

ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO

Tomo IX - 1962



INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

DIRECTOR:

D. Luis Legaz Lacambra
Catedrático de Filosofía del Derecho

CONSEJO DE REDACCION:

| | |
|---|--|
| D. Joaquín Ruiz Giménez y Cortés Catedrático de Filosofía del Derecho | D. Mariano Puigdollers Oliver Catedrático de Filosofía del Derecho |
| D. Francisco Javier Conde García Catedrático de Derecho Político | D. Antonio Truyol y Serra Catedrático de Derecho Internacional |

SECRETARIA DE REDACCION:

D. Rafael Castejón Calderón **D. Angel Sánchez de la Torre**

La correspondencia deberá dirigirse a la Secretaría de Redacción del ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Medinaceli, 6, Madrid-14 (España).

Para asuntos relativos a la Administración, dirigirse a la Sección de Publicaciones de dicho Instituto, en el mismo local.

* * *

Para que en el ANUARIO se dé cuenta o inserte una nota crítica de alguna obra, deberán enviarse los ejemplares de ella a su Redacción.

PRECIO DE SUSCRIPCION

| | |
|-----------------------|-----------|
| España | 155 ptas. |
| Extranjero | 200 " |
| Tomos atrasados | 200 " |

ANUARIO
DE
FILOSOFIA DEL DERECHO

1914

1914

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

Serie 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 4

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

TOMO IX



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO
DE
FILOSOFIA DEL DERECHO

TOMO IX



MADRID

1 9 6 2

ES PROPIEDAD

Queda hecho el depósito y
la inscripción en el Registro
que marca la Ley. Reservados
todos los derechos.

Depósito legal: M. 11.151.— 1958.

ARTES GRÁFICAS MINERVA.—V́ctor Pradera, 38.—Madrid.

INDICE

Págs.

ESTUDIOS

| | |
|--|-----|
| ARANGUREN (José Luis L.): "Un concepto funcional del llamado Derecho Natural" | 1 |
| MAIHOFFER (Werner): "El Derecho Natural como Derecho Existencial". (Traducción de Luis G. Sanmiguel.) | 9 |
| RODRÍGUEZ PANIAGUA (José María): "El formalismo ético de Kant y el positivismo jurídico" | 35 |
| SÁNCHEZ DE LA TORRE (Ángel): "La conexión entre Derecho Natural y Derecho Positivo. Estudio de una nueva perspectiva" | 51 |
| GIL CREMADES (Juan José): "La Ley natural como participación en Santo Tomás de Aquino" | 83 |
| LÓPEZ MEDEL (Jesús): "La cualidad como entidad jurídica" | 145 |
| SANTALÓ R. DE VIGURI (José Luis): "Lo Social como fenómeno vital". | 151 |
| GARCÍA SANMIGUEL (Luis): "El problema de la norma permisiva como presupuesto para el estudio del Derecho Subjetivo" | 179 |

NOTA BIBLIOGRAFICA

| | |
|---|-----|
| SERRANO VILLAFAÑE (Emilio): "Notas sobre la Filosofía del Derecho y el Derecho Natural en la actualidad" | 197 |
|---|-----|

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

| | |
|--|-----|
| BARGALLO CIRIO (Juan Miguel): "Pensamiento político y jurídico de San Agustín" (E. Serrano Villafañe) | 229 |
| BAY (Christian): "La estructura de la libertad" (A. Sánchez de la Torre). | 230 |
| BRUFAU PRATS (Jaime): "El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder" (E. Serrano Villafañe) | 234 |
| CARNELLI (Lorenzo): "Tiempo y Derecho" (E. Serrano Villafañe) | 235 |

| | <i>Págs.</i> |
|---|--------------|
| CASCALÈS (Charles): "L'Humanisme d'Ortega y Gasset" (M. Riaza) ... | 237 |
| DEL VECCHIO (Giorgio): "Ubi homo, ibis ius" (Emilio Serrano Villafañe). | 238 |
| FOURASTIE (Jean): "La grand métamorphose du XXe. siècle. Essais sur quelques problèmes de l'humanité d'aujourd'hui" (A. Sánchez de la Torre) | 240 |
| GAMBRA (Rafael): "Historia sencilla de la filosofía" (E. Serrano Villa- fañe) | 242 |
| GUZZETTI (G. Battista): "L'uomo e gli altri uomini" (E. Serrano Villa- fañe) | 243 |
| KOPPER (Joachim): "Die Dialektik der Gemeinschaft" (S. Alvarez Tu- rienzo) | 244 |
| LARENZ (Karl): "Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Luis Legaz). | 244 |
| LÓPEZ MEDEL (Jesús): "Continuidad política y convivencia" (E. Serrano Villafañe) | 247 |
| MARÍAS (Julián): "Obras" (M. Riaza) | 248 |
| MARITAIN (Jacques): "La philosophie morale. I: Examen histórico des grands systèmes" (E. Serrano Villafañe) | 250 |
| MESSNER (Johannes): "El bien común, fin y tarea de la sociedad" (E. Se- rrano Villafañe) | 251 |
| MOREAU (Joseph): "L'idée du droit naturelle" (E. Serrano Villafañe). | 252 |
| MUÑOZ (Vicente): "De la axiomática a los sistemas formales" (Rafael Castejón) | 253 |
| PELLAND (Leo): "Introduction aux Sciences Juridiques" (E. Serrano Villafañe) | 254 |
| POPPER (Karl R.): "La miseria del historicismo" (E. Serrano Villafañe). | 255 |
| SALAZAR ABRISQUIETA (José de): "Lo jurídico y lo moral en el ordena- miento canónico" (A. Sánchez de la Torre) | 257 |
| SÁNCHEZ DE LA TORRE (Angel): "En torno a la ciencia jurídica" (José Hierro) | 258 |
| SANTAMARÍA (Carlos): "Jacques Maritain y la polémica del bien común" (E. Serrano Villafañe) | 261 |
| STRICH (Walter): "Telos und Zufall. Ein Beitrag zu dem problem der biologischen Erfahrung" (S. Alvarez Turienzo) | 263 |
| ÜLMER (Karl): "Von der Sache der Philosophie" (S. Alvarez Turienzo). | 263 |
| VALENTINI (Francesco): "La filosofía francesa contemporánea" (E. Se- rrano Villafañe) | 264 |
| VIEHWEG (Theodor): "Tópik und Jurisprudenz" (J. M. ^a R. Paniagua). | 266 |
| WELZEL (Hans): "Derecho y Poder" (E. Serrano Villafañe) | 267 |
| WELZEL (Hans): "Más allá del Derecho natural y del positivismo jurí- dico" (E. Serrano Villafañe) | 269 |
| ZARAGÜETA (Juan): "Problemática del bien común" (E. Serrano Villa- fañe) | 271 |
| ZUBIRI (Xavier): "Sobre la esencia" (M. Riaza) | 272 |

ANUARIO DE REVISTAS

A) *Historia de la Filosofía jurídica, social y política*

- "Sull'attualità del pensiero agostiniano", por Antonio Abatino. *Theoresi*, XV, I, 1960; XV, 4, 1960; XVI, 2-3, 1961 277
- "A Psychological Concept of Freedom: Footnotes to Spinoza", por Mary Henle. *Social Research*, XXVII, 3, 1960 277
- "La realidad jurídico-moral", por Eleuterio Elorduy. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, I, 1, 1961 278
- "Positivismo e interpretación jurídica", por Ernest von Hippel. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, I, 1, 1961 279

B) *Ética y moral*

- "The Moral Structure of the Person", por Peter A. Bertocci. *The Review of Metaphysics*, XIV, 3, 1961 279
- "The Methodology of Normative Ethics", por J. N. Findlay. *The Journal of Philosophy*, LVIII, 24, 1961 279
- "La Filosofia di fronte alla scienze", por R. Gambino. *Sapienza*, marzo-aprile, 1962 280
- "Le concept de l'ordre", por Helmut Kuhn. *Gregorianum*, Ann. XLIII, 1962, vol. XLIII, 2 281
- "Solitudine e crisi di valori", por B. Magnino. *Sapienza*, núm. 2, 1962 ... 282
- "Classical Realism and the Integration of Knowledge", por Francis H. Parker. *The Review of Metaphysics*, XIV, 3, 1961 282
- "Ce qu'une reflexion sur le droit peut apporter au philosophe", por Ch. Perelman. *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 7, 1962 ... 283
- "Ethical relativism and anomia", por Snell Putney y Rusell Middleton. *The American Journal of Sociology*, LXVII, 4, 1962 284
- "Theory of Intersubjectivity: Alfred Schutz", por Richard M. Zaner. *Social Research*, XXVIII, 1, 1961 284

C) *Derecho Natural y Filosofía del Derecho*

- "Nature et fonction de la philosophie du droit", por N. Bobbio. *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 7, 1962 285
- "Il concetto di giustizia sociale", por Bruno Brunello, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1962, fasc. I-III 286
- "Qu'est-ce que la philosophie du droit", por Jean Darbellay. *Archives de Philosophie du droit*, núm. 7, 1962 287
- "Causation in the Law", por M. P. Golding. *The Journal of Philosophy*, LIX, 4, 1962 288

| | <i>Págs.</i> |
|---|--------------|
| "Johannes Messner und das Naturrech", por Friedrich August Frhr. v. d. Heydte. <i>Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht</i> , N. F. X., 1, 1959 | 288 |
| "¿Se debe llamar Derecho al <i>Ius naturae</i> ?", por Olís Robleda. <i>Miscelánea Comillas</i> , XXXIV-XXXV, 1960 | 289 |
| "Due domande intorno al diritto", por Alessandro Passerin D'Entreves. <i>Rivista di Filosofia</i> , vol. LIII, 1962, núm. 1 | 290 |
| "La philosophie du droit dans la pluralité des expériences juridiques", por P. Piovani. <i>Archives de Philosophie du Droit</i> , núm. 7, 1962 ... | 291 |
| "Il diritto naturale norma dinamica del diritto", por R. M. Pizzorni. <i>Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto</i> , 1962, fasc. I-III | 292 |
| "Possibilità e limiti della logica giuridica", por A. M. Quintas. <i>Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto</i> , A. XXXIV, fasc. I-III, 1962. | 293 |
| "La philosophie du droit et les formes de la connaissance juridique", por M. Reale. <i>Archives de Philosophie du Droit</i> , núm. 7, 1962 | 294 |
| "Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung", por Theodor Viehweg. <i>Archiv für Rechts und Sozialphilosophie</i> , XLVII, 4, 1961 | 295 |
| D) <i>Teoría General del Derecho. Ciencia y Técnica jurídica</i> | |
| "Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre", por Hans Kelsen. <i>Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht</i> , N. F., X, 1, 1959. | 296 |
| "I diritti della persona e l'ordine internazionale", por A. Messineo. <i>La Civiltà Cattolica</i> , núm. 8, aprile, 1962 | 297 |
| "Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt", por Eleonore Sterling. <i>Archiv für Rechts und Sozialphilosophie</i> , XLVII, 4, 1961 | 298 |
| E) <i>Sociología General del Derecho y de la Cultura</i> | |
| "Prolegomena zu einer Soziologie des Rechtes", por Leo Fishman. <i>Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht</i> , N. F., IX, 3, 1959 ... | 299 |
| "Beneficenza, assistenza, previdenza e sicurezza sociale", por S. Lener. <i>La Civiltà Cattolica</i> , núm. 9, 1962 | 299 |
| "Gesù e il mondo attuale del lavoro", por D. Em. Card. Giacomo Lercaro. <i>Gregorianum</i> , A. XLII, 1961, vol. XLII, 4 | 300 |
| "Giustizia e cultura", por Vincenzo Prestipino. <i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i> , fasc. I-III, 1962 | 302 |
| F) <i>Derecho y Política</i> | |
| "On civil disobedience", por Hugo A. Bedau. <i>The Journal of Philosophy</i> , LVIII, 21, 1961 | 302 |

| | <i>Págs.</i> |
|--|--------------|
| "Civil disobedience", por Stuart M. Brown. <i>The Journal of Philosophy</i> , LVIII, 22, 1961 | 303 |
| "Metafísica de la Hispanidad", por M. García Miralles. <i>Miscelánea Comillas</i> , XXIV-XXXV, 1960 | 303 |
| "Disobeying the law", por Richard A. Wasserstrom. <i>The Journal of Philosophy</i> , LVIII | 304 |

ADDENDA ET CORRIGENDA

| | |
|---|-----|
| Al estudio del profesor Carlos Cossio, <i>La Norma y el Imperativo</i> , publicado en el tomo VII, 1960 | 305 |
| Al estudio del profesor Giorgio Del Vecchio, <i>Filosofía del Derecho en Compendio</i> , publicado en el tomo VIII, 1961 | 310 |

CONCURSO DE MERITOS PARA PROVEER BECAS VACANTES EN EL COLEGIO MAYOR DE SAN CLEMENTE DE LOS ESPAÑOLES EN BOLONIA

El Director General de Relaciones Culturales del Ministerio de Asuntos Exteriores, en funciones de Vocal Secretario de la Junta de Patronato del Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia (Italia), pone en conocimiento de cuantas personas a quienes pueda interesar, que el Excmo. Señor Duque del Infantado, Presidente de la mencionada Junta, ha tenido a bien firmar la siguiente

CONVOCATORIA

Se sacan a provisión, en riguroso Concurso de méritos, las becas vacantes en el Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles, en Bolonia (Italia), para los cursos de 1964-65. Las becas incluyen los gastos de viaje, manutención y albergue, los derechos de estudio, comprendidos los de idiomas, y 10.000 liras mensuales para gastos personales.

Los títulos académicos obtenidos por los Colegiales son válidos en España, y la Orden de 16 de noviembre de 1960 les reconoce "haber desarrollado función docente o investigadora" a efectos de poder tomar parte en las oposiciones a Cátedras de Universidad.

Los licenciados de las diversas Facultades españolas que deseen doctorarse en la Universidad de Bolonia enviarán sus solicitudes para tomar parte en dicho concurso al Vocal Secretario de la Junta de Patronato del Colegio, Director General de Relaciones Culturales, Ministerio de Asuntos Exteriores, Palacio de Santa Cruz, Madrid (12), acompañadas de los documentos necesarios para justificar los requisitos exigidos, y además cuantos tiendan a demostrar los méritos alegados, premios extraordinarios, distinciones académicas, ayudantías, trabajos o publicaciones premiadas, etc.

Las Facultades dependientes de la Universidad de Bolonia son las siguientes: DERECHO, ECONOMIA Y COMERCIO, MEDICINA Y CIRUGIA, CIENCIAS MATEMATICAS, FISICAS Y NATURALES, QUIMICA INDUSTRIAL, FARMACIA, INGENIERIA, AGRARIA, VETERINARIA, FILOSOFIA Y LETRAS.

Los requisitos para tomar parte en el Concurso son los siguientes: 1.º Ser español, varón, católico e hijo de legítimo matrimonio. 2.º No padecer enfermedad crónica. 3.º Acreditar conducta moral y social intachable y ser afecto al Glorioso Movimiento Nacional. 4.º No ser funcionario público. 5.º Haber terminado la carrera con buena calificación en la mayoría de las asignaturas. Respecto a las Escuelas especiales, bastará que el aspirante se halle en condiciones de poder cursar en ellas el penúltimo curso. 6.º Ser mayor de dieciocho años y menor de treinta. 7.º Prestar declaración jurada los padres, tutores o encargados del aspirante, por la que se comprometen a sufragar las deudas que éste contraiga durante su estancia en Bolonia.

La Junta de Patronato solicitará, además, cuantos informes personales del aspirante crea conveniente, y no podrá dispensar absolutamente ninguna de las condiciones o requisitos antes mencionados.

Los concursantes que obtengan becas se comprometen a legalizar en el Consulado de Italia los certificados académicos personales, la partida de nacimiento y cuantos documentos sean necesarios para que puedan surtir efecto en Italia.

El plazo para la presentación de las solicitudes y documentos necesarios expira el último día laborable del mes de septiembre a las trece horas.

Madrid, 24 de mayo de 1963.

EL DIRECTOR GENERAL DE RELACIONES CULTURALES,
Alfonso de la Serna y Gutiérrez-Répide

UN CONCEPTO FUNCIONAL DEL LLAMADO DERECHO NATURAL

Alguien que no es filósofo del derecho, ni tampoco jurista, va a hablar, a continuación, del llamado Derecho natural. Es previsible que esta ingerencia en campos ajenos habrá de ponerse de manifiesto, como tal, con las consiguientes deficiencias, en las líneas que siguen; y de ello se excusa, por adelantado, el autor.

Empecemos por un par de precisiones que solo importan como punto de partida. El concepto de derecho natural suele subsumirse en el más amplio de ley natural. Ahora bien, el concepto de ley natural no es jurídico sino inequívocamente ético. No vamos a entrar a fondo en él, pero debemos preguntarnos si, hoy, es acertado terminológicamente o no. En la línea de la disyunción (cuestionable en cuanto a un claro deslinde teológico) de lo natural y lo sobrenatural puede seguirse respondiendo afirmativamente. Pero en la línea de la oposición entre naturaleza e historia no, porque su aceptación literal supone un platonismo, hoy inadmisibile, según el cual tal ley *natural* vendría dada, de una vez para siempre, con la "*naturaleza humana*". Ahora bien, el concepto de naturaleza humana nos parece hoy, si no inválido, necesitado de revisión: una ontología del hombre ha de estudiarle en su dimensión natural ciertamente, pero también en su dimensión histórica, a través de la cual se manifiesta precisamente aquélla en su plenitud; y de ahí la constitutiva historicidad de la llamada ley natural. Por eso sólo en el abstracto sentido escolástico, según el cual "*naturaleza*" equivale, a los efectos que aquí importan, a "*esencia*" en cuanto operativa u ordenada a la operación, parece terminológicamente aceptable la expresión "*ley natural*".

El derecho natural suele ser considerado como una parte de la ley natural, la parte referente a lo justo en el estricto sentido jurídico de la palabra, el dar al otro lo suyo, lo que le corresponde. Puede pensarse que se trata de un concepto meramente ético. Significaría entonces una exigencia moral que el derecho propiamente dicho, el derecho positivo, debe cumplir: el derecho ha de ser justo, como ha de ser lógico (coherente), refe-

rido a cuestiones reales, etc. Pero el derecho que no sea justo, como el que no sea lógico, referido a cuestiones realmente planteadas, etc., no por eso deja de ser derecho (positivo). Y viceversa, el llamado derecho natural, por muy justo que sea, no es derecho (vigente) mientras no llegue a adquirir positividad.

No voy a contradecir frontalmente esta concepción, de la que tal vez me siento más cerca que de la iusnaturalista. Pero me parece que el positivismo y el formalismo jurídicos, al clausurar al derecho en sí mismo, llevan a cabo una abstracción de lo positivo o jurídicamente *positum*, que queda así artificialmente aislado. La sustancia jurídico-positiva surgiría entonces por una especie de *transustanciación*, a partir de una realidad sociomoral (dentro de la cual sobreviene), que quedaría simplemente *detrás*, sin la menor relevancia jurídica, puesto que se ha producido una tajante solución de continuidad entre la realidad sociomoral (con sus aspiraciones de igualdad, libertad, justicia, etc.) y la sustancia jurídico-positiva. Ahora bien, la continuidad entre una y otra se cumple precisamente, como veremos, por el llamado derecho natural. Y en ello es en lo que éste consiste, funcional u operativamente considerado.

En estas últimas palabras queda aludido el propósito del presente artículo, que no es el de inquirir, en abstracto, cuál sea la *esencia* del derecho natural, sino el de averiguar cuál ha sido su *función* histórico-social, el de ver *para qué* ha servido. Las cosas para las que ha servido sólo pueden conocerse, es claro, a través de la experiencia histórica. Pero no intentamos hacer una investigación histórica, por lo cual nos dispensamos de todo aparato de ese tipo. "Derecho natural" es un rótulo; vamos a ver qué cosas o, mejor dicho, qué funciones recubre ese rótulo. Nos importa captar el derecho natural en su *funcionamiento real* y a partir de él; por eso nuestro modo de proceder ha de ser totalmente diferente al que sigue, por ejemplo, Erik Wolf, en su libro *Das Problem der Naturrechtslehre*, donde la pluralidad de sentidos es inferida de la pluralidad de significaciones—presentada como un verdadero catálogo—de los términos "derecho" y "natural".

En las sociedades primitivas no existe ni tan siquiera la distinción real entre lo moral, lo social y lo jurídico; por tanto menos aún, si cabe, su distinción conceptual. Todo aquello se halla confundido en unos *mores* que son a la vez usos sociales, costumbres morales y preceptos jurídicos (no escritos, o apenas, pero vigentes). Es lo que Hegel llamaría sustancia ética ingenua (anterior a la subjetividad y al desgarramiento de la "conciencia desgraciada"), en la cual la moral del individuo y la positividad

peculiar del derecho se hallan confundidas en el *continuum* de la eticidad originaria de la comunidad.

Al constituirse el Derecho como formalmente tal, esto es, como derecho positivo, escrito y promulgado—derecho, por otra parte, siempre de *un* pueblo, de tal modo que cada pueblo tiene el suyo—es cuando se producen las condiciones para que surja la función o, mejor dicho, la pluralidad de las funciones iusnaturalistas. Vamos a ver, a continuación, cuáles son éstas.

La primera función es hermenéutica, en el sentido restringido, “positivo” de esta palabra, y se refiere principalmente, aparte la interpretación de los términos, a las “lagunas” del derecho, a lo no previsto por él. Se trata, pues, de una función supletoria, para la que filosófica y jurídicamente se ha recurrido a conceptos tales como el de *orthós lógos*, el de *aequitas*, o el de los “principios generales del derecho” (principios *del* derecho, con genitivo posesivo). Función en realidad, como se ve, de *lógica jurídica*, con aplicación, principalmente, de las reglas de analogía y consecuencia.

Hemos dicho antes que el derecho lo es siempre de *un* pueblo. Ahora bien, al entrar el pueblo portador de este derecho, que es propio y exclusivo de él, en contacto con otros pueblos, se establecen relaciones estrictamente jurídicas (mercantiles, etc.) que, sin embargo, no son regulables por aquel derecho, ya que la otra parte no puede acogerse a él. Surge así el *ius gentium* que con razón fue considerado, por los tratadistas fundadores del derecho internacional, como una forma del derecho natural. Su función, como se ve, es supletoria también, pero ahora de relaciones jurídicas que llegan a constituir todo un *corpus* trascendente al ámbito inicialmente “positivo” de cada pueblo. Es una segunda función, sumamente importante.

La tercera función del derecho natural resulta de que el derecho positivo no es una realidad cerrada en sí misma, sino proyección de una *Weltanschauung*, de un *way of life*, de una “cultura”, dentro de las cuales se inscribe, de las cuales cobra su sentido y a las cuales necesita, a veces, apelar *jurídicamente* (por ejemplo, en Nuremberg). Son, si se quiere, otra vez los “principios generales del derecho”, pero ahora con genitivo de origen: los principios metajurídicos de los que el derecho procede y en los que el derecho se funda.

La cuarta y quinta funciones surgen al perderse aquella sustancia o eticidad ingenua que conceptualizaba Hegel, por la crisis interna de una comunidad y la ruptura de su unidad profunda. Entonces, desde el presente y su ley positiva, el derecho natural puede funcionar, bien en direc-

ción *reaccionaria* (cuarta función), hacia el pasado y sus viejas leyes, que son consideradas “naturales” (*physis*), es decir, *dadas*, frente al nuevo derecho (*nomos*), meramente *puesto*. (Piénsese en *Antígona*, pero simplemente por vía de ilustración o ejemplo, pues no me interesa aquí una discusión del verdadero sentido histórico de esta tragedia); o bien (quinta función), en dirección *progresista*, hacia el futuro, hacia una sociedad que oriente el dinamismo de la historia en un sentido más justo que el presente. La primera muestra histórica de esta última función tal vez haya sido el derecho natural estoico, con su tendencia abierta, antiesclavista y cosmopolita. Pero repito lo que acabo de decir a propósito de *Antígona*, ahora probablemente con mayor razón. Las ideas estoicas constituyeron una pura “teoría” abstracta, utópica, minoritaria y absolutamente impotente, frente a los duros condicionamientos socioeconómicos de la época. Y además completamente individualista, como lo ilustra bien aquella reflexión de Crisipo, según la cual el Sabio, para enderezar el mundo necesitaría poseer la fuerza de Hércules. (Sin ver que no se trata tanto de *mucha* fuerza de *uno* como de la fuerza *unida de muchos*.) Por eso Ernst Bloch, en su bello libro *Naturrecht und menschliche Würde*, ha podido considerar el derecho natural estoico como “meramente retórico y declamatorio”, puro hablar por hablar, sin fuerza social ni voluntad real de modificar la realidad exterior. (De ahí el refugio en la pura interioridad.)

Ya tenemos, pues, claramente distinguidas, las cinco funciones que, a mi juicio, ha desempeñado el llamado, con denominación más oscurecedora que esclarecedora, pero no arbitraria, derecho natural: la función lógica, la función *inter gentes*, la función metajurídica y las funciones conservadora y progresista. Veamos ahora el desarrollo—siempre por mera vía de ilustración, a través de unos “modelos” de funcionamiento—de cada una de ellas.

La segunda función, el *ius gentium*, alcanza su plenitud como derecho natural en la Edad Media y, sobre todo, en el siglo XVI y comienzos del XVII. Originariamente esta expresión apuntaba a un ámbito jurídico no cubierto por el derecho romano (derecho de los ciudadanos romanos). En la Edad Media, que vivía dentro del régimen jurídico religioso-positivo de Cristiandad, apunta a un derecho—*natural*—al que no alcanza la justicia *sobrenatural*. En efecto, el problema medieval era el de la convivencia con unas gentes—árabes y judíos—a los que era menester reconocer, aunque no fuesen cristianos, ciertos derechos (naturales). En el siglo XVI el problema se extendería a los indios de América (P. Vitoria), a los disidentes cristianos y, en general, a las relaciones jurídicas con otros pueblos y entre distintos Estados (Althusio, Grocio). Adviértase que el derecho político de

Bodino desempeña una función estrictamente paralela a la del derecho natural *inter gentes* de los internacionalistas, y otro tanto ocurre con la función que se atribuye a la "religión natural", inventada por esta misma época. Derecho natural, religión natural y derecho político tienen el sentido y cumplen la función de abrir un ámbito minimalista de convivencia general.

En los siglos XVII y XVIII, época del racionalismo y del desarrollo de la matemática, cobró gran importancia la primera de las funciones que hemos distinguido, la de construcción lógico-matemática y de "cálculo" abstracto del derecho. Pero esta función se manifiesta pronto como meramente instrumental, al servicio de la quinta función, de carácter progresista. En efecto, surge ahora una ideología revolucionaria, ya no utópica, sino dotada de densidad existencial y fuerza social, merced a la transformación de los condicionamientos de su viabilidad (fundamentalmente el poder socio-económico de la burguesía). El derecho natural es ahora, por tanto, la ideología de la clase ascendente; y lo es como *pretensión* ético-política de convertirse en derecho positivo ("derecho natural" de la Revolución frente al "derecho divino" a que apelaba el Antiguo Régimen); por tanto, con verdadera realidad *jurídica*, si bien *pre-positiva*. Se ve pues el sentido no meramente ético del derecho natural, su carácter de "recambio" ya preparado, de *anticipación* y aun de *apuesta*, orientadas a una configuración jurídico-política de la sociedad, a partir de fuerzas realmente actuantes en ella. Y, en efecto, con la Revolución francesa, este derecho natural ("derechos del hombre y del ciudadano") se convirtió en derecho positivo, por lo menos en la medida en que interesaba a la burguesía. (Pues dicho sea entre paréntesis, frente al positivismo jurídico, un positivismo sociológico integral tendría que distinguir *grados de positividad*, es decir, de conformación real de la sociedad por el derecho vigente sobre el papel.)

Después de la positivización del iusnaturalismo revolucionario es cuando, a lo largo del siglo XIX, se desarrolla la cuarta función, reaccionaria o conservadora, del derecho natural, para retroceder al orden jurídico anterior (tradicionalismo, Escuela histórica del Derecho, concepción de un derecho como surgido históricamente y no inventado por "ideólogos") o, al menos, para robustecer el orden presente y detener la revolución.

Porque la revolución continúa. En la segunda mitad del siglo XIX y en el siglo XX surgen nuevas cosmovisiones—anarquismo, marxismo, nacional-socialismo—que ponen de relieve la que hemos denominado tercera función del derecho natural: la dependencia en que se encuentra cada ordenación jurídica positiva de la concepción del mundo subyacente y fundamente. Nuremberg fue la condenación de la realización de la cosmovisión na-

cional-socialista por la cosmovisión democrático-occidental. Merleau-Ponty ha hecho ver bien en *Humanismo y Terror* cómo sería el juicio comunista en la causa contra la realización del humanismo occidental. Cada derecho positivo procede de unos "principios generales" metajurídicos; y la aplicación *jurídica* de éstos es también, como hemos visto, una función del llamado derecho natural.

De todo lo dicho se desprende que eso que se conoce con el nombre de derecho natural cumple una pluralidad de funciones que, si se prescinde de la primera (perfectamente separable, en cuanto concerniente en realidad a la lógica) consiste, en definitiva, en *mantener abierto el derecho* a la totalidad de la cultura (en cuanto a sus fundamentos metajurídicos) y de la sociedad (las *gentes*, es decir, el mundo entero, por una intención de "derecho universal", al menos incoativamente), y a la historia, en su pasado (derecho natural como histórico, frente al racionalismo jurídico abstracto) y hacia el futuro (derecho natural como progresista y revolucionario en sentido político-social, frente a la perpetuación de situaciones recibidas de poder).

Esta función de abertura es, a mi parecer, no sólo la esencial del derecho natural sino también especialmente oportuna y urgente, pues vivimos aun prisioneros en parte de una concepción, la propia del kantismo, (no entro en el problema de hasta qué punto el usual kantismo retransmitido sea o no fiel a Kant), de separación del derecho (heterónimo y exterior) y la moral (autónoma e interior); y propia también del positivismo y el formalismo jurídicos, que aislan el derecho de la realidad sociocultural, tal vez por una especie de perfeccionismo estetizante, aplicado a lo jurídico, o por una deformación profesional de los juristas, cuyas raíces, según una posible interpretación sociológica, se encontrarían en la inestabilidad misma del intelectual, "flotante" hoy entre las clases, económicamente dependiente, por lo general, de la burguesía y el régimen constituido y, a la vez, espiritual y desencarnadamente inclinado hacia un orden nuevo, por lo que, para resolver su contradicción y desgarramiento internos, tiende a buscar la unificación en un plano puramente "formal", "separado" y "positivo".

La realidad, sin embargo, está demasiado trabada para dejarse despiezar por el kantismo, el formalismo o el positivismo. ¿No es evidente, por ejemplo, en el derecho político, la presencia de categorías éticas, puesto que la democracia consiste en el régimen de autonomía, por el cual el pueblo se da a sí mismos sus leyes, y desde Montesquieu se vio que la virtud (política) es el indispensable fundamento de la república o democracia, que no puede existir sin un *ethos* político que, en situaciones de máxima tensión, da lugar al *pathos* ético del *citoyen*?

Una inspección cuidadosa de la realidad podía descubrir, hasta ahora, muy diversos planos normativos: en primer lugar, el de la moral autónoma e individual, en la medida en que realmente exista; junto a él, el de la moral teónoma y comunitaria; y en tercer lugar, el de una moral heterónoma, cristiano-usual, burguesa, proletaria, etc., impuesta socialmente; después el plano, objeto del presente estudio, del derecho natural como pretensión ético-social de derecho positivo; el plano del derecho positivo constitutivamente moral (derecho político, derecho penal, parcialmente el derecho civil, como lo evidencian los conceptos de dolo e imprudencia); y, por último, hasta el presente, el plano del derecho positivo meramente técnico y, sin embargo, en cuanto establecedor de un *orden* (lo que constituye un valor), no completamente ajeno a la moral.

A los planos que acabamos de mencionar debe agregarse la constitución, a la que estamos asistiendo, de una *ética social* no pura sino *ético-técnica*, es decir, inscrita en las *estructuras jurídico-administrativas* o, lo que es igual, institucionalizada. Esta ética, que pone el acento más en el resultado que en la intención y que, por tanto, al menos en este sentido, puede ser denominada *neoutilitarista*, parte de la constatación de que la moral individual, confiada a la buena voluntad, es insuficiente, por impotente, para resolver los problemas sociales de justicia. El Estado se convierte cada vez más, aunque no lo diga, en *Estado ético*, en Estado no simplemente de derecho, como el liberal, sino de justicia. Pero no por la *vía política*, en cuyo caso estaríamos ante una reviviscencia hegeliana del Estado como sujeto de la eticidad, por donde fácilmente se desemboca en totalitarismo (que no es sino la realización jurídico-política, coercitivamente impuesta, de supuestos valores éticos), sino por la *vía administrativa* y del *derecho social*. Una gran parte de la moral es de este modo tecnificada, mediante la administración de las virtudes sociales (beneficencia, prudencia como aseguramiento y previsión sociales, etc.) y la ampliación del concepto de "servicio público", planificado y burocratizado.

Pero esta nueva dimensión, moral y, a la vez, rigurosamente jurídico-positiva ya, y cada vez más, ha sido trabajosamente conquistada, desde hace más de un siglo, a través de la lucha político-laboral, por unos *derechos sociales* que, al igual de los anteriores "derechos del hombre y del ciudadano", se trataba de hacer inscribir en la ley positiva. A estos derechos sociales, a este "derecho del trabajo" como demanda y exigencia, entonces no satisfecha aún (ni ahora tampoco del todo, claro está), nadie le aplicaba la denominación de "derecho natural", porque el nombre estaba anticuado ya. Pero el sentido de toda esta reivindicación ha sido, a otro nivel histórico-social, equivalente al del iusnaturalismo revolucionario del

siglo XVIII. Se trata de la misma función que, como vimos, no es meramente ética porque tiende constitutivamente al reconocimiento jurídico positivo.

En resumen, el viejo nombre de derecho natural puede no gustar (es lo que me ocurre a mí) porque ni es estrictamente "natural" (dado con la naturaleza), ni es estrictamente derecho (positivo). Pero apunta a una actitud demandante que lleva en su seno la pretensión jurídica. Y, como vimos, mantiene el Derecho abierto a la realidad histórica, cultural, política y social.

El llamado derecho natural es, en acto, más moral que jurídico; pero, en potencia, en intencionalidad, anticipatoriamente, es el derecho del porvenir inmediato, es la prefiguración del orden jurídico futuro. Por eso la voluntad moral que lo anima no es, simplemente, *individual* (recordemos aquella impotencia individual, de la que ya era consciente Crisipo). El sujeto del derecho natural, concebido funcionalmente, es una *fuerza social* (encarnada en una clase o grupo y objetivada en una "ideología"); y no hay propiamente derecho natural, sino meramente una exigencia moral, cuando falta la intención de que llegue a ser materialmente derecho positivo, o cuando, por evolución cultural, se ha renunciado a la positividad, como ocurre en muchos aspectos de la vida moderna. El derecho natural consiste precisamente en la pretensión de positividad (fundada, metapositivamente, en su carácter "natural", es decir, indiscutible), en el movimiento en dirección hacia la positividad, y en la vigencia social en cuanto preparatoria y anticipatoria de la vigencia jurídica. La culminación de su pretensión se lograría—en la línea de la función *inter gentes*—con el reconocimiento jurídico de todos los derechos "naturales" para todos los pueblos. Y en este sentido no hay duda de que también los esfuerzos concretos y realistas por la unidad europea, por la liberación de los pueblos y razas oprimidos y por la Organización de las Naciones Unidas, son modestas realizaciones del derecho natural en cuanto *ius gentium*. Era, en efecto, profunda la visión de los fundadores del Derecho Internacional, al entenderlo desde el derecho natural y, en algún modo, es menester volver a aquella visión. Porque la *lucha por el derecho* en que, en definitiva, consiste, como función, el derecho natural, no es sólo lucha por un *derecho positivo nacional*, sino también por un *derecho positivo internacional o universal*, para que encarnen ambos, cada vez más, valores éticos y realicen la aspiración humana—en los términos en que, contemporáneamente, se vaya presentando—de la justicia sobre la tierra.

EL DERECHO NATURAL COMO DERECHO EXISTENCIAL

Después del hundimiento de Alemania en el año 1945, que nos ha dejado el Derecho convertido también en un campo de escombros, los nuevos juristas estaban situados—como ha hecho constar Gustav Radbruch, en 1947, en su trabajo sobre “La renovación del Derecho”—(1) ante el difícil problema de “limpiar los lugares destruidos y construir sobre ellos el nuevo edificio del Derecho”. Caracterizando todo lo que hay de paradójico en nuestra situación, hasta el día de hoy, formula Radbruch ese problema en un doble sentido. En primer lugar había que “reconstruir el respeto a la Ley”, que con tanta desvergüenza había sido eludida y violada miles de veces. Se trataba de “renovar la sumisión del Estado a su propio Derecho”, de “restaurar la seguridad jurídica” por este medio, y de “reconstruir así el Estado de Derecho”. Por otro lado, juntamente con la experiencia incuestionable e inolvidable de que la injusticia no sólo se instaaura cuando se violan y eluden las leyes, sino también cuando “se da a la injusticia e incluso al crimen la forma de la Ley”, los juristas “se encontraban también ante un segundo problema, que casi parece estar en contraposición con el primero”: la superación de aquel “positivismo que venía imperando absolutamente entre los juristas alemanes desde hace siglos”, el cual, con su afirmación de que “la ley es la ley”, había dejado indefensos y desarmados a sus adeptos frente a la “injusticia bajo forma de ley de que hablábamos”. Radbruch exige en consecuencia que la jurisprudencia “recuerde de nuevo aquella común sabiduría de los antiguos” para la que “hay un Derecho más alto que la ley, un Derecho natural, un

(1) Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, pág. 1 s.; incluido en el trabajo *¿Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, editado por Werner Maihofer en *Wege der Forschung* t. XVI, 1962. En esta colección de escritos se encuentran también otras indicaciones bibliográficas. Las citaremos en lo que sigue abreviadamente por: NoR.

Derecho divino, en resumen un Derecho supralegal, respecto del cual la injusticia es injusticia, aun cuando revista forma de ley..." (2).

En estos términos se planteaba la discusión, que iba a desarrollarse en los años siguientes y que oscilaba entre estas dos exigencias a las que tan pronto se situaba en el mismo plano como en un orden de preferencia. Estas dos exigencias son la *renovación jurídico-positiva* de la *seguridad jurídica* que se había perdido y la *renovación jusnaturalista* de la justicia que había sido violada. En el curso de la discusión podemos percibir un paulatino desplazamiento del tema y un cambio claramente perceptible en la importancia concedida a cada uno de sus dos aspectos.

En la primera fase de la discusión predominan las opiniones que conceden la mayor importancia a la "renovación del Derecho natural" y, en la hipotética alternativa *Derecho natural* o *positivismo jurídico*, se deciden, de manera más o menos unívoca y parcial, por una "vuelta al Derecho natural" (3). Sin embargo, contra este primer intento se levantan opiniones de peso que lo amortiguan y que también, de un modo más o menos unívoco y parcial, proclaman el valor vital de un positivismo bien entendido al que "se le ha declarado muerto" con demasiada precipitación (4). De este modo se reproduce la tensión entre la exigencia jurídico-positiva de seguridad y la exigencia jusnaturalista de justicia, que prohíbe tanto una parcial fundamentación jusnaturalista del Derecho como una derivación puramente positivista del mismo.

Esta tímida convicción de que no puede darse aquí un "o esto o aquello", sino solamente el camino hacia una nueva fundamentación del Derecho, a través del *Derecho natural* y del *positivismo jurídico*, tal como se expresa en el título de un estudio de Hans Welzel (5), determina cada vez más los ensayos de la segunda fase de la discusión, que pretenden desarrollar la tarea intelectual planteada, a partir de las más diversas direcciones de la filosofía y teología actuales.

Bien miradas las cosas, al nivelarse la importancia concedida a los dos aspectos del problema que al principio habían sido considerados demasiado unilateralmente, no hace más que producirse un acuerdo entre las dos exigencias de renovación del Derecho formuladas por Radbruch. Con él va ligada una variación casi imperceptible en la conciencia del

(2) Ob. cit., pág. 2.

(3) Para esto son característicos los escritos de Adolf Susterhenn (*Das Naturrecht in evangelischer Sicht*, NoR, pág. 210 ss.).

(4) Así, el sugestivo trabajo de Erwin Riezler, *Der totgesagte Positivismus*, NoR, página 239 ss.

(5) Hans Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, NoR, pág. 322 ss.

problema, a través de la cual, en lugar del *reconocimiento* inquebrantable del Derecho natural termina por situarse el *conocimiento* de la cosa comprendida bajo este equívoco concepto.

Radbruch estaba convencido, sin la menor duda, de que la renovación del Derecho podía venir del retorno al Derecho natural de la tradición cristiana-occidental; pero pronto se elevaron voces cada vez más fuertes anunciando que a la "hipertrofia del positivismo jurídico" seguiría una "hipertrofia del otro lado" (el derecho natural) (6), y haciéndose problema a la vez de cualquier "restauración" pura y simple del viejo Derecho natural, incluso del Derecho natural mismo (7). Frente a Radbruch, para el que el objeto del Derecho natural no carece de problemas, pero al que la pregunta por el Derecho natural no le resulta auténticamente problemática, aparece una conciencia nueva del *problema del Derecho natural*, que no se contenta con las respuestas de la filosofía esencialista tradicional. Esta nueva dirección busca, de modo cada vez más penetrante, una nueva visión de la naturaleza, que la tradición describía, dentro del complejo concepto del Derecho natural, con conceptos, tales como "ideas" o "esencias". Erik Wolf acometió por primera vez este intento, de un modo global, en su escrito sobre "El problema del Derecho natural" (8). A través de un análisis histórico-sistemático de las doctrinas tradicionales del Derecho natural llegó Wolf a comprobar que éstas descansan sobre nueve interpretaciones distintas del concepto de *naturaleza* y otras tantas del concepto de Derecho. Combinando los nueve conceptos de naturaleza con cada uno de los nueve conceptos de Derecho obtenemos un calidoscopio de múltiples combinaciones de conceptos (9). Estos resultados no sólo son apropiados para quitarnos los últimos residuos de ingenuidad frente al problema del Derecho natural que pudieran quedarnos, sino que, si resultaran comprobados, deberían hacernos concebir dudas sobre la posibilidad de buscar el *concepto* del Derecho natural dentro de tan distintas *concepciones* del mismo.

A pesar de todo, ¿tiene sentido plantearse hoy en día el problema del Derecho natural, a partir de los fundamentos y conclusiones de la filosofía y de la jurisprudencia actuales? ¿Acaso juntamente con los presupuestos de la filosofía tradicional se ha perdido también la posibilidad de plantearse

(6) Así Otto Veit, *Der geistesgeschichtliche Standort des Naturrechts*, NoR, página 33.

(7) Como Ernst Topitsch, *Das problem des Naturrechts*, NoR, pág. 159 ss.

(8) Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2 ed. 1959.

(9) V. además Werner Maihofer, *Das Problem des Naturrechts* en "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", t. 46, 1960, pág. 417 ss.

la pregunta, como cree el positivismo científico y filosófico, extendido en nuestro mundo occidental? O bien, ¿se plantea hoy para nosotros esta vieja cuestión aunque de un modo nuevo? ¿Debemos situarnos ante un nuevo modo de concebir esa antigua cosa comprendida bajo el concepto de Derecho natural?

Por de pronto, hay que hacer constar un hecho: que los nuevos intentos de lograr una nueva conciencia de la cosa comprendida bajo conceptos tan variados del Derecho natural, conducen casi sin excepción hacia una y la misma dirección: la de un "Derecho natural condicionado" (Pufendorf), que unas veces es concebido como "Derecho natural de contenido variable" (Stammler); otras como "históricamente-elástico" (10), o "históricamente-relativo", o como "Derecho natural con contenido evolutivo" o "Derecho natural evolutivo" (12), o bien como "concreto" (13) a diferencia del abstracto, o bien como "histórico" (13) a diferencia del ahistórico.

Todos estos intentos parten de una posición situada más allá del intelectualismo y del voluntarismo (14); no resuelven la tensión dialéctica entre orden y decisión ni inclinándose unilateralmente hacia uno ni hacia otro de los términos. No se apoyan en la representación intelectualista de un *orden dado* simplemente al hombre, que descansa en sí mismo, ni en la representación voluntarista de una *decisión* simplemente *propuesta*, sino que buscan captar a ambos en su conexión dialéctica: como un *orden y decisión que a la vez están dados y propuestos* al hombre. Pero ¿cómo debemos concebir el concepto de *naturaleza* en tanto que *fundamento* de aquel orden y a la vez *medida* de aquella decisión que nosotros describimos como "natural", "racional", esto es, como *objetivamente fundada* en el orden de las cosas, como *adecuada a la vida*? Si no tiene funda-

(10) Especialmente Eduard Spranger, *Zur Frage der Eneuerung des Naturrechts*, Uor, pág. 87 ss., esp. pág. 93 ss.

(11) Así Erich Fechner, *Naturrecht und Existenzphilosophie*, NoR, pág. 384 siguientes, esp. pág. 402 ss.; V. también *Rechtsphilosophie*, 2 edic. 1962, pág. 261 siguientes.

(12) Ya Karl Engisch habla de "Derecho natural concreto-individualizador". (Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1959, página 228 ss.) Para el "pensamiento jusnaturalista concreto" v. también Maihofer, *Die Natur der Sache* en "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie", tomo 44, 1958, página 145 ss., especialmente pág. 174.

(13) Arthur Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, esp. pág. 10 ss.

(14) Para la antítesis entre intelectualismo y voluntarismo en el pensamiento jusnaturalista tradicional es fundamental Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3 ed. 1960.

mento y medida en un ser de las cosas y del hombre inmutable y carente de historia, ¿dónde lo tiene?

1. *La esencia objetiva del hombre como existencia concreta en el mundo*

Según el esquema mental de la *filosofía de esencias* tradicional, hay que concebir esta naturaleza, dentro del concepto de Derecho natural, como una sustancia encerrada en las cosas o una idea situada detrás de las cosas, de manera análoga a como nosotros hablamos sin titubear, cuando nos referimos a seres no humanos, tal como el zorro o la liebre, de una *esencia inmanente* por naturaleza o *puesta en ellos por Dios*. De modo análogo al orden vital de aquellos seres concebimos también al humano como un orden natural o divino, prefijado por la naturaleza o por Dios y que el hombre debe simplemente aceptar, con la única diferencia de que al hombre le está propuesto de distinto modo que al animal. Este está ligado a ese proyecto vital por el instinto y el impulso (intelectual y volitivamente); el hombre ha de descubrir la misión prefijada por aquel orden valiéndose de su conocimiento y de su querer espontáneos y, con su actividad práctica ha de convertir en realidad la simple posibilidad que es.

Según el esquema interpretativo de la *metafísica de los géneros* tradicional, esta idea esencial situada "detrás" del hombre o esa sustancia introducida en cada hombre, tiene el carácter de la *generalidad* (15). Incluso cuando se le atribuye al hombre su verdadera naturaleza, la "segunda naturaleza" que tiene en tanto ser racional (carácter inteligible, "homo noumenon), superior a la mera esencia natural (ser sensible, "homo phaenomenon) y cuando se concibe esta verdadera esencia del hombre como autónoma, continúa siendo decisiva la idea de que la tarea espontánea de este ser que se fija a sí mismo sus propios fines, consiste únicamente en realizar "en su persona" aquella *misión prefijada de manera general* para cada individuo a partir de la idea; es decir, en realizar para sí mismo la *idea genérica de la Humanidad* sobre la que descansan todos los hombres. En consecuencia, el hombre sólo ha de tender razonablemente a su esencia verdadera, que está prefijada de un modo general y (también) a su "verdadera voluntad; esto es, a comprender y asumir lo que, por la naturaleza o por Dios, él es desde siempre esencialmente.

Vistas así las cosas, la Humanidad sería un género cuyos ejemplares

(15) Para esto Maihofer, *Von Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, pág. 17 ss. y *Recht und Sein*, 1954, pág. 27.

se fundarían todos ellos en una y la misma idea de "humanidad" y cuya potencia, dada de antemano por la naturaleza o por Dios de un modo general, bastaría con que fuera comprendida y asumida por cada hombre para que se realizara en su consistencia esencial ya pre-supuesta. Según esta interpretación de la *naturaleza esencial del hombre* y del consiguiente *orden esencial interhumano*, la tarea de cada hombre particular y la de la Humanidad en su conjunto consistiría en orientarse en cada decisión hacia ese *elemento general* que está prefijado y situado en la *esencia* misma del *hombre* de tal manera que el fundamento natural o divino de todo el *orden* humano en este mundo, así como la *medida* de todas las *decisiones* adecuadas a la esencia que les está dada y que el hombre ha de aceptar, debería ser concebido y asumido en todas las situaciones históricas.

Este concepto de una naturaleza esencial del hombre prefijada de un modo general y de un orden esencial interhumano, prefijado también en general, está ya siempre presupuesto cuando se habla, como hace por ejemplo el tribunal federal, de "un orden de valores prefijado y asumible", del que deben seguirse las "normas de la ley moral", "dotadas de valor intrínseco". De esta manera no sólo se presupone que hay algo así como una *ley moral objetiva* dada al hombre desde fuera, sino que se une con ella la idea de que ese orden objetivo, fundado en Dios o en la naturaleza, formula "exigencias" al hombre y tiene para él una validez absoluta, con independencia de que alguien lo reconozca y lo cumpla, e incluso con independencia de la "representación" que el hombre se hace "de lo que la ley moral exige" (16).

Estas expresiones despiertan la impresión de que el juez no exige hacer esto u omitir aquello, sino que se limita a "hacer suya" una exigencia que no dirige un hombre a otro hombre, sino que le dirige a él una instancia extrahumana, la ley moral prefijada por la naturaleza o por Dios. Según este modo de ver las cosas, es evidente que no es la voluntad del juez la que formula esa exigencia del Derecho natural, sino una instancia superior y más valiosa que él. Esta instancia lo convierte en simple formulador de sus mandatos y prohibiciones, bien de acuerdo con su voluntad o bien contra ella.

Con razón se escandalizó Wieacker ante semejantes fórmulas (17), que no sólo nos parecen hoy increíbles, sino también fundadas en una idea

(16) BGHSt 6, 52.

(17) Franz Wieacker, *Rechtsprechung und Sittengesetz*, Juristenzeitung 1961, página 337 ss.

previa de la naturaleza o de la esencia del hombre que se nos ha vuelto completamente problemática.

Según esta interpretación del hombre, propia de una filosofía de esencias y de una metafísica de generos, y que se encuentra por igual en el neokantismo y el neotomismo actuales, lo que el hombre es esencialmente no constituye un producto de su *espontaneidad*. El hombre ya es lo que esencialmente es, por razón de la naturaleza o de Dios, y su tarea consiste únicamente en realizarse, como todos los demás ejemplares del género humano, en esa esencia que le ha sido prefijada a él como a todos sus iguales, en desplegarse en las condiciones naturales que la hayan sido dadas con ella, en “aprovechar el talento” que Dios le ha dado.

Esta concepción del ser del hombre elaborada a partir de una esencia que está prefijada por la naturaleza infundida por Dios, que es infinita y general, se torna problemática con el hundimiento de la filosofía del idealismo a través de Feuerbach (18) y Marx, de Nietzsche (19) y Kierkegaard. En su lugar aparece una concepción de la “naturaleza” o de la “esencia” del hombre que ya no está elaborada a partir de una idea en la que se fundaría o de una sustancia encarnada en él, sino a partir de la *existencia* que lleva en el mundo, del modo como realiza su esencia en el mundo (20).

El hombre, en cuanto “animal no fijado” (Nietzsche), no está determinado en su esencia por Dios o por la naturaleza (en cuanto *imago Dei*), sino que sólo se realiza a sí mismo esencialmente en la *comprensión y asunción de su misión*. El hombre es de un extremo al otro un *producto* tanto de las circunstancias y del orden inmanente a las mismas en el que realiza su esencia, como un *producto* de su propia *decisión*, que él mismo ha de tomar y que nadie puede quitarle, que en último término no puede remitir a nadie.

Según esta concepción del hombre como “ser concreto”, como “esencia objetiva” en el mundo (21) que encontramos a la vez en el existencialismo y en el materialismo actuales, el hombre no es un *sujeto para sí*, el *hombre*, frente a un *objeto en sí*, el *mundo*, sino un ser que, tanto en el

(18) V. para la ruptura de Feuerbach con la metafísica de esencias tradicional, en discusión con Hegel, Maihofer, *Konkrete Existenz, Versuch über die Philosophische Anthropologie Ludwig Feuerbachs*, en; Festschrift für Erik Wolf, 1962, pág. 246, especialmente pág. 248 ss.

(19) Para la ruptura de Nietzsche con la ética de esencias tradicional, en discusión con el imperativo categórico kantiano, Maihofer, *Von Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, pág. 24 ss.

(20) V. en particular Maihofer, *Konkrete Existenz*, ob. cit., pág. 253 ss.

(21) Ob. cit., pág. 254 s.

orden del conocimiento como en el de la acción, es sin remisión y sin separación un *sujeto-objeto*, *mundo-hombre*, este hombre determinado que está ahí, en este su mundo (22). Esta *concepción* completamente nueva y ya no sustancial sino *existencial de la esencia del hombre* conduce a definiciones concretas y objetivas de su esencia, no ya en cuanto (abstracto) *zoon politikon* (Aristóteles) (23) o en cuanto *homo noumenon* (Kant), sino en cuanto “conjunto de relaciones sociales” (Marx), en las que “realiza su esencia”, a partir de la “suma de relaciones en que vive” (Sartre).

Este concepto existencial de la naturaleza o de la esencia se encuentra, más o menos expresamente, en la base de todas las concepciones actuales de un Derecho natural “histórico” o “sociológico”, así como de un Derecho natural “concreto” o “existencial” o del “Derecho esencial existencial” (24). En todas estas concepciones nuevas el hombre no está tomado como un sujeto por sí o para sí, sino como sujeto-objeto en su ser en el mundo, en su *esencia objetiva*, en su existencia concreta como yo-tú y tú-yo, tal como lo encontramos a cada paso en el mundo (25). Este hom-

(22) V. también ob. cit., pág. 262 ss.

(23) En Aristóteles, al lado de determinaciones abstractas de la esencia del hombre, encontramos el primer intento de lograr una concepción concreta del ser del hombre. Esto se ve con claridad en la *Ética nicomaquea* 1, 5 (1097 b) donde dice, refiriéndose a “lo que tomado por sí mismo hace deseable la vida y nunca echa nada en falta” (*autarkeia*) y también al “bien supremo” que “como es sabido basta por sí mismo”: “aplicamos el concepto ‘que basta por sí mismo’... no al yo liberado de todas las vinculaciones, a la vida limitada al yo (*ich beschränkte Leben*) sino a la vida en su entrecruzamiento con los padres, hijos, mujer, amigos y conciudadanos; pues el hombre está por naturaleza determinado a la sociedad (*physei politikos*). No obstante es preciso trazar determinados límites a este entrecruzamiento, pues si se le extiende a los antepasados y descendientes y a los amigos de los amigos, se llega al infinito” (traducción Dirlmeier, 1956, pág. 13). El ser del hombre está concebido aquí en concreto, su ser en cuanto ser social, en el que tiene que realizarse, está concebido objetivamente a partir del “ensemble” de las “relaciones” interhumanas. El estoico Epicteto desarrollará posteriormente este pensamiento en el sentido de una polaridad dialéctica entre una “*autonomía frente al mundo*” necesaria para el *cumplimiento de la misión del hombre* y un “acuerdo con el mundo”, igualmente originario. La misión esencial última del hombre resulta explicitada *objetivamente* como un dominio de las situaciones sociales, como cumplimiento de los papeles sociales, en los que existimos *concretamente* en relación con los otros que nos encontramos en el mundo. V. particularmente Maihofer, *Von Sinn menschlicher Ordnung*, pág. 55 ss.

(24) Así por primera vez Max Müller, *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, 2 edic. 1958, pág. 100 s.

(25) V. para la dialéctica fundamental de la existencia concreta del hombre

bre real, en su *existencia en el mundo*, es esencialmente tanto el producto de sus circunstancias como de sí mismo. Su existencia concreta en el mundo es, con otras palabras, el *producto* de algo que está *prefijado y propuesto* a la vez: la dialéctica de la *naturaleza de las cosas* y de la *misión del hombre*.

II. *La dialéctica de la existencia concreta como polaridad de la naturaleza de las cosas y de la misión del hombre*

Si se parte de que lo que hay en los hombres de propiamente humano no es algo así como una esencia previamente dada por la naturaleza (como ocurre con el zorro o la liebre), sino que el hombre mismo, y nadie más que él, es el que hace y el que se hace lo que él es, en relación con ese mundo; con otras palabras, si se parte de que todo lo que le constituye esencialmente es el producto de su propia producción en el mundo, no puede darse un Derecho natural en el sentido que hasta aquí ha tenido; es decir, un Derecho natural asentado sobre la base de una naturaleza esencial prefijada al hombre y de un orden esencial emanado de ella.

Si la misión del hombre consiste en producir antes que nada su "naturaleza" a partir de sí mismo y apoyándose en una interpretación y dominio comprensivos del sentido de su existencia concreta, y "fijando" de este modo por sí mismo su misión, entonces lo que hasta aquí llamábamos Derecho natural adquiere un sentido diferente, el de un proyecto previo de la auto-configuración histórica del hombre. Pues si la naturaleza del hombre no es lo que ya existe, sino algo que únicamente nace de la manera como el *hombre*, está situado en las relaciones del *mundo*, y de la manera como reconoce y realiza su esencia según la naturaleza de las mismas, entonces lo que comúnmente llamamos Derecho natural no tiene su base en una *sustancia esencial* del hombre ya *existente*, sino en la *existencia mundana* que se da en cada caso y en la que el hombre se proyecta históricamente dentro de lo que la terminología jusnaturalista llama misiones esenciales.

En consecuencia, tenemos por una mera ilusión la idea de una ley moral-objetiva prefijada por la naturaleza o por Dios, la de un "orden de valores" dado al hombre, que él ha de "aceptar" y que le formula exigencias.

Sólo el hombre quiere y sólo el hombre exige, pero no sin fundamen-

en cuanto unidad del yo y el tu, Maihofer, *Konkrete Existenz*, ob. cit., pág. 270 y siguientes.

to, sino cara a algo dado en la realidad social, a determinada constelación de intereses y expectativas de los hombres que andan juntos por el mundo de la vida cotidiana y entran en mutuas relaciones: en consideración a una realidad que está ya dada en las *cosas* y que, por lo tanto, está propuesta al *hombre* para que la domine según su *misión* propia. La exigencia "así debe o así no debe ser", solamente nace a partir de una visión inteligente y razonable de lo que aquí tiene sentido o no lo tiene, de lo valioso o falto de valor.

Esta comprensión histórica, no de lo que éste o aquél hombre es esencialmente o de lo que no es, sino de lo que los hombres son o no son en su relaciones con los demás hombres, se expresa hoy en un doble plano: respecto de la *esencial naturaleza de las cosas* u orden de las mismas y respecto de la *misión general del hombre*, la "naturaleza" o la "esencia" del hombre.

Hablamos de la *naturaleza de las cosas* y nos referimos a ella, en relación con la especial "naturaleza" del hombre, con su *esencia objetiva*, tal como se manifiesta históricamente en las relaciones en que realiza su esencia, dentro del mundo, como un sujeto-objeto determinado. En ellas, lo que el hombre es, lo es como comprador o arrendatario, como médico o paciente, como juez o acusado, como hombre o mujer.

De las referencias singulares a la *naturaleza concreta del hombre*, a ese hombre como un *alguien determinado* no se desprende orden alguno. ¿Cómo podemos descubrir, no obstante, ese orden de cosas situado en las cosas mismas?

Podemos encontrarlo en un *análisis de la situación que sea capaz de descubrir el sentido de la misma y de interpretar su valor*. Se trata de un análisis de las relaciones vitales (relaciones jurídicas, como la compraventa), o figuras vitales (figuras jurídicas, como la familia), con sus correspondientes y típicas constelaciones de intereses y expectativas propias de los hombres que se encuentran unos con otros en esas relaciones y viven conjuntamente en esas figuras. ¿Qué puede descubrirnos este análisis de la realidad vital?

Adoptemos el punto de vista de los intereses y de las correspondientes expectativas de los hombres que se encuentran realmente en el mundo, dentro de determinados papeles (como, por ejemplo, el de vendedor y comprador) dentro de determinadas situaciones (como, por ejemplo, la legítima defensa); esto es, trasladémonos al *punto de vista (valorativo)* que los "interesados" tienen sobre *las condiciones de conservación y desarrollo de esos papeles y situaciones*. Desde ese punto de vista podremos percibir cómo los hombres, colocados en aquellos papeles y situaciones, consideran

de manera típica que ciertos acontecimientos y comportamientos son *ventajosos* en razón de las *repercusiones* funcionales que ejercen sobre sus *intereses* y sobre las *expectativas* que suscitan y otros son *perjudiciales*; esto es, que *satisfacen* sus intereses, cumpliendo sus *expectativas*, o bien *lesionan* sus intereses, decepcionando sus *expectativas*.

Esto es algo que cualquiera de nosotros puede comprobar inmediatamente por sí mismo si, siguiendo la llamada regla de oro, se pone sucesivamente en el lugar de cada uno de los intereses y expectativas que se encuentran "en juego" en la correspondiente situación, y de esta forma recorre los intereses y expectativas, concordes o contrapuestos, de los afectados por las consecuencias de determinada situación.

Para hacer esto más intuible refirámonos a un ejemplo, el de la constelación de intereses, ya muy complejos y complicados, que se encuentran en juego en el problema tan vital de la interrupción de la gestación. Siguiendo el camino más arriba indicado, llegamos a los siguientes puntos de vista valorativos: el punto de vista de la madre, su interés en seguir viviendo; el punto de vista del niño que se está gestando, su interés en llegar a nacer; el del padre, su interés por la madre como esposa y también como madre de futuros hijos o de los que ya viven; el punto de vista del médico, su interés por curar y por ayudar, en este caso por impedir por lo menos que la madre y el niño mueran inútilmente; el punto de vista de la sociedad, que es el punto de vista de las demás personas afectadas por dicha situación, que tienen un interés de carácter general en este acontecimiento que se produce entre ellos, puesto que la solución o la falta de solución de este conflicto de intereses según el *imperativo categórico* traducido a términos generales, ha de tener determinadas consecuencias para la totalidad.

El problema decisivo es el siguiente: ¿Somos nosotros los que ponemos en las cosas estos diferentes intereses o los percibimos sin más desde los *puntos de vista* de aquellos que, *en el mundo, se encuentran realmente en tales situaciones*, de los que "están en juego" *existencialmente*?

Es un hecho de experiencia que desgraciadamente podemos comprobar todos los días, que en caso del conflicto vital (*), la madre y el niño mueren *realmente* (y no sólo en el pensamiento). Que el hombre en líneas generales tiene un interés natural por su vida no es tampoco ninguna cosa de

(*) . Dass in einem Falle vitaler Indikation. La traducción más exacta sería quizá "indicación vital", pero como esta expresión no "dice" gran cosa para la mayoría de los lectores, hemos optado por sustituirla por "conflicto vital", que aunque menos exacta es más expresiva. (N. del T.)

imaginación, sino un hecho empíricamente comprobable en todos los hombres normales, dentro de condiciones normales.

Lo inquietante es que el legislador o el juez situados ante esta situación peculiar, que tienen que encontrar la solución de este conflicto de intereses y expectativas que está situado en las cosas mismas, deben llegar a la conclusión de que estos intereses sólo están de acuerdo parcialmente y que, sin embargo, se contradicen los intereses de cada punto de vista con los de los demás. Esto le ocurre incluso el padre que, aun en el caso de que el niño pueda vivir, sólo puede conservar al hijo o a la madre, a su esposa, y al médico, que sólo puede salvar *una* vida a condición de destruir la *otra*. Con otras palabras: hay situaciones para las que no cabe la solución de reducir a un "común denominador" los intereses y expectativas contrapuestos que se encuentran "en juego", casos en los que no es posible un "compromiso", una compensación del conflicto de intereses en la que todos "obtengan su parte". En estos casos sólo hay soluciones de emergencia más o menos razonables; es decir, sólo cabe una *decisión*, que en lo posible sea justa, entre los intereses particulares que se encuentran en juego según su *relevancia existencial*; es decir, según la intensidad en que afecten, según la significación que estos intereses tienen como condición del mantenimiento y desarrollo de los interesados, de la madre y del niño, del padre y del médico, y de la sociedad.

Puesto que no se sirve a ningún interés si, cruzándose de brazos, se deja morir a la madre y al niño, la solución que en este caso aparece como la única salida del conflicto adecuada y justa, para cualquiera que juzgue con un criterio inteligente y razonable es la de suprimir el feto que aún no es capaz de vivir. Incluso el médico, como tercer partícipe, no puede tener interés inteligible y realizable, en alguna otra solución; a lo sumo podría tenerlo la sociedad, ese tercero desinteresado, que pudiera hacer valer un interés abstracto y general en la "validez absoluta" de ciertos preceptos o prohibiciones, sin tener en cuenta la resolución del caso concreto.

