

LA MODERNIZACIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL  
DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA

SEBASTIÁN MARTÍN  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INTRODUCCIÓN.

LOS TRES PARADIGMAS JURÍDICOS DE LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA (1845-1936)

Estas páginas pretenden abordar la aportación de la ciencia jurídica española durante los años treinta, atendiendo principalmente a la obra y pensamiento de los profesores de derecho de la Universidad Central. Para tratar cabalmente este asunto deben realizarse algunas consideraciones previas.

En primer lugar, debe tenerse presente que la historia de los saberes y disciplinas no coincide en sus periodos con la historia política general. El motivo de esta obra colectiva, al menos en su aspecto de historiografía de las ciencias, se interroga sobre los avances científicos realizados en un intervalo muy concreto de la historia política española. Aunque justamente aquel periodo tuvo relevancia por su firme empeño de impulsar la instrucción pública y la investigación científica, lo cierto es que puede resultar un tanto forzada la coincidencia entre la dinámica interna de los saberes, en este caso del jurídico, y el contexto político externo, suministrado por la etapa de nuestra historia denominada como Segunda República.

Como se precisará en el apartado correspondiente, los eventuales desarrollos del saber jurídico durante la República deben conectarse con iniciativas institucionales, prácticas académicas y conquistas de posiciones hegemónicas en el campo universitario que arrancan, como muy tarde, en la segunda década del Novecientos. Ahora bien, siendo la doctrina del derecho una disciplina inseparable del marco legislativo e institucional vigente, e implicando el régimen republicano una profunda reforma del Estado, tampoco puede afirmarse que el devenir de la ciencia jurídica fuese por completo independiente de su contexto político; antes al con-

trario: numerosas novedades del pensamiento jurídico de aquel tiempo, y desde luego gran parte de las polémicas y debates doctrinales, proceden de los desafíos planteados a la reflexión teórica por las reformas republicanas.

En segundo lugar, debe asimismo tenerse en cuenta que la historia de los saberes y las disciplinas científicas tampoco se ajusta necesariamente a lo producido en una concreta institución universitaria. Tratar, por tanto, de las transformaciones de la doctrina jurídica atendiendo solo a la obra y aportaciones de los profesores de la Central acaso pueda resultar un tanto reduccionista.

De hecho, en parte, lo es. Durante la República jóvenes auxiliares e investigadores ganaron en oposición cátedras jurídicas que solo en algunos casos pertenecían a la Universidad Central. La centralidad y prestigio de la institución madrileña, las mayores retribuciones que en ella se percibían y el hecho de que, aun durante la República, y pese a algún proyecto ministerial en sentido contrario<sup>1</sup>, fuese la única facultada para otorgar el grado de doctor, hacían que el *cursus honorum* habitual entre el profesorado universitario comenzase en alguna facultad de provincias para culminar, solo en contados casos, en la capital. La cuestión es que, como tendremos oportunidad de ver, buena parte de esos jóvenes profesores, que no impartían docencia en la Central, fue la que llevó más lejos el proceso de transformación y modernización del discurso jurídico durante la etapa republicana. Ahora bien, justamente las citadas circunstancias especiales que concurrían en la universidad madrileña contribuyeron, no solo en los años treinta, sino también con anterioridad, a que los catedráticos de derecho con mayor prestigio y solvencia, los más actualizados en su materia, de mayor proyección y mejor obra, ejerciesen su profesión en la Central. De ahí que exista cierta coincidencia entre las últimas aportaciones del saber jurídico español en la década de los treinta y la obra producida por los juristas de la facultad madrileña, según habrá también oportunidad de comprobar.

Así pues, aunque el título que encabeza estas líneas haga esperar un estudio sobre las transformaciones del pensamiento jurídico español durante la Segunda República y en el seno de la Universidad Central,

<sup>1</sup> Véase MERCHÁN, Antonio: "Centro y periferia: el Doctorado en Derecho en el siglo XX", en Adela MORA (ed.): *La enseñanza del Derecho en el siglo XX*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2004, p. 413.

quien se adentre en él comprobará que, por necesidad, se va a tratar de eso, pero también de algo más, pues para ser fiel a la fisonomía del asunto analizado deberemos recorrer periodos anteriores a la República y fijar a veces nuestra atención en obras de juristas que no pertenecían a la nómina de profesores de la facultad de Madrid.

Por último, conviene desde un comienzo advertir cuál es el registro expositivo que va a adoptarse en este trabajo. Es frecuente entre nosotros que al escribir sobre historia de los saberes todavía primen las unidades expositivas del autor y de la obra<sup>2</sup>. Estas líneas, sin embargo, pretenden desenvolverse en el plano general de los paradigmas científicos<sup>3</sup>. Su propósito es reconstruir las categorías hermenéuticas y los principios epistemológicos que articularon el saber jurídico.

Por otro lado, conviene dejar sentado desde un comienzo que aquí se parte de una hipótesis concreta, ya explicitada en otros textos relativos a la disciplina del derecho constitucional<sup>4</sup>, a saber: que durante la Segunda República comenzó a configurarse un peculiar paradigma en la ciencia jurídica, de existencia efímera, pero con rasgos y cualidades que lo diferencian de las declinaciones que esta ciencia tuvo con anterioridad y que tendría tras la guerra civil. He caracterizado deliberadamente esta suerte de *racionalidad jurídico-político republicana* por implicar una notoria *modernización* del discurso jurídico. Efectivamente, si por algo se distingue el modo de comprender el derecho y de elaborar su ciencia en la España de los 1930 con respecto a los modelos antecedentes es porque, en realidad, ninguna de éstos puede calificarse, en rigor, de moderno.

2 Para estas consideraciones metodológicas sobre historia del saber jurídico y biografía del jurista, permítaseme remitir a MARTÍN, Sebastián: “Dilemas metodológicos y percepción histórico-jurídica de la biografía del jurista moderno”, en CONDE, Esteban (ed.): *Vidas por el Derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 11-57.

3 Hay que celebrar el cultivo reciente de este enfoque por parte de los nuevos investigadores dedicados a la historia del pensamiento jurídico. Véase LLOREDO ALIX, Luis M.: *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012.

4 MARTÍN, Sebastián: “Estudio preliminar”, en Francisco AYALA, Eduardo L. LLORENS y Nicolás PÉREZ SERRANO: *El derecho político de la Segunda República*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. CXLVIII ss. y “Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945)”, I, *Historia Constitucional*, 11 (Madrid, 2010), pp. 89-125.

Esto requiere una sumaria explicación sobre qué se entiende aquí por *moderno* y *premoderno* en relación al derecho. Sabido es que la filosofía medieval comprendía al sujeto como parte de un cosmos que lo trascendía y englobaba. La consecuencia jurídica de este entendimiento no era otra que pensar que el derecho, en sus aspectos fundamentales, se encontraba ya creado por la misma divinidad, siendo tarea de los hombres, a través del ejercicio de la justicia, el hallazgo y aplicación de esos principios jurídicos trascendentes<sup>5</sup>. La modernidad implicó la gran separación entre la “conciencia” y el “mundo”; de ser elemento integrado en el cosmos divino, el sujeto pasó a convertirse en conocedor externo y en creador de su entorno político-social<sup>6</sup>. La fisonomía del mundo pasó a depender de los filtros epistemológicos que determinan el conocimiento subjetivo, y su ordenación jurídica e institucional pasó a vincularse a la voluntad de los hombres guiada por la razón, pero también a las condiciones históricas mudables y a las cambiantes relaciones de poder. Así, el derecho, de estar ya creado en sus aspectos sustanciales por la voluntad divina pasó a concebirse, en la constelación moderna, como producto de la voluntad de los hombres operativa en el marco objetivo del desenvolvimiento histórico.

La propia hipótesis de que durante la República podemos localizar un nuevo paradigma jurídico caracterizado por sus planteamientos modernos habrá de regir la economía expositiva de este trabajo. Para poner de relieve hasta qué punto fue la modernización, en los términos aludidos, el carácter distintivo de aquella nueva mentalidad jurídica será conveniente compararla con los paradigmas vigentes con anterioridad, caracterizados justamente aquí como *premodernos*. A los efectos de facilitar la comparación y, en definitiva, la identificación de la racionalidad jurídica republicana, van a emplearse una serie de claves interpretativas que orientarán la lectura. Se trata de elementos que permitan atrapar las precomprensiones culturales determinantes para la producción del discurso jurídico. En ese sentido se han escogido cinco pares conceptuales, que suelen aparecer recurrentemente en la obra de casi todos los juristas, in-

5 Para una útil y sintética presentación de la cultura jurídica premoderna, véase AGÜERO, Alejandro: “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en Marta LORENTE (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 19-57.

6 INNERARITY, Daniel: *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 17 ss.

dependientemente de la disciplina cultivada. Me refiero en concreto a los siguientes: a) derecho y naturaleza; b) derecho e historia; c) saber jurídico y verdad; d) saber jurídico y legislación positiva; e) saber jurídico y praxis política. El modo en que cada uno de los paradigmas aquí examinados relacionó y vinculó los extremos citados definirá su complejidad singular. Y del contraste entre las diversas formas de articular estos binomios saldrá a la luz la peculiaridad del paradigma jurídico vigente en la Segunda República y ampliamente practicado, según se verá, en las aulas y por los profesores de la Central.

#### ANTECEDENTES: EL PARADIGMA JURÍDICO DE LA ESPAÑA ISABELINA O EL DERECHO COMO HISTORIA (1845-1870)

Entre los años 1830 y 1840 se colocaron las bases legales e institucionales del Estado español. La universidad y los saberes jurídicos no se libraron de este proceso de transformación radical. Por un lado, de organizarse y registrarse como corporación autónoma de fundación regia e inserción eclesiástica, la universidad pasó a convertirse en una instancia dependiente de la administración estatal<sup>7</sup>. Los planes de estudio y los libros de texto pasaron a ser diseñados, recomendados y fiscalizados por el ministerio correspondiente, siempre preocupado por una instrucción jurídica uniforme y acorde con los valores oficiales del liberalismo conservador, economicista y devoto<sup>8</sup>. Por otro lado, el contenido de las asignaturas impartidas se separó muy lentamente de las materias propias de la formación tradicional del jurista<sup>9</sup>, principalmente el derecho romano, el canónico y el 'patrio', añadiendo a su explicación la enseñanza de disciplinas como el derecho político y administrativo, o el estudio de los códigos mercantil y penal.

7 CLAVERO, Bartolomé: "Arqueología constitucional: empleo de universidad y desempleo de derecho", *Quaderni Fiorentini*, 21 (Florencia, 1992), pp. 37-87.

8 MARTÍNEZ NEIRA, Manuel: *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001.

9 ALONSO ROMERO, Paz: "La formación de los juristas", en Carlos GARRIGA (coord.): *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México D.F., Instituto Mora, 2010, pp. 107-137. Como se verá, esta lenta separación, la persistencia del legado jurídico tradicional impuesto por necesidades de la práctica y por razones de hegemonía cultural fue decisiva en la configuración del paradigma jurídico isabelino.

Un primer hito fundamental de esta centralización universitaria vino dado por el Plan Pidal de 1845<sup>10</sup>. Conviene tomarlo como arranque para el análisis de este primer paradigma. Las facultades de derecho de entonces se proponían la formación principalmente de abogados, aunque con posterioridad, y con la creciente relevancia del derecho público, también se dirigiesen sus enseñanzas a la instrucción del burócrata. El saber jurídico se transmitía fundamentalmente a través de la palabra dicha, en oraciones inaugurales, discursos doctorales o alocuciones académicas<sup>11</sup>. Se trataba además de una ciencia jurídica todavía indiferenciada: aun existiendo una relativa especialización en algunas ramas del derecho, como la penalística o la comercial, casi todas ellas partían de un léxico homogéneo, todavía no separado del léxico literario y político común<sup>12</sup>.

Si se atiende a los libros de texto señalados por el ministerio como de uso obligatorio puede identificarse a los juristas fundamentales del momento<sup>13</sup>, algunos de ellos en activo en la Universidad Central. Basten algunas menciones. Pedro Gómez de la Serna<sup>14</sup>, por ejemplo, era el autor indicado para materias como los *Prolegómenos del Derecho*, los *Elementos de Derecho civil y penal* o los *Elementos de Derecho administrativo*. Juan Manuel Montalbán era coautor, junto a Gómez de la Serna, de los *Elementos* citados sobre derecho civil y penal. Los libros de Manuel Colmeiro eran señalados para el estudio del derecho político y del administrativo. Y los volúmenes de Benito Gutiérrez sobre el *Derecho civil español* fueron recomendados poco después de su publicación en 1863. Si atendemos a la obra citada de estos autores podremos esbozar la mentalidad jurídica propia de la España isabelina.

10 PESET, Mariano: “El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza de las Facultades de Derecho”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 40 (Madrid, 1970), pp. 613-652.

11 PETIT: Carlos, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Huelva, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2000.

12 SERRANO, Antonio: “Lectura romántica de la Constitución de Inglaterra”, en Andrea ROMANO (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 325-374.

