

## **LA CUESTIONABILIDAD DE LA CONSIDERACION DEL DERECHO COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA SOCIEDAD**

FERNANDO GALINDO AYUDA  
España

El tema general bajo el que se ampara el X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (El Derecho, rector de la vida económica, política y cultural del mundo contemporáneo) me sugiere unas reflexiones acerca de su vigencia en cuanto es expresión de un punto clave de la teorización en torno al derecho. El tema puede ser expuesto, con otras palabras, como el de la consideración del derecho regulador de la sociedad, el derecho con capacidad transformadora de la realidad. Por ello en el presente trabajo se discurre acerca de la realidad del principio en la actualidad como resultado de la evolución de los acontecimientos políticos y económicos así como su reflejo en la discusión filosófico-jurídica de los dos últimos siglos. Se pretende reseñar el contexto en que se defiende este principio con miras a señalar su virtualidad, su significación, hoy. Para esto se efectúa un análisis histórico del principio observando sus peripecias a lo largo del discurrir del pensamiento más relevante en la historia de la “ciencia” del derecho de los últimos tiempos, quedando de manifiesto la consideración que ha tenido y tiene en la actualidad con lo que se dilucidará el contexto y significado de la afirmación de que el derecho sea “rector” del mundo contemporáneo.

En concreto se observa aquí, en primer lugar, el asentamiento del principio a consecuencia de la nueva realidad que significa el Estado moderno, existiendo una filosofía que lo justifica. Después se anotará que al poco tiempo de reconocerse jurídicamente comienzan las críticas a esta filosofía dejándose, no obstante, incólume la potestad de modificar a la sociedad a la voluntad general manteniéndose con su formulación, hasta el presente, la garantía racional del Estado, pese a la calidad de las críticas contra lo racional y la afirmación de su valor transcendente que se han levantado en los dos últimos siglos, impidiendo la efectividad de posiciones críticas al respecto que asuman la realidad de la era industrial con interés de superarla mediante una perspectiva de carácter emancipatorio.

Por último hay que reseñar que las reflexiones que a continuación se exponen tiene intención de describir unas circunstancias; no creen en la efectividad de una u otra respuesta, de las que en el trabajo se exponen, a las exigencias del mundo moderno en cuanto ella ha de comprobarse con la practica científica. Ellas sólo auspician el afrontamiento de la realidad para quienes reflexionen sobre el derecho dado que hasta ahora, en buena medida en lo que conocemos por mundo industrial, se han negado a efectuar.

## I

La consideración del derecho como principio rector de la sociedad tiene su origen en las creencias de los “filósofos” de la Ilustración. Hasta ellos el contenido de la idea del derecho (el “derecho natural”) no estaba integrado sino por unas normas modelos que cabían aplicarse a una situación concreta; era una orientación para el actuar político. Ahora —en el siglo XVIII—, el derecho estaba legitimado por siempre por la naturaleza y, con la ayuda de las leyes, ya no sólo orientaba sino que había de instruir una organización técnicamente correcta.<sup>1</sup> Se creía que el derecho natural era el más fiel reflejo de la naturaleza debiendo transformarse en derecho positivo en cuanto éste había de reducirse a la observancia de las mejores leyes posibles que constituyen el orden más ventajoso para los hombres reunidos en sociedad, siendo aquellas las que *la razón* descubre, constatando a la vez que es dañoso y absurdo no conformarse a ellas.<sup>2</sup> De ahí la proliferación en Europa de tratados de ciencia de la legislación o de las penas, o tratados de policía, en los cuales se contenía una ciencia del derecho contempladora y reguladora de todas las posibles actuaciones de los individuos sin tener en cuenta la realidad sino que sus principios no eran sino derivación lógica del principio característico —esencial— del hombre en que cada “científico” creyera según sus conocimientos. Había, generalizado, una coincidencia en el punto fundamental que el derecho y la ciencia jurídica debían amparar: el principio del “individualismo posesivo”,<sup>3</sup> recogiendo los postula-

<sup>1</sup> Jürgen Habermas, *Teoría y Praxis: Ensayos de Filosofía social*, trad. D.J. Vogelmann, Buenos Aires, 1966, p. 66, 69.

