razón. La característica de la filosofía medioeval fué basar el conocimiento en un principio trascendente a ella, es decir en un dogma o en una esencia, cuya existencia independiente de la razón se le imponía, no obstante, por los caminos de la fe y de la revelación. Para Descartes, la unidad que caracteriza a la ciencia es hija de la razón y, por tanto, sólo en ésta ha de encontrarse la primera evidencia o el fundamento de todo el proceso del conocimiento, que se resume, no en un raciocinio lógico sino en una certeza inmediata e instintiva. Esta primera evidencia se condensa en el *cogito, ergo sum*, cuya verdad se manifiesta sin ayuda de un principio general y sin deducción lógica alguna. “El sujeto pensante construye por sí el nuevo sistema de cultura, autónomamente y con su propia riqueza. Si la cosmología copérmica había desalojado al hombre de su posición central del Universo, el hombre encuentra ahora en sí mismo el núcleo incommovible de toda realidad y de toda verdad: desde el yo conquista al mundo. Estas magnas ideas que se han convertido en los comienzos de la época de la “ilustración” y que son un factor persistente en la vida del espíritu moderno, se reúnen en Descartes en torno al concepto de una ciencia universal que les imprime un sello peculiar y les presta definitiva solidez, asentándolas en un conjunto metafísico de máxima generalidad” (19). El pensamiento al afirmarse en sí mismo, creó para el porvenir una nueva fuerza que habría de traducirse y adaptarse en todos los aspectos de la vida con una riqueza extraordinaria de matices, complejidad viviente que no desmentiría ni por un momento el germen o la raíz fundamental que la supo fecundar. El individualismo jurídico surgió así como un matiz del racionalismo filosófico con todos los poderes que su primer entimema fué capaz de inyectarle; individualismo que en el nuevo derecho jugó un rol e importancia trascendentales. Este individualismo jurídico, a pesar de adquirir con el tiempo diferentes formas y direcciones, no llegó a alterar, como decimos, el contenido esencial del *cogito ergo sum*, cuya afirmación se encierra en las bases de todos los sistemas individualistas del derecho actual.

(19) Max Frischeisen - Kohler: Descartes, pág. 10. — Consúltense además: A. Mes-ser: La filosofía moderna, pág. 73 a 75. Paul Landormy: Descartes, págs. 10 y 11. — Karl Vorländer, obra citada, tomo II, págs. 10 y 11.

Duguit, en cambio, necesitó quebrar la línea del racionalismo para volver a fundamentar el derecho en un principio *objetivo*; debió para ello luchar contra un sistema histórico de profundas raíces e inmensas proyecciones cuyo punto de partida fué un principio *subjetivo*, que para el positivismo es imposible de demostrar y comprobar en la realidad. Si para Descartes la ciencia no puede fundarse en una autoridad extraña a la razón, para Duguit, la ciencia sólo es posible cuando las conclusiones de la razón pueden ser demostradas y verificadas en la realidad de las cosas, puesto que los hechos son los únicos que pueden darnos conocimientos ciertos y perdurables. La razón sólo sirve, entonces, como *medio* de descubrimiento y comprobación.

Era necesario, por tanto, destruir la raíz del individualismo, atacando su núcleo principal, su esencia racional por un principio que le fuera opuesto: el derecho individualista se opone así al derecho como *función*; frente a éste el individualismo desaparece como esencia autónoma; la función es, también, una facultad, pero de base objetiva y no identificable en el individuo como su titular o sujeto. Duguit condensa su pensamiento en este otro principio de naturaleza esencialmente objetiva: “*yo pienso como unidad del conglomerado social, luego el grupo social existe*” (20).

Los términos de una esencia subjetiva han sido sustituidos por otros de una esencia objetiva; la personalidad se diluye en la realidad social objetiva; la existencia del individuo queda sujeta a la existencia del grupo; en una palabra, ha sido disuelto el germen tradicional de la metafísica jurídica por esta otra afirmación cuyo contenido realmente humanitario subyuga y atrae con fuerza extraordinaria.

