

El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero

Por JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA

Salamanca

Uno de los más relevantes juristas españoles de finales del siglo XIX y principios del XX, período fecundo de nuestra cultura, fue sin duda Don Pedro Dorado Montero, catedrático de Derecho penal en la Universidad salmantina y, junto con Don Miguel de Unamuno, máxima figura de la misma en su época. Su obra no ha despertado el extraordinario interés de que sí ha gozado la de éste último, más jugosa y literaria; pero tampoco cabe lamentar que haya quedado olvidada, como ocurre, y no siempre por deméritos propios, con la de tantos de nuestros antiguos maestros ¹.

1. El interés por la vida y obra de Dorado no ha dejado de aumentar. Recientes son los estudios sobre su filosofía jurídica de VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho en Dorado Montero*, Granada, 1971, y de RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, V., *La insumisión en Dorado Montero. El tema iusnaturalista en la encrucijada ideológica de la Restauración*, Salamanca, Hespérides, 1993. También reciente es el estudio que sobre su filosofía social y política ha realizado BLANCO RODRÍGUEZ, J.A., *El pensamiento sociopolítico de Dorado Montero*, Salamanca, Centro de Estudios Salmantinos (C.S.I.C.), 1982. En cuanto a su obra como penalista, sigue sobresaliendo el libro de ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, Univ. de Salamanca, 1951. Hay sin embargo muchos otros trabajos destacables sobre este aspecto de su pensamiento, como los de E. Cuello Calón, C. Bernaldo de Quirós, L. Jiménez de Asúa, M. Rivacoba, M. Barbero Santos, M. López-Rey, G. Sánchez-Granjel, etc. Existen también numerosos estudios o apuntes biográficos («en Dorado el personaje es más interesante que su obra», solían decir con inocente malicia Unamuno y otros).

¿Por qué volver una vez más sobre ella? ¿Qué pretende este trabajo? En mi opinión, que trataré de fundamentar a lo largo de las páginas que siguen, Dorado es uno de los principales representantes, quizá el principal, del positivismo jurídico en España. Sin embargo, hasta ahora no se había intentado determinar el alcance y peculiaridad de su positivismo. Por otra parte, el estudio de su obra enfocado desde esa perspectiva resulta especialmente interesante porque permite desenterrar una cierta versión del positivismo jurídico hoy bastante olvidada: la llamada «filosofía positiva del Derecho», resultante de la aplicación de la filosofía positivista a la reflexión sobre el Derecho. Todo ello nos permitirá, a su vez, aportar algo de luz para la comprensión del intrincado laberinto que forman las diversas corrientes positivistas, tan divergentes y hasta contradictorias unas de otras.

Finalmente, la revisión de la obra de uno de nuestros maestros del pasado contribuye, creo yo, a mantener abierto ese vital espacio de encuentro que constituye una tradición común de pensamiento, sin la cual es difícil contar con la atmósfera adecuada para que prospere de forma autónoma el cultivo de cualquier disciplina científica o filosófica en un país o área cultural determinado ².

I. DORADO MONTERO COMO FILOSOFO DEL DERECHO

Comenzaremos, como es casi preceptivo, situando a nuestro autor en el contexto que le corresponde. Poco cabe contar, en realidad, sobre su vida, iniciada el 19 de mayo de 1861. No fue, ciertamente, novelesca. Muy al contrario. Pero es lo cierto que él parece un personaje de novela. Todo un carácter. Aspero, huraño, solitario, de austeridad más que monacal, entregado en cuerpo y alma al estudio y luchador tenaz e imperturbable contra un destino no menos tenaz en mostrársele adverso. Un terrible accidente sufrido de niño en su Navacarros natal, aldea de la serranía bejarana, le hermanó con Cervantes y con Valle-Inclán. Mutilado, y por tanto inútil para las labores del campo, se vio «proyec-

Cabe destacar entre ellos el también reciente libro de BERDUGO, I. y HERNÁNDEZ, B., *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero. Un episodio de la Restauración salmantina*, Salamanca, Pub. de la Excma. Dip. Prov. de Salamanca, 1984, donde se estudia con amenidad y exquisita ecuanimidad el penoso incidente al que alude el título; o los libros de SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G., *Dorado Montero, un penalista salmantino*, Avila, Pub. de la Junta de Castilla y León, 1990; *Dorado Montero y la «Revista de Derecho y Sociología»*, Salamanca, 1985; etc., que reconstruyen la vida de nuestro autor o aspectos de su trabajo a partir, sobre todo, de su epistolario.

2. El propio Dorado advierte algo parecido en los siguientes términos: «al escritor español le falta, por decirlo así, una atmósfera científica, y su labor puede decirse que es, más que colectiva, individual, aislada, por lo que su obra apenas si encuentra resonancia». Cfr. el Prólogo a su traducción de GUMFLOWICZ, L., *Derecho político filosófico*, Madrid, La España Moderna, s. f., p. 48.

tado» hacia el mundo académico. ¡Cuánto más feliz hubiera sido si mi padre me hubiera dejado apegado al terruño!, se le oyó exclamar más de una vez³.

Estudió en la vieja Universidad salmantina, entonces en el cenit de su decadencia, de la que él, junto con Unamuno, contribuiría más tarde a levantarla. Allí conoció, entre otros, a Mariano Arés, «el único krausista que aún quedaba en el mundo», título que el viejo Catedrático de Metafísica gustaba atribuirse. Cursó los estudios del Doctorado en Madrid, donde pudo beneficiarse del fecundo magisterio de Francisco Giner de los Ríos, hombre «capaz de convertir en krausistas hasta las piedras», según testimonio, no sin cierta admiración, Menéndez y Pelayo, enemigo feroz del krausismo⁴. La reconocida capacidad de fascinación de Giner no fracasó con Dorado, que siempre le fue profundamente devoto; aunque no tanto como para asumir la metafísica krausista, base imprescindible de este movimiento, pero incompatible con los fundamentos positivistas que adquirió en Italia, donde estudió durante dos años. En mi opinión, Dorado se fue dejando penetrar más y más a lo largo de los años por esta corriente de pensamiento, abandonando poco a poco, aunque nunca completamente, los elementos que había aceptado del krausismo. Su honestidad científica e implacable rigor lógico le obligaban a extraer todas las consecuencias de los estrechos dogmas positivistas que había abrazado como conquistas científicas indiscutibles. Consecuencias que fueron el relativismo, el escepticismo y, en fin, un cierto nihilismo bastante descarnado.

Trazada esta escueta semblanza de nuestro autor, podemos centrarnos ya en la obra, que en su caso es la parte central de la vida. Bien puede afirmarse aquí que su bibliografía es su biografía.

Nuestro autor es conocido sobre todo como penalista. Fue, en efecto, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca desde 1892 hasta 1919, año de su muerte, y en ese campo centró gran parte de su amplísima obra. Seguramente la parte que puede considerarse más valiosa o, al menos, que ha logrado mayor eco.

A pesar de todo, creo que puede afirmarse de Dorado que fue esencialmente un filósofo, un temperamento filosófico. Filósofos fueron los maestros que más hondamente le impresionaron en su etapa de formación: Arés, Giner y Ardigò⁵; él mismo, licenciado en Derecho y en

3. Cfr. DE LOS RÍOS URRUTI, F., «D. Pedro Dorado Montero, filósofo del Derecho», en *Bol. de la Inst. Libre de Enseñanza*, vol. 43, 1919, p. 94.

4. Cfr. *Historia de los heterodoxos españoles*, Madrid, B.A.C., 1987 (4.ª ed.), p. 1012.

5. R. Ardigò no fue maestro suyo, al menos de forma directa, en Italia, contrariamente a lo que mecánicamente venía repitiéndose hasta que M. BARBERO SANTOS, «Remembranza de P. G.^a-Dorado Montero en el 50 aniversario de su muerte», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, XXVII, 1971 (oct.-dic.), pp. 1613-4, sostuvo lo contrario. He podido leer alguna carta de Ardigò a Dorado de la que parece deducirse que, en efecto, no llegaron a conocerse personalmente. En cualquier caso, como señala ANTÓN ONECA, J., «Apostillas a un libro sobre Dorado Montero», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, loc. cit., p. 1675, es indiscutible que, si no personal o directa sí a través de sus escritos, la influencia de Ardigò sobre Dorado fue muy intensa; lo cual autoriza a considerarle discípulo suyo.

Filosofía y Letras, llegó a impartir docencia en esta Facultad antes que en la de Derecho. En realidad, al campo del Derecho penal arribó de forma casual. Antes había tratado de acceder a cátedras de Derecho Natural (en la Universidad de Santiago y en la de La Habana), de Derecho Romano y de Derecho Político y Administrativo. Cuando finalmente ganó la de Granada de estas últimas disciplinas se apresuró a permutarla con Jerónimo Vida por la Cátedra de Derecho penal de Salamanca, más, a lo que parece, por atracción de la tierra nativa que de la disciplina jurídico-penal.

Pero donde más claramente se evidencia esa irresistible inclinación filosófica es en su obra. Hay en ella escritos de Filosofía general, como el titulado *La Natura i l'Historia* ⁶, pero sobre todo abundan los artículos y libros de Filosofía del Derecho. Entre éstos destacan los titulados *Valor social de leyes y autoridades*, *El Derecho y sus sacerdotes* y *Naturaleza y función del Derecho* ⁷.

Es más, su trabajo como penalista se centra en lo que podríamos denominar filosofía del Derecho penal, que versa sobre cuestiones tales como la naturaleza del delito, la responsabilidad del delincuente, el sentido, fundamento y función de la pena, etc. También se ocupa en este campo de interesantes problemas de Teoría general del Derecho, aunque enfocados desde la perspectiva penal, tales como el de las fuentes del Derecho, la irretroactividad de las leyes, la aplicación judicial e interpretación del Derecho, la ignorancia de la ley, etc. La dogmática penal, la ciencia jurídico-penal en sentido estricto, apenas la cultiva y cuando lo hace, no sin destreza por cierto, es sólo para criticar la filosofía que la inspira y no en orden a preparar el material jurídico-penal para su aplicación, que es la tarea básica de la dogmática jurídica ⁸.

Sentado lo anterior, conviene precisar el sesgo de su filosofía, la filiación de su pensamiento. En este punto no terminan de ponerse de acuerdo los estudiosos. Aunque casi todos reconocen la fuerte influen-

6. *La Natura i l'Historia*, Barcelona, Institut d'Studis Catalans, 1917. Este libro recoge la serie de conferencias que Dorado dictó en el Ateneo barcelonés en 1916. Una parte del libro apareció más tarde traducida a su idioma original: *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, Madrid, Cuadernos de ciencia y de cultura, 1926.

7. *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, Soler, 1903; *El Derecho y sus sacerdotes*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1909; *Naturaleza y función del Derecho*, Madrid, Reus, 1927, obra publicada póstumamente con amplia introducción de C. Bernaldo de Quirós.

8. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Recordando a D. Pedro Dorado Montero», en *Rev. de Est. Penit.*, loc. cit., pp. 1620-3, para quien Dorado no fue ni quiso ser un jurista técnico. No quiso hacer dogmática penal, aunque le sobraban condiciones para ello, y prefirió desarrollar tenazmente su generosa doctrina reformadora, concentrando a menudo sus producciones en la Filosofía del Derecho. En sentido semejante se pronuncia ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., pp. 8 y 25.

cia que en él ejercieron krausismo y positivismo, unos parecen considerar más determinante la influencia del primero y otros la del segundo. Algunos zanján el problema incluyendo a nuestro autor en el grupo de los krauso-positivistas y, finalmente, hay quienes renuncian a etiquetarlo destacando lo personal de su trabajo, que desborda los límites de cualquier escuela ⁹.

Todos tienen, a mi juicio, parte de razón. Es indudable que el krausismo, entonces casi omnipresente en la atmósfera intelectual española, o quizá mejor, el institucionalismo de Giner y su círculo, dejó una huella profunda en el espíritu y la obra de Dorado. También es cierto que éste no es un pensador de escuela, sino independiente y, en alguna medida, original. Con todo, tras examinar su pensamiento y compararlo con el positivismo de la época (y ese es en realidad el objeto del presente trabajo), me inclino a pensar que Dorado fue un pensador básicamente positivista, aunque, insisto, con matices krausistas. Un pensador que quiso superar las limitaciones y deficiencias que percibía en la filosofía positivista, asumida por él en lo fundamental, tratando de conciliarla con diversas aportaciones del idealismo krausista. Lo cual no le convierte, sin más, en krauso-positivista. Esta categoría corresponde, más bien, a todos aquellos autores que siendo básicamente krausistas fueron haciéndose progresivamente más abiertos y receptivos hacia el positivismo. Cabe mencionar entre ellos a M. Sales y Ferré (que terminó siendo mucho más positivista que krausista ¹⁰) o A.

9. Entre quienes consideran a Dorado positivista cabe citar, p. e., a CASTÁN TOBEÑAS, J., *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Madrid, Reus, 1950, p. 75, o a LEGAZ Y LACAMBRA, L., «Die Hauptrichtungen der Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie in Spanien», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 26, 1932-3, p. 52. PRAT DE LA RIBA, E., «El positivismo en Castilla», en *Revista jurídica de Cataluña*, vol. I, 1895, p. 292, lo considera afiliado a la escuela positivista, pero con un positivismo muy especial: impregnado de idealismo y generalización prematura. DÍAZ, E., *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, Debate, 1989, p. 222, lo incluye entre los krauso-positivistas. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español. Krausismo. Escuela Histórica, Neotomismo*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 267 y 257, lo presenta como la muestra más característica de la simbiosis entre krausismo y positivismo, Pero añadiendo que en él domina la base krausista sobre el positivismo. También lo considera básicamente krausista JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Recordando a D. Pedro Dorado Montero», *op. cit.*, p. 1626. GÓMEZ ARBOLEYA, E., «Sociología en España», en *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 674, sostiene que «su personalidad desborda cualquier limitación de escuela». Eso mismo sugiere MARTÍNEZ RUIZ, J. (AZORÍN), *Charivari (crítica discordante)*, Madrid, 1897, pp. 27-29: «Dorado va a donde le llevan sus deducciones».

10. Cfr. NÚÑEZ ENCABO, M., *Manuel Sales y Ferré: los orígenes de la Sociología en España*. Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1976, p. 56. En la p. 139 equipara la posición doctrinal de Sales a la de Dorado, a quien también considera krauso-positivista. «Existen múltiples razones para pensar que solamente Dorado y Sales dentro del krauso-positivismo llegan a superar el krausismo por el positivismo». En todo caso, añade, ambos conservan siempre un fondo krausista.

Posada, como casos más claros; pero también a J. Costa, L. Alas, G. de Azcárate, U. González Serrano, N. Salmerón, E. Reus, e incluso al mismísimo F. Giner de los Ríos ¹¹. Dorado es, por el contrario, básicamente positivista, aunque receptivo respecto del krausismo. Sería un positivo-krausista, si se me permite el término ¹².

II. EL POSITIVISMO JURIDICO EN ESPAÑA

Una vez encuadrado nuestro autor en el positivismo jurídico o, mejor, en la filosofía positiva aplicada al Derecho, dado que «positivismo jurídico» es expresión actualmente muy extendida pero apenas utilizada en la época que nos ocupa (finales del siglo XIX y principios del XX), podemos añadir que probablemente fue Dorado el más destacado representante de este movimiento en España, al menos en sus primeras manifestaciones. Pero debe reconocerse que esa primacía es un mérito

11. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...*, op. cit., pp. 64-89, 226-33, y DÍAZ, E., *La filosofía social del krausismo español*, op. cit., pp. 67 ss., señalan el influjo del positivismo en Giner. Ya DE QUIRÓS, B., en su prólogo a *Naturaleza y función del Derecho*, op. cit., p. XX, advertía en 1927 que «no falta un cierto positivismo» en la compleja estratificación del espíritu de Giner. En el mismo sentido se habían manifestado A. Posada, J. Castillejo o S. Valentí Camp (vid. GIL CREMADES, J.J., op. ult. cit., p. 226).