La solución de este conflicto de intereses y expectativas no es posible a partir únicamente de la *especial naturaleza de la cosa* de esta situación particular, sino a partir de una comprensión de sentido de más amplios alcances de la "naturaleza"; es decir, de la *misión general del hombre* en sus relaciones con los demás hombres, o sea de su situación en el mundo. Aquí aparece siempre una pregunta que trasciende el horizonte de la situación concreta: ¿Debe el hombre dejar correr las cosas según su curso natural, dejar que se cumpla sin intervenir en él y que parezcan la madre y el niño o es misión suya intervenir en el proceso natural, incluso en la

marcha del mundo que Dios ha evidentemente querido o por lo menos permitido para prestar su colaboración? Esta colaboración ha de apoyarse en la idea de que es misión del hombre el comportarse humanitariamente cuando vea que este mundo, por influjo de la naturaleza o incluso de Dios, es desdichado, con otras palabras, inhumano.

Esto significa nada menos que la medida para la solución de estos conflictos situados en la naturaleza de las cosas puede encontrarse, en último término en el *hombre mismo*: en aquello que el hombre concibe como misión suya. Esto es algo que el hombre solo puede descubrir históricamente en cada caso concreto, cobrando conciencia de lo que le conviene y de lo que no le conviene, teniendo presente la realidad del mundo que le ha sido dada para que la domine. El referirse aquí a prohibiciones absolutas y abstractas tal como "no debes matar", sin consideración a las situaciones conflictuales concretas, como hace la teología moral católica respecto de la situación del conflicto moral que venimos tratando, incluso en el caso de que la madre y el hijo vayan a morir irremediablemente si el médico no interviene, mientras que con esa intervención, la madre, que es esposa y madre de otros hijos, pudiera salvarse, es algo que hoy ya no nos parece compatible con la misión del hombre: comportarse humanitariamente. De esta manera el *hombre mismo* (con su omisión) mata a una madre que no está necesariamente condenada a muerte y para apoyar esto se recurre a ciertas normas que son presentadas como mandatos absolutos *naturales* o *divinos*. Constituye un signo de la desdicha que impera en el mundo "fundamentalmente", el que se produzcan en él tales situaciones, se hayan producido desde que han existido los hombres y se seguirán produciendo, en tanto sigan existiendo.

Esto exige que, en todo lo que hace y realiza el hombre, de satisfacción a la naturaleza especial de las relaciones en las que cumple su esencia como un *alguien determinado*: como juez o médico, como hermano o esposo, como comprador o arrendatario (aquel ser como... que nosotros hemos llamado "Alsein"), y al propio tiempo corresponda y no contradiga su *destino general*, como *este mismo* y como *hombre* (27).

(26) V., para la estructura ontológica, estructura de sentido, estructura de valor y estructura de deber ser de los estados de cosas que se dan en la vida, Maihofer, *Dei Natur der Sache*, ob. cit., pág. 163 ss.

(27) Para la dialéctica de la especial *naturaleza de la situación*, inmanente a la estructura de las relaciones y de la *misión general de la persona* transcendente a esa situación, v. Maihofer, *Ordnung und Gesellschaft*, en *Das Problem der Ordnung*, editado por H. Kuhn y F. Wiedmann, 1962, pág. 315 ss., espec. pág. 321 y siguientes.

Esto, que corresponda a la *concreta existencia* del hombre en el mundo (28), que le *pertenece*, que le es *adecuado*, es lo que intentamos *fixar* históricamente dando preferencia a las respectivas misiones eventuales del *ser como* poniendo al "ser mismo" en su libertad fundamental y proponiendo la tarea de *ser-hombre* en todas las relaciones interhumanas. Para ello nos referimos tan pronto a la especial naturaleza de las cosas, como a la *misión general* del hombre. A la vez que comprobar esto, intentamos *asegurar*lo contra toda duda, y llegado el caso, *imponer*lo contra cualquier fuerza. Lo que siempre nos impulsa a no aceptar lo ya vigente y establecido como válido para todos los tiempos, sino a mejorarlo cuidadosa pero firmemente, cuando ya no nos parezca justo a los hombres de hoy y de mañana, es la comprobación de que esta o aquella *norma de conducta*, esta o aquella *estructura de las relaciones*, este o aquel *sistema de orden* es adecuado o inadecuado a la especial *naturaleza de la cosa* o a la *misión general del hombre*,

Pero, ¿por qué el hallazgo y la práctica de lo que es conveniente y justo necesita la referencia a la *misión del hombre* en su mundo? ¿No bastaba con percatarse del *orden natural* del mundo y asegurarse del mismo por medio del Derecho positivo?

III. *La derelicción en un mundo inhumano como fundamento del derecho.*

Lo que nos resulta claro de las situaciones conflictuales como la que hemos estudiado (en las que el hombre se encuentra "arrojado" en el mundo), situaciones que él no ha inventado y de las que no puede librarse, es que la estructura de la realidad es en sí misma contradictoria, inquietante e insubsanable. Este es, justamente, el *fundamento de todo el Derecho* que hay en el mundo. *Derecho es disputa, (eris) discusión (polemos)* entre los opuestos, como ya vio Heraclito. Pero esta intuición cotidiana de que sin disputas en la vida común de los hombres habría tan poco Derecho y tan pocos juristas como medicinas y médicos sin enfermedades, tiene un trasfondo que no es precisamente tranquilizador.

Cuando uno ha reconocido que el fundamento del Derecho está en la discusión entre los opuestos, la lucha y la contradicción entre intereses y expectativas, se formula inmediatamente la siguiente pregunta: ¿dónde está el fundamento de esta extraña "lucha" que tiene lugar en la realidad? ¿Tienen a su vez un fundamento las luchas que se producen entre los hombres?

(28) V. en particular Maihofer, *Konkrete Existenz*, ob. cit., espec. pág. 253 ss.

A esta cuestión nos da Kant, en el esbozo de su antropología filosófica (29) la respuesta que es característica y decisiva para todas las consideraciones propias de la filosofía esencialista que se han dado hasta el momento: es la "sociabilidad insociable" del hombre. Para Kant, el fundamento del extraño antagonismo que impera en el mundo del hombre está en que el hombre tal como la "naturaleza" lo hizo siente en sí mismo la inclinación a "asociarse", porque en compañía de los otros hombres "se siente más hombre", pero a la vez está determinado por la inclinación contraria a "individualizarse", a dirigirlo todo "según su propio sentido", a considerar las cosas a juzgarlas y a tratarlas *desde su punto de vista*. De aquí nace entre los hombres un "antagonismo" *acerca de los puntos de vista relativos a la ventaja y al perjuicio*. Este antagonismo trae consigo contradicciones y disputas y de esta manera se convierte en el fundamento de todas las luchas y a la vez de todo el Derecho.

Kant opina que es el Creador mismo y no un "espíritu malo" quien ha introducido en el hombre esta tendencia insociable, para impulsarlo a luchar y a poner en competencia todas sus fuerzas, de manera que "desarrolle completa y adecuadamente", en lo posible, las "condiciones naturales" que posea. "Alabada sea la naturaleza por la insociabilidad", exclama Kant, "por la vanidad que suscita competencias envidiosas", por "el deseo de poseer o de dominar" que impulsa al hombre, por aquella insaciable *voluntad de engrandecimiento que tiene el hombre* y (voluntad de poder) que Nietzsche ha interpretado después como el principio que domina todo ser (30). Según esto, el fundamento de todas las luchas y por lo tanto también del Derecho estaría en la misma *naturaleza del hombre*, en la sociabilidad insociable, en la contradicción y la lucha, es decir, en la esencia misma del hombre. ¿Podemos contentarnos hoy con esa respuesta, por mucho que esté de acuerdo con nuestra concepción cristiana del hombre? (31).

¿Se encuentra realmente el fundamento de aquel antagonismo en la substancia esencial del hombre, que ha sido formada así por la naturaleza o introducida en él por Dios, es decir, en su imperfección, en su corrup-

(29) Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, Akademieausgabe, tomo VIII, pág. 15 ss., espec. pág. 20 ss.

(30) Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, pág. 25 ss.

(31) Para la comprensión como "pecado" de la "referencia al propio yo" que "se cierra en sí misma" y para la *lucha* contra este yoísmo por medio de la "apertura mundana" del hombre a su "misión infinita" (a Dios) Vid. Wolfhart Pannenberg, *¿Was ist der Mensch? Die anthropologie der Gegenwart im Lichte der Theologie*, 1962, pág. 40 ss.

ción y maldad, en su "egoísmo", como raíz de todo mal y de todas las luchas, y por consiguiente también del Derecho?

Hoy ya no podemos ver las cosas así.

Hoy dudamos de nuestra concepción tradicional de Dios, a medida que se hace mas penetrante nuestra visión de las monstruosidades de la naturaleza, con su diabólica crueldad que el peor espíritu no podría imaginar más perfecta y más pérfidamente. Una mirada en el mundo del hombre nos deja ver la monstruosidad y el aspecto inquietante de las leyes que actúan en él, a las que el hombre también está sometido. En nuestro mundo se da casi cotidianamente la situación del conflicto vital una situación en la que pueden no darse soluciones puras, sino solo un *mayor o menor grado de injusticia*. Hay situaciones entre los hombres en las que la cuestión se plantea en términos de matar o morir, como hace ver el ejemplo de Carneades. Todo esto nos permite ver que la naturaleza antagonística del hombre de que habla Kant, debe tener su verdadero fundamento, sin ninguna duda, en la estructura del propio mundo cuyo antagonismo ella refleja fielmente.

Incluso en situaciones críticas cotidianas como la de una desgracia que nos amenaza (un niño cae ante nuestros ojos al agua), parece pertenecer a la estructura misma de la realidad que la *oportunidad* de salvar la vida del niño es algo que solo se puede aprovechar cuando el que realiza el salvamento afronta a su vez *riesgos* para su vida o su salud o, por lo menos, acepta un *sacrificio* de su fuerza y de su tiempo.

Lo que hace que en aquellos casos en que nosotros ayudamos a, o respondemos por, los intereses ajenos, debemos generalmente poner en juego nuestros propios intereses y por lo tanto lo que hace que se produzca un conflicto entre nuestras inclinaciones sociales y las insociales, no es la incapacidad, la imperfección, la "insociabilidad" o simplemente la maldad del hombre. Este extraño estado de cosas: que el bien de uno sea generalmente el mal del otro, parece tener un fundamento en la estructura misma del mundo.

Ya en los encuentros cotidianos que tienen lugar entre los hombres, como, por y dentro de los papeles de comprador y vendedor, o de médico y paciente, siempre entran en juego puntos de vista contradictorios. La ventaja desmesurada para el comprador significa generalmente un perjuicio para el vendedor, la desmedida extensión o limitación del deber de información del médico constituye generalmente un beneficio desde el punto de vista de uno y una desventaja desde el del otro. Si en las situaciones simplemente contrarias (*antagónicas*) es posible buscar un *denominador común* para los intereses enfrentados, las situaciones realmente contradictorias (*antinómicas*), como la que hemos tenido ante nosotros en el caso del con-

flicto vital, no es posible encontrar, ni siquiera con nuestra mejor voluntad, una solución pura realmente satisfactoria.

Esto no ocurre simplemente porque el hombre sea un ser incompleto o "caído", sino porque está "arrojado" en una realidad que tiene una estructura de la que él no es "responsable" ni autor.

Según nuestro modo de ver, el fundamento último del Derecho no está en la *naturaleza antagonística del hombre* de que Kant hablaba, sino en la *estructura antagonística, antinómica, incluso paradógica* del mundo. Ninguna explicación racional por muy aguda que sea puede hoy disuadirnos de la consiguiente certeza ontológica, que frente al *factum brutum* de nuestra existencia se nos impone cotidianamente: que el mundo en que estamos arrojados no sólo es *en su fundamento* incurable sino *inhumano*. Hay situaciones inhumanas como la que hemos visto de la madre que ha de matar a su hijo si no quiere que el hijo la mate a ella; hay situaciones injustas como la del que tiene la fuerza y puede atacar o matar al otro a su antojo, en el orden particular como en el general y, sin embargo, la estructura de la realidad de nuestro mundo es tal que el crimen y la guerra no sólo son posibles sino también cotidianos. ¿Por qué el espíritu y por lo tanto también el Derecho son imponentes "en realidad" contra la fuerza? Por qué el "mal", la mentira, la fuerza, son lo "auténticamente" eficaz en este mundo, por lo menos en el momento? Un extraño mundo este al que los hombres están arrojados, un mundo para el que la mentira piadosa de Sócrates, que lo justo es también lo útil "por naturaleza", se ha vuelto inadmisibile.

Del mundo no puede venirnos por lo tanto un hilo director para el orden *humano* ni para la decisión *humana*. ¿De dónde puede venirnos?

IV.—El "proyecto" de la misión humana como medida del Derecho.

A diferencia del positivismo que rebaja el problema del sentido de la existencia humana y del orden razonable de la misma a la categoría de un asunto privado del individuo, el problema del *Derecho natural* es hoy para nosotros nada más que la *pregunta pública* por el *sentido de la existencia humana* y de su *orden razonable*, dentro de un mundo que es en su fundamento, incurable, intranquilizante e inhumano. Esta es una pregunta de la que cada generación está llamada a tomar conciencia, una pregunta que los hombres plantean a los hombres para los hombres.

Cuando esta pregunta, que atraviesa la historia del espíritu humano bajo múltiples nombres, se acalla, el hombre renuncia a sí mismo en cuanto ser que no somete su porvenir a la casualidad ciega y a la desnuda ar-

bitrariidad, sino que acercándose constantemente al arquetipo intenta proyectar una *existencia del hombre con el hombre que sea digna del hombre y tenga valor vital* (32).

Vistas así las cosas, lo que nosotros llamamos *Derecho natural*, *naturaleza de las cosas o naturaleza del hombre*, es justamente este *proyecto de la misión esencial e histórica del hombre en relación con los demás*, que hay que realizar con un incesante esfuerzo común. A esto contribuye el jurista cotidianamente, no sólo en cuanto legislador, sino en cuanto juez, con la aplicación y el perfeccionamiento del Derecho existente, aun cuando no se sirva expresamente de fórmulas tan solemnes como “ley moral objetiva”, “orden natural”, “naturaleza de las cosas” y “esencia del hombre”.

Sin embargo, el Derecho natural circunscrito y evocado de tantas maneras, contra lo que pueda parecer a primera vista, es siempre desde la ilustración sofista de la Grecia antigua, hasta la ilustración humanista de la nueva época, la mera expresión histórica de la *voluntad de cambiar el mundo*, de corregirlo, mejorarlo, de hacerlo digno del hombre y valioso para la vida.

Para continuar con las relaciones existentes, sin hacerse cuestión de ellas, no se necesita la *invocación al Derecho natural*; basta con la mera *referencia a la positividad* de los órdenes existentes y las decisiones establecidas. Por eso la invocación al Derecho natural es señal de que, partiendo de la idea de que es imposible una mera continuación del pasado, ha cobrado fuerza la voluntad de sobrepasar las relaciones existentes, no

(32) Ernst Bloch acentúa satisfactoriamente esta intención histórica decisiva y esta función del Derecho natural en *Naturrecht und menschliche Würde*, 1961. Según él constituía y constituye “el propósito de Derecho natural... establecer lo *justo* como Derecho, de tal manera que resulte respetado en las *personas* y asegurado en su *colectividad* (pág. 237). El cree también que la *función* del *Derecho natural* consiste en establecer el camino recto (pág. 12), “eliminando la indignidad humana” y a la vez creando la “dignidad humana” por medio de “las garantías jurídicas de la seguridad y libertad humanas”; es diferente la *función* de las llamadas “utopías sociales” que tienden a la “eliminación de la miseria humana” y al mismo tiempo a la creación de la “felicidad humana” (pág. 234). Lo decisivo en este nuevo planteamiento del problema del Derecho natural, derivado del materialismo histórico, no está en la visión de la *diferencia* histórica existente entre las *intenciones* y las *funciones* del *Derecho natural* y de las *utopías sociales*, sino en la visión, que también proviene originalmente del materialismo, de que “ya es tiempo” de “considerar funcionalmente ligadas de una vez y prácticamente suprimidas las diferencias entre los campos a que se extiende la intención de las utopías sociales y la del Derecho natural. Esto se logra en virtud de la siguiente certidumbre: no hay dignidad humana sin que se haya terminado la necesidad, pero tampoco hay felicidad humana sin que se acabe la vieja o la nueva sumisión”(pág. 237).

sólo de aclararlas teóricamente o de justificarlas, sino de *cambiarlas prácticamente*.

La *invocación de la tradición* y por consiguiente de la positividad, incluso del "buen legado de nuestros mayores" significa siempre un ateniimiento a las relaciones convertidas en historia, con otras palabras, una vinculación del hombre a su proyecto esencial sedimentado en historia, a su misión convertida en historia, contra la cual, como contra todo "érase", cualquier voluntad posterior, incluso cualquier "aversión" (Nietzsche) resulta "impotente". Aquello sobre lo que nuestra voluntad puede actuar no es la *historia acontecida* sino únicamente la *historia que acontece* y con ella la *esencia humana en devenir*. Por eso cuando desfallece la voluntad del hombre, el deseo de sobrepasar continuamente su historia acaecida, su *esencia "sida"*, ya realizada, de superar constantemente lo ya existente en dirección *hacia un mundo mejor*, hacia una *existencia digna del hombre y vitalmente valiosa conseguida ya en este mundo*, es que tanto el individuo como la sociedad están muertos, consumen su substancia pasada, viven sin existencia histórica. Pues para eso se necesita vivir "incesantemente" no sólo a partir de su *pasado* sino también en dirección a su *futuro*. Este no es nunca la mera prolongación del pasado.

En este sentido la invocación de aquello que nosotros llamamos "Derecho natural", frente a todas las simples referencias a la positividad, al pasado que llega hasta el presente de las órdenes existentes y de las decisiones establecidas, tiene una función decisiva e irrenunciable. Esta función consiste en asegurar esa apertura al porvenir, dar nombre a algo que siempre se ha buscado y procurado: corregir y mejorar un mundo desgraciado, incómodo y malo, prestarle un fundamento racional a ese mundo que se aventura en un terreno abierto y aún no cimentado.

Lo que sucede entre nosotros bajo la *invocación del Derecho natural*, de la *justicia* y por lo tanto de la *verdad*, en el sentido de una confirmación y *conservación* del orden y la decisión adecuados a la *misión del hombre* y a la *naturaleza de las cosas*, se cumple en la ideología del Este, bien que bajo signos completamente diferentes, bajo las invocaciones a la llamada "legalidad socialista". Existe, sin embargo, una diferencia fundamental: que hoy empieza a extenderse cada vez más entre nosotros la sensata idea de que no hay ni una *misión del hombre fijada desde un comienzo* ni una *misión del hombre establecida al final a la que pudiéramos recurrir* como a algo ya dado para encontrar lo que en cada caso es históricamente adecuado a esta misión y lo que no lo es.

Teniendo en cuenta las experiencias que nos suministra nuestra historia política y económica, estamos hoy convencidos de que el desarrollo de la sociedad humana no ha de tener lugar con arreglo a las *leyes de desa-*

rrollo fijadas de antemano ni con arreglo a tendencias de desarrollo pre-
visibles por anticipado, sino que lo que “el hombre hará” de este mundo
y de sí mismo en el momento histórico que le toca vivir sobre el Planeta,
depende de él mismo y no de las circunstancias y de su legalidad propia.
Esto significa que para nosotros no puede haber un arquetipo definitiva-
mente establecido del orden social futuro, tal como ha sido fijado en deter-
minada visión escatológica de una futura sociedad sin clases, cuya reali-
zación será históricamente necesaria o por lo menos probable, incluso sin
la voluntad del hombre o en contra de ella.

El *idealismo prospectivo*, que bajo la forma de esta nueva metafísica
histórica ocupa el lugar de la antigua metafísica de esencias propia de la
filosofía y teología de la tradición cristiana occidental, nos resulta hoy no
menos problemático, nos parece con respecto a la misión del hombre una
ilusión no menos peligrosa. Para nosotros la historia no es ni el despliegue
de determinadas esencialidades según *leyes de desarrollo* entelequiales e
inalterables, existentes desde el comienzo del mundo, ni el desarrollo hacia
un fin del mundo según *leyes* históricas inalterables insertas en el curso
del espíritu del mundo, sino un acontecer que tiene lugar de un modo siem-
pre nuevo. El hombre y su mundo están sometidos, para nosotros, a de-
terminadas legalidades naturales que nos anuncian un seguro final del mun-
do. Pero lo que el hombre hace a partir de este margen natural de su
vida, tanto el hombre individual como la humanidad en su conjunto,
no está fijado ni por el desarrollo histórico ni por la historia de la crea-
ción o por la historia de la salvación. En pocas palabras, que depende-
rá únicamente del hombre el hacer de este mundo un jardín floreciente
o un desierto muerto, antes del final de los tiempos, pues, en la tierra,
la humanidad tendrá un final natural; y eso no dependerá de las leyes
de desarrollo de *las circunstancias* ni estará sometido a un curso de la
historia predeterminado. El hombre no es simplemente el producto de
las circunstancias, sino también su productor, no sólo es obra de la his-
toria sino también su autor.

Sólo de él depende el que en este mundo desgraciado e inhumano
se establezcan los órdenes humanos, para los que solo en sí mismo puede
encontrar un *fundamento* y una *medida*, situándolos en caso necesario
frente a los órdenes extrahumanos (“naturales”) (33). Ha de encontrar

(33) Ya Hegel nota respecto del Derecho natural que “la expresión *Derecho na-
tural*, que se ha hecho habitual en la doctrina filosófica del Derecho, encierra una
ambigüedad, la de si el Derecho se determina como algo que está presente en el *modo
natural inmediato* o si hay que concebirlo tal como se determina por la naturaleza de

en sí mismo y para sí mismo, en cuanto *hombre*, los fundamentos del orden humano, la medida de la decisión humana aplicable a todos los conflictos que proceden en gran medida de la estructura del mundo y no de su naturaleza incompleta, para garantizar en una "aproximación" constante, incansable e imperturbable, la existencia digna del hombre y valiosa para la vida, de *todos* los ciudadanos que habitan un mismo mundo, desterrados de un modo inexorable sobre la "superficie" de la tierra. Estos hombres están cada vez más, en la práctica, como ya Kant había previsto, "en relaciones exteriores que desembocan unas en otras" y por lo tanto deben ser vistos como ciudadanos de un "estado mundial general" (34). Si el hombre no realiza esa labor nada ni nadie le ayudará en ella. Pero ¿qué tiene que ver todo esto con lo que nosotros llamamos Derecho natural? Derecho natural es justamente, ahora como antes, el concepto, la fórmula, el nombre para este objeto: la toma de conciencia por parte del hombre (siempre nueva y renovada y exigida por el hombre mismo) de lo que le conviene. Se trata de aquella *autoconciencia de la misión del hombre* no ya como la realiza cada hombre por sí mismo en cuanto individuo, sino tal como la realizan la filosofía y la teología y hoy cada día más la ciencia, *públicamente* y con la vista puesta en los *hombres en general* y tal como la seguirán realizando mientras haya hombres que tengan ante sí un porvenir. En esta toma de conciencia que precede a toda autorrealización del hombre, que la dirige y que la acompaña, se realiza incensantemente, tanto teórica como prácticamente, el tránsito de lo que el hombre es hoy en día a lo que aún no es pero será mañana y, si lo queremos como misión suya, a lo que *debe ser*.

Este sobrepasar el hoy hacia el mañana, el orden vivido hacia uno no vivido aún pero reconocido como digno del hombre y valioso para la vida, lo buscamos en todas las decisiones que nos urgen cotidianamente. Estas decisiones buscan su fundamentación y cuando no pueden encontrarla en la positividad del Derecho vigente, invocan el *Derecho natural*, ya sea a la naturaleza u orden de las cosas o a la naturaleza o

las cosas, es decir, por el *concepto*". En realidad "el Derecho y todas sus determinaciones se basan únicamente en la *personalidad libre*, una *autodeterminación* que constituye más bien lo contrario de la *determinación natural*" (Sistema de la Filosofía, § 502).

(34) Para el pensamiento jusnaturalista, genuinamente kantiano, de un "acercamiento continuo" al estado de una "unión mundial" que garantice en primer lugar la *libertad* y la *seguridad* y por consiguiente una existencia *digna del hombre*, vid su escrito *Zum ewigen Frieden* (edic. de la Academia t. VIII) y *Metaphysik der Sitten*, § 62.

misión del hombre. Cuando una sociedad interrumpe este proyecto incesantemente renovado de su propio porvenir (tal como han intentado las leyes de citas de los antiguos hasta la prohibición de interpretación del ALR) y se limita a los órdenes existentes, está en peligro en cuanto sociedad humana viviente. Vive nada más que su pasado, se alimenta de la *misión esencial del hombre* convertida en *substancia histórica*, pero renuncia con ello a su *existencia histórica*, que supera siempre aquel pasado en el porvenir.

Sin embargo la relación con nuestro pasado, a partir de cuya decisión previa ha llegado a la existencia la estructura y el sistema de una sociedad, no es únicamente la de una superación de este pasado sino también la de una adhesión al mismo. Justamente la positividad de todo Derecho (su carácter regulador) por tanto la seguridad y también la confianza que nos inspiran todos estos órdenes en los que nos instalamos cotidianamente y por los que nos regimos, son un alto valor que constituye la permanente determinación esencial de lo que es o no es humano en la vida de relación interhumana y que constituye a la vez la substancia humana de que vivimos. No decimos casualmente que nos "alimentamos" de esas tradiciones, de aquel "thesaurus iuridicus" que las experiencias de siglos han almacenado para nosotros. En esta medida el pasado, en cuanto "lo sido" (Heidegger) cosa que pervive y continúa siendo eficaz, origen que vuelve incesantemente a nosotros desde nuestro futuro, no es simplemente atadura sino vinculación, autovinculación del hombre a todos aquellos innumerables descubrimientos sobre lo que es o no es humano, en determinadas situaciones concretas, en determinadas relaciones que se renuevan, en determinadas asociaciones básicas. Sólo de esta manera tenemos la seguridad de que no vamos a caer a cada momento en la falta de sustrato, en lo extrahumano e inhumano. Esta "herencia" viviente es por tanto el *suelo común del mundo público*, sobre el que estamos, la *segura substancia* de las *ideas públicas* de que vivimos.

En esto lo decisivo es que muchas de las ideas que han alcanzado el estado de un proyecto esencial e histórico del hombre, a través de las cuales se ha descubierto algún aspecto de lo humano, se han convertido en misión esencial y segura del hombre, de tal manera que ya no podemos abandonarlas en el futuro si no queremos caer en lo extrahumano. Así pues ya no es posible un retroceso respecto de los principios del hombre ya descubiertos, de los órdenes fundamentales ya revelados.

También en el ámbito del mundo cultural parece dominar la ley de que los procesos espirituales son tan poco reversibles como los natura-

les. Así por ejemplo, una vez que hemos alcanzado la idea de que la pena presupone un delito, nos está vedada para siempre la vuelta a aquel status ingenuo del Derecho penal del resultado

Este retroceso puede triunfar, imponiendo durante algún tiempo el atavismo con el recurso de la fuerza pero nunca podrá hacer callar a la autocomprensión del hombre que lo determina desde su origen.

Sin embargo aún cuando acentuemos el valor vital de la verdadera tradición, de una vida edificada sobre la "herencia" del pasado y el valor que tienen también los órdenes positivos ya existentes y las decisiones fijadas, nosotros, los juristas, que somos defensores natos de lo existente, debemos conservar siempre la conciencia de que si partimos *únicamente* de esa base no podemos contemplar ni vivir la vida del hombre en particular ni en su totalidad. Por muy alto que estimemos (con razón) el valor de la *seguridad jurídica* en nuestro mundo occidental, ordenado según el principio democrático (entiendo por seguridad la *constatación legal*, originada en la competencia común, *de lo que el hombre debe ser y hacer en relación con los demás hombres*) el retorno a un positivismo que creemos superado pero que hoy amenaza por todas partes, es el camino más seguro para perder esta lucha por un mundo mejor que ha de decidir el porvenir de *nuestro* único mundo. Una actitud semejante expresada por el lema "quédate donde estás" acuñado en una época pasada, actitud vuelta hacia atrás no sólo en lo privado sino en lo público, sólo puede contentar al que crea que en la historia de la humanidad y en su desarrollo social hay una pausa, un estatus que nosotros tendríamos que retener y conservar para ganar el porvenir de los hombres. Esta actitud desconoce que el porvenir de los hombres siempre está abierto hacia adelante y no representa simplemente la prolongación del pasado. Sin embargo este porvenir no es algo que ha de lograr el legislador con la simple formulación de *proyectos abstractos de órdenes futuras* y con *diseños abstractos de decisiones futuras*. Se necesita además el esfuerzo incesante de todos aquellos que se ocupan del *orden concreto* de las relaciones precisas, de la *decisión concreta de los casos* precisos de la vida diaria, no sólo de la administración de justicia, sino también de la ciencia jurídica, que tiene por cometido, *de lege data* y *de lege ferenda*, la incesante continuación razonable y adecuada a la vida del desarrollo de las condiciones en que se encuentra la sociedad humana (35). Podemos ver

(35) Wilhelm Weidschedel (*Recht und Ethik*) acentúa ya la existencia, incluso en el terreno del Derecho, de "una doble dirección de la existencia humana, hacia lo ya "sido" y hacia lo "futuro", de donde nace la exigencia, de que son objeto el le-

esto en la actividad cotidiana del juez (36). Este, cuando no se refugia en la negativa a pronunciar sentencia, se ve siempre impulsado a ir más allá de las circunstancias establecidas y de su ordenación positiva, para lo que debe atreverse a dar un paso adelante sin estar cubierto y asegurado por la positividad.

Si nuestros jueces no actuaran conforme a esta concepción de su profesión, que hoy nos resulta evidente, sería imposible hasta el menor desarrollo consuetudinario *praeter legem* o incluso *contra legem* de nuestro Derecho. Sin ninguna duda toda decisión que se propone crear nuevo *Derecho en proceso de desarrollo*, no está amparada por la positividad pues cualquier axioma nuevo, hasta el más razonable y más justo que el juez aduzca en apoyo de su decisión, sólo alcanza positividad en el sentido del Derecho positivo u objetivo, cuando ha sido recibido por una jurisprudencia reiterada, es decir cuando de convicción general ha pasado a ser práctica general.

Aquí continúa planteado el siguiente dilema: no limitarnos a prolongar el pasado que se ha petrificado en Derecho positivo, es decir la estructura de la sociedad y del orden que se ha "positivizado", ni librar-nos de toda tradición sin entrar en contradicción con nuestro pasado, con las decisiones previas de todas las generaciones que nos han precedido, bajo cuyo influjo nuestro orden de vida, en lo que tiene de bueno y de malo, se ha convertido en lo que hoy es. Debemos aceptar y continuar ese orden como una tarea, en cuanto orden que ha llegado a ser esto que es y no otra cosa distinta, si es que realmente queremos realizar la continuidad de nuestra existencia histórica sin perder la identidad con nosotros mismos.

gislador y el juez, de "oír su tradición", como "herencia que el hombre ha recibido y que le determina el contenido de su posibilidad existencial" así como también de "proyectar el futuro", porque sólo de esta forma el futuro del hombre no se convierte en una "simple repetición de lo pasado", con lo que "la historia se detendría y el hombre se petrificaría en la figura pasada". En su interpretación del carácter proyectante del Derecho a partir de la historicidad de la existencia humana, se plantea Weidschedel, al final, la pregunta que apunta en la dirección de un "Derecho natural existencial": "Quizás frente a la pregunta más acuciante por *la esencia del hombre en lo que respecta a sus relaciones con la tradición* no es posible formular normas absolutas en el sentido de un Derecho natural estático, pero sí directivas para el comportamiento jurídico en el ámbito de la jurisprudencia y de la legislación. (ob. citada, página 32 ss).

(36) V. en particular Maihofer, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, en los *Annales Universitatis Saraviensis*, t. VII; y también últimamente Arthur Kaufmann, *Gesetz und Recht*, en *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pág. 357 ss. esp. página 381 ss.

Hoy, después de la nueva toma de conciencia que tuvo lugar en los años posteriores a 1945, estamos cada vez más en peligro de perdernos, satisfechos de nosotros mismos, en la simple conservación de lo existente, y en todas partes parece desfallecer la voluntad de transformar decididamente las relaciones existentes que nos han sido "legadas" en un orden social más digno del hombre y más valioso para la vida. Esto restituye hoy en día a aquel viejo concepto del Derecho natural su *función de fundamento racional de esa evolución racional de nuestra sociedad que incesantemente exigimos.*

CONCLUSION: EL DERECHO NATURAL COMO DERECHO EXISTENCIAL, COMO DERECHO DEL HOMBRE A UNA EXISTENCIA DIGNA DEL HOMBRE Y VITALMENTE VALIOSA.

Debemos comprender que en todas las referencias y fundamentaciones habituales del Derecho natural, que hemos recibido de la tradición, no tiene lugar más que lo siguiente: el *descubrimiento* que cada época exige *de la misión futura del hombre* y de la *modificación* de las cosas (de las "circunstancias") *que la realización de aquella exige.* Si lo comprendemos así no debe faltarnos valor para atrevernos a proclamar quién es el que está exigiendo y queriendo, cuando empleamos fórmulas tan problemáticas como "la ley moral objetiva exige" "el orden de los valores que hay que aceptar quiere". No se trata de un algo suprapersonal o de un alguien personal situado fuera de nosotros mismos, sino del *hombre*, de nosotros mismos que formulamos aquellas exigencias partiendo de la comprensión de lo que, teniendo en cuenta las circunstancias de nuestro mundo, es o no es humano en las relaciones interhumanas, es decir de lo que corresponde y lo que no corresponde a nuestra histórica *comprensión de sentido de un orden del mundo que sea digno del hombre y valioso para la vida.*

Sólo partiendo de una comprensión histórica y adoptando una misión del hombre que esté basada no solamente en la *substancia histórica* que sobrepasa incesantemente eso que ya existe y está fijado en el *proyecto previo de la futura misión del hombre* y de la *modificación y conservación de las circunstancias* de este mundo necesarias para una *realización digna del hombre y valiosa para la vida*, solamente así se puede garantizar, en cada *decisión concreta*, el *orden concreto* que, permaneciendo fiel a su tradición, se abre valientemente al porvenir. Precisamente en este segundo sentido, el de mantener abierto el horizonte del *porvenir humano* en todos los órdenes y decisiones humanas, tiene el Derecho natural una función inalienable e irrenunciable, *al lado* del positivismo. Desde esta pers-

pectiva el Derecho natural aparece como el nombre adecuado para designar esta tarea única y siempre renovada: abrir el camino para los *proyectos de la futura misión del hombre y del correspondiente orden de su mundo*, con los *medios* que le proporciona el *Derecho*. Para nosotros el Derecho natural constituye inexorablemente el concepto que expresa precisamente esta tarea a la que el hombre no puede renunciar sin renunciar también a su *porvenir* y a lo que auténticamente lo constituye en cuanto hombre: su *existencia*. La existencia no *está fijada como un dato previo* sino que *constituye una propuesta* que el hombre ha de realizar en el curso de la historia.

El Derecho natural concebido como Derecho existencial, es decir como *Derecho a una existencia conforme con la misión del hombre*, representa para nosotros el concepto constitutivo de una exigencia que se plantea cotidianamente a los juristas, la de ir aproximando cada vez más las relaciones entre los hombres al arquetipo de un orden *digno del hombre* que podamos concebir como aquel orden en que reina la *mayor libertad posible* junto con la *mayor seguridad posible*. Este es un orden que *hace posible una vida valiosa* y que tanto en el Este como en el Oeste, bien que con distintos medios y por distintos caminos, se concibe como un orden que satisfaga *en la mayor medida posible las necesidades del hombre* y permita el *mayor desarrollo de sus capacidades*.

Para cumplir esa tarea de acercamiento progresivo a aquel estado en el que ya no sean posibles la *esclavitud* y la *explotación* del hombre por el hombre, no hemos instaurado una dictadura del proletariado sino una *soberanía del Derecho*. Detrás de esa soberanía se encuentra una pequeña palabra que nos garantiza que no va a tratarse de la *soberanía del pasado sobre el presente*, esa palabra es: *Derecho natural*. Era y es hoy, como ha sido en el curso de toda la historia humana, la divisa de *aquel cambio en las relaciones humanas para darles la forma de una sociedad auténticamente humana* que no se realiza a través de decisiones aisladas y revoluciones espectaculares. Es la fórmula no de una *renovación radical de las relaciones humanas* en la medida en que el *hombre* está en ellas como un ser *rebajado, esclavizado, abandonado y despreciado*, sino de su *revisión y transformación*.

Derecho natural, he aquí el concepto de la constantemente exigida *evolución y revolución de las relaciones humanas en la vida cotidiana para darles la forma de sociedad auténticamente humana*.

WERNER MAIHOFER

(Traducción al español por Luis G. San Miguel.)

EL FORMALISMO ETICO DE KANT Y EL POSITIVISMO JURIDICO*

El término “positivismo jurídico”, como su correlativo “iusnaturalismo”, o “Derecho natural”, está muy lejos de tener una significación unívoca. Envuelto, con éste, en una polémica de siglos, que no siempre ha permanecido en el terreno meramente filosófico o científico, ambos conceptos están sometidos no sólo a los vaivenes de esa polémica, sino también a la diversidad de perspectiva de propugnadores y contradictores. Se podría decir que los rasgos de ambas tendencias se ven sometidos en general a una exageración, próxima todo lo posible a lo caricaturesco, por sus contradictores o impugnadores. Mientras que los propugnadores o defensores, de cada una de las tendencias, procuran perfilar con más cuidado los rasgos de la propia, para no dejarla expuesta tan fácilmente a los ataques del contrario. Pero tampoco han faltado en uno y otro bando los que fanáticamente han desorbitado sus propias posiciones, ofreciendo así el mejor fundamento a la oposición de sus contrarios. Así, por lo que se refiere ahora al positivismo jurídico, ha habido autores, que en determinadas épocas han podido tener preponderancia, que han llegado a propugnar un positivismo jurídico sobre la base de la equivalencia de Derecho y ley, al menos si se entiende ésta simplemente en el sentido de disposición estatal. En

* SIGLAS UTILIZADAS

- G. M. S. = IMMANUEL KANT: “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten”; edición de Karl Vorländer, Philosophische Bibliothek, Band 41.
K. p. V. = IMMANUEL KANT: “Kritik der praktischen Vernunft”; edición de Karl Vorländer, Philosophische Bibliothek, Band 38.
K. r. V. = IMMANUEL KANT: “Kritik der reinen Vernunft”, edición de Raymund Schmidt, Philosophische Bibliothek, Band 37 a.
M. d. S. = IMMANUEL KANT: “Metaphysik der Sitten”; edición de Karl Vorländer, Philosophische Bibliothek, Band 42.

La realización de este trabajo ha sido subvencionada con una “pensión de estudios” concedida por la Comisaría de Protección Escolar del Ministerio de Educación Nacional.

cambio hoy en día este perfil del positivismo jurídico no se encuentra, como no sea en las caricaturas de sus impugnadores.

Como consecuencia de estas exageraciones y deformaciones resulta que los términos aludidos de positivismo jurídico y de iusnaturalismo no sólo no son estrictamente correlativos, sino que entre la equiparación de Derecho y ley, a que acabamos de referirnos (caricatura del positivismo jurídico), y la concepción del Derecho natural como un código minucioso de preceptos válidos inmutablemente para todos los tiempos y lugares (caricatura del iusnaturalismo), se extiende una inmensa tierra de nadie, que pasa a uno u otro dominio, según los azares de la polémica. Esto no puede servir, sino para mantener ésta indefinidamente, introduciendo la confusión en los términos, cuya fijación previa, en su exacto sentido, debería constituir la base para un verdadero progreso en la investigación de las razones del Derecho natural y del positivismo jurídico.

El pretender suprimir esa zona intermedia sería hoy día un intento vano; al menos si se quiere ser respetuoso con la terminología de autores destacados, que a la par que se enfrentan con el positivismo rehuyen encuadrarse como iusnaturalistas (1). Ni siquiera sustituyendo el término de Derecho natural por el de ética o ética jurídica lograríamos la continuidad con el positivismo jurídico, en el sentido de que la frontera con él fuera una simple línea divisoria; es decir, establecer dos términos exactamente correlativos. Porque una de las tendencias más dignas de tenerse en cuenta en la superación del positivismo jurídico no se orienta, al menos en sus representantes que me parecen más autorizados, en el sentido de lo ético, sino preferentemente de lo lógico y de lo ontológico (2).

(1) Cfr., p. ej.: EBERHARD SCHMIDT: "Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus", Karlsruhe, 1952. H. WELZEL: "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit", Göttingen, 1955, trad. esp. de F. González Vicén, Madrid, 1957; "Vom irrenden Gewissen", Tübingen, 1949; así como los tres trabajos publicados en español bajo el título común de "Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico" y la introducción al volumen, escrita por el propio Welzel, Córdoba (R. A.), 1962. Asimismo, G. RADBRUCH—incluso en su última época—, a lo más que llegó fue a admitir que su postura estaba en la "dirección" del Derecho natural ("Vorschule der Rechtsphilosophie", Göttingen, 1959, p. 114) y que el Derecho "supralegal" que él propugnaba podía entenderse también como "Derecho de Dios, Derecho de la naturaleza, Derecho de la razón" (*Ibid.*; cfr. también: "Fünf Minuten Rechtsphilosophie" (1945) y "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" (1946), en el apéndice a la "Rechtsphilosophie", edit. por E. Wolf, Stuttgart, 1956, pp. 335 y ss. y 347 y ss.

(2) Cfr. RADBRUCH: "Die Natur der Sache als juristische Denkform", en "Festschrift zu Ehren von Prof. Dr. jur. Rudolf Laun", Hamburg, 1948, pp. 157 y ss.; H. WELZEL: "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit", Göttingen, 1955, pp. 197 y ss., edic. esp., 258 y ss., "Naturrecht und Rechtspositivismus", edic. esp. en

Por consiguiente, ni la negación del Derecho natural, ni siquiera la exclusión o eliminación de la ética de toda función jurídica se pueden considerar como una adecuada delimitación del positivismo jurídico. Pero, en cambio, creo que esta exclusión o eliminación de la ética sí se puede considerar como una nota común a toda forma de positivismo, porque se deriva de su dogma fundamental, de que la determinación de lo permitido o prohibido jurídicamente depende en definitiva del poder dominante; bien sea éste el Estado, o entidades o corporaciones menores, o bien un poder social más difuso.

Para el objeto de este trabajo, que trata de estudiar las relaciones del sistema ético de Kant con el positivismo jurídico, creo que puede bastar con esta precisión; no nos podemos proponer ahora la tarea de una exacta caracterización y delimitación de una tendencia tan compleja como el positivismo jurídico.

Las funciones fundamentales que puede desempeñar la ética con respecto al Derecho son dos: una de fundamentación o de justificación del Derecho; la otra, de determinación de los contenidos jurídicos del obrar humano: de lo que puede o debe ser permitido, prohibido o mandado por el Derecho. Pero con respecto a la ética de Kant, la problemática se centra en torno a la segunda de las dos funciones: no sólo por ofrecer mucho más interés, sino también por ser la que presenta mayor dificultad. Con respecto a la fundamentación del Derecho, está claro que, si se atiende a los actos jurídicos en concreto, éstos no pueden tener directamente una fundamentación o motivación ética, ya que precisamente el obrar por esta motivación es la característica para Kant del acto moral (3). En cambio, si se considera el sometimiento del hombre al Derecho en su conjunto, claro es que esto puede ser objeto, como cualquier otra acción humana, del obrar ético o moral; y en este sentido servir la ética de fundamenta-

el volumen "Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico", Córdoba (R. A.), 1962, pp. 35 y ss.; G. STRATENWERTH: "Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", Tübingen, 1957.

(3) En efecto, según Kant, el concepto de deber moral exige dos cosas: "objetivamente, que la acción sea conforme con la ley; subjetivamente, en el principio práctico inmediato de la misma, respecto hacia la ley" (K. p. V., p. 95). Lo primero no puede calificarse de auténticamente, puramente moral; o sólo en la medida en que la acción surja del motivo moral participará de esa categoría. Y el Derecho no es sino precisamente la forma típica en que se cumple la ley, pero no por motivo moral. A ello parece aludir el término mismo elegido para designar ese cumplimiento: "legalidad". En la "Metafísica de las costumbres" los términos legalidad y juridicidad se identifican (cfr. M. d. S., pp. 15, 21, etc.).

ción de la obligatoriedad (ética) del Derecho. Y de hecho Kant afirma expresamente en la "Metafísica de las costumbres" que "convertir en principio inmediato de actuación el obrar conforme a Derecho es una exigencia que proviene de la ética" (4). Y no puede ser por menos, si se tiene en cuenta que en cuanto a la legalidad, o mera conformidad objetiva con la ley moral, coinciden para Kant la ética y el Derecho (5).

Pero con esto la cuestión de la fundamentación ética del Derecho se complica ya con la de la determinación de los contenidos ético-jurídicos del obrar, porque desde Hegel se le viene planteando a la ética de Kant el problema de si tiene sentido en ella hablar de acciones conformes a la ley moral, o si más bien de ella se derivaría que cualquier acción podría considerarse como conforme con esa ley moral.

Este problema es el que va a constituir también la base del presente estudio. Y como viene planteado por lo que se llama el "formalismo" de la ética kantiana, nos proponemos considerar en primer lugar en virtud de qué está determinado el establecimiento de este formalismo y, por tanto, qué lugar ocupa en el sistema ético de Kant; para luego considerar las consecuencias que para la ética y para el Derecho se derivan de ese formalismo.

Toda la caracterización de la moral kantiana está penetrada por una firme convicción: que la obligación moral tiene un carácter absoluto, necesario, que no permite excepciones en virtud de motivos extramORALES y que vale en general no sólo para todo hombre, sino para todo ser dotado de razón, ya que ésta es el fundamento de la moralidad (6).

Esto nos orienta ya hacia el centro de la preocupación de Kant: hallar la ley que sirva de fundamento del obrar moral, el principio general de la moralidad.

(4) M. d. S., p. 35.

(5) Cfr. nota (3). Para un mayor esclarecimiento de las relaciones entre Derecho y ética pueden tenerse también en cuenta los siguientes textos de la "Metafísica de las costumbres": "La legislación de la ética, por el contrario, hace objeto del deber también las acciones internas, pero no con exclusión de las externas, sino que se refiere a todo lo que es deber en general" (M. d. S., p. 21). "Así preceptúa la ética que se cumpla un compromiso hecho en un contrato, aun cuando la otra parte no pueda forzar a ello. La doctrina del Derecho y la doctrina de la virtud se distinguen, pues, no por sus distintos deberes, sino por la diversidad de legislación que los rige, en cuanto que ésta determina distintos motivos de la acción" (M. d. S., p. 22). "La ética tiene ciertamente también sus obligaciones peculiares (p. ej., los deberes para consigo mismo), pero tiene además obligaciones que le son comunes con el Derecho, sólo que lo que no es común es el modo de la obligación" (M. d. S., p. 23).

(6) Cfr. G. M. S., "Vorrede", p. 5.

Para ello es fundamental el concepto de deber moral.

En su determinación es preciso un análisis de las acciones que son conformes a ese deber moral. Las que no son conformes a él, indudablemente no pueden ofrecer los elementos del auténtico obrar moral. —La categoría de “moral” como equivalente a “inmoral”, lo contrario a la moralidad, no es tenida en cuenta por Kant—. Ahora bien: dos son los principios que pueden fundamentar el obrar conforme al deber moral. Uno es la conformidad misma de la acción con ese deber; otro, la inclinación natural, que lleva coincidentemente a esa acción. Este segundo puede actuar de dos maneras: o bien indirectamente, la acción se ejecuta como medio para otra que satisface una inclinación natural, o bien directamente: la acción que es objeto del deber lo es a la vez de una inclinación. En el primer caso es más fácil identificar el motivo de la acción, puesto que media un cálculo y una previsibilidad del resultado. Pero no lo es tan fácil en el segundo, cuando inclinación y deber coinciden directamente en la misma acción. Sin embargo, por muy difícil que sea identificar en concreto el motivo determinante, una cosa es clara para Kant: que los conceptos se distinguen, y que sólo hay propiamente acción moral en cuanto está determinada por un principio moral. En otro caso habrá coincidencia casual con la acción moral, pero no un auténtico obrar moral.

Kant da un paso más, mucho más decisivo para caracterizar el formalismo característico de su pensamiento ético, cuando distingue el principio, o motivo del obrar moral, de la intención: “la acción moral no tiene su valor en la intención de lo que se haya de obtener con ella, sino en la máxima (o principio concreto del obrar) por la que esa acción se decide; depende, por tanto, no de la realidad del objeto de la acción, sino simplemente del principio del querer” (7). Al llegar a este punto ya no es fácil seguir la exposición kantiana del concepto del deber sin tener en cuenta las implicaciones de esta doctrina con el resto de su filosofía. Kant nos dice que por lo expuesto anteriormente está claro ya que las intenciones que se puedan tener en las acciones y los efectos de ellas no pueden proporcionar a las acciones ningún valor “incondicionado y moral”. Pero, aparte de la equivalencia establecida entre incondicionado y moral, aun cuando expresada aquí por la partícula ilativa (sinonimia), la afirmación, de que ni las acciones, ni las intenciones referentes a éstas pueden proporcionar un valor moral, resulta indudablemente grave y llamativa y no se puede uno conformar para admitirla simplemente con lo anteriormente dicho, como parece querer expresarse Kant. Ni siquiera resulta suficiente te-

(7) G. M. S., pp. 17-18.

ner en cuenta el idealismo kantiano, su doctrina de la imposibilidad de conocer las cosas en sí y el papel decisivo de la razón—y en general del sujeto—en la configuración del conocimiento (“Crítica de la razón pura”). Más decisivo parece aquí otro supuesto fundamental kantiano: el de la imposibilidad de extraer un conocimiento univelsarmente válido de la experiencia y que, por consiguiente, para que ese conocimiento se logre y sea *a priori* ha de buscarse simplemente en los conceptos de la pura razón.

Este es claramente el sentido que tiene la cuestión cuando se plantea más detenidamente en la “Crítica de la razón práctica”. “Todos los principios prácticos que presuponen un objeto (materia) de la facultad de desear, como fundamento de determinación de la voluntad, son empíricos y no pueden proporcionar ninguna *ley* práctica” (8). Como materia de la facultad de desear comprende Kant cualquier objeto cuya “realidad” se desea, por consiguiente, cualquier acción concreta considerada como tal, como algo que ha de pasar a la existencia. Si el deseo de esa realidad o existencia precede a la regla práctica, de tal modo que se convierta en condicionante de la misma, entonces, dice Kant, el principio del obrar es en todo caso empírico. Porque el fundamento de la determinación de la voluntad es en ese caso la representación de un objeto; y la relación de la misma para con el sujeto lo que determina a la facultad de desear para la realización del objeto. Ahora bien, ese tipo de relación con el sujeto se llama la “gana” o “gusto” (“Lust”) por la realidad de un objeto. Por consiguiente, ha de concebirse como presupuesto de la determinación de la voluntad. “Pero es imposible”—afirma Kant—con respecto a ninguna representación de un objeto, cualquiera que ella sea, el conocer *a priori* si va a estar unida a una gana o a una desgana, o va a ser indiferente” (9). Por consiguiente, ha de ser la experiencia la que decida, y de ahí que el fundamento de la determinación de la voluntad y el principio del obrar, siempre que éste sea material, haya de ser empírico. De aquí deduce Kant como consecuencia natural que no puede convertirse en ley, con la necesidad objetiva que ésta presupone y que es—ya lo hemos visto—requisito indispensable de la moralidad.

Podría uno preguntarse aquí si los principios materiales del obrar que se excluyen como fundamento de la moralidad son sólo los que hacen referencia a la “gana” o “gusto” por una cosa derivados del placer que proporciona la existencia de ésta. Cabría, por ejemplo, suponer que se moviera uno a obrar no por el placer o gusto que una cosa le sugiera, sino

(8) K. p. V., p. 23.

(9) K. P. V., p. 24.

que la percepción de esa cosa le determine a obrar de cierta manera, sin que el motivo impulsivo sea el gusto o placer que de ella se espera: que el motivo material del obrar fuera, no obstante, moralmente bueno, altruista, por ejemplo. Pero Kant elimina toda duda al equiparar decididamente los principios del obrar basados en un objeto de la facultad de desear con los principios materiales del obrar en general y colocarlos bajo el principio general del amor a sí mismo o de la propia felicidad (10).

Asimismo cabría plantearse la cuestión de si la experiencia a que se refiere Kant como base del conocimiento de la materia, objeto, determinante del obrar no podría ser de diversos tipos y, por consiguiente, dar lugar a otra clase de principios del obrar distintos de los señalados por Kant: carentes de necesidad y objetividad. Pero, puesto que de lo que ha de atestiguar esa experiencia es de la existencia real del objeto, Kant adscribe esa experiencia a los sentidos ("Sinne"), equiparando a ellos el sentimiento ("Gefühl") (11). Kant no puede referir ese conocimiento a la razón ("Vernunft"), ya que, según la "Crítica de la razón pura", ésta no contiene sino los elementos *a priori* del conocimiento, las categorías; pero tampoco al entendimiento ("Verstand"), ya que éste relaciona el objeto con las categorías, pero no con los sentimientos del sujeto. De aquí resulta también que la facultad de desear mentada por Kant es la facultad inferior, lo que en lenguaje escolástico se llama el apetito sensitivo. Es más: Kant no conoce ningún otro apetito que se base en la representación de un objeto. Porque la distinción que algunos quieren establecer entre apetito inferior y superior basándose en que las representaciones ligadas al sentimiento del "gusto por" deriven de los sentidos o del entendimiento le parece injustificada. "Pues cuando se trata de los fundamentos de la determinación del deseo y se pone dichos fundamentos en el agrado que se espera de algo, no importa en absoluto de dónde procede la representación de este objeto placentero, sino solamente hasta qué punto resulta placentero" (12).

Apunta aquí la concepción dualista del hombre, la división de éste en dos mundos, establecida ya por la "Crítica de la razón pura". Conforme a ésta, el hombre pertenece por una parte al mundo de los sentidos y le corresponde un carácter empírico del lado de su "naturaleza inanimada o simplemente animada por el estilo de las bestias" (13); de modo que está sujeto a la causalidad de la naturaleza y, por consiguiente, a las leyes

(10) K. p. V., *ibíd.*

(11) Ya que el hombre "solamente conoce la naturaleza a través de los sentidos", K. r. V., p. 533.

(12) K. p. V., p. 25.

(13) K. r. V., p. 533.

empíricas. Pero, por otra parte, el hombre es un ser racional, que “considera sus objetos conforme a ideas simplemente” (14). “Los fundamentos de la naturaleza, ya pueden ser todos los que se quiera los que me impulsan a querer, ya pueden ser todos los que se quiera los atractivos de los sentidos, de nada de esto puede brotar el deber ser... que únicamente formula la razón” (15). Como ser empírico, el hombre engrana en el orden de las cosas tal como se manifiesta en la apariencia; como razón “se constituye un orden propio con plena espontaneidad conforme a ideas, a las que acomoda las condiciones empíricas y conforme a las que incluso llega a interpretar como necesarias acciones que, sin embargo, no han acontecido y que tal vez no acontezcan nunca” (16).

Volviendo ahora a la caracterización del deber moral, si éste ha de proceder conforme a una ley necesaria y *a priori*, que, por consiguiente, ha de estar del lado del mundo de la razón, y el motivo para este obrar en modo alguno puede radicar en el mundo de los sentidos, en un objeto conocido empíricamente, ¿cuál es el impulso determinante de la acción que se pone por deber? No queda otro recurso que el que sea el motivo la ley misma; y el modo del impulso es una actitud del sujeto que Kant caracteriza como respeto (“Achtung”) por la ley. Y así puede caracterizar al deber como “necesidad de una acción originada por respeto hacia la ley” (17).

No deja de resultar un poco sorprendente el término empleado por Kant para denominar la actitud impulsiva del cumplimiento de la ley moral: “Achtung”, respeto. El mismo se hace cargo de que pudiera producir la impresión de que tras palabras extrañas se quiera ocultar la poca claridad de una explicación (18). Por otra parte, reconoce que esa actitud de respeto es asimilable a un sentimiento (19), o la califica directamente como sentimiento (20). Pero en todo caso se trataría de un sentimiento especialísimo, distinto esencialmente de todos los otros sentimientos, que son reductibles a la inclinación natural o al temor. La actitud de respeto hacia la ley no es otra cosa que “la inmediata determinación de la voluntad por medio de la ley y la conciencia de ello, de tal manera que este respeto está visto como un efecto de la ley en el sujeto y no como una causa de ésta”.

(14) K. r. V., *ibíd.*

(15) K. r. V., p. 534.

(16) K. r. V., pp. 534-35.

(17) G. M. S., p. 18.

(18) G. M. S., p. 19, nota.

(19) G. M. S., *ibíd.*

(20) K. p. V., pp. 86 y ss.

“Propiamente—prosigue Kant—el respeto es la representación de un valor que rompe con el amor a mí mismo” (21). “Por lo tanto, el respeto por la ley moral es un sentimiento producido por un fundamento intelectual, y este sentimiento es el único que podemos reconocer plenamente *a priori* e intuir su necesidad” (22).

El análisis de este sentimiento de “respeto” es de la máxima importancia para nuestro tema, porque, como Kant llega a decir, “es la moralidad misma, considerada como impulso desde el punto de vista subjetivo” (23), es decir, el elemento constitutivo de la moralidad que viene a distinguirla, como diferencia última, de cualquier otra forma del obrar que sea conforme a la ley moral. En efecto, como ya queda señalado anteriormente, el concepto de deber exige dos cosas: “objetivamente que la acción sea conforme con la ley; subjetivamente, en el principio práctico inmediato de la misma, respeto hacia la ley”. Lo primero puede ser común a diversos tipos de conducta; por ejemplo, el Derecho; y Kant lo designa con el término de “legalidad”; mientras que lo segundo es exclusivo y característico de la “moralidad” (24). No surge ésta de un motivo moral, del respeto a la ley moral, no puede entonces calificarse de auténticamente, puramente moral. O sólo en la medida en que la acción surja del motivo moral participará de esta categoría. Pero este motivo moral, si del lado objetivo es la ley, del lado subjetivo es una actitud ante esa ley moral; para decirlo con la palabra alemana, la “*Gesinnung*”. Y la Etica de Kant queda por eso caracterizada como una “*Gesinnungsethik*”, como pudiéramos decir para conservar toda la virtualidad de la palabra alemana “*Gesinnung*”, cuya traducción española podría ser “actitud”, “disposición de ánimo”... Podrá así resultar difícil determinar en concreto cuándo estamos ante una acción moral: tan difícil, que nunca podremos afirmar con toda seguridad que una acción moral lo es en sentido auténtico y pleno.

Pero el concepto del acto moral queda ya con esto clara y precisamente determinado, prescindiendo por completo del objeto. Sin embargo, se pregunta Kant: “¿Qué clase de ley puede ser esa que, aun sin tener en cuenta el efecto que de ella se espera, tiene que determinar la voluntad para que ésta se pueda llamar buena en absoluto y sin limitaciones” (para que sea posible el acto plenamente moral)? Y se responde, con razón: “Puesto que he privado a la voluntad de todos los estímulos que se le po-

(21) G. M. S., pp. 19-20, nota.

(22) K. p. V., p. 86.

(23) K. p. V., p. 85.

(24) K. p. V., p. 95.

drían originar de seguir una determinada ley, resulta que no queda otra cosa que la legalidad general de las acciones, que debe ser el principio exclusivo para la voluntad; es decir, que nunca he de proceder sino de modo que pueda querer que mi máxima (principio subjetivo del obrar) deba convertirse en una ley general. Es, pues, la mera conformidad a la ley en general (sin que se ponga como fundamento una determinada ley orientada a determinadas acciones) lo que sirve de principio a la voluntad" (25). Kant hace una primera corroboración de esta postura, en la "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", apoyándose en el general consentimiento de la razón humana en sus juicios prácticos. Pero luego recibe esa postura una ulterior confirmación con la doctrina de la autonomía de la voluntad, que en definitiva tiene su apoyo en la doctrina dualística de la "Crítica de la razón pura", a la que ya nos hemos referido. En la "Crítica de la razón práctica" se combinan todos estos elementos, junto, naturalmente, con las consideraciones que han precedido a la conclusión en la "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres": la imposibilidad de llegar de otro modo a una verdadera universalidad y generalidad (26).

Pero en esta última obra se explana una distinción fundamental entre materia u objeto de la voluntad y materia como fundamento de determinación de la voluntad. Lo primero no sólo puede admitirse, sino que no hay más remedio que admitirlo. Pero no así lo segundo, porque si se pone la *materia* como determinante y condición de la máxima del obrar, ésta no podría entonces elevarse a una *forma* que legisla con generalidad, "porque la espera de la existencia del objeto se convertiría entonces en la causa determinante de la voluntad y tendría que ponerse como fundamento del querer la dependencia de la facultad de desear de la existencia de alguna cosa, que solamente puede buscarse en las condiciones empíricas y que, por consiguiente, nunca puede proporcionar una regla general y necesaria" (26).

No obstante que el acto de la voluntad tenga un objeto, por ejemplo, el bien o la felicidad de los demás, este objeto no tiene que determinar la voluntad, sino que el único determinante de ésta tiene que ser *la ley moral, que es meramente formal* y, por consiguiente, abstrae de la consideración de aquel objeto (27). Esto no quiere decir que la aplicación de la ley moral no tenga buenas consecuencias. En el caso de que el acto de la voluntad verse sobre mi propia felicidad, si quiero elevarme a una ley

(25) G. M. S., p. 20.

(25) Cfr. K. p. V., pp. 31, 33, 39.

(26) K. p. V., p. 40.

(27) Cfr. K. p. V., p. 126.

práctica objetiva, no tengo más remedio que extender la máxima de mi obrar a la felicidad de los demás, ya que puedo presuponer con razón en todos los demás seres finitos la misma aspiración. Pero “la ley de procurar la felicidad de los demás no surge, pues, del supuesto de que esto sea un objeto para la voluntad de cada uno, sino únicamente de que la forma de la universalidad, que la razón necesita como condición para dar a una máxima del amor a sí mismo la validez objetiva de una ley, se convierte en el fundamento de la determinación de la voluntad” (28).

Estamos, pues, en plena confesión y profesión del “formalismo ético”, que ya desde el principio veíamos predibujado como programa, al orientarse la preocupación de Kant a encontrar la fórmula o ley que sirviera de fundamento al obrar moral, el principio general de la moralidad.

Pero cabría preguntarse si este proceso de transformación de una máxima del obrar en ley general, esta especie de operación de alquimia, puede repetirse a voluntad y siempre con tan buenos resultados. Porque indudablemente el saber que no puedo moralmente buscar mi propia felicidad sin procurar al mismo tiempo la felicidad de los demás ya es algo; pero es demasiado poco, si se quiere que la moralidad sea algo más que una mera elucubración filosófica de que se puede reducir a obrar conforme a una fórmula general. Ya que ni siquiera esta consecuencia de procurar junto con la mía la felicidad de los demás se puede convertir a su vez en fórmula del obrar moral, puesto que el poner esto como determinante destruiría, según Kant, toda la moralidad.

Sin embargo, Kant no renuncia a que su fórmula sirva para algo en la determinación de cuándo un obrar concreto es conforme a la moralidad. Este parece ser el sentido evidente de sus palabras en una nota del prólogo a la “Crítica de la razón práctica”: “Pero quien sepa lo que para el matemático significa una *fórmula*, que determina con toda exactitud y sin posibilidad de error cómo se ha de resolver un problema, éste no considerará que una fórmula que hace eso mismo con respecto a todos los deberes en general sea algo insignificante y superfluo” (29). Kant llega a afirmar que su principio de la moralidad es el mismo que tiene en cuenta en su conocimiento moral la razón humana en general, no en el sentido de que llegue a pensarlo así depurado en una forma universal, pero sí en el sentido de que es el que “tiene siempre realmente ante sus ojos y emplea como medida de sus juicios.” “Sería fácil—prosigue—el mostrar aquí cómo con esta brújula en la mano sabe muy bien a qué atenerse en cada caso para distinguir lo

(28) K. p. V., pp. 40-41.

(29) K. p. V., pp. 8-9.

que es bueno, lo que es malo, lo que es conforme a deber y lo que es contrario" (30).

Para lograr toda la virtualidad posible de su fórmula, Kant la presenta, como se sabe, en tres formas distintas: tres expresiones distintas de la ley moral—imperativo categórico—, que a su vez, por un desdoblamiento de la primera y de la tercera, se convierten en cinco. Aun cuando todas son transformaciones de la primera, que expresa la ley moral como fundamentalmente la entiende y la fórmula Kant: "obra solamente conforme a una máxima que puedas querer al mismo tiempo que se convierta en una ley universal". Kant avala la virtualidad de sus fórmulas con una serie de ejemplos, en que se muestra qué acciones son conformes a la ley moral y cuáles son contrarias.

