

AC 09 13

¿No crees que debería hacer una más? Hoy nos ocupa la asignatura Nociones Jurídicas Básicas. Vamos a tratar del tema 18, el Ius Naturalismo, del tema 19, el Historicismo Jurídico y del tema 20, el Positivismo Jurídico. En lo que se refiere al tema 19, el Historicismo Jurídico, contaremos con la participación del Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la UNED, autor, con el profesor García Garrido, de las Unidades Didácticas de Nociones Jurídicas Básicas, Antonio Fernández Galeano.

Estamos en Radio Nacional de España, Radio 3, en frecuencia modulada y emisoras de la red de Radiocadena Española, de lunes a viernes, entre once y once y media de la noche aproximadamente, una hora menos, en la Comunidad Autónoma Canaria. Comencemos por el tema 18, el Ius Naturalismo. Terminológicamente, Ius Naturalismo es la doctrina que cree en la existencia de un Ius naturale, de un derecho natural.

A lo largo de la historia del pensamiento filosófico, se han dado diversos conceptos de este derecho natural. Desde quienes han negado su existencia, hasta quienes, aun admitiéndola, no creen que el derecho natural sea algo unitario, sino que en él cabrían muy diversas doctrinas. Si el derecho positivo es el creado y formulado por un legislador, o por un poder legislativo, y como tal ha sido puesto para que se cumpla, el Ius Naturalismo, aun reconociendo la existencia real y validez del derecho positivo, sostiene la hipótesis de que hay otro derecho que no procede de la voluntad del legislador, que no ha sido puesto mediante un acto de promulgación, y que se encuentra situado por encima de él, y que le compromete.

Este derecho sería el derecho natural. El Ius Naturalismo admite entonces la existencia de dos órdenes jurídicos, el derecho positivo, que es empírico, y el derecho natural, que es metaempírico, pero no por eso irreal, sino tan real y aplicable como el positivo. Hasta el punto de que los Ius Naturalistas sostienen incluso que el derecho natural es superior jerárquicamente al derecho positivo, estando situado más allá y por encima del derecho positivo.

Y esta premisa tiene una importante consecuencia, la sumisión del derecho positivo al derecho natural, lo que obliga al legislador o al poder legislativo que crean el derecho positivo y lo formulan, a tener que someterse a las prescripciones del derecho natural, teniendo que adecuar y acomodar al derecho natural los preceptos positivos que elaboren. En conclusión, el Ius Naturalismo sostiene que el fundamento del derecho positivo está en el derecho natural. Santo Tomás, desde la Edad Media, ha sido el autor Ius Naturalista más radical, hasta el punto de afirmar que el derecho promulgado o positivo sólo es válido, sólo es auténtico derecho si se acomoda al derecho natural.

Para él, la ley humana, es decir, el derecho positivo, no es ley, sino corrupción de la ley, si discrepa en algo de la ley natural. Un Ius Naturalismo tan radical hoy en día ya no tiene vigencia, pero en todo Ius Naturalismo sigue subyaciendo la idea de que el derecho no puede

fundamentarse sólo en la mera voluntad del legislador, sino en un orden superior. A lo largo de la historia del pensamiento filosófico ha habido muchas posiciones doctrinales que han admitido que, por encima del derecho positivo, había algo más.

Pero estas posiciones son sólo Ius Naturalistas cuando admiten que ese algo más es derecho, es decir, un orden jurídico. Si no se considera que ese algo más es derecho, entonces no hay Ius Naturalismo. Para algunos ese orden superior es simplemente un orden moral o un orden valorativo, como cuando se hace una jerarquía axiológica, una jerarquía de valores.