13 Para ello, véase MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, *El estudio del derecho...*, pp. 49 ss.

14 Para una somera presentación biográfica y profesional de los juristas que van a ser mencionados en el presente estudio, se recomienda la consulta del Diccionario de Catedráticos de Derecho en España disponible en [www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos](http://www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos)

*Derecho y orden natural economicista*

En este paradigma jurídico el derecho continuaba siendo contemplado como una concreción social e institucional de leyes naturales<sup>15</sup>. Se partía de una concepción atemporal de la naturaleza del hombre, idéntica a sí misma desde la creación divina. Las leyes naturales que regían la sociedad respondían ya a la cosmovisión economicista y utilitarista del liberalismo. Además de la “sociabilidad del hombre” destacada por Aristóteles y los escolásticos, natural era que el hombre se guiase por su *self-interest*, persiguiendo su propia conservación, en busca del placer y huyendo del dolor<sup>16</sup>. Genuino era también el trabajo como medio principal para satisfacer las propias necesidades. De aquí se desembocaba en el reconocimiento de una serie de libertades que pertenecían por naturaleza al hombre y que habían de ser reconocidas y amparadas por el gobierno: la libertad de trabajo, industria y comercio, la libertad de contrato y la plena disposición sobre los propios bienes. También se deducía de todo ello la centralidad de una institución, la propiedad privada, recién extendida por el liberalismo europeo<sup>17</sup>, y concebida como el derecho natural a poseer los frutos del propio trabajo y de heredar el patrimonio de los antecesores. Regía, en suma, la convicción de que todos los derechos “se enc[erraban] en asegurar la *libertad* y la *propiedad* de los gobernados”<sup>18</sup>.

15 “Las leyes llamadas *naturales*, los principios eternos de moralidad y de justicia que están en el sentimiento de todos, que siempre han sido y permanecerán los mismos, [...] no necesitan promulgación”, GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Prolegómenos del Derecho*, Madrid, Lib. Sanchez, 1871<sup>6</sup>, p. 31.

16 “El hombre es sociable por su misma naturaleza [...] y se halla regido por el principio natural de su conservación tan profundamente grabado en su alma” (GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Prolegómenos del Derecho...*, pp. 11-12); “Dios, al formar al hombre, le dotó de un cuerpo perecedero y un alma inmortal [...] El hombre, en cuanto es un sér sensible, se mueve al estímulo del *placer* y del *dolor*” (COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho político y administrativo de España*, Madrid, Lib. Eduardo Martínez, 1875<sup>4</sup>, p. 1). Empleo estas ediciones postreras de los 1870 para demostrar dos cosas: la difusión notable de estas ideas y su perduración en el tiempo, pues siendo las primeras versiones de los años 1840 o 1850 todavía circulaban y se empleaban dos decenios después.

17 CLAVERO, Bartolomé: “*Les domaines de la propriété*, 1789-1814. Propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario”, *Quaderni Fiorentini*, 27 (Florencia, 1998), pp. 269-378.

18 COLMEIRO, Manuel: *Elementos de Derecho político y administrativo...*, p. 36; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Prolegómenos del Derecho...*, pp. 35 ss.

La ordenación natural de la sociedad dejaba así de ser corporativa, jerárquica y orgánica para trabarse a través de la igualdad formal, la uniformidad jurídica y la equivalencia de los intercambios comerciales. Lo decisivo es que esta sociedad liberal de apariencia moderna continuó legitimándose en buena parte según un razonamiento premoderno, partiendo de postulados escolásticos e indicando que esas leyes economicistas y la consiguiente antropología utilitarista hundían sus raíces en la misma naturaleza del hombre y de la sociedad, de carácter en última instancia inmutable y procedente, en su esencia, de la divinidad. Esta paradoja suministraba el timbre más característico de esta cultura jurídica, de largo recorrido en nuestro país: por un lado se profesaban axiomas individualistas adecuados para la construcción del Estado liberal y del mercado capitalista, pero por otro, tales axiomas eran integrados en el corpus doctrinal católico, de modo que el poder del Estado y la dinámica del mercado resultaban supuestamente limitados por las prescripciones morales de un catolicismo templado.

De esta conexión entre derecho y naturaleza procedía asimismo la estrecha vinculación entre el orden de las normas morales y el de las normas jurídicas. No se daba, como en tiempos medievales, una confusión completa, pero se rechazaba frontalmente la división neta marcada por autores como Kant. Propio de este paradigma era, en efecto, diferenciar relativamente moral y derecho en función de su ámbito de desenvolvimiento —interior o exterior, respectivamente— y del carácter de su imperatividad —personal y social o coactiva, respectivamente—, pero, a su vez, no menos identificativo del mismo era el trazado de una prelación entre ambos sistemas normativos. Así, esa fisonomía natural del hombre, o las leyes inmanentes del devenir social, marcaban un curso a la acción individual y colectiva y a las decisiones de los gobernantes que se identificaba con el bien moral y que debía ser plasmado en las normas jurídicas<sup>19</sup>.

### *Derecho como tradición*

Otro de los factores distintivos del paradigma jurídico isabelino fue su ca-

19 El “legislador que manda [...] no es omnipotente, y en el ejercicio de su poder debe sujetarse á las reglas morales que gobiernan el mundo, á las que la razón enseña á todos los hombres, y á las que la vida y el desarrollo de los pueblos hacen convenientes y necesarias” (GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Prolegómenos del Derecho...*, p. 27).



rácter eminentemente tradicionalista. En buena parte de sus enunciados básicos palpaba una filosofía de la historia escatológica, esencialista y providencial. El proceso histórico se concebía como el despliegue paulatino de algunos principios morales esenciales, que tuvieron su momento genético y su primera difusión general con la aparición del cristianismo. La historia, a juicio de esta concepción, seguía una trayectoria prefijada por la providencia, de progresivo perfeccionamiento del hombre y de la sociedad. Reconociéndose la cesura que separaba el mundo liberal del antiguo régimen, se subrayaba igualmente la continuidad fundamental de todo el decurso histórico, estructurado al fin y al cabo por el encadenamiento sucesivo, y sin rupturas radicales, de las generaciones<sup>20</sup>.

Esta filosofía de la historia se asociaba a la noción antevista del orden natural. Lo hacía, en primer lugar, para mostrar las raíces antiguas de los principios estimados naturales, como la propiedad privada, la libertad del hombre o el gobierno representativo. Y lo hacía además para describir conjuntamente el perímetro dentro del cual debía moverse el gobierno legítimo. Del mismo modo que un gobierno que adoptase medidas contrarias a las libertades individuales naturales pasaba a ser tachado de despótico, un gobierno que pretendiese aprobar leyes abiertamente opuestas a la tradición se convertía en tiránico. El valor fundamental de la historia como presupuesto indispensable de la decisión política tenía así como objetivo desterrar al poder constituyente, conjurar la idea contractualista según la cual los individuos pueden mediante un pacto modelar a su voluntad la constitución política de la sociedad<sup>21</sup>. Frente a las doctrinas republicanas, democráticas o en exceso progresistas se invocaba el valor vinculante de la tradición, pues “sólo la historia puede recoger los hechos en que se funda el modo de ser de la sociedad y fijar la verdadera constitución de un estado ó su forma de gobierno”<sup>22</sup>.

El marcado tradicionalismo del discurso jurídico no solo tenía la utilidad de prevenir revoluciones y rupturas y de circunscribir el círculo

20 COLMEIRO, Manuel: *De la constitución y del gobierno de los reinos de León y Castilla*, Madrid-Santiago, Lib. Ángel Calleja, 1855, I, p. 298.

21 Rousseau era la verdadera bestia negra de estos juristas y su teoría del “pacto social” la más severamente atacada. Véanse GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Prolegómenos del Derecho...*, p. 11 ss. y COLMEIRO, Manuel: *Elementos de Derecho político y administrativo...*, pp. 3 y ss.

22 COLMEIRO, Manuel: *Curso de derecho político según la historia de León y Castilla*, Madrid, Impta. de Fermín Martínez García, 1873, p. VI.

de la actividad legítima del legislador<sup>23</sup>. También contaba con la misión de contribuir a la construcción misma de la nación española, la base social homogénea necesaria para la implantación del Estado liberal. Los excursumos historiográficos del saber jurídico solían así relatar los esforzados avatares de la “unidad legislativa de la nación española”<sup>24</sup>, o bien, si se trataba del derecho político, los jalones de la “constitución histórica” de la nación desde tiempos romanos<sup>25</sup>.

Además, una proporción considerable de la materia jurídica era de contenido historiográfico por motivos tanto científicos como prácticos. Por un lado, como ahora se indicará, la historiografía, todavía pensada en términos descriptivos, dispensaba en muchas ocasiones el criterio de certeza científica y la guía de rectitud que presuntamente convertían al saber jurídico en una ciencia (moral). Por otro lado, característico del ordenamiento jurídico español decimonónico era su persistente tradicionalismo, que implicaba la falta de derogación explícita de las normas antiguas<sup>26</sup>, y, dada la falta de codificación en materia civil, la vigencia de las leyes civiles castellanas compendiadas en los conocidos Códigos españoles. Estudiar así corpus legales como el Fuero Real, Las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá o Las Leyes de Toro no era una dedicación de mera erudición historiográfica, sino el examen de la legislación vigente y aplicable en los tribunales en la España de las décadas centrales del siglo XIX.

23 “Los legisladores [...deben arreglarse] estrictamente á las formas que las leyes fundamentales, las tradiciones y las costumbres han introducido para hacer la ley” (GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Prolegómenos del Derecho...*, p. 31).

24 Lograda por algunos ya en tiempos del *Liber Iudiciorum*: “puede decirse con fundamento que en este tiempo [el siglo VII] es cuando se afirma de una manera completa la unidad nacional. El Fuero-Juzgo es el símbolo de esta unidad en el derecho” (GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel: *Elementos de Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica*, Madrid, Lib. Sánchez, 1855, tomo 1, p. 29).

25 Con su estudio de la historia de la Corona y las Cortes, tal era uno de los propósitos de COLMEIRO, Manuel: *De la constitución y del gobierno de los reinos de Leon y Castilla ...*, según indica acertadamente VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín: “¿Qué ocurrió con la ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo XIX?”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9 (Madrid, 1997), pp. 71-128, esp. pp. 102-104.

26 LORENTE, Marta: “Justicia deconstitucionalizada. España, 1834-1868”, en Marta LORENTE (coord.): *De justicia de jueces a justicia de leyes...*, pp. 243-287.

*Saber jurídico y verdad*

Si el orden jurídico estaba fundado en leyes naturales, de carácter objetivo e inmutable, los enunciados del saber que lo descifraba no podían sino postularse como verdaderos. La doctrina jurídica del momento se autoconcebía de este modo como disciplina científica, encargada de enunciar la verdad sobre las cosas sociales, jurídicas y políticas empleando la razón. En apariencia, de ello cabría deducir su condición eminentemente descriptiva; sin embargo, el saber en torno al derecho tenía entonces una mayor dimensión prescriptiva.

Esta aparente paradoja se explica haciendo referencia a uno de los axiomas fundamentales de aquella mentalidad: el *libre albedrío*. Ciertamente que las leyes naturales —v. gr. la persecución del placer, la satisfacción de las necesidades a través del trabajo, la autoconservación— producían el bien social. No obstante, inherente a la misma complejidad humana era su capacidad para adherirse a ellas y querer el bien o separarse de las mismas y obrar el mal<sup>27</sup>. Por eso, la ciencia jurídica, al evidenciar cuáles eran los principios naturales en la conducta de los hombres y en la organización política de las sociedades quería señalar, al mismo tiempo, cuáles *habrían de ser* dichos principios, a cuáles *debían* obedecer las personas para conseguir una convivencia armónica, pacífica y justa.

No ha de extrañar que el *libre albedrío* fuese una de las premisas fundamentales de este paradigma jurídico. De hecho, el patrón de cientificidad al que se ajustaba era el dispensado por la teología. Si en las doctrinas iusracionalistas el punto de referencia para calibrar la veracidad de una ciencia fue el suministrado por la geometría o las matemáticas, en este saber jurídico liberal y tradicionalista el módulo para diferenciar lo verdadero de lo erróneo continuaba siendo el provisto por la disciplina teológica, desde la doctrina de la sociabilidad a la triada del derecho divino, natural y de gentes, de las descripciones del gobierno legítimo a la explicación del origen familiar de la sociedad, de la epistemología de la revelación a la idea del bien común (o del “interés general”) como fin de la legislación.

Lo asentado por el relato de la historiografía como objetivo y ver-

27 “Quien obedece la ley natural sigue el *bien* y practica la *virtud*: quien no la obedece sigue el *mal* y practica el *vicio*”, COLMEIRO, Manuel: *Elementos de Derecho político y administrativo...*, p. 2.

dadero también facilitaba al saber jurídico todo un inventario de acontecimientos, episodios y enseñanzas sobre los que construir el sistema de creencias jurídicas y con los que aprender a distinguir lo verdadero (y bueno) de lo falso (y malo)<sup>28</sup>. En este sentido, la historiografía, sobre todo de la época clásica y medieval, constituía uno de los principales cánones de veracidad y cientificidad de que disponía el saber jurídico. Se creía entonces que, pese a disputas y polémicas particulares, la historiografía no era más que crónica y descripción objetiva de fenómenos pasados. El descubrimiento de un documento o la afinación de un argumento podían hacer progresar el conocimiento historiográfico, pero en ningún caso se alteraba su estatuto de reflejo fiel de la realidad construido con los resortes de un presunto sentido común universal. Los frutos que rendía el discurso historiográfico eran también de naturaleza ético-política: la historia era repetidamente representada como *Magistra Vitæ*, como laboratorio excepcional en el que habían quedado bien mostradas las verdades y oscuridades de todo lo relativo al derecho, al poder público y a las relaciones sociales.