La cuestión está en saber si esos ejemplos han sido realmente deducidos de las fórmulas del imperativo categórico; o si son más bien coincidencias las que se muestran entre las convicciones morales generalmente admitidas y las fórmulas del imperativo categórico. En este segundo caso, no sería la virtualidad de las fórmulas kantianas, su eficacia para mostrar qué acciones son conformes o contrarias a la ley moral, lo que se probaría, sino únicamente que esas fórmulas son lo suficientemente inexpresivas, abiertas, o vacías, como para poder acomodar a ellas cualquier juicio moral conocido de antemano como bueno.

* * *

La incapacidad del formalismo ético kantiano para establecer los contenidos éticos del obrar y, por consiguiente, los ético-jurídicos, que se manifiesta en la falta de virtualidad de sus fórmulas, cuenta ya con un fuerte indicio en la propia experiencia intelectual de Kant. En la "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres" y en la "Crítica de la razón práctica" renuncia Kant a la explicación concreta y detallada de las aplicaciones de sus fórmulas del imperativo categórico. Tiene toda la razón para ello, porque eso pertenece a la *Ética especial* o, como Kant prefiere decir, a la *Moral propiamente dicha*. La exposición de ésta pertenece a la "Metafísica de las costumbres". Pero la aparición de esta obra se retrasó considerablemente, nueve años, con respecto a la "Crítica de la razón práctica". Y en su introducción confiesa el propio Kant que se verá obligado "a tomar como objeto de consideración frecuentemente la especial natura-

(30) G. M. S., p. 22.

leza del hombre, que sólo puede ser conocida por la experiencia" (31). Aun cuando a continuación advierte que eso lo hará solamente para mostrar las aplicaciones de los principios morales generales, sin que por ello se sustraiga nada a la pureza de éstos ni se haga dudoso su origen *a priori*, en general hoy los autores se niegan a reconocérselo. W. Weischedel afirma además que "con esto se introduce insensiblemente como segundo elemento esencial de determinación lo empírico, la existencia real del hombre corporal en la multiplicidad de sus implicaciones mundanales, e incluso en la limitación a la situación histórica de la época, hasta llegar a ocupar el punto central; de tal modo que las afirmaciones jurídicas concretas, antes se derivan de aquí, más bien que encontrar su fundamentación en el principio ético-jurídico" (32).

De aquí resultaría que en la "Metafísica de las costumbres" Kant habría terminado por renunciar a su "formalismo". No en el sentido de que pueda ser moral un acto ejecutado por otro motivo que el moral, de respeto a la ley; pero sí en el sentido de que la pura forma de la ley no sería suficiente para determinar los actos conformes a la moralidad. Por lo que se pone de manifiesto que esa obra no es homogénea con sus dos obras éticas anteriores y la razón de por qué hemos tenido en cuenta fundamentalmente éstas al referirnos al formalismo ético kantiano.

La crítica más famosa—y sin duda alguna la de más altura—que se ha hecho de este formalismo es la de Max Scheler (33). Sin embargo, esta crítica ha tenido poco eco en relación con otros puntos tratados por dicho autor, de lo que ya se quejaba el propio Scheler en el prólogo a la segunda edición de su obra. En estos últimos años ha sido el tema de una tesis doctoral, presentada en Colonia, bajo la dirección del profesor Heimsoeth (34). Pero no obstante la gran penetración de ingenio y la claridad de mente de su autora, este trabajo está muy lejos de recoger todo lo que de valioso y justificado hay en la crítica de Scheler. Desde una posición de entusiasmo por la filosofía kantiana, lo que se destaca en este trabajo es aquello en que la crítica de Scheler no tiene razón. Esto es indudablemente un gran servicio, pero a su vez no es todo lo que se puede y debe decir.

En la caracterización del formalismo kantiano va indudablemente Scheler a veces demasiado lejos. No es verdad así simplemente, como Scheler

(31) M. d. S., p. 18.

(32) WEISCHEDEL, W.: "Recht und Ethik", Karlsruhe, 1959, p. 13.

(33) En su obra "Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik", 1.^a edic., Halle, 1916; 4.^a edic., Bern, 1954.

(34) HEIDEMANN, I.: "Untersuchungen zur Kantkritik Max Schelers", publicada a ciclostilo el año 1955.

afirma, que en la doctrina de Kant sea “lo mismo exactamente para la bondad o maldad de los actos de nuestra voluntad el que intentemos realizar algo noble o vulgar, agradable o molesto, útil o perjudicial, puesto que la significación de las palabras “bueno” y “malo” se agota por completo en la *forma conforme a la ley o contraria* a ella con la que vamos enlazando una a otra la posición de una materia valiosa” (35). Ni es cierto tampoco lo que Scheler nos dice en otro lugar: que, conforme a la Ética kantiana, “incluso hombres de quienes decimos que nos han mostrado un amor de por vida”, que han sido nuestros “mejores amigos”, podrían, sin embargo, albergar los sentimientos (“*Gesinnung*”) contrarios de los que nosotros creemos, y el criminal más empedernido, cuya vida fuera una ininterrumpida cadena de malas acciones, podría, no obstante, ser en medio de todo esto un hombre de “buenos sentimientos” (36).

Realmente estas expresiones más parecen un alegato retórico que una ponderada consideración científica. Nosotros sabemos por la exposición directa de la doctrina de Kant, que para él no es equivalente el hacer el bien a los demás o perjudicarles, hacer una acción noble o vulgar. Kant, en realidad, parte para la caracterización del deber moral de las acciones reconocidas como buenas y supone que la acción moral ha de ser desde luego legal, y que al ser legal ha de coincidir con lo reconocido universalmente como bueno. Se le podría achacar a Kant, como de hecho Scheler se lo achaca en otro lugar, que subyace aquí una excesiva valoración del conocimiento vulgar, tan excesiva como es su depreciación en el terreno de la filosofía especulativa (37). Pero no es correcto presentar a Kant como si para él fuera indiferente que la voluntad se orientara a una clase de acción u otra, con tal de que se conserve el principio de “respeto” por la ley moral y sea encuadrable en la generalidad propia de ésta.

Otra cosa es si, una vez que se ha elevado esta generalidad a norma, o, al menos, a criterio de la moralidad, resulta adecuada para determinar las acciones morales, y si, aunque Kant no lo quiera, llevaría a tener que admitir como plenamente buenas moralmente acciones universalmente reconocidas como reprochables. Por eso está más ponderado Max Scheler cuando dice que la Ética formal tiene *consecuentemente* que admitir que aun el asesino puede ser bueno con tal que considere capaz de convertirse “en principio de legislación universal la máxima de su acción”. Scheler argumenta con razón: “si *ningún* determinado contenido de la intención

(35) *O. c.*, p. 47.

(36) *O. c.*, p. 134.

(37) *O. c.*, p. 67.

es malo, *cualquiera* puede ser bueno. Y ¿por qué uno que eleve a principio general el odio a sí mismo y a los demás y lo sustente con una especie de "Metafísica" que afirme que la no existencia de las personas es mejor que su existencia, no habría de poder realizar ese principio con la conciencia de que cualquiera debería hacer lo mismo? Se podrían mostrar casos de asesinatos que se acercan notablemente a esta hipótesis" (38).

De todo esto se deduce que este formalismo, si tiene que resultar deficiente para la determinación de lo que es bueno y lo que es malo moralmente, tiene que ser fatal para la determinación de lo que se puede o se ha de prohibir o permitir jurídicamente. Porque la determinación de los contenidos jurídicos del obrar en modo alguno se puede dejar a la particular disposición de cada uno, sino que se tiene que fijar por un criterio objetivo exteriormente cognoscible y generalmente aplicable. Este criterio no lo puede ofrecer el formalismo ético de Kant.

¿La conclusión es, pues, que desde él no hay medio de señalar límites éticos al Derecho y en este sentido es incapaz de poner coto al positivismo jurídico? Si ese medio se ha de buscar forzosamente en la línea de un precepto o de un principio general del obrar establecido por un sistema ético, tal me parece ser, en efecto, la conclusión. Sin embargo, cabe seguir también otra dirección distinta: la consideración del sistema mismo y la de sus bases o presupuestos. Entonces el formalismo kantiano tiene que aparecernos ineludiblemente como un sistema que no sólo no considera al hombre como un objeto, sino que lo eleva incluso por encima de toda determinación por los objetos: como un ser racional capaz de obrar moralmente, es decir, por respeto a la ley inmanente a él que le dicta su propia razón, al margen de toda consideración de conveniencia o utilidad. El hombre se distingue así esencialmente de las cosas, que tienen un precio: el hombre tiene "dignidad", es decir, el valor absoluto que corresponde a lo moral. Por tanto, no puede ser tratado nunca como medio, sino sólo como "fin en sí", es decir, como persona. Tenemos, pues, aquí una exigencia irrenunciable de la ética, un límite ineludible en la determinación de los contenidos posibles del Derecho: no sólo porque éste tiene su fundamentación en la ética, sino porque de lo contrario se destruiría toda la ética y toda la moralidad; ya que ésta está concebida, como ya señalamos, con un carácter absoluto, necesario, que no permite excepciones en virtud de motivos extramORALES.

Por eso el profesor H. Welzel considera tal exigencia de la ética, no sólo como criterio para juzgar cuándo una ley es injusta, sino también

(38) *O. c.*, p. 330.

como determinante de que una norma que no se acomode a esa exigencia "deje de ser Derecho obligatorio" o, simplemente, Derecho (39).

Desde el punto de vista del Derecho natural puede parecer muy modesta esta limitación que la ética impone al positivismo jurídico; pero a la vista de los excesos históricos y actuales de ese positivismo, en la línea de la degradación de la persona a mero instrumento de los fines de la política, no puede parecernos en modo alguno irrelevante.

El kantismo se nos ha presentado, pues, una vez más, en el aspecto en que aquí lo hemos estudiado, como una incitación a ir más allá de él, al mismo tiempo que como una conquista irrenunciable.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA

(39) WELZEL, H.: "Vom irrenden Gewissen", Tübingen, 1949, p. 28. Cfr. también: "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit", Göttingen, 1955, p. 196, edic. esp., p. 257; "Naturrecht und Rechtspositivismus", edic. esp. en el volumen "Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico", Córdoba (R. A.), 1962, pp. 42-43; "Macht und Recht", en el vol. anteriormente citado, p. 64.

LA CONEXION ENTRE DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO. ESTUDIO DE UNA NUEVA PERSPECTIVA.

1. *Introducción al tema*

El estudio de los pensadores modernos acerca de la problemática jurídica, parece a veces eludir planteamientos que en el saber jurídico tradicional parecían insustituibles. Uno de estos planteamientos suele ser el que podríamos denominar "concepción iusnaturalista del derecho". Efectivamente, encontramos juristas y filósofos del derecho que no solamente pasan por alto esta posibilidad de acercamiento a la comprensión de la realidad jurídica, sino que la combaten de algún modo y se oponen a ella.

Pero una concepción jurídica iusnaturalista debe estudiar este fenómeno con creciente interés. Por varias razones, la primera de las cuales es contribuir activamente a establecer un diálogo fecundo con estas posibilidades no iusnaturalistas, pero cuya incompatibilidad nunca puede ser afirmada en principio por sólo la confesión de la otra parte.

Por el contrario, sería incluso posible que la crítica a una determinada manera de enfocar la realidad jurídica desde determinada concepción iusnaturalista, puede hacer resaltar alguna actitud o algún resultado científico de que ésta carece. Como tal eventualidad nunca puede dejarse de lado, sería conveniente a todas luces examinar lo que las concepciones no iusnaturalistas tienen que decir al respecto.

Personalmente, el autor encuentra en este tipo de investigaciones un campo muy prometedor. El análisis de las posiciones iusnaturalistas o antiiusnaturalistas puede ser efectuado con ciertas garantías de éxito, como ha comprobado en su trabajo *Los griegos y el derecho natural*. Ello parece ser, además, obligación de un iusnaturalista, por las siguientes razones:

Primera. Porque si la estructura íntima de la realidad jurídica es cierta conexión entre el derecho natural y el derecho positivo, resultará

que todo pensador que tienda a plasmar su visión de la estructura íntima del derecho, habrá de referirse en todo caso a una conexión entre el derecho positivo y alguna función normativa, axiológica, ontológica, metafísica, sociológica, etc., que concrete de algún modo una función que tan claramente aparece en la comprensión iusnaturalista.

Segunda. Porque a estas alturas no podemos hacer valer solamente los vocablos, las expresiones, las declaraciones platónicas de ser iusnaturalista o de ser antiiusnaturalista. Lo importante es reflejar de algún modo la intuición fundamental de que la legalidad positiva tiene que asentarse en ciertas normas prepositivas independientes de la voluntad o del sentir arbitrario. Desde este punto de vista, tan incorrecto es pensar que la potestad del legislador o del administrador público no tiene límites en su fundamentación, como pensar que el iusnaturalismo consiste en "creer" que existe un código inviolable afincado en la etérea región de las nubes doctrinales.

Tercera. Porque si analizamos la actitud de los pensadores antiiusnaturalistas, encontraremos que critican, en determinadas tendencias de doctrinas iusnaturalistas, precisamente su falta de adaptación científica, en cuanto que tal derecho natural no está engarzado claramente en esa visión metafísica central de la conexión entre realidad jurídica positiva y realidad jurídica prepositiva.

Cuarta. Porque es necesario captar las incompatibilidades que frente a las necesidades científicas de nuestro tiempo puede manifestar cierta orientación iusfilosófica, para volver a enfocar la propia visión. Esta y no otra es la manera de continuar avances en el camino de la filosofía jurídica, y esta es la manera de que la concepción iusnaturalista del derecho siga siendo lo que es hasta hoy, o sea, la concepción del derecho más comprensiva de todas, la más extensamente articulada, la que trate de abarcar todos los aspectos de la realidad jurídica considerados en su interconexión más estricta. Las expresiones de que la ley natural es "participación" en la ley eterna, de que la ley positiva es "derivación" o "conclusión" de la ley natural, no son sino muestras de la estructuración lógica de este propósito de abarcar todos y cada uno de los elementos jurídicos, transcendentales e immanentes, valoraciones y hechos, en una construcción unitaria cuyo apoyo central es precisamente la estructura iusnaturalista de todo el conjunto.

Quinta. Porque en la vida intelectual de nuestros días, donde las ideas priman sobre las expresiones, se producen estudios capaces de sustituir, en términos renovados, toda la riqueza reflexiva que contienen las tradiciones más respetables. Ello no repercute necesariamente en per-

juicio de éstas, pues sin duda las expresiones recibidas tradicionalmente tienen una gran fuerza, y no han obtenido su prestigio sin muchas razones. Pero sí es un fenómeno que obliga a la ciencia tradicional a realizar un esfuerzo supletorio, a entrar dentro de sí y examinar de nuevo el equilibrio en que maneja sus propios elementos, para poner de nuevo en claro, apoyada en la actualidad que adquieren estas otras investigaciones, toda la riqueza conceptual, y toda la fidelidad analítica, que a veces se quedan escondidas bajo el ropaje de las afirmaciones generales y de las formulaciones difícilmente sintetizadas en duras luchas de Escuelas.

2. *Significación de los principios jurídicos*

La oportunidad de haber trazado estas reflexiones, viene puesta bajo nuestra mirada por la reciente aparición en Alemania (1956) y su pronta traducción en nuestro país, del libro de ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (1).

Del entramado ideológico y técnico-jurídico de este libro, pueden ser manifestados ciertos puntos de vista, que en nada se contraponen, sino que apoyan enormemente un importante conjunto de verdades contenidas en la tradición iusnaturalista europea, de origen heleno-cristiano, pero interiorizada tan absolutamente en nuestra ciencia contemporánea que, al manifestarse de un modo tan intenso en este libro, parece que brota por primera vez a fuerza de originalidad y de pureza.

Hay términos empleados continuamente por la teoría y la jurisprudencia, dice Esser, como son "principios del derecho", "ideas directrices", "pensamientos jurídicos generales", sin que jamás se haya procedido a un análisis sistemático de su respectivo sentido y alcance, ni se haya intentado—más que ocasionalmente, podríamos corregir nosotros—siquiera arrojar luz sobre la función y procedencia de los conceptos expresados en aquéllos.

De ahí procede que estos conceptos elementales sean usados para las tareas más diversas, se les pida más de lo que pueden dar, se abuse de ellos como panacea universal para resolver todo linaje de cuestiones y se les enjuicie del modo más contradictorio (2).

(1) ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956. Traducido al castellano por Eduardo Valentí Fiol. Bosch, Barcelona, 1961.

(2) ESSER, libro citado, p. 3.

Mas esta misma utilización general, indica la persistencia honda y real de tales principios.

Es común en nosotros—continúa Esser—la idea de que, en el fondo de las reglas positivas, hay siempre latente un principio de derecho que, una vez descubierto, tiene en sí mismo impulso suficiente para cobrar automáticamente un rango igual al de la ley misma; tal idea se explica a la luz de la insuficiencia de las codificaciones (3).

El esfuerzo del autor comentado consiste, por tanto, en hacer luz sobre las concepciones jurídicas relativas a la integración de todo ordenamiento del derecho mediante principios no escritos. El se refiere temáticamente a la esfera del derecho privado, pero indudablemente podría hacerse un trabajo semejante sobre las reglas del derecho público, y ello con mucha mayor facilidad, dado que los principios políticos fundamentales están revitalizados y puestos continuamente al día precisamente con vistas a su aplicación concreta en la integración de las reglas de funcionamiento de la administración pública.

El método de estudiar la influencia de los principios jurídicos, consiste para Esser en examinar la conducta de los jueces. Se suele dar por supuesto que el juez, en las numerosas posibilidades que se le ofrecen de crear derecho, además de a los “pensamientos jurídicos generales” de la ley, atiende también a los principios de un “derecho superior y previo” al escrito. Es más. Como ha declarado el Presidente del Tribunal Supremo Federal alemán (4), “no sólo deben inspirarle tales “principios supremos” de universal obligatoriedad como “derecho válido para todos los tiempos”, sino que aun los principios estructurales de la configuración aparentemente técnica y conceptual del derecho, le han de dar a conocer “aquellos principios ideales y patrones de valor” que constituyen la *ratio* del sistema jurídico vigente.

La verdad es que los principios jurídicos, en cuanto tales, tienen que realizar una eficacia independiente del texto legal. Su implantación normativa, muchas veces inconsciente incluso para los técnicos, les viene de la naturaleza de la situación jurídica concreta, o de la institución a cuyo ámbito se refieran, por constituir una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en determinado círculo común de problemas.

Por ello, se puede afirmar que determinados principios jurídicos, dadas ciertas circunstancias análogas, sean igualmente bien conocidos en

(3) ESSER, cit., p. 4.

(4) ESSER, cit., p. 6.

todos los sistemas jurídicos, incluso allí donde ninguna ley los menciona. El criterio de la "necesidad", originando cierta conjunción armónica en unas ideas de justicia formadas en el curso de la historia, da lugar, en iguales conflictos de intereses, a soluciones coincidentes, aun en ausencia de "ley" y de todo "concepto" doctrinario (5).

Ciertos conceptos jurídicos, que se aplican dentro de un sistema de referencia (negocio jurídico, protección de la confianza pública, etc.), se presentan en forma semejante en todos los sistemas jurídicos de una misma cultura, y el caso concreto es enfocado y resuelto con medios sorprendentemente parecidos (6). Por ello resulta verificada esa oscura intuición de que es el problema concreto, y no el "sistema", lo que constituye el centro del pensar jurídico. Y ello nos lleva a examinar el fenómeno de la conciencia del derecho.

3. *Principios jurídicos y conciencia jurídica*

En todas las culturas jurídicas—dice Esser (7)—se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema.

Ello sucede dentro de cada ordenamiento jurídico, tanto de forma implícita como explícita. Del primer modo, sobre todo a través de las actividades judiciales de decisión, cuando se actúa por medio de ficciones, o cuando los notarios orientan la solución de determinadas prestaciones o seguridades mediante las llamadas cláusulas de estilo. Pero también explícitamente, cuando los jueces fundamentan directamente sus sentencias a partir de "principios jurídicos generales", incompatibles con la presunción de un Codex cerrado sobre sí mismo, ya por presumirse de hecho en aquel caso la insuficiencia de las leyes, sea por crearse un punto de partida de valoraciones y concepciones totalmente nuevas (8).

En todo caso, es preciso establecer una noción de lo que significan, y mencionados en esta forma tan amplia, los "principios jurídicos". Sin duda, para ello pudiéramos establecer una definición metafísica, o sea, afirmar que constituyen la realidad metafísica que aparece como primordialidad óntica y epistemológica del derecho. Esto es cierto, y mediante esta expresión se podría entroncar con lo más hondo de la filosofía

(5) ESSER, cit., p. 7-8.

(6) ESSER, cit., p. 8-9.

(7) ESSER, cit., p. 10.

(8) ESSER, cit., p. 11.

tradicional. Pero para el desarrollo de este tema en términos de jurista, Esser prefiere establecer una diferencia más sencilla, aunque negativa en su expresión. Un "principio jurídico" no es "precepto jurídico", ni una "norma jurídica" en sentido técnico, puesto que no contiene ninguna instrucción vinculante de tipo inmediatamente aplicable para un determinado campo de problemas. Antes bien, un "principio jurídico" requiere o presupone la acuñación judicial o incluso legislativa de dichas instrucciones adecuadas para la acción inmediata.

Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenidos en oposición a forma (9). Ello debe entenderse en el sentido de que dichas categorías aristotélicas no induzcan a pensar que la forma sea lo accesorio de algo esencial. Puede haber épocas culturales en que la base ético-jurídica se desarrolle fuera y aparte de las formas jurídicas propiamente dichas, incorporada en vivencias religiosas, morales, etc., e incluso en usos sociales estrictos, pero que carecen de la índole sancionadora de la forma jurídica y de sus repercusiones coactivas. Por el contrario, sucede que es la forma jurídica, entendida procesalmente como medio de protección del derecho, o entendida materialmente como contenido normativo concreto, lo que constituye lo esencial, lo único que puede conferir realidad y significación jurídica a aquel "contenido fundamental" vigente antes como mero principio ético-jurídico, aunque no sea reconocido aún como *ratio* concreta de disposiciones normativas o de realidades institucionales jurídicas.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar con el autor (10) cual es la fuente de la que dimana la autoridad y la fuerza persuasiva de la nueva fórmula de solución, pues después de todo, el juez no la saca "de la nada". La referencia a unos principios prejurídicos deja a salvo, por lo menos, al "sistema", legitimando simultáneamente las normas formuladas por el juez. Pero hay otros casos en que las referencias prejurídicas, o mejor dicho, prelegales, no son "principios jurídicos", sino expresiones tales como "nuestra conciencia jurídica". Este caso revela un escudo más débil, menos concreto, en la defensa que de su argumentación y de su resolución nos presenta el juez. En todo caso, por más que pensemos firmemente que un derecho vigente está impregnado de principios hasta en sus últimas ramificaciones, lo concreto es que en casos semejantes no sabemos claramente de dónde reciben su legitimación estos principios o estas convicciones de la conciencia jurídica, situados precisamente al

(9) ESSER, cit., p. 65.

(10) ESSER, cit., p. 12-13.

margen de la legislación, y que por tanto no podrían alegar expresamente ninguna fuerza de obligar, por no serles concedida en las declaraciones expresas del "sistema".

Pero hay que tener en cuenta que el derecho no es solamente un resultado técnico de la actividad jurisprudencial o legislativa, sino que es una parte de la conciencia social como pauta de conducta concretada en reglas de observancia necesaria formuladas como reglas legales (11).

Realmente sucede lo siguiente, que se puede comprobar mediante el análisis de las reglas jurídicas que existen en distintos ordenamientos. Toda la diferencia estructural de los sistemas positivos, que se puede explicar históricamente, está asentada sobre principios regulativos comunes e inmanentes, acerca de los cuales existe una conformidad general reconocidamente común. Por ello, se puede afirmar sin género alguno de dudas, que dichos principios jurídicos constituyen un "derecho detrás (o antes) del derecho", que pueden ser aislados y comparados entre sí. Ello no puede significar que los principios comunes puedan derivarse, por arte mágico, de la "naturaleza humana" como necesarios, según afirman las escuelas iusnaturalistas rígidas o—más bien—polémicas, de tipo integrista. Pues tales principios jurídicos están también afectados e incluso condicionados por las variantes de la vida social. Pero la institución positiva concreta nos lleva, desde que observamos el detalle de la solución peculiar de un ordenamiento jurídico nacional o local, a la identidad de principios y de funciones, cuando el modo de organizar la satisfacción de determinadas necesidades sociales viene postulado desde la identidad de tales necesidades (12).

En todo caso—reconoce el propio Esser (13)—"no deja de ser fructífera la idea de que los conceptos elementales de la propia cultura jurídica están acordes con un *ius naturale, quo omnes utuntur*, como lo demuestra la concepción romana y moderna de un *ius gentium*". En esto Esser encuentra un grave defecto en el positivismo conceptual, de actitud también ahistórica, el cual considera idealmente necesarios no los principios materiales, sino la estructura dogmática de su derecho nacional, haciendo caso omiso de las continuas alteraciones introducidas por la evolución social, y consiguientemente, cerrando los ojos a la evolución de hecho, o considerándola como una arbitrariedad de la naturaleza sustraído a su responsabilidad.

(11) ESSER, cit., p. 29-30.

(12) ESSER, cit., p. 37-38.

(13) ESSER, cit., p. 38.

Es lo contrario lo que hay que hacer. Considerar el acervo de principios éticos y de sentido común en que han sedimentado la historia religiosa y filosófica tanto como política. Las distintas concepciones culturales han sedimentado en formas mentales constantes, en las cuales se realiza de un modo típico la transformación de juicios prejurídicos de valor en estimaciones ya auténticamente jurídicas (14).

4. *Principios jurídicos y iusnaturalismo "axiomático"*

Desde luego, este problema no tiene solución, ni siquiera explicación de hecho ni consiguientemente, admisión doctrinal, en una concepción del sistema positivo que pretenda ser totalitaria, tal como se expresa en nuestras codificaciones y en su técnica de interpretación.

Mas otro tanto puede decirse del iusnaturalismo "axiomático", cuyas derrotas a manos de la comprensión histórica de la realidad social y jurídica están basadas en su presunto axiomatismo, y cuyas decepciones, subsiguientes a dejar sin respuestas a todas las preguntas que él mismo plantea en una irresponsable actitud, son culpables de la desvalorización de los puntos de vista pre-positivos en la argumentación científica (15).

Al plantearse un estudio sobre este tema, hay que librarse tanto del optimismo "positivista" acerca de la fecundidad del "sistema vigente", como de las especulaciones iusnaturalistas poco contrastadas, cuyo objetivo es afirmar la existencia de algo semejante a un "sistema" extático de derecho natural previamente dado, "más allá" de los elementos que históricamente configuran a los ordenamientos positivos. Desgraciadamente en esto no son imparciales la mayor parte de los filósofos iusnaturalistas, preocupados muchas veces con hacer pasar determinados postulados, aunque ello sea a costa de atacar otras tendencias iusnaturalistas a las que acusan a veces de los defectos que ellas mismas mantienen celosamente. Es humanamente difícil que en tal caso, en primer lugar este derecho natural tenga influencia alguna de hecho sobre el derecho positivo existente, y en segundo lugar, que se procure llevar el agua a determinada doctrina de derecho natural, mientras que eventualmente se ignora la importancia real y metódica que el propio fenómeno prejurídico posee para la formación conceptual tanto como legislativa y jurisprudencial del derecho positivo (16).

(14) ESSER, cit., p. 72.

(15) ESSER, cit., p. 15.

(16) ESSER, cit., p. 15-16.

Por el contrario, esta labor de traducción de lo ético, lo religioso, lo político y lo socialmente útil al plano de lo jurídico con ayuda de los medios tradicionales de la opinión común recta, verifica el error persistente de los representantes de todo monismo ético o jurídico, incluso cuando se le ha querido enmascarar bajo la prestigiosa tradición del derecho natural. Este análisis sociológico comprueba, por otra parte, el acierto del derecho natural cuando éste contradice la idea histórica o política del supuesto carácter autónomo de las reglas e instituciones jurídicas positivas frente a todo lo "metajurídico". Sobre todo cuando en la función judicial se comprueba constantemente el restablecimiento, renovado continuamente, de la comunicación entre valores éticos sustanciales (elementos de derecho natural, el irreductible derecho natural según la expresión de Gény), y los valores normales e institucionales del derecho. Para el sentido de este proceso de integración es indiferente que se verifique inadvertidamente en el curso de la tarea interpretativa, o que se haga explícitamente por traducción de un postulado ético al plano jurídico de las "buenas costumbres" o de un principio político a los criterios de la *public policy*, o sea, del *ordre public*, y en general por la intercalación de los *topoi* específicamente jurídicos, como *naturalis ratio*, *aequitas* o lógica de la cosa (17).

La doctrina iuspositivista ha tenido, en esta posibilidad de integración con una realidad prejurídica, un mérito indudable. Ha consistido en mantener esta conformación jurídica de criterios, máximas, postulados éticos, respeto a los conceptos generales formulados judicial o notarialmente *lege artis*, que sin duda eran también elementos extraños e incluso perniciosos para la presunción de rotundidad que los sistemas positivos cultivaban explícitamente. Mas también paradójicamente, las tendencias iusnaturalistas se han desentendido bastante de sus repercusiones en el terreno iuspositivo, a no ser que determinadas leyes fuesen estimadas perjudiciales para los intereses de las instituciones que alimentaban en su tradición doctrinal la noción de un derecho natural. De este modo, se han entendido como contrarias a un derecho natural determinado ciertas disposiciones de legislación positiva que expropiaban tierras de la nobleza o de las entidades eclesiásticas, o que imponían unas enseñanzas determinadas en cierto nivel de educación, o que favorecían o perjudicaban ciertas alianzas de intereses políticos o económicos en determinado momento, etcétera. Sin embargo, la conexión fundamental entre las leyes positivas y el derecho natural no eran analizadas hondamente, con daño para todas

(17) ESSER, cit., p. 76-78.

las doctrinas iusnaturalistas y con descrédito para su función científica en el campo social y jurídico.

También la reacción de las doctrinas iuspositivistas ha sido extremadamente injusta, al cerrar los ojos al contenido iusnaturalista de su labor de construcción. De este modo—afirma Esser (18)—“los iusnaturalistas monísticos y los positivistas dualísticos puros compiten infructuosamente en formulaciones antinómicas, cada una de las cuales recibe de la unilateralidad del partido contrario (“sistematismo metodológico” a ultranza) argumentos suficientes para enmascarar sus propias deficiencias”.

5. *La actividad de los principios jurídicos*

La doctrina general había acertado ya a percatarse (Bierling, (1894-1917) de que una “teoría jurídica de los principios” descansa sobre la regularidad que la identidad objetiva de situación y problemas aportan siempre a toda creación de derecho. Pero había venido incurriendo en el desacierto de buscar la base de dichas coincidencias en el plano de los conceptos jurídicos, sin prestar atención a la relación que éste guarda con los planteamientos fijos y sus soluciones. Se tomaron los complejos funcionales descubiertos por la escuela histórica como si sólo fueran símbolos, o sea, simples catálogos conceptuales. El derecho comparado subsiguiente se dedicó a estudiar, en una impostación positivista, los principios formales de estructura de los diversos derechos, cerrando su visión a los elementos prejurídicos que son comunes a instituciones del mismo valor funcional (19).

Por el contrario, es el estudio del proceso de positivación de esos principios jurídicos, lo que puede hacernos conocer la eficacia real que tienen para configurar el derecho positivo. Por una parte, habrá que tener en cuenta que su valor como principios jurídicos no es independiente de la validez de la configuración estatal positiva, como si fueran esos presuntos “elementos del derecho natural”, pues aquí nos referimos a la pretensión de validez jurídica, no sólo lógica o epistemológica, de la misma manera que hablamos de un derecho natural jurídico, y no meramente lógico o biológico como dotado de cierta realidad considerado en sí mismo formalmente. Por otra, hay que advertir en qué datos se produce una mutabilidad histórica, a lo largo de su vigencia prejurídica, de los principios incluso reconocidos positivamente, siempre que no se les proclame indife-

(18) ESSER, cit., p. 79-80.

(19) ESSER, cit., p. 39.

renciadamente como "fuentes de derecho" sin atender a lo peculiar y real de su estructura en cada momento histórico (20).

Mas el estudio de la actividad de los principios jurídicos ha de ser realizado en varios apartados.

a) *Principios jurídicos y derecho positivo*

Los principios prepositivos pueden convertirse en preceptos e instituciones positivos mediante la influencia de las sentencias judiciales, ya consideradas aisladamente, ya entendidas como masa de jurisprudencia constante.

A veces se ha pretendido que esta transformación consistía en una operatividad automática de los principios éticos. Pero sólo se puede verificar este paso mediante la comprobación de sus momentos, eliminando desde luego todo automatismo.

Esser considera que la transformación de principios éticos en normas jurídicas, tal como Ripert lo ha estudiado a propósito del derecho de obligaciones, se verifica en un proceso como el que sigue (21):

El principio ético se convierte en parte del derecho positivo: a) Por incorporación en la estructura de una institución; b) Por formación de un nuevo principio constructivo o sistemático; c) Por fusión interpretativa en normas legales o en la *ratio* de éstas; d) Por interpretación de un llamado pensamiento jurídico, que se supone común a varias figuras de derecho; e) Por la "brecha" que las normas en blanco y las cláusulas generales abren, dentro de un sistema cerrado, a los *topoi* extrasistemáticos de la jurisprudencia; f) Por la libre conversión judicial de deberes éticos en deberes jurídicos, y g) Mediatamente por formación de una opinión doctrinal o un concepto dogmático de valor deductivo. En un momento semejante la producción de la norma positiva es inminente.

La aportación más original de Esser es la siguiente: El descubrimiento de que la cualidad jurídica de un principio no es conocible abstractamente, sin conocer antes el método de explicitación del precepto originado en aquél. Pues ningún principio actúa por sí sólo como creador de normas, sino que únicamente posee fuerza constitutiva o valor constructivo en unión con el conjunto del ordenamiento positivo, dentro del cual le incumbe una función concreta. Este conjunto puede ser el de un sistema axiomático que

(20) ESSER, cit., p. 53-54.

(21) ESSER, cit., p. 68.

confiere al principio un valor de derivación conceptual, lógico, o en todo caso, asegurado racionalmente. Sería el tema descrito por la doctrina iusnaturalista cuando se habla de una regla jurídica establecida por derivación de principios iusnaturales. En este caso, al ser asimilado axiológicamente a un sistema normativo concreto, se revela como principio precisamente jurídico al insertarse en la eficacia del sistema, encarnando así la fuerza conceptual que tuviera previamente. Mas también es posible que este procedimiento no sea aislado, sino institucional, como cuando los principios jurídicos se revelan en virtud de un sistema jurisprudencial inconcluso y, por tanto, siempre susceptible de adquirir nuevas convicciones jurídicas contrastadas normativamente por obra de un sistema como el de los precedentes obligatorios o el de las autoridades legales, garantizando la concreción permanente de las simples máximas en reglas normativas institucionalizadas. En todo caso, los principios jurídicos tienen que estar comprobados en su empleo mediante técnicas jurídicas. Un principio que aún no ha pasado el momento del proyecto o incluso de la programación a cargo del pensamiento político o de los grupos de acción política, está aún inmaduro desde el punto de vista estrictamente jurídico, si bien con fuertes posibilidades de afirmarse como tal cuando el momento haya llegado (22).

Por el contrario, hay principios tan cuajados jurídicamente, tan maduros, que no cabe ninguna duda respecto a su calificación como tales. Por ejemplo, hay principios que se reconocen inmediatamente, porque sin ellos habría reglas jurídicas positivas, o procedimientos institucionalizados, que no serían inteligibles ni explicables conceptual e históricamente. Cuando nos encontramos con alguno de estos principios que sirven para explicarnos la existencia y el funcionamiento de instituciones enteras, se les puede llamar "principios necesarios", o bien, como dice también Esser, dado que son utilizados como punto de referencia de toda la normatividad institucional, "principios normativos" (23).

Realmente la génesis misma de estos principios necesarios nos podría producir alguna duda. Pues indudablemente todos los principios han comenzado por ser incorporados a un sistema positivo en calidad de postulados de naturaleza ética o política. Incluso han sido anclados ya en la estructura iuspositiva cuando aún no son principios plenamente jurídicos, al actuar en la conciencia moral más amplia o en virtud de las decisiones de la autoridad eventualmente soberana. Pero su proceso de maduración implica también un momento en que la vinculación jurídica, o sea, la per-

(22) ESSER, cit., p. 88-89.

(23) ESSER, cit., p. 93-94.

tenencia a un sistema normativo como principio definidor de ciertas reglas obligatorias, está intencionalmente separada de cualquier ideal político contingente o arbitrario, llevando a cabo esa cierta transformación cualitativa que determina que tal principio sea jurídico estable y definitivamente. En este tránsito se opera la transformación de un ideal político o ético en un principio de derecho apto para encarnarse en supuestos de hecho y en conceptos jurídicos.

A tales principios, que necesitan esa previa instalación desde fuera hacia dentro del campo jurídico, porque no figuraban aún en el sistema positivo vigente, sino que le han sido incorporados como consecuencia histórica de ciertas decisiones que han permitido revelarles como vocados a constituirse en normatividad jurídica concreta, se les puede denominar con Esser "principios útiles", por ser tomados precisamente en el momento en que son estimados convenientes para poder solucionar conflictos de intereses existentes (24).

De este modo nos encontramos con un par conceptual de origen escolástico: principios "necesarios" y "útiles", entendidos en el sentido de que los primeros han empezado siendo también "útiles" en cuanto que no han sido aplicados ni son aplicables en todos los casos ni en todos los tiempos; mientras que los segundos, en período de plena constatación siempre, pueden llegar a convertirse en "necesarios" cuando la índole de las necesidades humanas haya transformado tanto los condicionamientos de la vida social, que sirvan para dar fundamento lógico a nuevas instituciones tal vez ahora no iniciadas aún.

¿Y cuáles son los principios jurídicos realmente necesarios?

Esser tiene razones para elucidar un criterio que, si hubiera sido conocido en épocas anteriores, hubiera evitado muchas discusiones trabajosas. No tenemos sino que recordar las tendencias del derecho natural "maximalista" y el derecho natural "minimalista". Pues lo seguro es que ni las épocas pasadas, ni siquiera la presente, han conseguido establecer una tabla de categorías jurídicas que comprenda, sin dejar lugar a dudas, todas las nociones jurídicas "necesarias" y precisamente aquellas sin las cuales algún sistema jurídico no podría existir. Hay una permanente transfusión entre principios jurídicos "necesarios" y "útiles", según los momentos culturales de las diversas civilizaciones. Mas no es preciso incurrir en el extremismo relativista. Refiriéndonos a vigencias culturales muy amplias, dentro de las cuales vivimos, por ejemplo, los occidentales desde hace varios milenios a pesar de los cambios de las técnicas, de los saberes y de las actitu-

(24) ESSER, cit., p. 94.

des humanas, estamos moviéndonos en un marco tan estable que el exagerado relativismo de los antropólogos y de los sociólogos modernos queda muy lejos de la realidad viviente. Pero también debemos evitar el otro escollo, el del dogmatismo. La capciosa terminología que continuamente se refiere a algún "principio necesario", encontrándolos por docenas, tiene su parte de responsabilidad (25) en el desarrollo de ese mismo relativismo e incluso de un ulterior escepticismo, los cuales sólo tienen sentido al enfrentarse a la posibilidad de deslindar dogmáticamente dentro de la realidad jurídica, los principios "dados objetivamente" e "inmanentes", y los principios "axiológicos" y, por tanto, "heterónomos".

En todo caso, el advertir la presencia más o menos verificada de los principios "necesarios", por el hecho de partir de unas presupuestas "verdades fundamentales" que señalan formalmente las finalidades y los límites del ordenamiento jurídico, revela una actitud próxima al derecho natural, y en todo caso no empírica. Seguramente procede de una visión antropológica en sentido filosófico e incluso de una visión teológica del hombre. Mas tal actitud existe claramente en aquellos ordenamientos, como los anglosajones, donde las convicciones fundamentales que se integran en sus constituciones "abiertas" o al menos "progresivas", encarnan institucionalmente postulados permanentes a cuya luz se interpreta la rectitud de las leyes e incluso su propia posibilidad normativa, como se advierte en la casuística de su constitucionalidad o de su anticonstitucionalidad. Ello no impide, sino más bien alienta la transformación y maduración jurídica de un principio concreto. Pues cuando el poder y las convicciones políticas sientan un postulado como principio, es obvio que asumen también la responsabilidad de transformarlo en normas jurídicas claras, ya sean normas materiales, ya instrumentales o de interpretación.

En todo caso, dentro de la tradición cultural del Occidente encontramos un conjunto de concepciones plenamente interiorizadas en las convicciones personales de los hombres, configurando categorías en las cuales se realiza de un modo típico la transformación de juicios de valor prejurídicos y principios aparentemente abstractos, en auténticas decisiones normativas. Se refiere Esser (26) a varias ideas fundamentales, como "la naturaleza de la cosa", *naturalis ratio*, *aequitas*, la lógica jurídica y la lógica de los juristas—esta última cuando no se limita a efectuar operaciones de simple deducción, sino que analiza la estructura de la realidad jurídica y

(25) ESSER, cit., p. 95.

(26) ESSER, cit., p. 103.

concreta la valoración escondida en los mecanismos de la conceptualización jurídica.

En todo caso, los principios jurídicos desembocan en instituciones eficaces. Son instituciones eficaces aquellos principios que se han materializado en conjuntos de usos y reglas jurídicas reconocidos positivamente. Si estos principios pueden también ser considerados como normas además de como instituciones, hay que tener siempre en cuenta que toda validez positiva sólo se da en la medida en que el principio se ha materializado ya en alguna institución y está, por tanto, vigente en ella y bajo forma de ella (27). Pues al materializarse, no actúan como regla propiamente dicha, sino en cuanto que dirigen las reglas singulares, y es precisamente en este sentido en el que son derecho material positivo y vigente. No lo han sido siempre, pero lo son cuando han conseguido ser institucionalizados.

b) *Articulación de principios y normas: la institucionalización de los principios.*

Hay que preguntarse en este momento varias cosas. Por ejemplo: ¿Cuándo un principio está a punto de configurarse institucionalmente? ¿Por qué un principio eminentemente racional no acaba de encontrar un campo de juego, mientras que otros de tal vez menor categoría encuentran con relativa facilidad un sector donde acampar e instalar sus consecuencias prácticas?

Esser hace notar que es un autor español, Puig Brutau, quien se ha propuesto estos problemas. Los resuelve en el sentido de que hay ciertos principios de elección que designan a los principios de razonamiento propiamente dichos, por ser punto de partida de razonamientos de investigación jurídica material y no sólo axiomas de lógica jurídica. Con ello, Puig Brutau, siguiendo esquemas de conducta hallados en las técnicas de creación del derecho en los países anglosajones, se aparta de la tendencia rigurosamente axiomática que hasta ahora había privado en el pensamiento iusfilosófico continental (28).

Se realiza así una distinción lógica que en otros campos se había efectuado ya: el reconocimiento de los diferentes niveles de realidad en que pueden actuar las normas y sus principios, dado que los hay de diferentes planos.

(27) ESSER, cit., p. 114.

(28) ESSER, cit., p. 120.

Por tanto, el deslinde entre derecho positivo y derecho prepositivo aparece más importante cada vez, dado que el derecho positivo se produce a su vez en varios niveles. De este modo podemos articular unos principios de determinadas reglas, los cuales a su vez pueden ser reglas lógicamente institucionalizadas respecto a principios contruidos en un nivel más previo todavía. Por aquí pudiéramos terciar, si ello fuera un intento constructivo para nosotros, en las polémicas escolásticas entre maximalismo y minimalismo iusnaturalistas, hasta hacer ver cómo la discusión se había entablado por no haber distinguido suficientemente el modo de articularse unos principios en otros como pertenecientes al género y a la especie de una misma construcción lógica situada en diversos niveles de generalización o de especificación.

Mas la conclusión que Esser extrae es más práctica dentro del terreno que ha elegido. Pues en cualquier caso se impone la constatación de que los textos constitucionales mismos que tratan de presentarse como principios de todo el ordenamiento sistemático, son también engañosos en su pretensión de totalidad y de complejión armoniosa, pues nunca agotan la totalidad de una materia jurídica posible. Aparte de que los principios "constitucionalmente expresados" no son por ello reglas jurídicas, al menos en el sentido técnico, si bien constituyen, en su función de *ratio legis* un derecho positivo posible, expresado en la interpretación y transformado así a un grado más concreto. Aunque por su empleo en razonamientos jurisprudenciales puedan eventualmente recibir el carácter de normas positivas y, por tanto, integrarse al mismo nivel de las reglas jurídicas concretas, lo cierto es que en todo sistema jurídico hay una serie de principios que ni siquiera están enunciados, pero que activan desde el sustrato racional de la sociedad misma los diversos niveles de principios que se articulan progresivamente entre sí hasta llegar a la producción de las leyes positivas.

Es la racionalidad que cada principio incorpora en sí mismo, sin embargo, la que nos lo presenta como algo desconexo del sistema social considerado en su integridad. Esta observación es la que hace decir a Esser (29) que "el principio descansa en sí mismo, tanto si es una máxima como un axioma". Tal afirmación me parece desafortunada en este sentido; en el de que la racionalidad de un principio, que es lo que le da consistencia como tal principio, y ulteriormente fecundidad productora de normas, es el cúmulo de religaciones efectivas que le sostienen desde todo el conjunto de los principios racionales que vertebran la estructura de una

(29) ESSER, cit., p. 124.

realidad social, y que invisibles si no son captados bajo su verdadera luz, pueden producirnos la engañosa perspectiva de que los principios se sostienen por su propia fuerza, en virtud de un propio equilibrio. Por el contrario, resultará obvio que si desarrollamos la argumentación que Esser ha venido obteniendo para elucidar la conexión que hay entre necesidad social y principio estructural de las actividades sociales, nos encontraremos que las necesidades sociales están existiendo unas en conexión de otras, de tal modo que son como vacíos creados por el desfase del crecimiento de ciertas estructuras y que pueden producir una gangrena de la sociedad por impedir con su presencia una "solidificación" de todo el espacio abarcado entre las directrices primordiales del crecimiento social. Esta urgencia en el desequilibrio del crecimiento es lo que produce una necesidad social. Mas cada necesidad social va de la mano con otras que son repercusiones sobre las estructuras que la envuelven en cada caso. De este modo aparece que cada necesidad social es suplementaria de alguna función social, y seguramente de otras varias funciones sociales. Pero además es complementaria de otras necesidades que aparecen como impedimentos o estorbos para el crecimiento de las funciones sociales ya integradas parcialmente, y por ello constituyen un impedimento para la perfecta y más adecuada integración de todo el organismo social.

Aparece así mejor la interdependencia de los principios. Los incorporados a funciones ya en marcha, son los institucionalizados. Los que expresan la función necesaria a causa del desfase de las funciones existentes, son los postulados sociales surgidos en la reflexión ética o en la iniciativa política. Pero ninguno de ellos puede ser considerado independiente en sí mismo, pues como bien ha visto Esser, está produciéndose sobre una necesidad social y tampoco puede ser considerado como descansando en sí mismo, pues está articulado en todo el movimiento existente hacia la integración social, ya en forma de producción de reglas institucionalizadas, ya como vocación política y ética de colmar una fase importante en el crecimiento integrado de la comunidad humana concreta. Es la intuición radical de la comunidad total, la que presta a cada principio su racionalidad. Sólo un examen de la significación concreta de cada principio jurídico en el marco del ordenamiento concreto, puede revelarnos su racionalidad. Sólo por la participación en el movimiento general de una sociedad, adquiere cada principio particular su concreción como principio, así como su fuerza racional que ulteriormente le permitirá constituirse en *ratio iuris* institucionalizada efectivamente.

Para traducir a un pensamiento jurídico de tipo axiomático el contenido de justicia que contiene cada principio, es necesario previamente que

éste se haya cargado de razón al ser englobado en el desarrollo de una construcción conceptual de la dogmática jurídica. La inteligencia correcta de un interés jurídico, sólo puede resultar de su adopción conceptual en el sistema científico del derecho, de donde resulta alguna consideración *de iure condendo* en forma de apreciación de su necesidad para el buen funcionamiento institucional de un conjunto de intereses estimables. El paso siguiente—advierde ahora Esser (30)—consiste en sentar un principio jurídico que sitúa ya su valor prejurídico dentro del marco del pensamiento institucional. Esser cita aquí el principio de la naturaleza de la cosa. Podía haber citado también el del iusnaturalismo institucional, o el aristotélico-tomista, o simplemente el iusnaturalismo personalista. Mas en todo caso hay que convenir que la cualidad jurídica de un principio no es una deducción del resultado, ni menos de la fuerza legitimadora de un hecho adherido dogmáticamente a un supuesto, ni de una premisa mayor de la axiomática lógica, como hubiera hecho la subescolástica iusnaturalista, sino que procede exclusivamente de la misión ordenadora atribuida a una determinada institución, si bien tal institución haya surgido de la fecundidad de algún otro principio anterior más comprensivo.

Pues los problemas concretos no pueden ser resueltos dentro de términos cercanos, estrictos y limitados dogmáticamente. En toda interpretación (31), como se conoce desde Heck, se hace necesario ir remontando hasta la finalidad general (simplificadamente descrita como “natural”) de una institución, más allá de su estructura dogmática, pues sólo desde allí, en una consideración atenta de lo que cada institución representa como organismo funcional de la comunidad entera, resulta posible concretar la función de un principio o de una norma determinados. Esta lógica no es formal, sino material, pues se refiere a la vida colectiva. Sólo podría entenderse como análisis formal en cuanto a las instituciones abarcadas dentro del fenómeno conjunto, si bien todo análisis de instituciones sería también formal respecto al análisis de las reglas surgidas y apoyadas en cada una de ellas. Este segundo supuesto no es mirado por Esser, el cual, por haberse limitado a sí mismo en este camino hacia la comprensión de los principios y de las instituciones en el marco más amplio de la comunidad total, se recorta también en la transcendencia de un progreso doctrinal que, por más que lleva consigo problemas específicos, contribuiría a definirnos más fundamentalmente aún la realidad de los principios del derecho.

De todos modos Esser fija adecuadamente su concepto al afirmar que

(30) ESSER, cit., p. 129-130.

(31) ESSER, cit., p. 130-131.

cuando habla de “principios institucionales” se refiere a aquellos principios que los criterios racionales de la naturaleza de la cosa y de la función de una institución hagan aparecer como necesarios en el sistema jurídico dado (32). Pues un principio institucional es aquel que encierra, en las condiciones de su funcionamiento, toda una serie de consecuencias materiales que constituyen a su vez el contenido de las reglas jurídicas enunciadas positivamente.

Pero aún queda por aclarar más detalladamente la calidad jurídica de los principios jurídicos. Desde el punto de vista de ser fuentes del derecho —bajo un aspecto fuentes formales, bajo otro fuentes materiales, y ello nos obligaría a recordar aquí la relatividad de los conceptos formal y material según el contexto más amplio en que cada estructura se halle— los principios jurídicos son fuente del derecho por estar integrados en un *corpus iuris vivo*. Pero no lo son si los entendemos simplemente como verdades existentes en potencia, no relacionadas aún con una función institucionalizada jurídicamente y que se hallan, por tanto, en espera de ser descubiertas y valoradas.

c) *Integración de los principios jurídicos en el sistema iuspositivo*

La índole de los principios que pueden ser empleados en un ordenamiento positivo concreto depende del modo en que éste se ha sistematizado orgánicamente. Pero resulta también que los principios no pueden ser principios jurídicos, si no es articulándose en el funcionamiento institucional concreto. Esto trae consecuencias obvias, en el sentido de que hay principios que son heterogéneos con un ordenamiento, y que por tanto no pueden insertarse en el mismo. Pero también sucede que hay ordenamientos que se desintegran y revientan por sí mismos, porque no han prevenido la posibilidad de articular principios que surgen indudablemente por la preexistencia de necesidades sociales de la comunidad total, y que al ser preteridos y omitidos, e incluso perseguidos en sus manifestaciones o disimulados cuando no sustituidos por instituciones paralelas que parezcan llenar las funciones verdaderas de necesidades sociales espontáneas, plagan a un ordenamiento de contradicciones estructurales que producen a la larga un estancamiento y una época ruinosa para la comunidad, si ésta no llega a librarse de ellos permitiendo el desarrollo de sistemas normativos asistemáticos, pero que regulen de algún modo las funciones necesarias para el equilibrio comunitario.

(32) ESSER, cit., p. 132-133.

Esser estudia este proceso en el positivismo subsiguiente a la época de la codificación.

Los prácticos del derecho, en la época anterior a la codificación, jugaban constantemente con los principios jurídicos que daban racionalidad y firmeza a sus argumentaciones y construcciones. Entonces eran los principios constelados en el derecho natural racionalista. Mas una vez articulados los códigos, que constituyeron en sí mismos una construcción cuidadosamente fundada en principios incluso racionalistas y no solamente instituciones preexistentes, los principios materiales, que anteriormente ocupaban una posición clave en el manejo conceptual de los juristas, poseen oficialmente un interés muy atenuado. Pues desde entonces son una serie de principios enunciados dogmáticamente los que constituyen la espina dorsal del "sistema", hasta el punto de que muchas veces principios claros de justicia se ven desterrados del procedimiento legal porque no son admitidos en instituciones válidas para ellos (33). Aquí habría que estudiar la función rectificadora que, al lado de la jurisprudencia continental, va realizando la función notarial, mediante las cláusulas de estilo y otros procedimientos que a primera vista sólo parecen formularios, pero que van buscando una integración segura de intereses y de relaciones que de otro modo estaban condenadas a la extravagancia o a la ilegitimidad. Otro tanto sucede con las cláusulas generales, que han permitido la producción de relaciones en masa en materia de seguros y de contratación marítima, o las cláusulas *standard*, que permiten la agilización del principio escrito en el proceso judicial o la rapidez en la contratación de inquilinato, de los contratos de suministro, etc.

Mas el propio movimiento de la ciencia jurídica positivista ha permitido transcender los estrechos linderos del ordenamiento codificado dogmáticamente. Primero mediante las técnicas del derecho comparado, originariamente de espíritu positivista. Después en el desarrollo de tendencias de jurisprudencia material (intereses, derechos subjetivos) superando las escuelas historicistas y dogmáticas, para dar validez general a las primeras y vinculación efectiva a las segundas. También ha contribuído a ello la necesidad de obtener conceptos dogmáticos válidos para integrar grandes espacios geográficos que anteriormente no tenían apenas relaciones entre sí, pero que se ven precipitados luego a una comunidad aduanera, o económica, o simplemente cultural. De este modo se ha desarrollado el hecho de hacer destacar, conforme a criterios no siempre idénticos, conforme al cariz de los tiempos, principios jurídicos universales, elaborados a partir de los

(33) ESSER, cit., p. 165-188.

principios del derecho nacional, pero desarrollando sus consecuencias en un sentido aceptable para los principios surgidos en otras legislaciones distintas. Esta unificación ha requerido indudablemente estímulos políticos o éticos en el proceso de compenetración de unos sistemas nacionales con otros. Sin embargo, el resultado obtenido en el sector jurídico está a la vista. Hay un terreno abonado para las convenciones y tratados internacionales en todos los aspectos, porque la homogeneidad racional requerida ha sido explorada ya en la investigación que sólo tendía a superar las estrecheces de los dogmatismos nacionales.

Los inconvenientes del positivismo jurídico pudieron haber sido eludidos, si no hubiera querido definir o formular "principios jurídicos" dentro de las codificaciones. Apenas ha supuesto esta inclusión ventajas para facilitar una práctica jurídica elástica y fiel. Por otra parte, las ideas dogmáticas y políticas contenidas en los principios definidos envejecen rápidamente, tanto si se concretan en realidades normativas como si son solamente platónicos, pues todo puede suceder. La vitalidad de los principios mismos no procede nunca de su mención oficial, sino que sólo puede surgir de la marcha real de un ordenamiento. Esto hace, no sólo que algunos principios no lleguen jamás a obtener eficacia alguna, sino que los eficaces van variando continuamente en pos de las variaciones sentidas en las necesidades sociales y al paso que señalan las posibilidades concretas de acción institucional (34).

Al entender que todo "transfondo del derecho" es algo anterior al derecho legislado o jurisprudencia formulada, si bien puede estar al margen del sistema entendido estrictamente, se debe tener siempre en cuenta las condiciones jurídicas de estructura y de control si se quiere pensar en él como una pieza del ordenamiento efectivo. Un principio de derecho, puede tener cualquier origen, pero no puede ser entendido como una especie de suprajuridicidad. Pues un contenido sin forma integrada no es compatible con la idea de normatividad jurídica.

Reflexionando sobre esta materia observa Esser (35), en un aspecto entrañable para los iusnaturalistas, que la equidad misma, no es tampoco un principio constitutivo de índole extravagante, sino que es una compensación, independizada en su función de principio corrector, frente a la rigidez de la forma iuspositiva estricta, y conectada directamente con las garantías constitucionales frente a la obligación de observancia estricta de lo ordenado por la ley jurídica en el nivel estrictamente jurídico. La

(34) ESSER, cit., p. 190.

(35) ESSER, cit., p. 197.

amplitud del complejo institucional a nivel comunitario es el elemento exterior al sistema jurídico estricto que permite ese juego corrector del juicio de equidad y de la excepción al cumplimiento de la ley, sin destruir al mismo tiempo todo el sistema legislado.

Mas en todo caso, la juridicidad de los principios de derecho tiene un límite extradogmático. Es el siguiente: los principios más señeros de un código y de un ordenamiento vigente, pueden permanecer intactos aparentemente durante mucho tiempo, mientras que todas las leyes nuevas aplican otros principios contradictorios y que minan constantemente el alcance de la aplicación efectiva del primero. Es siempre la necesidad social quien arrastra consigo en último lugar la realidad de los principios jurídicos, los cuales pueden seguir exhibiendo su rotundidad ideológica, cuando no son aplicados en absoluto e incluso cuando no lo han sido nunca. Unas veces porque su tiempo ha transcurrido o no ha llegado todavía. Otras porque no son homogéneos con las instituciones jurídicas que les hubieran dado eficacia. Otras porque son respetables vaciedades ideológicas que juegan tanto más explícitamente cuanto que nadie tiene la intención de hacerlas cumplir. Es la dialéctica de los hombres mismos quien se esconde bajo los fenómenos comunitarios, y su soberanía en estos puntos decisivos de la ordenación sistemática de la convivencia, es el paradójico desquite que la libertad humana individual se toma sobre las ideologías abusivas y sobre los excesos arbitrarios del sistematismo.

d) *Estudio de la función de los principios en el sistema anglosajón*

Del mismo modo que, en los sistemas codificados, el principio jurídico sedimenta en una preposición recibida o aludida dentro de los textos de reglas jurídicas, en los sistemas del *common law* el principio jurídico se va fraguando como "pensamiento jurídico" a través de toda una serie evolutiva de referencias jurisprudenciales de jueces y abogados, hasta llegar a tener la validez suficiente como para corregir determinadas reglas produciendo otras que se relacionen con la primera por virtud de un principio que las abarca y comprende a ambas, al mismo tiempo que determina la vigencia de cada una de ellas.

Los *principles* del Derecho angloamericano poseen una doble función (36): Primero, como punto de partida del razonamiento jurídico, que en un caso problematizado ponen de relieve un aspecto de la misión

(36) ESSER, cit., p. 236-237.

fundamental de una determinada institución en cuanto que cumpla o deje de cumplir una productividad social, invitando por tanto a tratar dialécticamente problemas que, siendo antiguos, se presentan siempre con alguna novedad que puede hacerles cualitativamente distintos; Segundo, como definiciones y recapitulaciones que sirven para orientar la investigación social por constituir versiones de la *ratio iuris*, y en este caso tienen la tarea de caracterizar teleológicamente determinados planteamientos y las series de decisiones que se refieren a ellos.

Los principios actúan o en contra o fuera de los precedentes. Los principios—en el Derecho anglosajón—aparecen como puntos de cristalización de un nuevo pensamiento institucional, que aún no se han provisto de acciones procesales y sólo con gran fatiga adelantan algún camino en este terreno, por estar en contradicción con el control tradicional de las sentencias judiciales a base de precedentes. La autoridad jurídica de los precedentes no ha decaído aún del sector de relaciones y de problemas donde se va cuajando el principio jurídico. Pero existe ya como principio, en cuanto que es ya punto de partida para un razonamiento jurídico convincente hasta el punto de llevar al juez a tomar decisiones contrarias a las que hubiera tomado de tener sólo en cuenta los precedentes (37). Desde que de un principio tal se han producido reglas concretas, queda sancionado como principio jurídico, si bien su carácter no es tampoco el de regla ni de norma jurídicamente vinculante, dado que se desarrolla en un sistema que determina la extensión de la aplicación de cada principio por virtud de concretas razones para decidir, y no por la constitución dogmática de doctrinas, máximas, principios, etc., tal como sucedería en los regímenes prevalentemente legislativos.

De este modo aparece que los principios son punto de partida del razonamiento jurídico, no como simples instrumentos del pensamiento heurístico, sino como expresión primaria de una decisión valorativa de carácter positivo, que es lo que confiere su legitimación a la regla que debe ser aplicada (38).

Mas la aplicación concreta de un principio incluye consigo una condición institucional: que ese principio aparezca claramente establecido en alguna decisión judicial, si bien dada en un terreno distinto al que ahora va a acogerla por primera vez. La fuerza de la razón no puede inventarse un principio jurídico que sólo fuera un postulado racional. Lo que tiene es que alegar una argumentación jurídica que haya sido

(37) ESSER, cit., p. 245-246.

(38) ESSER, cit., p. 252.

aplicada, aunque en un sector de relaciones y a otro propósito diferente del empleado en el caso problemático ahora. Desde este punto de vista, los principios jurídicos son una forma, universalmente aceptada en el *common law*, del derecho, institucionalizada en el rango de una constatación de derecho positivo. El rumbo racional de la solución viene constatado por esta libertad de selección del precedente aplicable, válida incluso cuando este precedente se halla rigiendo un sector jurídico muy lejano al que de momento nos ocuparía.

Mas el principio dirige la elección de la regla adecuada, según una superior idea de finalidad, incluso cuando, al observador psicólogo, esta primera reflexión se le aparezca como una asociación enteramente espontánea (39).

Se habla mucho de la intuición del juez, de la corazonada del juez, de su ojo clínico al captar la esencia problemática de un caso. Ahora bien, este sentido de orientación no es más que el entrenamiento experimentado en la selección de los principios ordenadores del conjunto del sector jurídico de la vida humana social, patentizado concretamente en la facultad de estimar su actual alcance y función.

Por ello, la fuerza racional de los principios tiene en el *common law* francas oportunidades de manifestarse, tanto como la contenida en los precedentes típicos y en los usos, si bien tras haber superado un proceso crítico de revisión de ciertos precedentes y haber revisado la habitualidad de la práctica judicial de sectores determinados. Pero su autoridad, al igual que la de los usos y de los precedentes, no descansa sobre ninguna ley expresa o positiva, ni sobre alguna declaración escrita, sino sobre afirmaciones de principios hallados en cualquier caso en la decisión de los Tribunales (40).

De este modo se confirma la opinión de Esser de que los principios jurídicos deben estar en todo caso institucionalizados de algún modo viviente y eficaz, o sea, como principios *de* derecho positivo. En el sistema anglosajón el juez debe realizar, bajo su propia responsabilidad, una opción entre las directrices razonables que a su juicio deben orientar el tratamiento actual de los intereses en presencia. Pero esta opción no puede ser tomada entre precedentes y postulados, sino entre precedentes o usos en todo caso, dentro de los principios posibles por estar reconocidos para la evaluación total en derecho positivo (41).

(39) ESSER, cit., p. 256-257.

(40) Según KENT, en ESSER, cit., p. 258.

(41) ESSER, cit., p. 273.

De este modo los principios tienen un control, además de jurídico, ético-político. La racionalidad implícitamente acordada a los principios, es un control válido frente a una lógica conceptual que desatendiera la referencia al fin perseguido en cada regla (42). Pues los principios son instrumentos de la unidad orgánica y de la integridad del pensamiento. Con ellos, el derecho no se hace solamente utilizable, sino que recibe también su carácter de "ordenamiento jurídico". La perspectiva de principios jurídicos existentes que históricamente no vienen actuando como meras reglas positivas, es el inicio de un proceso cognoscitivo que depende de la comprensión que se ha adquirido de la situación objetiva. De ahí que la interpretación de un texto no podría ser nunca interpretación del derecho, sino interpretación de una interpretación del derecho. Ello concuerda con la observación de Radbruch de que la interpretación es resultado de un resultado (43).