Pero los valores o los preceptos morales son modelos de conducta a seguir, aunque a diferencia del derecho no tienen condición normativa en el sentido de la imperatividad y coactividad propias de las normas jurídicas. Aunque en sentido amplio se puede entender que esas posturas son Ius Naturalistas, en sentido estricto Ius Naturalistas son sólo las doctrinas que afirman que, por encima del derecho positivo, hay algo que también es jurídico, es decir, un derecho natural. En todo caso, el Ius Naturalismo estricto y el Ius Naturalismo en sentido amplio, que se confunde con la religión o la moral, coinciden en la idea de aceptar que por encima del derecho positivo hay ese algo más, es decir, algo que es objetivo y objetivable.

El Ius Naturalismo no se enfrenta con el derecho positivo como si fuese una alternativa. El Ius Naturalismo sostiene que entre ambos derechos, el natural y el positivo, se da una perfecta armonía y una pacífica coexistencia, y que además ambos se necesitan mutua y recíprocamente, porque los preceptos del derecho natural son abstractos, muy generales y de difícil aplicación directa o inmediata en las relaciones que se dan en la realidad social. Entonces, el derecho natural necesita al derecho positivo para concretizarse, para hacerse explícito a su través, modo de llegar a las situaciones particulares.

Pero, por otra parte, el derecho positivo por sí solo sería insuficiente, pues necesita y se beneficia del derecho natural, dado que recibe de él justificación y fundamento. El derecho natural sería ineficaz e insuficiente sin el positivo, y el derecho positivo carecería de legitimidad sin el natural. A lo largo de la historia, el Ius Naturalismo ha tenido un auge variable, unas veces mayor y otras menor.

Ha atravesado momentos de decadencia y momentos de resurgimiento y revitalización. Un autor, Rommen, llama a este fenómeno el eterno retorno del derecho natural. Que hay un algo por encima de la voluntad de los que hacen las leyes, es una idea que está presente en la conciencia popular.

La prueba está en la impopularidad que tienen las leyes injustas. Si el poder legislativo se extralimita dictando leyes injustas, el pueblo se revela porque siente que esas normas contradicen y violan ese orden superior. El Ius Naturalismo surge con la filosofía griega hace 25 siglos.

En los atomistas, Heráclito, los sofistas o Aristóteles, hay un pensamiento Ius Naturalista que permanece durante la etapa romana. Se trata de un Ius Naturalismo físico o cosmológico, por

el que el derecho natural o ley natural se conecta con la naturaleza entendida como physis, es decir, como conjunto de cosas que pueblan el cosmos. Los estoicos son posiblemente el exponente más claro de este primer Ius Naturalismo.

Los estoicos creen que hay una naturaleza común de la que participan todas las cosas y también el hombre, transida de un principio divino e inteligente, principio o logos que dirige el cosmos, lo encamina a sus fines y que explicaría el orden armónico del mundo. Sería entonces una ley natural y que el hombre puede intentar aproximarse a su conocimiento por la vía de su razón. El hombre, de acuerdo con esta ley, debe vivir conforme a su naturaleza, si bien, al vivir en comunidades políticas en las que hay leyes positivas, hay que establecer con precisión las relaciones entre la ley natural y las leyes positivas, siendo las leyes de los hombres justas y buenas sólo cuando son congruentes con la ley de la naturaleza o, según Epicteto, ley de la razón.

La escuela Ius Naturalista de mayor vigencia en el tiempo es el Ius Naturalismo Escolástico, que inicia San Agustín, se desarrolla y sistematiza con Santo Tomás, se prolonga con la Escolástica Española, la llamada Escuela Española de Derecho Natural y llega hasta hoy en el movimiento de la neoescolástica actual. En general, se admite una concepción trimembre de la ley. En primer lugar, hay una ley eterna que afecta a todos los seres y cosas del universo, que se vincula a Dios, al que se considera el creador y el gobernante de todo el universo.

El Ius Naturalismo cosmológico griego se transforma ahora, por influencia del cristianismo, en un Ius Naturalismo teológico. Esa ley eterna es universal, afecta a todas las cosas y seres, y entre ellos al hombre, que forma parte del universo. El hombre puede descubrir esa ley eterna a la luz de su razón y es entonces cuando hablamos de ley natural.