### *Saber jurídico y derecho legislado*

La legislación era contemplada por estos juristas como una derivación de la historia nacional y como una cristalización de las leyes naturales. En la adecuación del derecho positivo a estos dos marcos se cifraba su legitimidad. El saber jurídico no era todavía, pese a las apariencias, construcción teórica sobre la base del derecho legislado; por el contrario, la comprensión de éste se insertaba en una construcción teórica precedente, que servía para entenderlo y valorarlo.

No estamos, sin embargo, ante una comprensión *jurisdiccional* de la potestad normativa, limitada a concretar en estatutos los dictados de la justicia divina. Propio de la comprensión liberal decimonónica del derecho positivo era conceder un ámbito considerable de autonomía legislativa al gobierno y una evidente capacidad transformadora a sus disposiciones. Las leyes positivas no tenían solo la función de salvaguardar un orden natural y restaurarlo en caso de que hubiese sido quebrantado por alguna

28 Colmeiro, por ejemplo, escribió su *Historia de la economía política en España*, Madrid-Santiago, Lib. Ángel Calleja, 1863, vol. 1, precisamente con el objetivo de “ofrecer á la administración del Estado ejemplos [históricos] de buena y mala gestión de los negocios públicos” (p. VI).

acción perniciosa. Las normas jurídicas debían asimismo, y sobre todo, crear las condiciones jurídico-formales e institucionales para que las leyes naturales pudieran discurrir óptimamente, sin obstáculos ni frenos. Por eso las leyes debían ser obedecidas sin excusa. En definitiva, el orden natural economicista, y la misma unidad nacional que servía de base cultural y social al propio Estado, contando con raíces sólidas en la naturaleza y en la historia, distaban de estar plenamente consumados, y precisamente su construcción era cometido fundamental del derecho positivo y de la acción jurídica desplegada por la administración<sup>29</sup>. Este propósito daba así al derecho positivo, y sobre todo al poder que lo ejecutaba, una dimensión activa y transformadora inexistente en el discurso jurídico tradicional.

Por otra parte, el paradigma jurídico liberal, en su aspecto más político, se centraba en una teoría del *gobierno representativo o mixto*<sup>30</sup>. Garantizada la legitimidad del gobierno por dar cabida a todos los factores y poderes sociales —Monarquía, nobleza, clase media—, conseguida la estabilidad por la expulsión de la soberanía popular y lograda la justicia y moralidad por el equilibrio entre los poderes y los sectores sociales involucrados, las leyes procedentes del mismo, por muy autoritarias y transformadoras que pudieran ser, resultaban concebidas como normas que la sociedad se daba a sí misma. Es decir, dadas las características del gobierno instituido, se confiaba en que sus disposiciones serían en todo caso plasmación razonablemente satisfactoria de la tradición y de la naturaleza, o intentos aceptables de garantizar o completar una y otra. Y en caso contrario, los procedimientos electorales, abiertos a los intereses (comerciales) que conformaban la sociedad (capitalista), y la opinión pública, medio laxo de fiscalización del gobierno a disposición de las capas ilustradas, contribuirían a la rectificación de las decisiones políticas erradas.

Con estos presupuestos se llegaba así a un respeto, si no reverencial, sí que general a la legislación positiva en tanto que expresión norma-

29 “La centralización administrativa es la concentración en el poder ejecutivo de cuantas fuerzas son necesarias para dirigir los intereses comunes de una manera uniforme. La centralización es la unidad de la nación y en el poder, ó la unidad en el territorio, en la legislación y en el gobierno”, y a procurar esa unidad, actuando en el orden público, en la vigilancia de las costumbres o en el ejercicio de la libertad de imprenta, acudía la administración pública: COLMEIRO, Manuel: *Derecho administrativo español*, Madrid-Santiago, Lib. Ángel Calleja, 1850, vol. 1, pp. 17 ss.

30 COLMEIRO, Manuel: *Elementos de Derecho político y administrativo...*, pp. 29 ss.

tiva de la autoridad legítima. A efectos docentes, esto suponía que parte de la enseñanza del derecho girase en torno a la lectura, explicación y comentario de las leyes del Estado<sup>31</sup>, una vez aclarada su procedencia y entronque en la tradición y la naturaleza. A efectos científicos, esta importancia del derecho positivo implicaba que la literatura académica se apoyase con frecuencia en lo dictado por el mismo, en una suerte de paráfrasis o exposición literal de lo legislado, con intentos más o menos afortunados de sistematización y con críticas lingüísticas o filosóficas a los sucesivos preceptos.

### *Adoctrinamiento y evangelización*

La relevancia atribuida a la legislación estatal estaba cargada de consecuencias políticas. Deber del jurista de entonces era instruir en la obediencia a la autoridad instituida. Las mismas facultades de derecho de entonces han de considerarse como escuelas de obediencia al poder (presuntamente) legítimo<sup>32</sup>. Reducida la libertad científica por el señalamiento gubernamental de libros de texto y por la revisión universitaria de los programas docentes, poco espacio había en esta ciencia del derecho para la protesta frente a los valores e instituciones hegemónicas. Por el contrario, el saber jurídico se concibió como una correa de transmisión de esos mismos valores, y si abastecía a los estudiantes de argumentos contra

31 Buen ejemplo de ello es la enseñanza del derecho penal. Gómez de la Serna y Montalbán confesaban estar “educados en una época en que las penas dependían más que de la voluntad del legislador, del prudente arbitrio de los jueces”, por eso habían escrito la primera edición de sus *Elementos de Derecho penal* (1842) a la luz de “los principios científicos del derecho penal” más que sobre la base de las leyes dispersas y bárbaras vigentes. La cosa cambió con la entrada en vigor del código de 1848. Aunque los principios dispensados por la penalística ilustrada se consideraban los verdaderos cimientos de la disciplina, y solo estaban insuficientemente recogidos en el cuerpo legal, la exposición de la materia jurídico-penal ya empezó a realizarse siguiendo la pauta de lo legislado. Véase GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos de Derecho civil y penal de España...*, III, pp. 17 ss. Por su parte, para el derecho civil bien podía servir “el código de las Partidas” para ordenar la exposición. Véase GUTIÉRREZ, Benito: *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, Lib. Sánchez, 1871<sup>3</sup>, II, pp. 3 ss.

32 MARTÍN, Sebastián: “La facultad hispalense de derecho en la España liberal. Catedráticos, textos e ideas”, *Crónica Jurídica Hispalense*, 9 (Sevilla, 2011), pp. 533-603.

algún credo o corriente, era justo contra aquellos que negaban la validez universal y la conveniencia social de principios como la propiedad privada o la libertad mercantilizada. Al máximo, el saber jurídico podía señalar desajustes concretos, desfases localizados, entre lo ordenado por la tradición nacional, la naturaleza o la gramática y lo legislado por el gobierno, pero siempre desde el interior de la órbita de creencias y preferencias del liberalismo conservador triunfante.

En el ciclo revolucionario que va de 1847 a 1850 se hizo muy presente que las corrientes consideradas erróneas y antinaturales podían hacerse con el poder público y hasta determinar los preceptos de una constitución política. El repliegue conservador de la ciencia jurídica de entonces fue considerable y visible en casi todos los juristas. A nosotros nos interesa recordar las revoluciones del 48 porque con ellas se nos hace patente que lo enunciado por el saber jurídico como verdadero, objetivo e insoslayable, porque anclado en la naturaleza y la tradición, era más bien el ideario específico de una de las facciones en pugna. Este dato evidente nos permite concluir que la estrategia seguida por los juristas consistió en el intento de universalización de las creencias liberales al basarlas en la naturaleza y en la historia. Lo singular fue que tales creencias contaban a su vez con la posibilidad de plasmarse a través de decisiones estatales, con el beneficio de universalidad que esto les procuraba, es decir, con el privilegio de aparecer como efectivas defensoras del interés general por encima de particularismos egoístas<sup>33</sup>.

En el ámbito de la cultura política, el hecho de que los principios del liberalismo conservador y nacionalista, esto es, de un sector determinado y minoritario de la sociedad, copase la producción y difusión académica del saber jurídico debe llevarnos a algunas conclusiones. En virtud de esta evidente parcialidad, de este carácter militante y excluyente, la ciencia del derecho fue en muchas ocasiones un producto ideológico y acrítico con la finalidad preponderante del adoctrinamiento de los estudiantes. Tal objetivo de inoculación cultural y evangelización moral de los jóvenes universitarios puso en estrecha relación al saber jurídico y a la política práctica, convirtiendo al primero en instrumento al servicio de un programa de modelación social desarrollado por la segunda. Una subordinación de la ciencia jurídica al Estado de tamaño envergadura no se volvió a dar en España hasta la primera década del régimen franquista,

33 BOURDIEU, Pierre: *Sur l'État*, París, Éditions du Seuil, 2012.

durante la cual, no por casualidad, recobraron cierto vigor las doctrinas ya nacional-católicas de los años 1840 y 1850.

ANTECEDENTES: EL PARADIGMA JURÍDICO DE LA RESTAURACIÓN O EL DERECHO COMO TERAPIA SOCIAL (1874-1920)

En el último tercio del siglo xx se experimentó una transformación notable en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas<sup>34</sup>. En contraste con la homogeneidad reinante en la España liberal, el debate jurídico aparece ahora radicalmente escindido. Persistía, aun sofisticada y actualizada, la corriente liberal-conservadora y católica, todavía la más numerosa. Frente a ella figuraba otra corriente heterodoxa, de empuje creciente, con cada vez más influencia en las instancias decisorias en materia de instrucción pública. Se trataba del krausismo, en su versión más próxima al modelo teórico de Krause y Heinrich Ahrens, como era el caso de Francisco Giner o Gumersindo de Azcárate, o en la acepción finisecular que recogía las sugerencias teóricas del positivismo y el organicismo europeos, caso de Adolfo Posada o Pedro Dorado.

Casi todas las disciplinas jurídicas aparecían presididas por la polémica entre estas posiciones. La filosofía del derecho (o “derecho natural”, como entonces la denominaban los planes de estudio) se encontraba dividida entre las concepciones de Francisco Giner y Alfredo Calderón y la sistemática neoescolástica compendiada por Luis Mendizábal y reproducida por autores como Francisco Javier González Castejón. El derecho penal se hallaba atravesado por la confrontación entre los epígonos de la escuela clásica, principalmente Luis Silvela y José María Valdés Rubio, y el único representante del positivismo sociológico y la antropología criminal en España, Pedro Dorado Montero, fundador de la escuela correccionalista. En la civilística también encontramos el contraste de pareceres entre críticos del código como Felipe Sánchez Román y defensores del mismo como Modesto Falcón o Gregorio Burón. La ciencia del derecho mercantil era cultivada de forma bien diversa por autores convencionales, como Faustino Álvarez del Manzano o Francisco Blanco Constans y mer-

34 Lo expuesto en este epígrafe es una síntesis de lo ya tratado en MARTÍN, Sebastián: “Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español”..., pp. 89 ss. Permítaseme remitirme a las fuentes y bibliografía allí citadas.



cantilistas influidos por las nuevas corrientes filosóficas, como Lorenzo Benito y Endara. Entre la historia del derecho practicada y escrita por Rafael Altamira y la elaborada por Eduardo de Hinojosa, Matías Barrio y Mier o Lorenzo Moret existían diferencias de calado. Y el derecho político también podía resultar bien diferente si se consultaba en los manuales neocatólicos de Fernando Mellado y Salvador Cuesta, en el tratado estatista y liberal de Vicente Santamaría de Paredes o en los volúmenes del krausista Adolfo Posada.

Algunas de las principales voces de esta gran controversia desempeñaban su labor docente en la Universidad Central. Francisco Giner enseñaba filosofía del derecho en el periodo de doctorado, mientras que González Castejón hacía lo propio en la cátedra de licenciatura. José María Valdés Rubio impartía derecho penal, Felipe Sánchez Román civil, Álvarez del Manzano mercantil y Fernando Mellado y Santamaría de Paredes derecho político y administrativo. Así, tratar del modelo de ciencia jurídica vigente en aquel periodo implicará de nuevo tratar un modo de cultivar y difundir el derecho muy visible en la facultad madrileña.

Conviene de todos modos no dejarse llevar por las apariencias. En comparación con el discurso jurídico anterior, este de entre siglos resulta efectivamente desdoblado en posiciones antagónicas, pero las cosmovisiones enfrentadas partían de un consenso fundamental en determinados axiomas. Esta relativa unanimidad es la que permite reconstruir la mentalidad jurídica de la Restauración como un producto cultural más o menos uniforme, aunque dentro del mismo se alojasen tensiones decisivas de las que también debe darse cuenta.