El principio nunca es formulado prontamente, sino que se condensa al final de un estadio de casuística jurídica o de larga práctica profesional. Ningún principio es como un axioma o como una verdad evidente caída de las nubes; sólo mediante un largo proceso de maduración histórica, a través de precedentes y de comprobación de idoneidad y fecundidad en su empleo, puede ser descubierto, entendido y conservado, precedente tras precedente (44).

e) *Función de los principios en los sistemas continentales*

En el sistema continental, donde por fuerza legislativa el juez tiene prohibido tomar como norma material que le sirva de referencia posterior ninguna sentencia aunque ésta haya sido estructurada aparte de las previsiones normativas materiales previstas en algún Código o Ley; el principio es solamente una fórmula para una serie de puntos de vista típicamente certeros. Incluso cuando los principios generales han sido objeto de una recepción en un ordenamiento como partes de su texto, su fuerza vinculante y la sanción de su infracción se fundamentan en la existencia de normas singulares apropiadas en la ley. Ellas son las que confieren autoridad al principio. En todo caso (45), la concreción de una

(42) ESSER, cit., p. 289.

(43) ESSER, cit., p. 326-327.

(44) ESSER, cit., p. 340.

(45) ESSER, cit., p. 342.

consecuencia dada a un principio previamente dado y establecido, constituye la razón positiva de la validez de éste.

Pues la unidad funcional de principio-consecuencia es inseparable, y ninguno de ambos términos posee alguna autoridad legal tomado separadamente del otro. El principio nunca es algo definitivo por sí mismo; está siempre en camino, de la mano de las resoluciones que lo aluden para apoyarse en él. Su valía consiste en ser un valor central de declaración y de demostración (46).

Resulta, por tanto, que en los regímenes jurídicos continentales la acuñación de principios no es un acto legislativo unitario de los Tribunales Supremos, sino un proceso continuo donde los precedentes de significación más o menos amplia se desarrollan paulatinamente hasta madurar en principios, hasta llegar al reconocimiento de un principio jurídico material que sale a la luz con la jurisprudencia constante, y que sigue estando sujeto a moldeamientos posteriores. La duración de este proceso es ilimitada. La importancia que merced a la formulación de principios va adquiriendo la jurisprudencia como fuente formal de derecho, es creciente. A este propósito cita Esser (47) la siguiente afirmación de un jurista italiano, país legalista donde los haya: "Los precedentes jurisprudenciales han adquirido de hecho en Europa continental una importancia que a menudo es prácticamente decisiva."

Los principios comienzan su proceso, muchas veces, en ocasión de tener que referirse los Tribunales a materias sociales nuevas, a ocasiones jurídicas inéditas. Pero en la decisión de problemas nuevos los auténticos principios del derecho no se transparentan aún claramente. El derecho es mucho más que el *fiat* de un juez o de un grupo de jueces. La certeza que produce acatamiento es el reconocimiento racional de las verdades y valores presentes en la sentencia o en la ley, y sólo a fuerza de acreditar su idoneidad en cada cuestión aparecen los grandes principios que iluminan claramente un sector entero de relaciones jurídicas. En una palabra (48), "un análisis realista hace surgir en ambos lados una nueva imagen del conjunto del ordenamiento jurídico y de la importancia poseída por los principios prelegales para la creación de instituciones".

Hay un artificio positivista que, según Esser, es preciso eliminar a toda costa. Hay que evitar el hacer depender el reconocimiento de los

(46) ESSER, cit., p. 356.

(47) ESSER, cit., p. 354.

(48) ESSER, cit., p. 370.

principios jurídicos de una artificiosa remisión a los párrafos de algún artículo del Código o de la Ley.

El pensar recibir los principios del derecho común en la *lex scripta* corresponde a la pretensión totalitaria del legislador, que con esta incorporación pretende dar por definitivamente cerrado el sistema y hacerlo formalmente invulnerable. Semejante pretensión de autarquía es propio del ideal enciclopédico de la codificación como un "cuerpo completo y autosuficiente de reglas y principios, que no ha de ser ni desarrollado ni modificado por disposiciones legislativas" (49).

Por el contrario, es inútil querer que los principios jurídicos sean principios legislados en todo caso. Los conceptos dogmáticos, y tales serían los principios jurídicos—llamados ya "dogmas jurídicos" en el medieval Ordenamiento español de Alcalá—son siempre el producto y nunca el presupuesto de una evolución. Cuando la evolución está en marcha, es la fuerza de un nuevo principio la que sustituye la antigua racionalidad del principio general anterior implantando otra nueva. Muchas veces, empero, la prestancia de los principios se ve contrariada no por la aparición de una evolución social de las necesidades humanas, sino por la brutalidad de imposiciones legales o de restricciones interpretativas. Entonces, el aire mismo en que jurídicamente se vive—como diría De Castro—, acondicionado en la racionalidad transparente de los principios jurídicos, se ensucia por miasmas pestilentes y por meteoros engañosos. Se rasga la túnica de nuestro derecho a costa de la cultura jurídica fundamental (50).

f) *Principios jurídicos y comprensión de la realidad jurídica*

Como tanto gusta repetir Esser, los principios del derecho no viven en un mundo aparte, sino que siguen la tendencia social de la vida, entre cuyos rasgos característicos figura hoy la nueva concepción de la seguridad, desarrollada tras un proceso de sedimentación de sentimientos humanitarios de variado origen. Esta tendencia a la seguridad, es ya un principio de derecho que se impone en cada vez más amplias zonas de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea el sistema legal positivo refrendado oficialmente en cada país.

Otro rasgo es la fuerte tendencia moralizadora que se va apoderan-

(49) ESSER, cit., p. 374.

(50) ESSER, cit., p. 381.

do del derecho. La distancia mantenida, gracias a la existencia o ausencia de sanción, entre derecho y moral en los regímenes liberales, ha desaparecido por el desarrollo de nuevas formas de sanción y de nuevas maneras de comprender los deberes individuales y sociales. La responsabilidad de la organización económica y profesional adquiere caracteres antes privativos de los sistemas de sanciones jurídicas. Actualmente, incluso, el pensamiento de la "comunidad" aparece más allá de la organización empresarial y profesional. El deber social de ayuda es algo más que un acto de filantropía. El estrecho contacto social de hoy, que no procede de una condensación del armazón tradicional, sino del crecimiento de nuevos medios políticos, culturales y técnicos, los cuales intensifican el tráfico y aumentan el contacto de las masas, no ha terminado aún de producir sorpresas a los filósofos del derecho y de la sociedad, y su fecundidad en consecuencias no se puede predecir totalmente aún.

Por ello, en el umbral del surgimiento de nuevos principios jurídicos, lo único que podemos definir es la regla que Esser establece: el principio está al final de una evolución, y ello sólo es posible en un sistema abierto, pluralista, no dogmatizado, no absorbido por el estrechez positivista. Ello significa claramente que la racionalidad que se vaya perfilando en la orientación de los hechos institucionales nuevos, aún no transparentes a una visión jurídica perfecta, se condensará en nuevos principios y configurará una nueva cultura jurídica en cuya base, en la integración racional de las instituciones jurídicas, se volverá a encontrar el eterno manantial que desde hace milenios conocemos bajo el nombre de "Derecho natural". Este reconocimiento no es aún explícito en Esser, pero es perfectamente lícito en base de sus investigaciones, sobre todo una vez que hemos participado en la crítica que este autor hace de los iusnaturalismos que no tienen en cuenta el momento de la articulación entre derecho natural y derecho positivo, prefiriendo cerrarse en un dogmatismo arbitrario e inadmisibile.

En una época de socialización, nos encontramos con una "masa de derecho", pero no con un sistema. Para que la masa de derecho se haya convertido en sistema, será precisa la coordinación de las instituciones en su correcto ámbito de eficacia y en los conceptos dogmáticos que las caractericen. Este resultado sólo será posible cuando las confusiones ideológicas terminen y los principios vayan disipando las nieblas sometién-dolas al poder de su racionalidad más transparente.

En todo caso, la idoneidad de un ordenamiento jurídico no puede quedar establecida por la legislación, si ésta no puede ser investigada por comprobaciones constantes y amplias, con referencia sistemática a

las necesidades sociales miradas en su conjunto, de cuya adecuada solución resulta el enunciado de principios jurídicos fecundos. Pues los catálogos que sólo contienen residuos de verdades, son falsos (51).

Del análisis de Esser resulta descartado un derecho natural de tipo racionalista, dentro del cual los principios jurídicos pueden pasar como necesarios, en sentido ontológico e intelectual (52). Pero lo cierto es que, de cualquier modo que se les estime en sí mismos, de pensar que ello sirve para algo, desde el momento en que son examinados en conexión con cualquier realidad jurídica estructurada activamente en el modo que convencionalmente venimos llamando de "derecho positivo", no son necesarios, sino que van incluidos en los cambios que en todo sistema sufren las escalas de valores y la estructura social conjunta.

Los principios positivamente axiológicos y constructores del derecho real no pertenecen al derecho natural racionalista, tanto el auténticamente establecido durante el siglo XVIII europeo, como sus imitadores más o menos inconscientes, idealistas, falsamente neotomistas, etc., basados en la creencia en un sistema legal iusnatural cuya pieza maestra sea incolora imitación del positivismo jurídico en un nivel racional, que es la ley natural tomada como pieza maestra de todo el sistema y que se piensa suficiente por sí misma.

Es verdad que por encima de las soluciones singulares que cada nación adopte (53), nos preocupamos de buscar los "principios universales" de los derechos situados en un determinado nivel de civilización. Pero estrictamente intemporales no lo son ni siquiera los derechos y principios fundamentales—entendidos en versión materialmente jurídica—aunque rebasen las formulaciones estatales. Invariables no lo son ni los principios que informan las soluciones nacionales en las grandes codificaciones, ni las concepciones valorativas que forman su cimiento histórico (54).

Por el contrario, incluso los valores jurídicos supremos están sometidos a una permanente antinomia, de la cual las antinomias axiológicas concebidas no son sino reflejo y pálida imitación (55). Las antinomias verdaderas están en el equilibrio que buscan entre sí las necesidades sociales que buscan satisfacción, y las aspiraciones humanas que intentan felicidad por el equilibrio eternamente buscado en el poder y en el dominio de los instrumentos de actividad personal. De ahí la incertidumbre

(51) ESSER, cit., p. 419.

(52) ESSER, cit., p. 415.

(53) ESSER, cit., p. 415.

(54) ESSER, cit., p. 416.

(55) ESSER, cit., p. 418.

que hay siempre en la línea que delimita el juego de cada institución, así como la precisión de sus finalidades sociales y humanas. La fecundidad creadora de los principios jurídicos aparece aquí para remediar el hecho de que los criterios para una definición extraestructural de la "naturaleza" de una institución jurídica, no pueden ser deducidos de su posición dogmática, sino de su función común en los diversos sectores jurídicos afectados. Sólo la amplitud racional de los principios que configuran la marcha de las instituciones puede mantener la conexión entre sus fines y medios, pero también entre unas instituciones y otras, conjuntadas en la función social permanente de hacer habitable para el hombre la sociedad.

No puede extrañar a nadie, por tanto, la afirmación de que la elucidación científica de estos principios universales, en cuanto a su existencia verificada y alcance institucionalizado, sea, en todos los campos del derecho, objeto permanente de la ciencia jurídica, tanto privada como pública, nacional como internacional.

6. *La doctrina de los principios y las concepciones iusnaturalistas tradicionales.*

El principio lógico o pensamiento interno que informa una institución, sólo revela su carácter universal, si se le somete—dice Esser (56)—a una consideración teleológica que explique las peculiaridades dogmáticas de cada figura a partir del complejo del sistema histórico respectivo. Para que salga a la luz la similitud intencional de la función, hay que dar una explicación genética de las diferencias estructurales advertibles en la concepción y en el desarrollo. Pues ni siquiera las instituciones concretas se ven libres de elementos contradictorios, que podríamos esquematizar bajo la doble dirección de los intereses tradicionales y los intereses nuevos, o entre los intereses de hecho y los intereses de la ordenación racionalmente equilibrada de los mismos.

Por ello, hay un campo en que la continuidad y la universalidad de los principios objetivos de solución a las cuestiones jurídicas aparece más claramente. Es el campo de las verdades y postulados éticojurídicos.

Mas, frecuentemente, las exigencias éticas en el derecho no consisten tanto en máximas formuladas explícitamente, como en inmediatizarse como contagio y pretensión de ordenamiento racional dentro de un sector ya organizado institucionalmente. Por ello, la conciencia jurídica capta

(56) ESSER, cit., p. 438.

este elemento ético, de acuerdo con la posición establecida por Esser, como parte de una polémica jurídico-dogmática concreta, y de modo que va buscando una solución a un problema dogmático. Por tanto, los factores éticos que se presentan como principios jurídicos, no están aislados y tomados en sí mismos, sino que van acompañando insensiblemente un proceso institucionalizador a lo largo de toda su construcción (57).

El adoptar este método heurístico de los principios jurídicos, al observar su función racionalizante en el derecho positivo—misión que se le asigna siempre en toda la tradición iusnaturalista, a pesar de que a veces se le ha omitido su desarrollo práctico al forjarse una concepción iusnaturalista “absolutista-integrista”—tiene una consecuencia tangible: facilitar el redescubrimiento de leyes funcionales, disimuladas bajo la dogmática, en las distintas instituciones jurídicas. Pues tales leyes funcionales son iguales en todos los sistemas, por expresar la adecuación entre necesidades sociales y la organización más fácil y certera, desde los elementos preexistentes de su satisfacción. Esser estudia concretamente tres de estas leyes, referentes al derecho contractual: la necesidad de una delimitación, al atender a la formación real de la voluntad, por medio del llamado principio de confianza; las barreras que a la libertad de contratación imponen los principios referentes al orden público; y la atenuación del rigorismo legal exigido por la seguridad del tráfico jurídico, por causa de las exigencias de la *bona fides* (58). Pero ello no nos interesa ahora más que como ejemplo de referencia para la anterior afirmación. Sí es más sustantiva la conclusión que obtiene más adelante, que indica un camino de avance del iusnaturalismo en el ordenamiento jurídico que hemos heredado del positivismo, aún prevalente a pesar de su inadecuación a las nuevas circunstancias de una edad socializada. Se refiere al creciente desarrollo del principio de la buena fe, el cual, tras la fachada de las instituciones del derecho estricto, va ganando en todas partes asentamiento y contenido material, incluso en los países donde se distingue entre las obligaciones *stricti iuris* y las *bonae fidei*. Funcionalmente (59), la *bona fides* es un principio general para el enjuiciamiento de todos los círculos de deberes; tiene validez universal, aunque sus fórmulas y casos de aplicación se hayan adaptado a la estructura de los diversos derechos nacionales.

Incluso el recurso a la naturaleza de la cosa, pierde, desde esta comprensión, el penoso aire de recurso para salir de apuros que suele presentar en la

(57) ESSER, cit., p. 467-468.

(58) ESSER, cit., p. 471 ss.

(59) ESSER, cit., p. 477.

práctica de muchos Tribunales y en los callejones intelectuales de pensadores antes cerradamente iuspositivistas. Ahora, tomada como un ejemplo de la articulación entre los principios prejurídicos y las reglas positivas, la naturaleza de la cosa expresa bien la atención prestada a las leyes profundas que regulan la relación entre los principios y sus finalidades. Cualquiera que sea la estructura nacional de un ordenamiento jurídico, el modo de hacer valer la función de la naturaleza de la cosa constituye ya un procedimiento técnico relacionado con la estructura dogmática de cada ordenamiento nacional.

A. SÁNCHEZ DE LA TORRE

LA LEY NATURAL COMO PARTICIPACION EN SANTO TOMAS DE AQUINO

SUMARIO.—1. Exigencia metafísica del derecho.—2. Planteamiento y evolución de la ley natural como participación del *esse* en el orden operativo: A) La inmanencia parmenidiana y heraclitea; B) La ley de la naturaleza-participación en Platón; C) Aristóteles: la inmanencia de la ley natural en el singular; D) Ley natural y experiencia jurídica en el derecho romano.—3. Las fuentes inmediatas de la *lex naturalis* en Santo Tomás: A) De la participación predicamental; B) De la participación trascendental.—4. Análisis de la participación predicamental y trascendental de la *lex naturalis* tomista: A) Participación predicamental: a) bien común participado; b) *ratio practica* por participación; B) Participación trascendental: *lex naturalis negativa*.

1. *Ius itaque naturale uniuscuiusque hominis non sana ratione, sed cupidate et potentia determinatur* (1), afirma Baruc de Spinoza. Dentro del ámbito racionalista—una postura filosófica que, por su talante, no debería presentar fisuras, vacíos, contradicciones—, la unanimidad está muy lejos de alcanzarse. La razón, en carrera azorada por la claridad, se revuelve contra sí misma. Por eso, el filósofo de la unidad de la sustancia, al sentirse cazador de la justicia (2), ve el abismo abierto entre la teoría y la práctica (3), y llega a una formulación alejada de la *sana ratio* y apoyada en la *cupiditas* y en la *potentia* del hombre. Afirmación spinoziana que contrasta con el “salto a la trascendencia” que, en este mismo tema, hace un contemporáneo suyo, seis años más joven que él, el oratoriano Malebranche: “Il n’y a point d’autre nature, je veux dire d’autres lois naturelles,

(1) SPINOZA, B.: *Tractatus theologico-politicus*, XVI, edc. latina de van Vloten-Land, 1913, 259 (apud VILLEY, M.: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. París, 1958, p. 281).

(2) PLATÓN, al tratar, en *La República*, de la justicia, tilda a los interlocutores del diálogo como *κωνηρέτας*, que aplican la atención, “en torno a la mata”, para que no se escape, y “desaparecida de nuestros ojos no podemos verla más” (432 B).

(3) Sobre la doctrina del derecho natural en Spinoza, cfr. FATTI, A.: *Diritto e diritto naturale nella meditazione spinoziana*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1953, pp. 209 y ss.

que les volontés efficaces du Tout-puissant" (4). Un mismo principio—suficiencia de la razón, que se trastoca en "razón suficiente" (5)—apunta por abajo hacia la debilidad humana—la "verdad" del ser es ahora "certeza" del ser—, y por arriba hacia la trascendencia omnímoda, hacia la Causa total. La "causa segunda", dotada de una naturaleza que le es propia, desaparece (6). Queda una instancia desenfrenada a lo trascendente, que siglo y medio después, en el terreno concreto del derecho, va a sucumbir en la línea spinoziana. Bentham afirma enfáticamente: "Nature has placed mankind under the guidance of two sovereign masters, pain and pleasure" (7). En definitiva, en la dialéctica filosófica, no estamos aquí sino ante el envés de la concepción kantiana que, sin embargo, participa de presupuestos que se encuentran no muy allá. Cuando Kant escribía sobre la naturaleza como "die Existenz der Dinge unter Gesetzen" (8), siendo evidentemente estas leyes las del entendimiento, no hacía sino retozarse en la eterna problemática del ser, pero donde el $\delta\gamma$ parmenidiano, a raíz de las interpretaciones platónica y aristotélica, había tomado una dirección formalista, que en Kant tiene el último peldaño, hacia Hegel.

Estas aproximaciones tienen vigencia en el derecho. La filosofía jurídica, o se mantiene en una tensión metafísica, o queda reducida a una teoría del derecho, de cariz positivista y ametafísico (9). Si Heidegger ha iniciado esa recogida (*Sammlung*) de materiales dispersos, entreverando a lo largo de la metafísica occidental "el olvido del ser", si en un afán de recomenzar se ha intentado reprimar el primer gesto hacia el *esse*—el de

(4) *Entretien sur la metaphysique*, IV, 11.

(5) Aunque un poco a desmano, permítasenos indicar sobre este principio que, como toda la temática de la causalidad, tiene largos alcances en la filosofía del derecho, lejos de ser tomista—aunque haya sido acogida como tal por GRETT, GARRIGOU-LAGRANGE, DESCOQS, NINK, ŚLADECZEK—, dado su apriorismo o formalismo, lejos de ser una filosofía del *esse*, como la tomista, está en una línea que enlaza a Leibniz con Heidegger, a pesar de las protestas de este último, por el olvido del *esse* que se ha operado en la evolución de la metafísica europea. Concretamente, Heidegger se expresa así: "Der Satz vom Grund ist der Grundsatz aller Grundsätze", en su obra *Der Satz vom Grund*, Pfullingen, 1957, p. 21, que incluso utiliza la cursiva en esta frase. Vid. sobre este punto FABRO, C.: *Partecipazione e causalità secondo San Tommaso d'Aquino*, Torino, 1960, pp. 47 y s., n. Más adelante se verá a dónde apunta esta disquisición.

(6) "... et enfin il faut reconnaître l'infirmité et faiblesse de notre nature". DESCARTES: *Meditationes de prima philosophia*, VI, p. 131 del t. VII de la edición de obras hecha en París en 1904.

(7) *Principles of Morals and Legislation*, chap. I, in initium.

(8) *Kritik der reinen Vernunft*, p. 52 de la edc. 2.^a

(9) Cfr. GALÁN, E.: *Ius naturæ*, Madrid, 1961, vol. I, pp. 359 y ss.

Parménides—, desvirtuado posteriormente, tal esfuerzo es aún más apremiante en la filosofía del derecho. Incluso puede apuntarse que la filosofía sobre el derecho, de carácter autónomo y desligada de un sistema filosófico general, sólo surge a partir de la mayor escisión de la ontología occidental—el cartesianismo—que, en el terreno jurídico, queda vinculada a la configuración “clara y distinta” de la teoría del derecho subjetivo (10) y, aun más, al emplazamiento de tal derecho subjetivo como plaza mayor y base radial del derecho (11). Sólo a partir de entonces puede decirse que surgen filósofos exclusivamente del derecho que, por otro lado, no suelen apuntar en muchos casos una ontología original, sino que adaptan a su tema las filosofías de filósofos contemporáneos (12). Este prurito de la filosofía jurídica, que podríamos denominar “contemporaneidad adyacente”, no oculta un paralelismo de crisis. La crisis de la filosofía en general, la crisis de la filosofía del derecho van paralelas. Crisis del derecho es, más estrictamente, crisis de la función y sentido del derecho (13), de la ontología jurídica. De ahí que no sea quizá lo más indicado señalar como solución de la crisis que el derecho “se haga más justo: se objective y sea reconocido como algo distinto de la ley positiva; se acomode a ideales

(10) Realmente el *cogito ergo sum* cartesiano pierde de vista la base ontológica y aun fenomenológica de la verdad. Por ello debería formularse más bien así: *cogitor ergo sum*. Cfr. V. BALTHASAR, H. U.: *Wahrheit*, Einsiedln, 1947, p. 48. Este mismo autor define así el sujeto en la página 35 de la obra citada: “Ein Seiendes nun, das sich selber ermessen kann, weil es für sich selber enthüllt ist, wird Subjekt genannt... sein Sein hat die besondere Form des Selbstbewusstseins”. El derecho, como forma, que cuenta con los conceptos “sujeto de derecho” y “derecho subjetivo”, encontraría en ese *cogito*, y no *cogitor*, una vía para delimitar su sentido. Se concretan bien los antípodas: orden objetivo-orden subjetivo.

(11) VILLEY ha estudiado convincentemente el momento de la aparición de la noción de derecho subjetivo, haciéndolo coincidir con la escuela racionalista de derecho natural, en *o. c.*, pp. 249-83.

(12) Podemos citar muchos ejemplos significativos. COING, H., en sus *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, alza su teoría sobre sociólogos como SOROKIN y VIERKANDT, y en el aspecto filosófico acepta la *Situationsgebundenheit* del existencialismo alemán. HEIDEGGER, SCHELER y, sobre todo, HARTMANN son las fuentes de E. FECHNER, en su *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 1956. El mosaico, por lo demás no perfectamente ensamblado, de C. COSSÍO se refiere a la “teoría de los objetos” de HUSSERL, a la “lógica jurídica” de KELSEN, a una cierta instancia existencialista (ROUCÉS): Cfr. COSSÍO, C.: *El derecho en el derecho judicial*, 2.^a edc., Buenos Aires, 1959.

(13) Sobre este tema, por lo demás tan manoseado, nos parece definitivo el volumen *La crisi del diritto*, Padova, 1953, sobre todos los estudios de RIPERT, CAPOGRASSI, RAVA, DELITALA, GEMOLO, CALAMANDREI; así como D'ORS, A.: *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, 2.^a edc., Madrid, 1956.

espirituales y permanentes, pero, a la vez, pierda su excesiva abstracción y sus desmesurados formalismos; se humanice, se pliegue a la vida, permitiendo al individuo desenvolverse y cumplir sus fines y al juez decidir, en términos de justicia y equidad, los conflictos de la vida de relación" (14). Se puede caer en la llamada por Y. Congar "herejía de la abstracción". Una vuelta a la filosofía del derecho es una vuelta a la filosofía a secas, a la investigación sobre el ser. De ahí la "actualidad del tomismo" (15) como filosofía del *esse*. Al tocar este tema concreto de la ley natural, considerada según la definición de Santo Tomás como *participatio legis aeternae* (16), se hace hincapié precisamente en la *natura participata* de la ley natural, para encontrar en esa realidad metafísica el verdadero meollo de la filosofía jurídica de Santo Tomás. Con esto no se hace otra cosa sino replantear el problema del "Santo Tomás histórico" en un campo muy concreto y no de amplia extensión dentro de la totalidad de su obra (17).

(14) CASTÁN, J.: *Crisis mundial y crisis del derecho*, Madrid, 1960, p. 97.

(15) PIEPER, J.: *Actualidad del tomismo*, Madrid, 1952. "Se trata de hacer posible—se lee en la página 22—una conversación fructífera entre el "espíritu del tiempo" y la tradición del saber de Occidente, una conversación en la que quizá puedan desaparecer las opiniones estériles originadas por los "ismos" epigonales, y en la cual pueda surgir la disposición para aceptar también el lado negativo de esa actualidad, el *no* contra el tiempo, el correctivo."

(16) *St.*, I-II, q. 91, a 2 c.

(17) Los lugares de la obra tomista donde se aborda el tema jurídico, o cuestiones muy ligadas con él, lo resumimos en dos apartados: I. *De lege*; II. *De iustitia et iure*. Es interesante reseñar estas fuentes por orden cronológico ya que en la doctrina tomista sobre la participación hay, como ha mostrado FABRO, C.: *La nozione metafisica di partecipazione*, 2.^a edc., Torino, 1950, un progresivo desarrollo hacia la madurez. Reseñamos estas fuentes, aunque en nuestro estudio nos fijamos primordialmente en la *Summa Theologiae*, ya que podemos considerarla, incluso cronológicamente, como la cristalización de la síntesis tomista. En la cronología seguimos dos fuentes: MADONNET, P.: *Des écrits authentiques de Saint Thomas d'Aquin*, 2.^a edc., Fribourg, 1910; WALZ, A.: *San Tommaso d'Aquino. Studi biografici sul Dottore Angelico*, Roma, 1945; IDEM, *Dict. de théol. cath.* XV-1, París, 1946, 636-640: art. *Thomas d'Aquin*: III. *Ecrits de S. Thomas*. Estas fuentes son:

I. DE LEGE.

In IV libros Sententiarum (1254-56).

In III Sent.:

d. 37, a. 1.

d. 37, a. 2, q. 2 ad 5.

d. 37, a. 3.

d. 37, a. 4.

In IV Sent.:

d. 15, q. 3, a. 1, q. 4.

d. 15, q. 3, a. 2, q. 1.

d. 15, q. 3, a. 2, q. 2.

d. 27, q. 3, a. 3 ad 4.

d. 33, q. 1, a. 1.

d. 33, q. 1, a. 2 ad 1.

Summa contra Gentiles (1258-64).

lib. II, cap. 116.

lib. III, cap. 123.

lib. III, cap. 125.

Este "Santo Tomás histórico" supone una visión de su sistema que supere los "ismos" que, desde lo semántico, pasando por los diversos ofuscamientos, han llevado a la depreciación de la filosofía tomista como filo-

In ep. ad Rom. (1259).

cap. VII, lect. 4.
cap. XIII, lect. 1.

In ep. ad Gal. (1259).

cap. I, lect. 2.
cap. III, lect. 7.

De Veritate (1256-1269).

Q. XVII, a. 3.

In X libros Ethicorum (1266).

lib. V, lect. 2.
lib. V, lect. 12.
lib. V, lect. 16.
lib. X, lect. 14.

Quodlibeta (1269-70).

Quodl. I, q. 9, a. 2.
Quodl. II, q. 4, a. 3.
Quodl. II, q. 5, a. 2 ad 1-2.
Quodl. IX, q. 7, a. 2 (de 1259).

De Malo (1268).

q. II, a. 4 ad 13.
q. XIII, a. 4 ad 6.

In VIII libros Politicorum (1268).

lib. II, lect. 12.

In Psalmos (1272-73).

Ps. XVIII.

In Iob (1269-72).

cap. XI, lect. 1.

Summa Theologiae (1267-73).

Pars I:

q. 1.

Pars I-II:

qs. 90-97.
q. 100, a. 8.
q. 104, a. 3 ad 2.

Pars II-II:

q. 22, a. 1 ad 1.
q. 50, a. 1 ad 3.

q. 57, a. 2 ad 2.

q. 69, a. 2 ad 1.

q. 77, a. 1 ad 1.

q. 78, a. 1 ad 3.

q. 79, a. 2 ad 2.

q. 88, a. 10.

q. 89, a. 9.

q. 120, a. 1.

q. 147, a. 4.

II. DE IUSTITIA ET IURE.

In IV libros Sententiarum.

In II Sent.:

d. 27, a. 3 ad 3.

In III Sent.:

d. 9, q. 1, a. 1, q. 2.

d. 33, q. 1, a. 3, q. 2.

d. 33, q. 2, a. 1, q. 3.

d. 33, q. 2, a. 4.

d. 33, q. 3, a. 4, q. 1.

d. 33, q. 3, a. 4, q. 3.

d. 33, q. 3, a. 4, q. 5 ad 2.

d. 35, q. 1, a. 3, q. 1.

In IV Sent.:

d. 15, a. 1, q. 2 ad 2.

d. 33, q. 3, a. 3.

d. 46, q. 1, a. 1, q. 1.

Contra imp. relig. (1256).

cap. XXI.

In ep. ad Rom.

cap. II, lect. 1.

cap. XIV, lect. 1.

In ep. ad Cor.

cap. IV, lect. 1.

De Veritate.

Q. XXVIII, a. 1.

In X libros Ethicorum.

lib. V, lects. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 11, 17.

sofía del *esse*, llegando a veces a un puro formalismo. A través del estudio del comentario primerizo *In librum Boethii De hebdomadibus* (1257-58), y del más maduro comentario al libro *De Causis*, de Proclo (hacia 1269-73), pero atribuido a Aristóteles en un primer momento, Fabro ha mostrado hasta la saciedad cómo el concepto de participación es clave del sistema filosófico; una participación que acoge la orientación platónica (fuente primaria: Platón; fuentes secundarias: San Agustín, Pseudo-Dionisio, el *De Causis*) y la aristotélica (fuente primaria: Aristóteles; fuentes secundarias: Boecio y Avicenna), y que supone la asimilación dentro del pensamiento aristotélico, del contenido metafísico de la participación platónica, sin menoscabo del valor especulativo de esta síntesis tomista, ya que viene realizada no como una mera amalgama de materiales dispersos que, en aras de una síntesis, quedan desposeídos de su propio sentido. No, la elaboración tomista viene realizada, *ab intra*, con una dialéctica totalmente original que, además, repristina la integridad metafísica del *esse* parmenidiano, reclamada hoy por Heidegger (18), y supera todo formalismo. La tensión dialéctica *essentia-existentia*, que ha llevado a este olvido, no es exactamente tomista, aunque la evolución posterior la haya configurado así. Más bien los dos polos de la fructífera tensión ontológica están en *essentia-esse*, donde *esse* es precisamente el *actus essendi*. En definitiva, la existencia es mero *hecho* de existir, mientras que aquello que constituye al ser como tal es el *actus essendi*: *omnis res est per hoc quod habet esse* (*Sum. contra Gentes*, I, 22). Es, por tanto, con terminología tomista, lo más íntimo de cualquier cosa: *esse autem est illud quod est magis intimum cuilibet, et quod profundius omnibus inest: cum sit formale respectu omnium quae in re sunt* (*St.*, I. q. 8, a. 1). Pues bien, la participación viene entendida por Santo Tomás, como interpreta acertadamente Fabro, como “última razón metafísica de la com-

De Malo.

q. IV, a. 5.

De Virtutibus in Comm. (1271).

q. I, a. 5.

q. I, a. 13.

Quodlibeta.

quodl. VI, q. 5, a. 4 (año 1272).

Summa Theologiae.

Pars I:

q. 21, a. 2 ad 1.

Pars I-II:

q. 56, a. 6.

q. 60, a. 2 y a. 3.

q. 64, a. 2.

q. 66, a. 4.

q. 113, a. 1.

Pars II-II:

qs. 57-61.

q. 123, a. 12.

q. 141, a. 8.

Pars III:

q. 59, a. 1.

(18) HEIDEGGER, M.: *Einführung*, c., pp. 96 y ss., 133 y ss. et passim.

posición real de esencia y acto de ser". En la *Summa Theologiae*, en la I Pars., q. 3, a. 4. (*Utrum in Deo sit idem essentia et esse*), en el tercer argumento leemos: *quia sicut illud quod habet ignem et non est ignis, est ignitum per participationem, ita illud quod habet esse et non est esse, est ens per participationem. Deus autem est sua essentia, ut ostensum est (a. 3). Si igitur non sit suum esse, erit ens per participationem, et non per essentiam. Non ergo erit primum ens quod absurdum est dicere. Est igitur Deus suum esse, et non solum sua essentia.*

Esta noción intensiva de participación se expande luego (extensividad o continuidad ontológica) en una gama predicamental que alcanza todo el ámbito metafísico, incluida la misma ley natural (19), que obliga en función de su participación de la ley eterna (*St.*, I-II, q. 91, a. 2 ad 1).

En realidad no constituye algo revolucionario este intento de Fabro (20)

(19) A ello hace referencia, pero sin explicitar más, el mismo FABRO, C.: *La nozione*, c., p. 290.

(20) Han expuesto este carácter fundamental de la participación en Santo Tomás, aparte de precedentes más remotos, en orden cronológico: SÖHNGEN, G.: *Das scholastique Axiom: "ens et verum convertuntur" als Fundament metaphysischer und theologischer Spekulation*, Münster in W., 1930; HORVATH, P.: *La sintesi scientifica di San Tommaso*, I, Torino, 1932 (el autor procede de Friburgo); MARC, A.: *L'idée de Bête chez saint Thomas et dans la scolastique postérieure*, "Archives de philosophie", X, 1, París, 1933; SCHELLER, E.: *Das Priestertum Christi im Anschluss an den hl. Th. v. A.*, Paderborn, 1934; MUNDHENK, I.: *Die Begriffe der "Teilhabe" und des "Lichts" in der Psychologie und Erkenntnislehre des Thomas von Aquin* (Inaugural-Diss.), Würzburg, 1935 (desde el punto de vista protestante); SÖHNGEN, G.: *Thomas von Aquin über Teilhabe durch Berührung*, "Scientia Sacra", Theol. Destg. f. Kard. Schulte, Köln-Düsseldorf, 1935, pp. 114-141; y el mismo más tarde en "Die Einheit in der Theologie", München, 1952, pp. 107-139; SIEWERTH, G.: *Der Thomismus als Identitätssystem*, Frankfurt a. M., 1939; FABRO, C.: *La nozione metafisica di partecipazione in San Tommaso d'Aquino*, Torino, 1.^a edc. 1939, 2.^a edc. aumentada, 1950; MÜLLER, M.: *Sein und Geist. Systematische Untersuchungen über Grundproblem und Aufbau mittelalterlicher Ontologie*, "Beiträge zur Philosophie und ihre Geschichte", 7, Tübingen, 1940 (este autor, así como SIEWERTH, no parte de una base tomista); ISAYE, G.: *La théorie de la Mesure et l'existence d'un maximum selon saint Thomas*, "Archives de philosophie", XVI, París, 1940; GEIGER, L. B.: *La participation dans la philosophie de saint Thomas d'Aquin*, Bibl. Thom., París, 1942; HAYEN, A.: *L'intentionnel dans la philosophie de saint Thomas*, "Musseum Laessianum", sec. phil., 25, París, 1942; VAN ROOIJEN, H.: *Die thomistische Participationslehre*, Nimega, 1944; DE FINANCE, J.: *Etre et agir dans la philosophie de saint Thomas d'Aquin*, París, 1945; DE RAEYMAEKER, L.: *Philosophie de l'être. Essai de synthèse métaphisique*, Louvain, 1946; LEGRAND, J.: *L'univers et l'homme dans la philosophie de saint Thomas*, "Musseum Laessianum", sec. phil., 27, París, 1946, 2 vols.; LITTLE, A.: *The platonic heritage of Thomism*, Dublín, 1949; LYTTKENS, H.: *The analogy between God and the world by Thomas of Aquin*, Uppsala, 1952; GIRARDI, G.: *Metafisica della*

que, por otra parte, nosotros vamos a emplear como base de la noción tomista de ley natural. Pero respecto a la doctrina de la ley natural parece que, aparte de la inflexión trascendental, apenas se ha hecho otra cosa—por lo demás dentro de la orientación formal—que establecer una tensión derecho natural-derecho positivo. Tal tensión, que evoca el paralelo metafísico *essentia-existentia*, puede derivar, y se intentará mostrar, de un evidente “olvido del ser”, en la filosofía de lo jurídico. Precisamente así se manifiesta con una cierta claridad que en esa tensión, a un predominio del “derecho natural” sobre el positivo (escuela racionalista del siglo XVII), ha seguido como una contrapartida la revancha de la ley positiva, hasta el punto de hacer relegar la teoría del derecho natural a un producto cultural de la tradición greco-escolástica, o a una “ideología metafísica”, concretamente porque al decirse, con escándalo positivista, que la ley positiva contraria al derecho natural (intelecto de Dios, voluntad de Dios, naturaleza del hombre) no es ley, se piensa una contradicción: si no es ley, entonces ¿cuál es, ciertamente, el contenido de lo jurídico? (21). Esto da pie a las interpretaciones sociológicas del derecho natural que si bien, entendido lo sociológico como “condicionamiento”, se muestran fructíferas, no lo es así cuando se presentan como “determinación”, conforme a la distinción de Truyol (22). En definitiva, lejos de considerar el derecho natural como una ontología de la ley, queda reducido a una “ideología”, conforme a una sociología del conocimiento (23).

causa esemplare, Torino, 1954; HAYEN, A.: *La communication de l'être d'après saint Thomas d'Aquin*, París Louvain, 1957; FABRO, C.: *La problematica dello "esse" tomistico*, “Aquinas”, II, 1959; IDEM: *Partecipazione e causalità secondo San Tommaso d'Aquino*, Torino, 1960. Algunas de estas interpretaciones no están exentas de ambigüedades. Vid. FABRO, C.: *La nozione*, c., pp. 8-24, y *Causalità*, c., pp. 38-57. Por parecer la más perfilada, se sigue aquí la orientación de FABRO.

(21) La expresión sintomática de “ideología metafísica” la hemos tomado de Cossío, C.: *El derecho*, c., p. 220, cuyo formalismo aprehendido de KELSEN es evidente, y cuyo desprecio, paralelo a la ignorancia, de la metafísica jurídica, se remata en este diagnóstico: “No desarrollaremos más el punto porque la postura iusnaturalista está en quiebra dentro del mundo científico-dogmático” (*l. c.*). Sobre la exigencia de una metafísica del derecho, cfr. RECASENS, L.: *Filosofía del derecho*, México, 1959; RUIZ-JIMÉNEZ, J.: *Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, 1960.

(22) TRUYOL, A.: *Fundamentos de derecho natural*, Barcelona, 1954, c. VII: “Sociología del derecho natural.”

(23) Tal nos parece la posición de N. BOBBIO, cuando define el iusnaturalismo como la orientación de pensamiento jurídico para la que una ley para ser ley debe ser conforme a una justicia; y al mismo tiempo reduce la filosofía en general, a una mera ideología: *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, p. 13 (vid. una breve crítica sobre este punto, GALÁN, E., *o. c.*, pp. 291 y ss.). Sobre el papel de la socio-

No se pretende aquí hacer una revisión de estas posturas, sino de aventurar hasta qué punto el formalismo de la teoría del derecho natural ha llevado a estas "liquidaciones" epigonales, y cómo la síntesis tomista, re-priminadora y recreadora del *esse*, se aparta de la interpretación del derecho como mera forma.

Una nueva vía, quizá, similar a la que se ha iniciado en el plano del problema del ser, puede revalorizar el estudio de un "Santo Tomás histórico", hecho desde dentro, referido a la ley natural, y hacer ver el carácter básico de la participación tomista. Esto supone, previamente (n. 2 del sumario), analizar la progresiva formalización de la ley en Platón y en Aristóteles, hasta la experiencia jurídica romana: la unidad del *esse* parmenidiano queda desarticulada. De ahí pasaremos (n. 3) a un examen del desarrollo de las fuentes de la doctrina de la ley en Santo Tomás, así como la elaboración de las mismas llevada a cabo por Santo Tomás desde su peculiar posición ontológica. Por último (n. 4), se desarrollará el carácter participado de la ley natural, tanto en el orden predicamental o unívoco—problema de la ley humana—, como en el orden trascendental o análogo: referencia a la ley eterna. Estos dos órdenes—horizontal y vertical—configurarán la fisonomía ontológica del *ius naturale* en la filosofía tomista.

2. Veamos las líneas de esta evolución:

A) *La inmanencia parmenidiana y heraclitea.*—Es escaso y contradictorio el estudio sobre las posibles aportaciones de Parménides a la filosofía de la ley (24). Sólo Wolf parece haber dado, respecto a Parménides, una interpretación de la importancia que $\delta\acute{\iota}\kappa\eta$ tiene en el pensamiento parmenidiano. Sin embargo, esa interpretación no va exenta de la influencia heideggeriana en el historiador de la filosofía del derecho.

El ser, el $\delta\upsilon$ de Parménides, es la actualidad simple que se afirma. No un algo cerrado, sino como el núcleo esencial de todo ser, de todo pensar, de toda instancia, de toda armonía, de toda verdad. Parménides está antes de toda inflexión dialéctica objetivo-subjetiva. Sólo después, con Platón y

logía del conocimiento en el derecho natural, cfr. LECLERCQ, J.: *Du droit naturel à la sociologie*, París, 1960, p. 165.

(24) Se tienen en cuenta en este estudio, ELÍAS, F.: *Historia de la filosofía del derecho y del estado. I. Oriente, Grecia y Roma*, Madrid, 1946; VERDROS, A.: *Grundlinien der Antiken Rechts-und Staatsphilosophie*, 2.^a ed., Wien, 1948; DEL VECCHIO, G.: *Storia della filosofia del diritto*, Milano, 1950; WOLF, E.: *Griechisches Rechtsdenken. I. Vorsokratiker u. frühe Dichter*, Frankfurt a. M., 1950; JONES, J. W.: *The Law and legal Theory of the Greeks*, Oxford, 1956; TRUYOL, A.: *Historia de la filosofía del derecho*, I, 2.^a ed., Madrid, 1956.

Aristóteles, el "ser" deviene "forma de ser" o "tener una forma". Por lo que la ontología es, en cuanto ciencia del "ente en cuanto ente", ciencia de las determinaciones del ser: el ente es lo-que-está-ahí-siendo, un puro hecho, por tanto. En Parménides, "ser" y "verdad" coinciden no en el sentido idealista, sino en el sentido de que todo pensamiento es del ser, y no hay ser más que para el pensamiento. Así el pensamiento no es actividad del sujeto en orden a determinar qué es el ser, sino algo radicado en el mismo ser. "Es necesario decir y pensar que el ente es: puesto que solamente el ser es, la nada por el contrario no es" (*Fr.* 28 B 6, 21-22; *Dleis*, I, 232). Aunque el autor no hace excesivo hincapié en ello, parece acertada la posición de Elías cuando afirma que *δίκη* (25)—existiendo, como se verá, una relación íntima entre *εἶναι*, *λόγος*, *φύσις*, *δίκη*, *ἀλήθεια*—expresa en Parménides el paso a una concepción meramente gnoseológica de lo justo: "la ley del proceso mental para alcanzar la verdad en las cosas, su orden" (26). Si bien, el adverbio "meramente" parezca desconocer la identidad parmenidiana entre ser y pensamiento.

Pero el ser se contrapone a lo "mucho", las cosas, el devenir, la *φύσις*, lo que es objeto del conocimiento sensible, lo que sólo puede ser objeto de una *δόξα*, de una opinión. La versión que Platón nos ha legado de Parménides en su diálogo homónimo, así como la aristotélica, han transmitido una visión del ser parmenidiano, consistente en ser lo opuesto al no-ser, lo "uno" como opuesto a lo "mucho". Y en realidad tal dialéctica existe, pero no como de términos contrapuestos. Para Parménides hay tres vías hacia el ser: la verdad, el error y la opinión. La opinión es distinta del error, es una verdad a medias sobre lo que deviene, sobre lo que "se opina" estar fuera del ser. Pero cabe una verdad total sobre lo que deviene, ya que el pensamiento aprehende el ser en todo y reduce lo "mucho" a la unidad de lo real (27).

(25) Dos divinidades encarnaban la justicia para los griegos: Temis, hija de Zeus, que sería como el símbolo de la armonía de la naturaleza llevada al terreno de las relaciones entre los hombres; mientras que Diké, hija también de Zeus, imponía orden mediante la palabra, no allí donde está la luz, como Temis, sino allí donde dominan las tinieblas (Diké, ordenamiento fundado en la palabra, viene de decir). Cfr. ELÍAS, F., *o. c.*, pp. 69 y ss.

(26) *O. c.*, p. 72.

(27) Siguiendo el análisis hecho por FABRO a HEIDECGER, se explica concisamente cuando venimos diciendo: "Parmenide coglie indivisibile la verità nell'Essere come Uno..., infatti l'Essere è vero sin quanto è (esistente): ma è il divenire della *physis* ch'è la verità, non *in quanto è in divenire*-perchè allora si trova fratunmato nei "molti"—ma in quanto il *divenire*, è, ovvero in quanto quel che per l'opinione è il

En este ser incide la *δίκη* entendida como principio de armonía del mismo ser, como red de ligamentos que mantienen al ser entre la Violencia (*Ἀνάγκη*) y el Destino (*Μοῖρα*). Algo así como el ortocentro de un triángulo que mantuviera en diferentes pero constantes tensiones los diversos puntos del polígono. O, más estrictamente, en el plano metafísico, Diké es la ley inmanente del orden formal, que hace converger y coincidir en sí el aspecto sustancial y el aspecto dinámico del ser, puesto que ambos se reducen al mismo *primum metaphysicum*: el ser. Diké, en el caso del hombre, es ese centro de tensiones, no de un individuo, sino de un tipo: rey, esclavo, vagabundo...; la Diké mantiene al ser en su esencia particular, en su pureza. Wolf sostiene que Diké significa y atestigua para Parménides lo mismo que Aletheia: la cómplice del ser que abre la puerta a las Horas (28).

Pero además de Diké, está Nomos. Parece que la polaridad *φύσις* (el ser)—*νόμος* venga dada por vez primera no en los sofistas (23), sino en Parménides, que no utiliza el término *νόμος*, sino el perfecto del verbo: *γενομίσθαι* (30). Sería así la opinión del vulgo, una de las vías hacia el ser que se han reseñado, pero que no excluye la verdad sobre aquello mismo que puede ser objeto de la simple opinión. En este punto concreto Heráclito va a ser más explícito. Se ha contrapuesto Parménides a Heráclito, cuando en realidad, y en la cuestión que tratamos—determinar la Aletheia, la Diké del ser—, están de acuerdo (31): para Heráclito, todas las cosas son el Uno (*Ἐν πάντα*: 22 B 50, 17). Pero Heráclito, como opina Rein-

divenire dei contrari nei molti, per l'intelletto è l'Essere dell'uno, vale a dire appare e si presenta come lo è dell'esistente" (*La nozione*, c., p. 86, n.).

(28) "Es ist für Parmenides *ὄν*, dass er Aletheia erkennt und bezeugt. Dike erscheint demnach an dieser Stelle des Mythos als Helferin. Auf die Fürsprache der Horen hin öffnet sie das Tor. Die Horen, heisst es, sprechen der Dike freundlich zu", en o. c., p. 291. Es evidente la influencia heideggeriana de esta interpretación, como lo pone de manifiesto FABRO: para HEIDEGGER, el "ser" coincide con el "hacerse presente del presente", lo que equivale a una dicotomía formal que, paradójicamente, al pretender salvar la dialéctica formal de la tradición ontológica occidental, incide en ella (cfr. *Partecipazione*, c., pp. 90 y ss.). WOLF, en cierto sentido, fragmenta, con una instancia formal, la exigencia parmenidiana: lo jurídico es inmanente a la estructura misma del ser.

(29) Así GALÁN, E.: *Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, 1947, siguiendo a J. SAUTER.

(30) Cfr. REINHARDT, K.: *Parmenides und die Geschichte der griechischen Philosophie*, Bonn, 1916, pp. 81 y s.

(31) Así fue visto por REINHARDT, K., o. c., pp. 33 y ss., de quien sacamos la cita de Heráclito. En esta línea, HEIDEGGER, M.: *Einführung*, c., p. 104.

hardt, sostiene que en el obrar (ser en sentido dinámico) hay Physis y Nomos, a la vez, salvada en todo caso la unidad del ser: Nomos en cuanto se siguen falsas representaciones de ese ser, Physis en cuanto esas mismas representaciones falsas se encuentran en concordancia con la ley divina. "Todas las leyes humanas se alimentan de una: la divina" (32). Es decir, que no hay separación entre la ley divina—intrinsicidad misma de las cosas—y las leyes humanas que se alimentan, que "participan" de esa ley divina. El Uno se mantiene incólume: el Nomos es tal por participación.

La instancia parmenidiana de la unidad del ser es tomada después por los neoplatónicos y, a través del *De Causis*, como ha mostrado Fabro (33), pudo llegar a Santo Tomás. Pero no así, como veremos, ocurrió con la doctrina jurídica, a no ser de una manera indirecta; es decir, supuesto el horizonte general de la metafísica tomista.

B) *La ley de la naturaleza-participación en Platón.*—La sofística, creemos, fuera de ser una unidad filosófica (Grote, y en el terreno de la historia de la filosofía del derecho Sauter, y entre nosotros Galán), es un ámbito cultural (Zeller) donde, al centrarse lo filosófico en el hombre, se recae en el tema Nomos-Physis. La unidad óntica comienza, hasta cierto punto, a desgajarse. Physis como producto de la mente divina; Nomos, de la mente humana. Pero no hay tanta rigidez: el Nomos humano puede convertirse en natural: "una convención humana—fruto, claro está, de una *φύσις* previa—puede formar parte de su propia naturaleza" (34). En realidad el tema del hombre supone un nuevo punto de vista sobre lo jurídico.

La doctrina platónica de la Idea (35) se mantiene, por un lado, en la línea parmenidiana, ya que la Idea es lo que es (36) y distinta de las cosas sensibles. Además sólo en la Idea reside la posibilidad de pensamiento. Pero se aparta de ella, o más bien, fractura la unidad del ser de Parménides al considerar el *εἶναι* como algo relacionado con la *οὐσία*, pero sin consistencia metafísica propia. Sólo la forma en acto del ser es, mientras

(32) *τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἄνθρωποι νόμοι ὑπὸ εἰνός τοῦ θεοῦ* (f. 114; DIELS, I, 100).

(33) FABRO, C.: *Causalità, c.*, pp. 91-100.

(34) PANIKER, R.: *El concepto de naturaleza*, Madrid, 1951, p. 118.

(35) Seguimos a ROBIN, J.: *Platon*, París, 1935; BROCHARD, V.: *La théorie platonicienne de la participation*, en "Etudes de philosophie ancienne", París, 1954; LORIAUX, R.: *L'être et la forme selon Platon*, Bruges, 1955. En el aspecto jurídico:

SCIACCA, M. F. Il problema della giustizia nel 1. I: della Republica de Platon en "Studio della filosofia antica", Napoli, 1935; CAIRNS, H.: *Legal Philosophy from Plato Hegel*, Baltimore, 1949, y los autores citados en la nota 24. Sin embargo, nuestra interpretación no puede ser sino aproximativa: la "plurivalencia" de la interpretación de Platón es un hecho histórico que va de Aristóteles a Heidegger.

(36) *Rep.*, 479 A.

que el ser, como ser, no es. Ahora bien, y aquí vienen el meollo y las fluctuaciones platónicas, hay que ver cómo esa οὐσία existe: fuera de las cosas o con ellas. En definitiva, esta problemática es, así, la de la φύσις.

A veces φύσις es sinónimo de οὐσία (37): saber de algo es saber su ἀληθῆ φύσιν (38), y una persona realiza lo que le es propio “de acuerdo con su naturaleza y en el momento oportuno” (39), de donde la φύσις es el principio específico de su hacer (40). De ahí que esa φύσις, se dice en el *Timeo* (83, E), actúe conforme a unas leyes propias: οἱ τῆς φύσεως νόμοι.

El problema, pues, de las cosas singulares sigue sin resolver, porque la φύσις no son esas cosas. Aquí se encuadra la “participación” platónica; concepto, por lo demás, no unívoco, ya que ha sufrido modificaciones desde sus primeras formulaciones hasta las de madurez. La participación expresa la relación existente entre lo singular y el Uno, la Idea.

La ciencia, para ser tal, ha de ser de la Idea, no de lo singular y concreto que, por sí, sólo puede ser objeto de opinión: sólo es posible el conocimiento en las formas, porque sólo en ellas reside la inteligibilidad (y la realidad, consiguientemente). Lo múltiple sólo es concebible en el Todo, en la Idea, gracias a que se da una participación (μέθεξις) de lo múltiple en el Uno. Conocer al hombre no es conocer a Fedón, o a Sócrates, o señalarlos con el dedo, sino conocimiento de la especie “hombre” que configura a Sócrates o a Fedón como tales (41).

El diálogo *Parménides*, y aún más, el *Sofista*, van a mostrar posteriormente una más cuidadosa formulación de ese participar que hace posible el conocimiento y la existencia de lo singular. En efecto: la objeción parmenidiana se impone. En el diálogo homónimo, no le parece a Parménides que con la participación haya quedado salvada, al mismo tiempo, la unidad del ser y la diversidad de lo mucho. Tal semejanza debe tener una consistencia óptica, nexo entre la Idea y el individuo, debe constituir un “tercer hombre”, y éste a su vez otro, y así hasta el infinito. En este punto, Platón perfecciona la μέθεξις con la μίμησις, y se establece dialécticamente entre las cosas una procesión cualitativa hacia las Ideas, de las que son semejantes. Las Ideas vienen a ser configuradas como formas de las cosas, y las cosas son en cuanto se reducen a μίμησις de las Ideas, entre las cuales también hay participación, jerarquía, en cuya cima está la Idea del Bien.

(37) *Gorg.*, 495 A.

(38) *Rep.*, 612 A.

(39) κατὰ φύσιν καὶ ἐν καιρῷ (*Rep.*, 370 C).

(40) τοῦ ἀνθρώπου φύσις (*Rep.*, 395 B).

(41) Esta doctrina platónica viene expuesta en el libro A de la *Metaphysica* de Aristóteles, 987 b a 991 b. Cfr. también *Phedon*, 100 C D.

Esa μίμησις no es sólo estática, sino dinámica. La causalidad del movimiento de las cosas radica en la Idea del Bien, principio de atracción de las cosas, algo así como el sol “que no sólo proporciona a las cosas que son vistas la facultad de serlo, sino también la generación, el crecimiento y la alimentación; sin embargo, él no es generación” (42). Empero, de la dinamicidad de la φύσις a la de la Idea del Bien se pasa a través de dos momentos: el alma o αἰτία (cfr. *Timeo*, 35 A-37 A) y el Demiurgo (cfr. *Timeo*, 29 A). Esta actuación se efectúa porque el Demiurgo lleva al alma, por la dialéctica, a la contemplación de la Idea, y actúa conforme a lo contemplado, de donde se sigue que todo el mundo sensible es imagen del mundo inteligible. El orden vertical de la causalidad, que luego va a potenciar Santo Tomás con la noción de creación (43), se encuentra aquí configurado.

Sobre esta base se engasta la filosofía jurídica de Platón. La Idea del Bien se proyecta sobre el singular, sobre el hombre. O, más bien, este participa de aquélla. ¿Cómo? En su φύσις encontramos la αἰτία, el alma. De ahí que el νόμος, en un primer momento—el inferior—, se asiente en la φύσις del hombre, y no sólo en la Idea, de la que en un momento posterior participa (44). Esta φύσις, en el caso concreto del hombre, es movida por el alma, por la αἰτία, y, a su vez, por el Demiurgo, y, siguiendo esa línea de ascendencia causal, llegamos hasta la φρόνησις, un modo del νοῦς—pensar idéntico al ser, propio de los sabios—, aquel modo precisamente que enlaza el saber superior con el orden de la armonía de conducta, de dinamicidad del propio hombre. En esa φρόνησις se encuentra precisamente la δίκη, o mejor la δικαιοσύνη, práctica del bien—en cuanto conocido—en el orden social. De ahí ya podemos ascender, siempre cualitativamente, hasta la Idea del Bien, norma y causa suprema de toda actividad, realidad ontológica última, el Todo, providencia divina (45).

Por tanto, se podría establecer una “continuidad metafísica” trascendental que, tanto en el orden estático como dinámico, y empezando por el momento inferior, se desarrolla así: νόμος, φύσις, αἰτία, ἄριστος (Demiurgo), φρόνησις—δικαιοσύνη (en cuanto ésta es un modo de aquélla, que a su vez

(42) *Rep.*, 508 B; trad. de PABÓN-FERNÁNDEZ-GALIANO, Madrid, 1949, t. II, p. 217.

(43) FABRO, C.: *Causalità, c.*, pp. 91-100.

(44) En contra, VILLEY, M.: *Leçons, c.*, pp. 123 y ss.: “Le système de droit exposé, notamment dans la République, ne prend pas principalement source dans l’observation de la nature, mais ailleurs, dans l’*Idee de justice*”. En realidad, nos parece que por no ver que en Platón la φύσις coincide con la οὐσία, y, por tanto, es μίμησις de la Idea, y en cambio no se identifica dicha φύσις con lo singular, es por lo que VILLEY opina así.

(45) δία τήν τοῦ θεοῦ... πρόνοιαν (*Tim.*, 30 C).

lo es del νοῦς), ἰδέα. En esta "continuidad", el elemento de engarce es siempre la participación, como noción metafísica fundamental. Participación en el orden estático, que se perfila con la imitación en el orden dinámico del ser.

Tal vez por eso en la *República* Platón no haya dado excesiva importancia al νόμος, fruto de mera convención humana, que sólo después, en *Las Leyes*, por una mayor orientación pragmática, adquiere mayor relieve.

Esta doctrina de la ley no enlaza directamente con Santo Tomás. En su época sólo se conocen amplios fragmentos del *Timeo*, en la versión de Cicerón y Calcidio, y alguna copia del *Fedon* y del *Menon* (46). Pero, como veremos, incide indirectamente a través de Aristóteles y, sobre todo, San Agustín.

C) *Aristóteles: la inmanencia de la ley natural en el singular.*—La temática de la participación, no ajena a Aristóteles (47), se deduce más de lo que omite que de lo que afirma. De ahí que, en la visión que vamos a plasmar aquí, no se trata tanto de una esquematización general, abocada probablemente a la falsedad, como de un punto de vista (48), desde el que el observador aborda la cuestión. Este punto de vista es concreto: el "Santo Tomás histórico" en orden a la doctrina de la ley natural.

La posición aristotélica, en un primer confrontamiento con la de Platón, podría resumirse en esta fórmula: la forma es inmanente a lo concreto. Pero al aceptar tal principio, se coloca en la misma dialéctica platónica, aunque, aparentemente, en sus antípodas, pues ya no es el ser, Uno, lo que priva (Parménides), sino que la comprensión, el conocer de algo y del ser, es una síntesis de partes que constituyen el todo (49): en este sentido, el ser queda despedazado, o más bien, queda reducido a un algo supuesto, en cuanto que lo singular—punto de partida de la metafísica aristotélica—es el ente, y no el ser. Es, en definitiva, el ente lo que se predica de muchas cosas y de muchos modos, en cuanto género supremo. De ahí

(46) DE WULF, M.: *Histoire de la Philosophie médiévale*, t. I, pp. 70 y ss. (apud FABRO, C.: *La nozione*, c., p. 46).

(47) Cfr. FABRO, C.: *La nozione*, c., pp. 54-74.

(48) Teniendo en cuenta el *Platon* de E. HOFFMANN (Zürich, 1950); las *Untersuchungen zur Metaphysik des Aristoteles*, Stuttgart, 1953, de M. WUNDT, y la *Einführung*, c., de M. HEIDEGGER, así como las puntualizaciones a estos autores de C. FABRO, *Partecipazioni*, c., p. I, sez. 1 y p. II, sez. 1, creemos haber dado una interpretación puesta al día y haber extraído la dimensión ontológica de la ley en Aristóteles. Conocemos por referencia, no directamente, las interpretaciones de HAMBURGER y SIEGFRIED a la doctrina jurídica de Aristóteles.

(49) Cfr. *Metaph.*, V, 25; 1023 b 24 ss.

que la metafísica es la ciencia del “ente en cuanto ente y de las propiedades que por sí le convienen” (50).

A esta posición se ha llegado a través de la crítica de las Ideas. Hay que partir de lo sensible, de lo que nos viene dado por la experiencia, que es lo múltiple: aquí está la fuente de conocimiento. Pero, aun en ese paralelismo, uno es el ser lógico y otro el ser real. El orden lógico es orden de conceptos, el real es orden de modos de ser de las cosas. ¿Cómo se opera la síntesis?

En principio, lo sensible hace referencia a lo racional, puesto que lo singular lo hace a lo universal, único objeto posible de conocimiento (51). La φύσις no es algo separado de las cosas, sino algo que, estando en las cosas, estando presente en lo particular, es lo universal de esa presencia.

El ente es lo concreto y, al propio tiempo, el universal que es, ya que las diversas formas de ser no tendrían sentido a no ser que, previamente, se conciba aquella que se predica de diversas formas. La forma es así, con terminología de la escuela, el *primum metaphysicum*. El acto último es la forma sustancial, algo divino y apetecible (52).

Pero, al decir sustancial, hemos hecho referencia a una de las diversas formas de ser, pues el ser puede decirse de muchos modos (53). Precisamente, al predicar, podemos referir un predicado a un sujeto al que haga referencia intrínseca (ser *pe se*), o al que haga sólo una referencia extraña a la esencia, a la que, no necesariamente, está adherida (ser *per accidens*) (54). Primer modo, por tanto: ser sustancial-ser accidental.

El movimiento—única presencialidad de lo singular—supone asimismo una φύσις, como principio de movimiento, no separado de las cosas—como en un reino de las ideas, inexistente—, sino inmanente a lo individual concreto (55). Pero el movimiento, eliminada la dialéctica ser-no ser, queda reducido a la admisión de un modo de ser real potencial, dispuesto a ser actuado, a recibir la forma que lo mantenga en el ser. Ser en acto-ser en potencia.

Hay, sin embargo, tantas clases de movimiento como de seres *per se* que se mueven (56). Estos modos de ser son sustancia-accidente. Al predi-

(50) *Metaph.*, III, 1; 1003 a 21.

(51) *Phys.*, I, 8; 191 a 24.

(52) *Phys.*, I, 8; 192 a 16: "ὄντος γάρ τινος Θειοῦ καὶ ἀγαθοῦ καὶ ἑφετοῦ.

(53) δια τὸ πολλαχῶς φάναι τὸ ἐν λέγεσθαι καὶ τὸ ὄν (*Soph. El.*, 32; 182 b 26.

(54) *Metaph.*, V, 7; 1017 a 10 y ss.

(55) *Phys.*, VIII, 1; 250 b 11 y ss.

(56) *Phys.*, III, 1; 201 a 8.

car de Sócrates que es hombre o que es músico, en el primer caso se habla de un modo de ser sustancial, y en el segundo, de un modo de ser accidental. "Se habla", hemos escrito: ¿estamos, pues, en el terreno del ser (predicamentos) o en el de atribución lógica de un predicado a un sujeto (predicables)? En ambos terrenos, ya que se trata de una derivación lógica de los modos de ser de las categorías o predicamentos, pues cuantos son los modos de predicar, tantos son los modos de ser. Son las formas de predicar (orden lógico) las que constriñen a reconocer formas diversas de ser (orden real). Así podría matizarse la afirmación de Paniker, para quien "naturaleza", según Aristóteles, es la sustancia segunda (universal *in predicando*), subordinada a la sustancia primera (universal *in essendo*).

Según esto, de la sustancia en cuanto forma no puede decirse que tiene una determinada densidad ontológica, distinta en cada ser. Sólo en cuanto unida a la materia se puede hablar de "un más o un menos" (57). He aquí el resquicio abierto a la participación que Aristóteles (58) admite, en cierto modo, en el orden lógico y en el físico de lo corpóreo. En este último por lo que acabamos de ver; en aquél, porque en el orden predicamental, muchos individuos realizan una misma razón específica. En el orden sustancial no hay, para Aristóteles, participación posible.