Agustín de Hipona, San Agustín, señala que la ley natural es la transcripción hecha en la mente humana de la ley eterna. Tomás de Aquino, Santo Tomás, dice que la ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional. La ley natural se supone inmutable, es la misma en todas las épocas, y universal, es la misma para todos los hombres.

Finalmente, el tercer miembro de la trilogía es la ley humana opositiva, es decir, las leyes de los hombres, que deben reproducir la justicia que contiene la ley natural. Para San Agustín, no hay ley que no sea justa, pues si una ley humana no respeta la ley natural, no puede ser considerada ley, no es ley. En los siglos XVII y XVIII triunfa el iosnaturalismo racionalista, que se aparta radicalmente de la tradición escolástica por desteologización del derecho natural, es decir, su desvinculación respecto de Dios.

Hugo Groccio, Pufendorf y Tomasio son autores de esta escuela. Admiten que existe un derecho natural que está por encima del derecho positivo, pero no es necesario encontrar su origen en Dios, sino simplemente en la razón humana. La razón humana, mediante un procedimiento deductivo, es capaz de obtener todos los derechos que forman parte del derecho natural.

Hugo Groccio llega a decir que el derecho natural existiría aunque supusiéramos que no existe Dios o que no se ocupa de los asuntos humanos. En la actualidad hay diferentes corrientes dentro del derecho natural. Una de ellas es historicista, que frente a la inmutabilidad del derecho natural escolástico sostiene que el derecho natural se acomoda a la evolución histórica.

Un ejemplo es el derecho natural de contenido variable, de Stamler, o el derecho natural de contenido progresivo, del que en España es representativo el profesor Ruiz Jiménez. Y con esto hemos dado unas ideas para estudiar el tema 18, el yo es naturalismo. Y pasamos al tema 19, el historicismo jurídico.

Vamos a contar con la participación del Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la UNED, Antonio Fernández Galeano. ¿Cuál es la noción general del historicismo? Es la de un conjunto de corrientes que coinciden en subrayar el carácter histórico del hombre y aún de la naturaleza. Este que pudiera llamarse descubrimiento de la historia, o por mejor decir, de la historicidad de las cosas, es un rasgo muy característico del siglo XIX que responde al nombre genérico de romanticismo.

Y se trata de una concepción del mundo y de la vida muy extendida, que afectó prácticamente a todas las áreas culturales. El romanticismo efectivamente afecta a todas las áreas culturales, como puedan ser la literatura o la música, pero también al derecho. Y es aquí donde se sitúa, en el contexto del romanticismo, una escuela histórica del derecho muy importante, que lleva precisamente este nombre, la escuela histórica del derecho.

Supone, evidentemente, una reacción contra el racionalismo, contra el iluminismo del siglo anterior, ¿no es así? La mentalidad del racionalismo había conseguido reducir toda la realidad a esquemas rígidos e inmutables producidos por la razón. Todo, el estado, la lengua, el derecho, sería, según esta tesis, un producto racional y como tal dotado de universalidad, porque la razón humana es universal. Pero, de pronto, el siglo XIX descubre la historicidad y se da cuenta de que, al contrario de lo que se había pensado y enseñado en el siglo anterior, todo está sometido a un curso, a un movimiento.

Y así Darwin habla de la transformación de las especies, la filología descubre la evolución de las lenguas, los políticos y los juristas contemplan el pasado, no como algo despreciable que haya que olvidar como definitivamente acabado, sino como un momento más del proceso. Un momento que explica el presente y le da sentido, a la vez que puede encauzar la actividad del futuro. Hay, por tanto, que volver al pasado para encontrar en él las raíces de los pueblos.