### *Derecho y orden natural organicista*

Si hemos calificado también al paradigma jurídico vigente en España desde el último tercio del siglo XIX de premoderno es porque continuaba alzándose sobre la creencia en un orden natural, en última instancia indisponible para el hombre y que dispensaba el canon de justicia, legitimidad y eficacia a las leyes positivas<sup>35</sup>. Tomar esta idea como punto de referencia

35 Esta creencia persistente en el orden natural era claramente perceptible en los continuadores de la corriente católica y liberal-conservadora: “El orden es expresión del plan divino en la Creación [...] La ley natural es por naturaleza universal é inmutable y la social ó positiva ha de ser justa y emanada de poder legítimo” (GONZÁLEZ CASTE-

fundamental implicaba aceptar que en el terreno del derecho, como en el de la naturaleza, regían leyes naturales de carácter invariante, y cognoscibles empíricamente por el observador científico. Sostener la existencia de un orden natural implicaba alojar la dimensión fundamental del derecho en la naturaleza, no en la cultura. Si además, incurriendo en la típica falacia naturalista, se extraían normas morales de supuestas regularidades naturales, puede apreciarse cómo seguía siendo un rasgo fundamental del saber jurídico la relativa indiferenciación entre el sistema normativo de la moral y el del derecho positivo, al menos en lo que respectaba a su razón de ser y su fundamento último<sup>36</sup>.

Con todo, no se trataba de una mera prolongación inalterada de la idea de orden natural circulante en los años 1840 o 1850. En aquel entonces la armonía de la colectividad se deducía del concurso de los intereses privados y equitativos, convenientemente encauzados por las leyes y atemperados y limitados por los mandatos de la moral cristiana. Como respuesta en el ámbito de la teoría jurídica al desafío político y práctico de la lucha de clases y la revolución, ahora el orden natural empezó a representarse en términos organicistas, y de fundamentarse en el *self-interest* pasó a basarse en los principios de la cooperación necesaria, de la solidaridad insoslayable entre los sujetos, de la interdependencia estructural entre todos los individuos<sup>37</sup>.

La justificación de estos postulados era tanto escolástica como biológica, con lo que ambas corrientes, la neocatólica como la krausista y la

JÓN, Francisco J.: *Lecciones de Derecho natural*, Madrid, Imp. Hijos de M.G. Hernández, 1913<sup>21</sup>.

36 “Forman las leyes éticas, dos grandes grupos: uno de leyes *morales* y otro de leyes *jurídicas*”, siendo idénticas por su propósito de guiar el “bien obrar” y diversas, entre otras, por el carácter social y coactivo de las segundas (SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente: *Curso de Derecho político*, Madrid, Ricardo Fé, 1903<sup>7</sup>, pp. 58 ss.). Para Valdés Rubio, el derecho penal, además de “*sumiso a la ley*” era también una disciplina que debía fundarse en la moral, pues “la Ética contribuye á fijar exactamente la apreciación de los hechos perturbadores de las relaciones jurídicas, y, por lo tanto, constitutivos de delito ó falta” (VALDES RUBIO, José María: *Derecho Penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Madrid, Impta. de San Francisco de Sales, 1903, p. 59).

37 “La Providencia ha querido, en efecto, que los seres del mundo finito estén de tal suerte condicionados, que siendo cada uno impotente de por sí para realizar su misión, sea sin embargo apto para ayudar a los demás en la suya” (SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente: *Curso de Derecho político...*, p. 57).

positivista, llegaban al mismo punto, aunque por diferentes caminos. Para los seguidores de Tomás, el hombre era social por naturaleza, por lo que la sociabilidad era un principio jurídico natural. En este sentido se había movido poco el discurso jurídico en relación a sus antecedentes isabelinos. Para los seguidores de Krause, Ahrens y Gumplowitz, la interdependencia era un hecho material, ligado a la necesidad de buscar el auxilio de terceros para satisfacer los propios intereses y al deber correlativo de estar dispuesto a prestar ese mismo auxilio, en parte desinteresado y gravoso, para contentar las necesidades de los demás. La imagen resultante, tanto en un caso como en otro, era la de la sociedad como organismo, en la que sus miembros desempeñan funciones igual de importantes para la subsistencia y prosperidad del conjunto. La diferencia radicaba en que, para los institucionistas y krausistas, ese sistema organicista de dependencias y prestaciones mutuas partía del reconocimiento innegociable de la personalidad individual, libre y autodeterminada<sup>38</sup>, mientras que en la acepción católica y conservadora la totalidad solía trascender a los intereses particulares. El derecho, de cualquier modo, debía facilitar las condiciones formales e institucionales para que la cooperación social resultase factible, tenía también que remover los obstáculos que entorpecían la solidaridad y, en definitiva, había de traducir en términos jurídico-positivos las exigencias materiales y espirituales de esa interdependencia.

### *El método filosófico-histórico*

La mentalidad jurídica del cambio de siglo no solo aparece como un producto cultural homogéneo en virtud de su referencia común a un orden natural. También el método unánimemente adoptado le confería una uniformidad característica. Se trataba del método llamado filosófico-histórico, causante de la impronta tradicionalista que todavía caracterizaba al saber jurídico.

Ese modo de concebir y cultivar la ciencia del derecho consistía básicamente en dividir la materia en tres grandes apartados: uno primero

38 GINER DE LOS RÍOS, Francisco: "Sobre la idea de personalidad", en GINER DE LOS RÍOS, Francisco: *La persona social. Estudios y fragmentos* (1899), *Obras completas*, Madrid, La Lectura, VIII, 1923, pp. 11 ss., y POSADA, Adolfo: "El Estado según la Filosofía del Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 78 (Madrid, 1891), pp. 367-390.

filosófico, otro segundo historiográfico y el tercero y final de carácter sintético. En el aspecto teórico se ponían de relieve los principios racionales de cada ámbito del derecho, fijándose y precisándose los conceptos primordiales de las diferentes disciplinas y las reglas que para cada una de ellas dictaba el orden natural. En el lado historiográfico se exponían los avatares que a través del tiempo, y llegando hasta el más estricto presente, habían experimentado aquellos principios dictados por la razón. Por último, en el aspecto sintético se realizaba un contraste entre los axiomas racionales y su grado de cumplimiento en la actualidad para localizar desfases y desajustes. Su fin declarado era proponer reformas para ir aproximando el derecho dado y existente al derecho deseado y racional. De este modo quedaba garantizado el movimiento ascendente y progresivo de la historia.

Ya se ve que la filosofía progresista y evolucionista de la historia seguía palpitando en las obras jurídicas de la Restauración. Sin embargo, el papel central que la historia tenía en el saber jurídico isabelino quedó irreversiblemente desplazado. En primer lugar, lo peculiar del todavía desproporcionado capítulo historiográfico de las materias jurídicas era desempeñar una función ancilar respecto al apartado filosófico, tratando de corroborar en la historia y de ilustrar en los acontecimientos pasados la vida y vigencia de los principios racionales de cada disciplina. Si en la época isabelina el derecho era historia, en la Restauración era en mucha mayor medida metafísica o filosofía social, pero corroborada por la historia. Por otra parte, con la codificación civil y el nuevo orden procesal se clausuró la vigencia secular de los viejos monumentos legislativos castellanos, los *Códigos españoles*, careciendo de toda relevancia práctica la enseñanza de un derecho histórico todavía aplicable décadas atrás. A eso se sumaba la creación de la cátedra de historia del derecho en el Plan Gamazo de 1883, que supuso una descarga para el resto de las asignaturas. Todos estos elementos, en definitiva, contribuyeron a que la historia tuviese un espacio más modesto y menos capital y determinante que en el discurso jurídico anterior.

Con todo, la historia continuaba teniendo una relevancia crucial. Según se ha indicado, era el laboratorio en el que se trataba de corroborar las verdades fijadas por la razón. Continuaba siendo un instrumento nacionalizador en manos de los juristas<sup>39</sup>. Vista todavía como un proceso

39 “Prescindir de la historia es matar el sentimiento de la patria, y sin éste es

ascendente y sustancialmente continuo, la historia permitió asimismo alcanzar la actualidad. De este modo, el análisis de la legislación vigente se concebía como una última secuencia del examen historiográfico. Y, en definitiva, toda la complejión reformista y progresista que, según veremos, caracterizó al saber jurídico de entre siglos, estaba basada en la filosofía de la historia que le subyacía.

### *La verdad de las ciencias naturales*

Bajo la Restauración, el saber jurídico continuó postulándose como una ciencia capaz de producir enunciados verdaderos<sup>40</sup>. En apariencia, las cosas habían cambiado poco en este aspecto. Tan poco que, de hecho, todo un sector de juristas, probablemente el más numeroso, continuaba empleando el canon de veracidad propio de la teología<sup>41</sup>, enlazando el conocimiento con la revelación, la certeza científica con el descubrimiento racional de leyes en última instancia divinas. Hubo, no obstante, una novedad reseñable y de gran envergadura. La corriente krausista y positivista, en trayectoria ascendente desde finales de siglo, aunque continuaba atribuyendo al saber jurídico las cualidades de una ciencia, extraía los parámetros de su científicidad de otra disciplina bien diversa: las ciencias naturales.

Concebir la sociedad como organismo daba aquí todos sus frutos. El análisis debía entonces adecuarse al patrón de las disciplinas biológicas para conocer las leyes de la fisiología social. Autores como Darwin o Spencer eran trasplantados al terreno del saber jurídico. El método de la experimentación y el de la observación empírica desplazaba al puramente especulativo. Conocer el funcionamiento del cuerpo social en momentos de normalidad permitía asimismo identificar las patologías, lanzar diag-

imposible la existencia de las naciones” (MELLADO, Fernando: *Tratado elemental de Derecho político*, Madrid, Tip. Manuel G. Hernández, 1895, p. 14).

40 “El objeto sobre el que versa el Derecho político es un objeto real y verdadero, que existe de por sí independientemente de la voluntad del sujeto; no existe el Estado porque lo pensemos, sino que lo pensamos porque existe con anterioridad á nuestro pensamiento” (MELLADO, Fernando: *Tratado elemental de Derecho político...*, p. 65).

41 “La ciencia teológica es en la ciencia cristiana ese disco luciente que todo lo ilumina, ese faro salvador que alumbrá las tinieblas de la duda evocadas por la soberbia humana”, afirmaba GONZÁLEZ CASTEJÓN, Francisco J.: *Lecciones de Derecho natural...*, p. 7, para justificar la necesaria influencia de la teología en la filosofía del derecho.

nósticos acerca de las mismas y proponer curaciones. En un momento de crisis creciente —guerras coloniales, cuestión social, caciquismo, falta de legitimidad y representatividad del poder público—, el saber jurídico, en su vertiente positivista, podía convertirse así en una suerte de medicina social encargada de prescribir las terapias necesarias para superar las enfermedades. La vertiente escolástica seguía sosteniendo que los principales males continuaban siendo males del alma, por lo que salir de la crisis exigía volver a las recomendaciones del cristianismo. La corriente más actualizada, sin embargo, defendía el carácter material de, al menos, algunos aspectos de la crisis, y su análisis y remedio solo eran posibles a través de una ciencia jurídica construida sobre el molde de las ciencias naturales y médicas.

Este patrón de cientificidad se hizo muy perceptible en disciplinas como la filosofía del derecho, con sus doctrinas acerca de la persona social<sup>42</sup>. También en el derecho político penetraron las doctrinas organicistas y, con elocuente título, se trataba de problemáticas como la de las «enfermedades del Estado», en viva prueba de cómo el constitucionalismo era estudio científico de la fisiología y las patologías del Estado. Y en la penalística también resultó decisivo este viraje epistemológico, con el auge de la antropología criminal y la colocación del delincuente —en lugar del delito— en el centro de sus preocupaciones<sup>43</sup>.

### *Reforma legislativa y progreso histórico*

Las relaciones entre el saber jurídico y el derecho legislado dependían tanto de su referencia común a un orden natural como del método filosófico-histórico. Por un lado, que el punto de partida fuese el orden natural abocaba al discurso jurídico al dualismo típico de las doctrinas *iusnaturalistas*. Un dualismo que abocaba al contraste entre las leyes que, aun pudiendo quebrantarse en virtud del libre albedrío, regían el orden social por mandato divino o de la naturaleza y las otras leyes que, siendo obra del legislador terrenal, habían de regir las relaciones sociales.

42 GINER DE LOS RÍOS, Francisco: “La teoría de la persona social en los juristas y sociólogos de nuestro tiempo”, en Francisco GINER DE LOS RÍOS, *La persona social...*, pp. 48 ss.

43 DORADO MONTERO, Pedro: *Problemas de Derecho penal*, I, *Las fuentes del Derecho penal, la interpretación de las leyes penales, las leyes penales en el tiempo, la ignorancia de las leyes penales*, Madrid, Impta. de la Revista de Legislación, 1895.