12. Podría pensarse que krauso-positivismo y positivo-krausismo son términos equivalentes. Pero repárese en que no es lo mismo carne con patatas que patatas con carne. En cuanto a la posición de Dorado respecto del krausismo, basta leer atentamente y un poco entre líneas la «Nota Necrológica» que apareció en el *Bol. de la Inst. Libre de Enseñanza*, 1919, pp. 89-90, para advertir la considerable distancia que le separó de aquel movimiento, y de la que los propios krausistas o institucionistas fueron plenamente conscientes. Comienza la nota reconociendo que Dorado «no fue nunca ni discípulo ni maestro de la Institución, ni aun socio de ella». Sugiere a continuación que, a pesar de la divergencia de doctrina, hubo comunión en la actitud vital, en la «idealidad del juramento», aunque los institucionistas jurasen por el espíritu y Dorado por la materia. Lamenta después que siendo al principio «irreductible krausista» (en mi opinión no lo fue nunca, y menos dijo ser «el único krausista que ya quedaba por el mundo»). Esa «flotante ironía» (sic) es de M. Arés y no de P. Dorado a quien con deslizante osadía se la endosa el necrologista) acabara luego «tan lejos, tan lejos del krausismo». Finalmente, alude al estrecho vínculo personal de Dorado y Giner, «aunque, añade, tan lejos estuvieran unos de otros los primeros principios del filósofo de los del penalista». Otro institucionista, DE LOS RÍOS, F., *La Filosofía del Derecho en D. Francisco Giner*, Madrid, Corona, 1916, p. 128 (n.), resume muy bien la principal divergencia entre Dorado y Giner: el primero es empirista y subjetivista, mientras que el segundo metafísico y objetivista.

dudoso o exiguo, pues nos hallamos ante una corriente de pensamiento que ha tenido escaso arraigo en nuestro suelo ¹³.

Prescindiendo de sus defensores contemporáneos, apenas encontramos autores clara y decididamente positivistas en el ámbito del pensamiento jurídico español (no así en otros ámbitos: existe, por ejemplo, un nutrido grupo de científicos de la naturaleza y médicos filósofos que asumieron de inmediato el positivismo ¹⁴). Suele citarse aquí a Pedro Estasén, mercantilista barcelonés, que fue entusiasta defensor y divulgador de la filosofía positiva, e incluso llegó a explorar tímidamente sus repercusiones en el ámbito jurídico, pero que nunca pretendió desarrollar algo parecido a una verdadera filosofía positivista del Derecho ¹⁵.

13. Así lo advierte, p. e., GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...., op. cit.*, pp. 184 ss., para quien el positivismo no contó en el ámbito jurídico con representantes de relieve en nuestro país. Esa misma opinión había apuntado años atrás GONZÁLEZ VICÉN, F. *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des spanischen Geistes*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1937, pp. 24-5. En su opinión, el pensamiento jurídico español apenas resultó afectado por el positivismo. En España, añade, no existe ninguna verdadera Filosofía del Derecho positivista, al menos en la forma clásica de una «Teoría General del Derecho». A continuación, parece pensar en Dorado cuando sostiene que el pensamiento de ciertos penalistas habitualmente considerados como positivistas es sólo materialismo, de procedencia italiana. El propio Dorado era bien consciente de la raquítica presencia del positivismo jurídico en España. Expresamente lo declara cuando, en carta de 1891, contesta a la invitación de G. Fioretti para que fuera algo así como el corresponsal en España de la revista: *La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*. Aunque acepta gustoso el reto, advierte honradamente que pocas noticias podrá enviar a la revista, dado el retraso de nuestro país en cuestión de ciencias sociales y jurídicas según la nueva dirección positivista. Sobre la penetración del positivismo en España *vid.* también NÚÑEZ RUIZ, D., *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, Madrid, Tucur, 1975, y FERNÁNDEZ, E., *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Madrid, C. E. Const., 1981, esp. el capt. II: «El positivismo en España». En este libro se estudia la influencia del positivismo en el pensamiento de los primeros socialistas españoles. Cabe destacar aquí la figura de, entre otros, J. Verdes Montenegro. Por cierto que E. Fernández podría quizá haber estudiado también la figura de Dorado, básicamente positivista y siempre muy cercano al socialismo.

14. Algunos trataron incluso de extenderlo al ámbito jurídico, fundando el Derecho en la ciencia natural. *Cfr.* R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del XIX», en *Almena*, II, 1963, pp. 72 ss. Mencionan estos autores, entre otros, a R. López Mateos, F. Fabra y Soldevilla, J. Varela, P. Mata, I. Valentí, o J. de Letamendi, que desarrollaron su pensamiento ya en la primera mitad del s. XIX. Son, pues, en expresión de los hermanos Peset, «adelantados del positivismo jurídico» en España. Lo indiscutible es que «en España, como en general en Europa, la aparición del positivismo se halla en conexión muy estrecha con el creciente interés por las ciencias naturales y sus progresos». *Cfr.* GONZÁLEZ VICÉN, F., *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie, op. cit.*, p. 22.

15. *Vid.* ESTASEN, P., *El positivismo o sistema de las ciencias experimentales*, Barcelona, 1877; «Noción del Derecho según la filosofía positiva», en *Revista Contemporánea*, vol. 7, 1877, pp. 505-520 y vol. 10, pp. 322-347. Un buen resumen de este artículo, que es más bien divulgativo, ofrece GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...., op. cit.*, pp. 221-2. Por cierto, que su apostolado positivista acarrió a Estasén algún que otro sinsabor, como la suspensión de sus conferencias sobre el positivismo en el Ateneo barcelonés (1877). Y eso a pesar de que había procurado captar la benevolencia de las buenas gentes de orden asegurándoles que el positivismo no tenía nada de políticamente revolucionario sino todo lo contrario. El positivismo es una filosofía, aseguraba, «de espíritu antirrevolucionario y esencialmente conservador, en el buen sentido de la palabra» (*El positivismo...., op. cit.*, p. 37).

Se cita también a Luis Hernández Rico, autor de escasa talla, defensor de una doctrina darwinista o belicista del Derecho que lo reducía a pura fuerza, seguramente influido por algunos escritos especialmente radicales del propio Dorado ¹⁶.

Legaz incluye también entre los positivistas a José Segundo Flórez, seguidor de Comte, a Nicolás Salmerón y a Urbano González Serrano, krausistas positivizados éstos últimos; pero, además de que cultivaron la filosofía general más bien que la del Derecho, no está siempre claro, especialmente en el caso de González Serrano, si verdaderamente asumieron las doctrinas positivistas o se limitaron a exponerlas y criticarlas ¹⁷.

Despierta, asimismo, algunas dudas la adscripción al positivismo jurídico de Q. Saldaña. Pérez Luño, que lo incluye junto a Dorado y a González Vicén en dicha corriente de pensamiento, no deja de advertir que el «pragmatismo jurídico» de Saldaña no se reduce a mero realismo positivista de base sociológica, sino que implica además un cierto tipo, aunque empírico, de subjetivismo ¹⁸.

Fuera de estos autores, el positivismo jurídico pudo encontrar alguna otra vía, estrecha e indirecta, de penetración en España, mezclado con otras corrientes de pensamiento más o menos afines ¹⁹. A través, por ejemplo, del utilitarismo benthamita, que encontró un eco importante en algún círculo de la Universidad salmantina; o a través de la recepción, especialmente intensa en Cataluña, de la Escuela Histórica del Derecho, precedente próximo, según los propios positivistas de la época, de su movimiento; o a través del ya mencionado krauso-positi-

16. Vid. HERNÁNDEZ RICO, L., *La lucha en el Derecho*, Madrid, 1917; *Concepción belicista del Derecho*, Madrid, 1925.

17. Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., «Die Hauptrichtungen der Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie in Spanien», *op. cit.*, pp. 51 ss. Otro positivista de inspiración comtiana (a través de Littré) que cabría mencionar aquí es el catalán Pompeyo Gener, que se declara, no sin razón, hiperpositivista, por el radicalismo de alguna de sus tesis.

18. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., «Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien», en *Rechtstheorie*, vol. 18, 1987, p. 324. Resulta curioso advertir que la trayectoria de Q. Saldaña es por muchos aspectos paralela a la de Dorado: fue también penalista con inquietudes filosófico-jurídicas, estudioso del positivismo italiano, e igualmente estudioso de su colega salmantino, que parece haberle servido, en alguna medida, de modelo o punto de referencia, a pesar de la animadversión que, sin embargo, le demuestra a veces. Cfr. SALDAÑA, Q., *Mentalidades españolas. Dorado Montero*, Madrid, Reus, 1920. Sobre el positivismo italiano llegó a publicar al igual que Dorado un libro: *L'ultima fase del positivismo penale in Italia*, Citta di Castello, 1935.

19. En opinión de ZAPATERO, V., *Fernando de los Ríos: los problemas del socialismo democrático*. Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974, p. 131, el positivismo consigue un auge considerable en España, pero no adquiere carta de naturaleza autónoma, sino que se desarrolla más bien «como impregnación progresiva de los sistemas vigentes». NÚÑEZ ENCABO, M., *Manuel Sales y Ferré: los orígenes de la Sociología en España*, *op. cit.*, p. 17, concreta algo más señalando que el positivismo español tendrá marca krausista, aunque también existan positivistas vinculados a la Escuela Histórica e incluso algunos pertenecientes al sector tradicional-católico.

vismo, extraña mezcla, por lo profundamente contradictorio de sus dos componentes, que fue posible gracias a la actitud característicamente abierta del krausismo español a las novedades del pensamiento y al progreso de la ciencia; o a través de las aportaciones ocasionales a la filosofía jurídica de importantes pensadores no juristas, como por ejemplo J. Ortega y Gasset, de las que se hicieron eco algunos de sus seguidores, como S. de Lissarrague²⁰. El propio L. Legaz tuvo también una época cercana a determinado positivismo jurídico: el kelseniano. En general, el formalismo jurídico logró cierta penetración en España a través de los becarios de la Junta de Ampliación de Estudios²¹.

Especial mención merece, entre estos últimos, la figura de F. González Vicén; porque si bien su pensamiento atraviesa por diversas etapas y resulta por tanto arriesgado declararle sin más positivista, es en todo caso e indudablemente el más destacado estudioso español del positivismo jurídico²².

Para completar el cuadro anterior, que no pretende, por supuesto, ser exhaustivo, habría que mencionar a diversos cultivadores de las ciencias jurídicas particulares, como Clemente de Diego, entre muchos otros; autores que con frecuencia se aproximaron al positivismo jurídico, normalmente en la línea de la Escuela de la Exégesis o del legalismo alemán; aunque no pocos lo hicieron al modo de aquel personaje de Molière, que hablaba en prosa sin saberlo.

20. Sobre los matices positivistas del pensamiento de Ortega respecto al Derecho, *cfr.* ELÍAS DE TEJADA, F., «El concepto del Derecho de J. Ortega y Gasset», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1966, pp. 37-52. Le atribuye una concepción del Derecho que lo percibe como mera fuerza, y termina calificando (o mejor, descalificando) su pensamiento como «bárbara vuelta al positivismo más burdamente tosco» (p. 51). Sobre S. de Lissarrague, *cfr.* RIVAYA GARCÍA, B., «Introducción a la filosofía jurídica de Salvador de Lissarrague», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X (n. e.), 1993, pp. 489-508. A lo anterior cabe añadir que, como señala NÚÑEZ RUIZ, D., *La mentalidad positiva en España*, *op. cit.*, pp. 183 y 225, el positivismo «gravita sobre el pensamiento de la mayoría de los componentes de la generación del 98».

21. *Cfr.* GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...*, *op. cit.*, p. 207; RUBIO CASTRO, A., «Sobre la Filosofía del Derecho en España a principios del siglo XX», en *An. de la Cát. F. Suárez*, vol. 23-4, 1983-4, pp. 187 ss.

22. LORCA NAVARRETE, J.F., «La filosofía jurídica española contemporánea», apéndice a la *Historia de la Filosofía del Derecho* (de G. Fasso), Madrid, Pirámide, 1988, III, p. 342, considera a González Vicén como representante, casi en solitario, del positivismo jurídico en España. También lo consideran positivista PÉREZ LUÑO, A.E., «Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien», *op. cit.*, p. 325, y ATIENZA, M., «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 46. Otros autores aluden a los componentes neohegelianos, marxistas y existencialistas de su filosofía. *Cfr.*, por ejemplo, DÍAZ, E., «F. González Vicén. 1908-1991», en *Doxa*, vol. 9, 1991, pp. 24 ss. y GARCÍA AMADO, J.A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», en *Anuario de F. del D.º*, vol. X (n. e.), 1993, p. 350.

Como se ve, el bagaje es relativamente pobre. ¿A qué se debe esta mortecina presencia del positivismo jurídico en nuestro país? Prescindiendo de las tópicas y autocomplacientes explicaciones idiosincráticas, que se fijan en la incompatibilidad de caracteres entre la fina espiritualidad hispana y la ramplonería positivista, creo que la razón decisiva debe buscarse, más bien, en el profundo arraigo que logró en nuestro suelo la filosofía krausista. Se ha dicho que el krausismo impidió toda posibilidad de hegelianizarnos, por la propia semejanza que existe entre ambos sistemas²³. Con más razón impediría que nos positivizáramos, por la profunda incompatibilidad que media entre positivismo y krausismo. Este último sistema es incontinentemente metafísico, mientras el primero pretende ser, aunque no siempre lo consigue, radicalmente empirista. Es ciertamente impensable que autores embebidos en ensoñaciones poético-filosóficas del tipo del *panenteísmo racionalista*, pudieran asumir sin mayores complicaciones el nuevo espíritu positivo, cientifista, realista o sociológico. Algunos, los krauso-positivistas, lo intentaron, pero su postura, escorzo inverosímil, no podía tener y apenas tuvo continuidad. En suma, el positivismo terminó disolviendo al krausismo en España, pero a su vez, el krausismo, difícilmente desarraigable por lo fuerte de su implantación, impidió el pleno florecimiento del positivismo²⁴.

Tras la Guerra Civil, el positivismo jurídico tropezó con un obstáculo aún mayor: nuestro peculiar y avasallador renacimiento del Derecho Natural. Cuando por fin, ya muy tardíamente, halló franca la entrada, penetró con timidez, quizá porque en esa época atravesaba por una profunda crisis, que no ha dejado de incrementarse desde entonces.

En definitiva, uno de los pocos autores, si no el único, que desarrolló un pensamiento básicamente positivista de cierto fuste en la España de finales del siglo pasado y principios de éste fue, a mi juicio, Dorado Montero. Quizá sea precisamente por lo aislado de su intento por lo que apenas tuvo repercusión alguna. En todo caso, quien pretenda profundizar en la historia del positivismo jurídico en España habrá de recalar inevitablemente en el pensamiento del filósofo y penalista salmantino²⁵.

23. Cfr. ELÍAS DE TEJADA, F., *El hegelismo jurídico español*, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1944, p. 28.

24. NÚÑEZ RUIZ, D., *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, op. cit., p. 46, destaca las consecuencias disolventes de la actitud gnoseológica positivista, experimental, sobre la arquitectura teórica de los sistemas metafísicos. También apunta (pp. 16 ss., 114, 118 y 203) otras posibles causas del escaso arraigo logrado por el positivismo en España: el deficiente desarrollo de la ciencia experimental moderna y la frustración de la revolución burguesa en nuestro siglo XIX. Téngase en cuenta que el positivismo corresponde a «una etapa históricamente afirmativa del pensamiento burgués: estamos ya en una situación postrevolucionaria, y de la crítica de las instituciones del viejo régimen es preciso pasar ahora a la consolidación racionalizadora de las del nuevo» (p. 14).

25. También R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del s. XIX», op. cit., pp. 71, 78, 88, consideran a Dorado el «principal cultivador» en España del positivismo jurídico. Una opinión semejante sostiene VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero*, Granada, 1971, p. 15.

Queda así identificado dicho pensamiento como positivista en lo fundamental, aunque enriquecido o matizado por la aceptación de diversos puntos de vista procedentes del krausismo. En realidad, asume sólo aspiraciones y doctrinas concretas, más o menos convergentes o conciliables con el positivismo. Nunca la apabullante metafísica krausista, que rechaza de forma inequívoca; lo cual invalida, a mi juicio, cualquier intento de incluirlo en las filas del krausismo. Salvo que por krausista quiera entenderse «hombre de virtud elevada hasta el puritanismo»²⁶; en cuyo caso Dorado no sólo sería krausista sino quizá el primero de todos.

