

## SOBRE EL CONTEXTO HISTORICO-INTELLECTUAL DEL POSITIVISMO JURIDICO

Por JUAN JOSE SOLOZABAL ECHAVARRIA

Como es sabido, la construcción científica del Derecho público es consecuencia de la labor del positivismo jurídico y, en especial, de la escuela alemana de Derecho público, que logró imponer una concepción sólo jurídica del Estado contemplándolo como persona limitada por el Derecho, organizada utilizando el Derecho y cuya actuación fundamental consistía en la producción del Derecho: el exponente por excelencia del positivismo jurídico alemán es Laband, quien expresó como nadie la aspiración a despojar el estudio del Derecho público de consideraciones políticas, históricas y filosóficas, aunque la culminación del movimiento sea, por tantos motivos, Kelsen. Sin embargo, Laband no hacía sino continuar la obra de Gerber (conocida es la famosa expresión de Landsberg según la cual Laband es el ejecutor testamentario de Gerber para el Derecho público alemán). La obra de Gerber era, a su vez, prolongación en el Derecho público de la labor que la Pandectística había realizado en el Derecho privado, siguiendo el ejemplo de Savigny.

El examen de la obra del positivismo que se resume en la aspiración al sometimiento exclusivo del Derecho como su fuente productora a la lógica —y la conclusión suma de esta aspiración será la geometría kelseniana de las formas jurídicas— no puede consistir sólo en la consideración de las aportaciones de las figuras principales, exposición que debe partir del concepto de *instituto* de Savigny hasta llegar a la idea de la *construcción dogmática* de Gerber y Laband, sino que debe atender otras dos importantes perspectivas.

La primera es meramente intelectual y ha de explicar la propia significación del positivismo jurídico entendido en sus relaciones ambiguas con el

iusnaturalismo racionalista del que es ciertamente rectificador, pero también en buena parte continuador, por su propio método y estructura dualista.

La segunda es histórico-política. Es curioso que, como veremos en su momento, la aspiración a la «pureza» del Derecho público y a la consideración meramente jurídica del Estado no deja de estar condicionada por una situación especial que es la propia de la historia política de Alemania, construida sobre una relación peculiar de la sociedad y el Estado, un modo concreto de realización de la unidad nacional, y en la que a la ciencia del derecho le va a quedar reservada una tarea también particular.

Entendemos resolver el problema de la determinación del significado del término positivismo jurídico (al que se ha referido confiriéndole cinco variantes H. L. Hart en su «Positivism and Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, vol. LXXI, 1958, pág. 601; problema del que también se hace eco Olivecrona en su *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*), reduciéndolo al estudio científico del Derecho positivo, frente al intento del iusnaturalismo que pretendía elaborar el sistema científico jurídico no a partir de las regulaciones concretas de las relaciones sociales —órdenes concretos de convivencia— sino de prescripciones exclusivamente racionales.

De momento, la oposición no puede ser más clara entre positivismo y iusnaturalismo. «A la idea del Derecho como manifestación de un orden metafísico universal descubrible y precisable por el discurso racional, sucede ahora la del Derecho como orden vivo de las comunidades históricas, como conformación efectiva de las relaciones humanas en la convivencia... La ciencia del Derecho deja de ser constructiva para hacerse reflexiva, para constituirse como conocimiento de algo —los derechos históricos— que le es dado desde fuera como punto de partida absoluto. De modo que la ciencia del Derecho en el sentido del positivismo no tiene, en cambio, como objeto una construcción racional, sino una realidad histórica concreta, un orden normativo, con vigencia real, en cuya existencia se entrecruzan tensiones y corrientes sociales, luchas ideológicas, tradiciones, constelaciones económicas, valoraciones éticas, situación de poderes» (González Vicén, pág. 142).

Sin embargo, la conexión entre el orden histórico y el positivismo no debe subrayarse más allá de intentar explicar la ruptura positivismo-naturalismo. La exigencia del conocimiento científico implicaba hallar lo permanente en lo variable, encontrar las estructuras constantes de los ordenamientos contingentes y concretos. El positivismo va a resolver este problema mediante el formalismo, reconociendo que el estudio del Derecho tiene dos niveles: el del conocimiento de las prescripciones y disposiciones jurídicas positivas y el del hallazgo de las formas constantes, alcanzables mediante la

utilización de procedimientos lógicos y cuya vida en definitiva se explica desde sí mismas, desde determinaciones también lógicas.