La jerarquía entre ellas resultaba asimismo inevitable. Al legislador competía exclusivamente una función *declarativa* del derecho, no *creadora* del mismo. Había de plasmar en las normas jurídicas los dictados de las leyes divinas o de la naturaleza. La calidad y eficacia de las normas dependía así de su adecuación al orden natural precedente, de su ajuste a las exigencias de la providencia o de la física y la biología. Como puede esperarse de una sociedad moderna y compleja como era ya la española del periodo, no existía acuerdo unánime en este cotejo entre las leyes naturales y el derecho positivo. Para la ortodoxia, liberal, católica y conservadora, el ordenamiento de la Restauración satisfacía razonablemente los requerimientos del orden natural, mientras que para la heterodoxia krausista y positivista era evidente el “divorcio entre el legislador y la sociedad”, la inadecuación entre las normas jurídicas positivas y las leyes naturales (cuya expresión primera era consuetudinaria). Con una práctica científica homogénea se llegaba así a resultados contrapuestos. Se cultivaba una ciencia jurídica acrítica, plegada a los designios de las capas hegemónicas, y también se practicaba y difundía una ciencia jurídica moderadamente crítica, que desacreditaba la legitimidad social de las instituciones de la Restauración, sin por ello llegar a asociarse a la contestación socialista, obrera y anarquista, alojada claramente en el exterior del campo universitario.

En relación a la importancia de la ley en el discurso jurídico podían así distinguirse dos corrientes. De un lado, nos encontramos un *iusnaturalismo legalista*, propenso a subrayar la supremacía de la ley estatal como fuente del derecho, pero caracterizado por fundamentarla, no en el arbitrio del legislador, sino en el orden natural. Una expresión clara de esta noción se daba en el derecho penal, con la comprensión del delito no principal y exclusivamente como infracción de un precepto legal sino como “perturbación del orden social” y “negación del orden ético, de la ley del bien”<sup>44</sup>. De otro lado, nos encontramos un *positivismo crítico* con la legislación vigente, al menos en dos sentidos: primero, en el de contraponer el *derecho* a la *ley*, siendo el primero el conjunto de principios jurídicos nacidos de la dinámica natural e histórica de la sociedad y solo insuficientemente registrado en la legislación del Estado<sup>45</sup>, y segundo, en

44 VALDÉS RUBIO, José María: *Derecho Penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia...*, pp. 88 y 91

45 Valga como ejemplo la distinción entre “derecho mercantil” y “legislación

el de revalorizar, como fuentes del derecho, tanto la costumbre como la jurisprudencia.

Ambas corrientes coincidían en la contemplación del derecho positivo desde el punto de vista de una filosofía de la historia progresiva. Según se ha indicado, el método filosófico-histórico concluía con el análisis de la legislación presente, concebida como la última y momentánea parada del proceso histórico. La citada metodología concluía entonces con un apartado sintético, no incluido en los manuales, pero sí practicado en tesis doctorales y monografías, y, sobre todo, susceptible de ser desarrollado por los juristas instruidos en el método citado, que consistía en contrastar los dictados de la razón y las enseñanzas de la historia con los logros alcanzados por el derecho positivo vigente. Como se ha dicho, de las discordancias localizadas debían extraerse propuestas de reforma para mejorar las leyes y continuar así, paulatinamente, sin rupturas revolucionarias y con respeto a la tradición, por la senda del progreso que marcaba la razón.

Justamente esta vocación reformista del derecho positivo daba al saber jurídico de la Restauración su identidad propia. En unos casos se trataba de proponer modificaciones en las leyes en cumplimiento de la divina perfectibilidad del hombre. En otros se trataba de proponer remedios terapéuticos para combatir los males de la sociedad y contribuir a su regeneración. Y en todos, la cuestión estribaba en cultivar la ciencia del derecho con el objetivo de incidir en la reforma de las leyes y de las instituciones para garantizar el progreso social. De hecho, era habitual que los libros jurídicos trataran de, o concluyesen con, la propuesta de *bases legislativas* que sirviesen al legislador de guía para sus decisiones.

Pocas materias trataban de construirse, sistemática y conceptualmente, sobre la base de la legislación vigente, extrayendo las consideraciones *de lege ferenda* de las propias exigencias inmanentes al ordenamiento jurídico. Las disciplinas que contaban con un código, en el sentido moderno, desde más largo tiempo, como la penalística y el derecho comercial, eran más propensas a ceñirse a la legislación. También los autores conservadores, que consideraban que el ordenamiento jurídico traducía satisfactoriamente el orden natural, presentaban más inclinaciones legalistas, como en el caso de algunos civilistas, que plegaban acriticamente su expo-

mercantil” de BENITO, Lorenzo: *Las Bases del Derecho mercantil*, Barcelona, Soler, 1903, p. 87.



sición de la materia al recién aprobado código civil<sup>46</sup>. La gran mayoría de los juristas, de inclinación neocatólica, liberal o krausista, preferían, con todo, tomar la ley como objeto de crítica, más que de estudio sistemático, para proponer reformas que contribuyesen a la regeneración del país.

### *Legisladores e intelectuales*

De esta actitud se deduce el tipo de relaciones que conectaban el saber jurídico y el “arte de la política”, tal y como se denominaba por entonces. Al primero competía fijar las verdades racionales y las enseñanzas de la historia que al segundo correspondía acatar. La jerarquía entre el saber jurídico y la política práctica quedaba así establecida. Lo peculiar de esta prelación era que el saber jurídico todavía empleaba un léxico y perseguía unos fines que difícilmente podían diferenciarse del léxico y de los objetivos del arte del gobierno. Abundaban de hecho los ejemplos, sobre todo en el sector ortodoxo, de juristas que llevaban a sus manuales pomposas afirmaciones sobre la científicidad de la doctrina jurídica y que, al mismo tiempo, ocupaban puestos relevantes en las instituciones estatales y en la dirigencia nacional. Pero lo decisivo es que el afán del saber jurídico por distinguirse de la política práctica a través de la presunta veracidad de sus enunciados científicos no lograba ocultar el carácter político-práctico tanto de sus contenidos como de sus intenciones.

Así es. El hecho de que la doctrina jurídica se quintaesenciase en la propuesta de reformas legislativas, supuestamente apoyadas en las verdades superiores de la ciencia, la circunstancia de que se resolviese fundamentalmente en una política legislativa, convertían claramente al jurista en una suerte de *legislador*. Su propósito fundamental era la inspiración de la función legislativa, algo que ya denotaba su posición activa en la lucha por el poder político. El precipitado último de toda su reflexión, la propuesta de leyes, resultaba así indistinguible respecto de la aportación más característica del desempeño político, el establecimiento de normas jurídicas.

Si todos los juristas solían coincidir en esta condición de legisladores, solo algunos compartían el estatuto de *intelectuales*. Justo aque-

46 Valga el ejemplo de BURÓN GARCÍA, Gregorio: *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, tomo I, Valladolid, Lib. De Andrés Martín, 1898.

llos que subrayaban el divorcio entre el poder legislativo y la sociedad se consideraban a sí mismos *representantes* de las capas mayoritarias. El valor ético-político de sus planteamientos pretendía radicar en su capacidad para descifrar y traducir tanto la fisonomía real de la sociedad como sus anhelos fundamentales. Encarnando así el espíritu popular y nacional frente a una política errática y unas instituciones protésicas, heterónomas e incongruentes, los autores krausistas y positivistas respondían al perfil del intelectual finisecular, aquel que representaba los intereses de la sociedad y de la ética frente a un poder corrompido e ilegítimo. Aunque más digno, otro modo, a fin de cuentas, de luchar por el poder desde la ciencia del derecho.

#### LA MODERNIZACIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA

##### *Una nueva generación y un nuevo Estado*

La mentalidad jurídica de la Restauración y sus principales autores se mantuvieron en la primera línea del derecho al menos hasta la segunda década del Novecientos. Solo entonces comenzaron a dar sus frutos algunas reformas e instituciones fundamentales y determinadas transformaciones en el campo académico. Solo entonces, efectivamente, los réditos de las estancias en el extranjero financiadas por la Junta para la Ampliación de Estudios desde 1908 comenzaron a tener consecuencias. Los juristas que habían visitado las principales universidades europeas, y que se habían instruido con renombrados profesores, ante todo alemanes, regresaron a España, redactaron sus tesis doctorales, ganaron oposiciones a cátedra y comenzaron a marcar el tono del nuevo saber jurídico.

En sus contenidos comenzó a responderse a las exigencias marcadas por el programa de europeización planteado por Joaquín Costa y José Ortega y Gasset. Según se desprendía de las consideraciones del principal filósofo español, europeizarse significaba, en cierto modo, germanizarse<sup>47</sup>,

47 “El alma alemana encierra hoy en sí la más elevada interpretación de lo humano, es decir, de la cultura europea”; y matizaba: “cuando yo hablo de europeización, empero, no deseo en manera alguna que aceptemos la forma alemana de la cultura” (ORTEGA Y GASSET, José: “El *pathos* del Sur” [1911], en *Obras completas*, tomo II, Madrid, Taurus, 2010<sup>5</sup>, pp. 83-84).

y eso hizo en buena medida la doctrina jurídica más actualizada, adoptar los patrones constructivos de la ciencia jurídica alemana e insertarse en un debate que, conectando con algunas preocupaciones de la doctrina patria, también reproducía críticas y respondía a polémicas hasta cierto punto ajenas a la tradición jurídica española. De los juristas alemanes los españoles tomaron así el afán constructivo, el anhelo de sistema, la densidad y sofisticación conceptuales, pero también, por ejemplo, las críticas a un positivismo legalista que, estando vigente en el II Reich alemán, no tuvo implantación entre nosotros.

Tanto la promoción del saber y la internacionalización del mismo como el acceso a las cátedras de los jóvenes juristas europeizados y germanizados se debió, al menos en buena parte, a la posición hegemónica que los autores institucionistas y krausistas conquistaron en el campo universitario. Si la aportación del krausismo y del positivismo sociológico a la ciencia jurídica, siendo fundamental y contando con personalidad propia, no llegó a trascender los parámetros de la mentalidad jurídica de la Restauración, sus descendientes, continuadores y legatarios sí que lograron desprenderse de la retórica organicista y de los giros premodernos propios de sus predecesores.

No significa esto que el sector neocatólico, ortodoxo y conservador de la ciencia jurídica española hubiese desaparecido. Todavía contaba con numerosos seguidores y ni siquiera puede afirmarse que hubiese cedido su posición mayoritaria en términos numéricos. Por un lado, figuraban algunos autores irreductibles, que continuaban limitando sus concepciones al marco fijado por la escolástica medieval. Pero, por otro, abundaban los juristas que actualizaban sus doctrinas, bien revistiéndolas de las categorías sociológicas e institucionalistas procedentes de autores franceses como Maurice Hauriou, bien adhiriéndose al nuevo lenguaje provisto por la ontología y la fenomenología alemanas. En ambos casos se daba, pues, la europeización y la sofisticación conceptual propios de la ciencia jurídica del momento, pero inherente a ambas tendencias era asimismo que el derecho (legítimo) continuara concibiéndose como expresión de un orden natural objetivo identificado, en unas ocasiones, con el supuesto ser unitario de la nación, y en otras, con la fisonomía casi inamovible de las instituciones tradicionales.

Al lado de esta corriente conservadora, actualizada o no, discurría otra dirección de pensamiento, liberal (en términos políticos), democrática

tica y pluralista en su mayor parte, socialista y materialista en su menor proporción, que, como se verá seguidamente, comenzó por vez primera a concebir el derecho y la política como productos ligados sustancialmente a la voluntad histórica de los hombres.

Se trató, en definitiva, de un relevo generacional, aunque, en realidad, se sucedieron dos generaciones. Los descendientes de la cultura jurídica de la Restauración, nacidos en las décadas de los 1880 y 1890, comenzaron a ocupar las cátedras a finales de los años 1910 y principios de los 1920, o ya a comienzos de la República, en los casos más tardíos. Entre otras, nos encontramos con las siguientes incorporaciones: en filosofía del derecho, Luis Recasens Siches; en derecho privado, Felipe Sánchez Román y Gallifa, Demófilo de Buen, Leopoldo Alas o Miguel Traviesa; en derecho público, Nicolás Pérez Serrano, Carlos Ruiz del Castillo, Manuel Martínez Pedroso o Eduardo L. Llorens; y en derecho penal, Luis Jiménez de Asúa.

Si estos autores pudieron comenzar a dar un giro revolucionario al saber jurídico español, tanto del lado liberal como del conservador, los juristas a los que formaron, que comenzaron a ingresar en las cátedras ya a finales de los 1920 o directamente en la década de los 1930, fueron los encargados de consumir esta inflexión, al menos hasta que la guerra civil alteró por entero el desenvolvimiento de la ciencia del derecho. Me refiero a juristas como los siguientes: en filosofía del derecho, José Medina Echavarría, Luis Legaz Lacambra o Felipe González Vicén; en derecho privado, Manuel Batllé, Federico de Castro o Joaquín Garrigues; en derecho público, Francisco Ayala, Segismundo Royo o Antonio Luna; en derecho penal, José Antón Oneca, Emilio González o Manuel López-Rey; y en derecho procesal, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

Ya mayoritariamente liberales, progresistas o socialistas, aunque figurando todavía bastantes conservadores, estos jóvenes juristas fueron autores de la corta obra que mejor compendia la racionalidad jurídico-política de los años 1930. Plenamente insertos en el debate jurídico de la Europa de entreguerras, conscientes de los desafíos políticos del momento, representados por la ruptura fascista y nacionalsocialista, comprometidos en su mayoría con la fundación de un nuevo Estado pluralista, democrático y constitucional en España y con el propósito explícito de construir un saber jurídico sobre nuevas bases epistemológicas y técnicas, estos juristas, y sus maestros, fueron efectivamente los responsables de la

incipiente construcción de un efímero paradigma jurídico truncado por la guerra civil, y solo recuperado parcialmente en la época democrática.