Frente al método racionalista, sistema a priori del conocimiento se opone el método positivo, sistema del conocimiento a posteriori. La verdadera ciencia proviene de la observación directa de los hechos, de su comprobación y verificación. Este método, aplicado a la ciencia del derecho ¿qué nos demuestra en la realidad? El individuo en ella, para Duguit, no aparece aislado, desde que nace vive en relación con otros, y no existe un momento de su vida que no esté vinculado a los demás. El hombre así es

(20) El pragmatismo jurídico, pág. 102.

una proyección de la colectividad, y no la colectividad proyección del hombre; es el pequeño engranaje de una inmensa rueda que está en constante evolución, un simple medio, una simple condición de que se valen las ideas y las creencias de la mayoría para satisfacer ciertas necesidades y determinados fines. Carece, pues, de realidad el principio racionalista toda vez que construye a priori la individualidad en virtud de una coordinación abstracta de atributos y facultades innatas. La realidad objetiva sólo muestra al hombre en perpetua relación con los demás hombres, el sujeto y el fin del derecho no pueden ser otros que la colectividad misma, pero no como creación artificial sino como realidad positiva evidente. Resulta, por tanto, que el individuo como unidad del conglomerado social no es un principio deducido de la razón, ni una abstracción de la realidad, sino al comprobación íntima de un hecho.

Duguit, para nuestro modesto modo de ver, resulta ser o un ultra-observador o simplemente un bello teorizador. Según sus propias afirmaciones debemos dudar de la certeza y veracidad de sus conclusiones hasta tanto ellas no hayan sido debidamente observadas y comprobadas. Las contradicciones en Duguit comienzan, entonces, desde que hace su primera afirmación. Decir “yo pienso como unidad del conglomerado social” es partir, en primer término, tal como lo hizo el mismo Descartes, de la existencia del propio pensamiento. Esta primera certidumbre de la realidad objetiva es contradictoria en sí misma e incompleta con el resto de sus afirmaciones: pensar es ligar la realidad, coordinar las cosas y los hechos, es, casualmente, tener la conciencia de una íntima unidad. La naturaleza física como la naturaleza psíquica, aparecen ante nosotros desprovistas de sus respectivas leyes de encadenamiento, cuyo sentido sólo alcanzamos a comprender recién cuando comenzamos a pensar. Es el hombre solamente quien necesita conocer esa ley profunda que no se advierte en la sucesión misma de los hechos ni en la realidad objetiva de las cosas.

El derecho es un fenómeno social de contenido y proyecciones psíquicas. Considerado sólo de este modo es establecer un orden material, una regla exterior necesarios ambos a la existencia del grupo: necesidades y relaciones mútuas crean las normas que permiten la satisfacción de ellas y su desenvolvimiento armó-

nico. Pero, las relaciones y normas que las regulan no implican por sí mismas el *por qué* de su existencia, porque las normas varían, desaparecen y se modifican conjuntamente con las nuevas necesidades y aspiraciones. El hombre contiene en sí mismo la profunda ley de las cosas y de la vida, la ley de la perfección infinita de su ser; desde este punto de vista, el derecho no es una mera contingencia sino la noción de la justicia y rectitud absoluta.

Sin este nuevo valor jurídico-filosófico, el derecho se identificaría con los demás fenómenos de la naturaleza y el hombre como la bestia estarían, entonces, regidos por una misma fuerza, fuerza ciega e instintiva que haría obrar al individuo tal como quiere Duguit, en razón de una función y no en razón del deber.