Y esto, por haber "olvidado el ser". Santo Tomás va a ensanchar el horizonte de la doctrina del acto y de la potencia, enlazando así, en perfecta síntesis, el orden predicamental (en el que Aristóteles ha entrevisto una participación), y el orden trascendental (desarrollado por Platón mediante el concepto de participación). Para Aristóteles:

— acto: esencia real y, particularmente, la forma.

— potencia: sujeto que recibe la esencia y, en particular, la materia.

En cambio, para Santo Tomás, materia y forma están en potencia respecto al *esse*, entendido como *actus essendi*.

Sobre este fondo metafísico, puede entenderse lo justo natural de Aristóteles, para quien, partiendo de la base de que la naturaleza es la esencia de las cosas y el principio individual de movimiento propio de cada ser, se hallan, por tanto, en esa naturaleza, las propias virtualidades y la propia dirección del movimiento: *φύσικον δίκαιόν*, conforme al cual se rige el individuo en cuanto tal y en cuanto perteneciente a la sociedad. Lo justo no es Idea, sino una formalidad inmanente a la naturaleza del hombre que actúa, y que se "determina" en la ciudad por medio del justo normado (*νόμιμον δίκαιόν*). Lo justo natural, en sí, no admite un más o un menos, en

(57) *Metaph.*, VIII, 3; 1043 b 32.

(58) Cfr. FABRO, C.: *La nozione*, c., pp. 70 y ss.

cuanto es siempre el mismo e inestable (paralelo a una forma sustancial). Pero este justo natural se predica de distinto modo, como la misma naturaleza, en la que dicho justo radica, se predica de forma distinta, decíamos, en los entes, evidenciando así diversas realizaciones de justo natural.

Esta predicación de la formalidad de lo justo se da, no en cuanto en la sustancia segunda (orden lógico)—en correlato con la sustancia primera (orden ontológico)—, sino en cuanto radicaba dicha formalidad en lo singular. De ahí que haya un *δίκαιόν διανεμητικόν* o distributivo, que se predica analógicamente, según “un más o menos”, precisamente aquel que se deriva de la distinta forma cómo lo singular es “más o menos”—sustancia unida a la materia—, por analogía respecto a lo que, en sí, no admite “más o menos”, es decir, sustancia en cuanto forma. Lo justo de una persona concreta es lo que le corresponde por ser tal persona, y su justo es distinto del de otra persona: en el sentido de formalidad idéntica y sin variaciones en sí, pero diversa en cuanto radicada en una materia concreta (59).

E incluso, lo justo sinalagmático, que parece ser siempre idéntico en cuanto que hace referencia a las cosas y no a las personas, tienen en cuenta ese “más o menos”, inexplicable si no se admitiese esa predicamentalidad horizontal. En efecto, esa justicia aritmética, o se da en un pacto, en el que se tiene en cuenta lo concertado por las partes, que no son mónadas, sino singulares concretos, informados según “un más o un menos”, o bien son objeto de una especificación judicial según “un más o un menos”.

Por último, lo justo normado es justo en cuanto participa de lo justo como formalidad inmanente en la naturaleza. Lo justo normado no tiene otra dimensión ontológica que la de ser determinación de lo justo físico. Determinación que se lleva a cabo por exigencias de la convivencia social. En este sentido disentimos de Galán (60), en cuanto que condena como

(59) ὡσπερ οὐδέ ὁ ἀριθμὸς ἔχει τὸ μᾶλλον καὶ ἧττον, οὐδ' ἢ κατὰ τὸ εἶδος οὐσία, ἀλλ' εἴπερ, ἢ μέσα τῆς ὕλης. *Metaph.* VIII, 3; 1043 b 32. “Como el número no admite un más o un menos en su ser, así tampoco la sustancia en cuanto forma”. En el terreno de lo justo, Aristóteles potencia al máximo esa comparación que, líneas más arriba del texto que se recoge en esta nota, se expresa así: εἴπερ εἰσὶ πῶς ἀριθμοὶ αἱ οὐσίαι, “si se admite que las sustancias son de algún modo números”. Nos parece que la aritmética de lo justo—proporción, igualdad, propiedad conmutativa—no representa tan sólo una influencia pitagórica en Aristóteles, sino también algo radicado en su propia metafísica. FABRO, C., *La nozione*, c., p. 71 s., ha visto en este texto la piedra de toque de la participación en Aristóteles, no exenta de un cierto fondo platónico.

(60) Cfr. *Ius*, c., v. II, pp. 35 y s. Por cierto, el texto presenta en el párrafo final de la página 35 una reduplicación de términos (“es decir, tanto el *physicon dikaion* como el *politicon dikaion* son especies del *politicon dikaion*”), que nosotros entendemos, interpretando el contexto: “Es decir, tanto el *physicon dikaion* como el *nomicon*

paralelos lo justo físico y lo justo normado, perpendiculares a su vez a lo justo de la convivencia social. Realmente esto supondría que Aristóteles habría visto en lo justo físico algo estrictamente jurídico, lo que es arriesgado afirmar (61). Lo justo político parece tener un contenido más amplio y vago que el concedido por Galán.

De esta instancia aristotélica va a servirse Santo Tomás en su metafísica de lo justo natural en el orden predicamental. Al estudiar las fuentes directas de la doctrina de la ley natural en el Aquinate, veremos la inflexión dada por él a Aristóteles, bajo este punto de vista que aquí hemos presentado como propio del "Santo Tomás histórico" y en función de la participación.

D) *Ley natural y experiencia jurídica en el derecho romano.*—Parece poder afirmarse la influencia de la filosofía griega sobre el derecho romano que, en un principio, consuetudinario, encuentra después en esa filosofía una base de abstracción y configuración científica (62). Pero la modulación, respecto sobre todo a la ley natural, es distinta, por la ingerencia del universalismo estoico, por un lado (63), por el peculiar objetivismo de Cicerón (64) y por la juridicidad dogmática justiniana (65). En esta exposición de factores deben tenerse en cuenta las mismas limitaciones que nos hemos impuesto antes.

dikaion son especies del *politicon dikaion*." Por otro lado, la palabra "especie" está tomada en un sentido tan vago que podríamos llamar impropio.

(61) Concretamente, VILLEY, M., *o. c.*, p. 253, refiriéndose a Aristóteles y Santo Tomás, dice: "En somme, le domaine du droit pour ces auteurs est bien distinct dans la morale. Mais il n'est toujours distinct de la morale. Il n'existe pas de règles de conduites qu'on puisse nommer spécifiquement juridiques, mais projection dans les choses, sous le nom de *ius*, d'une loi qui est la loi morale." Pero estamos de acuerdo con GALÁN cuando interpreta que, en Aristóteles, lo justo por excelencia es lo justo político que es, a la vez, justo físico y justo normado. Veremos luego en qué sentido.

(62) Cfr. VILLEY, M., *o. c.*, pp. 38 y ss.

(63) Cfr. ALBERTARIO, E.: *Sul concetto di ius naturale*, en "Riv. del Ist. Lomb.", 7, 1924; POHLENZ, M.: *Die Stoa*, 2 vols., 1947-49; WENGER, L.: *Naturrecht und römisches Recht*, en "Wissenschaft und Weltbild", I, 1948; LEVY, H.: *Natural Law in Roman Thought*, en "Studia et documenta", 1949; SABINE, G. H.: *A History of Political Theory*, New York, 1955, p. 156.

(64) SENN, F.: *Les origines de la notion de jurisprudence*, París, 1926, y *De la justice et du droit. La distinction du ius naturale et du ius gentium*, París, 1927; LOMBARDI, G.: *Il concetto di ius publicum negli scritti di Cicerone*, en "Rendiconti Ist. Lomb.", 72, 1938-39; RICCOBONO, S.: *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949; D'ORS, A.: *Los romanistas*, c.

(65) BIONDI, B.: *Il diritto romano cristiano*, 3 vols., Milano, 1952-54, y *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, en "Ius", 3, 1958; GAUDEMET, J.: *L'Eglise dans l'em-*

El estoicismo va a forzar el hilemorfismo de Aristóteles y, paradójicamente, va a tergiversarlo, dándole una orientación abierta a una instancia platónica. La naturaleza, la φύσις, va a identificarse con la οὐσία, pero la forma estoica, ese λόγος σπερματικός —que, además es recta razón: ὀρθός λόγος— va a ser tan inmanente a la materia, que acaba confundándose con ella. De ahí que esa forma de la que todos participan será la ley por excelencia, y, además, es denominada νόμος, no δίκαιόν. Estamos, pues, ante un fenómeno que podríamos llamar de condensación ontológica. Fenómeno que, por abajo, acabará prescindiendo—en las diversas etapas del estoicismo—de la ley natural inmanente, que termina por ser absorbida por una ley universal de carácter ideal (66). La ley positiva queda desvirtuada, y lo justo natural, que es ahora ley natural, se confunde con la recta razón universal. En realidad, se diluye.

Concretamente va a ser Cicerón quien traduzca νόμος por *lex* (67), y no por deficiencia semántica, sino por influencia estoica: *est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna* (68). O también: *ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria... quibus enim ratio a natura data est, iisdem etiam recta ratio data est: ergo et lex quae est recta ratio in iubendo et vetando... legem neque hominum ingenii excogitatum, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia* (69). El eclecticismo ha llevado a esta situación, que cristaliza en los juristas romanos en tricotomía del derecho. Pero para llegar a ello es preciso el impacto de la lógica aristotélica, explícita en los medios de formación de los juristas romanos: gramática y retórica. El derecho consuetudinario romano encuentra aquí la técnica para una elaboración de escuela de la simple experiencia. Tal tarea queda vinculada al círculo de Escipión, principalmente a Mucio Escévola y a Sulpicio Rufo. La ciencia del derecho empieza a configurarse como cien-

pire romain (IV-V siècles), París, 1958, y *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV et V siècles*, París, 1957; GIL CREMADES, J. J.: *Sacerdotium e Imperium (siglos IV y V)* (tesis, en prensa), Roma, 1959.

(66) Concretamente, VILLEY, M., *o. c.*, pp. 135 y ss., establece las siguientes diferencias entre el derecho natural estoico y el aristotélico: primero, es más bien moral e individual; segundo, es impreciso; tercero, es ideal.

(67) Así, D'ORS, A., *o. c.*, p. 7.

(68) *De Republica*, III, 22.

(69) *De legibus*, I, 6.

cia de divisiones y distinciones: la dialéctica, ese procedimiento con el que Cicerón nos dice que intentaba *redigere in artem* lo jurídico (70).

De estas fuentes—estoica y aristotélica—se nutre la jurisprudencia clásica que va a cristalizar en las escuelas de Alejandría, Constantinopla y Berito. Esta técnica se actúa conforme a dos criterios diversos. Villey ha visto (71) en la definición de Gayo (72), de carácter bipartito—*ius civile, ius gentium*—, una influencia más bien aristotélica, aunque el *ius naturale* haya sido sustituido, en la distinción, por el *ius gentium*; sustitución que, en todo caso, estaría más acorde con la experiencia jurídica romana: el *ius gentium* hacía referencia a aquellas instituciones jurídicas surgidos con ocasión del comercio con los *peregrini*. En la clasificación de Gayo encontramos, por tanto: una base aristotélica, una denominación estoica, una experiencia jurídica romana.

Por el contrario, en la clasificación tripartita de Ulpiano (73)—*ius naturale, ius gentium, ius civile*—hay una clara influencia estoica, ya que se observa una escisión entre el *ius naturale*, de contenido ideal, y el *ius civile*, quedando relegado el *ius gentium* más bien a un derecho positivo (74).

Todo ello cristaliza en el derecho justiniano, derecho constituido *ex auctoritate principis*; es decir, la influencia estoica queda dogmatizada, y, en cierto modo, cristianizada. Realmente, la influencia cristiana, tan exagerada por Biondi, ha quedado puntualizada por d'Ors en estos términos: "La misma tendencia del emperador a fundar su legislación en la *natura* no es más que una expresión de la certidumbre sobre el carácter dogmá-

(70) Cfr. d'ORS, A.: Discurso de apertura del curso 1955-56 en la Univ. de Santiago, en *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, pp. 221 y s.

(71) O. c., pp. 121 y ss.

(72) *Digesto*, I, 1, 1, 9: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

(73) *Digesto*, I, 1, 1, 3-4-6: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque comune est... Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit...*

(74) Cfr. *Digesto*, I, 1, 1, 5.

tico de su derecho, ya que en él la *natura* depende de una *providentia divina*" (75).

A Santo Tomás, pues, le llegará esa escisión, dogmatizada y honra de la riqueza metafísica de los griegos, entre la ley natural y la ley positiva.

3. Siguiendo el análisis del "Santo Tomás histórico", pasamos ahora al examen de las fuentes directas de la doctrina tomista de la ley natural. Examen que va a evidenciar, en claroscuro, su originalidad. El análisis de las cuestiones 90 a 97 de la I-II, de la *Summa Theologiae*, por lo demás lugar de excepción dentro de toda la obra del Aquinate, donde queda contenida, en su madurez, la doctrina de la ley natural, nos ha llevado a la siguiente estadística (76) de textos allí citados:

| | | |
|--|-------------------------|------|
| Viejo Testamento | 23 textos | |
| Nuevo Testamento | 34 " | |
| Participación predicamental de la ley natural | Aristóteles | 46 " |
| | Cicerón | 3 " |
| | Cod. justiniana | 11 " |
| | San Isidoro | 25 " |
| Participación trascendental de la ley natural | San Agustín | 25 " |
| | Decreto Graciano | 7 " |

Será preciso examinar cómo Santo Tomás elabora esas fuentes. Nosotros hemos distinguido entre fuentes de la participación predicamental—Aristóteles, Cicerón, Codificación justiniana y San Isidoro—, de aquellas fuentes de la participación trascendental, tal como se halla configurada en Santo Tomás: San Agustín y el Decreto Graciano. Se ha prescindido a propósito de otras fuentes tomistas, ya que realmente la *Summa Theologiae*, como obra de madurez, parece ser el lugar donde se formula coherente la doctrina de la ley natural como participación. En realidad el pensamiento de Santo Tomás se ha enriquecido desde la primera formulación de esta doctrina en la d. 33, q. 1, a. 1 del *Liber IV Sententiarum*. Entre esta obra y la *Summa* se ha producido en la síntesis tomista el impacto de la participación y la armonización de este concepto con la doctrina aristotélica del acto y de la potencia, a través, fundamentalmente, del *In librum Boethii De hebdomadibus* (hacia 1257-8) y el comentario al *De Causis* de

(75) *Papeles, c.*, p. 176.

(76) Difiere algo de la reseñada por VILLEY, M., *o. c.*, p. 238. Por otro lado, al poner esta estadística en relación con las fuentes directas de la doctrina de la ley natural, la clasificación de estas fuentes propuestas por VILLEY es desechada.

Proclo (hacia 1269-73). No hemos podido ver, como ha hecho Fabro con la doctrina del *esse*, una evolución perfectamente paralela a ésta en la doctrina de la ley natural. Puede sentarse, no obstante, la hipótesis—por lo demás comprobada al comparar los términos inicial y final de la evolución: el comentatrio al *IV Liber Sententiarum* y la I-II de la *Summa*—que la elaboración metafísica tomista, al encontrarse en un estadio concreto de su evolución, casi concluída, y paralelo a la época de redacción de la *I-II*, se ha plasmado en la doctrina de la ley natural con perfiles concretos, como se mostrará.

A) *Fuentes de la participación predicamental.*

Aristóteles (384-322 a. d. J. C.).

Sabido es cómo el franciscano Juan Peckam informaba al arzobispo de Lincoln, en carta fechada en primero de junio de 1285, sobre la doctrina de Aquinate en términos de *illa novella quasi tota contraria* (77). Y, sin embargo, la novedad no parece residir en el aristotelismo, del que Santo Tomás no fue introductor, sino más bien participante de un ambiente, ya que la filosofía de Aristóteles, tal como la había interpretado Averroes, dominó en París durante la segunda mitad del siglo XIII (78). Ni tampoco, al menos desde el punto de vista de contenido de la doctrina, aunque otra cosa opinara Peckam, de que hubiera en Santo Tomás una contraposición con lo que *docet Augustinus* (79). Por eso conviene ver cómo Santo Tomás, al utilizar los textos de la *Ética nicomaquea* (libros I, II y V especialmente), también en menor escala los de la *Política* (libros I y III), los de la *Metaphysica* y los de la *Physica*—nos venimos refiriendo a textos aducidos en el tratado de la ley—, asimila tales textos en aquel sentido que conviene a su síntesis metafísica. No estamos, ni mucho menos, ante un simple comentario sin divergencias frente al texto aristotélico. Otro es el

(77) EHRLE, FR.: *John Peckam über den Kampf des Augustinismus und Aristotelismus im 13. Jahrhundert*, en "Zeitschrift f. Kath. Theologie", 13, 1889, p. 186 (apud FABRO, C.: *La nozione*, c., p. 3.)

(78) Cfr. GILSON, E.: *La filosofía en la Edad Media*, trad. esp., 1958, v. II, páginas 257 y ss.

(79) En este punto se observa, como advierte FABRO, la evolución de GILSON, que en un principio (*Pourquoi s. Thomas a critiqué saint Augustin*, en "Archiv. doctr. et litt. d. Moyen-Age, I, 1926, p. 130) vio una antítesis Agustín y Tomás, porque éste "reste avec Aristote contre tous ceux qui se rangent du côté de Platon", sin embargo, posteriormente (*La filosofía*, c., pp. 269 y s.) adopta una postura más conciliadora de aparentes contrarios, tal como se realiza en la síntesis tomista. Por eso nos parece unilateral el punto de vista de MANSER, G. M.: *La esencia del tomismo*, trad. esp., Madrid, 1953, pp. 166 y ss.

cariz de la síntesis, como afirma Fabro (80): "Pare adunque assodato che soprattutto nelle opere della maturità S. Tommaso tendesse ad un assimilazione sempre più íntima entro il pensiero aristotelico del contenido metafísico della nozione metafísica di partecipazione." En el caso concreto de la doctrina de la ley, el influjo platónico pasa, principalmente, por San Agustín (81).

Pues bien, el carácter racional de la ley es, precisamente, el punto de partida de la doctrina tomista sobre la ley, apoyándose en la metafísica aristotélica. Es propio de la razón ordenar a un fin, y el fin, a su vez, es el principio de toda operación, ya que ningún agente obra sino en orden a un fin (82). Manteniéndonos en el orden predicamental (q. 90, a. I) F, de este principio aristotélico se deduce que lo que es principio en un género, es medida y ley de ese género *sicut unitas in genere numeri*. Esta ley o medida directiva a un fin radica en la forma, acto que especifica no sólo lo agible, sino también la dirección de lo agible; forma radicada en el individuo en cuanto incluido en una especie, y en la especie en cuanto incluida en un género (83). De donde, tal medida ha de ser cierta (84), general (85), permanente (86), homogénea respecto a lo medido (87) y conforme a la *natura* (88). En esta conformidad con la *natura* va a radicar toda la problemática predicamental de la ley. La *natura* de esta *lex* o *ratio directiva* ha de tener en cuenta las cosas, o más bien, a partir de ellas se configura. Precisamente, el fragmento aristotélico (1053 a 31), que acabamos de ver recogido en Santo Tomás, viene explicitado así: *ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso*. En tal caso podría pensarse que la *ratio* más que ser *mensura* de las cosas, es *mensurata* por la misma *natura*: de otra forma, estaríamos ante un idealismo. Por eso, Santo Tomás se ex-

(80) FABRO, C.: *La nozione, c.*, p. 64.

(81) Un espíritu tan abierto como el de Ch. DAWSON ha podido afirmar que "Santo Tomás amalgamó la tradición peripatética en filosofía y la patristica en teología, sin falsificar ninguna de ellas". (Cfr. *Ensayos acerca de la Edad Media*, edic. española, Madrid, 1956, p. 191).

(82) *Phys.*, II, 9, 3; 200 a 22 (cit. en I-II, q. 90, a. 1 c). En adelante, salvo que se indique lo contrario, se da por supuesto que las cuestiones citadas son de la I-II.

(83) *Phys.*, II, 9, 2; 200 a 10 (cit. q. 95, a. 3 c: *neesse est quod forma determinetur secundum proportionem ad finem; sicut forma serrae talis est qualis convenit sectioni*).

(84) *Metaphys.*, IX, 1, 9; 1053 a 1 (cit. q. 96, a. 1 y q. 91, a. 3).

(85) *Metaphys.*, IX, 1, 7; 1052 b 18 (cit. q. 96, a. 1 ad 2).

(86) *Ethic.*, V, 5, 14; 1133 a 25 (cit. q. 97, a. 1).

(87) *Metaphys.*, IX, 1, 13; 1053 a 24 (cit. q. 96, a. 2 c).

(88) *Metaphys.*, IX, 1, 14; 1053 a 31 (cit. q. 91, a. 3).

presa así: *ratio humana secundum se non est regula rerum: sed principia ei naturaliter indita, sunt quaedam regulae generales et mensurae omnium eorum quae sunt per hominem agenda, quorum ratio naturalis est regula et mensura, licet non sit mensura eorum quae sunt a natura* (89).

Estos *principia indita* nos ponen en la pista de la esencia de la *lex naturae*. En efecto, se trata de aplicar a la razón práctica—estamos en el orden de la operación—la metafísica de la *ratio speculativa: quod quidem in speculativa ratione primo quidem est definitio; secundo, enuntiatio; tertio vero, syllogismus vel argumentatio. Et quia ratio etiam practica utitur quodam syllogismo in operabilibus, ut supra (I-II, q. 13, a. 3) habitum est, secundum quod Philosophus docet in VII Ethic (1147 a 24); ideo est invenire aliquid in ratione practica quod ita se habeat ad operationes, sicut se habet propositio in ratione speculativa ad conclusiones. Et huiusmodi propositiones universales rationis practicae ordinatae ad actiones, habent rationem legis. Quae quidem propositiones aliquando actualiter considerantur, aliquando vero habitualiter a ratione tenentur* (q. 90, 1 ad 2). Según esto, hay que ver un complejo proceso en el que el entendimiento agente, a través de los primeros principios, ejercita una abstracción de las formalidades presentes en los seres singulares. Pero en este punto Santo Tomás superó a Aristóteles al incardinar en su reflexión filosófica la noción de participación trascendental (90).

Si las cosas incluídas en el ámbito de la *ratio directiva* o práctica participan asimismo de la razón (91), de ahí deduce Santo Tomás el carácter racional de la participación humana en la ley, mientras que las criaturas

(89) q. 91, a. 3 ad 2.

(90) Al considerar la *lex naturalis* como *participatio* (q. 91, a. 2) no se ha hecho sino aplicar a la *ratio practica*, con una ontología más precisa que la de Aristóteles, el análisis verificado respecto a la *ratio speculativa*. Paralelo al texto I-II, q. 91, a. 2 c, es, indudablemente, el siguiente: *Alio modo dicitur aliquid cognosci in aliquo sicut in cognitionis principio, sicut si dicamus quod in sole videntur ea quae videntur per solem. Et sic necesse est dicere quod anima humana omnia cognoscat in rationibus aeternis, per quarum participationem omnia cognoscimus. Ipsum enim lumen intellectuale quod est in nobis, nihil aliud est quam quaedam participata similitudo luminis increati, in quo continentur rationes aeternae. Unde dicitur (Ps. 4, 6-7): Multi dicunt: quis ostendit nobis bonam? Cui quaestioni Psalmista respondit: Signatum est super nos lumen vultus tui Domine. Quasi dicat: per ipsam sigillationem divini luminis in nobis, omnia nobis demonstrantur. Quia tamen praeter lumen intellectuale in nobis exiguntur species intelligibiles a rebus acceptae ad scientiam de rebus materialibus habendam; ideo non per solam participationem rationum aeternarum de rebus materialibus notitiam habemus, sicut Platonici posuerunt quod sola idearum participatio sufficit ad scientiam habendam* (I, q. 84, a. 5 c).

(91) *Ethic.*, I, 13, 17; 1102 b 25 (cit. q. 93, a. 5).

irracionales, aunque *moventur a Deo, nec tamen propter hoc sunt rationales* (92). Esa *lex*, esa *ratio directiva*, procede de los principios a las conclusiones, de lo más general a lo particular (93), aunque en la *ratio practica* tal proceder se aplica a lo contingente, a las operaciones humanas, partiendo de las *communes conceptiones*. Y así como el primer principio de la *ratio speculativa* es el de contradicción (94), el primer principio de la *ratio practica*, de la *lex*, se formula en términos de contradicción de ser bueno y no bueno al mismo tiempo un determinado acto: *quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum* (q. 94, a. 2 c).

Lo que es principio de un género es medida de ese género; medida ciertísima y radicada en principios incommovibles. Pero del texto aristotélico antes examinado (95) se deduce que la forma en cuanto tal es idéntica siempre, pero en cuanto radica en la materia se predica según un "más o menos", admite una graduación. Así ocurre en la formalidad de la ley natural que, idéntica para todos en sus principios, se diversifica según cada singular. Santo Tomás ha interpretado así el texto aristotélico (96): *nihil est ita iustum apud omnes, quin apud aliquos diversificetur*, lo que no significa que la ley natural no sea una, ya que *verbum Philosophi est intelligendum de his quae sunt naturaliter iusta non sicut principia communia, sed sicut quaedam conclusiones ex his derivatae* (97). Se trata, pues, de una aplicación de la epistemología aristotélica, que el mismo Santo Tomás recoge en estas cuestiones comentadas: cada uno juzga bien de lo que conoce (98); no se debe exigir la misma certeza de la ley para todos (99); el perfecto conocimiento de la ley no puede adquirirse sino por experien-

(92) q. 93, a. 5 ad 2.

(93) q. 94, a. 4 c.

(94) *Metaphys.*, III, 3, 9; 1005 b 29 (cit. q. 94, a. 2 c).

(95) Cfr. n. 57.

(96) *Ethic.*, V, 1, 12; 1129 b 12 (cit. q. 94, a. 4).

(97) q. 94, a. 4 ad 2.

(98) *Ethic.*, I, 3, 5; 1094 b 27 (cit. q. 93, a. 2). El texto no invalida la posibilidad de conocimiento de la ley eterna, problemática que no se planteó Aristóteles, pero que Santo Tomás articula en la cuestión: *iudicare de aliquo potest intelligi dupliciter. Uno modo, sicut vis cognitiva diiudicat de proprio obiecto... Et secundum istum modum iudicii Philosophus dicit quod unusquisque bene iudicat quae cognoscit, iudicando scilicet an sit verum quod proponitur. Alio modo, secundum quod superior iudicat de inferiori quodam practico iudicio, an scilicet ita debeat esse vel non ita. Et sic nullus potest iudicare de lege aeterna* (ad 3). Con Aristóteles, pues, nos mantenemos en el orden predicamental.

(99) *Ethic.*, I, 3, 1; 1094 b 13 (cit. q. 96, a. 1 ad 3).

cia, lo que exige un desarrollo en el tiempo (100), en la costumbre (101), que, en definitiva, es participación de lo general en el singular.

De ahí derivan las diferentes diversificaciones de la ley, y esa continuidad de metafísica jurídica, que va de lo justo natural a la sentencia de los jueces. Santo Tomás recoge la distinción aristotélica entre *iustum naturale* y *iustum legale* (102); distinción que no constituye la base de su tricotomía *lex aeterna-lex naturalis-lex humana*, pues dicha tricotomía va a radicar más bien en San Agustín (primer miembro) y en San Isidoro (tercer miembro). Sin embargo, esa distinción compendia el orden predicamental de la ley. *Naturale iustum est quod ubique habet eandem potentiam*, traduce Santo Tomás el texto aristotélico (103), y añade que esa *eadem potentia* se especifica, sin embargo, de diverso modo *propter multam varietatem rerum humanarum* (ad 3). *Legale iustum*—que Santo Tomás identifica con *ius positivum* (q. 96, a. 1 ad 1)—, por el contrario, *quod ex principio quidem nihil differt utrum sic vel aliter fiat*, y tal carácter conviene a las diversas determinaciones de la ley natural (104). Este justo legal se diversifica en ley positiva, en privilegio, en sentencia (105). Y si bien es preferible que la ley lo prevea todo y merme lo más posible el arbitrio judicial (106), sin embargo, esto no puede conseguirse plenamente, por lo que los hombres acuden al juez como a la “justicia animada” (107).

Demos un paso más en la exposición de los textos aristotélicos analizados por Santo Tomás. Sobre la virtud va a gravitar la naturaleza de la ley. Aquellas cosas que son conforme a la ley, son justas (108); es decir, conformes a la justicia. Luego el fin de la ley es hacernos justos, virtuosos, y esa es también la intención del legislador, y aquello por lo que el súbdito se le somete (109). Precisamente en uno de los textos indicados (*Politic.* I,

(100) *Ethic.*, II, 1, 1; 1103 b 16 (cit. q. 97, a. 2).

(101) *Politic.*, II, 5, 14; 1269 a 20 (cit. q. 97, a. 2 ad 1).

(102) *Ethic.*, V, 7, 1; 1134 b 18 (cit. q. 95, a. 2).

(103) *Ibidem.*

(104) *Ethic.*, V, 7, 1; 1134 b 18 (cit. q. 95, a. 2).

(105) *Ethic.*, V, 7, 1; 1134 b 23 (cit. q. 36, a. 1). Concretamente (ad 1), Santo Tomás identifica aquí el *iustum legale* con el *ius positivum*.

(106) *Rethor.*, I, 1, 7; 1354 a 31 (cit. q. 95, a. 1 ad 2).

(107) *Ethic.*, V, 4, 7; 1132 a 22 (cit. q. 95, a. 1); *Rethor.*, I, 1, 8; 1354 b 13 (cit. q. 95, a. 1 ad 3) y, también, respecto a los precedentes legales y judiciales: *Ethic.*, VI, 11, 6; 1143 b 11 (cit. q. 95, a. 2 ad 4).

(108) *Ethic.*, V, 1, 12; 1129 b 12 (cit. q. 94, a. 4).

(109) Los textos sobre este aspecto de la ley son diversos: *Ethic.*, II, 1, 5; 1103 b 3 (cit. q. 90, a. 3; q. 92, a. 1 sed contra; q. 92, a. 1 ad 1); *Ethic.*, II, 6, 2; 1106 a 15 (cit. q. 92, a. 1); *Politic.*, I, 5, 9; 1260 a 20 (cit. q. 92, a. 1 c); *Ethic.*, V, 1, 14; 1129 b 19 (cit. q. 92, a. 2 c; q. 96, a. 3 sed contra); *Ethic.*, II, 1, 3; 1103 a 25 (cit. q. 93,

1, 13), va a encontrar Santo Tomás la razón—estar *in civitate posita*—por la que la ley positiva se reduce a una *determinatio*. Aunque todo lo animado está sujeto a la ley, sin embargo, en la virtud—como fin—y en su consecución en la ciudad radica la peculiaridad ontológica de lo justo legal, del derecho positivo. En el texto se indica que, así como el hombre, si es eximio en virtud, es el animal óptimo, sin embargo, separado de la ley y de la justicia es el peor de todos (*si sit separatus a lege et iustitia, est pessimum omnium*, q. 95, a. 1 c). En esa ley puesta en la ciudad radica, al ser cumplida, la perfección del hombre. Y eso por dos motivos aristotélicos, recogidos también por Santo Tomás: que el hombre es, por naturaleza, animal social (110), y que la ciudad es la comunidad perfecta (111). De ahí que lo justo legal garantice la constitución y conservación de la comunidad política (112), con vistas, no al bien individual, sino al bien común (113). Precisamente, por desviarse de esa exigencia de bien común es por lo que hay leyes tiránicas (114) y, aún más, conforme a ella puede establecerse una relación entre los diversos regímenes de las ciudades, y las leyes que le corresponden: *monarchia-constitutiones principum: tyrannia-non est lex; aristocratia-responsa prudentium, senatus consulta; oligarchia-ius praetorium vel honorarium; democratia-plebiscita* (115).

Cicerón (106-46 a. d. J. C.).

Es desigual la suerte que toca a Cicerón en la literatura cristiana. Por eso, en el “Santo Tomás histórico” que estamos aquí enfocando hay que contar con la circunstancia ciceroniana en el siglo XIII. Si Lactancio (siglo IV), en sus “Instituciones divinas” remeda a Cicerón, cristianizándolo, si San Ambrosio (s. IV) escribe un *De officiis ministrorum* inspirado en el *De officiis* ciceroniano, si San Agustín (354-430) se inflamó de amor a la sabiduría leyendo un diálogo, hoy desaparecido, el *Hortensius* del Arpinate, si Boecio (470-525) comentó los *Topica*, si los monjes anglosajones (siglo VII), algunos miembros de la escuela carolingia (siglo VIII), las escuelas abaciales y catedralicias de los siglos IX y X (Fulda, San Gall, Ferrières, San Martín de Tours), así como la escuela de Chartres en el siglo XII, que

a. 6c); *Politic.*, I, 1, 13; 1253 a 31 (cit. q. 95, a. 1 c); *Ethic.*, X, 9, 12; 1180 a 20 (cit. q. 90, a. 3 ad 2); *Ethic.*, II, 5, 1; 1105 b 20 (cit. q. 94, a. 1).

(110) *Politic.*, I, 1, 9; 1253 a 2 (cit. q. 95, a. 4 c).

(111) *Politic.*, I, 1, 1; 1252 a 5 (cit. q. 90, a. 2 c; q. 90, a. 3 ad 3).

(112) *Ethic.*, V, 1, 13; 1129 b 17 (cit. q. 90, a. 2 c).

(113) *Ethic.*, I, 2, 8; 1094 b 10 (cit. q. 97, a. 4).

(114) *Politic.*, III, 6, 13; 1282 b 12 (cit. q. 92, a. 1).

(115) *Politic.*, III, 5, 2-4; 1279 a 32-b 4 (cit. q. 95, a. 4 c).

tuvo un furibundo ciceroniano en Juan de Salisbury (1110-1180), facilitaron la continuidad ciceroniana, al ser transmisores de la cultura clásica, no es menos cierto que tal continuidad no se llevó a cabo sin oposición y que, precisamente en el siglo XIII, sufre un total colapso, que sólo será superado en el siglo XIV: renacimiento desde la coga. El paréntesis escolástico del siglo XIII significa un retroceso de la literatura latina que, no obstante, coincide con la introducción de Aristóteles y el resurgir del derecho romano (116).

En las Universidades que surgen entonces y frecuenta Santo Tomás, la de París donde enseña (1252-59 y 1269-72), así como las de Nápoles (1236-1240) (117) y Colonia (1248-52) (118), donde se formó, la cultura latina está en crisis. Los libros de texto en las universidades son una obra de Aristóteles para los Maestros en Artes, y la Sagrada Escritura o las "Sentencias" de Pedro Lombardo para los teólogos. Por eso, si en cierto modo es de admitir la influencia ciceroniana en la Patrística, y más concretamente de su *De legibus* en lo referente a la doctrina patrística sobre la ley y el estado, como asentó Carlyle, influencia por lo demás no exclusiva, sin embargo, la vigencia de Cicerón en Santo Tomás es ya muy tenue, fruto más bien de una ligera lectura directa. Aristóteles ha suplantado a Cicerón, incluso por un condicionamiento del ambiente cultural, contemporáneo al Aquinate, cuando formula la *lex naturae* como *insita in natura*.

Esto puede explicar que sólo tres veces venga citado Cicerón en las cuestiones que comentamos, o, más bien, dos, ya que un mismo texto es citado en dos lugares distintos. Este texto explicita la *natura* como origen del derecho, su configuración por la costumbre y su sanción por la ley: *initium iuris est a natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem*

(116) Cfr. GILSON, E.: *La filosofía, c.*, II, en el índice de nombres propios, "Cicerón". Concretamente, en el vol. I, p. 422, se lee: "Realmente interesa destacar hasta qué punto el espíritu del siglo XII se encuentra más próximo al espíritu de los siglos XV y XVI, que el del siglo XIII"; y, más arriba, especifica esta diversidad (p. 222): "...pero entonces surgiría el problema de saber si la tradición patrística (cristianización de la cultura pagana) ha terminado realmente alguna vez o, más bien, ha subsistido siempre, aun en aquellos momentos en que daba la impresión de haber desaparecido bajo la abundancia de las teologías escolásticas de tipo nuevo, que es característica del siglo XIII". Lo puesto entre paréntesis es nuestro.

(117) La Universidad de Nápoles pasa por ser la primera de origen estatal, ya que fue fundada por Federico II en 1224. Aquí pudo darse, ya que Santo Tomás estudió en ella gramática, lógica y *naturalia*, un conocimiento de Cicerón, sin mayor trascendencia.

(118) Se fundó, precisamente, el año 1248, y allí se forjó la ejemplar amistad maestro-discípulo entre Alberto Magno y Santo Tomás. Cfr. WALZ, A.: *S. Thomas d'Aquin*, I: *Vie*, en DTC, XVII, París, 1946, c. 618-631.

ex utilitate rationis venerunt; postea res et a natura projectas et a consuetudina probatas legum metus et religio sanxit (119).

El otro texto se refiere a un posible obstáculo a la definición isidoriana de ley: *Erit lex honesta, iusta...* Pero, para Cicerón, la justicia es parte de la *honestas* (120), luego parece haber una repetición innecesaria. La objeción es resuelta indirectamente por Santo Tomás en el *corpus* de dicho a. 1 de la q. 95, pero sin referirse al texto ciceroniano, sino más bien dejando a salvo la descripción de San Isidoro.

Codificación justiniana (529-555).

Recientemente se ha puesto de manifiesto la abundancia de textos de derecho romano citados por Santo Tomás en sus obras (121). En las cuestiones objeto de nuestro estudio hemos encontrado hasta 11. También desde el punto de vista del "Santo Tomás histórico" esta influencia romanística, más velada en el Decreto Graciano, como veremos después, es potente en el Aquinate, pues contemporáneamente a él nos hallamos en pleno auge de la romanística. De aquel derecho romano, que no desapareció con la dominación bárbara, en el período que va del siglo VIII al XI se olvida casi todo. En las escuelas de Roma y Rávena, y en la de Cantorbery, se enseñaba el derecho romano (122): se comenta la *Lex romana visigothorum*, y en menor grado, *Codex*, las *Instituta*, y la primera parte del Digesto o *Digestum vetus*, aparte del Epítome de Juliano. En el siglo XI aparece la escuela de Bolonia, dedicada al estudio del derecho romano. En un principio el desconocido Pepón y, posteriormente, Irnerio—*primus illuminator*—y sus sucesores añaden, a los comentarios realizados hasta entonces, los del resto del Digesto, y los de las *Novellae* justinianas. Cuando Santo Tomás estudia en Nápoles—una universidad de reciente creación—, Bolonia es ya frecuentada por *citramontani* y *ultramontani*, y la recepción del derecho romano es un hecho. Santo Tomás, sin embargo, puesto que la ciencia jurídica no constituye objeto inmediato de su formación, no utiliza textos de las *glossae*, sino las mismas fuentes romanas que tales glosadores han hecho patrimonio común de la cultura del siglo XIII (123). Por otro lado, y es fácil observarlo en el desarrollo de la ciencia canónica, fue el Papado y no el Imperio el que aplicó primero la ciencia del derecho restaurada y, por

(119) *De invet. rethor.*, II, 53 (cit. q. 91, a. 3 c y q. 95, a. 2 sed contra).

(120) *De officiis*, I, 7 (cit. q. 95, a. 3).

(121) Cfr. AUBERT, J.: *Le droit romain dans l'oeuvre de saint Thomas*, París, 1955.

(122) GILSON, E., *o. c.*, p. 227.

(123) Cfr., para toda esta evolución, que aquí damos sucintamente para enmarcar históricamente a Santo Tomás, CALASSO, F.: *Medioevo del diritto*, Milano, 1954.

tanto, el primero en sentar la base racional legal de gobierno (124). En esta circunstancia, utiliza Santo Tomás fuentes romanas.

De los once textos citados, sólo uno de ellos procede del *Codex*, y los restantes del *Digestum*: Ulpiano, sobre todo, Modestino, Papiniano, Celso y Juliano. Sólo dos de ellos se refieren a la *lex naturalis*; los demás a la problemática de la *lex positiva*.

Respecto a la *lex naturalis* encontramos un texto en que, como objeción, se intenta vincularla a la ley puesta por los antiguos: *non omnium quae a maioribus lege statuta sunt, ratio reddi potest* (125). Pero tal ley es, realmente positiva. Se recoge también el concepto de derecho natural de Ulpiano: *quae natura docuit omnia animalia* (126). No obstante, tal concepto, aparte de utilizarse de forma marginal y no como base de la definición tomista de la *lex naturalis*, es superado por la madurez de esta etapa tomista, sin que provoque las dificultades que, particularmente, en los comentarios *In IV libros Sententiarum* e *In X libros Ethicorum*, existen para amoldar al carácter racional de la ley natural, ese concepto de Ulpiano que incluye también lo irracional. Tal *lex naturalis* viene entendida así en cuanto referida a la inclinación del hombre *secundum naturam in qua communicat cum ceteris animalibus*. En definitiva, que lo irracional esté sujeto a la ley natural, viene resuelto por el concepto de participación: *etiam animalia irrationalia participant rationem aeternam suo modo, sicut et rationalis creatura. Sed quia rationalis creatura participat eam intellectualiter et rationaliter, ideo participatio legis aeternae in creatura rationali proprie lex vocatur: nam lex est aliquid rationis, ut supra (q. 90, a. 1) dictum est. In creatura autem irrationali non participatur rationaliter: unde non potest dici lex nisi per similitudinem* (127).

Los otros textos, referidos a la ley humana, evidencian la situación histórica, que racionaliza el derecho romano. Las relaciones *sacerdotium-imperium* pasan por un interludio de coordinación; San Luis IX en Francia, Enrique III en Inglaterra, San Fernando III y Alfonso X en León y Castilla, Jaime I en Aragón, sientan las bases de un incipiente poder central. De ahí el gran predicamento de la codificación justiniana. La *unitas orbis* exige un legislador que mande conforme a su voluntad y su razón (128), y no sujeto a la *vis coactiva* de la *lex*, pero sí a su *vis directiva* (129). La

(124) Cfr. DAWSON, Ch., o. c., p. 113 .

(125) D. I, 3, 20 (cit. q. 95, a. 2).

(126) D. I, 1, 1 (cit. q. 94, a. 2 c).

(127) q. 91, a. 2 ad 3.

(128) D. I, 4, 1 (cit. q. 90, a. 1).

(129) D. I, 3, 31 (cit. q. 96, a. 5).

ley tiene por fin el bien común y no el singular (130), mira al futuro (131), debe no ser objeto de modificación precipitada (132), debe atemperarse su aplicación según los casos (133). Los efectos de la ley son totales: *imperare, vetare, permittere, punire* (134).

San Isidoro (+ 636).

A lo largo de la evolución de la doctrina de la ley en Santo Tomás, la *auctoritas Isidori* se mantiene incólume: *auctoritas Isidori sufficiat* (135). Para Santo Tomás, como para su tiempo, las *Etymologiae* eran algo más de aquello a lo que las reduce Gilson: "... Las Etimologías tenían, en una biblioteca medieval, la misma utilidad que... el "Larousse" en una biblioteca moderna" (136). Aunque la historia de la influencia isidoriana a lo largo de la edad media aún esté por hacer (137), sin embargo, San Isidoro parece ser en ese tiempo una figura decantada de la patrística latina (138), estando radicada su autoridad no en la manejabilidad de sus escritos (un *digest* medieval), sino en su contenido y en su significado; concretamente, su autoridad en materias legales y en las relaciones *sacerdotium-imperium* es innegable durante el medievo.

Su filosofía es un eclecticismo de diversas fuentes cristianas y paganas (139). El derecho romano escrito que conoce se reduce al conocido en su tiempo en España (140): principalmente, la selección llevada a cabo

(130) D. I, 3, 1 (cit. q. 92, a. 2); D. I, 3, 25 (cit. q. 95, a. 3 c); D. I, 3, 3-4 (cit. q. 96, a. 1 sed contra).

(131) C. I, 14, 7 (cit. q. 90, a. 4).

(132) D. I, 4, 2 (cit. q. 97, a. 2).

(133) D. I, 3, 25 (cit. q. 96, a. 6 c).

(134) D. I, 3, 7 (cit. q. 92, a. 2).

(135) q. 95, a. 4 sed contra.

(136) O. c., I, p. 189.

(137) Sobre San Isidoro, cfr. SEJOURNÉ, P.: *Le dernier Père de l'Eglise: Saint Isidore de Seville*, París, 1929; D'ORS, A.: *En torno a la definición isidoriana de derecho de gentes*, en *Papeles, c.*, pp. 278-309; *Isidoriana*, vol. de est. del XIV centenario, León, 1961. Desde el punto de vista histórico, CASTRO, A.: *España en su historia*, Buenos Aires, 1948, y SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C.: *España, un enigma histórico*, Buenos Aires, 1956, 2 vols., han compendiado la significación de San Isidoro.

(138) Una intuición directa nos da SÁNCHEZ-ALBORNOZ: "Y San Isidoro, que concebía ya a Hispania como una comunidad humana con auténtica personalidad histórica, vivió espiritualmente anclado en el ayer romano sin ímpetu creacional hacia el futuro" (o. c., II, p. 602).

(139) JIMÉNEZ DELGADO, J. M.: *Formación clásica de Isidoro*, en "Analecta Sacra Tarraconensia", 14, 1941, pp. 59-74.

(140) Cfr. LARRAONA, A.-TABERA, A.: *El derecho justiniano en España*, en "Atti del Congresso internazionale di diritto romano", Bologna, II, 1934, pp. 88-115.

por el Breviario de Alarico, varios textos prejustinianos, así como el *Codex* y el *Digestum*, aplicados en los territorios del Sur dominados por los bizantinos (141). Pasemos ahora al examen de los textos isidorianos aducidos por Santo Tomás en su tratado sobre la ley.

La ley es ante todo racional, y por la razón consta (142), promulgada en función del bien común (143), por lo que le es propia la coactividad que evite la *humana audacia*, la *facultas nocendi* contra dicho bien común (144).

De esa ley se da una definición etimológica (145) y otra descriptiva (146), siendo esta última sostenida por Santo Tomás en toda su integridad: *lex honesta, iusta, possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat; nullo privato commodo sed pro communi utilitate civium scripta*. Y el contenido de la de la ley es similar al que se señala en D. I, 3, 7: *omnis lex aut permittit aliquid... aut vetat... aut punit* (147).

Otros textos tienen el interés de constituir la base de la división de la ley tomista en el orden predicamental. La división de la ley en San Isidoro, próximamente inspirada en los juristas romanos, y más remotamente estoica y aristotélica, sólo se refiere a la dicotomía *ius positivum-ius naturale*, sin tratar de la *lex aeterna* o, al menos, sin hacerlo en un sentido tomista: para San Isidoro, las leyes divinas constan por naturaleza, opinión de ascendencia estoica (148). Por eso tal texto no va a ser citado por Santo Tomás que, en la problemática de la *lex aeterna*, va a seguir a San Agustín.

La división fundamental es la que contrapone el *ius naturale* al *ius civile* (149), siendo el *ius naturale* aquel derecho *commune omnium nationum*, y dotado de un cierto contenido (150). El *ius civile*, que la *civitas* determina *sibi proprium*, se divide de forma múltiple: división que Santo Tomás juzga *conveniens* (151). San Isidoro distingue además el *ius gentium*,

(141) GARCÍA-GALLO, A.: *Curso de historia del derecho español*, I, pp. 92 y s.

(142) *Etym.*, V, 3 (cit. q. 91, a. 6); *Etym.*, II, 10 (cit. q. 90, a. 2).

(143) *Etym.*, V, 21 (cit. q. 90, a. 2; q. 96, a. 1 c; q. 97, a. 4).

(144) *Etym.*, V, 20 (cit. q. 95, a. 1 sed contra; q. 96, a. 2).

(145) *Lex a legendo vocata est*; *Etym.*, II, 10 (cit. q. 90, a. 4 ad 3).

(146) *Etym.*, V, 21 (cit. q. 95, a. 3; q. 96, a. 2 c; q. 97, a. 4).

(147) *Etym.*, V, 19 (cit. q. 92, a. 2 sed contra).

(148) *Omnes autem leges aut divinae sunt, aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant*. *Etym.*, V, 2.

(149) *Etym.*, V, 4 (cit. q. 95, a. 2).

(150) *Ibidem* (cit. q. 94, a. 4 sed contra; q. 94, a. 5; 95, q. a. 4).

(151) *Etym.*, V, 4-6-7-8-9-15-17 (cit. q. 95, a. 4); *Etym.*, V, 10 (cit. q. 95, a. 4; q. 90, a. 3 sed contra).

como aquel que *omnes fere gentes utuntur*, es decir, como un verdadero *ius inter gentes*, o internacional (152). Este elemento de la tricotomía isidoriana no va a ser entendido así por Santo Tomás, que más bien, rondándole en la cabeza la división de Ulpiano—no citada, sin embargo, en el a. 4 de la q. 95—, va a identificarlo con las conclusiones segundas, derivadas del primer principio, del *ius naturale*, y a extenderlo también a los animales: *ius gentium est quidem aliquo modo naturale homini, secundum quod est rationalis, in quantum derivatur a lege naturali per modum conclusionis quae non est multum remota a principiis... Distinguitur tamen a lege naturali, maxime ab eo quod est omnibus animalibus commune* (153), mientras que el *ius gentium* es derecho natural propio de la naturaleza racional. Por último, la costumbre se distingue de la ley escrita y no puede oponerse a ella (154).

B) Fuentes de la participación trascendental.

San Agustín (354-430).

A estas alturas del siglo XIII, San Agustín parece ser más bien un símbolo (155), sobre todo en lo referente a la teoría del derecho y del estado. El platonismo, imbuído a través de Mario Victorino, la preeminencia de la ciudad de Dios sobre la ciudad terrestre, el esquematismo de esos dos términos, van a la par de una metafísica trascendentalista, a la que parece oponerse Santo Tomás, pero de la que progresivamente termina por hacer, en aquello que pertenece a la síntesis del Aquinate, una verdadera asimilación (156).

(152) *Etym.*, V, 6 (cit. q. 95, a. 4). Cfr. D'ORS, A., o. c., p. 287: "Finalmente, el *ius gentium* acabó por entenderse como centrado en la guerra y la paz entre los reinos independientes que surgen a la caída del Imperio Romano. Esa nueva concepción del *ius gentium* como *ius belli ac pacis inter gentes* se debe, al menos así lo indican los datos que tenemos, a nuestro San Isidoro, y de él lo ha de aprender la Edad Media y la posteridad."

(153) q. 95, a. 4 ad 1. Señalaremos un condicionamiento histórico de esta posición tomista: el emperador, los reyes de León-Castilla, Aragón, Francia están emparentados. Hay paz entre los reinos. Sólo existen relaciones de guerra con el infiel. Pero los *alienigenae* no poseen una situación jurídica en ese *ius gentium*, que rige sólo en el ámbito de la cristiandad. En la coyuntura histórica de Santo Tomás, tal *ius inter gentes*, por no haber demasiada necesidad de aplicarse, se difumina tal vez. Cfr., en otra orientación, RAMÍREZ, S.: *Ius gentium*, Madrid, 1955.

(154) *Etym.*, II, 10 (q. 95, a. 3); *Synonym.*, II, 80 (cit. q. 97, a. 3 ad 1).

(155) Cfr. ARQUILIÈRE, H.: *L'augustinisme politique*, París, 2.^a edc., 1955.

(156) Cfr. GILSON, E.: *Introduction à l'étude de Saint Augustin*, París, 2.^a edición, 1943.

Respecto a la teoría de la ley natural, San Agustín presenta dos aspectos importantes. Por un lado sienta las bases sobre la naturaleza de la *lex aeterna*—contrapuesta a la *lex terrestis*—, difuminándose la dimensión ontológica de la *lex naturae*, que no es abordada directamente por San Agustín. Por otro, y en cuanto nos hallamos evidentemente ante la trascendencia de la ley, la noción de *participación* aparece con frecuencia en la obra agustiniana, y es asimilada precisamente por Santo Tomás en la *I-II*, para trazar su metafísica de la *lex naturalis*. Por eso, al tiempo que se observan discrepancias respecto a algunas posiciones de San Agustín—en definitiva, la metafísica aristotélica va a racionalizar la dimensión trascendental de la ley, en Santo Tomás—, es ilustrativo repasar las numerosas citas agustinianas—35 en total—, contenidas en el tratado de la ley de la *Summa Theologiae*.

Hay una división fundamental entre ley eterna y ley temporal (157). La ley eterna es la suprema razón divina, que siempre debe seguirse, que es eterna e inmutable (158), razón por la que algo se dice justo, y conforme a la cual todo está ordenado (159). Esta ley divina viene a identificarse con el Logos, con el Verbo, es decir, con el Intelecto absoluto que da a todas las cosas su inteligibilidad y su ser (160). Esta ley es la que castiga a los malos y premia a los buenos (161), y debe ser obedecida no por temor al castigo, sino por ella misma (162). En la ley eterna—confundida aquí con la divina positiva—distinguimos la antigua de la nueva: la segunda se reduce al temor, la segunda al amor (163).

La relación de la criatura con esa *lex aeterna* viene explicitada en va-

(157) *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 91, a. 3 sed contra).

(158) *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 91, a. 1 sed contra; q. 93, a. 1 sed contra; q. 93, a. 2 c).

(159) *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 91, a. 2; q. 91, a. 3; q. 93, a. 2).

(160) *De vera relig.*, XXXI (cit. q. 93, a. 4 ad 2); *De trin.*, XV, 14 (cit. q. 93, a. 1 ad 2). Este último texto es comentado así por Santo Tomás: *Et inter cetera quae hoc Verbo exprimuntur, etiam ipsa lex aeterna Verbo ipso exprimitur. Nec tamen propter hoc sequitur quod lex aeterna personaliter in divinis dicatur. Appropriatur tamen filio, propter convenientiam quam habet ratio ad verbum.* Nos encontramos, pues, ante un ejemplo tomista de “asimilación sintética”: *quodammodo una est veritas, qua omnia sunt vera, et quodammodo non... Et sic, licet plures sint essentiae vel formae rerum, tamen una est veritas divini intellectus, secundum quam omnes res denominantur verae* (I, q. 16, a. 6).

(161) *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 93, a. 6).

(162) *Contra duas ep. pelag.*, II, 9 (cit. q. 92, a. 2).

(163) *Contra Faustum*, IV, 2 (cit. q. 91, a. 5 c). *Contra Adimantum Manichaei discipulum*, 17 (cit. q. 91, a. 5 c).

rias citas. Todo está sujeto a esta ley eterna (164). Pero en la criatura racional, que sabe que existe una ley eterna por encima de su mente (165), hay una noción de ella impresa precisamente en su mente, escrita en su corazón: *notio nobis impressa... lex scripta in cordibus hominum* (166). Esa noción es imperfecta, en cuanto que tal ley excede el objeto propio del entendimiento humano: *lex aeterna est de qua homines iudicare non possunt* (167).

La tirantez ontológica existente entre esa ley eterna, que lo rige todo, y que, sin embargo, no puede ser comprendida plenamente por el entendimiento humano, se salvaguarda con el análisis de la Q. 46 de la *Octoginta trium quaestiones* (168), que cita Santo Tomás, precisamente, en la q. 93, a. 1 de la *I-II*. Este texto es capital, como veremos, para entender las raíces de la participación trascendental de la ley en Santo Tomás. La Q. 46 viene encabezada en estos términos: *Deus singula fecit propriis rationibus* (169). Se trata de salvar la eternidad e inconmensurabilidad de la ley de Dios —Uno—y la limitación del intelecto humano para conocerla: diversificación en los múltiples singulares. Si en ese texto se indica que Dios hizo a cada singular conforme a su propia ley, la multiplicidad de esas leyes —*rationes*—, correspondientes a lo singular, parece contradecir la unidad de la *ratio divina*, de la *lex aeterna* que todo lo rige.

El subtítulo de esta cuestión es: *De Ideis*; en ella San Agustín trata su interpretación de las Ideas platónicas. Esas ideas son las *formae*, las *rationes* de las cosas, ejemplares eternos e inmutables de las cosas, contenidas en el entendimiento divino, y conforme a las cuales se despliega la actividad creadora de Dios en cuanto que los seres singulares son participaciones finitas de aquellas Ideas infinitas: *non enim extra se quidquam positum intuebatur (Deus), ut secundum id constitueret quod constituebat: nam hoc opinari sacrilegum est. Quod si hae rerum omnium creandarum creaturarumque rationes in divina mente continentur, neque in divina mente quidquam nisi aeternum atque incommutabile potest esse; atque has rerum ra-*

(164) *De Civ. Dei*, XIX, 12 (cit. q. 93, a. 6 sed contra); *De lib. arb.*, I, 15 (cit. q. 93, a. 6 c); *De catechizandis rudibus*, 18 (cit. q. 93, a. 6 c).

(165) *De vera relig.*, XXX (cit. q. 93, a. 1).

(166) *Confess.*, II, 4 (cit. q. 94, a. 6 sed contra); *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 93, a. 2 sed contra).

(167) *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 93, a. 2).

(168) Esta Q. 46 es capital en el estudio de la participación agustiniana, y es a menudo citada y examinada por Santo Tomás (cfr. FABRO, C.: *La nozione*, c. pp. 80 y ss.). Siendo la doctrina de la ley esencialmente metafísica, resulta orientador el comentario que incluimos.

(169) Cit. q. 93, a. 1.

tiones principales appellat ideas Plato: non solum sunt ideae, sed ipsae verae sunt, quia aeternae sunt, et eiusmodi atque incommutabiles manent; quarum participatione fit, ut sit quidquid est, quoquo modo est. Santo Tomás, aceptando esta orientación agustiniana, salva, mediante la participación, la unidad y la multiplicidad de la *ratio aeterna (lex aeterna)* y de las *rationes singulorum* (ley de cada ser): *unaquaque autem creatura habet propriam speciem, secundum quod aliquo modo participat divinae essentiae similitudinem. Sic igitur in quantum Deus cognoscit suam essentiam ut sic imitabilem a tali creatura, cognoscit eam ut propriam rationem et ideam huius creaturae. Et similiter de aliis. Et sic patet quod Deus intelligit plures rationes proprias plurium rerum; quae sunt plures ideae* (170). Más concretamente, tal unicidad ontológica de la ley, en cuanto dirigida al bien común, se explica: *sed lex dicitur directiva actuum in ordine ad bonum commune... Ea autem quae sunt in seipsis diversa, considerantur ut unum, secundum quod ordinantur ad aliquod commune. Et ideo lex aeterna est una, quae est ratio huius ordinis* (171).

Existe además la ley terrenal, *quae populo regendo scribitur*. Esta ley, por tanto, al nacer con esa limitación de ir dirigida a la comunidad terrena, no contiene sino algo de lo que consta la *lex aeterna*, de la que deriva (172). Dicha ley terrena sólo tiene razón de ley si es justa, si deriva de la *lex aeterna*, impresa en el corazón del hombre (173), y, aunque no es inmutable, goza de una cierta estabilidad (174), que no excluye ser cambiada por la costumbre contraria, conforme a los cambios de condición de la república (175). Normalmente, sin embargo, la vida jurídica se desarrolla en el juicio, seguido conforme a las leyes puestas (176).

Decreto de Graciano (1139-1148).

A mediados del siglo XII, con una finalidad de magisterio, el monje Graciano, profesor de *theologia practica*, compone su *Concordia discordantium canonum*. En la formación de un *magister theologiae*, como Santo Tomás, se incluía esa parte práctica, que era el estudio del derecho canó-

(170) I, q. 15, a. 2 c.

(171) q. 93, a. 1 ad 1.

(172) *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 93, a. 3 c); *De lib. arb.*, I, 5 (cit. q. 91, a. 4 c; q. 93, a. 3; q. 96, a. 2 sed contra; q. 96, a. 2 ad 3).

(173) *De lib. arb.*, I, 5 (cit. q. 95, a. 2 c; q. 96, a. 4 c).

(174) *De civ. Dei*, XXII, 6 (cit. q. 96, a. 1 c); *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 97, a. 1 sed contra).

(175) *De lib. arb.*, I, 6 (cit. q. 97, a. 1 c); *Ep.*, XXVI (cit. q. 97, a. 3 sed contra).

(176) *De vera relig.*, XXXI (cit. q. 96, a. 6).

nico, y, más concretamente, el *Decretum Magistri Gratianii* (177) fue en la segunda mitad de siglo el libro de texto de esa asignatura. Por el talante de los *dicta* y la selección de *auctoritates* podemos ver, sobre todo en la parte primera, hasta qué punto la amalgama de textos bíblicos, patrísticos, teológicos, romanos, bárbaros, canónicos, da un carácter peculiar a la obra de Graciano, a la que Santo Tomás, en sus citas, aporta una importante rectificación, más acorde con su sistema.

De las siete citas que hemos recogido, tres se refieren al derecho natural, y el resto a la ley humana. Aparte de las influencias más o menos directas de Hugo de San Víctor o de San Anselmo en la obra graciana, hay que admitir que la influencia agustiniana indirecta, subsumiendo lo temporal en lo espiritual, y desvirtuando la virtualidad de la causa segunda —la *ratio humana*—, le lleva a identificar la ley natural con la divina, tanto Antigua como Nueva: *ius naturale est quod in Lege et in Evangelio continentur* (178). Según esto, la ley natural vendría confundida con la ley revelada, y pierde su propia entidad (179), de ahí que Santo Tomás rectifica, sin herir al propio Graciano, ya que el texto sigue: *quo quisque ibetur alii facere, quod sibi vult fieri* (180), es decir, sentando aquel principio que para Santo Tomás será el núcleo de la ley natural, que no se confunde con la ley divina: *verbum illud (Gratianii) non est sic intelligendum quasi omnia quae in Lege et in Evangelio continentur, sint de Lege naturae, cum multa tradantur ibi supra naturam: sed quia ea quae sunt de lege naturae, plenarie ibi traduntur* (181). Este derecho es tenido por Graciano como inmutable, y así es admitido por Santo Tomás, dentro de su propia síntesis: *nec variatur tempore, sed immutabile permanet* (182).

Siendo patrimonio común, e incluso evidenciando la también común

(177) Sobre el derecho natural en Graciano, cfr. principalmente GAUDEMET, J.: *La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien*, en "Revue de droit canonique", I, 1950; VILLEY, M.: *Sources et portée du droit naturel chez Gratien*, en *Leçons*, c., pp. 221-236.

(178) c. 1, D. 1 (cit. q. 94, a. 4).

(179) Tal sería la aislada posición de D'ORS, A., cuando afirma que "derecho natural es aquello que el Juez divino aprueba respecto a los infieles" (cfr. *Principios para una teoría realista del derecho*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", I, 1953); lo que si es cierto en el aspecto trascendental de la ley, lo es no sin cierta unilateralidad de criterio: el de haber prescindido de la predicamentalidad ontológica y haber confundido ley eterna y ley divina. La filosofía jurídica de D'ORS se resiente de la falta de una metafísica de la causa segunda.

(180) *Ibidem* (cit. q. 94, a. 4 ad 1).

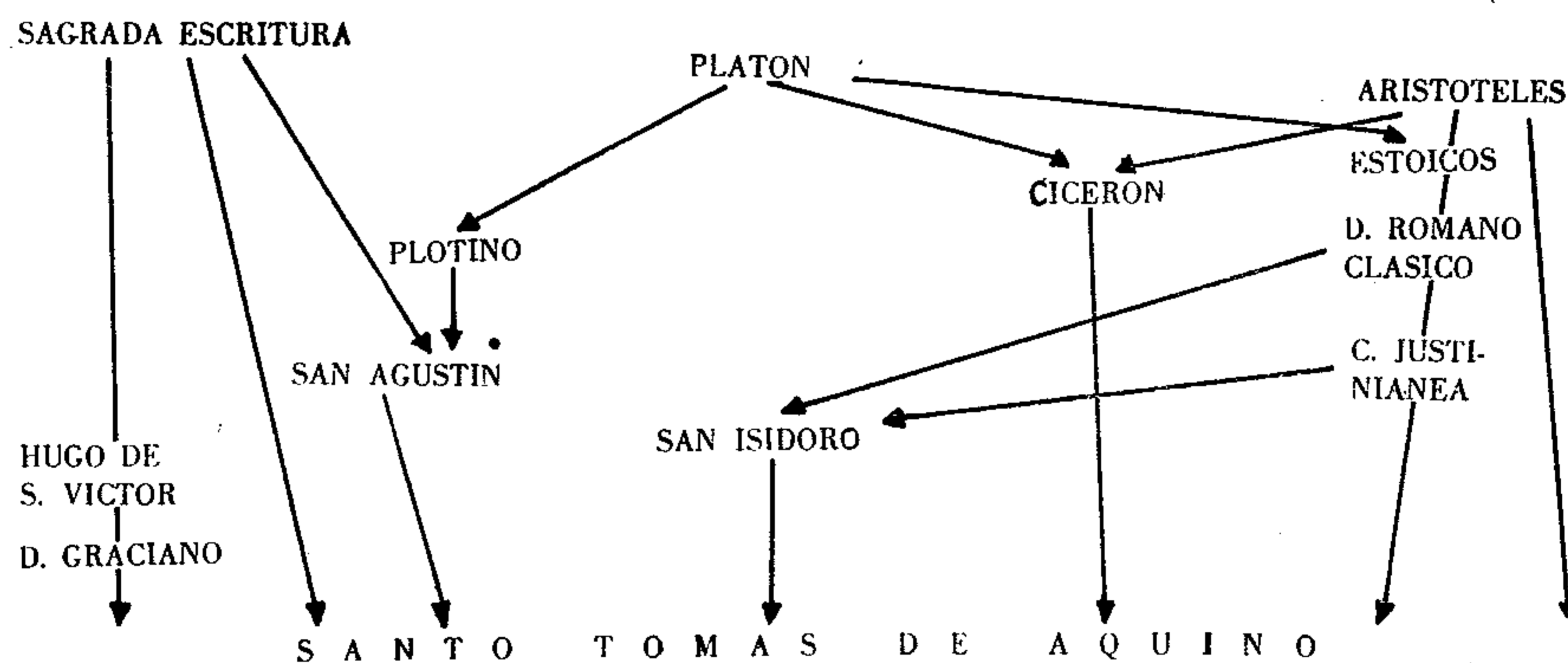
(181) q. 94, a. 4 ad 1.