III. DIVERSAS CORRIENTES DEL POSITIVISMO JURIDICO

Conviene ahora precisar qué tipo de positivismo jurídico fue el de nuestro autor. Es sabido que dicho movimiento es sumamente difuso. Son muchas las corrientes y escuelas que cabe distinguir en él y muchas las doctrinas, a veces incluso contradictorias, que han merecido la calificación de positivistas. La obra de Dorado se inscribe en lo que podría denominarse, en terminología de su época, «filosofía positiva del Derecho»; es decir, constituye una de las diversas doctrinas derivadas de la aplicación al estudio y reflexión sobre el Derecho de la filosofía positivista, fundada por A. Comte y desarrollada por muchos otros autores, como H. Spencer (muy influido por los hallazgos científicos de Ch. Darwin) o R. Ardigò.

Fue este positivismo el que Dorado halló en Italia²⁷. Un positivismo aplicado al Derecho, y por lo tanto, una auténtica versión del positivismo jurídico. Una versión que difiere sustancialmente de la que hoy se considera paradigmática: el positivismo normativista de, entre otros, H. Kelsen o H. L. A. Hart. Las divergencias entre ambas versiones son tan profundas que ha llegado a decirse, no sin razón, que el positivismo jurídico, entendido ahora como equivalente a legalismo o positivismo normativista, nada le debe al filosófico e incluso es anterior a él²⁸.

26. Así parece concebirlo POSADA, A., *Breve historia del krausismo español*, Oviedo, Serv. de Pub. de la Univ. de Oviedo, 1981, p. 126. Pero no se olvide que Posada no fue precisamente un krausista ortodoxo.

27. La profundidad y exhaustividad con que Dorado estudió el positivismo jurídico italiano de la época, que se manifiesta en su voluminosa primera gran obra: *El positivismo en la Ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, Imprenta de la Rev. de Leg., 1891, impresionó vivamente a los propios autores italianos, como puede constatar en la nutrida correspondencia epistolar que nuestro autor mantuvo con muchos de ellos. Estas cartas, junto al resto del epistolario de Dorado, se encuentran a disposición de los estudiosos en el Archivo de la Universidad de Salamanca.

28. Cfr. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, p. 5. Sobre este problema vid. también, p. e., PÉREZ LUÑO, A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Pub. del R. Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 52 ss.

Es cierto que el positivismo normativista es, en gran medida, independiente del filosófico; pero no debe olvidarse que el filosófico ha tenido una importante plasmación en el campo del Derecho, y que, por ello, también puede reivindicar para sí con toda legitimidad la denominación de positivismo jurídico.

Quizá estemos aquí ante una simple equivocidad del término positivismo. Probablemente ciertas doctrinas, entre ellas la de Dorado, reciben la calificación de positivistas, porque son el resultado de aplicar la filosofía del positivismo a la reflexión sobre el Derecho; mientras que otras se atribuyen esa misma denominación, porque sólo consideran Derecho al conjunto de normas *positum* (impuesto, establecido) por el poder político de la comunidad de que se trate. En definitiva, nos encontraríamos aquí ante dos movimientos distintos sobre los que habría venido a recaer un mismo rótulo por razones diferentes. Con todo, no debe ignorarse que el normativismo, o legalismo, al asumir la denominación de positivismo jurídico, inusual antes de la aparición del positivismo filosófico (aunque la expresión *ius positivum* fuera conocida desde la Edad Media), probablemente quiso incorporarse de forma inconsciente el prestigio de la entonces pujante filosofía positiva²⁹. Aprovecharía para ello ciertas coincidencias doctrinales, como, por ejemplo, el rechazo del Derecho Natural absoluto y la afirmación de que no existe más Derecho que el positivo; aunque frecuentemente ambas corrientes entendieran por «Derecho positivo» cosas distintas: o bien Derecho establecido, al menos en último término, por el Estado, o bien Derecho cuya existencia es empíricamente constatable.

Lo anterior nos da pie para apuntar la tesis, que espero poder fundamentar más sólidamente en un trabajo posterior actualmente en proyecto, de que cabe distinguir en el complejo movimiento del positivismo jurídico dos grandes corrientes, profundamente divergentes entre sí, aun cuando existan algunos puntos de coincidencia que las aproximan un tanto y disimulan algo su recíproca extrañeza, desarrolladas de forma paralela desde los orígenes de dicho movimiento hasta nuestros días. Creo que una de las razones de la confusión que suele acompañar a los intentos de caracterización del positivismo jurídico e identificación de sus puntos de vista básicos, reside en la inadvertencia de la mencionada dualidad de versiones y de la incesante evolución de cada una de ellas³⁰.

29. Según indica OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980, p. 50, la expresión «positivismo jurídico» se usaba raras veces todavía a principios del presente siglo, y no había comenzado a utilizarse hasta finales del siglo pasado.

30. Hay que advertir, antes de nada, que la separación de líneas de pensamiento positivista que proponemos es sólo un recurso teórico destinado a facilitar la comprensión del complejo fenómeno del positivismo jurídico. No pretende ser una descripción precisa de la realidad, es decir, una clasificación exacta de las corrientes positivistas efectivamente existentes. En la realidad ambas líneas aparecen muchas veces entremezcladas. Y es que no son del todo inconciliables o incompatibles entre sí. De hecho

La primera versión es la del positivismo normativista. Se caracteriza por concebir el Derecho como un conjunto de normas autónomo; es decir, autocontrolable o autorregulado, en el sentido de que son las propias normas jurídicas las que determinan qué es Derecho en cada caso. Lo cual propicia una nítida separabilidad del orden jurídico respecto de cualesquiera otros órdenes normativos o fenómenos sociales, como la moral o la política, con los que el Derecho suele estar relacionado.

En realidad, la anterior es ya una formulación refinada del positivismo normativista. En su formulación primera, más tosca (legalismo), concebía el Derecho como conjunto de normas impuestas por el poder coactivo del Estado y, por eso mismo, perfectamente delimitado y deslindable de la moral, las convicciones políticas, etc.

Esta concepción, profundamente estatalista, refleja la realidad político-jurídica que comienza a manifestarse en Europa con el advenimiento de las monarquías absolutas. En ellas, la centralización del poder político en manos del soberano se traduce, entre otras cosas, en el intento de monopolizar la potestad de crear Derecho y en la consecuente y casi absoluta primacía de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho, más o menos incontrolables por parte de ese mismo soberano. Un primer eco doctrinal del nuevo estado de cosas, prescindiendo de precedentes más antiguos que siempre cabe hallar, se advierte en la obra de Th. Hobbes. Pero la nueva doctrina sólo se manifiesta en todo su esplendor y franqueza cuando se impone, ya en el siglo XIX, el positivismo legalista. Dentro del positivismo legalista cabe agrupar autores como los alemanes K. Bergbohm o A. Merkel, los integrantes de la Jurisprudencia Analítica inglesa, como J. Bentham y J. Austin, o los franceses de la Escuela de la Exégesis, para quienes no había más Derecho que el contenido en el Código (*La Loi, c'est le droit*).

Quizá la mayor fractura que quepa señalar en la trayectoria de esta primera corriente sea la producida a comienzos de nuestro siglo por virtud de la obra de H. Kelsen. Kelsen, que se declara continuador de la ciencia jurídica positiva del siglo XIX, y más concretamente de la escuela alemana de Derecho público de Gerber, Laband, Jellinek, etc., revoluciona profundamente el positivismo normativista ofreciéndole una sólida fundamentación filosófica basada en el neokantismo, pero no altera sustancialmente la concepción del Derecho como conjunto perfectamente delimitable de normas respaldadas por el poder coactivo del Estado. Con inteligentes matizaciones y refinamientos, la idea de fondo sigue latiendo en la obra de H. L. A. Hart, el último gran ex-

es fácil comprobar que existen autores empiristas, o positivistas en sentido filosófico, que son también legalistas, y otros que no lo son. Pero el hecho de que en la práctica surjan interferencias no invalida la idea de que pueden diferenciarse, al menos teóricamente, dos grandes núcleos o modelos independientes de pensamiento positivista. Si no aparecieran en ocasiones entremezclados, seguramente no se habría producido tanta confusión en este tema.

ponente del movimiento que nos ocupa, quien, por cierto, también se confiesa continuador de la Jurisprudencia Analítica, es decir, del positivismo normativista inglés que ya descollaba en el siglo XIX.

La segunda gran versión del positivismo jurídico, que podríamos denominar positivismo realista, empirista o sociológico, también tiene importantes precedentes. Entre los más próximos destaca la Escuela Histórica del Derecho ³¹. Escuela que, como es bien sabido, concibe el fenómeno jurídico, no como un conjunto de leyes impuestas por el Estado, sino como un hecho social, tan natural y espontáneo como el idioma, emanado del espíritu de cada pueblo; una realidad concreta de la vida configurada por la suma de condiciones y fuerzas que conforman cada sociedad. De lo anterior puede inferirse que el positivismo realista va a caracterizarse por concebir el Derecho como un fenómeno natural más, una manifestación más de las fuerzas que agitan el Universo, un simple hecho, el resultado de una compleja combinación de fuerzas sociales.

Esta concepción del Derecho como hecho, que no pretende contemplarlo aislado del resto de la realidad, como hace el normativismo, sino en relación con el todo, recibe su espaldarazo o confirmación teórica decisiva con la aplicación al ámbito de lo jurídico de la filosofía positivista. Es ésta una filosofía monista, es decir, reductora de la esfera espiritual, la esfera de la moral y el Derecho, a la esfera de los hechos naturales, única cuya existencia admite, y cuyas manifestaciones, conectadas entre sí por relaciones de causalidad, considera plenamente cognoscibles a través del método experimental. La aplicación del positivismo filosófico a la reflexión jurídica se efectúa, por así decirlo, en dos oleadas claramente diferenciables: una, la primera, que se produce durante la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del XX (y que será objeto de más detallado estudio en este trabajo), como efecto de la expansión del positivismo de origen comtiano, y otra, la segunda, que se produce ya en pleno siglo XX. Esta segunda oleada, que supone la principal fractura (quizá como réplica a la fractura que en la corriente normativista había supuesto la doctrina de Kelsen) o, más bien, escalón o salto hacia adelante, en el devenir de la corriente positivo-realista, consiste de nuevo en la aplicación al Derecho de una filosofía positivista, pero renovada: la filosofía del neopositivismo o empirismo lógico, aplicación que encuentra su más clara expresión en el pensamiento del realismo jurídico escandinavo.

31. Así lo aseguran, p. e., VANNI, I., «I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva», en *Rivista di filosofia scientifica*, 1885 (Reproducido en sus *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, I, Bologna, 1906, pp. 203-237); BRUGI, B., «I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea», en *Circolo Giuridico*, 1883, pp. 151-167; y el propio DORADO MONTERO, P., *La Natura y L'Història*, op. cit., pp. 129-30. Sobre el tema ha incidido recientemente MARINO, G., *Diritto, principi. giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1990. En general, sobre los orígenes de las principales corrientes del positivismo jurídico, es muy instructivo el trabajo de GONZÁLEZ VICÉN, F., «Del Derecho Natural al positivismo jurídico», en *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, F. Torres, 1984, pp. 203-29.

Como significativo indicador de la divergencia de ambas corrientes, baste una ojeada a las críticas que recíprocamente se intercambian sus respectivos integrantes. Especialmente iluminadora resulta la contemplación del fuego cruzado entre Kelsen y Ross³². Y no deja de resultar curioso que, mientras en la actualidad el rótulo del positivismo jurídico parecen acapararlo los normativistas en perjuicio de los realistas, a los que no siempre se les otorga, son estos últimos los que, en las discusiones aludidas, acusan a los primeros de falsos positivistas. Así, por ejemplo, Ross descalifica la doctrina de Kelsen como sólo *cuasi-positivista*, por concebir el Derecho como un conjunto de normas que imponen auténticos deberes; es decir, por mantener el metafísico dualismo entre ser y deber. También Dorado, como veremos más adelante, descalificaba en su época al legalismo como residuo del iusnaturalismo. Esta acusación, frente a lo que pueda parecer a primera vista, nada tiene de descabellada si se considera que históricamente el positivismo legalista de, por ejemplo, la Escuela de la Exégesis fue una actitud doctrinal derivada de la convicción de que el Derecho Natural se había conseguido plasmar definitivamente en los códigos positivos, de tal manera que en lo sucesivo a ellos exclusivamente debía atenerse el jurista. En este sentido se puede entender, en efecto, el legalismo como

32. Vid. Ross, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, C. Edit. de A. Latina, 1969, pp. 9 ss., donde excluye del «positivismo verdadero», para él equivalente a empirismo, a todos aquellos autores «comúnmente considerados positivistas», como p. e. Bergbohm, que si bien niegan el Derecho Natural, se aferran a la idea de que el Derecho positivo es obligatorio (p. 24). Más adelante sostiene que ese positivismo, el de *Gesetz ist Gesetz*, es en realidad «una escuela de Derecho Natural» o, mejor, «cuasipositivismo». El propio Ross denuncia páginas después que el cuasipositivismo tiene un objetivo político: sostener incondicionalmente la autoridad del Estado (p. 27).

Aquí tenemos, efectivamente, otra posible diferencia entre positivismo normativista y realista. Los móviles de este último parecen puramente científicos o de conocimiento desinteresado. Los del normativista parecen también en parte políticos: subyace a él una ideología reforzadora de la autoridad del Estado y custodia del orden y la seguridad en el tráfico jurídico (entiéndase mercantil), tan necesaria para la burguesía imperante. Se ha dicho, *cfr.* p. e. BILBAO, A., *El Positivismo y la Sociología*, Madrid, E. Saltés, 1979, pp. 193 ss., 205-9, y 233, que, en general, la filosofía positiva es un intento de racionalización apologética o consolidación pretendidamente científica del orden social burgués. Es decir, sería un intento de legitimar el *statu quo* mostrándolo como producto necesario de la evolución natural. De lo anterior se deduciría que al positivismo jurídico realista subyace en el fondo una ideología similar a la del positivismo legalista.

Vid. también la réplica a Ross de KELSEN, H., «Una teoría realista y la Teoría Pura del Derecho. Observaciones a Alf Ross: *Sobre el Derecho y la justicia*», en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, C. Ed. de A. Latina, pp. 9 ss. El enfrentamiento entre HART, H.L.A., «Scandinavian Realism», en *Cambridge Law Journal*, vol. 17, 1959, pp. 233-40, y ROSS, A., «Review of Hart's Concept of Law», en *Yale Law Journal*, 1961-2, pp. 1185-90, es menos duro, porque Hart acoge en su obra diversos elementos realistas o empiristas.

una continuación del iusnaturalismo racionalista ³³. En suma, los normativistas no son necesariamente positivistas en sentido filosófico. Son positivistas en el sentido de que rinden culto exclusivo al *ius positivum*.

No está de más, creo, hacer aquí una especie de recapitulación que permita precisar algo más la diferencia existente entre las dos grandes corrientes del positivismo jurídico que hemos distinguido. Dicha diferencia podría formularse como sigue. El positivismo jurídico normativista responde a la pregunta por la validez jurídica de un acto cualquiera, un testamento por ejemplo, apelando a una o varias normas pertenecientes a un sistema o conjunto de normas bien delimitado (por su procedencia, al menos en último término, del Estado); mientras que el positivismo realista responde a esa misma cuestión apelando a los hechos, a lo que efectivamente ocurre en la práctica; es decir, atendiendo al comportamiento usual de la gente, a la opinión de los juristas, a las decisiones de los jueces sobre el tema (siempre que suelen respetarse), etc.

En otras palabras, para el positivismo normativista el alcance y límites del Derecho es algo que determina el propio Derecho. Son las propias normas jurídicas las que deciden qué cuenta como Derecho, qué reglas de Derecho son válidas; mientras que para el positivismo realista todo eso lo determina la realidad social. Reglas de Derecho válidas serán aquí las efectivamente aplicadas o empleadas en la práctica por los ciudadanos y jueces. Así, por ejemplo, si se diera el caso de que ciertas autoridades administrativas o ciertos tribunales rehusaran aplicar determinadas normas, esa situación de hecho sería para el positivismo realista la verdadera situación jurídica, y no la diseñada por las normas mismas ³⁴.