<sup>2</sup> Se podrían aquí aportar innumerables testimonios de “filósofos” al respecto, me conformo con remitir a un autor no francés que tuvo un gran predicamento en la época. Véase en relación con lo dicho: Cayetano Filangieri, *Ciencia de la legislación*. Escrita en Italiano por el Caballero... Traducida al castellano, tomo I, Madrid, 1813, p. CXLV-CXLVIII.

<sup>3</sup> Principio reducido a que “el hombre es libre y humano en virtud únicamente de la propiedad de su persona, y que la sociedad humana consiste esencialmente en una serie de relaciones comerciales”. Según C.B. Macpherson en *La teoría política del individualismo posesivo*, *De Hobbes a Locke*, trad. J.R. Capella, Barcelona, 1970, p. 231.

dos de John Locke desenvueltos por filósofos e ideólogos, libre el hombre en su actuar de los privilegios que lo ataban. En definitiva, concretamente, se coincidía en la postulación de la liberación de la propiedad privada de los privilegios feudales.

Todo ello obtendrá reconocimiento jurídico en las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano francesas, donde a consecuencia de haberse producido una revolución con amplia participación popular también se recogerá el principio de igualdad (consustancial a la eliminación de privilegios) así como el de la participación política al plasmarse el mecanismo “rousseauiano” de la voluntad general, lo que tendrá una gran importancia para el futuro en cuanto nueva razón participativa que actualizaría el derecho racional transformando a la sociedad.

No obstante esta confianza absoluta en la razón pronto terminaría: la aplicación del principio de igualdad podría llevar a la guillotina a los nuevos detentadores de la propiedad —burgueses—, tal y como se vio en el proceso revolucionario francés, así como llevara a la misma a los miembros del antiguo régimen.

## II

Los planteamientos filosóficos que consideraban al derecho rector de la sociedad, coetáneamente a su instalación jurídica, habrían sido relegados de la discusión por Immanuel Kant con su teoría crítica que privaba de la posibilidad del conocimiento de lo espiritual.

Desde Kant el único conocimiento posible era el de lo empírico, por tanto difícilmente cabría que el derecho racional regulara la sociedad cuando ni siquiera era posible conocer qué era derecho. Kant reduciría el sentido de derecho, en la *Metafísica de las costumbres*, al de la suma de las condiciones bajo las cuales la arbitrariedad de uno con la arbitrariedad de otro pueden ser unidas según la ley común de la libertad.<sup>4</sup> El derecho era meramente la organización de la libertad personal y de su relación con la libertad de otras personas; quedará así imposibilitada la capacidad modificadora de la razón. Pero quedaba el esquema de la revolución burguesa. El derecho nunca dejará de seguir teniendo poder rector de la sociedad: le mantendrá la voluntad general solamente. La voluntad general no era peligrosa en cuanto,

<sup>4</sup> Dice Immanuel Kant en *Die Metaphysik der Sitten*, ed. a cargo de Wilhelm Weischedel, *Werkausgabe*, Bd. VIII, Frankfurt a. M., 1977, p. 337: “Das Recht is also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann”.

pese a sus implicaciones, el poder burgués se habría ocupado de hacerla convivir con la tradición monárquica o con la restricción de sus portavoces mediante la elaboración del apropiado sistema representativo a semejanza de las instituciones inglesas. De ahí que siguiera como suprema razón en cuanto garantizaba el cumplimiento de los principios burgueses fundamentando el poder frente al antiguo régimen al principio y a las reclamaciones de los “miserables” después. El voto censitario de la Europa de la restauración daba voz sólo (como ocurría en Inglaterra y Estados Unidos) a los que hablaban de la conservación del orden adquirido. Ya no sería necesario ampliar el campo participativo, hacer uso de la carga revolucionaria de la razón igualitaria: instalada la clase burguesa en el poder sólo quedaba afirmarse en éste mediante la positivación del derecho por un órgano representativo burgués que legislara bajo el respeto del principio de la propiedad privada reconocido en la revolución.