La conexión entre iusnaturalismo y positivismo, superando la abismal separación de partida, se produce en diferentes niveles. El positivismo repite la estructura dual del Derecho que si ahora no se divide entre Derecho natural y positivo sí lo hace entre Derecho material y formal o jurisprudencia general o jurisprudencia particular, pues «en todo Derecho positivo, además de la materia de la regulación existe un armazón conceptual, una estructura formal siempre la misma; este armazón conceptual es el objeto en sentido abstracto de la ciencia del Derecho como conocimiento general y su estructura formal la que presta a éste validez y carácter científico».

El positivismo utiliza el instrumento lógico como fuente creadora del Derecho, como lo hiciera el iusnaturalismo, si bien el punto de arranque no es el axioma sino un orden concreto de proposiciones jurídicas positivas; pero los conceptos e institutos una vez obtenidos de tal orden adquieren vida por sí mismos y producen nuevos institutos y proposiciones científicas. Los conceptos, en efecto, se abstraen de las proposiciones y normas; pero éstos pueden ser deducidos de aquéllos, de modo que el derecho científico o el derecho de los juristas pueden dar origen a un desarrollo normativo: la ciencia jurídica es fuente del Derecho sólo por autoridad interna, sólo por la verdad de su derivación.

El positivismo aspira también a la producción de un sistema cerrado sin lagunas en virtud de la fuerza expansiva y la capacidad productora de la propia ciencia, de modo que el sistema acaba por ser la referencia fundamental del orden jurídico del positivismo; así la validez de la norma no depende de su relación con la voluntad soberana de que procede sino de la adecuación en su producción y posición al sistema. «Una relación, una consecuencia, una proposición no revisten carácter de jurídicas por su sanción, por ser reales con realidad histórico-social conformando de hecho la convivencia humana, sino sólo si son susceptibles de ser incluidas con corrección lógico-formal en el sistema general de conceptos de la dogmática de un derecho positivo» (González Vicén, *op. cit.*, pág. 163).

De modo que la relación positivismo-naturalismo no puede ser más próxima; ambos comportan apartamiento o hermetismo frente a la vida histórico-real, misma aspiración formalista y método deductivo e igual consideración de la duplicidad del Derecho. Sólo, dice González Vicén, ha desaparecido la intención universal metafísica del iusnaturalismo, la vinculatoriedad supra-histórica de las proposiciones jurídicas que componen el sistema y, sobre todo, «aquella referencia constante a la conciencia ética de una sociedad determinada» consustancial al Derecho natural clásico; pero ni aún esta

diferencia debe ser subrayada en exceso, pues, como señala Wiaeker, «aunque se sustituya la ética material del iusnaturalismo racionalista por una ética formal del deber y la libertad, derivada de la autonomía moral de la personalidad, tal ética tenía un precedente en la antigua teoría iusnaturalista del deber».

Como decíamos antes, la comprensión del significado de la escuela del Derecho público alemán requiere prestar atención a la propia historia político-intelectual alemana del siglo XIX que explica muy bien la obsesión estatista de políticos e intelectuales, determinante de buena parte del pensamiento alemán, en el que la diferenciación sociedad-Estado, con la consiguiente despolitización de aquélla y la reducción de éste a su mínima expresión —con la excepción de Stein y, en términos puramente analíticos, de Hegel— y que va a conferir una especial función a la ciencia del Derecho, favoreciendo un protagonismo considerable de los profesores, indirecto desde luego, pero también directo (como lo muestra la composición de la Asamblea de la Iglesia de San Pablo, o biografías como las de Kluher, Schulze, Welacker, Hanel, Laband, según ha señalado Triepel), consecuencia de la postura de la ciencia del Derecho a aspirar suplir al Estado en la verificación de la unificación jurídica nacional, utilizando su discurso como instrumento de legitimación de la actividad estatal.

Los dos rasgos de este horizonte contextual consisten efectivamente en la estatolatría del pensamiento germánico y la utilidad legitimadora del enfoque exclusivamente jurídico de la consideración estatal; la importancia de la justificación jurídica del Estado tiene que ver a su vez con el importante papel, ligado a la inexistencia del Estado como instancia unificadora, que había desempeñado la ciencia del Derecho.