Dentro de este marco se produce la doctrina de la escuela histórica del derecho, que considera el derecho no como un producto de la razón, elaborado de un modo consciente y sistemático, sino que, como todo elemento cultural, como la lengua, las costumbres, las leyendas, el arte, el simple folclore, fluye espontáneamente de la actividad del pueblo a lo largo de su historia. Porque cada pueblo, o mejor dicho, cada nación, como preferían decir los autores de la escuela, posee su propio espíritu, lo que llaman los autores de esta dirección el Volksgeist, es decir, el

espíritu popular. Locución que usó por primera vez Jorge Federico Puigta, uno de los autores de la escuela, y que, con toda seguridad, la tomó del pensamiento de Hegel.

En las primeras décadas del siglo XIX surge en Alemania la escuela histórica del derecho, fuertemente influida por el romanticismo. En esta escuela el autor más representativo será Savigny. Alemania, en estos momentos, es un conglomerado de diversos pueblos en lucha por conseguir su unificación nacional, lo que no se alcanzará hasta 1870.

Savigny, ¿no es cierto que se da a conocer, reaccionando contra el pensamiento de otro jurista de su época, que es Thibaut, que propugnaba, con esta visión nacionalista de la unidad nacional alemana, el redactar un código civil semejante al que Napoleón había dado en Francia? En efecto, en el propio año de 1814 publicó Savigny, en respuesta a Thibaut, el trabajo titulado Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia jurídica, en el que expone ya las líneas generales del historicismo jurídico, que después perfila, en otras obras posteriores y, singularmente, en su Sistema del Derecho Romano Actual. En aquella primera obra establece Savigny la comparación entre el derecho y el idioma, parangón que después será muy utilizado por los autores de la escuela, afirmando que, al igual que la lengua, el derecho crece, dice Savigny, crece con el pueblo, toma forma con él y, finalmente, muere cuando el pueblo ha perdido su personalidad. Y, siguiendo el paralelismo con el idioma, justifica también la existencia de regionalismos jurídicos, como existen regionalismos lingüísticos, es decir, dialectos, en los que una nación dentro de otra nación decide utilizar un idioma distinto de la nación grande, por así decirlo.

Lo mismo en el caso del derecho. Hay también ordenamientos jurídicos consuetudinarios que rigen en parte del territorio de una nación, porque esa parte ha conseguido tener una personalidad propia que le permite alcanzar, o producir, mejor dicho, ese derecho diferenciado. En esta escuela histórica del derecho, cuyo representante Savigny se admite que los juristas no crean derecho.

Se encuentran ya con un derecho, el derecho popular, y lo único que hacen es sistematizarlo, depurarlo, examinar las conexiones internas de sus normas. En definitiva, la misma función que el gramático respecto de la lengua. Se crea así el derecho de los juristas, que es más perfecto técnicamente que el derecho popular, pero que en ningún caso puede justificar una afirmación de que el derecho sea producto de un acuerdo o invento consciente y racional de los hombres.

Esta concepción del derecho como producto espontáneo y cambiante tenía que acabar, perdón, tenía que chocar con la idea de codificación. Por otra parte, la escuela histórica, como todo el romanticismo, exalta lo ovario, lo cambiante, lo espontáneo, lo irracional. Irracional adviértase no en el sentido de lo que no tiene lógica o carece de sentido, sino en el sentido de lo que ha sido originado por la razón, que no ha sido originado por la razón, queremos decir, sino por otras fuerzas, como por ejemplo el sentimiento.

Desde estas exaltaciones de lo ovario, de lo cambiante, de lo espontáneo, de lo irracional, no podía haber con agrado la escuela histórica del derecho, un derecho natural construido por el

racionalismo, derecho natural que es fruto de la pura y fría razón, es decir, la negación de la variedad, del cambio, de la espontaneidad. Por eso hubo que descartar la escuela histórica la solución del derecho natural racionalista, más en verdad por racionalista que por derecho natural. Por lo demás, no deja de ser notable que, aunque la escuela histórica rechace la idea de just naturalista, no cae por ello en el positivismo jurídico, ya que la tesis mantenida por éste, de que no hay otro derecho que el que procede de la voluntad del legislador, viene desmentida por la afirmación de los autores de la escuela de que el derecho, todo derecho, se origina en las secretas intimidades del siempre vivo espíritu del pueblo.