En Alemania nacería la ciencia del derecho que se ocuparía de la construcción del sistema que habría de recoger el legislador fortaleciendo el nuevo orden social pese a que sólo tardíamente se pudiera constar con un Estado constituido. Sistema, ciencia del derecho, principio de la propiedad privada... continuaba la razón.

Pervivía la razón pese a que la ciencia del derecho que naciera con Friedrich Carl von Savigny en el siglo XIX, partiendo precisamente de la crítica a la teoría ilustrada del fundamento del derecho en la razón, fuera el complemento a la crítica de Kant.<sup>5</sup> Savigny expondría la idea de que el derecho no era originado a través de la voluntad estatal sino que era derecho por su interior, real, fuerza.<sup>6</sup> Por tanto todo derecho era en primer lugar derecho consuetudinario y no derecho positivo. La fuerza del derecho (que sólo lo era el positivo) descansaba, en contrario a lo que dijeran los iusnaturalistas del siglo XVIII, en el pueblo mismo. Se fundamentaba lo que los filósofos habían sentido: la función del derecho, una vez puesto por la voluntad general, o el “órgano” o “representante” del pueblo, de modificar y transformar la sociedad: ser el principio rector de la misma. La postura de Savigny significaba la insistencia en el asentamiento de la ideología burguesa por medio de la apelación a algo menos criticable que la razón: el mismo pueblo a través de la historia. Sólo que no descartaba, sintomáticamente, una idea tan típicamente racional como la de

<sup>5</sup> Rudolf Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1968, p. 71.

<sup>6</sup> “Durch innere, stillwirkende Kräfte”: Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 14. Al respecto puede verse también p. 8a, 11, 14, 23.

la codificación: ocurría que ésta no podía efectuarse mientras la ciencia del derecho no hubiera investigado en la historia del mismo el contenido de aquella. En definitiva la Historia de Savigny era una historia de los conceptos y principios del derecho o una historia dogmática. Sus seguidores (desde Georg Friedrich Puchta hasta Bernhard Windscheid) se encargaron de así hacerlo, quedando claro que la razón volvía de nuevo a garantizar la fuerza del derecho en su afán por regir a la sociedad. Cabe decir que la escuela histórica finalizó en un positivismo jurídico antihistórico, fundamentando el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896: el orden burgués alemán.

Por tanto el concepto de derecho que asumía la ciencia del derecho alemana recuperaba el valor que le habían atribuido los filósofos: el derecho tenía capacidad de influir en la sociedad justificada por la razón y no sólo por la decisión de los representantes de la voluntad general (al fin y al cabo esta idea tenía sus peligros como se comprobaría en la práctica política de la segunda mitad del siglo XIX). Se había asumido la construcción de una ciencia del derecho que ordenara y elaborara el sistema del derecho positivo. De nuevo se actuaba con la creencia de que la razón constituyera derecho pese a que esto no fuera científico en cuanto las ciencias, todavía, sólo pudieran serlo las empíricas y por tanto no las espirituales. El intento de vincularlas al pueblo no surtiría efecto legitimador científico. Se volvía a los presupuestos fisiocráticos aunque se buscara ampararlos formalmente en algo más tangible que la razón.

La dogmática —ciencia del derecho— no perderá su carácter de ordenador del derecho positivo con base en categorías formales —idealista— hasta nuestros días donde todavía perdura —una vez no está aceptado otro método de acercamiento al derecho— el sentido de ciencia del derecho que Savigny iniciara. Con ello cabe afirmar que los esfuerzos reflexivos en torno al derecho habrían quedado en la elaboración de una ciencia del mismo ejecutora del principio de “maximización de utilidades”<sup>7</sup> que preconizaran los ideólogos: no eran sino la justificación teórica, “filosófica”, de los principios del derecho burgués.

<sup>7</sup> Estima Habermas (*op. cit.* p. 59) que la Revolución Francesa y antes la inglesa usarían de una nueva concepción de derecho que delimitara... “una esfera neutral de la dirección personal, en la cual cada ciudadano puede perseguir, en su condición de particular, y en forma egoísta, objetivos de maximización de utilidades”.