En el fondo de su pensamiento, Duguit no alcanza a extirpar los fundamentos éticos del derecho; por el contrario, su entimema objetivo los reafirma, como más adelante tendremos oportunidad de analizar. No ha podido explicar, en una palabra, cómo el hecho o la función social por sí solos pueden fundamentar el derecho o cómo el *ser* jurídico puede desligarse en absoluto del *deber ser* que impone la conciencia. Por ésto, creemos que el verdadero alcance que para nosotros tiene el principio objetivo de la función social, tal como lo ha sintetizado Duguit, no es la proyección de un simple hecho sino la *unidad objetiva* del conocimiento por la que el derecho, si bien llega a tener un nuevo sentido, es en realidad una construcción de orden metafísico. Tan teórico es este principio de la función social como el que sentara el individualismo cartesiano: Descartes afirmó del conocimiento su primera evidencia teórica, un juicio analítico; Duguit aplicando al derecho un método inverso concibe, también, una unidad, que si no es inmanente a la razón misma, es por ella inmanente en las cosas, en la existencia misma de la vida social y del derecho.

3. — Si bien a través de la obra de Duguit se destacan los elementos constructivos de un riguroso sistema, no es menos cierto que ello se debe en gran parte a la embestida sistemática contra la metafísica jurídica cuyo proceso de derrumbamiento contribuye a

destacar una doctrina negativa (21). Parecería así que este positivismo tiene en sus orígenes una tendencia y un espíritu exclusivamente revolucionarios, espíritu que quizás ha de atenuarse o desaparecer por la obra posterior de sus discípulos y glosadores. La obra de Duguit se caracteriza por una embestida casi febril contra las direcciones clásicas del derecho natural; pero, es, también, necesario reconocer que en esta ofensiva se encuentra, precisamente, la solidez de su pensamiento, porque sólo los excesos y las aberraciones históricas del subjetivismo jurídico pudieron despertar tan formidable controversia y producir una obra tan magna. Mañana, decimos, otros han de depurarla de sus elementos negativos y de cierto fanatismo que la lucha ha podido producir, para presentarla únicamente desde su punto de vista constructivo.

Por otra parte, caracteriza a la obra de Duguit la simplicidad de los conceptos y la sencillez de su manejo; unas cuantas ideas originalísimas han coordinado un formidable sistema que produce en el espíritu del lector una sensación más teórica que práctica (22) y cuya impresión proviene casualmente de aquel aspecto revolucionario, a que aludíamos, que no permite en parte trabajar con los elementos reales en forma verdaderamente independiente.

La revisión de la metafísica tradicional es pues simultánea a la elaboración sistemática: el derecho sometido a la influencia teológica, más tarde al racionalismo de Grocio y sus discípulos y, por último, el derecho concebido según el criticismo kantiano, han sido las concepciones en boga durante las etapas teológica y metafísica. La intensa corriente científica de la hora actual ha proscripto definitivamente a las anteriores y ha influido particular y extraordinariamente para explicar los fenómenos individuales, y sociales. Estamos, dice Duguit, en el siglo llamado por antonomasia

(21) Puede comprobarse esta crítica sistemática de los fundamentos del subjetivismo jurídico en casi todas las obras de Duguit: *le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, pág. 14 a 21. — *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, págs. 6, 111, 118 y 400. — *Les transformations générales du droit privé*, págs. 8 y 21. — *Les transformations du droit public*, págs. 12 y 16. — *Manuel de droit constitutionnel*, págs. 3, 5 y 19. — *Souveraineté et liberté*, pág. 5 a 14. — *Leçons de droit public général*, pág. 49 a 54.

(22) Advertimos que esta impresión teórica, sólo nos causan los primeros capítulos de las obras de Duguit, dedicados en su mayor parte a la demostración empírica de los fundamentos del derecho, porque en lo que se refiere al aspecto técnico del derecho público, al que Duguit ha dedicado sus mayores esfuerzos, es forzoso reconocer una renovación total de valores históricos.

sia, el de las ciencias positivas: el derecho debe así desentenderse de toda noción de carácter metafísico, se debe eliminar todo lo que no sea en él un hecho verdaderamente constatado, desterrar para siempre la noción metafísica del derecho subjetivo que entrafía el poder soberano de la voluntad (23).