Con el profesor Antonio Fernández Galeano, catedrático de derecho natural y filosofía del derecho en la UNED, hemos visto el tema 19, el historicismo jurídico. El profesor Fernández Galeano es coautor de las unidades didácticas de nociones jurídicas básicas. Y para acabar el programa de hoy, pasamos al tema 20, el positivismo jurídico.

El positivismo es una metodología de investigación en las ciencias sociales que, a comienzos del siglo XIX, crea en Francia a Augusto Comte con su obra Curso de filosofía positiva. En esta obra, además de hablarse de la metodología positivista, Comte crea una nueva ciencia social, la sociología. En este libro, Comte distingue entre Estado y sociedad.

El Estado para él es algo negativo, pues se basa en el mandato, en el control y, eventualmente, en la represión de una minoría dominante sobre una mayoría subordinada. La ciencia social, encargada de estudiar al Estado, sería la ciencia política. La sociedad, por el contrario, no sería algo negativo, sino algo positivo.

Formada por individuos, grupos sociales y ciertas instituciones, la razón de ser de la sociedad es impulsar el progreso y el desarrollo. Comte crea una nueva ciencia, precisamente la sociología, a la que define como la ciencia de la sociedad, la que tiene por objeto de estudio las relaciones sociales. Pero Comte, además, en su curso de filosofía positiva, hace hincapié en la metodología positivista, que sirve para cualquier ciencia social, sea la sociología, la ciencia política, la economía o el derecho.

¿En qué consiste la metodología positivista? Se trata de una metodología realista y concretista, en el sentido de que sólo admite como objeto de investigación científica los hechos que nos suministra la experiencia y que se concretan en datos positivos. El método positivista se basa en la observación empírica, se admite como real sólo lo que conocemos de modo directo. Después se aplica un método de razonamiento hipotético o deductivo para obtener conclusiones científicas.

Consecuencia de este valor que el positivismo da a la observación empírica es la negación de la metafísica. Si sólo se considera real lo que obtenemos por la experiencia y mediante una observación empírica sistemática, la metafísica, que maneja entelequias metaempíricas y reales, no puede formar parte del conocimiento científico, puesto que es un mundo de fantasmas. William James, filósofo norteamericano, decía que el metafísico es, a juicio del positivista, un hombre absurdo, semejante a un ciego, que en un cuarto oscuro busca un trapo

negro que no está allí.

El positivismo cuenta con una extraordinaria difusión en el siglo XIX, creando en todas las ciencias una mentalidad positivista. No se puede hacer auténtica ciencia sin mentalidad positivista, por eso el positivismo entra también en el campo jurídico, y es aquí donde aparece el positivismo jurídico. Si sólo hay que creer en los datos que nos da la experiencia, sólo hay que considerar el derecho que conozcamos de modo directo, y este es precisamente el llamado derecho positivo, es decir, las normas creadas por el legislador.

Y como corolario habría que negar el derecho natural, por considerársele metafísico. El derecho natural, al no estar dado o puesto, no es un dato positivo que se ofrece a nuestro conocimiento directo, como las leyes que todos los días leemos en el periódico oficial. Por tanto, el positivismo niega el derecho natural.

El justnaturalismo y el positivismo jurídico aparecen así como dos posturas antagónicas. Por influencia del positivismo, cobra fuerza en el siglo XIX la idea de que hay que construir una ciencia jurídica no filosófica, es decir, se opone ciencia del derecho a filosofía del derecho, pues se piensa que el justnaturalismo no puede formar parte de la ciencia del derecho como saber empírico, sino en todo caso de la filosofía jurídica. Esta es la idea que por ejemplo sostiene Adolfo Merkel en su teoría general del derecho.