### III

La explotación que comportaba el modelo de producción capitalista, más extendido conforme se asentaba el orden burgués, provocaría la protesta progresiva de los explotados quienes durante el siglo XIX protagonizaron manifestaciones de descontento cuya cúspide tal vez puede señalarse en el fenómeno de la Comuna de París, continuación de los descontentos que por los “pobres” en el XVIII se patentizaron en la revolución de Francia, aunque con otras características en cuanto la protesta de la Comuna, tenía por objeto el orden de los “ciudadanos” —de ahí que al mismo tiempo pueda considerarse punto de partida de revoluciones posteriores—. Los desposeídos comenzarían a organizarse en la defensa de sus intereses, exigiendo la aplicación de aquellos principios de razón que hacían mención a la igualdad y que habían sido recogidos a consecuencia del protagonismo popular en el frontispicio del orden jurídico burgués. Sólo que las reclamaciones continuarían más allá, en cuanto en este contexto nació el marxismo que propondría la destrucción del orden burgués aprendiendo las lecciones de la historia contemporánea. El marxismo recogería igualmente la tradición del pensamiento filosófico alemán; asimismo la atención por la economía de los “economistas” ingleses. Todo ello obligaría, en cuanto la teoría elaborada sería secundada, al inicio del replanteamiento de los principios del derecho y del Estado liberal a fin de evitar su destrucción. El último tercio del siglo XIX y los inicios del XX con la “gran crisis” supondría el periodo de construcción del concepto de Estado social.

El marxismo significará un cambio radical en los planteamientos del derecho y del Estado. En nuestro problema pondrá en claro que la apelación a la razón era la justificación del dominio de una clase sobre otra. Asimismo que el derecho no influye sobre la sociedad. En lo que hace a la formulación racional del derecho, lo explicaría Karl Marx en sus primeros escritos precisamente contra las afirmaciones de Savigny, señalando que su historia del derecho era un idealismo y que el análisis que debía efectuar la ciencia del derecho debía ser realista.<sup>8</sup> Más adelante Marx no prestaría atención al derecho y a la

<sup>8</sup> Wolf Paul, *Der aktuelle Begriff marxistischer Rechtstheorie*, en *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, ed. a cargo de Hubert Rottleuthner, Frankfurt a. M., 1975, p. 80: “Als Alternative zu Savignys idealistischer, am historischen Rechtssatz- und ordnenden, mithin historisch-hermeneutischen ‘Rechtswissenschaft’ postuliert Marx eine realistische, nämlich geschichtlich-gesellschaftlich ausgerichtete Rechtswissenschaft, die sich die Erforschung des Rechts als eines gesellschaftlichen und politischen Phänomens zur Aufgabe macht”. (El subrayado es del original).

ciencia del mismo en cuanto eran objeto de su atención otros problemas por él considerados mas relevantes en congruencia con su teoría.<sup>9</sup> Pero mediante su posición teórica materialista explicará que la infraestructura es lo importante en el análisis de la realidad y que el derecho es secundario: está determinado, en última instancia, por la base económica de la sociedad. Según este planteamiento sería falso que el derecho fuera el principio rector: el derecho representaba los intereses de una clase social, la clase dominante, y por tanto son los intereses económicos de esta clase los rectores. Con esto aparecería por primera vez la posibilidad de trascender el esquema de razón liberal en su totalidad en cuanto significaba eliminar incluso la creencia en la fórmula de la voluntad general, así el derecho se vincularía con la sociedad absolutamente. A estos efectos importe aquí consignarlo porque el esfuerzo de Marx es el punto de partida científico para variar la reflexión sobre el derecho así como sobre la sociedad y por tanto el carácter de las ciencias humanas. Estas encontrarán su aproximación a las ciencias de la naturaleza en cuanto se podían cuantificar las actuaciones y el pensamiento humano mediante la construcción materialista. Las ciencias no naturales tenían la posibilidad de hacerse empíricas al considerar un nuevo objeto de estudio: la sociedad.