Sin embargo, muy lejos está nuestra época del sentido extremadamente realista que se le pretende dar: “la ciencia actual se aleja de la posición positivista a que se refiere Duguit. La física desde Mach a Poincaré, desde Duhem a Einstein, demuestra que ha ido poco a poco independizándose de los cuerpos para encaminarse hacia las esencias. Primero las cualidades de cosas, los fenómenos, han adquirido un carácter mental e intelectual, luego la noción de cuerpos, en seguida la idea de espacio y de tiempo, todo ha ido independizándose de los datos sensibles para buscar una expresión que podríamos decir intelectual, que en vez de atraer un período de constatación, como lo fué el primer instante del positivismo, la ciencia en todos sus aspectos se independiza de los hechos, para hacer una construcción intelectual; la propia psicología, ha salido ya del campo de las ciencias experimentales en el cual se creyó que había de encontrar un equilibrio definitivo; queda para la fisiología el estudio de las sensaciones, del yo empírico, sin pretender abarcar con ello la vida del espíritu; hay, como decía Berthelot, una tendencia hacia una ciencia ideal” (24).

La simple observación y constatación de la realidad no puede fecundar hoy en día una noción seria del derecho. Las cosas que

(23) “C'est que dans le siècle par excellence des sciences positives, le domaine du droit est resté encombré de notions d'ordre purement métaphysique; c'est qu'on n'a pas su apporter à l'étude du problème juridique une méthode véritablement et exclusivement réaliste. Éliminer tout ce qui n'est pas un fait véritablement constaté, éliminer notamment la notion purement métaphysique de droit subjectif, c'est-à-dire de pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit. C'est l'effort que je tente. Au lecteur de dire si j'y ai réussi”. — *Traité*, tomo I, pág. 3.

(24) E. Martínez Paz: *Obra citada*, pág. 36. — Véanse, también: Abel Rey: *La filosofía moderna*, pág. 110 a 118; Daniel Berthelot, *la ciencia y la vida moderna*, pág. 34. — Este último, dice: “en presencia de los insolubles enigmas de la vida y del destino, ¿quién será osado de vituperar el que el hombre trate de dejar el camino secular seguido sobre las olas para lanzarse en el seno de un mar desconocido bajo la fe de nuevas estrellas? Asistimos al nacimiento de una religión nueva en la cual la forma es singular, el lenguaje abstracto, los misterios profundos; los que hoy la niegan mañana son fanáticos.

vemos, los hechos que observamos sufren a través de la mente profundas transformaciones: la personalidad, la propiedad, la familia, el estado no constituyen realidades brutas, no son fenómenos o cosas que podamos ver como se observan las cosas y los fenómenos de la naturaleza, sino instituciones, conceptos, cuyo origen radica en un proceso de objetivaciones espirituales. A su vez, estos conceptos y objetivaciones son la materia del conocimiento filosófico sin el cual no sería posible tener de ellos una inteligencia universal y sistemática. Este tercer grado del saber humano que constituye el conocimiento filosófico, rechaza hoy en día el juicio analítico, indemostrable e inverosímil; pero con ello no se ha destruido la metafísica, por el contrario, tal como la fundara Kant, ha sido para el porvenir del pensamiento una fuente inagotable, en la que todavía radican sus fuerzas sistemas y direcciones de actualidad fecunda.