La impronta estatista de todo el pensamiento socio-político y jurídico del siglo XIX alemán debe su causa antes que a motivaciones intelectuales que consistirían básicamente en la influencia de Hegel que, corrigiendo a Kant y Humboldt, mostró el componente ético del Estado como momento superior de la organización política e instrumento histórico del espíritu, en razones políticas: la confrontación napoleónica habría mostrado, como han señalado Plamenatz y Ruggiero, que la defensa de la comunidad cultural alemana, única que interesa en el siglo XVIII, sólo quedaba asegurada mediante una correspondiente cobertura política: «La idea de que la nación cultural tiene su realización completa únicamente en la nación política, comienza a abrirse camino en la conciencia alemana y en el transcurso de una sola generación, la de los Humboldt y Fichte, logra convertir el ingenuo patriotismo cosmopolita en un sistema de Estado nacional.» Esta añoranza del Estado va a impedir que se consolide la separación del Estado y sociedad, y aquél nunca

va a ser comprendido como la correspondencia instrumental de éste, sino más bien como su dueño y autor. De modo que no se alcanza claramente esta contraposición porque el Estado no va a ser considerado una traba ordenancista y coactiva que oponer a un orden vital y próspero lleno de virtualidad autónoma, sino más bien el agente defensor y la expresión más elevada de la comunidad.

La ignorancia de la contraposición tiene trascendencia fundamental, siendo así que, por ejemplo, la representación política no se considera instrumento de la participación del pueblo en el Estado, sino sólo órgano del Estado que desempeña funciones consultivas o de mero control del Estado. De modo que el Estado no será la cobertura vicaria de la sociedad, el agente que consolide un determinado orden en la realidad escindida y dividida de aquélla —como veía Stein—, sino la prolongación natural de la comunidad o el pueblo (*Gemeinschaft, Volk*), concebidos como órdenes fundamentalmente integrados y no desgarrados y con una estructura de intereses contrapuestos.

Como ha visto Fioravanti en un libro decisivo sobre el particular, la alternativa en el pensamiento jurídico-político alemán a la idea de sociedad civil —como ámbito encontrado de las necesidades opuestas de los individuos— es la comunidad o pueblo, que es una instancia fundamentalmente integrada y que además se expresa en el Estado.

El protagonismo del Estado obviamente no sólo debe ser atribuido a la importante función encomendada al mismo, sino a la propia debilidad de la sociedad civil alemana estructurada todavía según el modelo del Antiguo Régimen y donde el débil peso de la burguesía no le permite asumir ningún rol hegemónico. Esta posición subordinada de la burguesía no fue enmendada en los años de la industrialización, que coinciden con la consecución de la unidad nacional, liderada por Prusia, vertebrada políticamente a partir de la alianza de la burocracia, aristocracia y ejército, y en cuyas instituciones estatales sólo encontrará un hueco muy modesto la burguesía. El logro de la unidad nacional, consecuencia del ímpetu militar prusiano, no hizo sino reforzar el prestigio del Estado «colocado por encima de los contrastes ideológicos y sociales, en una esfera de autonomía y de objetividad», a cuya esencia y actividad le convenía un tratamiento sólo jurídico (el atribuido por la escuela del Derecho público), prenda de su independencia y objetividad.

En realidad, y como han insistido entre otros Triepel y Wilhem, la liberación de la política del Derecho no fue tal y el Derecho cumplió el papel legitimador que venía desempeñando desde que Savigny atribuyese a la ciencia el cometido de unificador del Derecho en sustitución del Estado. Ello muestra el reconocimiento político del sistema guillermino al teórico jurídico del

Estado que fue Laband. Este mismo ha mostrado en sus memorias que su doctrina del Derecho público tenía valor oficial. Según ellas Bismark mostró por su primer volumen gran interés. Su obra científica fue objeto de gran atención y gozó de notable consideración en todos los ministerios prusianos. El mismo Laband se alegró de la personal benevolencia del emperador Guillermo I. Con ocasión de una comida imperial en Metz en septiembre de 1893, refería Laband: el Kaiser me llamó uno de los hombres más ilustres y concluyó su discurso con estas palabras: «Lamento no poder escuchar alguna de sus lecciones».

#### NOTA BIBLIOGRAFICA

La conexión problemática del positivismo jurídico y del iusnaturalismo se construye a partir de GONZÁLEZ VICÉN especialmente sus trabajos *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea*, *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo* y *Sobre el positivismo jurídico*, editados en Estudios de Filosofía del Derecho, La Laguna, 1979, en dependencia que me complazco en subrayar. FRANZ WIEACKER: *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Madrid, 1957. KARL OLIVECRONA: *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Madrid, 1980. Las relaciones del positivismo y su contexto histórico e intelectual deben mucho a MAURIZIO FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milán, 1979. RUPERT EMERSON: *State and Sovereignty in Modern Germany*, New Haven, 1928. WALTER WILHEN: *Metodología giuridica nel secolo XIX*, Milán, 1974.

He sometido este texto a la amable consideración de los profesores Luis Prieto y Fernando Pantaleón cuyas observaciones reconozco agradecido.