Para Merkel, la teoría general del derecho debe estar formada por lo que hay de común en la parte general de todas las ramas del derecho, sea derecho civil, penal o administrativo, y cada una de estas ramas, en su correspondiente parte especial, se ocuparía de estudiar en concreto sus instituciones específicas y peculiares. La ciencia del derecho es ciencia si se ocupa de estudiar el derecho positivo, pues si no, no es ciencia, sino filosofía. Un precedente de la teoría general del derecho de Merkel es en Inglaterra la Escuela de Jurisprudencia Analítica que funda Austing, que sobre la base de conceptos jurídicos también quiso construir una ciencia del derecho.

La diferencia con Merkel está en que Merkel se había limitado a estudiar el derecho alemán, mientras que Austing compara los ordenamientos jurídicos de diversos países, con lo que introduce el método comparativo, por el que la ciencia del derecho debe comprender instituciones tomadas de todos los ordenamientos. Basados en Austing, un grupo de autores alemanes e ingleses como Bachofen, Meine y Post forman la denominada Escuela de Derecho Comparado, precisamente por profundizar en el método y en los análisis comparatistas. Estudiando comparativamente los mismos hechos jurídicos producidos en ordenamientos distintos, de distintas sociedades, y teniendo a la vez en cuenta la evolución histórica, es posible intentar construir una ciencia global sobre el derecho.

Esto es lo que piensan los autores de la Escuela de Derecho Comparado. Post representa la corriente de la etnografía jurídica dentro de esta escuela, que reduce estas investigaciones al campo de pueblos con las mismas características étnicas. Sin duda, hay influencias en esta escuela de otras ciencias sociales que entonces maduran, como la sociología misma o la

antropología social y cultural.

Bachofen es además un gran antropólogo. Precisamente la relación entre sociología y derecho, dentro del positivismo jurídico, da origen a una interesante escuela, la Escuela de la Sociología Jurídica, que crea el jesuita austríaco Eugenio Erlich. Hoy se considera la sociología jurídica una disciplina autónoma dentro de las disciplinas jurídicas.

Frente al resto de los positivistas, que admiten que el derecho procede del Estado, puesto que el único derecho que hay es el derecho positivo, y este no es positivo hasta que es creado y promulgado por el Estado, a través de un legislador o de un poder legislativo, para Erlich el derecho no procede del Estado o de los tribunales, sino de la sociedad misma, en la cual están las instituciones sociales, que son previas, en cuanto a fenómenos de grupo, a la existencia de normas emanadas por algún poder normativo, sea el Estado o los tribunales. Antes de que hubiera reglas de derecho sobre el matrimonio, la familia o las herencias, ya existían el matrimonio, la familia o las transmisiones de patrimonios mediante sucesiones. Lo fundamental de todas las escuelas positivistas no es tanto que las normas procedan del Estado o no, sino la relevancia que se da a la metodología positivista en estas escuelas.

El estudio del derecho debe fundarse en tener en cuenta los datos empíricos que ofrecen las relaciones sociales. Y por hoy nada más. El siguiente tema, el 21, es muy sencillo y lo preparáis por vuestra cuenta.

Trata del derecho y la organización social, con referencias a nuestra Constitución. Y el siguiente, el 22, Derecho Público y Derecho Privado, ya nos ocupó hace dos programas. Por tanto, en el próximo espacio de Naciones Jurídicas Básicas, ya nos ocuparemos de las diversas ramas del derecho siguiendo el temario de la Asignatura, desde el tema 23, es decir, empezando por el derecho administrativo.

Por hoy nada más, muchas gracias por vuestra atención y buenas noches. El curso de acceso directo cierra, como siempre, nuestra emisión. Hoy hemos hablado de economía, de filosofía, del programa de formación del profesorado y de derecho en el curso de acceso.

Mañana estaremos de nuevo aquí, a partir de las 9 de la noche, para tratar sobre educación. Os esperamos en la UNED. Un saludo.