No obstante todo lo dicho es preciso apuntar aquí que si bien la teoría marxista sería el reflejo más característico de la sociedad en la que surge, los mismos caracteres de la propia sociedad analizada forzarían a los “no marxistas” a reflexionar sobre la insuficiencia de los planteamientos del positivismo jurídico para cumplir con las exigencias que programáticamente tenía el derecho: conformar la sociedad para que pudiera prosperar el principio del libre mercado.

#### IV

A mediados del XIX, por tanto, comenzaría a surgir con necesidad acuciante la conciencia de que la sociedad había de ser objeto central de estudio y no el individuo en concreto. Habría de tener en cuenta en toda reflexión que los protagonistas de la historia no eran sólo los ciudadanos sino también los considerados hasta ese momento como no ciudadanos. Desde el punto de vista de los estudiosos del derecho y del Estado, aunque sólo fuera por asegurar la pervivencia del siste-

<sup>9</sup> Debido a las circunstancias de la época en que expusieron sus teorías tanto Marx como Friedrich Engels se dedicaron al estudio de lo económico y al del conflicto político pero nunca descartaron el análisis de otra temática. Véase a estos efectos: Federico Engels, *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, Madrid, 1970, Nota preliminar, p. 7s; también Carlos Marx, *Trabajo asalariado y capital*, Madrid, 1968, p. 21.

ma, se hacía necesario en la reflexión introducir tal dato. La propia dialéctica del desarrollo del sistema capitalista obligaba a pensar en unas relaciones sociales orgánicas, interdependientes, establecidas en función de una división del trabajo en la sociedad industrial con caracteres de solidaridad orgánica en lugar de la solidaridad mecánica típica de la división del trabajo liberal. De ahí la sociología como ciencia que en lo que hace al derecho se transformará en sociología del derecho al hacerse consciente que es de la sociedad de donde depende el derecho.

Por lo que respecta a la Europa racionalista Emile Durkheim en Francia con sus *Leçons de Sociologie*, subtituladas “*Physique des moeurs et du droit*”,<sup>10</sup> iniciará la problemática al respecto partiendo del análisis de las relaciones de producción. En Alemania —cuna de la jurisprudencia conceptual pero también de un fuerte desarrollo industrial— Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Max Weber y Theodor Geiger formularán sus planteamientos teóricos que posteriormente serán consideradas las bases de la sociología del derecho alemana como ciencia, que partiría de la idea de que el derecho dependía de la realidad social: era un producto social. No obstante serían estos movimientos minoritarios e incluso contradictorias entre sí:<sup>11</sup> los finales del XIX y principios del XX en Alemania estaban marcados por la dogmática del derecho positivo (el BGB de 1896) compatible con la reflexión “neokantiana” en sus distintas facetas. Hans Kelsen será el formulador de la teoría sobre la imposibilidad de la existencia de algo fuera del positivismo mediante su “*reine Rechtslehre*”. La solución alemana a las contradicciones del sistema liberal por su propia dinámica, puestas de manifiesto después de la primera guerra mundial, sería el nazismo.

No es hasta que no haya consciencia del “capitalismo tardío” que no se podrá propiciar más ampliamente reflejar en lo jurídico el cambio social; lo que comenzó a sentirse necesario desde el momento en que la sociedad con su realidad compleja exigía el reconocimiento de su protagonismo. Entonces las exigencias de la realidad, las contradicciones del derecho positivo con la misma, la impotencia de aquél y

<sup>10</sup> Thomas Raiser, *Einführung in die Rechtssoziologie*, 2a. ed., Berlin, 1973, p. 1.