(182) c. 1, D. 5 (cit. q. 94, a. 5 sed contra).

influencia isidoriana, Santo Tomás recoge otros textos de Graciano referentes a la ley humana. *Lex est constitutio populi...* (183), que se instituye al promulgarse (184). Además *ridiculum est et satis abominabile dedecus* modificar impunemente esa ley (185). En contraposición a la ley, que es general, el privilegio sólo vincula a aquel a quien se da (186).

* * *

A la manera como se ha hecho con referencia a la filosofía tomista en su conjunto (187), podríamos señalar gráficamente las fuentes de la metafísica tomista de la ley, tanto en su aspecto predicamental como trascendental, y de ahí ver la peculiaridad de la noción de participación como punto de entronque. Tal cuadro podemos resumirlo en estos términos:



Queda por ver en qué sentido tales precedentes fueron asimilados sintéticamente por Santo Tomás. En todo caso, el examen de las fuentes incluidas en la I-II, qq. 90-97, y su especial utilización, muestran respecto a la elaboración de la ley natural en otras obras anteriores de Santo Tomás una diferencia fundamental. Tal cotejo puede mostrar hasta qué punto la síntesis tomista de la ley natural ha ido paulatinamente madurando, mientras cobra importancia en ella la noción de participación.

(183) c. 1, D. 2 (cit. q. 90, a. 3 sed contra).

(184) c. 3, D. 4 (cit. q. 90, a. 4 sed contra).

(185) c. 5, D. 12 (cit. q. 97, a. 2 sed contra).

(186) c. 19, C. I, q. 2 (cit. q. 96, a. 5).

(187) Cfr. SCHELER, E.: *Das Priestertum Christi*, Paderborn, 1934, y las rectificaciones hechas a este autor por FABRO, C.: *La nozione, c.*, pp. 118 y ss.

A) En los comentarios *In IV libros Sententiarum* (1254-56) (188) los textos citados son:

a) La definición de Cicerón: *ius naturae est quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit*. Este texto no se contiene en la I-II, donde esa *innata vis* es más explicitada, gracias al influjo agustiniano, como *participatio legis aeternae*.

b) La definición, en parte, de Isidoro (*Etym.*, V, 4), y la definición, en parte, de Graciano, según la cual *ius naturale est quod in Lege et in Evangelio continetur*. Identificación con la ley divina, que en la I-II queda decantada: el texto isidoriano no es citado en este sentido y el texto de Graciano queda modificado en el sentido ya expuesto.

c) La definición de Ulpiano: *ius naturale est quod natura docuit omnia animalia*. En este lugar, Santo Tomás no acierta a encontrar la verdadera naturaleza del *ius naturae* al comentar este texto; postura que se mantiene en la I-II, pero de forma más mitigada.

En resumen, Santo Tomás no acierta a dar, en esta obra, una síntesis de los elementos apuntados.

B) En los comentarios *In X libros Ethicorum* (1266), los textos citados al definir la *lex naturae* (V, 12) son los siguientes:

a) La distinción aristotélica entre "justo natural" y "justo legal".

b) La división tripartita romana entre *ius naturale*, *ius gentium* y *ius positivum*.

c) La recepción de dicha división por San Isidoro.

Aunque Santo Tomás advierta la diferencia que hay entre lo "justo natural" aristotélico y el *ius naturale* romano, sin embargo, los asimila: *est autem haec divisio cum divisione quam iuristae ponunt, scilicet quod iuris aliud est naturale, aliud est positivum. Idem enim nominant ius quod Aristoteles iustum nominat. Nam Isidorus dicit in libro Etymologiarum, quod ius dicitur quasi iustum* (189). A partir de aquí, Santo Tomás sienta una doctrina que, luego, ha de conservarse en la I-II, pero asimilada a una progresiva madurez. Se trata de aplicar la gnoseología tomista a la acción derivada del dictamen práctico de la razón: *Sicut enim in speculativis sunt quaedam naturaliter cognita, ut principia indemostrabilia, et quae*

(188) d. 33, q. 1, a. 1.

(189) *In X Ethic.*, V, 2. Sobre la distinción entre *ius* y *lex* en Santo Tomás, confróntese últimamente OVERDEKE, V.: *La loi naturelle et le droit naturel selon Saint Thomas*, en "Revue Thomiste", 1957, 2-3. Creemos, y así tenemos un estudio en preparación, que tal dicotomía podría quedar más clara a la luz de la participación, aplicada a la virtud de la justicia.

sunt propinqua his, quaedam vero studio hominum adinventata, et quae sunt propinqua, ita etiam in operativis sunt quaedam principia naturaliter cognita quasi indemostrabilia principia, et propinqua his, ut malum esse vitandum, nulli esse iniuste nocendum, non furandum et similia. Alia vero sunt per industriam humanam excogitata, quae dicuntur hic iusta legalia (190).

Ha de notarse la ambigüedad de la expresión *naturaliter cognita*, que apenas se explicita. Para ello se requerirá una sucesiva “asimilación sintética”, ya madura en la *Summa Theologiae*, y que viene aplicada a la *lex naturalis*: nos referimos a la noción metafísica de participación.

4. El tratado de la ley, que comentamos, utiliza con frecuencia, de forma explícita, términos referentes a la noción metafísica de participación: *particeps, participatio, participative...* Pero no es sólo cuestión semántica, sino que, en nuestro análisis, vamos a ver hasta qué punto tal noción es radical en la síntesis tomista de la ley. Dejando intacto el *esse*, como acto último del ente, Santo Tomás hace de la participación el punto de entronque entre la virtualidad del ente finito (horizontalidad; aspecto predicamental), y su relación al *esse subsistens* (verticalidad; aspecto trascendental).

A) *Participación predicamental*.—Una metafísica de la ley supone y explica una íntima relación entre ella—*mensura, ordinatio*—y el ser. Si *operatio sequitur esse*, según el adagio de la escuela, y es la *natura* el principio de movimiento, todo acto es tal en función del ser que actúa. La naturaleza del acto deriva y se distingue—puesto que no se agota en ella—de la naturaleza del sujeto activo finito (191). Pero, además, todo agente obra en vista de un fin, *propter finem*, proporcionado en todo caso a su naturaleza (192). En el caso concreto del hombre, como *species* que se diversifica del género *animal* según la diferencia o forma específica *rationale*, sus actos son por ello racionales, y realizados, asimismo, en función de un fin presente a la razón. La definición tomista de ley parte de esas formulaciones que venimos haciendo: *lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur:*

(190) *l. c.*

(191) *Esse et operari est personae a natura, aliter tamen et aliter. Nam esse pertinet ad ipsam constitutionem personae; et sic quantum ad hoc se habet in ratione termini. Et ideo unitas personae requirit unitatem ipsius esse completi et personalis. Sed operatio est quidam effectus personae secundum aliquam formam vel naturam (III, q. 19, a. 1 ad 4).*

(192) I, q. 44, a. 4; I-II, q. 12, a. 1; I-II, q. 17, a. 8; I-II, q. 94, a. 2; etc.

dicitur enim lex a ligando, quia obligat ad agendum. Regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quae est primum principium actuum humanorum...: rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis, secundum Philosophum (Phys., II, 9, 3). In unoquoque autem genere id quod est principium, est mensura et regula illius generis: sicut unitas in genere numeri, et motus primus in genere motuum. Unde relinquitur quod lex sit aliquid pertinens ad rationem (193). Pero no toda regla de la razón es ley, sino sólo aquella que va dirigida al bien común, sólo aquella que participa del principio directivo de la naturaleza social del hombre: el bien común. In quolibet autem genere id quod maxime dicitur, est principium aliorum, et alia dicuntur secundum ordinem ad ipsum: sicut ignis, qui est maxime calidus, est causa caliditatis in corporibus mixtis, quae inc tantum dicuntur calida, inquantum participant de igne. Unde oportet quod, cum lex maxime dicatur secundum ordinem ad bonum commune... (194). La ley, por tanto, en cuanto racional, radica en la formalidad sustancial del hombre, es un constitutivo de su esencia. Esa ley, a su vez, es la forma que regula sus propios actos en orden al bien común.

Estos principios sentados exigen, no obstante, una delimitación. Ante todo debe tenerse en cuenta que la definición de ley, propuesta por Santo Tomás en el a. 4 de la q. 90 de la I-II (195), conviene a toda ley, sea ésta *aeterna, naturalis, humana*. Ordenación de la razón que, en el aspecto horizontal de la ley que ahora estudiamos—*lex naturalis, lex humana*—, hace referencia exclusiva al hombre: la *lex naturae* es, precisamente, *participatio legis aeternae in rationali creatura* (196), y el fin de la *lex humana* reside en la *utilitas hominum* (197). Por último—y baste ya de delimitación—,

(193) I-II, q. 90, a. 1 c.

(194) I-II, q. 90, a. 2 c.

(195) *Quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*. A cada uno de los términos de la división tripartita de la ley conviene esta definición, si bien de diverso modo.

(196) I-II, q. 92, a. 2 c. Si Santo Tomás, comentando la definición de Ulpiano, ha dicho que *ius quod dicitur naturale secundum primum modum, commune est nobis et aliis animalibus* (II-II, q. 57, a. 3 c); sin embargo, se connota en qué sentido impropio—*suo modo*—se habla de ley natural referida a los irracionales: *etiam animalia irrationalia participant rationem aeternam suo modo, sicut et rationalis creatura. Sed quia rationalis creatura participat eam intellectualiter et rationaliter, ideo participatio legis aeternae in creatura rationali proprie lex vocatur: nam lex est aliquid rationis... In creatura autem irrationali non participatur rationaliter: unde non potest dici lex nisi per similitudinem* (I-II, q. 91, a. 2 ad 3).

(197) I-II, q. 95, a. 3 c.

la teoría de la ley abarca precisamente la problemática metafísica de lo jurídico (198).

a) El primer problema está a la vista. Esa ley natural que conviene al hombre, en cuanto racional, ¿dice relación al individuo, o al hombre como especie? ¿O, quizá, haga relación al individuo y a la especie, pero de diverso modo? Nótese que la cuestión es básica ya que, al no darse sino lo concreto, si no se connota adecuadamente ese derecho natural corre el peligro de diluirse en lo singular, y no ser sino una mera abstracción *a posteriori*, sin densidad metafísica posible. En realidad aquí estaría el punto de arranque del idealismo jurídico, propio de la llamada Escuela de derecho natural, a cuya teoría pragmática del contrato social diera Kant, posteriormente, un fundamento filosófico. Pero la cuestión no puede ser abordada directamente, sin antes dilucidar algo previo: la adecuación de lo individual a lo social, puesto que, al definir la ley, se ha visto en el bien común un constitutivo de la misma, precisamente aquella formalidad que hace, de una ordenación de la razón, una ley.

Que el hombre sea animal social es algo, en definitiva, paralelo a que el hombre sea animal racional, siendo, sin embargo, lo social algo connotado en lo racional, como veremos. Tanto es así que la sociabilidad humana y su concreción parcial en el estado, en la familia o en otros tipos de comunidades es algo que existiría aun sin pecado original; no deriva de la *natura damnata*, sino de la *natura humana qua talis: homo naturaliter est animal sociale: unde homines in statu innocentiae socialiter vixissent. Socialis autem vita multorum esse non posset, nisi aliquis praesideret, qui ad bonum commune intenderet* (199). Esa *natura socialis* del individuo

(198) *Lex*, en Santo Tomás, es el concepto básico de lo jurídico, y *ius* el objeto de esa ley: el estudio del *ius* presupone el previo examen de la ley. Pensamos incluso que el *ius*, para Santo Tomás, viene a ser una *situación de relación adecuada*, en cuanto que *ius sive iustum es opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum* (II-II, q. 57, a. 2 c). (situación), lo que supone una relación previa y, por supuesto, adecuada entre los sujetos de esa relación conforme a justicia; de la misma forma que habla Santo Tomás de *relationem ad domesticam communitatem* (II-II, q. 57, a. 4 c), podría hablarse de *relationem ad politicam communitatem*, puesto que la familia es *pars communitatis perfectae*, es decir, de la *civitas* (I-II, q. 90, a. 2 c). Así nos parece que, en cierto sentido, la ciencia del derecho anglosajona es más bien ciencia de situaciones de relación adecuada. Sobre ontología y metafísica jurídica, cfr. CABRAL DE MONCADA, A.: *A caminho de un nuovo Direito natural*, Lisboa, 1945, pp. 22 y ss.

(199) I, q. 96, a. 4 c. Cfr. también: II-II, q. 90, a. 3 ad 1; II-II, q. 129, a. 6 ad 1; III, q. 65, a. 1 c.

parece referirse a una comunicabilidad de singulares entre sí, que habría que especificar posteriormente si se trata de comunicabilidad entitativa esencial o accidental: en el primer caso se destruye al individuo: *singulare, ex hoc ipso quod est singulare, est divisum ab omnibus aliis* (200), y, en el segundo caso, la ley exige una determinación de su densidad entitativa. La noción de participación va a venir en nuestra ayuda.

Evidentemente, lo individual es incomunicable entitativamente, es decir, que la naturaleza humana como tal sólo existe en lo concreto, y esto de forma plena. En cuanto la naturaleza del hombre es objeto de una abstracción formal se ve que tal naturaleza—*animal rationale*—conviene a todos los individuos de la misma especie humana *secundum rem et secundum rationem* (201), y, en tal sentido, hay una igualdad entre todos los individuos de la especie. Pero una abstracción metafísica nos llevará a la exigencia de lo concreto, es decir, a observar que, si bien la animalidad y la racionalidad convienen *esencialmente* al individuo de la especie humana, sin embargo, ambas formalidades se realizan en cada individuo de modo diverso: a todos convienen, pero no del mismo modo, ya que tal forma—la racionalidad—está en el concreto informando una *materia signata quantitate*, principio de individuación y principio, asimismo, de diversidad. Pedro y Juan son *esencialmente* lo mismo—*homo*—, pero *específicamente* diversos: en cuanto individuos diversos, cuya forma—*rationalis*—ha informado una *materia signata quantitate* de modo diverso. En este caso hay una verdadera participación de una forma según un más o un menos, radicada en la diversidad de lo individuado (202).

Textos tomistas facilitan esta afirmación. *Differentia formae quae non provenit nisi ex diversa dispositione materiae, non facit diversitatem secundum speciem, sed solum secundum numerum; sunt enim diversorum individuorum diversae formae, secundum materiam diversificatae* (203). Es decir, la forma específica, como tal, es idéntica en los distintos individuos, pero considerada en cuanto informando la materia, se participa según *magis vel minus*. El individuo es *per participationem speciei* (204).

(200) I, q. 13, a. 9 c.

(201) *Ibidem*.

(202) Los términos abstracción formal y abstracción metafísica nos vienen dados por FABRO, C.: *La nozione*, c., p. 179.

(203) I, q. 85, a. 7 ad 3.

(204) *Dicendum quod de ratione hominis est quod sit in materia; et sic non potest inveniri homo sine materia. Licet igitur hic homo sit per participationem speciei, non tamen potest reduci ad aliquid existens per se in eadem specie; sed ad speciem superexcedentem, sicut sunt substantiae separatae* (I, q. 44, a. 3 ad 2). Cfr., en el mismo sentido, I-II, q. 52, a. 1 c.

Según esto, todo lo que se halla en el individuo es un *partialiter habere* de todo aquello que se encuentra *totaliter* en la especie de que participa (205). Partiendo de un hecho de experiencia y de la autoridad de Aristóteles, Santo Tomás dice ser propia del hombre la socialidad, *eo quod sibi non sufficiat ad vitam* (206). Tal nota debe ir, pues, incluida en la naturaleza específica humana, connota realmente su *species*. Es la *natura speciei* el fundamento sobre el que se asienta la socialidad. Pero no es la socialidad algo que se identifique con lo sustancial, ya que la socialidad comporta acción, y acción común—*adunatio hominum ad unum aliquid communiter agendum* (*Contra imp. Dei cultum et religionem*, 3)—, y toda acción en una sustancia compuesta se distingue de esa misma sustancia. Tal disposición social es, pues, de orden accidental, pero accidente necesario, ya que sin la socialidad el individuo no puede realizar su fin (208). Tal accidente necesario (209) es, lo que en términos de la escuela se denomina “propio”, como algo propio de la esencia pero posterior a ella (210). La *natura speciei* viene configurada sí como principio, como exigencia radical de la naturaleza de ese accidente: la socialidad.

Esta acción común a que se reduce la socialidad, por ser acción, hace referencia a un fin, sin el que no hay actividad posible; y por ser acción común, hará referencia a un fin asimismo común. Es decir, que la socialidad como “propio” radicado en la forma específica humana, dice relación a un fin común a la naturaleza total de esa especie que puede denominarse *bonum commune speciei*: Santo Tomás habla de un *bonum humanum* (211).

(205) *CG*, I, 32.

(206) *II-II*, q. 129, a. 6 ad 1.

(207) *Operatio autem animae non est in genere substantiae; sed in solo Deo, cuius operatio est eius substantia. Unde Dei potentia, quae est operationis principium, est ipsa Dei essentia. Quod non potest esse verum neque in anima, neque in aliqua creatura* (*I*, q. 77, a. 1 c).

(208) *I*, q. 96, a. 4 c.

(209) En este sentido, MANSER, G. M.: *La esencia del tomismo*, edic. esp., Madrid, 1953, p. 793.

(210) *I-II*, q. 2, a. 6 c.

(211) *I-II*, q. 96, a. 4 c. Cfr. *I-II*, q. 1, a. 7 ad 3: *etsi actiones sunt singularium, tamen primum principium agendi in eis est natura, quae tendit ad unum*. Y en el a. 5 de la misma *quaestio*: *oportet quod a fine ultimo, qui est communis, sortiantur rationem generis: sicut et naturalia ponuntur in genere secundum formalem rationem communem*. Lo que puede aplicarse al individuo respecto a la especie común. Más concretamente: *sic ordinatur (ratio) ad bonum commune, idest ad conservationem naturae in specie vel in individuo* (*I-II*, q. 91, a. 6 ad 3). Conviene notar, sin embargo, que no se trata de un bien común estático: *communitate speciei*; sino dinámico: *communita-*

Vuelve a aplicarse aquí la noción de participación. Ya que la forma específica es participada por todos los individuos de la especie, y la socialidad radica en esa forma como “propio”—siendo participada *secundum magis vel minus* por los individuos—, igualmente el fin de la actividad social hará referencia a un bien común de la especie, participado en los individuos: *bonum autem commune constat ex multis* (212). En el orden específico, el bien del individuo no es mejor que el de la especie, sino al contrario: *bonum commune potius est bono privato si sit eiusdem generis* (213). Lo que no quiere decir que el bien del individuo quede anulado por el bien de la especie. Aquí hay que evitar dos extremos: ni el bien común de la especie está presente totalmente en toda su esencia y virtud, en el individuo (totalidad universal en la especie; hemos visto antes que Santo Tomás habla de un *partialiter habere* en el individuo); ni tampoco hay tanta inconveniencia entre el bien total y el individual, que no se predique de él (totalidad integral) en un cierto sentido. Este cierto sentido es aquel según el cual el fin común es intrínseco al individuo, al que conviene en toda su esencia, pero no en toda su plenitud (totalidad análogamente participada) (214).

Sentado, pues, que la socialidad—que es *operatio*—, como “propio” de la naturaleza humana, comporta proporción a un fin (bien común humano o de la especie), tal proporción implica una forma o regla conforme a la cual se regula o mide la proporción a ese fin. De ahí el concepto de ley: *quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur* (215). Esto nos lleva a considerar la existencia de una ley, que regula la acción social de la especie humana

te causae finalis (q. 90, a. 2 ad 2). Creemos que, en este sentido, aunque se refiere sólo al incremento demográfico y desarrollo económico, puede interpretarse algún pasaje de la encíclica *Mater et Magistra* (15-V-61): *Hanc quaestionem sic tantummodo dissolvi posse censemus, si rerum oeconomicarum et socialium progressionem cum singulorum civium tum universae humanae societatis servent et augeant veri nominis bona* (p. 192). El subrayado es nuestro.

(212) I-II, q. 96, a. 1 c.

(213) II-II, q. 152, a. 4 ad 3.

(214) PALACIOS, L. E.: *La primacía absoluta del bien común*, en “Arbor”, 55-56, 1950, p. 358, habla, refiriéndose al bien común universal, de una totalidad virtual. La participación, en definitiva, podría solucionar la cuestión teórica del bien común tal como se planteó entre DE KONINCK, Ch.; ESCHMANN, I. Th., y MARITAIN, J. Hablando del bien último del hombre, RAMÍREZ, S.: *De hominibus beatitudine*, Madrid, 1942, II, página 334, dice que tal bien contiene de modo virtual y eminente toda la perfección de todas las participaciones, y la totalidad de las participaciones mismas.

(215) I-II, q. 90, a. 1 c.

en orden al fin que le es propio. Tal ley de la especie es, precisamente, la *lex naturalis*, en cuanto que es propia de la criatura racional, es decir, en cuanto proviene de la racionalidad, forma que constituye la especie humana, y la distingue de cualquier otra especie. Esta ley no es un hábito, sino algo consustancial a la *rationalitas*, de la que la socialidad es un accidente necesario: *lex naturalis est aliquid per rationem constitutum* (216), y, en otro lugar, *ad legem naturae pertinent ea ad quae homo naturaliter inclinatur; inter quae homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem* (217). Al ser la *lex naturalis* ley de la especie, vendrá participada en los individuos como esencialmente idéntica (identidad en los primeros principios), pero como específicamente diversa, es decir, *secundum magis vel minus*; estamos pues ante un *partialiter habere* que, como veremos después, se concreta en diversidad respecto a las conclusiones derivadas de esos principios comunes a la naturaleza social específica humana.

Pero detengámonos en el individuo, que participa de esa ley propia de la especie. Esa *lex naturalis* regula la actividad naturalmente social del hombre, dirigiéndola al bien común de la especie (218). Pero tal realización exige concretarse: el individuo constituye con otros individuos, en virtud de su naturaleza social participada, formas de socialidad diversas. Estas formas de socialidad—comunidad doméstica o familiar, comunidad política, como principales—tienen la categoría de aquello que suministra los auxilios para la realización del bien común de la especie. *Sciendum est autem, quod quia homo naturaliter est animal sociale, utpote qui indiget ad suam vitam multis, quae sibi ipse solus preparare non potest; consequens est quod homo naturaliter sit pars alicuius multitudinis, per quam praestetur sibi auxilium ad bene vivendum. Quo quidem auxilio indiget ad duo. Primo quidem ad ea quae sunt vitae necessaria, sine quibus praesens vita transigi non potest: et ad hoc auxiliatur homini domestica multitudo, cuius est pars. Nam quilibet homo a parentibus habet generationem et nutrimentum et disciplinam. Et similiter singuli, qui sunt partes*

(216) I-II, q. 94, a. 1 c. En el sentido de considerar a la socialidad como forma auténtica del hombre, según terminología de JASPERS, cfr. MAIHOFFER, W.: *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt a. M., 1954, pp. 117 y ss., y *Das Problem des Naturrechts*, en "Archiv. f. Rechts- und Sozialphilosophie", 41-3, 1960.

(217) I-II, q. 94, a. 4 c.

(218) La historia, como tal, es el acontecer de la naturaleza específica del hombre: cfr. MILLÁN PUELLES, A.: *Ontología de la existencia histórica*, 2.^a edic., Madrid, 1955, p. 192: "Compete a la forma misma en que algo se comporta como naturaleza, y no se identifica, como tal, a la peculiar estructura del contenido esencial a que afecta. *En este plano puramente formal es donde hay que mirar la naturaleza humana en su carácter de fundamento del acontecer histórico*" (subrayado del autor).

domesticae familiae, se invicem iuvant ad necessaria vitae. Alio modo iuvatur homo a multitudine, cuius est pars, ad vitam sufficienter perfectam; scilicet ut homo non solum vivat sed et bene vivat, habens omnia quae sibi sufficient ad vitam: et sic homini auxiliatur multitudo civilis, cuius ipse est pars, non solum quantum ad corporalia, prout scilicet in civitate sunt multa artificia ad quae una domus sufficere non potest sed etiam quantum ad moralia, in quantum scilicet per publicam potestatem coercentur insolentes iuvenes metu poenae, quos paterna monitio corrigere non valet (219). La *civitas* o la comunidad política viene entendida, así, como un medio conducente a la realización de ese bien común de la especie—*bonum humanum*—al que, sin embargo, no absorbe. Hay un *bonum commune civitatis* (220), de carácter totalmente restringido. En efecto, queda claro en Santo Tomás que el estado es un simple medio necesario que hace asequible la consecución del bien común propio de la especie: *socialis autem vita multorum esse non posset, nisi aliquis praesideret, qui ad bonum commune intenderet: multi enim per se intendunt ad multa, unus vero ad unum* (221). Se trata, por tanto, de una *unitas ordinis secundum accidens* (222). Por eso, cuando Santo Tomás trata del origen de la *lex humana*, aparte de traer un argumento derivado de la *ratio practica*, del que trataremos después, dice que el hombre necesita, para alcanzar la virtud, de la coacción de la pena: precisamente, aquel resorte que da efectividad a la *unitas ordinis*, que la hace factible: *huiusmodi autem disciplina cogens metu poenae, est disciplina legum. Unde necessarium fuit ad pacem hominum et virtutem ut leges ponerentur* (223). Es, precisamente, la misma desigualdad *secundum magis vel minus* de los individuos, en cuanto participan de diverso modo de la naturaleza común, la que exige una unidad de orden para la realización de esa forma común: *in creaturis autem non invenitur una forma in plu-*

(219) *In X lib. Ethic.*, I, 1. Cfr. II-II, q. 129, a. 6 ad 1; I-II, q. 5, a. 5 ad 2; I, q. 76, a. 5 ad 4. En todos estos textos se utiliza el término *auxilium* para explicar la naturaleza de la *civitas*.

(220) I-II, q. 92, a. 1 ad 3.

(221) I, q. 96, a. 4 c.

(222) *Quae verum sunt diversa secundum substantiam et unum secundum accidens, sunt diversa simpliciter, et unum secundum quid: sicut multi homines sunt unus populus... quae est unitas compositionis, aut ordinis.*

(223) I-II, q. 95, a. 1 c. Parece ir en contradicción con la tesis de que la *civitas* existía antes del pecado. Pero no es así: realmente, en tal estado, había sujeción como realización de la unidad del orden exigida para la consecución del bien común, si bien tal sujeción no sería, como después de la caída, *per vim et metum*: *Ea ista subiectio (civilis) fuisset etiam ante peccatum: defuisset enim bonum ordinis in humana multitudinis, si quidam per alios sapientiores gubernatio non fuisset.*

ribus suppositis, nisi unitate ordinis ut forma multitudinis ordinatae (224). Y aunque el hombre expande su socialidad en múltiples comunidades humanas, la *civitas* es la más perfecta de todas ellas (225), pero no en el sentido de que absorba el bien común de la especie humana, sino en cuanto que es un medio, el más perfecto, que facilita la unidad de orden de los individuos en relación a la consecución de ese bien común. Por eso, la *civitas*, configurada en orden a un bien común que le es propio—*bonum commune civitatis*—, bien que no es distinto del *bonum humanum*, pero que no se identifica con él, la *civitas*, decíamos, es un mediante en orden a dicho bien propio de la especie.

Así quedan más explícitas las relaciones de la ley natural, configuradora del orden de la razón, y pertinente al bien común de la especie, y la ley positiva: configuradora del orden político, y referente al bien común de la ciudad. Este orden está, sin embargo, incluido en aquél, *quia in omnibus in quibus ordinamur ad proximum, oportet nos dirigi secundum regulam rationis* (226), pero con autonomía propia: la *determinatio* en que consiste la *lex humanitus posita*, aunque contenga conclusiones sacadas de los primeros principios del orden natural, sin embargo, *determina* esa misma ley natural en el sentido en que se refiere a poner aquellos medios que, conforme a la razón, pero no de forma mostrenca, parecen convenientes para asegurar el bien de la especie, conseguido previamente el orden *civitatis*, esfera propia de esa ley: *Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum... Quaedam vero per modum determinationis: sicut lex naturae habet quod ille qui peccat, puniatur; sed quod tali poena puniatur hoc est quaedam determinatio legis naturae. Utraque igitur inveniuntur in lege humana posita. Sed ea quae sunt primi modi, continentur lege humana non tanquam sint solum lege posita, sed habent etiam aliquid igitur ex lege naturali. Se ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent* (227). Tal determinación hace, en definitiva, referencia a una participación, *nam omne quod participatur determinatur ad modum participantis* (228). Participación que hace, de esas dos leyes, principios configuradores de dos órdenes que, si bien son diversos, convienen en algo común (229).

(224) I, q. 39, a. 3 c.

(225) *Inter omnes communitates humanas civitas ipsa est perfectissima. In VIII lib. Politic., I, 1; cfr. I-II, q. 90, a. 4 ad 3.*

(226) I-II, q. 72, a. 4 c, donde se diversifican, no obstante, ambos órdenes.

(227) I-II, q. 95, a. 2 c.

(228) CG, I, 32.

(229) No somos ajenos a la problemática nueva que se deriva de este plantea-

b) Hemos visto que la socialidad queda radicada en la forma específica humana. Concretaríamos más al radicarla, como "propio", naturalmente, en el alma, lo que no significa sino referencia a uno de los componentes de esa forma sustancial. En efecto, el alma se compone de *forma y esse participatum* (230). La socialidad radica en la forma, que es actualizada por el *esse imparticipatum*. Pero como la socialidad consiste en operación, y el alma actúa por medio de sus potencias, estas potencias son, por tanto, las potencias sociales: inteligencia y voluntad: *regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quae est primum principium actuum humanorum* (231). Y se tratará de la *ratio practica*, ya que nos referimos a la acción, no a la especulación.

Esta razón práctica, a la manera de la especulativa, se comporta de diversos modos. Por un lado, abstrae y, teniendo como objeto propio el bien, éste no se le da sino informando lo singular; de la misma forma

miento: 1) la existencia de un pluralismo jurídico, propio de las diversas comunidades humanas, en el cual el derecho de la *civitas* es directivo, coordinador, pero no exclusivo. (Aquí podría incardinarse el principio de subsidiariedad, clave de la llamada doctrina social de la Iglesia.) (Cfr. sobre este pluralismo jurídico, MESSNER, J.: *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 3.^a edic., Innsbruck-Wien-München, 1948, pp. 234 y ss.); 2) la autonomía concreta del orden jurídico estatal, delimitada por el *bonum commune civitatis*; 3) el bien común de la especie humana—*bonum humanum*—, fundamento de toda solidaridad, que supera y configura al político, y en función del cual se perfecciona progresivamente, a través del tiempo, la *civitas*: de lo nacional a lo supranacional, y de lo supranacional a lo mundial. Un gobierno mundial, sin embargo, no absorbería el bien de la especie: seguiría siendo un medio, quizá más racionalizado que lo supranacional o lo nacional, hacia ese bien de la especie, que excede al bien de la ciudad: si el hombre es *pars civitatis* (I-II, q. 96, a. 4 c), lo es sólo en el mismo orden: *bonum commune civitatis* (II-II, q. 152, a. 4 ad 3). Nos referimos pues a un perfeccionamiento de esos medios, a una racionalización cada vez mayor de la *civitas* en orden a una mejor consecución mediata del *bonum commune speciei*. Sin duda, una *unitas ordinis civitatis* más racionalizada facilita el acceso de los individuos al bien común de su especie. Sobre la funcionalidad y racionalidad de lo supranacional, vid. nuestro estudio sobre *El carácter supranacional de la CECA*, en "Temis", 2, 1957.

(230) *In substantiis vero intellectualibus est compositio ex actu et potentia, non quidem ex materia et forma, sed ex forma et esse participato* (I, q. 75, a. 5 ad 4).

(231) I-II, q. 90, a. 1 c. Así también: *Inclinatur autem unumquodque naturaliter ad operationem sibi convenientem secundum suam formam, sicut ignis ad calefaciendum. Unde cum anima rationalis sit propria forma hominis, naturalis inclinatio inest cuilibet homini ad hoc quod agat secundum rationem* (I-II, q. 94, a. 3 c). No se da, sin embargo, una separación de la razón; también la voluntad, potencia social, interviene en ese acto—*dictamen practicae rationis* (I-II, q. 90, a. 1 ad 2; q. 91, a. 3 c)—en que consiste la razón práctica: *imperare*, puesto que *imperare est actus rationis, praesupposito tamen actu voluntatis* (I-II, q. 17, a. 1 c).

que el ente es el primero que aprehende el intelecto, abstrayendo de lo singular. Esa formalidad—bien—, abstraída de lo singular, es el objeto propio de la razón práctica: *sicut autem ens est primum quod cadit in apprehensione simpliciter, ita bonum est primum quod cadit in apprehensione practicae rationis, quae ordinatur ad opus: omne enim agens agit propter finem qui habet rationem boni*. Pero la aprehensión del bien, como tal, no puede ser *mensura, regula*, ya que proviniendo de lo regulado y mesurado, no puede ser superior a él. Y toda regla consiste en ser medida de todo aquello que le está sometido. *Non enim aliquid perficitur ab aliquo inferiori, nisi secundum quod in inferiori est aliqua participatio superioris. Manifestum est autem quod forma lapidis vel cuiuslibet rei sensibilis, est inferior homine. Unde per formam lapidis non perficitur intellectus inquantum est talis forma, sed inquantum in ea participatur aliqua similitudo alicuius quod est supra intellectum humanum, scilicet lumen intelligibile, vel aliquid huiusmodi* (232). Son, por tanto, los primeros principios indemostrables los que hacen posible el conocimiento discursivo, incluso en el raciocinio práctico. Si lo primero que cae en el entendimiento práctico es la razón de bien, el primer principio o especie inteligible de dicha razón práctica (233) hace referencia al bien, y configura el primer principio de la ley natural: *et ideo primum principium in ratione practica est quod fundatur supra rationem boni, quae est, "Bonum est quod omnia appetunt"*. *Hoc est ergo primum preceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum. Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae* (234). En este sentido, la razón humana *secundum se* no es regla de las cosas, sino más bien lo son los principios naturalmente insitos en ella: *ratio humana secundum se non est regula rerum: sed principia ei naturaliter indita, sunt quaedam regulae generales et mensurae omnium eorum quae sunt per hominem agenda, quorum ratio naturalis est regula et mensura, licet non sit mensura eorum quae sunt a natura* (235). De ahí que sólo una relación trascendental, que luego estudiamos, puede fundamentar metafísicamente la ley natural: *intellectus enim humanus est mensuratus a rebus, ut scilicet conceptus hominis non sit verus propter seipsum, sed dicitur verus*

(232) I-II, q. 3, a. 6 c.

(233) I, q. 84, a. 4 ad 1: *species intelligibiles quas participat noster intellectus, reducuntur sicut in primam causam in aliquod principium per suam essentiam intelligibile, scilicet in Deum. Sed ab illo principio procedunt mediantibus formis rerum sensibilibus et materialium, a quibus scientiam colligimus*. He aquí, pues, el punto de engarce entre la operación abstractiva y la discursiva del entendimiento humano.

(234) I-II, q. 94, a. 2 c.

(235) I-II, q. 91, a. 3 ad 2.

ex hoc quod consonat rebus... Intellectus verum divinus est mensura rerum: quia unaquaeque res in quantum habet de veritate, in quantum imitatur intellectum divinum (236).

Sin embargo, el parangón entre la *ratio speculativa* y la *ratio practica* no puede ser llevado más allá, ya que la razón especulativa hace referencia a lo necesario, mientras que la razón práctica versa sobre lo operable, que es de carácter contingente (237). Por eso, si los principios de esa razón práctica son inmutables para todos, no así las conclusiones (objeto también de la ley natural: I-II, q. 94, a. 2), sobre cuya formulación no existe una identidad de criterio; diversidad que no deriva, precisamente, de que tales conclusiones no sean conocidas por todos, lo que puede darse, sino de que versan sobre lo contingente: *quantum vero ad proprias conclusiones rationis speculativae, est eadem veritas apud omnes, non tamen aequaliter omnibus nota... Sed quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, nec est eadem veritas seu rectitudo apud omnes; nec etiam apud quos est eadem, est aequaliter nota (238).*

Aquí se suelda precisamente el alcance de la *ratio practica*, en cuanto versa sobre el bien común de la ciudad, es decir, en cuanto legisla positivamente. Tal contingentismo concreto de la ley natural obliga, para que se garantice la *unitas ordinis* en que la *civitas* consiste, que el legislador, en orden a la *utilitas* (el estado, por tanto, como medio), positivice ya ciertas conclusiones de la ley natural, ya ciertas *directiones* o *sanctiones* (239) de la misma. Tal positivación viene denominada por Santo Tomás como *determinatio* de esa ley natural, ya que se formula igualmente por la razón práctica, aunque en este caso se dirija al bien común de la ciudad;

(236) I-II, q. 93, a. 1 ad 3. Nos movemos, pues, dentro de la metafísica de la participación.

(237) *Ratio practica est circa operabilia, quae sunt singularia et contingentia: non autem circa necessaria, sicut ratio speculativa (I-II, q. 91, a. 3 ad 3).*

(238) I-II, q. 94, a. 4 c. En este sentido, en mayor medida que la razón especulativa, la razón práctica, en que consiste la ley natural, admite una perfectibilidad creciente. Si en aquella ha habido, a partir de principios inmutables, un conocimiento progresivo (desarrollo de la ciencia), en ésta puede darse tal perfectibilidad en orden a un mejor conocimiento de los primeros principios, y un mejor conocimiento a su vez de las conclusiones de ellos derivadas. Este carácter relativo, en orden a una perfección progresiva del conocimiento de la ley natural, quedará más determinado en las páginas siguientes. (Cfr. sobre la perfectibilidad que comentamos: I-II, q. 97, a. 1 c).

(239) I-II, q. 91, a. 3 ad 1. De ese doble contenido de la ley positiva se habla en q. 95, a. 2 c.

de ahí que dicha *determinatio*—en cuanto se refiere a las *directiones* o *sanctiones*—*ex sola lege humana vigorem habet* (240).

Tal determinación, y consiguiente perfectibilidad de la ley humana, admite que el pueblo, mediante la costumbre, pueda introducir algo mejor a la *utilitas* de la ciudad, aunque nunca podrá ir contra la ley natural o eterna (241).

De lo dicho hasta ahora sobre la participación predicamental de la ley natural podría hacerse el siguiente resumen:

a) La ley natural es ordenación que, como radicada en la naturaleza social de la especie humana, es racional, y dirige los actos del hombre en orden al bien común de la especie.

b) La ley positiva, siendo una determinación de la ley natural, y teniendo así su propio ámbito de autonomía, participa de esa ley natural en cuanto formulada por la *ratio practica*, y en cuanto dirigida a un bien común de la ciudad distinto del bien de la especie, pero medio para conseguirlo.

c) La ley natural hace referencia a unos principios primeros de cuyo origen hay que dar razón, y, además, es participada en las criaturas según un más o un menos. Lo que nos conduce a la problemática trascendental de la participación.

(240) I-II, q. 95, a. 2 c. En este sentido, la ley positiva muda a la ley natural, por adición: *nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam utilia, tam per legem divinam, quam etiam per leges humanas* (I-II, q. 94, a. 5 e y, principalmente, ad 3. Un argumento más a favor de nuestra tesis de que la ley natural hace referencia al bien común de la especie, mientras que la ley positiva se refiere al bien común de la ciudad. Este orden, sin embargo, teniendo propia autonomía, participa parcialmente de aquél y le añade algo: la peculiar determinación.

(241) I-II, q. 97, a. 3 ad 1 et ad 2. Esta perfectibilidad de la ley, tanto natural como positiva, nos parece, tal como la hemos expuesto, un sólido fundamento para entender las relaciones entre exactitud del derecho y experiencia, entre adecuación de lo mensurante y lo medido. Salimos al paso levemente, porque no es propio de este lugar, de diversos extremos en este sentido: VON HIPPEL, E.: *Moralisches und mechanisches Rechtsdenken*, Meisenheim a. G., 1959, pp. 111 y ss.; LOIS, J.: *Ciencia frente a Política en la pugna frente a un derecho justo*, en "Estudios jurídico-sociales en homenaje a L. Legaz y Lacambra", 1960, II, pp. 667 y ss.; SÁNCHEZ DEL RÍO, C.: *De los conceptos de justicia greco-romana y hebrea del mundo antiguo, a la justicia probabilística del porvenir*, en "Estudios, c.", I, pp. 339 y ss. Es mucho más apropiada la posición de LEGAZ, L., que considera al derecho como "punto de vista sobre la justicia"; cfr. *Filosofía del Derecho*, 2.^a edic., Barcelona, 1961, p. 93. Punto de vista, por tanto, que depende de la distinta acomodación del ocular: la justicia está ahí, pero es observada de distintos modos. Sobre esto hablaremos en lo que sigue.

B) *Participación trascendental*.—Se dan por supuestas las bases metafísicas—no teológicas—de la formulación tomista *Deus est ens per essentiam, et alia per participationem* (242). El *esse subsistens*, entendido como *actus essendi*, es la suprema actualización de la forma de toda especie de un género, y de la forma de todo individuo de una especie. Suprema actualización, consiguientemente, de toda operación del ser participado (acto segundo), puesto que esta operación sigue al ser (acto primero). Dicho acto último actualiza, pues, la regla de operación de la naturaleza humana y, descendiendo a la arena de nuestra actividad de convivencia, toda determinación en el interior de la ciudad. *Regula autem voluntatis humanae est duplex: una propinqua et homogenea, scilicet ipsa humana ratio; alia vero est prima regula, scilicet lex aeterna quae est quasi ratio Dei* (243). Esto, sin embargo, no supone eliminar la virtualidad propia de la misma naturaleza humana: virtualidad a la que se hace continua referencia en el tratado de la ley que comentamos (244).

(242) I, q. 4, a. 3 ad 3. Resumiendo: la diversidad de lo singular individual, como vimos antes, hace referencia a una *forma* (instancia aristotélica), que actualiza según un más o un menos. Forma que, al no admitir en sí misma, sino sólo en cuanto participada, un más o un menos, hace referencia a la perfección subsistente por sí misma. Es decir, nos referimos a un último acto subsistente capaz de actualizar toda forma configuradora de la diversidad de especies o géneros (instancia platónica): el *esse—ipsum esse subsistens—* como *actus essendi*. *Necesse est igitur omnia quae diversificantur secundum diversam participationem essendi, ut sint perfectius vel minus perfecte, causari ab uno primo ente quod perfectissime est. Unde et Plato dixit quod "necesse est ante omnem multitudinem ponere unitatem". Et Aristoteles dicit quod "id quod est maxime ens, et maxime verum, est causa omnis entis veri; sicut id quod est maxime calidum, est causa omnis caliditatis"* (I, q. 44, a. 1 c). Así se mantiene la unidad incólume del *esse* (instancia parmenidiana). Esta exposición, casi taquigráfica, de la participación hace referencia a FABRO, C.: *La nozione, c.*, pp. 198-269, principalmente, y *Partecipazione, c.*, pp. 397-466, de manera especial. Queda así elaborada una metafísica que, en el orden de la ley, va a suponer la continuidad de la unidad parmenidiana, aplicada en síntesis completa, a la diversidad de lo singular, por el impacto aristotélico y platónico. Sobre la "teología del derecho", aparte del poco convincente, por dudosa fundamentación, tratado de ELLUL, cfr. el estudio—influencia heideggeriana y protestante—de WOLFF, E.: *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe, 2.^a edic., 1959. De otro lado, no nos cabe la menor duda que la participación es la base metafísica en que Santo Tomás fundamenta la ley natural: *ea quae in seipsis non sunt, apud Deum existunt, in quantum sunt ab ipso praecognita et preordinata* (I-II, q. 91, a. 1 c).

(243) I-II, q. 71, a. 6 c.

(244) I-II, q. 94, a. 5 ad 2: *Nec solum in rebus humanis quidquid a Deo mandatur, hoc ipso est debitum: sed etiam in rebus naturalibus quidquid a Deo fit, est quodammodo naturale.*

La *ratio directiva* de los actos humanos (ley natural) viene, pues, configurada como *participatio* de la ley eterna, directiva de todo lo creado en orden al bien común universal: *manifestum est quod omnia participant aliquantulum legem aeternam, in quantum scilicet ex impressione eius habent inclinationes in proprios actus et fines. Inter cetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, in quantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens. Unde et in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem. Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur... quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud sit quam impressio divini luminis in nobis. Unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura* (245). Pero *participatio*, como tal, entraña un *partialiter habere*, un tener parcial de aquella forma participada que es el todo. El *esse*, pues, no se participa *totaliter*, sino que viene determinado parcialmente por el participante. Sólo así se salva lo *uno* y lo *múltiple*, al tener éste una consistencia metafísica participada, y al ser lo *uno* el mismo *ipsum esse subsistens*, último acto de todos los actos, incluido también el acto segundo en que la operación del ser finito consiste: el ser peculiar de lo *uno* y lo *múltiple*, haciendo referencia se distingue entre sí: el de lo *uno* es imparticipado, el de lo *múltiple* es participado.

Avancemos, en este sentido, en el terreno de la ley. La razón humana no puede participar plenamente de esa ley eterna: *ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte. Et ideo sicut ex parte rationis speculativae, per naturalem participationem divinae sapientiae, inest nobis cognitio quorundam communium principiorum, non autem cuiuslibet veritatis propria cognitio, sicut in divina sapientia continetur; ita etiam ex parte rationis practicae naturaliter homo participat legem aeternam secundum quaedam communia principia, non autem secundum particulares directiones singulorum, quae tamen in aeterna lege continentur* (246). Se da, por tanto, un conocimiento de los principios comunes—que, sin embargo, son sólo una *impressio*, no un *plenum habere*—; y respecto a las conclusiones de esos mismos principios se tiene una noticia según un más o un menos, conforme a la dialéctica de la

(245) I-II, q. 91, a. 2 c. Sin perder de vista que toda causa segunda se mueve en virtud de la causa primera—y no sólo en virtud de la razón suficiente—; de donde se infiere que la virtualidad de toda ley depende de la ley eterna (I-II, q. 93, a. 3 c).

(246) I-II, q. 91, a. 3 ad 1.

participación: *sic igitur dicendum est quod legem aeternam nullus potest cognoscere secundum quod in seipsa est, nisi solum beati, qui Deum per essentiam vident. Sed omnis creatura rationalis ipsam cognoscit secundum aliquam irradiationem, vel maiorem vel minorem. Omnis enim cognitio veritatis est quaedam irradiatio et participatio legis aeternae, quae est veritas inconmutabilis, ut Augustinus dicit, in libro De vera relig. (c. 31). Veritatem autem omnes aliquantulum cognoscunt, ad minus quantum ad principia communia legis naturalis. In aliis vero quidam plus et quidam minus participant de cognitione veritatis; et secundum hoc etiam plus vel minus cognoscunt legem aeternam (247).*

(247) I-II, q. 93, a. 2 c. El conocimiento de la ley eterna es precisamente la problemática de la ley natural. Ambos—conocimiento y ley natural—vienen designados como *quaedam irradiatio et participatio legis aeternae*. Veamos la correspondencia entre esa ley eterna y la ley natural: mientras la ley eterna es directiva del bien común universal, propio de todas las especies, la ley natural es directiva del bien común propio de la especie humana; bien común humano que constituye una parcela, bien preñada de consciencia, de ese bien universal. La unidad del mundo es evidente, y la ciencia moderna parece dar razón fidedigna de ello. Hay en todo un “sentido interno”—su participación en el bien común universal, dirigida por la ley eterna—, que en el caso del hombre se proyecta conscientemente: ley natural racional, libremente aceptada o rehusada, directiva del bien común de la especie. No hay contradicción en ello: “las últimas fibras del compuesto humano se confunden ante nuestra mirada con el material mismo del universo” (P. TEILHARD DE CHARDIN: *Le phénomène humain*, París, 1955, p. 37). En este sentido, se podría hablar de una “cosmogénesis jurídica”, donde la ley social—propia del ser humano en cuanto especie que surge en un momento determinado, y en cuanto miembro de unas comunidades en progresiva racionalización—sería la culminación de la mostrenca ley biológica, de la misma forma que en esa “cosmogénesis” el fenómeno social es la culminación del fenómeno biológico.

Nótese, sin embargo, que nos movemos siempre en el terreno de la *natura*, no de la sobrenaturaleza. Concretamente, y aunque se confunde con mucha frecuencia, la *lex aeterna* no se identifica con la *lex divina*. Aquélla (I-II, q. 91, a. 1) hace referencia al comportamiento natural regulado de todo lo que existe, que, por ello, tiene un sentido comunitario: *tota communitas universi gubernatur ratione divina*. Mientras que la *lex divina* hace referencia al hombre en cuanto elevado de su orden natural que le es propio (donde vige la ley natural, participación de la ley eterna), al orden sobrenatural, que le excede, donde ha sido colocado gratuitamente, donde se puede dar un rehusamiento supuesta la libertad humana, y donde rige esa ley divina: *quia homo ordinatur ad finem beatitudinis aeternae, quae excedit proportionem naturalis facultatis humanae..., ideo necessarium fuit ut supra legem naturalem et humanam, dirigeretur etiam ad suum finem lege divinitus data* (I-II, q. 91, a. 4 c). Por todo ello no nos convence ni compartimos el gratuito “salto a la trascendencia”, por lo demás común en el espiritualismo y existencialismo cristiano, que hace TEILHARD en esa “cosmogénesis”: la línea de la evolución continuando fatalmente hacia el “punto Omega”: concretamente, de la ley eterna no se pasa a la ley divina por *natural* evo-

Pero tal parci alid ad queda aún más delimitada si, dentro de ese paralelismo entre la *ratio speculativa* y la *practica*, ésta, respecto a las conclusiones, se mueve en un campo mucho más aleatorio que el de aquélla: lo contingente, aquello que supone la libertad de la criatura racional sujeta a la ley eterna. El hombre, según esto, participa de la ley eterna de dos formas diversas, y, por tanto, de dos modos rige para él la ley natural: o es una participación por conocimiento, idéntica para todos respecto a los primeros principios, y diversa respecto a las conclusiones, o bien es una participación por acción y pasión, conforme a la actitud que la criatura racional, por participación, adopte frente a la ley eterna (propia del ser por esencia o participado por el singular). Se da, aquí, un problema existencial y no sólo esencial, de la virtualidad de la ley natural en el hombre, de la que se hace eco el Aquinate: *duplex est modus quo aliquid subditur legi aeternae...: uno modo, in quantum participatur lex aeterna per modum cognitionis; alio modo, per modum actionis et passionis, in quantum participatur per modum principii motivi... Rationalis natura... secundum utrumque modum legi aeternae subditur... Uterque tamen modus imperfectus quidem est, et quodam modo corruptus, in malis; in quibus et inclinatio naturalis ad virtutem depravatur per habitum votiosum; et iterum ipsa naturalis cognitio boni in eis obtenebratur per passiones et habitus peccatorum. In bonis autem uterque modus invenitur perfectior... Sic igitur boni perfecte subsunt legi aeternae, tamquam semper secundum eam agentes. Mali autem subsunt quidem legi aeternae, imperfecte quidem quantum ad actiones ipsorum, prout imperfecte cognoscunt et imperfecte inclinantur ad bonum: sed quantum deficit ex parte actionis, suppletur ex parte passionis, prout scilicet intantum patiuntur quod lex aeterna dictat de eis, in quantum deficiunt facere quod legi aeternae convenit (248).*

Por todo ello, lejos de ser la ley natural algo mostrenco, perfectamente conocido, e invariablemente directivo, más bien nos parece un *ius negativum*, si bien entendido este carácter negativo en el sentido de la imposibilidad de sernos totalmente y perfectamente conocida su esencia y, por tanto, la virtualidad completa de su eficacia directiva. Pero no ha de entenderse tal *ius negativum* como contrapuesto al *ius positivum*, es decir, al puesto en la ciudad, y al que afecta, por supuesto, una radical relatividad. Conviene, no obstante, detenerse en ese carácter negativo de la ley natural (249):

lución, sino por un acto *sobrenatural*: la Gracia. Estamos ante las puertas de la teología del derecho, puertas que hay que abrir con llave, pero no con ganzúa: sería delictivo.

(248) I-II, q. 93, a. 6 c.

(249) *Substantiales differentiae non sunt nobis notae* (I, q. 29, a. 1 ad 3). De ahí

a) La ley natural, a partir del primer principio: *bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum* (250), se reduce a un conjunto de *propositiones*, de juicios que dirigen las acciones, la conducta humana, en orden al bien común humano: *ideo est invenire aliquid in ratione practica quod ita se habeat ad operationes, sicut se habet propositio in ratione speculativa ad conclusiones. Et huiusmodi propositiones universales rationis practicae ordinatae ad actiones, habent rationem legis* (251). De tales juicios, o proposiciones universales, habida cuenta de la formulación del primero, podría darse un esquema general en estos términos: *S debe ser P*. Lo que se predica—*P*—del sujeto es aquella conducta social del hombre, del individuo en concreto (tal estructura lógica convendría incluso a la ley humana), que debe realizarse para alcanzar el bien común: *S*.

Pues bien, cuando se afirma que una conducta concreta debe realizarse en orden a la consecución del bien común, nuestra proposición, en el plano de la ley natural, adolece de una evidente relatividad. Ese *S* hace referencia al bien común universal, radicado en el *ipsum esse subsistens* (252), y del cual no tenemos sino una idea participada (253) y, por tanto, parcial. De ahí que toda afirmación, en el orden de la ley natural, en cuanto hace referencia a la ley eterna participada en el individuo, será relativa. Nuestra razón, al afirmar, no puede lograr una total identidad entre *S* y *P*, en el juicio *S* debe ser *P*, pues *S* nos es inasequible. Nuestro juicio dice algo de lo que le conviene a *S*, pero no todo lo que conviene a *S* (*lex aeterna*, sólo íntegramente contenida en la mente divina).

Por eso mismo que del sujeto se dice algo pero no todo, podemos vislumbrar un sentido en la semántica de la definición tomista de verdad como *adaequatio rei et intellectus* (254): señala, ciertamente, una progresiva posibilidad de encontrar aquel *P* que corresponda a *S* y se identifique con él lo más posible: *ad-aequatio* (255).

que PIEPER, J.: *Actualidad del tomismo*, Madrid, 1952, p. 18, haya caracterizado la filosofía de Santo Tomás como una filosofía *negativa*.

(250) I-II, q. 94, a. 2 c.

(251) I-II, q. 90, a. 1 ad 2.

(252) *Bonum autem totius universi est id quod est apprehensum a Deo, qui est universi factor et gubernator: unde quidquid vult, vult sub ratione boni communis, quod est sua bonitas, quae est bonum totius universi* (I-II, q. 19, a. 10 c).

(253) *Ad primum ergo dicendum quod Dionysius dicit affirmationes de Deo esse incompactas, vel inconvenientes secundum aliam translationem, inquantum nullum nomen Deo competit secundum modum significandi* (I, q. 13, a. 12 ad 1).

(254) I, q. 16, a. 1.

(255) Sacamos esta idea, y alguna otra que sale más adelante, de una conversación amistosa, mantenida en 1959, con R. PANIKER. Puede que alguna de ellas la haya

Así, pues, afirmativamente, nuestra manera de enjuiciar lo que conviene al bien común humano (proposición de la ley natural, en cuanto conocida) adolece de parcialidad.

b) Otro camino para juzgar de algo es afirmar que no le conviene de ninguna forma lo que de ello predicamos. Tal modo de juzgar (256) conviene de manera eminente en nuestro caso: cuando el objeto de conocimiento—S—no se adecúa totalmente al intelecto, sino que éste tiene de aquél una *participatio*. Tal *via negationis* encierra una doble perfección: Por un lado, al atribuir, como no conveniente a S, el predicado M (siendo $M = \text{no } P$), no encierra ninguna limitación el juicio, que tiene innegablemente un valor absoluto, en cuanto que tal predicado no se atribuye al sujeto *secundum magis vel minus*, sino como *absolute inconveniens*. Si decimos no convenir de ninguna forma al bien común una determinada conducta, tal negación deja sin limitaciones a ese bien común—lo que ocurriría cuando le atribuíamos positivamente algo—, sin que por esto lo reduzcamos al sujeto a la nada, que para nosotros es tan inconcebible como el mismo *esse subsistens* (257). Al negar, sabemos de una cosa *qué es*—en cuanto que hemos visto algo como disconveniente a ella—, pero no conocemos ciertamente *cómo es*.

Por otro lado, toda negación exige un soporte positivo, al que en definitiva la negación decanta y pone a la luz. Decir que no es *un-uno de todo*, es poner en evidencia que *un-otro* sí conviene a *todo*: *semper enim in rebus negatio fundatur super aliqua affirmatione, quae est quodammodo causa eius: unde etiam in rebus naturalibus eiusdem rationis est quod ignis calefaciat, et quod non infrigidet* (258). Concretamente, en nuestro terreno, al bien común universal (*todo*) conviene el *no-un-uno* y el *un-otro*, pues si no, al atribuir el *un-otro* (conducta humana en cuanto hace referencia parcial a la ley natural, entendida como participación) al *todo* (del que esa ley natural es participación), éste podría venir limitado por el *no-un-uno*, cuando precisamente dicho *todo* consiste en un *totaliter habere*.

c) Pero, tanto en el caso de una vía positiva como de una vía negativa en la formulación de un juicio sobre lo conveniente al bien común universal, del que el *bonum humanum* es participación, hemos considerado hasta ahora que un predicado conviene parcial (*via affirmationis*), o totalmente

publicado su autor con posterioridad a nuestro encuentro, pero no tenemos referencia a mano.

(256) *Via negationis*, según la terminología de Santo Tomás. Conocimiento que hace referencia a la noción de participación: cfr. I, q. 4, a. 2.

(257) Cfr. I, q. 45: *De modo emanationis rerum a primo principio*.

(258) I-II, q. 72, a. 6 c.

(*via negationis*) al sujeto. Pero conviene considerar que, en uno y otro caso, las limitaciones apuntadas son limitaciones de una afirmación verdadera, en cuanto que el predicado conviene en alguna manera al sujeto. Cabe, no obstante, que la afirmación *S debe ser P*, en que la ley consiste, sea errónea. La fuente del error puede estar en una no verdadera comprensión, por parte de nuestro intelecto, de la esencia del sujeto o del predicado. En el caso del sujeto, puede ocurrir que realmente interpretemos como bien común universal aquello que, aunque nos *aparece* como tal (259), sin embargo, *realmente* no lo es. En tal caso, la formulación racional de la ley natural, y su determinación por la ley positiva, dirán algo—P—de un sujeto que no es S, sino S', un sujeto distinto al que no le conviene P, sino P'. También puede ocurrir que una conducta humana—P'—nos parezca proporcionada al bien común—S—, cuando en realidad se desvía de él (S=P', entendiendo = como *deber ser*).

Se engasta aquí la problemática de la correcta formulación de la ley natural en sus conclusiones y determinaciones, es decir, del contenido de la ley positiva. Esta, en ambos modos expresados, puede discordar de la ley eterna y ser, por tanto, errónea su formulación en un caso concreto: *unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vera in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio* (260). Error de la proposición de la ley humana que provendría de la doble causa apuntada, y que los mismos textos tomistas nos presentan. Si *dicuntur leges iustae et ex fine, quando scilicet ordinantur ad bonum commune* (261), la ley injusta es una proposición que, no sólo parcialmente—lo que es una exigencia—, sino erróneamente, formula lo que es la esencia del bien común (S'=P). Del mismo modo, las leyes son justas *ex forma, quando scilicet secundum aequalitatem proportionis imponuntur subditis onera in ordine ad bonum commu-*

(259) HEIDEGGER, M.: *Einführung*, c., pp. 140 y ss., al referirse a esa apariencia, a ese aparecer (*Anwesen*), ha visto en el desarrollo de la filosofía occidental una desvirtuación. Si el término griego $\alpha\lambda\theta\epsilon\iota\alpha$, como se sabe, indica ese velo, cubierto por el cual se oculta el ser, se trata, y ése es el afán del filósofo, de intentar desvelarlo. Los textos tomistas que hemos aducido al principio de esta parte última indican hasta qué punto la participación de la ley natural en el hombre es *ad modum cognitionis* y, por tanto, tal participación se oculta, no se manifiesta nunca totalmente: *nullus tamen eam (legem aeternam) comprehendere potest; non enim totaliter manifestari potest per suos effectus* (I-II, q. 93, a. 2 c). Sin embargo, sólo a través de sus efectos (apariencia), podemos conocerla de alguna manera.

(260) I-II, q. 95, a. 2 c.

(261) I-II, q. 96, a. 4 c.

ne (262), e injustas cuando la conducta ordenada o prescrita, aunque dirigida al bien común aprehendido como tal, no le conviene (S=P').

d) Tal relatividad del conocimiento humano de la ley natural hay que entenderlo en sus verdaderos límites. En efecto, si esa participación de la ley eterna, en que la ley natural consiste, es un *partialiter habere* del todo, esto no significa negación del todo. El ser se predica de muchos modos, pero ese ser (unidad) es garantía de la consistencia metafísica de lo singular (multiplicidad). Lo mismo ocurre con la ley natural respecto a su formulación por los individuos y a su determinación: si bien es relativa en ellos, hace referencia, sin embargo, a la totalidad y plenitud inalcanzables, a las que se tiende: *cum ergo lex aeterna sit ratio gubernationis in supremo gubernante, necesse est quod omnes rationes gubernationis quae sunt in inferioribus gubernantibus a lege aeterna deriventur. Huiusmodi autem rationes inferiorum gubernantium sunt quaecumque aliae leges praeter legem aeternam. Unde omnes leges, in quantum participant de ratione recta, intantum derivantur a lege aeterna* (263).

Pero, además, nuestro entendimiento, al conocer la ley natural, si bien no aprehende toda su plenitud, no obstante no la niega: por el entendimiento la conoce e intenta formularla. El bien es lo primero que cae en su

(262) *Ibidem*. Tales leyes, sin embargo, no dejan de ser, en cierto modo, leyes, en cuanto que, aunque erróneamente, conservan su carácter de ser una formulación de *deber ser* referido a la conducta social humana en la ciudad. Otra cuestión es la de su obediencia. Pero de la misma forma que Santo Tomás, refiriéndose a las leyes justas, las denomina *leges legales* (I-II, q. 94, a. 4 c), las *iniustae leges*, que podrían ser *leges ilegales*—*magis sunt violentiae quam leges*—, no pierden su carácter de ley, en cuanto puestas en la ciudad, excediendo, sin embargo, el orden de la potestad divinamente permitida. Por eso, incluso a esa legalidad aparente, pero legalidad al cabo, debe obedecerse, si de la desobediencia se infiere escándalo o mal mayor: *unde nec in talibus (legibus iniustis) homo obligatur ut oboediat legi, si sine scandalo vel maiori detrimento resistere possit* (I-II, q. 94, a. 4 ad 3). Nótese que Santo Tomás califica de ley, en este pasaje, a la ley injusta.

(263) I-II, q. 93, a. 3 c. El subrayado es nuestro. En definitiva, sólo Dios—*esse subsistens*—puede expresar la ley eterna en su contenido total y en su participación en el hombre: ley natural. *Deus enim, cognoscendo se, cognoscit omnem creaturam. Verbum autem in mente conceptum, est representativum omnis eius quod actu intelligitur... Sed quia Deus uno actu et se et omnia intelligit, unicum Verbum eius est expresivum non solum Patris, sed etiam creaturarum* (I, q. 34, a. 3 c). En este sentido, y a la luz de la participación, MARCEL, G.: "Il ne semble pas à la rigueur qu'elle (la personne) puisse affirmer d'elle-même: je suis. Elle ne saisit bien moins comme être que comme volonté de dépasser ce que tout ensemble elle est et elle n'est pas, une actualité dans laquelle elle se sent à vrai dire engagée ou impliquée, mais qui ne la satisfait pas: qui n'est pas à la mesure de l'aspiration avec laquelle elle s'identifie. Sa devise n'est pas "sum", mais "sursum." (*Homo Viator*, París, 1945, pp. 31 y s.)

intelecto, y en la unidad del bien descubre la estructura intrínseca del mundo del *deber ser*, sin aprehenderlo, no obstante, en su totalidad: he aquí la validez apodíctica, en cuanto metafísicamente incontrovertible, del *bonum est faciendum et prosequendum, et malum est vitandum*.