La corriente científica contemporánea no se funda sólo en la simple observación de la realidad, es necesario confesar además la existencia de una fuerza espiritual que hoy más que nunca transforma los elementos empíricos; una fuerza que pugna por intelectualizar todos los órdenes de la vida, para satisfacer de este modo la aspiración y la tendencia de una época que ha comenzado a caracterizarse en estos últimos tiempos, particularmente después de la última guerra. Esta, ha servido al hombre para reaccionar sobre sí mismo, para pensar, analizar el contenido de la propia conciencia, a mirar con desdén y experiencia las promesas a que cierta vida y ciertos ideales tenían acostumbrado al hombre: el individuo ha renegado del poder público efectivo, vacío de elementos espirituales, de la democracia como arma temible y de alta traición; quiere renunciar a la libertad sin control ni limitaciones tal como se la brindaron los teóricos del siglo XVIII; renuncia al individualismo clásico, casualmente para reafirmar la personalidad sobre bases más sólidas y duraderas; en una palabra, la crisis actual de la democracia que el hombre ha producido, involucra la crisis de todo elemento cuantitativo y el renacimiento de valores cualitativos. El fenómeno jurídico, tiende así a una apreciación, si bien más social que individual, a una apreciación apoyada sobre bases espirituales y éticas, pero más firmes que aquellas en que se basara el individualismo jacobino.

Por otra parte, el derecho subjetivo, según Duguit, está basado en un juicio analítico; los derechos del individuo y el poder soberano de la voluntad no son realidades sino creaciones de orden metafísico, desde que la voluntad con poderes jurídicos reconocidos implica necesariamente la existencia de una jerarquía de voluntades. Esta jerarquía, a su vez, implica un proceso, un estudio sobre la naturaleza y fuerza de la voluntad humana, lo que para la ciencia positiva es un problema insoluble. Se puede constatar la manifestación exterior de aquella voluntad, pero es imposible reconocer su esencia íntima (25). Para Duguit, pues, el problema del derecho subjetivo plantea dos soluciones: o la voluntad es una esencia de carácter metafísico, o es sólo una realidad natural. Duguit niega la primera y afirma la segunda. En ambos casos, sin embargo, el problema se plantea a nuestro entender desde un punto de vista extrajurídico: al derecho no le interesa la voluntad como esencia teológica o metafísica ni como realidad psicológica; ni es un poder de origen divino que los hombres deben respetar y acatar ni es una facultad psicológica a quien debemos acordar derechos o situaciones jurídicas.

El problema del derecho subjetivo ante todo y por todo, requiere una solución de carácter *jurídico - social*, porque todo el proceso histórico del derecho se circunscribe a objetivaciones de carácter espiritual. Los derechos del individuo no son innatos, porque ésto es imposible demostrar; tampoco constituyen simples situaciones de hecho acordados por la norma, porque ésto no es verdaderamente científico. La ciencia, se ha dicho, toma cuerpo y se desenvuelve por conceptos o representaciones coordinadas de la inteligencia. En virtud de ésto es que el derecho se caracteriza por una técnica conceptual específica. A su vez, estas coordinaciones de conceptos tienen en sí una vida precaria, únicamente la filosofía puede fijar las *condiciones necesarias y universales* de su existencia. Se puede combatir con valentía y con éxito, como lo hace Duguit, una concepción histórica del derecho, tal como la del individualismo clásico, pero no es posible pretender sobre estas ruinas levantar una concepción filosófica del derecho, fundada en un dato real o en un simple hecho porque no sería ni más filosófica ni

(25) Les transformations générales du droit privé, pág. 12 y siguientes.

más histórica que la anterior. Kant construyó sólo una metódica del conocimiento y no un sistema de contenido sustancial porque esto último no constituye el conocimiento a priori: sólo las formas lógicas de ese contenido, únicamente las condiciones universales de su existencia, que forman el proceso de todo conocimiento, tienen un alcance trascendental ⁽²⁶⁾.

Según este criterio, ni los principios del individualismo ni el realismo sociológico de Duguit son direcciones filosóficas del derecho, porque la creencia en los poderes sobrenaturales o innatos del individuo, como la supremacía del poder social como un hecho, no son sino concepciones transitorias, sujetas a la ley de la transformación y del cambio.

ALFREDO FRAGUEIRO.

(Continuará)

(26) Critique de la raison pure, pág. 94.