<sup>11</sup> Sobre los planteamientos teóricos de los referidos y sus contradicciones puede verse: *ibidem*: p. 58-80. Con respecto a la historia de la sociología del derecho alemana puede verse: *Soziologie, Fischer-Lexikon*, ed. a cargo de René König, Frankfurt a. M. 1967, voz “Recht”, p. 253-258; *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, ed. a cargo de Axel Görlich, München 1972, voz “Rechtssoziologie”, p. 337-343, p. 5-24; Oskar Hartwig, *Rechtstatsachenforschung im Übergang. Bestandsaufnahme zur empirischen Rechtssoziologie in der Bundesrepublik Deutschland*, Göttingen 1975.



de la ciencia que en él se basa para satisfacer la exigencia del Estado liberal de conformar la realidad en cuanto el derecho vivía en un mundo preindustrial, precientífico y predemocrático,<sup>12</sup> provocaron al inicio de la asunción de la nueva perspectiva con respecto al derecho. Resultaría entonces (mediados de la década de los años sesenta) evidente que la dogmática al margen de la sociedad entendida como explicación u ordenación del derecho positivo no podrá satisfacer las necesidades de la vida tecnificada que precisaba de unas concepciones jurídicas abiertas a la planificación, al cambio del sentido del Estado en cuanto ya no se estaría ante el Estado liberal sino ante el Estado social. La ciencia del derecho había de partir de la sociedad para formular sus hipótesis. Habría de tener en cuenta que el derecho es un fenómeno social. Las teorías sociológicas que se señalaban más arriba como precursoras de esta actitud asumieron el dato que habría de tenerse en cuenta a la hora de formular la dogmática: la sociedad. Esto se lleva a cabo en la actualidad por un relevante número de sociólogos del derecho en Alemania pasada la época de las formulaciones teóricas y desarrolladas, aunque sólo inicialmente, las técnicas apropiadas para la empiria sociológico-jurídica.<sup>13</sup>

Con ello se estaría superando la objeción kantiana en cuanto se ha fundamentado el derecho en una ciencia que puede satisfacer el método empírico. Pero no se ha superado la objeción que el desarrollo de la sociedad y la teoría marxista apuntaron: la impropiedad de atribuir al derecho el papel de rector de la vida social. No se insiste actualmente en la falsedad de este principio recogido en el derecho desde los tiempos "filosóficos". Como en el pasado apenas hay referencias respecto a que el derecho sea un mero instrumento. Incluso una vez acordado que el derecho del juez es el en verdad relevante siempre se ha acudido a preservar a la ley: se manifiesta que ella priva sobre la decisión judicial,<sup>14</sup> no se cuestiona su capacidad autónoma de transformar a la sociedad. De ahí que la dogmática alemana siga existiendo con sus concepciones "conceptualistas" hasta el punto de que estas sean un tema importante a considerar en la discusión por la

<sup>12</sup> Wietholter, *op. cit.* p. 10s.

<sup>13</sup> No cabe en este lugar referir ni siquiera un resumen de los trabajos efectuados o en curso de realización sólo reseñamos aquí que se han reeditado las obras de Ehrlich y las de Geiger; también se ha puesto especial atención en las de Arthur Nussbaum. Han surgido nuevas posiciones como las de Helmut Schelsky o las de Niklas Luhmann.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, la importancia que le da a la ley en el proceso de decisión jurídica: Rüdiger Lautmann en *Handlexikon cit.* voz "Richterliches Verfahren", p. 379-386. Con respecto a la ligazón a la Constitución véase: Jörn Ipsen, *Funktionsspezifische Aspekte richterlicher Verfassungsgebundenheit*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 2289-2294.

reforma del “*Ausbildung*” que se efectúa desde hace unos años en Alemania.<sup>15</sup> Por otro lado la mayor parte de los trabajos empíricos, de sociología del derecho, ponen de manifiesto que su intención es, asumido que la ciencia del derecho ha de contar con la sociedad, analizar la vida del derecho en esta última con el fin de construir una mejor teoría con la que perfeccionar el derecho positivo a efectos de que pueda efectuar su misión conformadora de la sociedad garantizando los principios del Estado a los que aquella está sometida, descubrir cómo estos principios han tomado una nueva forma en el sistema social. La mayor parte de tales trabajos no efectúan la crítica del derecho en relación con la sociedad: la necesidad de su transcendencia por su función alienante; no reparan en las exigencias sociales y por tanto la necesidad o no de que el derecho futuro sea otro. En definitiva no se está cuestionando el sistema.<sup>16</sup>