La noción tomista de participación, aplicada a la ley, nos ha llevado a considerar la ley natural no como algo mostrenco, totalmente concebible por el hombre, perfectamente cognoscible por él, e invariablemente eficaz. La hemos concebido, en cuanto participación en el hombre de la ley eterna, como *ius negativum*—entendiendo bien esta expresión—, siendo, sin embargo, como es una, exigencia metafísica. En definitiva, cuando, por heresia racionalista, damos a la formulación de la ley natural un contenido que realmente no tiene, aparte de abrir el flanco a los ataques que la tildan de ideología, se pierde de vista la indicación del Aquinate de que la verdad no es propiedad nuestra, sino que más bien la tenemos en concepto de préstamo (264).

JUAN JOSÉ GIL CREMADES

(264) *Non competit homini ut possessio, sed, sicut aliquid mutuatum; In 1 lib. Metaphys., 3.*

LA CUALIDAD COMO ENTIDAD JURIDICA

Todo hecho jurídico, toda relación jurídica, implica una inserción de lo humano en un orden preestablecido o que tiende a establecerse. En esa doble perspectiva se encuentra, en síntesis, la idea cardinal de un orden jurídico fundamentalmente positivo y "ordenado", y de un orden social que fluye de la *naturaleza de las cosas*, y que es, al decir de Renard, fundamentalmente creador y progresivo. Para que esto suceda, serán precisos que concurren una serie de elementos que engarcen al *hombre-humano* en la *humana-sociedad* para que sin dejar de ser sociedad sea humana, para que el hombre, sin dejar de ser humano, sea sociedad.

Entre uno y otra está la "Vida". El problema metafísico consistirá en adivinar ciertamente "en qué consiste la vida". Millán Pueyes apunta (*Fundamentos de Filosofía*, 194) a esas dos posibilidades, del "cómo es" —problema fenoménico—del "que sea" la vida—problema metafísico. A estas preocupaciones no le van a la zaga estas otras: "Cómo es la vida del Derecho", "Qué sea la vida jurídica". Que es tanto como decir de qué manera el Derecho o la Norma ha venido dándose, incrustándose u operando en la sociedad histórica; o, qué sea, en síntesis, el *ser humano obrando jurídicamente*, obrando en justicia. Pues bien, la *cualidad* en lo jurídico puede ser, por método y por consistencia óptica, uno de los ingredientes que nos permiten dilucidar semejante problemática, en cuanto nos hace penetrar en las entrañas consustanciales al problema de toda Ciencia, de la Filosofía del Derecho mismo. Y en razón de la brevedad, apuntemos tres aspectos, básicos a nuestro modo de ver, en este problema:

(*) Comunicación presentada a la Reunión de Aproximación Filosófico-Científica. Zaragoza, 1962.

1. *La cualidad en la naturaleza de la norma*

En anterior comunicación estudiábamos la cantidad en la justificación en la constitución, en la interpretación y en la aplicación de la norma. La "cualidad", que opera siempre como circunstancia paralela, convergente a veces a la cantidad, está también en la norma misma, cualificándola, circunstanciándola al máximo. A veces para realzar, en ocasiones para hacerla consubstancialmente básica.

Jaspers parece apuntar bien, en principio, a esta idea cuando dice que (*Filosofía II*, 1958, 393): "Para clasificar lo que existe según los modos del ser sirven las tablas de categorías. Cada categoría caracteriza una forma o género de ser, por ejemplo, ser real, ser valedero, sustancia, propiedad, cualidad, cantidad, materia, forma, conciencia, etc. La afirmación de que algo es no tiene siempre la misma significación." Claro está que esta tabla de categorías queda luego abultadamente disuelta, cuando sostiene que "el intento de preguntar por el ser en general, del cual todos los modos de ser fueron espacios y configuraciones, no tiene respuesta", con lo que brota de nuevo el ápice existencial y la negativa a la admisión de "categorías inmanentes comunes al ser".

Sin embargo, entendemos que tales géneros de ser, tales concreciones, sobre todo en la relación de la norma por el hombre—cualidad, cantidad, etcétera—son precisamente las que permiten que la existencia humana tenga sentido; que sí se dan en la existencia, pero en un *yo-nosotros*, tremendamente teleológico y progresivo.

La cualidad social de la norma, es decir, la *destinación social del Derecho*, es lo que hace más plena la existencia y la convivencia. De la Pira hablaba de que la norma o precepto que no responde a una necesidad no es tal norma. Sólo así se explica cómo haya normas jurídicas que son fuertemente "normas políticas"—como lo fueron las del Derecho romano—y que haya disposiciones políticas que por no ser justas, o legítimamente ordenadas, no son auténticamente normas sociales, normas que obliguen en conciencia.

La dignidad de la persona y su libertad, quedan más atrás, en pie y como presupuesto. Una sociedad organizada es rica siempre en contenidos cualitativos, porque la policromía social lo impone. El problema llevado al terreno de los sistemas políticos de convivencia es evidente. Cuando se llega a la despersonalización del individuo para que brille la *cualidad del Estado*, el orden jurídico es absorbido por la Idea y el Orden Político del sistema, totalitario, absorbente.

Tal cualidad social de la norma, sin embargo, opera en un doble frente. Primero como fruto de la *ósmosis metafísica y óptica*, en la axiología de las normas: la *norma moral*, en la que penetra el vector *norma jurídica*, que es la que nos salvaguarda el mínimo ético indispensable para la existencia del grupo social, realzando la sociabilidad de todo precepto moral con la socialidad o "socialización", al decir del Papa Juan XXIII, de toda norma de Derecho.

En segundo término, la cualidad viene a ser la instrumentación metodológica en la adjetivación de las *interacciones sociales*, en cuanto cauces para la vida social.

Si la *cualidad normativa* estribaría, para el primer aspecto, en la *ordinatio rationis* tomista, para el segundo radicaría en el *ad* proposicional del *bonum commune*, en cuanto que tal proyección-dirección a la realización del bien común, hace más norma a la norma jurídica, casi mejor, la hace *suficientemente moral y esencialmente social*. En esta cualificación jurídica se encuentra la mayor parte de la verdad de la doctrina de la naturaleza de la cosa—*dis Natur Sache*—de la que, entre otros, Fechner nos ha hablado (*Rechtsphilosophie-Tubingen*, 1956, 146, 151), en cuanto que la cosa, como algo que está connatural a la realidad del ser, al quedar cualificada en su naturaleza misma, aporta una explicación a la fundamentación del Derecho. Pero al igual que la cantidad, no tiene fuerza substantivadora. Al menos para la fundamentación de la justicia misma.

2. En la "circunstancia" del protagonista del Derecho

La calidad hace relación, además y preferentemente al hombre. Bien dijo Erik Wolf, en *El problema del Derecho natural—1960—*, 17, que "el hecho de que nadie sepa lo que es Derecho natural y todo el mundo lo barrunte, el que todo el mundo crea poseerlo en su alma mientras no le pregunten por él—para tener que confesar que no sabe lo que es, si se le pregunta—este estado de la cuestión "derecho natural" alude a la *inserción previa del hombre* en esta materia. (El subrayado es nuestro.) Y sigue: "Esta predisposición del hombre le capacita precisamente para *pensar en derecho* (como dice Goethe), aún sin educación jurídica."

Es fácil adivinar, por tanto, que la cualidad de *humanización del hombre* es lo que hace posible una predisponibilidad jurídica, como expresión—y a veces cristalización—de una *predisponibilidad social*, llegando a sostenerse incluso como dogmático el sentimiento jurídico de la

norma, que ya sabemos—quizá lo sabía el propio Ihering—que nunca podía ser la fundamentación plena del derecho justo.

Siendo el protagonista de la vida jurídica el *hombre en sociedad*, admite él mismo un grado de cualificación de hombre ante la norma, adecuándose ésta a medida que tal cualidad se cualifica, valga la redundancia. Es decir, el *hombre-sujeto* del Derecho, lo es realmente con arreglo a la modalidad de su expresión fisiológica, psicológica, socialmente humana. Hombre es el concebido y no nacido (y por eso la norma hereditaria para el caso de la viuda en cinta tiene civilmente, no sólo procesalmente, una ordenación concreta); hombre es el menor de edad, el emancipado; hombre es la mujer, mayor o menor de veintitrés años (y las normas de capacidad varían). Hombre es el demente, el pródigo, el ausente, el interdictado. Hombre es el de buena o mala fe y el buen padre de familia. Hombre es el sujeto al contrato laboral y el gerente y el rentista. En definitiva, por doquier vemos cómo la cualidad humana del hombre va enhebrando la singladura de las normas, de tal manera que por no caer en el casuismo no queremos aquí ejemplarizar en exceso. Si en la predisposición al Derecho—al decir de Woff—se encuentra la base de un “pensar en Derecho”—la cualidad y circunstancias del ensamblaje del hombre en la vida jurídica-social permite la ordenación misma de lo que será vida jurídica.

3. *En la destinación social de la norma*

Por último, la cualidad actúa en la proyección comunitaria del derecho. La justicia hace siempre relación al “otro”, también con otra circunstancia cualificadora como protagonista—sea *recipiendario* o *destinatario* directo de la norma— a cuyo entrecruzamiento se produce *siempre* la destinación social de la norma.

Cuando la despersonalización provenga de una masificación de las voluntades individuales como categorías supremas, omnímodas, de la convivencia, y la libertad sea el fin de la sociedad misma, la persona humana se diluye en un totalitarismo individual que anula toda sociedad progresiva y justa, quedando “abrillantada” la secuela de los desheredados y proletarios, frente a la minoría de los paternalistas que solicitan paso libre al Estado guardián.

El Estado social de Derecho, el Estado de la Reforma social, como dice Messner, o el Estado de Justicia, como dirían W. Goldschmidt y Aranguren, predica siempre un orden jurídico. No es Estado a secas

—como históricamente se ha dado—sino Estado cualificado siempre por su cualidad de social y justo. Lo que es género, esquema del ser Estado, le permite suficiencia y le da responsabilidad. Si a la norma jurídica le quitamos la dosis, la cualidad de social, habríamos hecho un combinado de colores disperso o un montón de mosaicos sin hilación posible, y no esa Obra Bien Hecha de la Verdad y de la Existencia del Derecho y de la Justicia para la vida social.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

LO SOCIAL COMO FENOMENO VITAL

En un momento inicial no vemos más, no nos es dado más que eso: lo que está frente a nosotros en nuestro en-torno. Es decir, esas *circum-stantias* que precisamente nos ayudan, comprendiéndolas, a comprendernos a nosotros mismos y a nuestros semejantes. Lo cual es así en cuanto que son ellas las que determinan las acciones y las reacciones del hombre.

Ahora bien, si nosotros miramos a la realidad, es decir, a cuanto está o se halla en nuestro en-torno, nos daremos cuenta de que todas esas *circum-stantias* que se enlazan tan estrechamente con nosotros, se insertan en un algo a que habitualmente atribuimos el nombre de "mundo", el cual, precisamente por esto, se nos aparece como constituído o mejor dicho como integrado por una pluralidad de entes, entre los cuales ocupan lugar primero y destacado las personas físicas, nuestros semejantes, que viven, se mueven y actúan en una pluralidad de maneras.

Esto es lo que ha determinado a Husserl a escribir (*Ideas*, § 27) que tengo conciencia de un mundo. Y aclara: "Tengo conciencia de él, quiere decir ante todo: lo encuentro ante mí inmediata e intuitivamente, lo experimento mediante la vista, el tacto, el oído, etc., en los diversos modos de la percepción sensible están las cosas corpóreas en una u otra distribución espacial, *para mí simplemente ahí*, "*ahí adelante*" en un sentido literal o figurado, lo mismo si fijo la atención especialmente en ellas, ocupándome en considerarlas, pensarlas, sentir las, quererlas o no. También están seres animados, digamos hombres, inmediatamente para mí ahí; los miro y los veo, los oigo acercarse, estrecho su mano al hablar con ellos, comprendo inmediatamente lo que se representan y piensan, qué sentimientos se mueven en ellos, qué desean o quieren. También ellos está ahí delante en mi campo de intuición, como realidades, incluso cuando no fijo la atención en ellos."

Con lo que dé y de tal suerte, como escribe el propio autor (*Meditaciones Cartesianas*, 1.^a Medit., § 7), "*al mundo se refiere en su actividad la vida cotidiana, a él se refieren también todas las ciencias, directamente las ciencias fácticas; indirectamente, como instrumentos del método, las ciencias apriorísticas*".

Lo cual es así porque, y según cuida de hacer observar Merleau-Ponty (*Phénoménologie de la perception*, 6.^a edic., Avantpropos, p. IV) “el mundo está ahí antes de todo análisis que yo pueda hacer de él y sería artificial hacerlo derivar de una serie de síntesis que enlazarían las sensaciones y después los aspectos perspectivos del objeto, cuando unas y otros son justamente producto del análisis y no deben ser realizados antes de él”.

Ahora bien. El problema que aquí cabría plantear es el de si este *mundo* tiene un sentido unívoco, analógico o equívoco. Porque, bien miradas las cosas, el “mundo” reviste pluralidad de aspectos, de los cuales los más importantes—no me atrevería a decir que los únicos—para nuestro propósito son los que señala Heidegger precisamente al iniciar su estudio de la mundanidad del mundo (*El Ser y el Tiempo*, § 14).

Ellos son: 1) “mundo” empleado como concepto óntico y significando entonces la totalidad de los entes que puedan ser “ante los ojos” dentro del mundo; 2) “mundo” funcionando como término ontológico y significando entonces el ser de los entes aludidos en el número 1, pudiendo en este caso ser “mundo” el nombre de toda región que abarque una multiplicidad de entes; 3) “mundo” puede comprenderse de nuevo en un sentido óntico, mas no como los entes que pueden hacer frente dentro del mundo, sino como aquello “en que” un “ser ahí” fáctico, en cuanto es este “ser ahí”, “vive”, teniendo, pues, una significación preontológicamente existencial; 4) “mundo” designa, finalmente, el concepto ontológico-existencial de la *mundanidad*, la cual es susceptible de modificarse en los respectivos todos estructurales de distintos “mundos”, pero encierra en sí el *a priori* de la mundanidad en general.

Por donde y de tal modo vendríamos a interrogarnos por todas y cada una de estas categorías de “mundos”, es decir, que nos interrogaríamos sobre la existencia del “mundo” que podemos llevar y que de hecho llevamos dentro de nosotros mismos. Razón por la cual habría que responder que este concepto con que venimos jugando es, bien mirado en sí mismo, perfectamente unívoco, siquiera habitualmente se aplique con analogía de participación. Puede, por tanto, rechazarse la tesis de Heidegger a tenor de la cual del empleo de la palabra “mundo” salta a la vista la equivocidad de ésta.

Por otra parte, de que esto que llamamos “mundo” tiene una existencia no cabe dudar desde el punto y hora en que está ahí a nuestro alcance, con lo que en efecto “estamos haciendo sin interrupción la experiencia de que este mundo se presenta de continuo a nuestros ojos como incuestionablemente existente” (HUSSERL, *Meditaciones*, ibíd.). Lo cual tiene una explicación, cuando menos inicial, en el hecho de que nosotros mismos esta-

mos moviéndonos y actuando, es decir, viviendo, dentro de su ámbito, el cual, además y en cierta manera—por razones que aquí no importa dilucidar—condiciona nuestra particular actividad.

Donde no cabe olvidar, empero, que, como cuida de puntualizar el propio Husserl (ibíd.), “el total y concreto mundo circundante de la vida, es desde luego para mí mero fenómeno, mera apariencia de realidad, en lugar de realidad”, esto es, que “el mundo se limita a ser para nosotros una mera pretensión de realidad”. Con lo que, por razón de este ser “fenómeno”, el *mundo* a que venimos refiriéndonos se nos presenta o está ahí delante mostrándonos en una doble faceta espacial y temporal.

Hace notar el autor a que venimos refiriéndonos (*Ideas*, § 27) que el mundo “que para mí está en forma consciente “ahí delante” en cada momento de la vigilia” no se agota “con el círculo de esta *copresencia*, intuitivamente clara u oscura, distinta o indistinta, que constituye un constante halo del campo de percepción actual”, sino que este mundo se extiende hasta lo infinito. Ahora bien. “Lo actualmente percibido, lo más o menos claramente copresente y determinado (determinado hasta cierto punto, al menos), está en parte cruzado, en parte rodeado por un *horizonte oscuramente consciente de realidad indeterminada*.” Por otra parte, “ese mundo que está ahí delante para mí ahora, y patentemente en cada hora de la vigilia, tiene un horizonte temporal infinito por dos lados, su conocido y su desconocido, su inmediatamente vivo y su no vivo pasado y futuro”.

Se trata, pues, de un mundo al que se refieren los complejos de las múltiples y cambiantes espontaneidades de mi conciencia, en cuanto que es el mundo en que me encuentro y que es a la vez mi mundo circundante (HUSSERL, *Ideas*, § 28). Con lo que y de tal modo quiere decirse que este “mundo” no pertenece en manera alguna al orbe de las ideas o de los valores e incluso cabe decir de él que es, al menos en un cierto sentido, diametralmente opuesto a ellos, en cuanto de estos últimos puede decirse que forman en su conjunto un “mundo ideal” que por esto mismo y aun teniendo una realidad exterior—siquiera en una cierta dimensión al ser pura exteriorización de una actitud que asumo al moverme o para moverme dentro de unos determinados horizontes en que el *cogitatum* ya no es el de mi mundo circundante natural—se interioriza fácilmente, al paso que el mundo a que estamos refiriéndonos es un mundo predominantemente exterior y desde luego absolutamente exteriorizable en cuanto está anclado en lo plenamente real y positivo, esto es, tangible, mostrando por otra parte a nuestra consideración sus diversas y múltiples facetas, a las que en su lugar oportuno aludiremos directamente, y de las cuales ha de cuidarse

de eliminar las de índole ideal y valoral, esto es, las que pudieran reputarse “matemáticas” y “metafísicas”.

El ser un “mundo” fundamentalmente real con realidad exterior, o como escribe Husserl (*Ideas*, § 28), “mundo de realidad “real” en sentido estricto”, hace que, al contrario del otro, sea refractario en principio a toda interiorización, antes al contrario, permanecerá siempre frente a nosotros y será ante todo y sobre todo “objeto”, es decir, que constituye un algo arrojado (*yectum*) a nuestra consideración, esto es, que se halla aquí delante de nosotros.

MUNDO CIRCUNDANTE (CIRCUM-STANTE) Y MUNDO DISTANTE

Esto que venimos diciendo puede servirnos para establecer una distinción entre mundo “circundante” y mundo “distante”, distinción que no coincide plenamente con la establecida por Heidegger entre mundo “público” (del “nosotros”) y mundo “doméstico” (que es el mundo circundante y peculiar más cercano).

Tal distinción, en efecto, se inserta en la consideración del “mundo” como aquello en que vive un “ser ahí” fáctico y precisamente en cuanto es tal “ser ahí”. Por lo cual parece que ha de ser este mundo que llamamos “circundante” o “circunstante”—que es, como sabemos, el que de una u otra manera está en nuestro entorno—el único que puede ofrecer a nuestra consideración, siempre que se le analice con el debido cuidado, una serie de facetas, múltiples hasta la diversidad, algunas de las cuales pueden muy bien calificarse de “domésticas”, al paso que otras entrarían por completo en la categoría de lo “público”. Pero, y a mayor abundamiento, no cabe olvidar en modo alguno que este “mundo” en que estamos inmersos, así como, y sobre todo, estas facetas a que aludimos, son consideradas de muy diverso modo según la particular psicología de quien se enfrenta con él.

Mas antes de seguir adelante importa plantearse la cuestión de si este mundo “circundante” se identifica de manera plena con el mundo que está “aquí” y “ahora” en mi entorno, o si, por el contrario, puede ser un mundo que no esté efectivamente “aquí” y “ahora”. Donde ha de advertirse que se hace menester establecer una distinción entre el mundo circundante natural y los mundos circundantes ideales. El primero viene determinado por el “aquí” y el “ahora”, al paso que los segundos escapan—al menos en cierto modo—a esta limitación, y ello porque al paso que el “mundo” en el sentido habitual de la palabra está constantemente para mí ahí, mientras me dejo vivir naturalmente, los mundos ideales sólo están para mí en

tanto (es decir, si y mientras) adopto una actitud por virtud de la cual me inscribo o me inserto en su orbe respectivo, y ello prescindiendo de si las *cogitationes* que entonces ejercito recaen sobre algos que estén efectivamente “aquí” y “ahora” en la acepción corriente de estas palabras.

Se hace preciso por ello volver a lo que en su lugar decíamos acerca del mundo “real” en que nos vemos inmersos en contraposición al mundo de las ideas. Lo cual se pone de relieve precisamente si comparamos el sentido que en el mundo real tiene el *hic et nunc* con el que se le viene atribuyendo en el mundo de lo gnoseológico. Porque al paso que en este mundo ese *hic et nunc* se prolongan—o cuando menos son susceptibles de prolongarse—en el tiempo y en el espacio, no ocurre lo mismo con el *hic et nunc* del mundo circundante que tienen una significación estricta y limitada, propia y particular de cada individuo que maneja estos conceptos o que los aplica en su vida de relación.

Volvamos ahora al problema del mundo “doméstico” y del mundo “público” y tratemos de precisar en dónde se insertan estas modalidades de “mundo”, esto es, si en el mundo circundante o en el mundo distante.

Y ante todo, ¿qué es éste? ¿Puede predicarse de él que es todo mundo “no circundante” al menos en su dimensión natural? Desde luego la respuesta sería negativa, porque en este caso, “distante” se confundiría con “circundante ideal” y evidentemente no es esto, siquiera coincidan aparentemente uno y otro en el no ser “aquí y ahora”. ¿Sería, entonces, “distante” todo cuanto no es “circundante” en cualquiera de sus categorías? Y si así es, si es “distante” en esta dimensión, ¿en qué modo o manera podemos nosotros sentirnos vinculados o proyectados hacia él?

La posible solución estribaría en decir que todo mundo “circundante”, esa zona de horizonte oscuro a que alude Husserl, lo es en cuanto es mundo “distante”, mundo que, por esto mismo, nosotros intentamos atraer al orbe de nuestras cogitaciones en un afán de aproximación. Más adelante veremos a qué obedece este afán de aproximación o de des-alejamiento. Baste ahora con lo dicho.

Lo cierto es que si miramos bien las cosas, podemos darnos perfecta cuenta de que para unos el mundo “público” o del nosotros es mundo “distante”, al paso que para otros entra en la categoría de lo auténticamente “circundante”. Tal sucedería, por ejemplo, en el caso del político o del sociólogo. El mundo “doméstico”, por su parte, admite—de igual manera que también las admite el “público”—una serie de gradaciones que en este supuesto concreto van de lo estrictamente “íntimo” hasta lo ampliamente “familiar”, sin que por ello pueda decirse que pierden su común carácter de “domesticidad”. Y existe asimismo la posibilidad de que esto

“doméstico” se extienda incluso a ámbito no “familiar”, pero en el cual quien así lo considera está inmerso de una manera indirecta y, cuando menos, casi absoluta. Tal es el caso, por ejemplo, de un club o de una asociación cualquiera, que pueden muy bien ser, y de hecho son para sus miembros, “mundo doméstico”, al paso que para quien los ve desde la calle—valga por ángulo opuesto—no solamente no son en modo alguno “mundo doméstico”, pero ni siquiera “circundante” en la dimensión de peculiar y cercano, sino que, por el contrario, pertenecen fundamentalmente a lo que hemos llamado “mundo distante”.

Así, un mundo “distante” no lo es en función de un “aquí” y de un “ahora” absolutos—como sucede en el caso del mundo gnoseológico en que el *hic* y el *nunc* son condiciones *sine qua non* del conocer si ha de ser auténtico—, sino del “aquí y ahora” que cada individuo se construye para su propio uso y en virtud y como consecuencia de su propia representación mental en cuanto ésta significa una reacción frente al Mundo y a la Vida. Con lo cual este mundo “distante” lo es no tanto por serlo efectivamente, sino por contraposición a ese otro mundo que hemos llamado “circundante” o “circum-stante” que es aquel en que el individuo habitualmente vive, se mueve y actúa, el que está más o menos auténticamente en su entorno, pero que de hecho y en realidad lo está.

EL FENÓMENO SOCIAL

En ese mundo de que venimos hablando y en el que hemos distinguido una pluralidad de facetas nos encontramos con una serie de fenómenos de índole muy diversa entre sí, en medio de los cuales nos movemos y actuamos, es decir, vivimos. Y es que, como escribe Merleau Ponty (*Phénom. de la perception*, 6.^a edic., p. 399), “yo no tengo tan sólo mi mundo físico, no vivo solamente en medio de la tierra, del aire y del agua, tengo alrededor de mí carreteras, plantaciones, poblaciones, calles, iglesias, utensilios, un timbre, una cuchara, una pipa. Cada uno de estos objetos lleva la impronta de la acción humana para la que sirve. Cada uno emite una atmósfera de humanidad que puede ser muy poco determinada, si no se trata más que de algunas huellas de pasos en la arena o, por el contrario, muy determinada si visito de arriba abajo una casa recién evacuada”.

Es decir, que la descripción del mundo circundante nos descubre la existencia de unos útiles “a la mano” con los cuales nos hacen frente a la vez y al propio tiempo los otros para quienes también estos utensilios están “ahí a la mano”. Podemos citar como ejemplo el aducido por Heidegger cuando escribe (*El Ser y el Tiempo*, § 26) que en el mundo circundan-

te inmediato del trabajo manual, "con el útil que se encuentra en el trabajo hacen frente concomitantemente los otros a quienes se destina la obra del trabajador".

La consecuencia es que con esos útiles—concepto en el cual entran perfectamente incluso aquellas carreteras, lo mismo que las iglesias o las poblaciones, en tanto que también ellas son "para algo"—se nos hace presente un "mundo" que, como apunta Merleau Ponty, no es ya un mundo estrictamente físico, siquiera todos estos utensilios tengan una realidad física en cuanto que están ahí "dándonos en cara", esto es, se sedimentan al exterior y llevan la existencia anónima de las cosas. Y, sin embargo, "en el objeto cultural experimento la presencia próxima de otro bajo un velo de anonimato", precisamente porque esos objetos son útiles "para". Lo que revalida la postura de Heidegger: con el útil nos hacen frente los otros para quienes también es "útil a la mano".

Pero Merleau Ponty va más lejos todavía cuando escribe que "por la percepción de un acto humano y la de otro hombre podría verificarse la del mundo cultural". El "se" nos permite captar dentro de su mundo una acción o un pensamiento humano en cuanto que aquel pronombre indefinido (el "on" francés) no es más que una fórmula vaga para designar una multiplicidad de Yos o un Yo en general (o. c., p. 400).

Lo cual significaría que se nos hace preciso redescubrir el mundo social exactamente lo mismo que hemos redescubierto el mundo natural, porque también lo social está ya ahí cuando lo conocemos o lo juzgamos y "nuestra relación a lo social es, como nuestra relación al mundo, más profunda que toda percepción expresa o que todo juicio" (MERLEAU PONTY, o. c., p. 415).

Veamos ahora en qué modo es posible llegar a redescubrir eso social.

Decíamos más arriba que entre los entes que están ahí delante para mí y que me hacen frente, se encuentran otros hombres, con lo que, en una consideración puramente fenomenológica del tema, como es la que aquí venimos intentando, no se hace necesario acudir a frases más o menos preciosistas para decir que lo que se llama "la gente" se nos aparece de pronto. Pues que esta "presentación" o "aparición" no ocurre precisamente en cuanto nosotros "salimos al mundo" de una manera consciente, sino que ya en nuestra infancia—antes, por consiguiente, de alcanzar una plena consciencia—nos encontramos con "alguien" e incluso con "alguienes" que desde luego no somos ni podemos ser nosotros mismos, sino que son "otros yos" que están ahí delante y por tanto "haciéndonos frente". Sin embargo de lo cual, "la constitución de otro no esclarece por entero la constitución de la sociedad, que no es una existencia de dos o incluso de tres, sino la

coexistencia con un número indefinido de conciencias" (MERLEAU PONTY, o. c., p. 401).

Coexistencia en la cual es de advertir que estos "otros yos", además de estar "frente" a nosotros, no forman parte en modo alguno de nuestro círculo habitual, antes entran ellos en una categoría especial, no solamente distinta sino incluso alejada de las que nos son habituales, categoría ante la cual reaccionamos mostrando eso que precisamente se llama "extrañeza", manifestada en modos muy diversos; entes o personas que por tal razón se denominan "extraños", es decir, ajenos por completo a cuanto hasta aquel entonces constituía nuestro "mundo".

Donde viene a confirmarse la postura antes enunciada de Merleau Ponty, en cuanto que desde esa primera toma de contacto—de la que resulta difícil precisar si es consciente o inconsciente—y a todo lo largo de nuestra existencia nos encontramos rodeados de "gentes" con las que, querámoslo o no, tropezamos y con las que por ello "convivimos", ya sea en un sentido positivo, ya sea en un sentido negativo. Importa advertir, empero, que esta pluralidad de "otros yos" nos son "extraños" en la casi totalidad de las facetas que integran su personalidad, pues que de todas ellas nos "hacen frente" con unas pocas—dos o tres a lo sumo—al paso que las restantes constituyen una incógnita que no nos es posible despejar por muy asiduo e intenso que sea el trato que con ellos mantengamos.

Viene, pues, "lo social" a estar levantado no sobre la total persona humana, sino sobre las facetas con los distintos "yos" se muestran a quienes con ellos conviven, se mueven y actúan en el "mundo" real y tangible en que todos ellos despliegan sus peculiares y particulares actividades.

Preténdese significar de tal suerte que "es tan falso colocarnos en la sociedad como un objeto en medio de otros objetos como poner la sociedad en nosotros como objeto del pensamiento, y de ambos lados el error consiste en tratar lo social como un objeto", toda vez que el mundo social no ha de considerarse como objeto o suma de objetos, sino como campo permanente y dimensión de existencia (MERLEAU PONTY, o. c., p. 415). De donde es posible llegar a la conclusión de Freyer, para quien las formaciones sociales son formas de vida en cuanto que el material con que se edifican son los hombres mismos con todo su ser y destino (*La Sociología, ciencia de la realidad*, edic. española, p. 102). Y agrega para mejor completar tal pensamiento: "Las formaciones sociales están fraguadas con cuerpos y almas humanas, con voluntades y destinos humanos. Pudiera decirse que nosotros mismos somos el mármol en que consiste la obra de arte; que nosotros mismos somos las notas en que se ejecuta el acontecer musical. Esta identidad de material y sujeto es aplicable a todo conocimien-

to de formaciones sociales. Si las contemplamos a fondo nos encontramos siempre a nosotros mismos. Encontramos una estructura cuyos miembros somos nosotros: un acontecer que acontece a través nuestro; una tensión que se curva con nuestro ser y hacer" (o. c., p. 103).

LA SOCIABILIDAD HUMANA

Este fenómeno social de que venimos hablando tiene su explicación—no metafísica ni teológica, sino estrictamente fenomenológica—en un sentimiento del hombre, que no es otro que el vulgarmente llamado "sentimiento de sociabilidad". Con que lo que importaría aquí y ahora sería determinar de dónde arranca o dónde tiene y encuentra sus raíces este sentimiento de sociabilidad. Esto es, si salta de dentro a fuera o si, por el contrario, nos viene dado de fuera a dentro.

Para explicar esta sociabilidad humana invócanse diversos argumentos que pueden fácilmente ser abordados desde un ángulo estrictamente fenomenológico que es aquel en que aquí y ahora nos colocamos.

Por de pronto se hace menester arrancar del hecho de que "en tanto que tengo funciones sensoriales, un campo visual, auditivo, táctil, comunico ya con los otros, tomados también como sujetos psicofísicos. Mi mirada recae sobre un cuerpo vivo en tren de obrar, inmediatamente los objetos que le rodean reciben una nueva capa de significación; ya no son únicamente lo que yo mismo podía hacer de ellos, sino que son lo que este comportamiento va a hacer..." (MERLEAU PONTY, o. c., p. 406). Es decir, que hay no solamente un Yo, sino otros muchos Yos, que frente al Yo propio que soy no son sino Tú, con los cuales se establece una comunicación por el mero hecho de que están ahí "dándonos en cara" y hacia los cuales nos sentimos impulsados. Y ello, porque, como escribe Merleau Ponty (ibíd.), "alrededor del cuerpo percibido se abre un remolino a que mi mundo es atraído y como aspirado: en esta medida ya no es solamente mío, ya no se me presenta tan sólo a mí, sino que es presente a X, a esta otra conducta que comienza a dibujarse en él" y con el mundo que es mío también yo soy atraído en cuanto me muevo en este mundo y está presente para mí.

Como argumento en favor de esta sociabilidad cítase, en primer lugar, la facultad de hablar, exclusiva del hombre. En efecto, "en la experiencia del diálogo, se constituye entre otro y yo un terreno común, mi pensamiento y el suyo no forman sino un solo tejido, mis frases y las del interlocutor son llamadas por el estado de la discusión, se insertan en una operación común de la cual ninguno de nosotros es el creador. Hay allí un ser a dos, y el otro ya no es para mí un simple comportamiento en mi campo tras-

cidental, ni desde luego yo en el suyo, somos el uno para el otro colaboradores en una reciprocidad perfecta, nuestras perspectivas se deslizan la una en la otra, coexistimos a través del mismo mundo" (MERLEAU PONTY, o. c., ibíd.).

Mas lo que habría que preguntarse ante todo sería si es la sociabilidad la que viene determinada por el lenguaje o si, antes al contrario, es el lenguaje el que ha de considerarse como resultante de la sociabilidad. Bien miradas las cosas, parece que habría de ser esta última la solución adecuada, al menos en cuanto se deduce de la experiencia, toda vez que las llevadas a cabo con sujetos a quienes se había educado en el más absoluto aislamiento han revelado que eran ellos incapaces de otra cosa que no fuese emitir sonidos inarticulados. Esto es, que, como cuida de hacer notar Brunner (*La connaissance humaine*, p. 24), "un niño abandonado a sí mismo no sabría ni procurarse un lenguaje, ni desarrollar una vida intelectual".

Cierto que el diálogo presupone la palabra, pero no es menos cierto que la palabra presupone un otro a quien dirigirse, pues aun cuando uno hable conmigo mismo no es en función del propio yo, sino de un desdoblamiento de ese Yo, a menos que se trate—que también ello puede ocurrir—de una persona que no esté en la plena normalidad de sus funciones mentales. Punto de vista refrendado por Brunner cuando escribe que "el monólogo toma la forma del diálogo y confirma con esto su origen y la función esencial del lenguaje como medio de comunicación. Se habla uno como a otra persona, oponiéndose a sí mismo" (o. c., ibíd.).

Por otra parte, el diálogo queda prácticamente inexistente cuando desconozco el idioma de mi interlocutor o mi interlocutor desconoce el mío. Y, sin embargo, siempre está el gesto que nos permite la mutua comprensión. Es decir, que el gesto existe ahí antes de que el filósofo defina su significación intelectual. La palabra no sería, pues, más que un gesto lingüístico que, al igual que los demás gestos, dibuja ella misma su sentido. De donde también que "el sentido pleno de una lengua no es nunca traducible a otra. Nosotros podemos hablar varias lenguas, pero tan sólo una es aquella en que vivimos. Para asimilar completamente una lengua, sería preciso asumir el mundo que ella expresa y no se pertenece jamás a dos mundos" (MERLEAU PONTY, o. c., p. 218).

Lo cual se explica porque aun siendo el lenguaje el medio de comunicación entre las personas y por esto esencialmente interpersonal, no puede ser la creación independiente de cada individuo, ni tampoco la obra de las dos personas que actualmente conversan, sino que "el lenguaje es siempre asunto de una *comunidad* más o menos grande. En ella y por ella vive.

Cada miembro de la comunidad lo recibe por su educación en el medio en que el azar, el hecho de su nacimiento le ha colocado. Así, la lengua se transmite de generación en generación" (BRUNNER, o. c., p. 32). Con que vuelve a encontrar nuevo apoyo cuando decíamos acerca de la sociabilidad como determinante del lenguaje y no el lenguaje como argumento demostrativo a favor de la sociabilidad.

Y es tan así lo que venimos diciendo que "incluso el ermitaño que se ha retirado del comercio con los hombres, los lleva consigo, por así decirlo. Pues que guarda el lenguaje para hablarse a sí mismo y para hablar a su Dios, lenguaje que ha aprendido de los labios de una persona; guarda los recuerdos, guarda las prácticas indispensables para continuar la vida, que le han sido transmitidas en un medio humano" (BRUNNER, o. c., p. 27).

Háblase asimismo, aunque ya en segundo término, de las diversas y múltiples necesidades, tanto físicas como morales, a que no puede el hombre dar adecuada satisfacción fuera de la sociedad. Lo cual es exacto mirado al menos en sus líneas generales, toda vez que el hombre es el único animal que nace por completo desvalido y que necesita de otros semejantes durante el curso de su vida y de manera singular en los primeros años de la misma. Necesidades todas ellas que se subsumen en dos grandes esferas: la de la subsistencia y la de la permanencia. Tema éste de la necesidad sobre el que volveremos más adelante y en este mismo epígrafe.

Otro tanto podría decirse de las inclinaciones de benevolencia que necesitan de un destinatario para hacerse efectivas. También de este punto y de su conexión con la "simpatía" es posible lograr, partiendo de ellos, desarrollos de notorio interés para nuestra disciplina.

Alúdese, por último, al hecho de haber vivido constantemente asociado, lo cual no se explicaría—a juicio de quienes emplean el razonamiento—si no era por una causa universal y asimismo constante, que no es ni puede ser más que la naturaleza racional. Ahora bien. Buscar o pretender buscar en el hecho mismo un argumento para fundamentarlo sería tanto como incurrir en una petición de principio. Pues no vale decir que el hombre es sociable porque ha vivido constantemente asociado, ya que lo que habría que decir era precisamente lo contrario, esto es, que el hombre ha vivido constantemente asociado en virtud y por obra de ese sentimiento de sociabilidad cuya raíz es la que nosotros estamos tratando de encontrar.

De todos esos argumentos y de la explicación que a ellos dan, deducen tratadistas eminentes del derecho natural católico que el hombre, por impulso natural y suavemente eficaz, está destinado a formar toda clase de asociaciones que pueden ser necesarias o convenientes a su perfección, y

ello tanto en lo material como en lo moral o espiritual, de lo cual ofrecen claro ejemplo la sociedad doméstica, la civil, la religiosa y otras particulares.

No se pretende significar con ello, sin embargo, que el hombre cumpla esta ley por instinto ciego e irresistible, como a veces se ha pretendido sostener, sobre todo por los defensores de las tesis totalitaristas en sus varias modalidades. Antes, por el contrario, ha de entenderse que la cumple por libre elección de su voluntad, de tal manera que aun de las sociedades más necesarias al género humano puede el individuo sustraerse y en cuanto a las convenientes elegir la que quiera en concreto o no elegir ninguna. Y de que esto es así nos ofrece abundantes pruebas la experiencia diaria y aun nosotros mismos somos en ello muchas veces testigos de mayor excepción.

Todo esto que dicho queda no explica suficientemente, en mi sentir, esa sociabilidad que se estima característica del hombre. Impulso racional e instinto cumplido por libre ejercicio de la voluntad no son argumento bastante a justificar la realidad de ese fenómeno social en el que nos vemos inmersos en cuanto constituye él una de nuestras más inmediatas *circumstantias*, ya que se halla él ahí en cuanto "mundo" social dentro del cual nos movemos y actuamos. Mundo "social" que juntamente con el "natural" constituyen, según ya sabemos y hemos dicho, todo nuestro en-torno.

Razón por la cual, examinando las peculiares características de esto que denominamos "social", que está o se halla en nuestro en-torno, que es "ahí a la mano" o que nos es revelado en cuanto fenómeno por "darnos en cara" o "hacernos frente", se haría forzoso buscar una explicación fundamentada en la peculiar posición en que el hombre se halla o se coloca frente al mundo, es decir, precisamente frente a todo cuanto le rodea. Posición, según ya hube de escribir en otro lugar (*Verdad y Vida*, 1958, pp. 257-283), de inquietud y de angustia, reflejada en los más mínimos detalles de la vida en común.

Partiendo del texto agustiniano célebre (*inquietum est cor nostrum...*) resulta fácil llegar a la posición de Kierkegaard y de Heidegger. Mas no es necesario aquí y ahora insistir en el concepto de angustia (el pensador danés ha dedicado un libro al tema en cuyo análisis avanza considerablemente) ni en el de "cura", que, juntamente con el de "angustia", es utilizado ampliamente por Heidegger.

Baste recordar los siguientes puntos: 1) lo que "angustia" no es esto ni aquello, pero tampoco todo lo "ante los ojos" junto, como una suma, sino la *posibilidad* de algo "a la mano" en general, es decir, el mundo mismo (HEIDEGGER, *El Ser y el Tiempo*, § 40), edic. española, p. 216); 2) el

angustiar-se abre original y directamente el mundo como mundo y ello porque la angustia no es solamente "angustia *ante*", sino, en cuanto encontrarse, al par "angustia *por*" (HEIDEGGER, *ibíd.*); 3) la "cura" es el ser del "ser ahí" en el mundo en cuanto ser-cabe los entes que hacen frente dentro del mundo (o. c., § 41, p. 222), con lo que querer y desear tienen con ontológica necesidad sus raíces en el "ser ahí" en cuanto "cura", y no son simples vivencias ontológicas indiferentes, lo cual no es menos válido del impulso y la inclinación, que también, hasta donde cabe encontrarlos en estado de pureza del "ser ahí", se fundan en la cura (o. c., pp. 223-224).

Así se explica—tanto fenomenológica como existencialmente—el que el hombre se sienta empujado a buscar la compañía de sus semejantes para des-angustiar-se o des-curarse; aun cuando se haga forzoso reconocer que muchas veces este estado de angustia conduce a una solución radicalmente opuesta como es el aislamiento, mas incluso en este supuesto conviene recordar lo que más arriba decíamos recogiendo un texto de Brunner: ni siquiera en el aislamiento está solo el hombre pues que lleva consigo todo un lastre de humanidad. En otras ocasiones, el hombre se ancla en la fe, como quería Kierkegaard, y se refugia en una comunidad religiosa, en la cual, aun estando virtualmente acompañado, está, sin embargo, solo, pero no radicalmente, porque no son las cosas del mundo las que le han abandonado, sino que ha sido él quien las ha dejado atrás y de lado.

Un pensar reflexivamente sobre lo que aquí queda dicho nos ayudará grandemente a comprender lo que ha de decirse en los epígrafes que van a continuación.

MANIFESTACIONES DE LA SOCIABILIDAD HUMANA

De todo cuanto dicho queda en los epígrafes que anteceden se deduce la realidad de una extensa serie de manifestaciones de la sociabilidad humana, supuesto además que necesita ella, según claramente se comprende, proyectarse al exterior para lograr efectividad.

En un sentido amplio y bien miradas las cosas, se haría forzoso convenir en que todo aquello con que nos encontramos en nuestro mundo que llamamos "social" no es más que eso: proyecciones exteriores de tal sociabilidad, en cuanto que todo ese conjunto son "útiles a la mano" que nos revelan la existencia de otros, los cuales son precisamente los que con su presencia nos están advirtiéndolo que el "ser ahí" es siempre un "ser ahí con". Mas ¿cómo comprender y en qué manera que estos "seres ahí" anudan unos vínculos que trascienden de lo puramente interpersonal para llegar a constituir una comunidad?

Un punto inicial lo encontraríamos en el lenguaje que se nos revela como una obra no interpersonal sino precisamente comunitaria, merced a la cual nos damos cuenta de que estamos perteneciendo a una comunidad y que nuestro "ser ahí" y nuestro obrar no quedan limitados al mero contacto con un interlocutor eventual. Todos los días, en efecto, nos tropezamos con "otros yos" que se mueven y actúan en el mismo plano o en el mismo horizonte en que mi "yo" se mueve y actúa, y con los que, por consiguiente, establezco contactos y relaciones de muy diversa índole, pero que en la mayor parte de los supuestos implican algo más que el estricto diálogo entre el Yo y el Tú, pues que siempre o casi siempre hay una referencia a "algo" que está más allá y por encima de los interlocutores y que actúa condicionándolos y limitándolos, siquiera sea de modo inconsciente.

Porque la palabra no se concreta a servir de vehículo al diálogo, sino que tiene además un sentido íntimo que sólo quien la emplea es capaz de darle, posee matices que en el curso del diálogo se esfuman y que, sin embargo, operan como referencias, lo cual ocurre no sólo en la palabra hablada sino en la escrita, aun cuando aquí con harta menor frecuencia, y ello en tanto en cuanto que es "gesto lingüístico". El aquí y el ahora, el allí o el allá, el antes y el después constituyen en todo diálogo un mundo de referencias y de señales que adquieren su sentido definitivo desde el punto y hora en que a través de ellas se hace posible captar ese sentimiento de sociabilidad, determinado, como decíamos, por la angustia y por la "cura". Pues que en toda manifestación de sociabilidad es posible, en efecto, adivinar o encontrar ese doble contenido. El "¿porqué?" nos muestra claramente esto que aquí venimos diciendo, de igual modo que nos lo muestra el "¿cómo?", palabras ambas que expresa o tácitamente manejamos cientos de veces al cabo del día, con lo que serían ellas perfecto exponente de la sociabilidad que tiene como móvil primero y más definido el des-angustarse o el des-curarse.

De aquí el que estas manifestaciones de sociabilidad revistan aspectos muy diversos según el grado de des-angustiamiento que el Yo pretenda alcanzar. Se escalonan ellas, de acuerdo con esto, desde la momentánea y eventual relación entre dos o más personas que concurren a un espectáculo teatral o deportivo—y siempre, no obstante, a condición de que entre ellas no exista vínculo de mayor entidad—hasta la que se sitúa en el plano de lo definitivo y permanente. Es de advertir, empero, que tanto en esta esfera como en la de lo eventual y momentáneo cabe una extensa gama de variedades, mas siempre en función, como queda dicho, del mayor o menor des-angustiamiento que se pretenda con este "buscar a otro".

Y es que el sentimiento de angustia o de "cura", por constituir el ser del "ser ahí", es decisivo en la exteriorización y subsiguiente plasmación del sentimiento de sociabilidad, hasta el punto de que todo fenómeno social, en cuanto manifestación más o menos auténtica de aquel sentimiento de sociabilidad, está influida también, más o menos fuertemente, por tal sentimiento de angustia o de "cura", que es el que, en fin de cuentas, justifica en última instancia la realidad de los fenómenos sociales, ya tomados aisladamente, ya mirados en su conjunto. Más todavía. Cuando en su lugar correspondiente nos ocupemos de "lo insocial" y de "lo antisocial", nos será dado ver en qué modo también en estas manifestaciones influye el sentimiento de angustia del hombre.

Debe advertirse aquí, para completar cuanto venimos diciendo, que estas múltiples y diversas manifestaciones de sociabilidad obedecen tanto a factores psíquicos o internos—resultantes también de esa misma angustia o "cura"—como a factores externos representados por el medio ambiente—ese "mundo" no siempre estrictamente "natural" sino "social", ya circundante, ya a veces distante—en que el hombre se mueve y que le rodea.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que si todos los fenómenos los conocemos nosotros en función del tiempo y del espacio, estas manifestaciones de la sociabilidad humana en cuanto ellas son también fenómenos, se producen igualmente en el espacio y en el tiempo. Imprimen ambos huella decisiva en este presentarse de la sociabilidad del hombre que ofrece rasgos por completo diferentes en el devenir histórico, aun cuando por razón de la específica naturaleza humana resulte a veces posible encontrar analogías entre manifestaciones de sociabilidad separadas por considerable distancia en el tiempo y en el espacio.

No quiere esto decir, sin embargo, que haya de darse la razón, al menos de modo total y absoluto, a Oswald Spengler cuando formula su teoría de los paralelismos de la historia, siquiera sea preciso reconocer que aquella particular naturaleza humana puede determinar una similitud en las instituciones. Mas las peculiaridades del tiempo y del espacio en que se producen establecen entre ellas una cierta diferencia en cuanto les imprime rasgos difícilmente reproducibles.

LOS ESTADIOS DE LA VIDA Y LA SOCIABILIDAD HUMANA

Esta enredada textura interna de las configuraciones o sociales resulta siempre, como escribe Spranger (*Formas de vida*, edic. esp., p. 80), inasequible para nuestro conocer y nuestro entender, a menos de que, pretendien-

do enfocar la cuestión por la vía puramente analítica, viniésemos a suponer para cada forma social objetiva (en el sentido de supraindividual) una forma de vivencia individual correspondiente. Mas, según hace notar el propio autor (o. c., p. 82), "si queremos captar los actos sociales fundamentales será mejor que procedamos *sinécticamente* planteándonos la cuestión de las direcciones simples en sentido asociacional que cabalmente pueden imperar dentro de un grupo humano, conste de dos o de mil individuos".

Ahora bien, un análisis fenomenológico nos muestra que "los hombres están unidos unos a otros por actos de poder y por actos de simpatía, por la subordinación y por la coordinación... Los actos potestativos y los actos simpáticos parecen, pues, caracterizar las direcciones fundamentales de sentido de la zona social. A ellas corresponden como actitudes receptoras las vivencias de dependencia y las vivencias de simpatía" (SPRANGER, *ibíd.*).

Con lo que se llega fácilmente a la conclusión de que todas las manifestaciones de sociabilidad se encuadran en uno de estos dos grupos que, en fin de cuentas, vienen a referirse a los dos grandes tipos de necesidades que el hombre experimenta: subsistencia y permanencia. Las cuales responden, como sabemos, a una necesidad fundamental y básica: la de desangustarse y des-curarse trascendiendo la soledad.

Para llegar a esta conclusión es por lo que decíamos en el epígrafe anterior que las diversas manifestaciones de la sociabilidad humana obedecen tanto a factores internos como a factores externos.

Los primeros, que pueden también llamarse "psíquicos", vienen dados por la particular posición que el hombre adopta frente al Mundo; posición que se refleja, según hace constar Kierkegaard, en los tres estadios o etapas de la vida: estético, ético y religioso. Pues que cada uno de ellos, en efecto, origina un grupo de manifestaciones de sociabilidad completamente diferentes entre sí, pues no son, ni pueden ser, de naturaleza siquiera análoga, las relaciones que entre las personas nazcan partiendo de supuestos, que pueden muy bien calificarse sin error de metafísicos, totalmente divergentes entre sí.

En un trabajo especialmente consagrado a examinar la posición del hombre frente al Mundo—y al cual ya antes me referí (en *Verdad y Vida*, 1958, pp. 257-283)—hube de analizar la teoría de Kierkegaard haciendo resaltar al propio tiempo en qué manera, aun respondiendo los tres estadios de la vida—etapas en el camino que todo hombre está llamado a recorrer—a un mismo sentimiento de inquietud y de angustia, significan un sucesivo avanzar en esta consideración del Mundo y de la Vida.

Si pretendemos determinar qué tipo de manifestaciones de sociabilidad

corresponde a cada estadio de la vida, se hará preciso decir que un estadio de la vida puramente estético engendra relaciones estrictamente momentáneas y eventuales, de las cuales es claro ejemplo el ofrecido por Kierkegaard cuando nos habla del dualismo seductor-seducida, como también puede ejemplificarse en un banquete—aun cuando en él se discuta, como en el descrito por Platón o en el retratado por el danés, sobre temas trascendentes—o en la asistencia a un espectáculo cualquiera teatral o deportivo.

Y es que, como cuida de hacer observar Mesnard (*Le vrai visage de Kierkegaard*, p. 189), “el plano estético está lejos de corresponder en la conciencia del individuo a una tarea definida, ni siquiera a una idea distinta. Su presencia se impone, sin embargo, de manera indiscutible, con el género de claridad propia de los valores afectivos. Todo hombre siente en él un ser de deseo capaz de realizar bajo los modos más diversos este impulso primitivo”. Es un estadio que lleva consigo “esencialmente un momento en que el pensamiento lírico se basta a sí mismo o al menos conduce el canto de la orquestación interior. Todas las potencias misteriosas de nuestra vida concurren a su formación y protestan por esto al mismo tiempo contra la tiranía vulgar de nuestras representaciones objetivas” (MESNARD, *ibíd.*).

Ahora bien, importaría determinar en qué medida los tres elementos capitales que Kierkegaard señala como característicos del estadio estético contribuyen a la plasmación de unas ciertas manifestaciones de sociabilidad. Tales elementos son el deseo, el par aburrimiento-distracción y el sufrimiento.

El deseo es, evidentemente, “el primer impulso que nos solicita para construir, por encima de las representaciones vulgares de la vida, este universo estético” (MESNARD, *o. c.*, p. 191); glotonería del deseo que la poesía popular transporta a los dominios más diversos, y fuerza del deseo, por otra parte, que la naturaleza misma del hombre lanza espontáneamente en la dirección del amor.

Ha sido Spranger quien ha llevado a sus últimas consecuencias la tesis kierkegaardiana cuando escribe (*o. c.*, p. 194) que “el factor estético se evidencia con el más acusado relieve en la forma de las *relaciones* sociales. Suele constituir un vínculo ligero y fugaz en la mayoría de los casos, en el que ni necesidades reales, ni cuestiones profesionales aparecen en primer término, y en la que se disfruta de la manera peculiar de presentarse y de ser admitido. Las gentes entran aquí en contacto por medio de la expresión y de la impresión. Se produce una momentánea síntesis, una efusión psíquica. Pero “no obliga” a nada y recuerda el juego de la mariposa. El encanto de esta sociabilidad reside en el libre y fácil contacto de indivi-

dualidades que pueden encontrarse mutuamente “interesantes”, pero—si se trata de casos puros—sin que se establezca el menor vínculo *real* de intereses”.

Por eso, en un estadio puramente estético de la vida es imposible llegar a formaciones sociales de cierta entidad. Quien no ha salido del estadio estético infunde demasiada fantasía a sus relaciones sociales, precisamente porque carece de comprensión para lo que “está ahí” frente a él en un modo objetivado. Nada hay para el *homo aestheticus* “tan paralizador estructuralmente como la subordinación a los poderes sociales supraindividuales que le exigen lo definido, lo limitado, lo real de todo punto” (SPRANGER, o. c., p. 197).

Cada estadio, escribe Mesnard (o. c., p. 224), “tiende a definirse no solamente por el principio que le caracteriza, sino por la actitud humana que lo expresa adecuadamente cuando se le deja el campo libre, cuando rige de modo totalitario la experiencia del individuo”. De aquí que, como advierte Spranger (o. c., p. 209), “lo opuesto al *homo aestheticus* no ha de buscarse exclusivamente en otras formas vitales puras, sino, sobre todo, en quien estando dotado de la virtud informadora de la fantasía rechaza la actitud puramente estética ante la vida”. Por eso precisamente intentará Kierkegaard—que había sabido ver y flagelar lo irresponsable y fantástico del estilo vital estético—demostrar que “la unificación de la vida bajo la norma ética lejos de suprimir la belleza, remata, por el contrario, trascendiéndolo, su carácter estético: el nuevo plano así realizado—lo que pronto se llamará el estadio ético—se manifestará precisamente en el matrimonio” (MESNARD, o. c., p. 225).

Matrimonio que aun siendo paradigma del estadio ético no pierde, empero, su valor estético, y en cuya consideración apunta uno de los conceptos fundamentales en el pensamiento de Kierkegaard: el de decisión. Por eso, en este estadio adquieren las relaciones un carácter si no de necesidad—que llegan a alcanzar en determinados casos—sí cuando menos de permanencia siquiera en el plano de lo puramente temporal. Las relaciones y, por consiguiente, las manifestaciones de sociabilidad que se dan en el estadio ético de la vida son, por el mero hecho de surgir bajo la influencia de un factor hondamente psíquico, las más importantes desde un punto de vista humano.

Y ello parte del hecho evidente de que lo ético ejerce un profundo influjo sobre lo que se llaman los “usos sociales” que han sido considerados por algunos escritores, tal, por ejemplo, Ortega y Gasset, como reveladores de lo que venimos denominando el fenómeno social. Claro es que éste no queda ni puede quedar limitado a tales usos—y menos todavía agotado en

ellos—, sino que va mucho más allá presentando una serie de actos engendradores de unas relaciones que en la mayor parte de los casos vienen a quedar insertadas en la esfera de lo ético.

Apuntemos aquí, aun cuando de pasada, que también lo jurídico y lo político se insertan, al menos parcialmente, en el orbe de lo ético, entendiéndose esta palabra no solamente en su sentido etimológico, sino también en el científico.

Por su parte, Spranger nos muestra tres tipos de hombres que pueden muy bien considerarse como contrapuestos al *homo aestheticus*: ellos son el *homo oeconomicus*, el *homo socialis* y el *homo politicus*.

El primero de ellos, o sea el *homo oeconomicus*, es para el autor alemán nombrado (o. c., p. 166) aquel que en *todas* las relaciones vitales antepone el valor de utilidad. “Todo se le convierte en instrumento de conservación de la vida, de lucha natural por la existencia, todo lo reduce al designio de hacer la vida agradable. Ahorra materia, energía, espacio y tiempo con el fin de obtener un máximum de efecto útil... Pero el valor de su quehacer no reside en las honduras de una disposición que decida valores, sino en el efecto de utilidad de índole totalmente externa” (ibíd.).

En cuanto al *homo socialis* podría decirse que es aquel en cuya vida mental actúa la actitud social como principio organizador, eliminando desde luego todos los actos sociales basados en reflexión racional práctica. Y cuida de puntualizar Spranger: “Sólo tiene carácter ético pleno la conducta social cuando se convierte en dirección *psíquica permanente*. La compasión momentánea no es *ethos* aún. Es necesaria la peculiar *autovinculación* que hace de la conducta social una especie de propia ley racional. A esta ética índole espiritual que se proyecta sobre los demás benéfica y constante llamamos *fidelidad*. La forma social de motivación responde, pues, al *ethos* personal de la *fidelidad* abnegada. De donde naturalmente se concluye que “las formas que adopta el tipo social como fenómeno son incontables si se pretende incluir todas las formas fundamentales de la sociedad en que el amor y la fidelidad constituyen los vínculos sustentadores” (o. c., páginas 222-223).

Por último, el *homo politicus* puro es el que pone al servicio de su voluntad de poder todas las zonas de valor de la vida (SPRANGER, o. c., página 232). Mas “raramente se observa en la realidad este tipo puro de *homo politicus*. El poder supremo aparece siempre como poder *colectivo*. Esto presupone que los hombres se sienten en primer término solidarios y que viven los unos para los otros. Aquí está dado, pues, un vínculo social. Quien quiera llegar a ser vínculo y brazo de este poder colectivo ha de incorporarse algo del espíritu de la comunidad. Al ejercer el predominio

sobre el prójimo actúa a su favor. Esta síntesis se incluye ya, como tal síntesis, en la zona ética" (o. c., p. 239). Ha de advertirse, por último, que las formas en que hace su aparición el *homo politicus* son de infinita variedad si se tiene en cuenta que en todas las fases y círculos sociales hay dominadores y dominados, libres y dependientes. Mas también la forma vital de quien libre y conscientemente sirve puede tener su grandeza ética, ya que no ha de olvidarse que en una alta consideración moral, regir y servir pueden ser sinónimos.

Lo cierto es que "aun las más altas formas de la vida moral no corresponden sino a la realización de formas concretas que no tienen repercusión profunda sobre la conciencia del individuo. El *pathos de la ética* consiste en la acción: es decir, que es lo suficientemente fuerte para comprometerse en la vida concreta, pero insuficiente para alimentar las revoluciones internas que son la forma más elevada y más decisiva de la vida espiritual" (MESNARD, o. c., p. 320). Pues no hay que olvidar que, como escribe Kierkegaard, "la ética es después de todo una ciencia ideal y esto no solamente en el sentido en que lo es toda otra ciencia, la ética introduce la idealidad en la realidad, pero por otro lado no está hecha para elevar la realidad hasta la idealidad" (*El concepto de la angustia*, edición inglesa, p. 15).

Por eso será necesaria una nueva ética cuyos rasgos fundamentales señala el pensador danés (o. c., pp. 18-21); ética que encuentra su lugar como ciencia que tiene la conciencia dogmática de la realidad como tarea para esa misma realidad (p. 18). Y es que la realidad ética del individuo es la única realidad (KIERKEGAARD, *Postscripto conclusivo no científico*, edición ingl., p. 291).

Ahora bien. De lo *estético* que no encuentra contradicción en el hecho de existir se pasa a lo *ético*, que encuentra la contradicción pero dentro de la autoafirmación. Se hace menester, pues, dar un paso más. El siguiente vendrá dado por la *religiosidad A* que comprende la contradicción como un sufrimiento en la autoaniquilación, aun cuando dentro de la inmanencia, pero por acentuar éticamente—importa hacerlo notar bien—el hecho de la existencia, previene al existente de devenir abstracto en la inmanencia, o de devenir abstracto por desear permanecer en la inmanencia. Por último, la *religiosidad paradójica* rompe con la inmanencia y hace del hecho de existir la contradicción absoluta, no dentro de la inmanencia sino contra la inmanencia (KIERKEGAARD, *Postscripto*, ed. cit., p. 507).

Tal es la razón de que el hombre religioso experimente una gran dificultad en encontrar en el mundo el equilibrio de su vida cotidiana. Pues la resolución heroica de consagrarse exclusivamente al Altísimo no necesi-

ta de ritos extraños ni de un hábito que pueda tomarse por patente de santidad. Lo difícil consiste en quedarse viviendo en el mundo finito en el que conserva sus actividades pero sin tener su vida en sí mismo (MESNARD, obra citada, pp. 329-330).

Quien así se comporta es el auténtico *homo religiosus* que mantiene sus vinculaciones sociales, o que viviendo en soledad no se desinteresa de la sociedad. Claro está que en esta tipología caben no pocas variedades: los profetas, los iniciadores, los creadores, los reformadores... Tipo profético que "está siempre en conflicto con la colectividad religiosa o social, que no está nunca de acuerdo con el medio y con la opinión pública. Es, como se sabe, siempre desconocido y se le arrojan piedras..." (BERDJAEV, *Cinq méditations sur l'existence*, pp. 108-109). Pero este hombre, a la vez, "está vuelto por entero y en toda circunstancia hacia los destinos del pueblo y de la sociedad, los juzga, pero no deja de interesarse por su destino. No se ocupa de su propia salvación, de sus sentimientos y estados de conciencia, sino que mira hacia el reino de Dios, hacia la perfección de la humanidad e incluso del universo entero" (BERDJAEV, o. c., p. 109).

MUNDO EXTERIOR Y SOCIABILIDAD

En el epígrafe anterior hemos analizado los factores psíquicos o internos a que obedecen las distintas manifestaciones de sociabilidad con que nos es dado tropezarnos y en medio de las cuales, por otra parte, vivimos al estar inmersos en una pluralidad de ellas.

Decíamos también más arriba que todas estas manifestaciones, como por otra parte los "útiles" que nos "hacen frente", nos revelan la existencia de un "mundo" por completo distinto del natural y al que acostumbra- mos a distinguir con el nombre de "social". Donde vendría a plantearse el problema de en qué esfera del total mundo que nos es dado ha de insertarse este mundo de lo "social", de los "útiles a la mano para" y de las "manifestaciones de sociabilidad".

Sabemos que nos encontramos siempre con un mundo "circum-stante", con lo que y por de pronto parecería que todo este complejo de "lo social" habría de colocarse en esa particular esfera de lo que está en nuestro entorno, y así en efecto ocurre en la casi totalidad de los supuestos que nos es dado contemplar. Pues que ya también sabemos que el "ser ahí" es "ser ahí con", a lo que ha de agregarse el plexo no sólo de "útiles a la mano", sino de referencias y de señales que esta copresencia del "otro" y de los "otros" lleva forzosamente aparejada.

Ahora bien. Hablábamos asimismo de un mundo "distante" que no lo

es tanto en función de un "aquí" y de un "ahora" puramente espaciales y temporales, sino en función precisamente de la manera en que el hombre mide y considera lo que está en su entorno y que es "distante", además, por contraposición al que llamábamos mundo "doméstico" que nos es peculiar y propio, por lo cual, aun siendo "distante" para un hombre puede muy bien entrar, y de hecho entra muchas veces, en la categoría de lo "doméstico" para otro hombre.

¿Juegan en esta apreciación calificativa los estadios de la vida en cuanto consecuencia de un particular modo de enfrentarse con el mundo? La respuesta no es fácil ni obvia. Kierkegaard, que yo sepa al menos, no se planteó el problema y, por consiguiente, no pudo esbozar una solución. Sin embargo, tal vez tomando en consideración lo que decíamos al final del epígrafe anterior no resulte demasiado difícil presentar cuando menos un proyecto de respuesta que nos ayude a comprender la cuestión.