33. Sobre el tránsito del iusnaturalismo al positivismo legalista *cfr.*, entre otros, OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico. op. cit.*, pp. 37-38; GONZÁLEZ VICÉN, F., «Del Derecho Natural al positivismo jurídico», en *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, Fernando Torres, 1984, pp. 205-229.

34. De este modo presenta la diferencia WALINE, M., «Positivisme philosophique, juridique et sociologique», en *Mélanges R. Carré de Malberg*, París, 1933, pp. 522-8, que distingue dos grandes corrientes positivistas en relación con el Derecho: la que denomina *positivismo jurídico* y la que denomina *positivismo sociológico*. En realidad, son varios los autores que han detectado esta bifurcación de sendas positivistas. Así, p. e., CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho Natural*, Madrid, Ed. Nacional, 1974, 5.^a ed., p. 107, diferencia dos corrientes dentro del positivismo jurídico: «a) la que es proyección, en el mundo del Derecho, de una actitud filosófica positiva; b) la que surge en el sector de la Jurisprudencia sin apenas raigambre filosófica». También GONZÁLEZ VICÉN, F., «Del Derecho Natural al positivismo jurídico», *op. cit.*; «Sobre el positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Univ. de La Laguna, 1979, identifica una doble raíz histórica del positivismo jurídico que explica la diversidad de «los positivismos jurídicos» existentes. La primera de las dos líneas de pensamiento positivista es la que concibe el Derecho como orden de normas autónomo y la segunda la que lo concibe como producto histórico y relativo. La primera enraiza con la aparición del Estado absoluto e identifica el

Probablemente la divergencia más profunda que media entre las dos corrientes en cuestión, aparte de las diferencias ya mencionadas, es de enfoque o perspectiva. En efecto, el positivismo realista adopta frente al Derecho un enfoque o punto de vista externo; mientras que el positivismo normativista lo adopta interno. Quiere esto decir que el positivismo realista se limita a describir el hecho del Derecho; es decir, lo que del Derecho se manifiesta en el mundo de los fenómenos naturales o sociales. Elabora, pues, todo lo más, una especie de Sociología del Derecho. De hecho, muchos positivistas realistas, y Dorado entre ellos, no creen que exista diferencia alguna entre la sociología y la filosofía jurídicas. Por su parte, el positivismo normativista trata de dar cuenta de la estructura interna del Derecho y de su funcionamiento. Es decir, pretende dar cuenta adecuada de la práctica jurídica y de la ciencia jurídico-dogmática. Elabora, pues, una verdadera Teoría del Derecho.

IV. LA FILOSOFÍA POSITIVA DEL DERECHO EN ITALIA

Una vez encuadrado el pensamiento de Dorado en el marco de la filosofía positiva del Derecho de finales del siglo XIX y principios del XX, o lo que es lo mismo, en la corriente realista del positivismo jurídico, parece conveniente describir con mayor detalle dicho movimiento. Nos interesa exponer sus doctrinas básicas; a ser posible tal como se presentaron en la Italia finisecular en que el profesor salmantino pudo conocerlas, y tal como él las entendió. Para lograr este enfoque,

Derecho por la fuente de su producción, básicamente el centro de poder político. Es decir, lo reduce a pura vigencia. La segunda enraiza con la aparición en el s. XVIII de la conciencia histórica, y entiende el Derecho como el producto de una comunidad determinada y unas condiciones de existencia determinadas. Es decir, lo reduce a pura historicidad. Curiosamente, a la hora de clasificar las grandes corrientes positivistas, González Vicén no las reduce a dos sino a tres: la del positivismo imperativista o normativista, la del positivismo historicista y la del realismo jurídico. A mi juicio, las dos últimas direcciones mencionadas se pueden reducir a una sola. Representan momentos diferentes en la evolución de una misma idea de fondo. Tampoco comparto con González Vicén la opinión de que, a pesar de todo, el positivismo jurídico es una corriente de pensamiento unitaria, en cuanto que a través de todas sus variantes defiende siempre la tesis de que el Derecho es una ordenación real y concreta en el tiempo. Esa idea es tan vaga que cualquiera podría aceptarla; incluso, con ciertas matizaciones, un iusnaturalista. Recientemente MARINO, G., *Diritto, principi, giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento, op. cit.*, pp. 124 ss., distingue asimismo entre un positivismo viejo o clásico, cuyos puntos de referencia serían el evolucionismo, el sociologismo y cierto historicismo, y otro positivismo renovado, cuyo punto de referencia sería la elección de un cierto método técnico-jurídico, una especie de *actio finium regundorum*, que permitiría distinguir lo jurídico, básicamente la ley, de lo no jurídico, interrumpiendo así la continuidad entre hecho y Derecho característica del viejo positivismo.

nada mejor que tomar como base de la exposición el amplio y riguroso trabajo en que nuestro autor, ajustándose, según declara, a sus propios gustos y tendencias, da exhaustiva cuenta de los avances del positivismo jurídico en Italia ³⁵.

Como ya he anticipado, es éste un movimiento que intenta aplicar la filosofía del positivismo al estudio y reflexión sobre el Derecho. El origen de dicha filosofía lo sitúa Dorado en el pensamiento de Kant, y más próxima o inmediatamente en la obra de Comte y Spencer, entre otros. En cuanto a los precursores italianos del nuevo estilo de pensar, cita a Galileo y Vico, entre los remotos, así como, más cercanamente, a Goia y Romagnosi (influidos por Condillac). De una manera clara, la filosofía positiva habría comenzado a manifestarse en Italia a partir de 1865, llegando a lograr una fuerte implantación en el campo del Derecho a partir de 1880, por obra de autores tales como Ardigò, Lombroso, Garofalo, Ferri, etc. ³⁶

En una primera aproximación, podemos describir la filosofía que nos ocupa como una concepción mecánico-monista del mundo, que considera operantes en todas las esferas (incluida la social, moral, o jurídica) las mismas fuerzas y leyes que gobiernan el mundo natural. Coherentemente con lo anterior, exige la universal utilización del método experimental, así como el rechazo de toda noción metafísica, es decir, incontrastable empíricamente.

Los primeros frutos que el nuevo modo de pensar produjo en la esfera del pensamiento jurídico fueron especialmente fecundos en el campo del Derecho Penal. Al negarse por metafísica la noción de libertad, las acciones humanas pasaron a reputarse causalmente determinadas por efecto de factores naturales o físicos, y sociales. Al no considerarse el hombre libre, tampoco se le podía responsabilizar de sus delitos. La responsabilidad correspondería, en todo caso, a la sociedad en su conjunto. Por esa razón, la pena, más que una retribución moral por el mal causado, pasaba a concebirse como un mecanismo defensivo del organismo social frente al daño derivado del delito. Se producía así, en definitiva, un vuelco completo en la filosofía penal, que amenazaba con repercutir de forma inmediata y profunda en la ciencia y en la práctica jurídico-penal.

También en otros ámbitos del Derecho examinados por nuestro autor, tales como el Derecho civil, el Derecho político y administrativo, o incluso el Derecho romano, se perciben los efectos de la filosofía positiva, pero en una medida mucho menor que en el penal.

35. Vid. DORADO MONTERO, P., *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, op. cit.

36. Sobre el origen del positivismo jurídico en Italia vid. también PÉREZ LUÑO A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, op. cit., pp. 86 ss. y MARINO, G., *Diritto, principi, giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento*, op. cit.

En cuanto a la Filosofía del Derecho, Dorado nos informa de que «en la dirección positivista es imposible hoy una Filosofía del Derecho completa, porque apenas si se comienzan a dibujar sus principales líneas»³⁷. El contenido, añade en otro lugar, está todavía virgen. Verdaderamente, la filosofía positiva del Derecho que nuestro autor conoció en su momento de efervescencia inicial, no llegó a conformar una doctrina perfectamente acabada o sistemática. Fue poco más que un firme propósito metódico (experimentalista), una severa crítica a los puntos de vista que, por no aceptar la disolución del Derecho en las ciencias naturales, eran tachados de metafísicos, y algunos esbozos o ensayos de doctrinas, con frecuencia difícilmente conciliables con la visión que intuitivamente se tiene del Derecho y, a veces, incluso difícilmente conciliables entre sí.

Se trata, en definitiva, de un positivismo que, haciendo uso de la conocida clasificación de N. Bobbio, podría calificarse de «metodológico», en cuanto su principal obsesión es la de que el estudio del Derecho debe abordarse desde un determinado punto de vista: el experimental, el inductivo, el positivo. Un punto de vista que pretende atenerse a los hechos tal y como se presentan a la observación; tomar las cosas como son en la realidad y no como entes que se forman abstractamente, especulativamente, y sólo tienen vida en la imaginación³⁸.

Rechaza, pues, todo apriorismo, toda metafísica, todo saber que no proceda de la observación, del experimento, de la interpretación de los hechos. Consecuentemente, rechaza también uno de los productos más característicamente idealistas: el dualismo, que postula la existencia de dos mundos superpuestos, el de las puras ideas y el de los fenómenos sensibles, o, en el ámbito de lo jurídico, el del puro Derecho Natural y el del positivo. Adopta, por el contrario, una concepción unitaria de lo existente, que presenta la totalidad de los fenómenos, sean físicos o espirituales, como emanaciones de una misma fuerza cósmica, como distintas formas del mecanismo del universo. Esta concepción se traduce en una visión también unitaria de la ciencia o del saber (el llamado monismo científico), que propugna la utilización en todos los casos de una metodología idéntica.

Como modelo de la metodología unitaria propugnada se toma, como digo, el saber experimental propio de las ciencias naturales. Se adopta el método de la Física o, mejor aún, el de la Biología, cuyos principios se consideran especialmente aplicables al mundo del Derecho. Y ello porque se supone que los hechos sociales y jurídicos son básicamente idénticos a los hechos físicos; que la sociedad humana no difiere sustancialmente de la sociedad animal; e incluso que la sociedad es un organismo viviente, con los mismos órganos y funciones que presentan los seres vivos. El Derecho, concretamente, no sería sino una función, entre otras, del organismo social, del mismo modo que la nutrición lo sería del organismo animal.

Con estos antecedentes, resulta perfectamente comprensible que las principales categorías conceptuales introducidas por Darwin y sus segui-

37. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El positivismo...*, op. cit., p. 103.

38. *Ibid.*, p. 5.

dores, entonces muy en boga en el campo de las ciencias de la vida, fueran diligentemente trasladadas al ámbito de las ciencias sociales. Nociones como las de adaptación, influencia del ambiente, evolución, lucha por la existencia, con su resultado: la selección natural o supervivencia de los mejores, clave del progreso de la especie, etc., que comienzan a penetrar profusa e indiscriminadamente en diversas esferas del saber, invaden también las relativas al Derecho. Es fácil tropezarse con afirmaciones tales como, por ejemplo, la de que los fenómenos jurídicos, o las instituciones jurídicas, sufren las influencias del ambiente social que los rodea y se adaptan a él mediante la lucha por la supervivencia, de la que se deriva la selección y la adquisición de las condiciones necesarias para la vida. Dorado advierte con toda claridad el fenómeno en los siguientes términos: «como la nueva filosofía es la filosofía del darwinismo y de la evolución, la nueva filosofía del Derecho es también la filosofía del darwinismo y de la evolución aplicados al orden jurídico»³⁹.

Generalizando, puede decirse que la Filosofía del Derecho es, para la corriente positivista que estamos estudiando, una ciencia natural. Lo cual es perfectamente coherente con su idea de que los actos humanos, y por tanto, también los fenómenos jurídicos, no dependen de la voluntad libre del hombre, sino que están determinados por el ambiente físico y social. Son, pues, fenómenos naturales, y en consecuencia, natural habrá de ser también la disciplina que los estudie. Una disciplina que, por esa misma razón, podrá y deberá contar con el auxilio de las restantes ciencias: Física, Geografía, Matemáticas, Estadística, Sociología, Paleontología, Arqueología, Etnología, etc., que, en último término, versan sobre idéntico objeto: el mecanismo universal.

La tarea asignada a la Filosofía del Derecho positivista (o a la Sociología jurídica, que vendría a identificarse con ella) es la de estudiar el fenómeno jurídico tal y como efectivamente se produce en la vida real; es decir, como un hecho social. Habría de atender especialmente al proceso de su evolución desde el origen o primera manifestación del mismo hasta la última; examinando también sus relaciones con los restantes fenómenos del universo, regidos, en último término, por leyes idénticas a las que rigen la vida del Derecho⁴⁰.

39. *Ibid.*, p. 138. Sobre el darwinismo aplicado al orden social *vid.* GONZÁLEZ VICÉN, F., «El darwinismo social. Espectro de una ideología», en *Anuario de F. del D.*, vol. I (n. e.), 1984, pp. 163-76.

40. Por cierto, el reconocimiento de estos autores positivistas de que el Derecho no se presenta jamás aislado y no puede estudiarse aisladamente, les conduce a defender la tesis de que «el hecho jurídico está íntimamente enlazado con el moral, el político, el religioso, el económico, etc.» Evoluciona y se transforma al mismo ritmo de los otros influyéndolos y sufriendo su influencia. *Cfr. El positivismo...*, *op. cit.*, p. 333. La tesis apuntada, formulada por Puglia, pero que puede considerarse característica del positivismo realista, tiene poco que ver con una de las ideas básicas del positivismo normativista o legalista, cuya formulación podría hacerse, siguiendo a HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 230, en los siguientes términos: entiendo por positivismo jurídico la idea de que «en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral».

No se trata, por tanto, de captar mediante especulación abstracta la pretendida esencia de lo jurídico, esencia que se reputa inexistente o, al menos, incognoscible. Se trata más bien de lograr mediante la observación y el experimento un conocimiento preciso del hecho social que representa el Derecho positivo (único cuya existencia se reconoce). Derecho que, así contemplado, se manifiesta como el producto de un complejo entramado de fuerzas sociales.

Aquí tenemos ya el núcleo de la concepción que del Derecho sustenta la filosofía positiva del mismo. Lo concibe como fuerza, como una manifestación, entre otras, de la fuerza, en el fondo única, que agita el universo. Ese mecanismo de fuerza o fuerzas sociales complejamente entrecruzadas en que el Derecho consiste ha seguido la ley de la evolución; evolución marcada por la influencia de múltiples factores que lo han condicionado hasta alcanzar su forma actual.

Los autores positivistas que estudiamos aspiraban a captar y formular las leyes generales de la evolución de todo Derecho; lo cual permitiría prever su desarrollo futuro, y hasta extraer de la previsión de los grados más altos de dicho desarrollo algunas directrices u orientaciones normativas. No es difícil detectar aquí ciertos atisbos de un peculiar iusnaturalismo más o menos implícito, sobre el que abundaré más adelante.

En el intento de formular esa ley o leyes generales de la evolución del Derecho, los citados autores vienen a señalar lo siguiente: el Derecho, como cualquier otro fenómeno social sujeto a evolución, se forma por sucesiva diferenciación y especificación de un todo homogéneo anterior. En el caso del Derecho, el indistinto anterior del que surge es un conjunto de relaciones bioéticas que formarían una verdadera «nebulosa moral» en el seno de la sociedad humana. Se llama nebulosa moral al conjunto de normas sociales que hacen posible la convivencia aun antes de que haga su aparición el Derecho. Este último surge cuando aparece el poder del Estado, el poder político, que impone coactivamente el cumplimiento de las normas y designa jueces para garantizar su aplicación. Así pues, el poder, el poder político-social, que se equipara, tanto por su formación como por su función, con el sistema nervioso central de los animales superiores, es consustancial con el Derecho, y tiene como función hacer posible la armonía social y el progreso. El respeto, muchas veces inconsciente, que tal poder genera y el temor que provoca la coacción de la que puede hacer uso es lo que funda la eficacia del Derecho.⁴¹

Por lo demás, se entiende el Derecho, en cuanto mero producto natural, efecto de causas físicas o mecánicas cambiantes, como algo temporal y mudable. Algo que se transforma a medida que cambian las necesidades y condiciones sociales (económicas, morales, etc.) a las

41. Cfr. *El positivismo.... op. cit.*, pp. 179 ss.

que responde. O, para decirlo en términos de Dorado: «en el Derecho sucede lo propio que en la naturaleza entera: todo se transforma, todo se cambia, nada es seguro ni estable»⁴².