Debe subrayarse un aspecto fundamental de estos autores y de la mentalidad jurídica que empezaron a desenvolver. Como se ha sugerido, desde 1931 el saber jurídico debió responder a un reto político muy concreto: el de contribuir a la constitución de un nuevo Estado. Desde luego abundaron los juristas que, en lugar de esta cooperación científica, prefirieron movilizar las creencias tradicionales del derecho —orden natural, función declarativa del legislador, dualismo iusnaturalista...— para deslegitimar el régimen republicano. Sin embargo, no fueron pocos los que, sin abandonar una perspectiva crítica y constructiva, pusieron la ciencia del derecho al servicio de aquella empresa, y lo hicieron de manera bien diversa a la practicada por los juristas isabelinos, activamente comprometidos nada menos que con la fundación del Estado legislativo y administrativo en España: en vez de tratar de enclavar el Estado en las leyes naturales o en la historia nacional, el objetivo acometido en esta ocasión fue intentar construirlo a través de una técnica jurídica depurada, pero sin abstraerse de los valores éticos racionales que también pretendían dar sustento a la Segunda República. Apreciaremos cómo este compromiso, su naturaleza y sus propósitos, fueron decisivos para la configuración de la nueva mentalidad jurídica.

Una nueva mentalidad que, al igual que acontecía en los dos casos anteriores, se halló fielmente representada en la Universidad Central: de 1931 a 1936 allí impartieron sus respectivas disciplinas Luis Recasens, Nicolás Pérez Serrano, Francisco Ayala, Fernando de los Ríos, Antonio Luna García, Luis Jiménez de Asúa, Manuel López-Rey, Federico de Castro y Joaquín Garrigues.

Fue además un paradigma caracterizado por la creciente diferenciación semántica entre las respectivas disciplinas jurídicas, en contraste con la relativa uniformidad discursiva de los modelos anteriores y como consecuencia, por un lado, de la especialización del profesorado en derecho, y por otro, de la desmitificación creciente de la idea básica y absorbente del orden natural. Se trató, en fin, de un tipo de saber jurídico que pasó a transformar sustantivamente las relaciones que los paradigmas anteriores habían entablado entre el derecho y la naturaleza, la historia, la verdad científica, la legislación y la política práctica. Comprobémoslo.

*El derecho como ciencia cultural*

El punto de partida para la delimitación del objeto de estudio del derecho comenzó a proporcionarlo Heinrich Rickert con su capital distinción entre las ciencias naturales y las ciencias culturales<sup>48</sup>. A las primeras correspondía el conocimiento de un ámbito regido por leyes de causalidad necesaria, mientras que las segundas atendían a un campo de la realidad regido por la lógica de la finalidad y orientado hacia los valores. En este sentido, el derecho pasaba a concebirse como un producto cultural, fruto de la historia y de la voluntad de los hombres, cristalizado en instituciones y normas, tan arraigadas como, en el fondo, perecederas, cuya fundación y pervivencia respondían a la búsqueda de los valores que presidían el universo del derecho, en concreto la justicia<sup>49</sup>, entendida como igualdad, libertad y seguridad (personal y jurídica).

Cierto es que también en aquel entonces se trazó otra disyuntiva epistemológica más exigente e igual de capital para el saber jurídico: la que, lanzada por Hans Kelsen, distinguía entre el reino del *Ser* y el del *Deber Ser*. En este caso, todas las ciencias descriptivas de procesos materiales causales, desde la biología a la psicología, de la medicina a la economía o la historia, entraban en el campo del ser, mientras que las ciencias formales cuyo objeto se conformaba, no de una región de la realidad, sino de normas, entraban en el reino del deber ser, y ahí figuraban desde la gramática hasta el derecho. Esta contraposición no llegó a cuajar en España, donde el derecho no se contempló como una normatividad desligada de los procesos políticos, sociales y económicos. Aunque se reconociese que el método normativista de Kelsen y la Escuela de Viena dispensaba numerosos réditos científicos, pues permitía construir mejor el conocimiento de la dimensión jurídico-positiva del fenómeno jurídico, éste nunca llegó a considerarse como ámbito separado de otros sectores (moral, valores, economía, decisión política, psicología social, historia), que la ciencia jurídica debía registrar igualmente para su pleno y cabal conocimiento.

48 RICKERT, Heinrich: *Ciencia cultural y ciencia natural*, Madrid, Espasa, 1922.

49 “El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor [...] El derecho puede ser injusto, pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo” (RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, trad. José Medina Echavarría, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, p. 11).

Que el saber jurídico comprendiese su objeto como un fenómeno cultural estaba cargado de consecuencias. Las normas jurídicas dejaban de referirse en última instancia a leyes de igual rango y similar estatuto que las leyes naturales. Mucho menos lo hacían a una supuesta naturaleza del hombre y de las sociedades de origen divino y de carácter inmutable<sup>50</sup>. El conocimiento del derecho continuaba basándose en regularidades empíricamente contrastables, pero, al pertenecer al ámbito de la cultura, tales regularidades distaban de ser fijas e invariantes, pudiendo modificarse por la voluntad consorciada de los hombres. Se distinguían entonces las leyes de la naturaleza, o “del ser”, de las normas, que “constituyen reglas de conducta para el hombre”<sup>51</sup>. Proceder de modo inverso era ya tachado de intolerable recaída en el “naturalismo” de tiempos pasados. El modelo de referencia para la científicidad del derecho dejó así de ser el de las ciencias naturales, y mucho menos el de la teología, para pasar a localizarse en otro plano que ahora indicaremos.

La condición cultural del fenómeno jurídico permitió además circunscribir el objeto de estudio, en oposición al enciclopedismo indiferenciado del paradigma anterior. Esta delimitación del objeto de conocimiento no se identificó con la planteada por el normativismo de la Escuela de Viena. Salvo contadas excepciones, no hubo jurista de la época que redujese el estudio del derecho al análisis (más o menos constructivo) de las normas jurídico-positivas. Si la separación entre naturaleza y cultura, y la colocación del fenómeno jurídico en esta última, permitió una contracción de los propósitos cognoscitivos de la doctrina, la renuncia a identificar el derecho y el ordenamiento jurídico-positivo continuó dotándola de unos contenidos y de un horizonte analítico de mayor amplitud que los habituales en la actualidad.

50 “A lo que hay necesidad de renunciar es al método experimental y a la inducción de leyes [...] porque no permite aplicación a la esfera jurídica”, y por las nefastas consecuencias políticas de las doctrinas racistas ya imperantes en Alemania (PÉREZ SERRANO, Nicolás: “Estudio acerca del concepto, método, fuentes y programas del Derecho político español comparado con el extranjero”, en Francisco AYALA, Eduardo L. LLORENS y Nicolás PÉREZ SERRANO, *El derecho político de la Segunda República*, ed. de Sebastián MARTÍN, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2011, p. 33).

51 BUEN LOZANO, Demófilo de: *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, p. 7.

*Contingencia e historicismo*

Como cualquier producto de cultura, de un monumento a una partitura, el derecho era una cristalización histórica, expresaba las creencias, tentativas y preferencias que en una sociedad dada, en un tiempo dado, habían cobrado la relevancia necesaria como para traducirse en normas jurídicas obligatorias. Esta concepción del derecho como expresión, en última instancia, de la historia, era diametralmente contraria a la noción tradicionalista mantenida en el siglo XIX. La filosofía de la historia subyacente a cada una de ambas posturas resultaba diversa. En el caso de los juristas isabelinos, pero también de los activos bajo la Restauración, el proceso histórico era, en sustancia, continuo, y describía una línea progresiva y ascendente, de esforzado pero permanente perfeccionamiento, ya fuese en observancia del plan divino o en ejecución de las leyes biológicas de la evolución. El paradigma jurídico de la Segunda República partía, por el contrario, de una grave constatación: la ruptura efectiva operada por la Gran Guerra, que sepultó dramáticamente los ideales de progreso indefinido de la *belle époque*.

Semejante cesura tuvo consecuencias de interés en las relaciones entre la ciencia jurídica y la historia. No se trataba solo de que los millares de cadáveres dejados por la confrontación convirtiesen en ilusorio cualquier relato histórico evolutivo y progresista. Es que los mismos juristas pudieron contemplar cómo, a partir de 1919, y prácticamente en toda Europa, se alzaron unos nuevos regímenes políticos que, recogiendo algunas instituciones del Estado liberal de derecho, se oponían también al mismo, con su preferencia por la forma republicana de Estado, su apuesta por la democratización del poder y el intervencionismo estatal en la economía, su consagración de la supremacía de la Constitución, reforzada mediante garantía jurisdiccional, y la inclusión decidida en ella de los derechos sociales. Nada de eso procedía del Estado anterior. Su misma existencia puso de relieve cómo determinadas instituciones, presumiblemente naturales e inmutables hasta hacía décadas —v. gr. la propiedad privada absoluta, la autonomía del mercado o la familia patriarcal—, quedaron transformadas por obra de las nuevas constituciones y de la legislación que suscitaban, es decir, por obra y consecuencia de un derecho que procedía de un nuevo contrato social. Explicar el Estado y su derecho remitiéndolo a la naturaleza y a una historia sustancialista y evolucionista había dejado, pues, de tener sentido y de servir para explicar esa nueva realidad política.



Ahora se entendía que existían más bien constelaciones históricas con su propia identidad diferenciada. Así, para comprender la fisonomía del Estado de posguerra había que inscribirlo, en primer lugar, en la propia historia del Estado moderno, en segundo lugar, en el desenvolvimiento del Estado de derecho (o constitucional, como también se decía) que arrancó en el tránsito del siglo XVIII al XIX, y en tercer y más concreto lugar, en las transformaciones operadas en los regímenes jurídico-políticos europeos tras 1918<sup>52</sup>. De hecho, como especie cualificada de este tipo de sistemas políticos, con rasgos importados y cualidades genuinas, había que comprender la propia República. El razonamiento jurídico había abandonado, por tanto, sus raíces clásicas, donde antaño pudo encontrar enseñanzas históricas de presunta validez universal, como también había dejado de lado su anclaje medieval, donde antes localizaba tanto el origen de la nación como la formación de los monumentos legislativos todavía vigentes.

A la contracción del apartado histórico se agregaba un moderado relativismo, inspirado por la conciencia y la constatación empírica de la caducidad y contingencia de las instituciones jurídicas y políticas. La universalidad y la eternidad habían dejado de predicarse del Estado y su derecho, sosteniéndose ahora la posibilidad cierta de que, en algún momento, pudiesen hasta desaparecer. Los sistemas totalitarios eran, de hecho, prueba de esa misma posibilidad. Los objetos de la ciencia jurídica pasaron a ser considerados como producto de la historia, pero no en el sentido de subrayar su necesidad y su inmutabilidad, por hundir sus raíces en la noche de los tiempos, sino en el sentido inverso de concebirse como producto perecedero, dependiente de la voluntad de los hombres y de las transformaciones históricas. La continuidad, el despliegue de esencias invariantes y la progresión evolutiva habían dejado de calificar a la historia. La discontinuidad y las rupturas entre los diferentes periodos históricos comenzaban a caracterizar la filosofía de la historia subyacente al nuevo saber jurídico.

Las sugerencias del llamado por entonces *historismo* penetraron en la obra de los juristas más jóvenes, como Ayala o Medina Echavarría<sup>53</sup>. En la

52 Para todo lo concerniente a la disciplina del derecho político o constitucional, me remito a mi estudio introductorio de *El derecho político de la Segunda República...*, en especial el epígrafe titulado "La racionalidad jurídico-política republicana".

53 MEDINA ECHAVARRÍA, José: *La situación presente de la Filosofía jurídica. Esquema de una interpretación*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

actitud de los juristas españoles ante el desafío historicista puede apreciarse hasta qué punto el paradigma en vigor continuaba siendo, en sus fundamentos, ilustrado y racionalista. Concebir el derecho como producto de la historia, y ésta como un proceso ciego y azaroso, desprovisto de orientación racional alguna, equivalía a incurrir en un relativismo radical. Eso mismo hacían, interesadamente, las doctrinas totalitarias, que *a priori* equiparaban moralmente todas las tendencias en disputa, cediendo a la historia la decisión de cuál de ellas había de predominar. En realidad, con semejantes apreciaciones, el discurso totalitario ponía de relieve todo su lastre premoderno, pues continuaba al fin y al cabo sosteniendo una visión providencialista de la historia, la cual, como portavoz de la divinidad, había de decidir qué cosmovisión debía triunfar con exclusión de las restantes. Además, ese triunfo estaba ya decidido de antemano, pues la parte llamada a conseguirlo no era otra que la que supuestamente representaba los principios y reivindicaciones ajustadas al ser objetivo de la nación (comunidad o pueblo). Los enemigos de esa presunta nación monolítica habrían de ser, necesariamente, los condenados. En el fondo, esta posición se resumía en una servil y pomposa ratificación en el plano de la teoría de la concentración del poder —económico, mediático, militar— en el plano de la sociedad.