Asistimos así a un remozamiento de la creencia (en cierto modo “iusnaturalista”): la garantía de la pervivencia del positivismo jurídico pese a que sus fundamentos no sean científicos, admitido el carácter social del derecho (como se ha hecho ya en la sociología general donde se considera evidente este planteamiento). Apenas existen voces discrepantes pretendiendo que la sociología del derecho aspire a analizar críticamente la sociedad pese a que hubo una propiciación de estos planteamientos en Alemania en los finales de los sesenta e inicios de los setenta mediante la formulación de la teoría crítica del derecho que debía velar por una reflexión sobre el derecho, desde la perspectiva de efectuar una emancipatoria mediación entre teoría y praxis estudiando el papel del derecho en la sociedad crítica-

<sup>15</sup> Sobre la temática puede verse: Wolfgang Voegeli, *Einphasige Juristenausbildung. Zur Pathologie der Reform*, Frankfurt a. M./New York, 1979, p. 17-52.

<sup>16</sup> Refiriéndose al “*Ausbildung*” hace las siguientes preguntas, con respecto a la ciencia que puede provocar un entendimiento como el señalado de la sociología del derecho, Hubert Rottleuthner en *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a. M., 1973, p. 10: “Trägt eine sozialwissenschaftlich orientierte Juristenausbildung nicht bloss zur Verfeinerung von Herrschaftstechniken bei, weil Juristen, die später vornehmlich in staatlichen Agenturen tätig sind oder primär mit ihnen zu tun haben, ein besseres Orientierungswissen erlangen, das es ihnen erlaubt, das bestehende System nur noch effectiver zu stabilisieren? Kommt eine solche Ausbildung nicht bloss staatlichen Instanzen zugute, nicht aber denen, die sich als deren ‘Unterworfenen’ erfahren müssen, weil die Durchsetzung ihrer (kollektiven) Interessen als illegitim mit staatlich sanktionierter Gewalt unterdrückt wird?”.

mente, propiciando un asentamiento del derecho congruente con ello y no con los principios “racionales” del mundo moderno.<sup>17</sup>

## V

Observamos que de nuevo pervive, en un país industrial, la confianza en la construcción de un Estado y derecho quizás apropiado para otros tiempos frenándose el paso a las exigencias de la sociedad. Como en otras ocasiones la ciencia del derecho sirve para mantener lo que se tiene, no decidida a arriesgarse en el futuro, afirmando, como ya hicieran los fisiócratas en el siglo XVIII, que el derecho es rector de la vida económica, política y cultural del mundo contemporáneo pese a que la realidad señala diariamente la inadecuación del planteamiento. De nuevo el progreso clama a las puertas de la jurisprudencia pidiéndole imaginación sin encontrar nada más que una débil respuesta. ¿Cuánto habrá que esperar?

<sup>17</sup> Por ésto Wiethölter (*op. cit.* p. 10) no hace una ciencia del derecho sino una descripción crítica de los problemas jurídicos y del problema “Recht”. Rottleuthner formula así la doble función de la ciencia del derecho (*op. cit.* p. 11): “Die Rechtswissenschaft kann eine ideologiekritische Funktion wahrnehmen, wenn sie sich weder zur interpretativen Handlung der Rechtspraxis macht noch zur philosophierenden Rechtfertigungs-Agentur beliebiger staatlicher Aktivitäten. Die zweite These beinhaltet ja das Postulat, dass eine Rechtswissenschaft, die sich als Sozialwissenschaft versteht, ein theoretisches Verhältnis zur Rechtspraxis (im weitesten Sinne) gewinnen muss. Sie reduzierte ihre Themen nicht mehr auf Orientierungshilfe; sie suchte Erklärungen für faktische Orientierungen, Einstellungen zu finden, die Determinanten und Wirkungen staatlicher Aktivitäten zu ermitteln; sie befasste sich mit der Kritik offizieller Legitimationen” (El subrayado es del original).