Carece de sentido, en consecuencia, hablar de máximas eternas de justicia, de principios absolutos de Derecho Natural, o de derechos naturales del hombre. Todo eso es pura ilusión; ideales subjetivos de los que hay más versiones que pensadores; abstracciones o generalizaciones sublimadas de las normas actuales, que tienen valor relativo, están condicionadas históricamente, y son fruto de multitud de factores infinitamente mudables.

Aunque la corriente positivo-realista, o naturalista, que estamos examinando niega explícita y radicalmente la existencia de un Derecho Natural absoluto o eterno, contiene en sí, como anticipábamos más atrás, ciertos ingredientes que bien pueden considerarse iusnaturalistas; lo cual resulta especialmente chocante si se tiene en cuenta que el rechazo del Derecho Natural ha sido prácticamente el único rasgo unánimemente considerado por los estudiosos como común a todas las versiones del positivismo jurídico.

En efecto, a pesar de que los autores positivo-realistas conciben el Derecho como un mero producto natural, zarandeado por influencias mecánicas o causales cambiantes, sugieren, sin embargo, que conviene conocer tales influencias «para alentarlas y favorecerlas cuando sean conformes a la vida y a las exigencias actuales». Es decir, suponen que la vida jurídica o el orden de cosas actual tiene sus propias exigencias. Suponen, por otra parte, que existe una especie de ley universal de evolución del Derecho; lo cual es tanto como suponer que la naturaleza tiene sus propios planes de evolución, determinadas leyes físicas o biológicas que conforman una especie de providencia natural, a la que conviene plegarse.

Además de lo anterior, llama poderosamente la atención una peculiar doctrina de R. Ardigò, autor cuyo positivismo, casi una religión, está fuera de toda duda; doctrina que, por cierto, influye profundamente en Dorado, que termina asumiéndola y remodelándola una y otra vez hasta convertirla en una especie de tópico obsesivo de su obra (uno más).

Se trata de una doctrina estrechamente emparentada con el evolucionismo científico. En realidad, viene a ser un desarrollo de los atisbos iusnaturalistas que, como antes apunté, se detectan en diversos autores positivo-realistas. Reconoce, como estos últimos, que la naturaleza, en continua evolución, tiene sus exigencias, igualmente evolutivas; esto es, infinitamente renovables. Tales exigencias son captadas por los individuos de conciencia social más inquieta y sensible, que las adoptan como ideales de transformación del Derecho positivo y tratan de plasmarlas en él. Se presenta así la evolución del Derecho como una lucha incesante entre el Derecho positivo y los nuevos ideales jurídi-

42. *Ibid.*, p. 166.

cos, entre el Derecho «que es» y las nuevas concepciones sobre el Derecho «que debería ser». Estos ideales o aspiraciones, continuamente emergentes, son denominados por Ardigò, y más tarde también por Dorado, Derecho Natural, haciendo quizá un uso algo abusivo de tan ilustre denominación. El parece considerarla aplicable con toda propiedad, porque, aunque se refiere a ideales subjetivos, éstos emergen, en última instancia, de la evolución de la vida; es decir, corresponden al desenvolvimiento progresivo de la naturaleza humana, que se refleja en dichos ideales.

V. LA ACTITUD DE DORADO

Lo primero que debe advertirse es que no fue siempre idéntica su actitud hacia las doctrinas positivistas que acabamos de sintetizar⁴³. A mi juicio, cabe distinguir en el pensamiento de Dorado al menos dos fases o etapas claramente perceptibles. En la primera, adopta una actitud de cierto distanciamiento crítico en relación con el positivismo, aunque aceptando sus presupuestos básicos. En la segunda, se deja penetrar más a fondo por esa corriente de pensamiento hasta extraer, finalmente, las últimas consecuencias de aquellos presupuestos; lo cual le conduce de forma inevitable a una visión del Derecho en extremo radical y descarnada, a una posición verdaderamente «nihilista», como certeramente la califica Gil Cremades⁴⁴.

43. Doctrinas que extrae de las obras de Ardigò, Vanni, Schiattarella, Puglia, Cogliolo, Vadalà-Papale, Bonelli, Molinari, etc. En trabajos sucesivos menciona Dorado a otros positivistas italianos, como Levi o Groppali, y también no italianos, como Gumpłowicz. Téngase en cuenta que su contacto con el positivismo no se limita a la época de estancia en Italia, sino que se prolonga a través de los años. No estuvo ni mucho menos aislado del discurrir de las ideas en su retiro salmantino. Siempre procuró mantenerse al corriente de los progresos del pensamiento y de la ciencia, y pudo lograrlo manteniendo un estrecho contacto epistolar y de intercambio bibliográfico con muchos de los más destacados estudiosos de la época, especialmente italianos. Además era un lector incansable de todo cuanto de relieve iba publicándose en Europa, auxiliado por su buen conocimiento de idiomas, cosa inusual en la época; y su nutrida biblioteca personal estaba perfectamente actualizada.

44. Cfr. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...*, op. cit., p. 270. Nuestro punto de vista, que distingue dos fases en el pensamiento de Dorado, una de positivismo moderado o positivo-krausismo y otra de positivismo exacerbado, coincide básicamente con el de ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., pp. 18: «Dorado volvió de Italia positivista; pero positivista crítico, como correspondía a su formación filosófica anterior, que fue el cedazo para la nueva cosecha. (...) Los trabajos posteriores carecen de la cautela y medida abundantes en los primeros». En otro lugar (pp. 42-3) habla Antón de una etapa «superpositivista» de nuestro autor en la que «rectificando su primera posición, abandonó por completo el término medio y se colocó más allá todavía de la escuela italiana por parecerle que arrastraba demasiados residuos de la ideología tradicional».

La primera y más extensa de las etapas aludidas, que podría denominarse positivo-krausista, utilizando una expresión más arriba propuesta, o también «utópica», recogiendo una calificación muy extendida entre los estudiosos de Dorado ⁴⁵, se perfila claramente ya en la misma obra en la que examina y divulga en España la concepción del Derecho de los positivistas italianos. Adopta allí gran parte de las doctrinas que somete a examen, y cuyo triunfo considera imparable; pero, al mismo tiempo, critica con determinación algunos importantes aspectos de las mismas.

Acepta el decisivo punto de vista metódico, la que denomina «feliz intuición», de fundar el Derecho en la realidad, en las relaciones efectivas de la vida social, y no en abstracciones metafísicas, que serían bellos edificios pero sin cimientos. Llega incluso a criticar la falta de coherencia de algunos autores pretendidamente positivistas que, olvidando su consigna antimetafísica, adoptan un concepto de Derecho que, a su juicio, es básicamente el kantiano ⁴⁶.

Algo divergente es, sin embargo, la tesis de VALLS, J., *La filosofía del Derecho de Dorado Montero, op. cit.*, p. 11, para quien Dorado no llega a sintetizar positivismo y krausismo, sino que pasa sucesivamente por una etapa krausista, otra positivista y otra superadora de ambas. En mi opinión, no está suficientemente justificada la atribución a Dorado de una etapa krausista. El hecho de que fuera alumno de M. Arés y de Giner de los Ríos no demuestra nada. Tampoco lo demuestra el hecho de que mantuviera lazos de amistad, aunque casi sólo por correspondencia, con la mayor parte de los krausistas españoles del momento. Las afinidades de pensamiento deben apoyarse en los escritos y no en las biografías. De lo contrario, habría también buenas razones para hablar de una fase católico-integrista de nuestro autor. Se sabe, en efecto, de una conferencia del joven Dorado en cierta academia universitaria salmantina de orientación reaccionaria, cuyo título es inequívoco: «De Covadonga a Granada o el triunfo de la Cruz sobre la Media Luna». Parece ser que por entonces se hallaba próximo al círculo integrista salmantino encabezado por E. Gil-Robles, con quien andando el tiempo se enfrentaría. Creo, sin embargo, que esta etapa de juventud no es significativa, precisamente porque no se tradujo en obras. Tampoco hay escritos puramente krausistas de Dorado; luego no parece acertado atribuirle una etapa krausista. En segundo lugar, no creo que su positivismo sea puro, al menos en un primer momento, sino impregnado de ideas krausistas. El mismo Dorado se presentaba entonces como positivista crítico declarando su intención de conciliar positivismo e idealismo. Finalmente, no creo que su última etapa sea superadora de las dos anteriores, sino una simple profundización en el positivismo que menoscaba cada vez más su veta krausista, aunque sin agotarla del todo.

45. Ya CUELLO CALÓN, E., «La teoría jurídico penal de Pietro Dorado Montero», en *Riv. Int. di F.^a del D.*, vol. 1, 1921, pp. 94 y 99, declaraba que los nobles ideales perseguidos por Dorado le encaminan a veces a la utopía. Terminaba su artículo con estas palabras: «[Dorado]... elevandosi sulle ali di nobili idealismi, si slancia nelle vaghe regioni dell'utopia». ONECA, A., *La utopía penal de Dorado Montero, op. cit.*, retoma la idea, que en realidad ya había surgido en forma de crítica incluso en vida de Dorado, y presenta la noción de utopía como categoría clave para la comprensión de su pensamiento.

46. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El positivismo...*, *op. cit.*, pp. 175-176. En el fondo, ésta viene a ser la crítica de Ross a Kelsen cuando moteja su doctrina sobre el Derecho como «cuasi-positivista» por colocar en un lugar central la noción metafísica del deber; consecuencia de su distinción de raigambre kantiana entre las categorías del ser y del deber ser.

En esta línea antimetafísica rechaza el dualismo idealista, que distingue el Derecho Natural, absoluto y eterno, del positivo, o el Derecho objetivo del subjetivo. Asimismo, niega el carácter absoluto o incondicional de elementos tales como los derechos humanos, que, en su opinión, son puramente históricos y relativos, es decir, «hijos de la presente situación y desarrollo social»⁴⁷ y de ningún modo innatos, intangibles, inalienables, o imprescriptibles.

Curiosamente, esta última crítica la dirige contra Mambelli, uno de los pocos autores italianos influidos por Krause, filósofo idealista alemán, al que en Italia, según constata con sorpresa nuestro autor, «casi ni de nombre se conoce»⁴⁸. Quizá advirtiera entonces lo anómalo de la hipertrófica influencia de aquél en España y decidiera mantenerse un tanto al margen de la simpática secta del krausismo español.

En general, se puede decir que tomó del positivismo, desde el principio y para siempre, la visión del Derecho como un fenómeno real, social, histórico, producto de la actividad humana y no de factores sobrehumanos o sobrenaturales; como un fenómeno relativo, contingente, variable según las circunstancias, y no un atributo de la naturaleza humana, necesario e inmutable en lo esencial; como algo cuyo auténtico sentido sólo puede captarse en las relaciones intersubjetivas de la vida humana, determinando por inducción, a partir del examen experimental de los hechos, las leyes que rigen la aparición y desarrollo de tales relaciones.

A pesar de que Dorado acepta inequívocamente todos esos pilares de la doctrina positivista, no deja de mostrar en esta primera etapa de su pensamiento algunas reticencias significativas. Se trata de objeciones más o menos puntuales, como la que dirige contra el «darwinismo jurídico», juzgando precipitada la aplicación «al organismo social» de las leyes del mundo animal. Un hombre como él, impregnado de ideales correccionalistas o krausistas, no podía acoger sin protestas tesis como por ejemplo la de J. Boccardo, que pedía la desaparición de las instituciones de beneficencia bajo la acusación de obstaculizar la selección biológica y social. En general, Dorado acepta aquí el punto de vista de que la lucha por la existencia se halla atemperada en la sociedad humana por la presencia de ciertos rasgos característicos del hombre, como el altruismo, la simpatía y la cooperación voluntaria. Con todo, no puede desconocerse que en la segunda fase, más radical, de su pensamiento termina por adoptar, más o menos matizadamente, algunos de los principales tópicos darwinistas, concibiendo por ejemplo todas las manifestaciones de la vida social como modos de lucha⁴⁹.

47. *Ibid.*, pp. 118-119.

48. *Ibid.*, p. 112.

49. *Ibid.*, p. 219. Todavía en *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, p. 532, se muestra cauteloso respecto del darwinismo humano y social. Sin embargo, en «Valor

También crítica, con buen criterio, la tesis positivista de que el Derecho, en cuanto relación social impuesta coactivamente por el poder político, puede tener cualquier contenido. En su opinión, coincidente aquí con la de Vanni, la función específica que el Derecho desempeña en la vida social exige, en alguna medida al menos, un contenido determinado y no arbitrario para las normas jurídicas.

Esta objeción, cercana a la tesis de Giner y otros krausistas que reivindican para el Derecho un contenido ético, y que por cierto también parece difuminarse en la última fase del pensamiento de Dorado, y otras objeciones de menor calado, le llevan a concebir su propia postura doctrinal como «positivismo crítico». El positivismo crítico fue un movimiento, promovido, entre otros, por Fouillée, que pretendía limar los excesos positivistas fundiendo los importantes logros de esta escuela con la parte más sana y aprovechable de la idealista. Se trataba de una corriente ecléctica que permitía al profesor salmantino adoptar una postura básicamente positivista sin tener que arrojar por la borda todo su bagaje de ideas krausistas.

La prueba de que su propósito, al menos en una primera época, fue conciliar o armonizar lo mejor del positivismo: la actitud realista y la metodología experimental, con lo mejor del krausismo: ciertas doctrinas e ideales especialmente convincentes y elevados, la ofrece el propio Dorado cuando manifiesta claramente en el Prólogo a sus *Problemas de Derecho penal* lo siguiente: «El sistema penal del porvenir debe ser algo así como la unión de la escuela correccionalista [de fondo krausista] y de la positiva, la infusión del espíritu de la primera en el cúmulo no muy ordenado de datos de la segunda, el ensanchamiento del molde metafísico y cerrado de aquélla con la sangre joven y viva, procedente de la observación experimental que trae ésta: o lo que es lo mismo, la síntesis experimentalista, la conversión de lo que sólo eran, por así decirlo, intuiciones geniales de los grandes poetas de la especulación filosófica abstracta, en construcción firmemente realista, científica, filosófico-experimental, fundada en la certeza que da la observación de los hechos, su comparación y las inducciones que de aquí se sacan»⁵⁰.

Es cierto que el texto citado se refiere sólo a la filosofía jurídico-penal, pero la idea es extensible, aunque de una manera algo más difusa, al resto de su filosofía jurídica. Efectivamente, en la mayor parte de

y función del Estado», *Rev. Gen. de Leg. y J.*, vol. 113, 1908, pp. 6 ss. concibe la lucha por la existencia como una de las leyes más universales de la vida, y contempla el orden social como «un sistema de fuerzas, de agresiones y opresiones mutuas» (p. 12). BLANCO, J.A., *El pensamiento socio-político de Dorado Montero*, *op. cit.*, pp. 31-3, destaca el interés de Dorado por las tesis darwinistas. Interés que se confirma revisando su biblioteca, conservada en la Universidad de Salamanca.

50. *Cfr. Problemas de Derecho Penal*, Madrid, Imp. de la Rev. de Legislación, 1895, I, p. XIV.

sus escritos de la primera época, a la que corresponden sus obras más conocidas ⁵¹, es fácilmente perceptible esa voluntad de suavizar su actitud básica, decididamente positivista, con diversas concepciones e ideales (muchas veces utópicos, como el de un orden social libre de coacción, sin Estado ni leyes), procedentes del krausismo. Así por ejemplo, su constante reformulación de la doctrina del positivista Ardigò sobre el Derecho Natural, concebido como un ideal jurídico subjetivo que pugna por plasmarse en el Derecho positivo hasta que finalmente lo consigue, puede explicarse como un intento de respaldar o aproximarse a la doctrina de Giner que equipara Derecho Natural y Derecho positivo, al tiempo que establece una completa continuidad entre el orden jurídico y el moral.

No era fácil construir un pensamiento consistente tratando de armonizar doctrinas tan profundamente opuestas como las que nos ocupan, y por ello no debe sorprender que nuestro autor termine decantándose por una de ellas, la positivista; lo cual es especialmente perceptible en los escritos de su última época, «sus extremismos postreros», como los ha denominado algún autor. Allí se deja dominar casi completamente por el empirismo, el darwinismo y el relativismo ético, llegando a concebir el Derecho como pura fuerza y negándose a reconocer legitimidad alguna que no sea la derivada de la victoria en la lucha, ley universal de la vida.