El historicismo del paradigma jurídico republicano descendía, por el contrario, de doctrinas humanistas. Bajo el desenvolvimiento histórico discurría un hilo rojo y continuo, condensado en torno a las preocupaciones imperecederas del hombre —la vida en comunidad, la justicia, la legitimidad del poder...— y necesitado de respuestas racionales y éticas, no de las que arbitrariamente sentenciase la fuerza desnuda disfrazada de historia. Si la Gran Guerra y las transformaciones políticas habían revelado la insostenible ingenuidad de creer en la eternidad de las instituciones burguesas, o en la continua elevación y mejora de las sociedades, no por ello podía renunciarse a la tarea de responder racionalmente a los desafíos de la época. Había que constatar el momento de crisis que atravesaba Occidente, debido a la falta de certezas y consensos, pero dicha constatación era el punto de partida para comenzar a buscar salidas al escollo. En lugar del “idealismo objetivo” de algunos filósofos del derecho alemanes, que racionalizaban lo real, los juristas republicanos se decantaron en este sentido por un cierto dualismo, que a lo existente en la realidad superponía una normatividad crítica, ilustrada y pluralista, con la finalidad de contribuir a su perfeccionamiento y evolución.

*Juicios de valor y racionalidad científico-social*

El abandono del naturalismo como disposición epistemológica y el rechazo del tradicionalismo y la especulación como vías de conocimiento propiciaron una reconsideración del estatuto científico del derecho. El punto de partida en este caso lo proporcionaba la crítica metodológica de Max Weber<sup>54</sup>. Ya estaba claro que el saber jurídico no podía configurarse según el modelo de las ciencias naturales, como estudio y registro empírico de leyes inmutables. Las ciencias sociales y de la cultura habían de responder a otro patrón y la búsqueda de la objetividad no podía venir dada por la fijeza de la materia examinada. Para lograr esa objetividad, se hacía ahora imprescindible discriminar entre los enunciados científicos y los juicios de valor. Mientras que los primeros podían contrastarse y su veracidad podía mínimamente ponderarse, los segundos entraban dentro de la órbita de las preferencias e inclinaciones subjetivas, en última instancia imposibles de discernir y jerarquizar según criterios científicos.

Se era entonces consciente de que la neutralidad absoluta del jurista era un ideal de imposible cumplimiento. El intento de fundamentar esa neutralidad en una naturaleza inamovible o en la tradición, como había sido habitual, se consideraba ya falaz e ideológico. Ahora se partía del convencimiento justamente opuesto: el de la imposibilidad de que el científico social no tuviera sus propias creencias políticas y morales. Por eso, el único modo de garantizar un mínimo satisfactorio de objetividad en sus planteamientos era exigirle que discriminase con pulcritud cuándo estaba formulando enunciados científicos y cuándo estaba introduciendo valoraciones personales, esto es, en qué momento estaba conociendo y cuándo opinando. Se cumplía con ello una constante inexorable en el mundo de las ciencias sociales: justo aquellos juristas que con mayor grandilocuencia proclamaron la objetividad de su saber y la veracidad de sus proposiciones resultaron ser, al final, los más subjetivos y sesgados, mientras que aquellos otros que partieron modestamente de reconocer la subjetividad insoslayable en las ciencias sociales y la objetividad limitada de sus formulaciones fueron, a fin de cuentas, los que realizaron un esfuerzo más franco y honesto por dotar al saber jurídico de la máxima objetividad y certeza de que era capaz.

54 WEBER, Max: "La 'objetividad' cognoscitiva de la ciencia social" (1904), en WEBER, Max: *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1997, pp. 39-101.

Rehusados los modelos de la teología y de las ciencias naturales, ¿dónde alojó el nuevo paradigma el carácter científico de sus enunciados? En dos propósitos fundamentalmente. El primero consistía en el objetivo de dar cuenta cabal de todos los factores y elementos contenidos en la fenomenología jurídica. Como sabemos, este intento de aproximar todo lo posible el foco al objeto analizado, dando cuenta de su complejidad, invitaba a rechazar la propuesta normativista, que excluía del enfoque jurídico todo lo no contenido literalmente en el derecho positivo, aunque hubiese concurrido objetivamente a su producción. La científicidad del saber jurídico en su versión española radicaba, por el contrario, en su completitud, en su deber de radiografiar con la máxima exactitud posible su campo de estudio, con todas sus concomitancias y elementos, aunque fuesen en apariencia extrajurídicos. Algunos pensaron que el mejor modo de dar cuenta de esta complejidad era adscribiéndose al método dialéctico, que ponía en relación inextricable todas las fases y momentos del proceso social, incluyendo el jurídico<sup>55</sup>.

El segundo requisito que el saber jurídico había de cumplir para satisfacer el canon de científicidad exigido era el que podríamos denominar *deber de sistema*. Ni siquiera cuando la letra de la ley era tomada como el objeto fundamental de estudio bastaba con la mera paráfrasis o con una interpretación inmediata. El cometido científico consistía en hallar los fundamentos y principios conceptuales que articulaban el ordenamiento jurídico. A partir de aquí, y siguiendo los dictados del racionalismo, la ciencia jurídica debía construir un sistema caracterizado por el afán de totalidad y por la coherencia (la no contradicción) entre sus diferentes postulados. Esta sistematización científica del derecho vigente no solo era deseable desde un punto de vista cognoscitivo, sino también normativo, pues permitiría en lo sucesivo criticar el ordenamiento vigente por su falta de adecuación al sistema científico, prestando base al planteamiento de reformas, no ya inspiradas en valoraciones morales subjetivas, sino en constataciones técnicas y racionales.

Y es que la ciencia jurídica del momento empezó a concebirse, siquiera parcialmente, como técnica. En este punto resultaban de nuevo decisivas las enseñanzas de Max Weber. Al jurista en cuanto tal no le compe-

55 LLORENS, Eduardo L.: "Notas sobre el concepto, método y fuentes y programas del Derecho Político español comparado con el extranjero", en *El derecho político de la Segunda República...*, pp. 181 ss.

tía pronunciarse acerca de la idoneidad de los fines y objetivos perseguidos por la política. Su cometido específico era señalar al político cuáles eran los medios óptimos para alcanzar los fines que se había propuesto. Incluso podía revelarles su difícil o imposible consecución, invocando siempre razones eminentemente técnicas. Se comprende así que naciesen por entonces publicaciones periódicas, como la *Revista de Derecho público*, que tocaba materias de derecho constitucional, administrativo, internacional y penal, con el propósito explícito de contribuir, desde el punto de vista de la técnica jurídica, a la construcción del nuevo Estado republicano.

Con todo, el saber jurídico de los años treinta no se contentó con ser una racionalidad instrumental al servicio de la política. Veremos a continuación cómo esta tecnificación del discurso alteró considerablemente las relaciones entre el derecho y la política práctica. Ahora conviene resaltar el hecho de que la mayor parte de los juristas españoles no renunciaron a introducir la cuestión de los valores en su quehacer profesional. Como se ha indicado, la misma condición cultural de la ciencia jurídica obligaba a ello, al entender el derecho como un producto identificado por su orientación al cumplimiento de unos determinados valores (justicia, igualdad, libertad). El razonamiento jurídico no se clausuraba de este modo entre las cuatro paredes de la neutralidad valorativa propia de la técnica. Por el contrario, aspiraba a poder pronunciarse con solvencia acerca de la correspondencia entre el derecho y los valores que estaba llamado a satisfacer. Pero lo hacía de modo bien diverso al dualismo iusnaturalista de épocas anteriores, según apreciaremos seguidamente, al examinar las relaciones entre la ciencia jurídica y el derecho legislado.

### *Método jurídico y filosofía de los valores*

El tipo de relaciones entabladas entre ambos extremos se deduce en buena parte de lo ya expuesto. En primer lugar, se rechazaba de plano la salida normativista de la Escuela de Viena. Objeto de la ciencia jurídica no era, de forma exclusiva y excluyente, el ordenamiento jurídico-positivo, pero este rechazo no suponía desdén alguno hacia la norma jurídica como objeto de estudio. Solamente implicaba tomar la metodología formalista como útil para explicar un aspecto del ordenamiento, el lingüístico y formal, pero no su totalidad. Había de todos modos un punto en el que las preferencias normativistas y las del paradigma jurídico republicano confluían:

en ambos casos la materia de estudio era el derecho positivo, y los valores morales o sociales solo podían ser calificados de jurídicos cuando se habían traducido en una norma (escrita, consuetudinaria, jurisprudencial). Lo que ocurría es que elaborar una ciencia en torno al derecho positivo exigía abrirse a otras disciplinas concomitantes, que podían auxiliar al derecho en su tarea de conocer cómo se forman las disposiciones jurídico-positivas y por qué obtienen vigencia y eficacia en la sociedad.

Ahora bien, del mismo modo que el afán de sistema y completitud exigía esta apertura disciplinar, el colocar el derecho positivo en el centro del análisis imponía igualmente una labor depuradora. A la ciencia jurídica no le correspondía más hacerse cargo de forma especializada del conocimiento de ámbitos de la realidad que competían a la psicología, a la antropología, a la sociología, a la historia o a las ciencias naturales. En el derecho penal, por ejemplo, después de la oleada positivista del cambio de siglo, los autores delimitaban ya con claridad la ciencia del derecho penal y otras ciencias colindantes, pero independientes, como la antropología criminal<sup>56</sup>. Del mismo modo, en las doctrinas constitucionalistas se distinguía ya con rigor el derecho político del estudio de la sociedad (sociología), de la historia institucional (historiografía) o de la actividad política (ciencia política). Objeto y materia de estudio del saber jurídico era ya fundamentalmente el derecho del Estado (y del resto de instituciones con derecho propio, como la Iglesia), aunque la correcta comprensión del mismo sugiriese el empleo de ciencias auxiliares y aunque los juristas, por vocación e interés, pudieran interesarse en cultivar otras disciplinas vecinas, pero independientes, como la sociología o la antropología.

La centralidad recobrada por el derecho positivo como asunto de estudio propició la práctica del llamado *método jurídico*, denominado en el campo del derecho penal como *dogmática*, precisamente por tomar como dogma incontrovertible lo dispuesto en la legislación<sup>57</sup>. Esta im-

56 LÓPEZ-REY, Manuel: *Concepto, método, fuentes y programas de Derecho penal*, 1935, memoria de cátedra depositada en el expediente de su oposición, caja del Archivo General de la Administración (Alcalá de Henares), sign. 32/13528. Sobre este giro en la penalística española de los años 1930, y sobre el nacimiento y aplicaciones de la teoría jurídica del delito seguidamente aludida, véase MARTÍN, Sebastián: "Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)", *Quaderni Fiorentini*, 36 (Florencia, 2007), pp. 503-609, esp. pp. 562 ss.

57 "Para el jurista, es derecho todo cuanto el oráculo del poder político promulga

portancia nuclear de las normas jurídico-positivas no se disolvía, como ocurría en el modelo de la España isabelina o en el apartado histórico correspondiente de modelo de la Restauración, en su comentario y exégesis. El hecho de que la depuración sistemática y conceptual constituyese uno de los criterios de científicidad del nuevo paradigma lo impedía. El jurista no había de reproducir ni glosar lo legislado, sino que debía construir sobre su base. Para ello tenía que identificar las unidades conceptuales mínimas, relacionarlas y mediante el principio de deducción y no contradicción formar un sistema de enunciados coherente, autosuficiente y útil para conocer y criticar el derecho positivo. De esta forma, la legislación era, al mismo tiempo, punto de partida de la reflexión jurídica y objeto final de su labor crítica, al menos en la medida en que las leyes eran contrastadas con el sistema diseñado y construido por la dogmática.

Este giro se hizo muy patente, por ejemplo, en el campo del derecho penal. Se renunció expresamente al cultivo de la disciplina según el canon positivista, que se inclinaba por el estudio antropológico del delincuente y por el análisis sociológico y biológico de las circunstancias que causaban los delitos, y se prefirió en su lugar elaborar una *teoría jurídica del delito*, es decir, dogmática del derecho penal sobre la base de lo legislado y recogido en el código y las leyes especiales. Se trató de una inflexión abanderada por Luis Jiménez de Asúa<sup>58</sup>, propiciada por la traducción de Edmund Mezger debida a José Arturo Rodríguez Muñoz<sup>59</sup> y cultivada con brillantez por otros discípulos de Asúa como Emilio González<sup>60</sup> o Manuel López-Rey.

También se pudo apreciar este cambio en el terreno del derecho político o constitucional. Excluyéndose del análisis la teoría de la sociedad o el estudio de la dinámica del poder político, interesaba ahora el examen técnico del derecho constitucional y de las instituciones fundamentales del Estado. No es casual que la Constitución de 1931 produjese en torno a sí una abundante literatura, no siempre de calidad y con rigor técnico-

y reconoce como tal" (RECASENS SICHES, Luis: *Los temas de la Filosofía del derecho en perspectiva histórica y de futuro*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 7).