VI. PENSAMIENTO FILOSOFICO-JURIDICO DE DORADO

Nos limitaremos a perfilar aquí algunos de sus rasgos más destacados, dado que la índole y el objetivo del presente trabajo no consienten

51. Básicamente, *Problemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, La España Moderna, 1893; *Problemas de Derecho Penal*, op. cit.; *Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona, Soler, 1902 (hay reedición argentina, Buenos Aires, Depalma, 1973, con estudio introductorio de M. de Rivacoba); *Valor social de leyes y autoridades*, op. cit., e incluso en gran medida *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., por citar sólo los libros más importantes, pertenecerían a esta primera fase. *El Derecho y sus sacerdotes* es una obra de transición en la que se entremezclan puntos de vista a veces contradictorios. Según explica su autor (p. 6), fue escrita en la misma época de los libros antes citados, pero no pudo publicarse hasta 1909. En esa fecha su pensamiento ya había cambiado en muchos puntos; pero, naturalmente, corregir una obra de casi 600 páginas de texto denso y líneas apretadas no podía ser tarea fácil (ya sólo leerla es una hazaña), y no es extraño que el libro resulte una especie de híbrido que contiene partes de un positivismo cada vez más radical junto a otras todavía fuertemente marcadas por la influencia de Giner. Generalizando, puede decirse que el pensamiento de Dorado está marcado por dudas y vacilaciones constantes, cuando no por contradicciones latentes o patentes. La razón hay que buscarla en su intento de conciliar positivismo y krausismo; maridaje que si ya era de por sí *contra naturam*, resultaba especialmente problemático para un temperamento como el de nuestro autor, tan poco favorable al armonismo o eclecticismo (a «las componendas», que tanto despreciaba). Cfr. ANTON ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., p. 19. La misma tesis sostienen R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del XIX», op. cit., p. 91.

un estudio más amplio y detallado. Destacaremos especialmente los elementos de dicho pensamiento que tengan más relevancia a efectos de precisar su ubicación en relación con el positivismo jurídico, pues éste es precisamente el propósito central del trabajo. Hay que advertir, por último, que incidiremos muy escasamente en el importante aspecto de la obra doradiana que constituye su filosofía penal, ya bien estudiada por destacados cultivadores de este campo y mejor conocida que su filosofía jurídica general.

A) *Filosofía jurídico-penal*

Baste recordar simplemente que en el ámbito penal se advierte con toda claridad en la obra de Dorado la voluntad de combinar una sólida base positivista con el espíritu e ideales correccionalistas que, como se sabe, derivan del krausismo. Concretamente, acepta del positivismo, además de la actitud metódica experimentalista o antiapriorista que nunca le abandona, la idea de que la libertad es una pura ilusión; la idea de que los actos humanos no son realmente voluntarios sino el producto de la acción silenciosa de múltiples fuerzas naturales. Si los actos humanos no son libres sino que obedecen a causas naturales, fluyen «de los componentes químicos del ser»⁵², carece de lógica, concluye, imputárselos o responsabilizar de ellos a quien los realiza. La responsabilidad correspondería, en todo caso, a la sociedad en su conjunto o a la naturaleza.

Aquí se aparta claramente del correccionalismo o krausismo, movimiento que no es en absoluto determinista y sitúa la causa del delito en la voluntad, libre aunque torcida, del delincuente. Coincide, sin embargo, el pensamiento de Dorado con el correccionalismo en casi todo lo demás: concibe la pena, no como un castigo (carecería de sentido castigar a quienes no se puede considerar culpables), ni como una forma de defensa social, sino como una terapéutica, es decir, como una forma de tutela y corrección del delincuente. Por esa misma razón la entiende no como un mal sino como un bien al que el delincuente tiene derecho para salir de su estado de inferioridad o debilidad; no como un instrumento represivo, sino preventivo de peligros futuros.

Esta concepción de la función penal, cuya parcial analogía con la de Giner no deja de ser ponderada por nuestro autor, que se declara complacido sobremanera y fortificado por ella⁵³, se mantiene básicamente invariable a lo largo de toda su obra.

52. Cfr. DORADO MONTERO, P., «El correccionalismo penal y sus bases doctrinales», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 111, 1907, p. 417.

53. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*, op. cit., p. 393 (n.). La amistad y rendida admiración de Dorado hacia Giner le inducen con frecuencia a buscar y declarar similitudes entre sus respectivos pensamientos que en realidad no son tan claras. ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., p. 17, advierte algo parecido: «De Giner (...) tomó Dorado bastante, aunque no tanto como él alardeaba».

Cabe detectar, sin embargo, alguna vacilación en su concepción del delito. El problema podría formularse así: ¿los delitos son acciones malas porque las sanciona el legislador (*mala, quia prohibita*) o el legislador las sanciona porque son malas (*prohibita, quia mala*)? En algunos de sus escritos, concretamente en los que reflejan un mayor influjo de Giner, Dorado parece inclinarse por la segunda posibilidad. Los delitos, afirma, «lo son por su propia naturaleza» y no por voluntad caprichosa del legislador⁵⁴. Por el contrario, en muchos otros lugares, y con especial radicalidad en alguno de los escritos finales, defiende el punto de vista opuesto; lo cual es más coherente con su invariable opinión de que nada hay en el mundo bueno o malo en sí mismo. Así, por ejemplo, en un artículo de 1913 sostiene lo siguiente: los delitos no lo son *per se*. Son artificiales, relativos al punto de vista de los dominadores. «Siempre, siempre, siempre *leges faciunt crimina*»⁵⁵. En otro lugar es aún más radical, si cabe. Viene a decir que matar, robar, difamar, privar de la libertad, pueden ser delitos o penas. Son delitos si se trata de actos realizados por quien carece de fuerza. Son penas si los realiza el titular del poder político⁵⁶.

Con esta doctrina Dorado pone en peligro toda su concepción penal o, al menos, la parte correccionalista de la misma. En efecto, si el delito no es algo malo en sí ¿está justificado tratar de corregir a quienes lo cometen? ¿Tiene algún sentido el correccionalismo? Seguramente no, porque a los delincuentes únicamente se les podría reprochar su imprudencia por contravenir los designios de los poderosos, pero no necesitarían una «cura de almas», una regeneración o moralización interna, dado que su conducta es nociva sólo relativamente a las circunstancias actuales, pero no consustancialmente⁵⁷.

Lo anterior nos permite extraer la conclusión de que Dorado no llegó a inferir las consecuencias que para su concepción penal estaban implícitas en el aspecto o etapa más radicalmente positivista de su pensamiento. De haberlo hecho, tendría que haber renunciado a todo lo que le debía al correccionalismo; cosa que pone de relieve una vez más lo irreconciliable de ambas corrientes de pensamiento, y lo estéril del

54. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., p. 326. Vid. en el mismo sentido las pp. 506 y ss.

55. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 123, 1913, p. 391.

56. *Ibid.*, p. 392.

57. Esta crítica ya aparece agudamente apuntada en el estudio de ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*. Salamanca, Pub. Univ. Sal., 1950, p. 68: Si el delito no es sino lo impuesto por el más fuerte, el delincuente no es más que un vencido y no ofrece nada que moralizar, nada que corregir. Argumento paralelo es el de LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., «Realidad e irrealidad en la teoría penal de Dorado Montero», en *Revista de Est. Penit.*, loc. cit., p. 1659, para quien la noción relativista de justicia que Dorado defiende («justicia es lo que de cinco quieren tres») tendría que haberla hecho extensible a las nociones de corrección y de bien.

esfuerzo de quienes trataron de integrarlas armónicamente, fueran krauso-positivistas o positivo-krausistas, como Dorado.

Tras esta revisión apresurada de la filosofía jurídico-penal de nuestro autor, nos centraremos ahora en su pensamiento general sobre el Derecho. He sostenido que su base es decididamente positivista y ahora conviene explicar en qué sentido.

B) *Presupuestos positivistas de su pensamiento*

Dorado tiene una concepción mecanicista del mundo. Cree en la universalidad del encadenamiento infinito de causas y efectos perceptible en el ámbito de la naturaleza. Es decir, cree que todo cuanto acontece en el mundo, físico o moral, natural o espiritual, está sometido al principio de causalidad, y que cualquier fenómeno es reducible a hechos naturales. La adopción del mecanicismo o causalismo naturalista le obliga a rechazar la metafísica, exceso de la abstracción carente, a su juicio, de todo realismo. En su opinión, los sistemas metafísicos no son sino invenciones míticas de que se vale el espíritu humano para explicar lo inexplicable ⁵⁸.

El hombre debe resignarse a conocer lo que puede conocerse a través de la observación, de la experimentación: las efectividades concretas, las conexiones causales entre los diferentes fenómenos. Y debe además ser consciente de que incluso este conocimiento derivado de la aplicación del método experimental, único aceptable, es limitado y relativo, provisional y subjetivo, en cuanto afectado por los condicionamientos o limitaciones de la conciencia humana ⁵⁹.

Pueden considerarse derivaciones o consecuencias lógicas de todo lo anterior el monismo, el determinismo y el relativismo ético, ideas o concepciones que Dorado no deja de asumir. Ciertamente, si los fenómenos espirituales son efectos de causas naturales, pertenecerán a la misma esfera de los fenómenos naturales. Todo será naturaleza física. Surge así la concepción unitaria de la realidad que se denomina monismo, por oposición al dualismo que pretende diferenciar dos planos: el de la naturaleza y el del espíritu ⁶⁰.

Por la misma razón, si el mundo de lo moral, el ámbito de la conducta humana, está regido, como el natural, por el principio de causa-

58. Cfr. DORADO MONTERO, P., *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, op. cit., pp. 30 ss.

59. *Ibid.* Cfr. también *Naturaleza y función del Derecho*, op. cit., p. 7.

60. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*, op. cit., p. 227. En *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, op. cit., p. 138, afirma: «Debemos llegar al monismo (...) considerando que todo es naturaleza física y que lo psíquico o espiritual no es sino un derivado de lo material». DE RIVACOBIA, M., Prólogo a *Bases para un nuevo Derecho penal*, op. cit., p. XV, describe el punto de partida de Dorado como «esquema monista de índole naturalista».

lidad que encadena todos los fenómenos del universo, necesariamente habrá de concluirse que el obrar humano no es libre sino completamente determinado. Todo en el mundo, afirma el profesor salmantino, es resultante de acciones e impulsiones extrañas, «hasta el acto humano en apariencia más voluntarioso»⁶¹. Las acciones son derivados del ser de que provienen; dependen de su estructura y de su composición química, que constituyen su índole, su «natural», su espíritu o disposición interna, la base de sus propensiones. «El hacer es un resultado del querer y el querer, por su parte, es un resultado de una multitud innumerable de operaciones fisiológicas, de acciones físicas y químicas que lo determinan»⁶².

También su declarado relativismo ético es reflejo del mecanicismo naturalista. Obviamente, si todos los actos e instituciones humanas obedecen a causas naturales que los determinan, difícilmente podrán reputarse como buenos o malos objetiva y absolutamente. Los conceptos de bueno y malo afirma Dorado, son relativos. Entre otras cosas porque la conciencia humana, resultado del roce de cada individuo con el mundo, no es igual en todos. Cada individuo tiene «su propia fisonomía moral» y su particular modo de valorar y juzgar las cosas, que además suele cambiar con el tiempo. Todo ello explica que los puntos de vista sobre la moralidad y la justicia sean innumerables y no exista posibilidad alguna de determinar en abstracto cuál es el más acertado⁶³. No es posible, termina declarando, porque en realidad las nociones de justicia o moral son meras creaciones humanas, representaciones mentales que el hombre aplica a la realidad «según sus conveniencias»⁶⁴.

Coherentemente con estos presupuestos rechaza, como conjunto de idealizaciones arbitrarias y fantásticas que nada tienen que ver con la realidad y sus impurezas, el Derecho Natural (entendido como instancia normativa universal e inmutable), todo principio abstracto o absoluto de justicia, los llamados derechos humanos, etc. En general, niega la existencia de instancia alguna que sea justa o legítima en sí

61. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Función de la ley y de la autoridad en la evolución social», en *Rev. Pol. Iberoamericana*, 1897, p. 67 (n. 1). Más concretamente, señala la influencia en los actos humanos de factores tales como el ambiente social, la herencia, el instinto, el temperamento, la raza, la edad, el sexo, etc., que determinan la estructura espiritual y el obrar de cada uno.

62. Cfr. DORADO MONTERO, P., «El correccionalismo penal y sus bases doctrinales», *op. cit.* p. 421. Nuestra voluntad, añade, está encadenada a un «interno torbellino de combates moleculares y celulares que en nosotros se libran cuando queremos y obramos».

63. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 417 ss.; «El Derecho racional y el histórico», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 103, 1903, pp. 475-6; *Bases para un nuevo Derecho penal*, *op. cit.*, p. 17; *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, p. 160.

64. Cfr. DORADO MONTERO, P., *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, *op. cit.*, p. 226; *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, p. 160.

misma en el orden de las relaciones humanas. En este orden sólo cabe detectar, sostiene, la concurrencia de diversas fuerzas que pugnan entre sí: la que logra imponerse es la legítima. Se tratará, naturalmente, de una legitimidad puramente histórica y circunstancial, pero no la hay de otro tipo ⁶⁵. Las más intolerables injusticias, afirma, se toman legítimas, indispensables y santas con sólo lograr persistir el tiempo suficiente para consolidarse y connaturalizarse ⁶⁶.

El entramado de ideas anteriormente expuesto conforma el substrato filosófico del pensamiento jurídico de Dorado que, asumido con mayor o menor radicalidad, se mantiene invariable a lo largo de su obra. No hace falta advertir su inequívoco marchamo positivista ni su proximidad a los fundamentos de la filosofía positiva del Derecho que conoció en Italia y esquematizamos más atrás. También resulta bastante evidente que no se alejan demasiado, salvando todas las distancias, de los presupuestos neopositivistas subyacentes a la filosofía jurídica de autores tales como por ejemplo A. Ross que, según apuntamos antes, son adscribibles a la misma línea de pensamiento positivista de nuestro autor (ambos son empiristas, antimetafísicos, monistas, relativistas en relación con la moral, etc.).

C) *Críticas al positivismo legalista*

Conviene insistir en que esa corriente positivista que hemos denominado realista o empirista difiere profundamente de la representada por el positivismo legalista o normativista, que en la actualidad parece querer arrogarse en exclusiva la denominación de positivismo jurídico. De hecho, Dorado critica muchas de las tesis características del positivismo legalista, adoptando por su parte posturas decididamente opuestas. Curiosamente, como ya apuntamos más arriba, descalifica las doctrinas de los legalistas, que por entonces todavía no parecen identificarse claramente como positivistas, considerándolas residuos o derivados del iusnaturalismo.

En efecto, el positivismo legalista representa para nuestro autor una variante de la concepción dualista, pues concibe el Derecho no como un hecho, no como una modalidad de los fenómenos sociales, sino como un orden normativo existente por sí y separado de la vida, del orden de la realidad social, política, moral, etc., y que se impone a este orden desde fuera. Al hilo de lo anterior, Dorado considera un sim-

65. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Valor y función del Estado», *op. cit.*, pp. 8 ss. En esta misma línea afirma, p. e., en relación con los derechos humanos que sólo son verdaderos derechos en tanto cuentan con fuerza suficiente para hacerse respetar. Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 25 ss.

66. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», *op. cit.*, p. 397.

ple prejuicio la idea de que no hay más Derecho que el legislado, «y la consiguiente manía codificadora» que, por otra parte, representa la pretensión de plasmar en normas positivas los preceptos de la justicia absoluta o del Derecho Natural. Es decir, está vinculada a la creencia de que el Derecho es algo inmutable, absoluto y eterno, y no un mero hecho que fluye de la vida y de las relaciones sociales ⁶⁷.

Por lo demás, observa con perspicacia que las concepciones legalistas se explican en parte por el empeño en realizar cierto valor especialmente anhelado en la época moderna: la seguridad jurídica. Pero apunta seguidamente la objeción de que en el afán por librar al ciudadano de la inseguridad derivada del arbitrio judicial, no se tenga empacho en entregarlo al no menos azaroso arbitrio del legislador. Por otra parte, es sabido que en el legalismo, en las triquiñuelas y argucias que permite, se escudan los tramposos y malhechores; lo cual menoscaba también la ambicionada seguridad jurídica. La menor seguridad, concluye, se logra cuando el Derecho es aplicado en relación con la conciencia nacional o, para decirlo en terminología de hoy, en conexión con la moral social ⁶⁸.

Además de declarar esa oposición genérica al legalismo, Dorado va a sostener doctrinas concretas decididamente contrarias al mismo. Las principales afectan a cuestiones tan relevantes para el positivismo normativista como la de las fuentes del Derecho, la discrecionalidad judicial, la relación entre el Derecho y la moral, etc. Aludiremos brevemente a cada una de ellas.

Respecto a las fuentes del Derecho, problema central del positivismo legalista, pues en último término este movimiento tiende a reducirse a una doctrina más o menos restrictiva y formalizada sobre las fuentes del Derecho, Dorado se muestra por su parte extremadamente abierto y receptivo. En su opinión, el Derecho tiene muchas otras formas de manifestarse, aparte de las reconocidas por el legalismo, que vienen a limitarse a la voluntad del Estado. En realidad, el Derecho es una emanación de las relaciones sociales, una modalidad del hecho social, y puede manifestarse de múltiples maneras: a través de las costumbres, cuyo valor tiende a resaltar coincidiendo aquí con autores

67. Cfr. DORADO MONTERO, P., «La sociología y el Derecho penal», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 86, 1895, p. 33; *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 16, 56, 57, 58 y 102. En las pp. 162-3 profundiza en la crítica a las doctrinas dualistas (iusnaturalismo y legalismo) utilizando ideas de Ardigò. Sostiene que dichas doctrinas reflejan la filosofía dualista según la cual los fenómenos del universo se rigen por leyes previas a ellos. Pero en realidad esas leyes, y también las del Derecho, son simples abstracciones de esos mismos fenómenos repetidos. Sobre la identificación del legalismo y el iusnaturalismo *vid.* también *Valor social de leyes y autoridades. op. cit.*, pp. 142 ss., y «El Derecho racional y el histórico», *op. cit.*, pp. 305-7.

68. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 28 y 32; *Valor social de leyes y autoridades. op. cit.*, p. 171.

krausistas o krauso-positivistas como Joaquín Costa, Adolfo Posada o el mismo Giner, y también con autores positivistas como Ardigò⁶⁹, a través de la jurisprudencia o de la doctrina científica, de la equidad, de los principios jurídicos y, en general, a través de cuantos medios sugiera la ilustración y prudencia del juez que ha de aplicar el Derecho para resolver adecuadamente los problemas jurídicos concretos que se le plantean. En definitiva, la verdadera fuente del Derecho es la sociedad; las fuentes primeras del Derecho son las exigencias reales de la vida social, expresadas en la conciencia jurídica del pueblo, en la moralidad político-social⁷⁰.

Obviamente, aquí está implícito el reconocimiento de una importante conexión entre el Derecho y la moral social o, más en general, entre el Derecho y los restantes elementos de la vida social (ideales políticos, condicionamientos económicos, aspiraciones sociales, etc.). También está implícita la necesidad de que los jueces gocen de una amplia discrecionalidad o libertad de juicio para captar las exigencias sociales y hallarles la solución adecuada. Ambas ideas o doctrinas son también explícitamente defendidas por nuestro autor, y con especial énfasis la del reconocimiento de la discrecionalidad judicial.

Por lo que a esta última se refiere, defiende, frente a la visión del positivismo legalista, que concibe al juez como una especie de autó-mata o aplicador mecánico de la ley, la necesidad de que los jueces no sean esclavos del Derecho legislado sino que puedan resolver los conflictos jurídicos, «curar bien el mal social», haciéndose eco de las aspiraciones y tendencias de la opinión pública o conciencia nacional. No se trata, pues, de una discrecionalidad caprichosa sino orientada por ciertos criterios normativos de carácter social. Además, quiere Dorado que la discrecionalidad judicial sea prudente, responsable, y fruto de madura reflexión y sólida preparación científica.

No le preocupa la posibilidad de que tal discrecionalidad se traduzca en decisiones desiguales para casos iguales, porque opina que en la vida real no hay dos hechos idénticos. A su juicio, el Derecho no consiste en someter a todos a la misma pauta, sino en «amoldar a cada individuo la pauta que le convenga»⁷¹.

69. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas jurídicos contemporáneos. op. cit.*, p. 74; «Problemas de sociología política», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 81, 1892, p. 347; *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 76 ss.

70. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 32 y 128 ss. Sobre este tema he hallado una curiosa carta de I. Vanni a Dorado en la que refiriéndose al libro antes citado critica su doctrina sobre las fuentes del Derecho. Tras reconocer que es ingeniosa y coherente, le reprocha su desviación respecto del positivismo. Una concepción realista y positiva del Derecho, afirma, no consiente considerar como normas jurídicas válidas sino las que proceden directamente del Estado o las que su autoridad hace valer. Obviamente, Vanni se instala aquí en el campo del positivismo legalista.

71. *Ibid.*, p. 141. Cfr. también las pp. 119, 156, 182, 188, 239, etc.

Defender la tesis de la pluralidad no formalizada de las fuentes del Derecho, la tesis de la discrecionalidad judicial y la tesis de la conexión del Derecho con los restantes elementos del orden social y en especial con las convicciones ético-políticas, parece muy poco positivista. Pero sólo lo parece porque hoy se tiende a identificar lo positivista con la doctrina del positivismo normativista y no con la del positivismo sociológico, empirista o realista que, como señalamos en su momento, no duda en reconocer que el Derecho es un hecho social íntimamente enlazado con los otros: con el moral, el político, el religioso, el económico, etc., y difícilmente aislable de ellos.

El propio A. Ross, autor que estamos tomando como punto de referencia destacado del positivismo realista actual, acepta también la tesis de la pluralidad no delimitada de las fuentes del Derecho. Para él fuente de Derecho es todo factor que influye en la formulación de las normas en que los jueces apoyan sus resoluciones, sea éste la ley, el precedente judicial, la doctrina científica, los principios jurídicos, o incluso la razón o la moral ⁷². Lo anterior supone que Ross no tiene inconveniente en reconocer una estrecha conexión entre Derecho y moral u otros elementos del orden social, siempre que pueda demostrarse que efectivamente influyen en la formulación de las normas en que los jueces basan sus decisiones. Y en cuanto al arbitrio judicial, baste recordar que el Derecho viene a ser para Ross, dicho toscamente y sin las necesarias matizaciones, precisamente lo que deciden los jueces.

Es importante por lo demás, llamar la atención sobre el hecho de que las tesis a que nos estamos refiriendo, sin dejar de ser perfectamente conciliables con el positivismo realista, fueron también característicamente defendidas por los krausistas o krauso-positivistas españoles, con Giner a la cabeza; cosa que Dorado no deja de resaltar muy complacido.

D) *El peculiar iusnaturalismo de Dorado*

Otro punto en el que el pensamiento de Dorado difiere del positivismo normativista, y en parte también del realista, es el de su peculiar iusnaturalismo. En su momento pudimos ya detectar ciertos atisbos o residuos de iusnaturalismo más o menos implícitos en la obra de los positivistas italianos comentados por Dorado. Vimos también que el más destacado positivista italiano de la época, R. Ardigò, había ido aún más lejos explicitando y desarrollando dicho iusnaturalismo. Pues

⁷². Cfr. Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 75.

bien, la concepción de nuestro autor en este tema, que es por cierto un tanto vacilante y ambigua, se inspira muy de cerca en la de Ardigò, al que no deja de citar expresa y reiteradamente ⁷³.

Al igual que el filósofo italiano, Dorado denomina Derecho Natural, o en ocasiones «racional», al «conjunto de criterios, normas y apreciaciones sobre lo bueno y lo justo que ofrece a cada individuo su conciencia» ⁷⁴, al plan ideal de ordenación de las normas e instituciones jurídicas que cada individuo tenga en mente. Se trata, por tanto, de una suma de aspiraciones o visiones más o menos utópicas y puramente subjetivas que pretenden llegar a constituir algún día auténtico Derecho positivo. Se trata, en otras palabras, de un Derecho en formación o legislable que pretende convertirse en legislado. Tal pretensión asegura una oposición irreductible, una pugna eterna, entre el Derecho Natural, concebido como conjunto de ideales jurídicos infinitamente renovables, y el Derecho positivo, que aparece así entendido como orden provisto de sanción que fue un día Derecho Natural hasta que logró imponerse por la fuerza. Quiere esto decir que el Derecho Natural de hoy es el Derecho positivo de mañana y que el Derecho positivo vigente es también Derecho Natural en la mente de quien lo formula y sustenta (el legislador o el grupo social dominante).

Esta parcial coincidencia entre el Derecho Natural y el positivo es aprovechada por Dorado para conectar su concepción con la conocida tesis de Giner que, como se sabe, también identifica o funde, aunque en otro sentido, ambos órdenes normativos ⁷⁵.

Para completar la caracterización del Derecho Natural tal y como lo concibe nuestro autor, conviene advertir que si bien aparece como ideal jurídico radicado en la mente de los ciudadanos, como representación mental subjetiva sobre lo que debería ser Derecho, no es por

73. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 147, 163, 189 y 196. Cita asimismo a otros positivistas que habían asumido también la tesis de Ardigò, como A. Levi y A. Groppali. Vid., también sobre el tema MANDULFO, S., *I positivisti italiani (Angiulli - Gabelli - Ardigò)*. Padova, CEDAM, 1966, p. 151; GROPPALI, A., *Filosofía del diritto*. Milano, 1906, pp. 130-1, 139-44; LEVI, A., «Il diritto natural nella filosofia di R. Ardigò», en *Scritti minori di filosofia del diritto*. Padova, CEDAM, 1957. VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero, op. cit.*, pp. 64 ss., también atribuye correctamente a Ardigò la paternidad del extraño iusnaturalismo de Dorado. Sin embargo, RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, V., *La in-sumisión en Dorado Montero, op. cit.*, p. 54, se la atribuye a Giner. En general se percibe en este libro una clara tendencia a resaltar los elementos del pensamiento doradiano más próximos al krausismo o krauso-anarquismo, especialmente en su primera etapa; mientras que nosotros enfocamos aquí su obra desde el positivismo, que nos parece el componente básico de la misma a través de toda su evolución.

74. *Ibid.*, p. 133. Cfr. también «El Derecho racional y el histórico», *op. cit.*, pp. 478 ss.; «Valor y función del Estado», *op. cit.*, pp. 12 ss.

75. *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, p. 180.

ello una creación arbitraria o caprichosa, sino «un trasunto del orden social real», un derivado del orden inmanente en la disposición natural de las cosas, un reflejo inconsciente de las exigencias y necesidades objetivas de la vida, aunque cada individuo pueda interpretarlas de forma distinta ⁷⁶.

Aquí late todavía la visión de la naturaleza como organismo desarrollado conforme a leyes evolutivas perfectamente cognoscibles, que configuran un orden natural de las cosas al que conviene acomodarse ⁷⁷. Esta concepción, influida por el evolucionismo imperante en la época y, ciertamente, henchida de metafísica, se fue poco a poco abandonando, y seguramente por esa misma razón el peculiar iusnaturalismo positivista a que nos referimos no tiene continuidad en los representantes posteriores del positivismo empirista o realista.

El propio Dorado llega a intuir en uno de sus últimos escritos: que «la naturaleza es un hecho. Nada más» ⁷⁸, y que no puede haber, por tanto, orden jurídico alguno fundado en sus supuestas exigencias. Ese descubrimiento no le induce a abandonar su doctrina del Derecho Natural, aunque sí a reconocer lo impropio de esta terminología. En adelante concibe el Derecho Natural o, mejor dicho, racional, ideal o aspiracional, no como la representación subjetiva de las exigencias de un orden natural, que en realidad no existe, sino como un producto de la razón, de la rebeldía humana que pretende someter la naturaleza misma a su voluntad ⁷⁹.

En otro artículo, también de la última época de su pensamiento, va aún más lejos afirmando que el *ius constituendum* «en realidad no es tal *ius* sino arbitrio, juego indisciplinado de fuerzas anárquicas que pugnan por vencer a sus contrarias, sabiendo que la victoria da las riendas del poder y la conversión en Derecho objetivo o constituido» ⁸⁰. Es decir, llega incluso a negar al Derecho racional o ideal carácter de verdadero Derecho.

76. *Ibid.*, pp. 139, 162-6. En todo caso, el contenido del Derecho Natural tal y como Dorado lo concibe no estaría integrado por principios absolutos de justicia sino por consideraciones utilitarias de conveniencia (a su juicio, utilidad, racionalidad y justicia son términos equivalentes), interés o bienestar social.

77. Dorado refuerza en ocasiones la idea citando aquella célebre tesis de Hegel según la cual «todo lo real es racional». Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, pp. 454-5.

78. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Naturaleza y función del Derecho*, *op. cit.*, p. 77.

79. *Ibid.*, pp. 41 ss.

80. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», *op. cit.*, p. 390.

E) *Concepto y función del Derecho*

En ambos temas se advierte de nuevo la fractura del pensamiento del profesor salmantino en dos etapas que ya constatamos en muchos otros puntos y que, un tanto literariamente, hemos descrito como el paso de la utopía al nihilismo. En realidad, se trata sólo de un proceso de radicalización progresiva de los elementos positivistas de su obra.

En cuanto al concepto de Derecho, comienza discrepando con el positivismo legalista desde posiciones que a veces recuerdan las de la Escuela Histórica, precedente, como ya sabemos, de la filosofía positiva del Derecho o positivismo realista. Está dispuesto a reconocer que sólo es verdadero Derecho el positivo, pero entiende por positivo no sólo el establecido por el poder político, normalmente en forma de leyes, sino todo el orden de relaciones que hace posible la vida social. El Derecho es, a su juicio, un hecho, la realidad social misma o, dicho más precisamente, una modalidad de los fenómenos sociales, un producto social elaborado poco a poco por cada pueblo y que evoluciona continuamente al compás de las necesidades sociales cambiantes. Es, pues, la respuesta más o menos espontánea del todo social a las exigencias de la vida real, y por eso mismo es inútil tratar de condensarlo en fórmulas legales, que sólo son Derecho en apariencia ⁸¹.

En alguna de las obras correspondientes a la primera etapa de su pensamiento llega a mostrar una perspectiva del Derecho bastante idealizada, presentándolo como una relación de adecuación entre necesidades y medios no necesariamente coactiva y presidida por la razón; como una especie de medicina o higiene social que ofrece el tratamiento adecuado a cada exigencia, necesidad o problema de la vida social; o incluso como un orden de cooperación y solidaridad que representa el *minimum* ético de las relaciones interhumanas de convivencia. Este enfoque se aproxima mucho a la visión krausista del Derecho como relación fundamentalmente ética emanada de la conciencia y razón de los individuos ⁸².

81. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas jurídicos contemporáneos. op. cit.*, p. 111; *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 308 ss.; *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, p. 132: «El Derecho no es nada de por sí; es el hecho o, mejor, los hechos mismos; es la realidad misma, fuera de la cual el Derecho no existe». No hace falta destacar el paralelismo de esta tesis con la concepción del Derecho como hecho, característica del realismo escandinavo. Por cierto, que la visión del Derecho que defiende Dorado en este primer momento fue ya certeramente criticada por PRAT DE LA RIBA, E., «El positivismo en Castilla», *op. cit.*, pp. 293-4, para quien decir que el Derecho es la misma realidad social «es penetrar muy poco en la naturaleza especial del Derecho».

82. El propio Dorado así lo hace notar, p. e. en *El Derecho y sus sacerdotes, op. cit.*, p. 578, atribuyéndosela a Giner, Costa, Posada, Buylla, Calderón, Sela, Soler, Altamira, Vida, etc.