58 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *La teoría jurídica del delito. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 á 1932*, Madrid, Impta. Colonial Estrada Hnos., 1931.

59 MEZGER, Edmund: *Tratado de Derecho penal* (1933), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, 2 vols.

60 GONZÁLEZ LÓPEZ, Emilio: *La antijuricidad*, Madrid, Tip. de Archivos, 1929.

jurídico, pero demostrativa al fin y al cabo de cuál pasaba a ser el tema fundamental de la materia. E igual ocurrió en el derecho internacional propuesto por Antonio Luna, centrado en el aspecto que él consideraba estrictamente jurídico y depurado de todos los contenidos que eran tradicionales en la asignatura, pero que ya se ubicaban deliberadamente en la órbita del análisis de las relaciones internacionales<sup>61</sup>.

Contra lo que sostiene una historiografía jurídica de corte tradicionalista e iusnaturalista, esta revalorización del derecho legislado, casi siempre estatal, en el pensamiento jurídico no implicó su devaluación ni aun el menoscabo de su normatividad ética. En cuanto a su calidad, aconteció justo lo contrario: en contraste con lo producido por el saber jurídico en décadas anteriores, el nuevo paradigma resultó más refinado y valioso y puso en evidencia el carácter ideológico de buena parte de la retórica que había colonizado la ciencia jurídica decimonónica. Y en cuanto a su dimensión ética, el método jurídico no significó, sin más, una sumisión del jurista al legislador. Por el contrario, la adopción (parcial) de esta incipiente dogmática jurídica estuvo cargada de consecuencias políticas y técnicas.

En efecto, según se ha sugerido, la dogmática permitía criticar la legislación desde un punto de vista inmanente y técnico. Además, su misión de señalar al legislador los medios óptimos para la satisfacción de sus fines lo colocaban en una posición de relevancia fundamental. Pero, por lo que ahora concierne, lo más destacable es que este giro epistemológico se basó en motivos ético-políticos. La teoría jurídica del delito, por ejemplo, se alzaba sobre el convencimiento del papel crucial del principio de legalidad penal y del uso torcido que los regímenes dictatoriales, como el de Primo de Rivera que acababa de fenecer, podían realizar de las doctrinas penales positivistas, en especial de las que abogaban por el castigo de la peligrosidad sin delito o por la concepción del delito como una institución para la defensa social. La juridificación del derecho internacional, aunque en el caso de Antonio Luna tenía una clara tendencia ontológica e iusnaturalista, como también en el de Legaz Lacambra<sup>62</sup>, lo cierto es que servía

61 LUNA, Antonio de: *Memoria presentada a las oposiciones a la cátedra de Derecho internacional público de la Universidad de Madrid*, Madrid, 1932.

62 LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Las garantías constitucionales del Derecho internacional (Con especial referencia a la Constitución española)*, Madrid, Revista de Derecho Público, 1933, separata de un artículo publicado en la *Revista de Derecho Público*.



para fundamentar la existencia de una sociedad internacional de carácter universalista, para justificar, criticar u orientar las instituciones que habían de gobernarla, fundadas bajo la forma de una Liga de las Naciones en el Tratado de Versalles, y para legitimar la existencia y funcionamiento de una Corte Internacional de Justicia.

La aparición y auge de la dogmática constitucional sirvió asimismo para consolidar en el ámbito de la teoría la supremacía a la que en la práctica aspiraba la norma fundamental. Todavía continuó pensándose que, científicamente, la Constitución de la República era una especie del género del Estado de derecho, con lo que correspondía examinar primero la generalidad (la teoría del Estado) para inscribir en ella después lo particular (la Constitución española, comparada a su vez con las extranjeras). Sin embargo, hubo ya autores, como Francisco Ayala, que extrayendo consecuencias cognitivas del principio de supremacía constitucional, prefirieron refundir los dos extremos tradicionales de la disciplina (teoría estatal, derecho constitucional) para comenzar a entender los aspectos fundamentales del Estado como derivación de la ley fundamental. Incluso hubo juristas que, en el ámbito del derecho privado, señalaron la necesidad de reformar aspectos sustanciales del ordenamiento para lograr su adecuación a la Constitución<sup>63</sup>. Precisamente la importancia concedida al derecho positivo fue la vía para afianzar la supremacía constitucional, y con ello justificar la prioridad de los derechos registrados en la misma ley fundamental y la necesaria constitucionalización de los restantes sectores del ordenamiento jurídico.

Centrar el saber jurídico en el conocimiento del derecho positivo estuvo, pues, cargado de consecuencias ético-políticas. Pero es que además, como se ha comentado, el modo de discurrir de los juristas republicanos no proscribía la referencia explícita y material a los valores. A través de la fenomenología de Husserl, de la ética de Max Scheler<sup>64</sup> o de la filosofía de Ortega<sup>65</sup> se defendía la objetividad (apriorística o material) de estos valores éticos, que entraban así en la órbita de preocupaciones

63 ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto: *Repercusiones de la Constitución fuera del Derecho político*, Madrid, Reus, 1931 y BATLLÉ, Manuel: *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*, Madrid, Impta. de Galo Sáez, 1933.

64 SCHELER, Max: *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Werthetik*, Halle, Max Niemeyer, 1921<sup>2</sup>.

65 ORTEGA Y GASSET, José: "Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?" (1923), en *Obras completas*, tomo III, Madrid, Taurus, 2008, pp. 531-549.

de filósofos y teóricos del derecho sin por ello recaer en el viejo iusnaturalismo<sup>66</sup>. De hecho, salvo en el reluctant escosticismo, casi todos los juristas entendían por dichos valores cristalizaciones sociales de naturaleza moral, que señalaban las creencias y preferencias éticas que habían ido sedimentándose en el decurso histórico y que pugnaban por transmutarse en derecho válido y refrendado por el Estado. No se trataba ya, pues, de un código moral exterior, procedente de la teología cristiana o del economismo liberal, sino del conjunto de valores que, por diferente justificación (por constituir categorías a priori, por ser el resultado de una correlación de fuerzas, por expresar las expectativas de progreso del hombre...), había logrado implantarse en la sociedad. Ni eran trascendentes ni exteriores al propio desarrollo histórico-social, y su fisonomía real, en la práctica, era la que un grupo minoritario y elitista de juristas le concedía, mas no por invocación del mandato divino o de la mano invisible, sino por el análisis cuidadoso de la estructura y desenvolvimiento sociales. Puede así decirse que por entonces rigió una suerte de *derecho natural socializado*, que ni estuvo desconectado del tejido social real, solapándose a él como normatividad heterónoma, ni tampoco se halló por completo desligado del derecho positivo, como podía ocurrir en el antiguo dualismo iusnaturalista, pues los valores registrados en la Constitución servían de punto de engarce.

Por las relaciones establecidas entre este universo tangible de valores y el de las normas jurídico-positivas pueden identificarse tres modelos de ciencia jurídica circulantes en aquel tiempo. Cuando el derecho positivo era sometido por completo a los primeros nos encontramos ante corrientes objetivistas y ontológicas, resueltas habitualmente en una crítica premoderna a las instituciones democráticas y republicanas como ilegítimas por no adecuarse a la estructura objetiva, auténtica e inamovible de la nación (del pueblo o de la comunidad).

Cuando, por el contrario, lo único significativo era el derecho positivo, no porque la trama objetiva de intereses sociales fuese de calidad subalterna o irrelevante, sino por el simple hecho de que su análisis y conocimiento caía fuera del campo de la ciencia jurídica, nos hallamos ante las corrientes formalistas y normativistas. Como Schmitt sostenía, se trataba de sistemas teóricos sofisticados sumamente útiles para comprender la estructura y dinámica del ordenamiento en tiempos de máxima estabilidad,

66 RECASENS SICHES, Luis, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, pp. 78 ss.

cuando no existen dudas acerca de la legitimidad de las normas y su eficacia se verifica sin obstáculos. Ahora bien, la renuncia, puramente metodológica, a relacionar los valores y las normas dejaba inerte a esta metodología frente los retos que marcaban la época y las decisiones que exigía, también a los dedicados al derecho. Implicaba, en suma, una huida hacia adelante que los juristas españoles no estuvieron dispuestos a acometer.

Por último, figuraba una corriente dialéctica, que en vez de someter el ordenamiento al universo de los valores sociales, y en lugar de considerar hipotéticamente que el derecho podía operar sobre un terreno neutro y sin obstáculos, prefería poner en relación dialéctica ambos extremos, considerándolos como los polos inextricablemente unidos de un mismo proceso. Era en esta última tendencia donde se colocaba el paradigma jurídico de la República.

Esta íntima vinculación permitía localizar los valores atendidos por las normas jurídico-positivas y advertir que, en caso de aprobarse un ordenamiento construido de espaldas a la fisonomía social, solo podría lograrse su eficacia a través de la represión, y no por largo tiempo. Del mismo modo, desde esta perspectiva podía comprenderse y legitimarse la capacidad transformadora del derecho positivo, su facultad para modificar sustantivamente las relaciones sociales disciplinándolas y aproximándolas a lo establecido previamente en las normas. Ni el aspecto axiológico ni el jurídico-positivo quedaban descuidados, analizándose ambos en su mutua compenetración y defendiéndose además la conveniencia ético-política de su relativa proximidad.

### *El saber jurídico como técnica y el jurista como experto*

Queda por explicitar cuáles fueron las relaciones que en el seno de este nuevo paradigma se marcaron entre el saber jurídico y la política práctica. Recordemos que en el discurso de los juristas isabelinos la ciencia del derecho desarrollaba una función legitimadora de la política oficial, anclando sus decisiones en la tradición, al tiempo que desplegaba una función adoctrinadora en las aulas, de inoculación cultural en los valores dominantes y de cultivo de la obediencia a la ley estatal. En el caso de los juristas de la Restauración las relaciones con la política práctica fueron más complejas. Por un lado, la ciencia del derecho, en cuanto enunciativa de la verdad, aspiraba a una clara posición de superioridad respecto del

arte de gobierno, pero, por otro lado, el hecho de que se articulase con un léxico indiferenciado, fuese producida en ocasiones por dirigentes políticos y se resolviese al final en propuestas legislativas nos hace ver que las distancias con respecto a la praxis política no eran tan grandes. Cosa bien distinta ocurrió durante la República.

Ahora el léxico de la ciencia jurídica se diferenciaba considerablemente del de la política práctica. Las diferentes ramas que conformaban su enciclopedia se especializaban cada vez más, sin perder de vista la organicidad y universalidad de los postulados básicos. Por otra parte, los juristas que cultivaban sus respectivas disciplinas solían ser profesionales expertos en su materia, con compromisos colaterales en política, o con presencia institucional en tribunales y organismos del Estado justificada por su competencia técnica. El caso de hombres literalmente geniales como Luis Jiménez de Asúa, capaz de conciliar una especialización irrefragable en su materia —hasta el punto de ser el maestro de la principal escuela de penalistas españoles del momento y de impulsar personalmente el giro epistemológico antes referido— con una dedicación infatigable, y repleta de frutos, a la política, era, desde luego, un caso verdaderamente excepcional. La gran mayoría de los juristas republicanos, o fueron exclusivamente profesionales de su materia, u ocuparon cargos institucionales en calidad de expertos en derecho.

Según se ha sugerido con anterioridad, la condición técnica del saber jurídico le colocaba en una posición peculiar respecto a la praxis de gobierno. De una parte, podía valorar críticamente las normas producidas por la política por su encaje deficiente en la estructura conceptual y sistemática construida por la dogmática, pues ésta no solo servía para conocer sino también para criticar el derecho positivo. De otra parte, en tanto que experto, al jurista correspondía señalar los medios óptimos para la satisfactoria consecución de los fines marcados por la política. En este sentido, los juristas estaban llamados a desempeñar una labor consultiva y propositiva respecto de la política práctica que tuvo su plasmación, de calidad considerable y de un valor historiográfico todavía por desentrañar, en los trabajos de la Comisión Jurídica Asesora, compuesta por los principales juristas del momento, entre otros, algunos profesores de la Central como Nicolás Pérez Serrano, Luis Jiménez de Asúa o Antonio Luna.

Podría decirse que esta misión puramente consultiva e instrumental relegaba al jurista a una posición subalterna respecto de la política

práctica. En efecto lo hacía. Y a mi juicio estuvo bien que así fuera, sobre todo dado el marco constitucional en el interior del cual se suponía que debía actuar el poder público. Si el jurista había de abstenerse de valorar, en tanto que científico, los fines propuestos por la acción política, era también porque ésta ya comenzó a desenvolverse con arreglo a requisitos democráticos: sufragio universal, democracia parlamentaria, derechos políticos plenamente reconocidos en la Constitución... Y en un sistema político así establecido, el lugar idóneo del jurista no es desde luego el de quien enuncia la verdad científica en contra de los designios de la política, sino el del experto que los acata, contribuye a su realización con los mejores medios o censura los empleados por el poder público cuando éstos son incongruentes con los fines que dice perseguir. Aunque también, recuérdese, la posición del jurista podía consistir en contrastar las decisiones de la política con los valores sociales que el derecho, en un Estado constitucional, como intentó serlo la República, había de salvaguardar y promover.