Sin embargo, a partir de un cierto momento aflora en los escritos de Dorado un nuevo punto de vista ⁸³. Deja de presentar al Derecho como la respuesta social a las necesidades de la vida, y pasa a concebirlo como un orden de opresión y violencia impuesto como consecuencia de la lucha por el dominio de unos hombres sobre otros. En otras palabras, el orden jurídico sería, al igual que los restantes órdenes de la naturaleza, una manifestación o modalidad de la fuerza. «No hay otro Derecho sino la fuerza, ya revista una forma ya otra, ora se halle organizada y como quintaesenciada por influjo del tiempo, habiéndose convertido en hábito y en costumbre, ora esté todavía en los comienzos de su sistematización, adoptando por consiguiente actitudes toscas y agresivas» ⁸⁴.

A esta misma conclusión: «lo que se denomina Derecho creo yo que no es, si bien se mira, nada más que fuerza disciplinada, sistematizada y como cristalizada» ⁸⁵, le conducen sus reflexiones sobre la primera guerra mundial que entonces se iniciaba. En la guerra, observa, no hay leyes que valgan. Las conductas no son entonces lícitas ni ilícitas, justas ni injustas, jurídicas ni antijurídicas. Sencillamente «son». Finalizada la guerra, todo lo que hayan hecho y hagan los vencedores será lícito, y lo que dispongan contará como Derecho para lo sucesivo, hasta que otra fuerza más potente lo derogue. En definitiva, «la fuerza victoriosa en las luchas humanas es fuerza legítima, o sea, Derecho» ⁸⁶.

83. En su artículo «Valor y función del Estado», *op. cit.*, de 1908, ya se apunta claramente la nueva concepción. En *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, publicado en 1909, refleja también, en parte, el nuevo punto de vista. Pero ocurre que este libro lo había escrito varios años antes de que pudiera ver la luz y, a pesar de que intentó actualizarlo, gran parte del mismo corresponde todavía a la primera etapa de su pensamiento. En todo caso, no conviene delimitar las etapas demasiado rígidamente, porque hay escritos posteriores a los citados en los que reaparece parcialmente el primer concepto, y también hay escritos anteriores en los que ocasionalmente aparecen atisbos del segundo.

84. *Cfr.* DORADO MONTERO, P., «Valor y función del Estado», *op. cit.*, p. 13. En el mismo sentido *cfr.* *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 14-5, 228; «El orden jurídico», *op. cit.*, p. 387; *Naturaleza y función del Derecho. op. cit.*, pp. 86, 150, 161. En nuestra línea de comparar el pensamiento de Dorado con el de Ross, no, por supuesto, por el prurito patriotero de hallar «un precursor español del realismo jurídico escandinavo», sino sólo a efectos ilustrativos de la línea de continuidad que hemos apuntado entre la vieja filosofía positiva del Derecho y el nuevo realismo jurídico, resulta fácil recordar aquí que Ross también presentará el Derecho como organización del uso de la fuerza. Hay que advertir, por otra parte, que mis menciones de Ross se refieren, por lo general, a la etapa más realista de su pensamiento, la que se refleja en el libro *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961 (el original es de 1946), y no tanto a su evolución posterior que le conduce a un normativismo cada vez más claro.

85. *Cfr.* DORADO MONTERO, P., «La guerra y el Derecho», en *Rev. de los Trib. y de Leg. Universal*. vol. XLVIII, 1914, p. 585. Idéntica afirmación hace en «La nueva era del Derecho», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 128, 1916, p. 242.

86. *Ibid.* Por cierto que termina reconociendo a la guerra, además de ese carácter de modelo o laboratorio precioso para conocer la verdadera naturaleza del Derecho, ciertos efectos beneficiosos y hasta civilizadores: «Si para todo el mundo y siempre fuera mala ¿se concibe que la hiciera nadie?».

Poco tiene en común este punto de vista con el que había defendido anteriormente. Hasta hace poco, declara honradamente en la parte actualizada o corregida de *El Derecho y sus sacerdotes*, Derecho y fuerza me parecían «realidades incompatibles»⁸⁷. Añade ahora que el Derecho es coacción y sin coacción no hay Derecho. «La característica más indivisible que del Derecho se predica es la de ser coactivo»⁸⁸. Se aleja aquí clara y definitivamente del punto de vista de Giner y sus seguidores, para quienes la coacción no era un rasgo esencial del Derecho.

Otro tema favorito, casi obsesivo, de Dorado es el de la función del Derecho y del Estado. También en él media una clara fractura, aunque no tan profunda como en otras cuestiones, que delimitan dos grandes etapas en su pensamiento. En la primera, concibe el Estado y el Derecho, o mejor dicho, el Derecho legislado, la ley, que sería sólo un aspecto parcial de aquél, como instrumentos coactivos con una doble función: negativa o de opresión y positiva o de aglutinante social. La negativa consiste en mantener el dominio y la explotación de unos hombres por otros, y la positiva en civilizar, socializar; es decir, en asegurar la cohesión del grupo y la paz social.

Por lo demás, la existencia del Estado y de las leyes tendría otro importante efecto nocivo: la restricción de la libertad humana, la limitación de la autonomía. Como Dorado confía amplia e ingenuamente en las cualidades transformadoras del hábito, supone que cuando se haya creado compulsivamente, gracias a la acción educadora, domesticadora, tutelar, del Derecho y del Estado, el hábito del obrar debido (la solidaridad y cooperación forzosa), en lo sucesivo se obraría correctamente de forma espontánea.

Entonces podría llegar a prescindirse de aquellos «aparatos ortopédicos», puramente transitorios y esclavizadores: el Derecho legislado y el Estado autoritario. Podría realizarse así su ideal, de inspiración en parte krausista y en parte anarquista, de una conducta humana libre y responsable guiada sólo por la conciencia o la moral, y de una vida social solidaria o fraternal basada en la cooperación voluntaria y donde reine la igualdad, la paz, la justicia, el progreso y el bienestar.

Resulta, por cierto, incomprensible que no advierta lo profundamente contradictorio que resulta todo esto con su determinismo. ¿Cómo se puede afirmar que la conducta humana no es ni puede ser en absoluto libre sino completamente determinada, y abrigar al mismo tiempo el ideal de una sociedad regida sólo por la conciencia? Parece que de nuevo le juega aquí una mala pasada su intento de conciliar positivismo y krausismo.

87. *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, p. 16.

88. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», *op. cit.*, p. 388.

Más tarde, Dorado cambia de actitud. El mismo reconoce expresamente que en un tiempo abominó del Derecho legislado y del Estado deseando su desaparición, pero que posteriormente se reconcilió con ellos considerándolos «elementos inexcusables de nuestra vida»⁸⁹. Con todo, declara en otro lugar que continúa considerando al Derecho y al Estado como instancias restrictivas de la libertad humana absoluta y elementos de fuerza, aunque organizada o sistematizada. Pero su función le parece ahora necesaria e insustituible. Sin ellos no puede haber coexistencia social pacífica o armónica ni progreso o bienestar colectivo. Ellos imponen la cooperación solidaria, la organización cooperativa y fraternal de los hombres, que sería imposible si faltaran. La beneficencia pública, afirma complacido, se ha extendido tanto que hoy el Estado es un inmenso hospicio⁹⁰.

La idea de que Derecho y Estado son instrumentos destinados a defender los intereses de una clase o grupo social frente a otros ya no le parece aceptable, porque el constreñimiento que implican se ejerce sobre todos y en provecho de todos. De hecho, tienen por objeto facilitar y promover la tutela mutua buscando el bien colectivo. Además, gracias a ellos es posible capitalizar o canalizar en beneficio de todos las sucesivas conquistas de la civilización. No son, en definitiva, meras superestructuras sino partes fundamentales de la estructura social.

En suma, el Derecho y el Estado terminan pareciéndole no sólo imprescindibles sino también sumamente valiosos, casi venerables. Cierzo que no son más que fuerza, pero es que, paradójicamente, en la coacción y esclavización de todos se halla el bienestar y la dicha, la justicia y la libertad⁹¹. Sin ellos no sería posible la obra humana de

89. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Valor y función del Estado», *op. cit.*, pp. 5-6. Una confesión parecida se repite en *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 6 ss. El cambio de actitud a que nos referimos supone, por cierto, un nuevo acercamiento a la doctrina positivista de Ardigò, autor que valoraba también de forma muy positiva el Estado y las leyes, en cuanto proporcionan orden moral a la vida en sociedad. Cfr. MANDOLFO, S., *I positivisti italiani...*, *op. cit.*, pp. 56 y 149 ss. VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero, op. cit.*, p. 36, explica el cambio de pensamiento de Dorado en este punto por su mayor simpatía hacia las doctrinas socialistas.

90. «Valor y función del Estado», *op. cit.*, p. 33.

91. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, p. 35. También en «Valor y función del Estado», *op. cit.*, p. 34, hace una apología semejante de la fuerza: «La imposición, la fuerza, la renuncia al criterio propio para seguir el ajeno, nos vuelve creyentes, nos da calor, entusiasmo e ingenuidad». Resulta inevitable conectar todo esto, y en especial la visión idealizada del Estado que apunta Dorado en la última fase de su pensamiento, con la filosofía política de los totalitarismos que irrumpirían con fuerza en Europa pocos años después. También es inevitable traer aquí a colación el discutido problema de la implicación del positivismo jurídico en el advenimiento del fascismo. Sobre el tema cfr., p. e., PÉREZ LUÑO, A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna, op. cit.*, pp. 111 ss. Recientemente

civilización, espiritualización, racionalización, moralización y socialización⁹².

De lo anterior se deduce que tenemos aquí una clara manifestación de lo que podríamos llamar, con Norberto Bobbio, «positivismo jurídico como ideología». Es decir, una actitud que no se limita a reducir el Derecho a hecho, a pura fuerza, sino que además, y a pesar de todo, lo valora positivamente declarándolo respetable y justo.

F) *Los ideales de Dorado*

Como se ve, la visión del Derecho y del Estado como pura fuerza, que mantiene nuestro autor en la última etapa de su pensamiento, no se traduce en el pesimismo absoluto que suele atribuírsele, y no le induce a abandonar por completo sus elevados ideales de inspiración básicamente krausista. A decir verdad, son demasiados ideales para quien se declara relativista en relación con la moral (y con casi todo), y duda hasta de su propia existencia⁹³.

Cabe recordar, por ejemplo, su ideal filantrópico de la sociedad, incluso de la humanidad, como una gran familia regida por el espíritu de cooperación, solidaridad, fraternidad, tutela, auxilio mutuo y, en definitiva, amor, especialmente hacia los desgraciados. Una sociedad, dice en una de sus obras principales, «en la que la paz, la justicia y el bienestar colectivos deriven del nuevo estado de cosas, engendrado por el amor recíproco de los hombres»⁹⁴. Una sociedad gobernada por el mismo principio que rige en la familia (y que ya Marx había proclamado): de cada uno, lo que pueda aportar; a cada uno, cuanto necesite.

NESE, M., *Soziologie und Positivismus im präfaschistischen Italien 1870-1922*, Basel, Soc. Strategies Pub. Coop. S., 1993, defiende la tesis de la existencia de un parentesco muy estrecho entre las doctrinas del positivismo sociológico y las del fascismo en Italia.

92. Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., pp. 250 ss.; *La Natura i L'Historia*, op. cit., pp. 147 ss. En su misión pedagógica o educadora (otro eco de Giner, aunque también de Ardigò), el Derecho y el Estado, según reconoce Dorado en la obra últimamente citada, p. 153, podrán servirse de leyes premiales o promocionales, basadas en el ofrecimiento de subvenciones y premios. En una obra anterior: *Naturaleza y función del Derecho*, op. cit., capt. XVIII: «Del Derecho premial», había estudiado más ampliamente la función promocional del Derecho, el futuro del Derecho premial, mostrándose muy escéptico sobre sus posibilidades.

93. Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., p. 188. DE LOS RÍOS, F., «D. Pedro Dorado Montero, filósofo del Derecho», op. cit., pp. 93-4, destaca el «criticismo acerbo» de Dorado, su pesimismo vital, «la duda total, la duda trágica que no halla asidero».

94. Cfr. *Valor social de leyes y autoridades*, op. cit., p. 28. Todos esos ideales fraternales, tutelares y benéficos considera legítimo imponerlos incluso por la fuerza: «A los inferiores hay que hacerles el bien, aun por la fuerza y contra su voluntad» (*Ibid.*, p. 109). Incurre así en ese paternalismo del que hoy tanto se desconfía.

Advierte, por otra parte, que la realización de su buena nueva social exige previamente una profunda transformación moral del ser humano, una «revolución en el alma» paralela a las revoluciones científico-industriales, que podría lograrse mediante la educación.

En ocasiones, trata de justificar todos esos ideales humanitarios alegando que son racionales o, lo que para él sería equivalente, que son útiles, y por ello científicos y justos, porque redundan en beneficio del grupo y, por tanto, en beneficio de todos. Abraza, pues, un vago utilitarismo de fondo, pero no parece preocuparse por justificarlo o fundamentarlo.

En general puede apuntarse aquí la objeción de que los ideales mencionados, que empapan toda la obra de Dorado, implican juicios de valor incompatibles con su radical relativismo o agnosticismo ético. No nos extenderemos en las críticas. No parece que tenga mucho sentido hacerlo cuando se explican doctrinas del ayer⁹⁵. Parece más adecuada aquí la neutralidad característica del historiador. Sólo apuntaremos, por ello y para terminar, una objeción muy genérica en relación con el pensamiento de nuestro autor. Nos valdremos de un juicio vertido por D. Miguel de Unamuno, que le conoció bien⁹⁶. Decía éste, en carta dirigida a L. Alas «Clarín», que Dorado era «un perfecto castellano, ciego para el matiz y el nimbo y sordo a lo inefable»⁹⁷.

Esta afirmación parece algo injusta, especialmente con los castellanos. Castellanos fueron Fray Luis de León, Santa Teresa de Jesús o San Juan de la Cruz, y sin embargo pocos tuvieron como ellos una percepción tan afinada de lo sublime. Creo que la idea de Unamuno resultaría más precisa formulada en los términos siguientes: Dorado fue un positivista típico, ciego y sordo para el nimbo y lo inefable. Lo digo porque es notorio defecto de la mencionada escuela especialmente en su versión realista la ceguera para todo lo que trascienda la simple materialidad; la miope visión de los fenómenos espirituales o morales,

95. Únicamente comentaré una objeción que me parece desacertada de R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas de XIX», *op. cit.*, pp. 89 ss. Tras reconocer que Dorado es «el hombre clave para conocer el impacto del positivismo jurídico del ochocientos» en España, le reprochan «la falsedad de su positivismo», porque no es experimental. En mi opinión, al formular esta crítica olvidan que incluso el positivismo es una filosofía, y la función de la filosofía no puede consistir en elaborar estadísticas o medir cráneos. Esa será, en todo caso, función de la ciencia, cuyos resultados corresponde coordinar a la filosofía (tal y como la concibe el positivismo) desde una perspectiva superior, que le permita sorprender los nexos que vinculan a las cosas. Dorado fue un filósofo del Derecho, especialmente del Derecho penal, e hizo, y bastante bien, lo que corresponde hacer a los filósofos: filosofar.

96. Unamuno y Dorado fueron amigos durante cierto tiempo, pero lo completamente opuesto de sus temperamentos impidió que la amistad arraigara. Paradójicamente, parece ser que les alejó definitivamente una de las pocas cosas que tuvieron en común (aparte de ser los dos únicos suscriptores de «El socialista» en la capital charra): la simultánea aspiración al Rectorado de la Universidad de Salamanca.

97. *Cfr. el Epistolario a Clarín*. Madrid, Editora Nacional, 1941, p. 83.

como el Derecho, deformada por una concepción fiscalista o facticista de la realidad, incapaz de captar el verdadero sentido de las creaciones humanas. Por cierto, que la ceguera también afecta, aunque en distinto sentido, al positivismo normativista, entre otras cosas porque se niega a reconocer los vínculos connaturales del Derecho con otros elementos de la vida humana, como la moral o la política.

Sería también injusto, por otra parte, dejar de reconocer que la obra de Dorado, a pesar de sus innegables limitaciones y ambigüedades, merece una valoración decididamente positiva; aunque sólo fuera por el coraje con que acoge, en un desesperado esfuerzo por renovar la atmósfera del pensamiento jurídico en la España del último tránsito de siglos, las nuevas corrientes de pensamiento que pugnaban por imponerse entonces en Europa.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de Investigación subvencionado por la DGICYT: «La crisis del positivismo jurídico y la fundamentación normativa del Estado y el Derecho moderno».