Para el *homo aestheticus*, hombre de impresiones y de expresiones, todo está ahí dado en presente, todo le es "próximo"—vale decir "doméstico"—precisamente porque elude o intenta eludir toda contradicción en su existencia. Mas esa "proximidad" lo es única y exclusivamente en función de la momentaneidad e incluso de la eventualidad de sus vinculaciones. El sentimiento de *fides* no existe en él y por tanto lo que le ha sido próximo en un momento y de manera eventual pasa en seguida a la categoría de lo "distante" en cuanto no se produzca un goce de índole estética en consonancia con su modo de ser.

Por el contrario, para el que—resumiendo las características que Spranger atribuye al *homo oeconomicus*, al *socialis* y al *politicus*—pudiéramos llamar *homo oethicus*, todo le está "presente", todo para él es mundo "circundante"—cuando menos en principio o en primera instancia—y está dispuesto a hacer del mundo "público" e incluso del mundo "distante" un mundo "circum-stante". Esto se hace más perceptible en los tipos que Spranger denomina *homo oeconomicus* y *homo politicus*, especialmente en este último en cuanto que lo que busca es satisfacer su ansia de poder y de dominación, pues no bastándole a su afán el mundo estrictamente circundante trata de extenderlo a otras esferas.

En cuanto al *homo religiosus*—en contraposición con los tipos anteriores—intenta no sólo trascender el mundo circundante, sino que, con intención de perfeccionarlo, pretende realizar en él un mundo que pudiéramos calificar de "ultra-distante" en cuanto "ultra-terreno". Y esto no únicamente el hombre que pudiéramos decir en términos kierkegaardianos poseedor de una religiosidad A, sino fundamentalmente el hombre portador de una religiosidad paradójica, es decir, el *homo religiosus* que no ha abandonado

el mundo *circum-stante*, pero que trabaja por convertirlo en un trasunto—lo más perfecto posible—del que hemos calificado de “ultra-distante”.

Todo este mundo exterior, pues, al recibir en sí la acción de los distintos tipos de hombres—sin olvidar el *theoreticus*—, condiciona también de manera directa y necesaria las manifestaciones de sociabilidad desde el punto y hora que sólo en él tienen o pueden tener efectividad plena.

TIEMPO, ESPACIO Y SOCIABILIDAD

Este mundo exterior a que nos hemos referido en el epígrafe precedente está limitado tanto temporal como espacialmente, por donde tiempo y espacio vienen a jugar primordial papel en la consideración de esta sociabilidad, máxime si se tiene en cuenta el que el “ser ahí con” que somos nosotros estamos también condicionados temporal y espacialmente.

Por otra parte, si el tiempo y el espacio son, como quería Kant, formas *a priori* de la sensibilidad y, por consiguiente, condiciones también *a priori* de los fenómenos, no cabe duda de que la sociabilidad y sus manifestaciones se producen dentro de este doble ámbito en cuanto ellas asimismo entran en la categoría de lo fenoménico. Mas esto ocurre aunque no se acepte en toda su dimensión la tesis kantiana. Pues que no podemos nosotros, efectivamente, imaginarnos que las diferentes manifestaciones de sociabilidad que en su conjunto constituyen eso que hemos venido llamando “fenómeno social” puedan tener una dimensión que no sea temporal y espacial.

Decimos “espacial” en cuanto son algo que se produce fuera de nuestro propio yo, dado que aun en el supuesto de que el sentimiento de sociabilidad tenga su origen—o su punto de arranque, si se prefiere—en el propio “yo” de cada hombre, las consecuencias se producen fuera, es decir, en un espacio que aun siendo en cierta medida el espacio de su propia persona es, sin embargo, y al mismo tiempo, un espacio circundante o *circum-stante*. Espacio que, según decíamos antes refiriéndonos al “mundo”, puede ser más o menos amplio, pertenecer al orbe de lo “público” o de lo “doméstico”—incluso a veces y por contraposición al mundo “distante”—, pero que siempre estará referido al propio y particular “yo” de cada uno de los seres que “están ahí con otros”.

La importancia del factor espacial se acrecienta todavía más si se toma en consideración el hecho de que ese espacio constituye precisamente—y por ser espacio “circum-stante”—el medio ambiente en que cada uno de nosotros, es decir, cada uno de los “yos” que “estamos ahí”, vive, se mueve

y actúa. Punto éste de capital importancia por las consecuencias que de él se derivan.

El "ser en el mundo" es sin duda una estructura necesaria y *a priori* del "ser ahí", siquiera diste mucho de determinar plenamente el ser de este último. Nos referíamos más arriba al mundo circundante del que decíamos, siguiendo a Heidegger, que podía ser un mundo "inmediato" o un mundo "público"; mas en cualquiera de estos supuestos al "ser ahí" le atribuimos una espacialidad que ostenta los caracteres del des-alejamiento y de la dirección.

Por eso precisamente hablamos de lo "circundante" y de la *circumstantia*, es decir, de lo que está en nuestro en-torno o en nuestra cercanía, a la cual queremos atraer todas las cosas superando la "lejanía" en que puedan encontrarse con respecto a nuestro propio Yo. Este des-alejamiento, que significa tanto como acercamiento, obedece a nuestra pretensión de des-angustiarnos queriendo, para conseguirlo, conocer, colocando en nuestro ámbito—es decir, "a la mano" o "ante los ojos"—los otros entes que "están ahí", sean o no sean otros "yos". Y ello porque la angustia es, como ya hubimos de decir, de lo que no se conoce, situándose siempre por otra parte—y precisamente por tal razón—en proyección de futuro.

No es posible, por otra parte, olvidar el hecho de que este espacio da ocasión a los fenómenos que se han denominado de "movilidad", los cuales tienen una importancia considerable en cuanto son ellos precisamente los que influyen de manera notable y directa casi siempre en la formación de la cultura en los diversos ambientes en que vive y actúa el hombre.

Este espacio de que venimos hablando en cuanto ámbito en que nos movemos se llama o recibe el nombre de "medio ambiente" y con plena independencia de su carácter de publicidad o de domesticidad, de acercamiento o de distancia, puede ser, y es de hecho, físico y moral. De donde, en cuanto concierne a la sociabilidad, vendríamos a encontrarla condicionada—prescindiendo, al menos por ahora, del que llamamos mundo "distante", pero que también juega papel de importancia en este orden de cosas—por cuatro especies de espacio: público físico, público moral, doméstico físico y doméstico moral.

Cada uno de ellos puede, por su parte, combinarse perfectamente con cada uno de los tres estadios de la vida que operan como factores psíquicos ya en un sentido positivo ya en un sentido negativo, con lo que las diferentes manifestaciones de sociabilidad encuentran encaje adecuado y justificación suficiente.

El tiempo, que ha sido definido por Heidegger como "advenir presentando que va siendo sido", nos ofrece tres momentos de los cuales tan sólo

uno tiene realidad concreta. Únicamente aceptando la fórmula agustiniana podríamos dar vigencia a los otros dos.

Volveríamos por ello para explicar el fenómeno social a la tesis de Kierkegaard para quien el momento, el instante en que se ejercita la decisión es lo que tiene plena y absoluta validez. Ni el pasado ni el futuro la tienen en cuanto que el uno fue y ya no es y el otro no es todavía. Lo que está siendo es lo que vale en los distintos órdenes de la vida y con respecto a las diferentes especies de fenómenos, lo que quiere decir que las manifestaciones de sociabilidad importan en cuanto "son" y no en cuanto "fueron" o "serán"; si bien ha de establecerse una distinción entre estos dos últimos supuestos, dado que las que son pueden tenerse por consecuencia de las que fueron, pudiendo éstas, además, ser conocidas mediante el estudio y la investigación. Las que serán y todavía no son, aun siendo consecuencia de las que son, no admiten el conocimiento sobre ellas si no es mediante simples hipótesis que, por serlo, corren el peligro de resultar equivocadas.

Donde importa advertir, a mayor abundamiento, que en las formaciones sociales con que nos encontramos y en muchas de las cuales estamos inmersos, es menester considerar que tienen ellas un *tempo* interior por el que se distinguen las unas de las otras. Se da en ellas un ritmo que determina, según su intensidad, que sean estas formaciones más o menos duraderas. Es algo que resulta difícil de explicar, pero que en ocasiones es fácil de percibir y más aún de intuir.

El tiempo, además, en combinación con otros elementos, muchos de ellos situados en la esfera de lo imponderable, introduce cambios o modificaciones en esas manifestaciones de sociabilidad que van de tal suerte evolucionando para mejor acomodarse a las necesidades o a las exigencias de las sucesivas edades.

En la consideración temporal de las manifestaciones de sociabilidad juegan todos y cada uno de los factores que se apuntaban al hablar del espacio: medio ambiente doméstico y público, físico y moral y estadios de la vida, como, a veces, el mundo que decimos distante.

EL ESPÍRITU DE CADA ÉPOCA

Si el tiempo ejerce, como hemos dicho, un positivo influjo sobre la sociabilidad y sus diversas manifestaciones, evidente es también que lo que se acostumbra a denominar el "espíritu de la época" lo ejercerá también y de manera que suele ser casi siempre harto patente.

Los autores que se ocupan del tema suelen entender por "espíritu de la

época" la manifestación de la conciencia pública proveniente del sentir y del obrar común, pues que no es posible olvidar que son los hombres con sus acciones y con sus reacciones quienes dan sentido y significación a la época en que viven. Sin embargo, y bien analizado el término, forzoso es convenir en que el espíritu de cada época es algo que por sutil e imponderable escapa a todo análisis en el sentido de que éste, por muy agudo y penetrante que sea, no acierta a comprender el fenómeno en toda su integridad, dejando perder facetas y matices que constituyen precisamente la característica de cada una de tales épocas históricas.

Lo cierto es, bien miradas las cosas, que tal espíritu es no solamente el resultado de la *communis opinio*, sino muchas veces—y ello cuando, como a menudo ocurre, persisten los arrastres de períodos anteriores—el determinante de la misma, puesto que cada época experimenta necesidades propias y particulares que determinan una específica manera de pensar y de sentir. Todo ello aparte, ni que decir tiene, del peculiar bagaje espiritual que influye poderosamente sobre lo material. Es aquí donde lo que habitualmente se llama el "medio ambiente moral" o "clima moral" juega papel que ha de calificarse de primordialísimo.

Es menester advertir para comprender mejor cuanto decimos que aun cuando el espíritu de la época pasa con las circunstancias que hubieron de engendrarlo—o que, al menos, contribuyeron a engendrarlo—, su temporalidad no es absoluta: antes, por el contrario, ha de decirse que el "clima moral" se perpetúa indefinida o casi indefinidamente. Es él, en efecto, el que, actuando sobre las generaciones que se suceden, contribuye a formar eso que llamamos "tradición", con lo cual puede muy bien afirmarse que viene a reducirse la tarea de cada época a eliminar lo que en las anteriores pudiera haber de accidental y consolidar en cambio lo estrictamente sustancial, que es conservado en atención a estimarse que cuadra y conviene a todos los tiempos y a las generaciones todas, originando así y de tal suerte en los diversos pueblos lo que se ha convenido en llamar el "espíritu nacional", producto decantado del espíritu de las diversas épocas, los cuales conservan, empero, su sentido y significación propios y específicos.

Teniendo en cuenta lo que dicho queda, ha de estimarse que es la Historia auxiliar poderosa de nuestra disciplina, ya que una detenida meditación sobre ella y sus enseñanzas nos muestra de manera harto patente la realidad indiscutible de lo que aquí consignamos.

PLURALIDAD DE HECHOS SOCIALES

De todo cuanto dejamos escrito en los epígrafes que anteceden sigue que el total fenómeno social en cuanto conjunto de las manifestaciones de la sociabilidad humana, reviste una pluralidad de aspectos que de manera lógica y necesaria da lugar a una pluralidad de hechos sociales, todos los cuales tienen una nota común a la vez que poseen rasgos característicos que los diferencian entre sí. Hechos que precisamente por ser o constituir una proyección externa de las diferentes manifestaciones de la sociabilidad humana responden a los peculiares factores psíquicos determinantes de los mismos, así como a los externos representados por las condiciones de tiempo y de espacio en que, al igual que todo otro fenómeno de cualquier índole, vienen dados.

La nota común a que aludimos viene significada, lo mismo que en las manifestaciones de sociabilidad que producen los hechos, por la específica naturaleza humana que hace que en ninguno de ellos pueda prescindirse de eso que llamamos "humano" sin grave riesgo de que se pierda su auténtico sentido y valor.

Esos hechos sociales vienen produciéndose desde que se plasma en realidad una forma cualquiera de la sociabilidad humana sin que importe la peculiar índole de la misma, es decir, que toda manifestación de esa sociabilidad, eventual o permanente, inmanente o trascendente, da lugar siempre al nacimiento de un hecho social.

Este es, ante todo, un hecho histórico, aun cuando sea forzoso reconocer que tal historicidad no agota la esencia de este hecho, el cual ha de reunir determinadas calificaciones para que pueda ser tomado en consideración. Un hecho aislado en el que intervengan hombres puede ser efectivamente un hecho social, pero no podrá quedar insertado de modo definitivo en esta categoría si se produce esporádicamente y consintiendo una solución de continuidad entre él y otros de características análogas.

CLASIFICACIÓN DE LOS FENÓMENOS SOCIALES

Tomando en consideración cuanto hemos dicho en los epígrafes dedicados a examinar el problema de los factores internos (estadios de la vida) y el de los factores externos (tiempo y espacio, mundo exterior), es posible llegar a una nueva clasificación de los fenómenos sociales que se presentan a nuestra consideración escalonándose, según decíamos en su lugar oportuno, desde la momentánea y eventual relación que nace entre dos o más

personas que coinciden en algún lugar con un motivo cualquiera, hasta la que se sitúa en el plano de lo definitivo y permanente, cabiendo en ambos supuestos—es decir, tanto en lo eventual como en lo definitivo—una extensa gama de variedades que se acrecientan si se piensa en los estadios intermedios.

Basta combinar adecuadamente esos factores psíquicos o internos y los externos para encontrar un encasillado casi perfecto al menos en donde puedan encajarse todas esas manifestaciones de sociabilidad y subsiguientes formaciones sociales que se nos brindan con pródiga generosidad.

Por lo que hace al factor "tiempo", ya hemos dicho que sólo el presente tiene plena y absoluta validez; mas no por eso ha de rechazarse la consideración histórica de aquellas manifestaciones y formaciones de las cuales las del momento actual son consecuencia directa y necesaria.

En síntesis: estadios de la vida y mundo exterior son elementos imprescindibles en una clasificación de las manifestaciones y formaciones sociales si ella ha de responder a un criterio fenomenológico y comprender dentro de sí a lo social en cuanto fenómeno vital.

JOSÉ LUIS SANTALÓ R. DE VIGURI.

EL PROBLEMA DE LA NORMA PERMISIVA COMO PRESUPUESTO PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO SUBJETIVO

Las presentes consideraciones están planteadas desde el punto de vista de la teoría del Derecho, y por eso antes de entrar en ellas debemos precisar en qué consiste esta última.

La teoría del Derecho se propone esclarecer el sentido de las *estructuras* jurídicas y de los *conceptos* jurídicos fundamentales. Intenta determinar si la norma constituye un imperativo o un deber ser, pregunta también por el supuesto de hecho, por los elementos integrantes de la proposición jurídica, etc., y por conceptos, tales como derecho subjetivo, relación jurídica, negocio jurídico, propiedad, etc. Todas estas estructuras y conceptos están como incluidos en todas o en gran parte de las normas jurídicas y constituyen como un esqueleto de las mismas.

La teoría del Derecho tiene que ser necesariamente *formalista*, en mayor o menor grado, porque para obtener estas estructuras y conceptos ha de dejar a un lado toda una serie de elementos concretos integrantes del sistema jurídico, tal como, por ejemplo, las múltiples particularidades de los contratos y testamentos, de la propiedad o de otro concepto cualquiera. Le interesa captar el aspecto común a todos estos elementos singulares de la reglamentación jurídico-positiva.

Pero la teoría del Derecho es también *formalista* en un segundo sentido: en cuanto estudia preferentemente las normas jurídicas y no las causas sociales que las producen, ni el modo como los particulares las cumplen, etc. Formalismo quiere decir (en este segundo sentido) estudio de las normas jurídicas aisladas de su contexto social.

Vemos, pues, que la teoría del Derecho constituye un estudio insuficiente por sí mismo de la realidad jurídica, pero a la vez un estudio necesario.

La teoría del Derecho es insuficiente, porque no dice nada de la conexión entre el Derecho y el medio social en que germina (lo que constituye fundamentalmente el cometido de la sociología jurídica) ni formula

un juicio crítico sobre el Derecho vigente (como hace el Derecho natural) ni analiza los aspectos concretos del sistema jurídico para esclarecer su sentido total (como hace la jurisprudencia), etc.

Pero la teoría del Derecho tiene, en cambio, funciones propias que las otras ciencias jurídicas no pueden cumplir y que sin embargo ellas aprovechan.

En efecto, con los métodos propios de las demás ciencias no es posible descubrir las estructuras y conceptos fundamentales del Derecho. Esto solamente es accesible al estudio formalista (en el doble sentido antes expuesto) en que consiste la teoría del Derecho.

La *vida jurídica práctica*, la que transcurre en los juzgados y en los bufetes, etc. necesita de ese repertorio de conceptos claves, tal como la propiedad, la posesión, el contrato, la personalidad jurídica, etc., que le permiten tener a su alcance en cualquier momento una serie de elementos comunes a todas las normas. Si le faltaran esos elementos la práctica jurídica se resolvería en una casuística infinita, en que cada caso nada tendría que ver con los demás. No habría, por ejemplo, condiciones generales exigidas para todas clases de contratos o testamentos, para ser testigo en ellos, para celebrar actos jurídicos, o aunque las hubiera los juristas prácticos las desconocerían. Ante cada testamento, contrato, transmisión, etcétera se verían obligados a investigar la capacidad requerida para realizar ese acto concreto, las condiciones de celebración del mismo, etc. La teoría del Derecho, en cambio, facilita la labor al determinar las estructuras y conceptos que se encuentran en todas, o por lo menos en la gran mayoría de las normas integrantes del sistema jurídico.

La *actividad legislativa* también necesita de (y en cierta medida los incorpora) los resultados de la teoría del Derecho. Es el propio legislador el que incluye en las leyes conceptos, tales como negocio jurídico, testamento, etcétera; es decir, estructuras o conceptos comunes a un grupo de normas dado. La teoría del Derecho no hace más que perfeccionar esta tarea, llevándola a cabo de un modo más sistemático y sobre todo descubriendo otros conceptos y estructuras que el legislador ha incluido en la ley sin haberlos definido expresamente (piénsese, por ejemplo, en los estudios de la doctrina moderna sobre el negocio jurídico).

La *sociología jurídica* maneja también conceptos que la teoría del Derecho le suministra, tal como el de familia, propiedad, etc. El sociólogo puede estudiar hasta cierto punto la familia sin consultar los resultados de la teoría del Derecho. Pero este estudio resultará incompleto si no toma en cuenta las relaciones de derechos y deberes que se dan entre sus miembros y para esto ya se requiere una referencia a las normas jurídicas,

porque no es posible estudiar esos derechos y deberes con independencia de las normas jurídicas que los establecen. Esto no quiere decir que la conducta práctica de las personas se ajuste siempre a lo establecido por las leyes, pues nadie ignora que estas leyes son violadas en muchos casos, pero aun en estos casos la prescripción ejerce cierta influencia sobre la conducta práctica. No cabe duda de que los delitos no pueden recibir una explicación suficiente si no se toma en cuenta la regulación legal (de no existir leyes se cometerían muchos más delitos, o se cometerían de otra forma).

También el *Derecho natural* ha de servirse de las aportaciones de la teoría del Derecho. El Derecho natural es un sistema de principios dotados de validez inmanente, independiente de su vigencia práctica. Aunque puede ejercer a veces una función conservadora, su misión es predominantemente crítica; es un sistema de principios con arreglo a los cuales es posible enmendar las imperfecciones del sistema vigente.

Ahora bien, esta confrontación crítica entre los principios del Derecho natural y la realidad jurídica existente se ejerce principalmente (aunque no exclusivamente) sobre las estructuras y conceptos generales del orden jurídico-positivo, tales como la familia, la propiedad, el delito, la pena, etc. Esto no excluye la crítica de *todos y cada uno* de los preceptos singulares integradores del orden, sino que constituye más bien su fundamento, pues son los *principios* que inspiran la regulación jurídico-positiva de cada una de las instituciones fundamentales los que constituyen el punto central de la crítica jusnaturalista. Para esto hay razones prácticas de peso, tal como la imposibilidad en que se encuentran los cultivadores del Derecho natural de conocer todos y cada uno de los aspectos de la legislación positiva y sobre todo la necesidad de unificar los criterios orientadores de la crítica. Así, cuando el jusnaturalista somete a crítica la propiedad jurídico-positiva para imponerle limitaciones en beneficio del bien común, intenta aplicar ese criterio *único* a cada uno de los casos particulares en que la legislación vigente se aparta de él. Esto será difícil, cuando no imposible, si el jusnaturalista aborda una por una todas las disposiciones singulares relativas al derecho de propiedad; será mucho más fácil si posee un conocimiento de las características generales de la legislación vigente en materia de propiedad. Este conocimiento sólo puede venirle de la teoría del Derecho.

Vemos, pues, cómo la teoría del Derecho es un modo importante de conocimiento jurídico. Sería absurdo, sin embargo, erigirla en el conocimiento jurídico por excelencia, capaz de absorber todos los demás. Está justificada la reacción contra la teoría del Derecho; entendida en ese sen-

tido exclusivista. Pero esta reacción no debe ir demasiado lejos y caer en el extremo contrario: eliminar una modalidad del conocimiento jurídico que no suplanta a las demás y, en cierto sentido, depende de ellas, pero que puede prestarles servicios apreciables.

En lo que sigue, vamos a esbozar unas consideraciones sobre el problema enunciado en el título.

La clasificación de las normas jurídicas.—El profano que abriera por primera vez un código, probablemente repararía antes que en ninguna otra en una diferencia que separa dos grandes grupos de normas: las positivas y las negativas. Esa diferencia consiste en que mientras las primeras se refieren a una acción determinada y precisa, las segundas se refieren a una omisión o no hacer.

A primera vista, pudiera pensarse que esta omisión o no-hacer tiene un carácter substantivo, independiente de y diferente del hacer. Según esto, el hombre actuaría unas veces y otras suspendería su actividad. Pero esto no es cierto. En realidad, el hombre actúa siempre porque su vida es continuo dinamismo y nunca se resuelve en un puro no-hacer. Ese no-hacer no es más que un modo de designar cierto tipo de acciones positivas, un expediente del lenguaje humano y no una realidad substantiva.

Lo que ocurre es que cuando el legislador se refiere a una acción positiva (tal como firmar un documento, matar una persona, trasladar el domicilio, etc.), está aludiendo directamente a esa acción, describiendo sus características, a veces minuciosamente (piénsese, por ejemplo, en las detalladas descripciones de cómo ha de firmarse un testamento ológrafo). Por el contrario, cuando se refiere a una omisión está describiendo también ciertas acciones, pero no directamente, sino *por contraste* con otra acción dada. Así, por ejemplo, cuando el Código Penal habla de abstenerse de matar o de respetar la vida de otro, el sentido de su expresión es el siguiente: "Será posible realizar cualquier acción que no sea la de matar." En realidad, están aludidas *todas* las demás acciones, *a excepción* de esta última. Se trata, como decíamos antes, de un simple expediente para aludir a todo un grupo de acciones de manera global. Así, pues, abstenerse no significa no-hacer, sino hacer algo, realizar una acción cualquiera de entre varias designadas conjuntamente.

Esta primera clasificación de las normas en positivas y negativas no tiene demasiada importancia y es susceptible de combinación con cualquiera de las normas de que vamos a hablar a continuación.

Antes de abordar otras clasificaciones vamos a estudiar brevemente la estructura de las normas jurídicas.

Imperativo y deber ser.—Los legisladores se expresan generalmente

de modo imperativo: no se debe matar, ni robar, ni impedir al otro el uso de los objetos de su propiedad, etc. Por esta razón, durante bastante tiempo las normas jurídicas fueron tenidas por imperativos, pero en nuestra época se elevaron críticas profundas contra esta doctrina, principalmente por parte de la teoría pura del Derecho.

Dice Kelsen: "Si en atención al fin del orden jurídico se supone la exigencia de que los hombres deben comportarse de modo tal que eviten el acto coactivo amenazador, puede entonces resolverse el orden jurídico en una suma de normas en las que aparece como mandada esa conducta que el orden jurídico tiene por fin, por ejemplo: no se debe matar, se debe restituir el préstamo recibido, etc. Pero es necesario tener presente que de ese modo queda sin expresión la relación con el acto coactivo, que es esencial para el carácter jurídico de la norma. La norma que estatuye la conducta que evita la coacción y que el orden jurídico tiene por finalidad, solamente importa una norma jurídica bajo la condición de que con ella deba expresarse en forma abreviada, por razones de comodidad en la expresión, lo que sólo la proposición jurídica enuncia cabal y correctamente: que bajo la condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo como consecuencia. Esta es la norma jurídica en su forma primaria. La norma que estatuye la conducta que evita la coacción sólo puede valer, por tanto, como norma jurídica secundaria" (1).

Esta norma secundaria tiene la forma de una proposición de deber ser: dada una acción de los particulares, el funcionario debe realizar el acto coactivo.

La doctrina kelseniana nos parece más exacta que la imperativista, porque pone de relieve de modo más preciso la verdadera estructura de la proposición jurídica. En cambio, la doctrina del imperativo se atiene a la pura expresión del legislador, sin calar en su sentido más profundo, o al menos sin ponerlo de relieve de un modo preciso.

Como muy bien dice Kelsen, lo decisivo es ver que la norma pone en relación la acción de los particulares con el acto coactivo del funcionario. El Derecho es un orden coactivo que no se limita a proponer conductas en forma de consejo o mandato, sino que amenaza con una sanción en caso de incumplimiento. Esto es lo que no aparece claramente expresado en la doctrina del imperativo jurídico. No se trata simplemente de que yo no mate, no robe o no incumpla los contratos, sino de que si no realizo esas acciones que el Derecho me exige, un funcionario me impondrá una sanción.

(1) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, pág. 165.

El análisis sociológico muestra por su parte algo que confirma esta visión de la norma como un deber ser: la existencia de ciertos funcionarios encargados profesionalmente de imponer las sanciones previstas por las normas jurídicas tal como los jueces, policías, miembros del cuerpo de prisiones, etc.

La sociología tiene aquí un importante núcleo de problemas cuya solución es más difícil de lo que pudiera parecer a primera vista. Por de pronto, ha de explicar cómo y por qué se lleva a cabo en la práctica esa conexión entre la acción de los particulares y la acción coactiva de los funcionarios. Además, ha de analizar por qué los encargados de la coacción no hacen uso en beneficio propio de la fuerza que les ha sido concedida, o que han obtenido de algún otro modo. La realidad es que incluso los encargados de la coacción están sometidos a ella de tal manera, que la aplicación de sanciones constituye para ellos no un derecho que puedan ejercer a su antojo, sino un deber que han de cumplir, so pena de sufrir a su vez una sanción. Es preciso determinar cómo sucede esto; es decir, si los propios encargados de la coacción se la aplican unos a otros o si hay unas personas encargadas de aplicarla a los demás, sin que nadie pueda aplicársela a su vez a ellas, o si son los propios particulares los encargados de sancionar a los funcionarios en el caso de que éstos no cumplan con su deber. Hay aquí toda una serie de relaciones complejas entre particulares y encargados de la coacción por un lado y entre los encargados de la coacción entre sí, muy difíciles de analizar y a las que por cierto la sociología jurídica no concede demasiada atención (2). To-

(2) Dice Bertrand de Jouvenel: "La gran educadora de nuestra especie, la curiosidad, se despierta solamente ante lo sorprendente; han hecho falta los prodigios—eclipses o cometas—para que nuestros lejanos ascendientes se preocuparan de mecánica celeste. Han sido precisas las crisis para que nazca la Historia, y han sido precisos treinta millones de parados para que se generalice la investigación de las mecánicas económicas. Los hechos más incomprensibles no actúan sobre nuestra razón si se operan todos los días.

De ahí viene, sin duda, el que se haya reflexionado tan poco sobre la obediencia milagrosa de los agregados humanos, de miles o millones de hombres que se doblegan ante las reglas y ante las órdenes de unos pocos.

Basta una orden para que la avalancha tumultuosa de los coches que en un gran país se deslizaban por la izquierda se cambie y se deslice por la derecha. Basta una orden, y un pueblo entero abandona los campos, los talleres y las oficinas e invade los cuarteles.

Una tal subordinación—ha dicho Necker—debe forzosamente llenar de extrañeza a los hombres que son capaces de reflexionar. Es un fenómeno singular, un hecho casi misterioso, el que la gran mayoría obedezca a una minoría." *El poder*, Madrid 1956, pág. 35.

dos estos problemas escapan ahora a nuestro interés y sólo pueden quedar aquí esbozados.

Lo cierto es que la doctrina kelseniana (esto es, lo que nos interesaba poner en claro), expresa de manera bastante adecuada la estructura interna de la norma jurídica. Esto no quiere decir que la doctrina imperativista desconozca por completo el carácter coactivo de las normas jurídicas. También los imperativistas saben que cuando los imperativos jurídicos no son cumplidos el Derecho establece la imposición de una sanción. La cuestión es, por lo tanto, poco más que de palabras. La ventaja de la formulación kelseniana radica en su mayor precisión que permite recoger en una fórmula unitaria lo que para la otra doctrina constituía una dualidad de momentos. La doctrina imperativista parece hablar de dos normas distintas, una de las cuales contendría el imperativo jurídico y la otra la sanción prevista para su incumplimiento. La doctrina kelseniana, en cambio, recoge, con mayor acierto, esta dualidad de momentos en una norma única. En realidad, no hay más que una norma en la que se establece la conducta exigida o prohibida por el Derecho y la correspondiente sanción.

Creemos, no obstante, que la fórmula kelseniana debe ser corregida en el siguiente sentido: la condicionalidad de la norma jurídica no es simple, sino doble. La sanción está condicionada por la acción del particular (por ejemplo, "el que matare será castigado"); pero, a su vez, la acción del particular está condicionada por lo que la doctrina alemana llama supuesto de hecho ("el que *en ciertas condiciones* matare a otro...") Así, pues, la acción del particular funciona como supuesto de hecho de la del funcionamiento, pero tiene a su vez su propio supuesto de hecho. El que mate solo será castigado *cuando* se hayan cumplido ciertas condiciones, tal como la falta de provocación del agredido. En cambio, en legítima defensa sí es lícito matar a otro. Lo mismo podemos decir de casi todas las acciones jurídicas. El propietario sólo puede gozar y disponer de la cosa *cuando* haya celebrado un contrato de compraventa que le dé derecho a ello, o cuando la haya recibido en herencia, etc.

En una obra reciente, Engisch reactuliza esta discusión al plantear un problema que, en gran medida, coincide con el anterior: el problema de si las normas jurídicas constituyen juicios categóricos o hipotéticos (3). Según Kant (tal como Engisch lo expone), los imperativos hipotéticos son simplemente buenos consejos de la forma: si quieres alcanzar este o aquel fin, has de emplear este o aquel medio. Son indicaciones técnicas, en las

(3) *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1959.

que se presupone “hipotéticamente” cierto fin. Por el contrario, la función de un imperativo categórico consiste en decirme qué *fin* debo proponerme “sin consideración a ningún fin ulterior”, de forma incondicionada y absoluta (4). (Como puede verse, el “imperativo categórico” kantiano corresponde al imperativo de la teoría imperativista y el “imperativo hipotético” al deber de la teoría pura.)

Engisch se pregunta a cuál de estas dos categorías pertenecen las normas jurídicas. En su opinión, las normas jurídicas son a la vez categóricas e hipotéticas.

Son categóricas porque “el Derecho mismo fija los fines y exige su realización de forma tan incondicionada y *categórica* como la moral. Partiendo de esta base, al interpretar y manejar los imperativos jurídicos los *comprendemos* como medios para los fines que el Derecho ha encontrado buenos. Estos mismos fines deberán servir de hilos conductores” (5).

Engisch sabe que esta opinión ha de encontrar contradictores y sale al paso de las objeciones: “¿Acaso deja el Derecho a los particulares en libertad para los fines, limitándose a poner en su mano los medios, pregunta Engisch? Esta opinión puede fundarse en el hecho de que las normas jurídicas unen consecuencias, favorables o desfavorables, a determinadas acciones, con la indicación de que, si deseo o acepto estas consecuencias, puedo o debo realizar las correspondientes acciones. Así por un lado puedo perseguir efectos jurídicos lícitos mediante declaraciones de voluntad, celebración de contratos, solicitudes a las autoridades y otros actos semejantes; pero, por otra parte, puedo realizar “acciones no permitidas” y “acciones punibles”, siempre y cuando esté dispuesto a aceptar el pago de una indemnización o a sufrir una pena. Por eso oímos hablar al gran filósofo del Derecho italiano del Vecchio—desde luego con desaprobación—de los que afirman que al deudor le deja en libertad el Derecho para no pagar su deuda si prefiere someterse al embargo de sus bienes y que cualquiera puede cometer un delito siempre que esté dispuesto a aceptar la pena fijada por la ley” (6).

(4) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2 Abschnitt, citado por Engisch. El propio Engisch cita también estas palabras de Kant: “Si el fin es razonable y bueno, no entra para nada en cuestión, sino sólo lo que hay que hacer para alcanzarlo. Los principios del médico que le sirven para curar a su paciente y los de un envenenador que le sirven para matar, son del mismo valor en la medida en que ambos sirven para realizar perfectamente sus respectivas intenciones.” Se refiere, naturalmente, a los imperativos hipotéticos, que Kant llama también “Imperative der Geschicklichkeit”.

(5) ENGISCH: *Ob. cit.*, pág. 30.

(6) ENGISCH: *Ob. cit.*, pág. 31.

Engisch no comparte esta opinión y, de acuerdo con el propio del Vecchio, cree que el Derecho tiene carácter categórico. "Según su sustancia, el precepto jurídico es un imperativo categórico. Exige incondicionalmente. Constituiría, desde luego, una incalificable confusión el afirmar que el sentido de la proposición jurídica es que se puede elegir entre matar y no matar, entre cárcel y libertad y que, por consiguiente, se puede cometer tranquilamente un asesinato, siempre que se esté dispuesto a pasar el resto de sus días entre los muros de una cárcel. El Derecho moderno prohíbe el asesinato de una manera tan inflexible como la ley mosaica. De igual modo, es un imperativo categórico el que impone inexorablemente la pena a quien viola la prohibición" (7).

No obstante, cree también Engisch que los imperativos jurídicos son, en cierto sentido, hipotéticos si se entiende esta expresión de modo distinto a como la entiende Kant: "No lo son en el sentido de que debemos cumplir determinados preceptos, si queremos alcanzar ciertos fines, sin que se nos diga nada obligatorio sobre los fines mismos; pero lo son en el sentido de que están unidos a ciertas condiciones fijadas en parte de modo explícito y en parte tácito. Así, por ejemplo, la prohibición de matar, dejando a un lado su carácter categórico, supone una situación normal, y no una situación de excepción como la constituida por la legítima defensa, o una previa sentencia de muerte o la guerra" (8).

En nuestra opinión, Engisch no tiene razón cuando afirma que el Derecho contiene proposiciones categóricas. Si nos atenemos al aspecto más superficial de la expresión legislativa, sí parece contenerlas (el legislador dice "no matarás", "no robarás", etc.). Pero en el fondo estos enunciados no agotan el sentido de la proposición jurídica. El sentido completo de ésta es: si alguien mata o roba, recibirá una sanción. Es esta conexión de ciertas acciones de los particulares con el acto coactivo de los funcionarios, lo que da sentido *jurídico* a las proposiciones legislativas.

Veamos esto, en concreto, en relación con el punto en que Engisch apoya su argumentación: los fines últimos a que tiende el Derecho, tal como la seguridad, la igualdad, la distribución justa de la riqueza, etc. El legislador o el grupo humano en que se origina el Derecho han de poseer valoraciones sobre todos estos fines y esas valoraciones presuponen la existencia de ciertos juicios categóricos, porque esos fines son valiosos por

(7) ENGISCH: *Ob. cit.*, pág. 32. Engisch caracteriza aquí adecuadamente la estructura hipotética de la proposición jurídica, pero de la doble condicionalidad que contiene sólo alcanza a ver la primera parte (el supuesto de hecho condiciona la acción), pero no la segunda (la acción condiciona el acto coactivo del funcionario).

(8) ENGISCH.

sí mismos, sin consideración a ningún otro fin ulterior. Todo esto se encuentra a la base del Derecho, pero no constituye una realidad jurídica, sino moral, psicológica o social. Lo *jurídico* comienza únicamente cuando todas estas valoraciones vigentes en la conciencia del grupo son impuestas *coactivamente* a sus componentes.

Por esta razón, la justicia, seguridad, etc. figuran en el orden jurídico como fines que se espera *imponer* a los individuos. Fijémonos, por ejemplo, en un fin como la paz. Para conseguirla el Derecho exige a los hombres que se abstengan de atentar contra la vida y la propiedad de los demás y les amenaza con una sanción. El sentido de la ordenación jurídica es el siguiente: "Si alguien perturba la paz, recibirá un castigo." Estas prescripciones son, por consiguiente, hipotéticas. Para que fueran categóricas, habrían de decir: "Respetar la propiedad y la vida de los demás" (sin hablar para nada de la sanción).

Así, pues, en ninguno de los dos sentidos de que hablaba Engisch contiene el Derecho juicios categóricos: estos juicios o bien son valoraciones morales, no jurídicas, o bien expresiones incompletas de las proposiciones jurídicas.

Como hemos visto en todo lo que antecede, la discusión sobre el carácter categórico o hipotético de las proposiciones jurídicas se resuelve en la que versa sobre su carácter coactivo. Si el Derecho estuviera integrado por una serie de imperativos categóricos mandaría sin más, no propondría sanción alguna. Se limitaría a decir: no mates, no robes, cumple los contratos, etc. Desde el momento en que impone sanciones ha de ligar las acciones de los hombres al acto coactivo y ha de expresarse por tanto de modo hipotético.

Pero quizás conviniera abandonar todas estas discusiones sobre el carácter categórico o hipotético de las proposiciones jurídicas, que en el fondo no son más que un intento de meterlas o sacarlas en los moldes kantianos. Estas discusiones formales recubren un acuerdo sobre lo esencial: que las proposiciones jurídicas exigen una conducta de los hombres bajo la amenaza de una sanción.

Prohibiciones y obligaciones (normas primarias y secundarias).—Las palabras de Kelsen, citadas más arriba, hablan de una doble categoría de normas: primarias y secundarias. Las primeras ponen una acción (robar o matar, por ejemplo) como condición del acto coactivo. Las segundas mandan la acción contraria, sin expresar relación de ninguna clase con el acto coactivo. Esta clasificación contiene también un núcleo de verdad, pero debe sufrir muchas correcciones.

Por de pronto no es cierto que la norma secundaria no exprese rela-

ción alguna con la coacción. El sentido verdadero de la misma es, a nuestro juicio, el siguiente: cuando alguien realice la acción permitida (por ejemplo, pagar una deuda, circular por la carretera a la velocidad debida, abstenerse de matar, etc.), el funcionario se abstendrá de realizar la coacción. La referencia a la coacción es tan clara aquí como en el caso anterior. Esto no es un simple juego de palabras. Traducido a términos corrientes, significa que el Derecho amenaza con imponer sanciones en algunos casos, pero en otros asegura que nadie ha de sufrir perjuicio alguno. Toda la seguridad de los particulares se basa en esta garantía jurídica de no ser entorpecido en la realización de determinadas acciones.

Tan importante como advertir qué es lo que está prohibido, y, por tanto, ha de acarrear consecuencias desagradables para el agente, es señalar los límites de lo lícito, de lo que es posible realizar sin temor a incurrir en sanciones. Por eso la terminología kelseniana, que parece aludir a una cierta primacía de una de las normas sobre la otra, debe ser abandonada, a nuestro juicio.

En segundo lugar, afirma Kelsen que una de las normas no hace más que expresar en términos indirectos lo que la otra expresa directamente. Kelsen participa, al decir esto, de una opinión corriente entre los juristas: la de que todo lo que no lo esté jurídicamente prohibido es lícito y todo lo que no sea lícito está jurídicamente prohibido.

No hay duda de que esto se cumple en la generalidad de los casos, pues aunque entre ambas proposiciones no hay ninguna conexión lógica porque no hay contradicción alguna entre dos normas que sancionen respectivamente una acción y la acción contraria (por ejemplo, el que matare, será castigado, y el que se abstenga de matar lo será también) si hay por lo menos conexión moral, porque es moralmente absurdo que si una acción está prohibida, la acción contraria también lo esté. En efecto, si lo estuviera, el hombre no tendría salida alguna, y fuera cual fuera su conducta, sufriría un castigo, lo que repugna a nuestras concepciones morales.

Para mayor claridad, vamos a examinar, no obstante, aquellas dos proposiciones por separado.

Veamos, en primer lugar, si todo lo que no está prohibido es jurídicamente lícito. Ya hemos visto que esto se cumple en la mayoría de los casos, pero ¿caben acaso excepciones?

Hay casos en los que la coacción no está ligada a ninguna acción libre del sujeto, sino a una cualidad física. Bajo el nacionalsocialismo ocurría esto con las personas de raza judía a las que no se hacía responsables por ningún acto personal, sino por algo que en último término escapaba a su libre determinación. Así, pues, cualquiera que fuera su conducta,

habrían de sufrir la coacción. Aquí parece fallar la regla de que todo lo que no está prohibido es jurídicamente lícito.

Pero, si bien se mira, no hay en este caso ninguna norma dirigida a los judíos, pues la norma ha de dirigirse siempre a la conducta libre de los hombres, lo que, en términos técnicos, significa que la condición del acto coactivo ha de ser siempre una acción humana y las normas jurídicas de nuestro ejemplo se dirigen, en realidad, a los funcionarios encargados de la coacción, pero no a los judíos. No hay, por lo tanto, auténtica prohibición de dos acciones opuestas. En la época actual serán muy raros los ejemplos, si es que podemos encontrar alguno.

Las cosas cambian en el otro supuesto (cuando una acción es declarada lícita, la acción contraria es prohibida). Esto se da en un gran número de casos. Por ejemplo, cumplir el servicio militar está permitido y no cumplirlo prohibido, pagar impuestos permitido y no pagarlos prohibido. *Hay, no obstante, un buen número de excepciones.*

El propietario, por ejemplo, puede usar y disponer de las cosas de su propiedad; pero también puede dejar de hacerlo. El ciudadano corriente puede hacer uso de los parques públicos, pero también puede dejar de hacerlo, si así lo desea. Hay toda una serie de acciones de tal naturaleza que están permitidas a la vez que sus opuestas. Este es el caso de los llamados derechos subjetivos. Comenzamos a ver la importancia que la clasificación de las normas tiene para la definición de esta figura jurídica.

Normas permisivas como normas creadoras de derechos subjetivos.— Es preciso distinguir de los deberes las normas permisivas o normas creadoras de derechos, que son las que autorizan a realizar series de acciones contrapuestas, cuyo ejemplo más típico son las que establecen el derecho de propiedad.

No obstante, por muy claro que pudiera parecer lo anterior, la existencia de este último grupo de normas es puesta en cuestión por un gran número de autores.

Algunos consideran a las normas permisivas como simples aclaraciones del sentido de otras normas. Esto tiene lugar de dos maneras: *a)* La norma permisiva establecida en favor de una persona encierra en el fondo una obligación impuesta a otra. Así (según un ejemplo de del Vecchio), cuando el Derecho autoriza al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de su obligación, lo que en realidad está diciendo es que el deudor tiene la obligación de pagar (9). *b)* El permiso supone la exclusión

(9) DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1942, pág. 304.

del imperativo jurídico de una persona que estaba incluida en él hasta el momento. "En otros casos, en cambio, dice del Vecchio, la norma permisiva tiene el significado de *negación*, o por lo menos de limitación de una norma precedente. Supongamos que existe cierta prohibición general, pero que para ciertos casos especiales se cree oportuno eximir de ella a una clase de personas, o bien a todos aquellos que se encuentren en determinadas circunstancias; y entonces, con el fin de lograr esto, se emite una norma bajo formulación permisiva" (10).

Ambas opiniones encierran una parte de verdad, pero no agotan la significación de la norma permisiva.

La primera de ellas tiene razón al afirmar que el permiso concedido a una persona es en el fondo una obligación impuesta a los demás, porque un permiso no protegido (que cualquiera pudiera perturbar a su antojo) no sería eficaz. Entre el permiso y su protección jurídica (el deber de respetar lo impuesto a los demás miembros de la comunidad) se da una vinculación de carácter *moral* o *social*. Esto es algo tan general, que siempre se supone que la concesión del permiso lleva consigo la imposición de la obligación (lo contrario sería notoriamente injusto) y el Derecho no necesita emplear más que *una sola expresión* para las *dos* normas.

Así, pues, es cierto que todo permiso supone el deber de respetarlo, sí; pero supone mucho más que esto. Por el hecho de que los demás estén obligados a respetar ciertas acciones mías, yo no tengo permiso para realizarlas. Es precisa una declaración formal del Derecho autorizándome para ello, y esta autorización tiene un sentido autónomo que no se disuelve en la obligación de respetar. La norma que permite a alguien usar y disponer de las cosas de su propiedad no es idéntica a la que manda a los demás respetar ese uso y disfrute. La primera de ellas quiere decir que si el propietario realiza ciertas acciones no sufrirá por ello coacción alguna de los órganos estatales; esto es, que su acción es lícita. La segunda quiere decir que los demás miembros de la comunidad no deben perturbar la realización de esas acciones y que si la perturban sufrirán una sanción.

Lo que ocurre es que ambas normas van tan ligadas en nuestros Derechos positivos, que fácilmente se cae en la tentación de identificarlas.

Por eso, para hacer ver con mayor claridad la distinción, es preciso recurrir a los casos en que ambas normas van separadas, que no son tan infrecuentes como pudiera parecer. Es cierto que a todo permiso corresponde, por lo general, un deber de respeto, pero no es cierto lo con-

(10) *Id., id.*

trario. Cuando alguien está realizando un trabajo, los demás están obligados a respetarlo; y, sin embargo, el trabajador no está *autorizado* a realizar su trabajo, sino *obligado* a ello. El deber de respetar está unido en este caso a un deber y no a un permiso.

Más claro es aún el caso de que el deber de respeto no vaya unido a ninguna acción humana, sino a un objeto inanimado (deber de respetar ciertos objetos dotados de valor artístico o religioso) o a un animal (deber de respetar la vida de ciertos animales).

Así, pues, el permiso no se reduce al deber de respetar y no sólo porque a veces se dan por separado, sino porque, aun en los casos en que van unidos, tiene una significación independiente. La norma que me autoriza a realizar algo añade un plus a la que impone a los demás el deber de respetarme y viceversa. Ambas forman un complejo de sentido que puede darse dentro de un orden jurídico, pero que no se da necesariamente.

La segunda opinión pretende reducir el permiso a un simple expediente destinado a excluir del imperativo jurídico a ciertas personas sometidas a él. Es cierto que el permiso puede jugar este papel, pero no es menos cierto que tampoco se reduce a él. "Si, como se ha pretendido—escribe Engisch—, se derogara la prohibición del aborto, eso significaría la eliminación de un imperativo. Esta eliminación no sería a su vez ni un imperativo ni parte integrante de otro imperativo. En el imperativo se liga la voluntad de los sometidos al Derecho, en el precepto derogatorio se la deja en libertad" (11).

Pero, además de su significación liberatoria, el imperativo de nuestro ejemplo tiene una significación positiva: la de *permitir* el aborto. A partir del momento de la publicación de la ley, ninguna madre podría sufrir coacción por practicarlo.

Todos los intentos de reducir la norma permisiva a otra norma de significado distinto, nos parecen, en consecuencia, frustrados. Esta simplificación excesiva de la realidad jurídica es evidentemente sugestiva (yo mismo la he aceptado alguna vez, y, en un trabajo anterior, he llegado a decir que el permiso es la forma cortés del mandato (12)); pero no explica suficientemente todos los aspectos de esa realidad.

Como hemos podido apreciar, todos los intentos se reducen a explicar todas las normas jurídicas por reducción a una sola: la prohibitiva. El Derecho sería, según esto, un sistema de normas en las que ciertas conductas (las vulgarmente llamadas delitos o infracciones) están señaladas

(11) ENGISCH: *Ob. cit.*, pág. 24.

(12) *Les concepts fondamentaux du Droit privé européen*, Saarbrücken, 1958 (trabajo de Diploma del Instituto de Estudios europeos).

como condición de un acto coactivo de los funcionarios. Este es el sentido de la teoría pura del Derecho, que como negación radical ha motivado la revisión de muchos viejos conceptos jurídicos, tal como este de derecho subjetivo que ahora nos ocupa, *pero no ha logrado arrinconarlos*. Esta revalorización de viejos conceptos se percibe incluso en autores que, como Engisch tienen afinidades con el neokantismo.

Tres tipos distintos de situaciones jurídicas.—Los tres tipos de normas hasta aquí descritos dan lugar a tres tipos también distintos de situaciones jurídicas: la prohibición, la obligación (o deber) y el permiso.

Un comportamiento está prohibido cuando quien lo realiza sufre o debe sufrir una sanción y no la sufre en caso contrario. Está prohibido matar o robar a otro, circular a mayor velocidad de la debida, etc.

Un comportamiento es debido u obligatorio cuando, si el autor del mismo, lo pone en práctica no sufre sanción alguna; pero sí la sufre en el caso contrario. Yo tengo la obligación de pagar los impuestos, de hacer el servicio militar, de cumplir los contratos una vez firmados, etc. Si realizo estas acciones no sufriré castigo alguno; pero si las omito lo sufriré.

Una conducta está permitida cuando yo puedo llevarla a cabo si lo deseo; pero también puedo omitirla libremente. En ninguno de los dos supuestos he de sufrir sanción alguna. Por eso constituye un permiso o autorización la propiedad de una cosa que yo puedo vender o no vender, sobre la que puedo edificar o abstenerme de ello, etc. Constituye también un permiso la posibilidad de circular por las carreteras o de utilizar los lugares públicos, tal como los parques, playas, etc.

En relación con el permiso o autorización queda aún una última cuestión por tratar, que no carece de importancia para determinar la estructura de la norma jurídica: antes hemos dicho que la norma jurídica tiene una estructura hipotética (dados ciertos supuestos de hecho, tendrá lugar el acto coactivo, o bien la omisión del mismo). Pero en las normas permisivas parece que la acción no coactiva del funcionario está condicionada por una acción cualquiera del particular; esto significa que esa conducta habrá de tener lugar en cualquier caso y que, por lo tanto, no es una acción condicionada. La norma permisiva vendría a tener el siguiente sentido: "el funcionario no realizará la coacción."

Pero esto no es cierto. En primer lugar, no lo es que el funcionario deba abstenerse de la coacción ante *cualquier* acción del particular, pues solamente *ciertas* acciones están comprendidas en el permiso (por ejemplo, en la propiedad, las que en la terminología jurídica corriente se

llaman de goce y de disfrute). La norma permisiva autoriza la realización de conductas contrapuestas (gozar o no gozar, disfrutar o no disfrutar, etcétera), pero dentro de un ámbito limitado.

Pero, en segundo lugar, la norma permisiva sólo autoriza la realización de ciertas acciones sobre un objeto determinado. Así, el propietario sólo puede disfrutar de las cosas objeto de su propiedad, el arrendatario de la casa arrendada, etc. Todos los demás objetos quedan excluidos del ámbito de la autorización.

Según esto, la estructura de la norma permisiva viene a ser la siguiente: "Cuando dados ciertos supuestos de hecho un sujeto realice tales o cuales acciones (o sus contrarias), el funcionario deberá abstenerse de la coacción." Se trata de un juicio hipotético, que encierra, como toda norma jurídica, una doble condicionalidad.

Norma permisiva y derecho subjetivo.—Hemos visto que los intentos de absorber la norma permisiva en la prohibitiva resultaban infundados. El Derecho subjetivo sigue la misma suerte de la norma permisiva.

Se suele definir el derecho subjetivo como un poder concedido a una persona para la defensa de sus intereses o como un señorío de la voluntad, etc. Si examinamos cómo se concretan en la práctica ese poder o señorío, descubriremos que siempre se reducen a lo siguiente: la posibilidad que el titular del derecho tiene para realizar ciertas acciones o sus contrarias. El poder del propietario consiste en la posibilidad de edificar un edificio en su finca o bien abstenerse de ello, de plantar o no plantar, vender o no vender, gravar o no gravar con una hipoteca. El núcleo de acciones comprendidas en el derecho puede ser más amplio o más reducido, en algunos casos puede quedar limitado a una sola acción, pero siempre se trata de acciones que el sujeto *puede* realizar u omitir, según su libre parecer.

Las llamadas limitaciones a los derechos no constituyen una excepción a lo que acabamos de decir. Las limitaciones del derecho de propiedad, por ejemplo, tienen por objeto excluir del núcleo de facultades atribuidas al propietario las que se considera que no debe continuar disfrutando tal como la facultad de destruir las obras de arte, la de usar de la propiedad en perjuicio de un tercero, o la de rescindir libremente el contrato de arrendamiento. Pero queda siempre intacto un núcleo de acciones que el propietario *puede* realizar o no, según su voluntad.

A esta posibilidad de hacer u omitir se reducen de hecho el "señorío de la voluntad", "el poder atribuido al sujeto", etc. El mismo término "facultad", que se emplea para designar los componentes del derecho sub-

jetivo, da idea de la concepción del derecho como un repertorio de posibilidades de hacer u omitir.

Ahora ya podemos ver por qué, líneas más arriba, decíamos que el problema del derecho subjetivo estaba íntimamente ligado al de la norma permisiva. Aunque el derecho subjetivo contiene otros elementos además del permiso, el permiso constituye, sin embargo, su núcleo esencial, el llamado elemento interno del mismo.

El derecho subjetivo constituye, dentro de los ordenamientos jurídicos de tipo occidental al menos, una realidad incuestionable, que no se deja reducir a realidades jurídicas de otro tipo. Esta es quizá una de las razones capaces de explicar la escasa penetración del neokantismo jurídico en la jurisprudencia de tipo tradicional, a pesar de la identidad parcial de sus propósitos.

La teoría pura del Derecho pretende, en efecto, algo que también persigue la jurisprudencia: el estudio de las estructuras y conceptos fundamentales del Derecho, conceptos tales como el de norma jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica, negocio jurídico, etc. Sin embargo, la jurisprudencia ha seguido su camino sin proceder a la renovación radical de conceptos que la teoría pura pretendía exigirle. Revoluciones de este tipo son muy difíciles en la jurisprudencia teórica, y esto es lo que, por cierto, constituye la mayor garantía de su carácter científico. Los juristas están de acuerdo sobre los principios básicos de la ciencia jurídica y las aportaciones (tal como las de la doctrina alemana a la teoría del negocio jurídico o al supuesto de hecho) se insertan en el tronco común de conceptos ya admitidos. No se da en la jurisprudencia la incesante renovación de conceptos característica de otros tipos de saber. El concepto de derecho subjetivo es uno de los elementos integrantes de la realidad jurídica occidental. Cabe imaginar un orden jurídico sin derechos subjetivos y un tipo de ciencia jurídica que explique e interprete ese orden distinto del nuestro; pero nuestra ciencia jurídica, si quiere ofrecer una versión de nuestro orden jurídico, no puede desconocer, a nuestro juicio, la existencia, dentro de él, de los permisos, autorizaciones o facultades (expresiones que designan la posibilidad de hacer u omitir una determinada acción) y *consiguientemente* de los derechos subjetivos, como realidades autónomas, independientes de los deberes.

LUIS G. SAN MIGUEL

NOTA BIBLIOGRAFICA

SOBRE LA FILOSOFIA DEL DERECHO Y EL DERECHO NATURAL EN LA ACTUALIDAD

Se lamenta, y no sin razón, el profesor Michel Villey, *Lecons d'histoire de la Philosophie du Droit*, París 1957 (1), de la escasez de libros de Filosofía jurídica en Francia. "La philosophie juridique—dice—n'est pas une discipline française. S'il s'agissait seulement de rapporter ce qui existe, dans nos Facultés, en fait d'enseignement de la philosophie du droit, le bilan serait vite dressé: il est négatif (pág. 367). L'université française laisse pour le moment en sommeil la philosophie juridique" (página 352). Así es, en efecto, y fácil de comprobar—afirma en otro lugar—con "jeter un coup deil sur notre Bibliothèque d'histoire de la philosophie du droit, à l'armoire du XX siècle" (pág. 96).

Y sobre todo—añadiremos nosotros—si se compara esta situación de Francia con la de los demás países europeos en cuyas Universidades figuran, con uno u otro nombre, los estudios filosóficos en torno al Derecho, existen profesores titulares y funcionan seminarios, bibliotecas y publicaciones periódicas de filosofía del Derecho. Alemania, Italia, Inglaterra y España han producido en estos últimos años una literatura abundante al respecto, obras muy notables, monografías profundas aparte del número muy crecido de manuales escolares, mientras que la producción francesa es de las más reducidas. En la Biblioteca de la Facultad de Derecho de París, en su catálogo de "nouvelles acquisitions", y bajo la rúbrica "Philosophie du Droit", figuraban en septiembre de 1954—dice Villey—15 títulos en alemán, 12 ingleses y americanos, 12 italianos, seis españoles, y en lengua francesa, solamente cuatro traducciones de obras extranjeras. Balance bien pobre para Francia. Como quien dice: en Francia se pueden contar con los dedos de la mano (y sobran dedos) las obras de Filosofía del Derecho en estos últimos años.

¿Causas de esto? Sin perjuicio de que luego las examinemos, adelantemos una que, a nuestro juicio, podía ahorrarnos buscar otras, porque,

(*) Escrito este trabajo, aparece la 2.^a edición (París, 1962); en ella se conserva sustancialmente el contenido de la anterior, y entre las adiciones más importantes es, sin duda, el *Abrégé du Droit naturel classique*, que ya había sido publicado en "Archives de Philosophie du Droit", núm. 6, 1961 (págs. 25-72) y del cual recogemos ya aquí las ideas principales, aparte de la reseña que hemos hecho en el tomo VIII (1961) de este "Anuario", pp. 389 ss.

Asimismo el autor, profesor antes de Estrasburgo, lo es actualmente (1963) de la Universidad de París.

en definitiva, a una pueden reducirse más o menos las demás: si no olvidamos que Francia es la patria de Auguste Comte y de Durkheim, de Levy-Bruhl y de Duguit, y que en Francia ha dominado, más que en ningún otro país desde el siglo XIX el positivismo jurídico y sociológico, y sin la atenuación aquí del positivismo crítico que con su fundador Icilio Vanni suponía ya, como su nombre indica, una superación de la mera investigación empírica y fenomenológica del Derecho considerado como *hecho o mandato*, nos explicaremos esa ausencia de obras iusfilosóficas, que lamenta el docto profesor francés.

Así es en verdad. Y la razón de esto se la da con nosotros al autor su ilustre colega de Estrasburgo Michel Virally, en su obra *La pensée juridique* (París, 1960): "Il n'est pas douteux que l'école aujourd'hui encore la plus largement représentée, en France tout au moins, soit celle du positivisme juridique... Le plus grand nombre de auteurs ne se prononce pas clairement sur les bases de la théorie. Beaucoup en récuseraient les prémisses philosophiques... un positivisme traditionnel, temperé, peu préoccupé les plus souvent de prolongements philosophiques et auquel se rattache probablement la majorité des auteurs" (1). Y junto a ese positivismo "tradicional" (en Francia más que en ningún otro país) se ha desenvuelto, en Francia también, una concepción positivista, impregnada de preocupaciones sociológicas en las que han sobresalido de modo eminente juristas tan destacados como León Duguit, Gastón Jeze y Georges Scelle.

Lo cierto es que esa falta de producción filosófica jurídica es un hecho innegable. Testigos somos de ello cuando hemos buscado recientemente no sólo en la magnífica biblioteca de la Sorbona y de la Facultad de Derecho de París, tan ricas por otra parte en obras de todo género, sino en las mundialmente conocidas y acreditadas librerías del "Saint Germain" libros de Filosofía del Derecho y de Derecho natural ¡oh el Derecho natural!, y apenas si hemos encontrado—como dice Villey—más que alguna traducción.

Adelantemos también, nobleza obliga, que no queremos en modo alguno absolutizar cuando nos hacemos eco de aquella lamentación realista de nuestro autor. Han existido y existen actualmente en Francia obras muy notables de historia y de doctrina política y económica, de Derecho privado y de Derecho público en que aparecen evidentemente reflejadas inquietudes filosóficas. Así numerosos tratados de *Teorías generales o Introducciones al Derecho* o principios metodológicos de justa fama y extendida difusión. Los nombres de Geny y de Hariou, de Roubier y de Burdeau, Davy y Gurvitch, Batiffol y Le Bras, Levy-Bruhl y Esmein, Rouguin, Carre de Malberg, Cuhe, Jeze, Richard y Bonnard, Du Pasquier; Morandier y Scelle, Marty y Renaud, Colin y Capitán son harto elocuentes al respecto.

Mención aparte merecen otros juristas insignes y eminentes filósofos que han dedicado alguna de sus obras a problemas filosófico-jurídicos. Los nombres de Ripert, Le Fur, Valensin, Renard, Delos, Charmont, A. Piot, Aillet, Laversin, Maritain, maestro nuestro, Sertillanges, E. Gilson, Lachan-

(1) Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, París, 1960, pág. VI.

ce, sin olvidar la siempre pujante revista *Archives de Philosophie du Droit*, en la que, tanto antes de la última guerra como en su nueva serie posterior, tan insignes y prestigiosas figuras de la Filosofía y del Derecho han dejado con importantes estudios su valiosa aportación a nuestra disciplina.

No obstante esto, "la philosophie juridique n'est pas une discipline française". Esto mismo y con parecidas palabras confirma el profesor Jacques Leclercq en su reciente obra *Du Droit Naturel a la Sociologie* (traducción española 1961), quien afirma que la filosofía del Derecho es una ciencia alemana; que en Italia se desarrolla en el siglo XX una filosofía del Derecho inspirada en el idealismo alemán. Pero en Francia—dice—la tradición es simplemente diferente; los juristas trabajan sin grandes contactos con el mundo exterior; no es que ignoren la filosofía, pero son juristas y no filósofos; es decir, sus preocupaciones son jurídicas. Lo que les interesa a estos hombres no es saber cómo el Derecho se integra dentro de las grandes líneas del pensamiento humano, sino estudiar el Derecho en sí mismo como fenómeno particular, determinar exactamente qué es el Derecho, cuáles son sus características y sus orígenes. Todos suelen terminar hablando de moral, no de metafísica. Los juristas casi siempre desconfían de la filosofía, si bien es cierto que hay algunos que pueden considerarse como seguidores de una corriente filosófica (por ejemplo Duguit y Haesaert son positivistas; Renard y Dabin son tomistas; Hauriou idealista); sin embargo, no abordan los problemas filosóficos en sí mismos; sólo presentan sus opiniones filosóficas a propósito de problemas jurídicos. Por esta razón se encuentran muy pocos libros franceses titulados "filosofía del Derecho"; los autores prefieren hablar de "Teoría general del Derecho". Puede decirse—subraya Leclercq—que "el fenómeno francés es el fenómeno del Derecho aislado de la filosofía, de los juristas encerrados en un mundo aparte, pero que cada uno de ellos no ignora lo que cae fuera del ámbito del Derecho; la corporación de juristas como tal es la que no se ocupa más que del Derecho y sólo del Derecho (2).

Claro es que el estudio filosófico sobre el Derecho y la especulación sobre problemas jurídicos que en otros países han producido en nuestros días tan abundante literatura, en la positivista Francia se han disimulado a veces con el nombre de historia de las doctrinas políticas, económicas o de "ciencia política". En el sector del Derecho privado los nombres de algunos maestros de la Ciencia jurídica de los antes mencionados, como Geny, M. Roubier, Dabin, etc., han consagrado programas de estudios filosófico-jurídicos, sin hacer, no obstante, una enseñanza especializada sobre la filosofía del Derecho, cuya palabra misma es acogida de ordinario con repugnancia como un conjunto de "nebulosas divagaciones".

El profesor Villey se propone en este libro del que sólo nos referiremos, principalmente, a algunos capítulos, a buscar las razones que pudieran legitimar este vacío filosófico y demostrar que las razones que lo motivaron son ya periclitadas y que no debe Francia obstinarse en ese aislacionismo afilosófico en el que es una excepción.

(2) Jacques LECLERCQ, *Du Droit Naturel a la Sociologie*, J. A. de Juanes, Madrid. 1961, págs. 86-87.

El autor encuentra las causas de esa aversión a los problemas filosóficos en el siglo XIX, en el que otro ídolo—la *ciencia*—entra en la escena para reemplazar, en términos generales, a la destronada *razón* del siglo anterior, sin que puedan olvidarse las corrientes racionalistas kantianas, y que es en el siglo XIX cuando tiene lugar una filosofía jurídica idealista con Fichte, Schelling y Hegel construida, sobre todo la de éste último, por la sola “razón”.

Lo cierto es que el método empirista y los programas positivistas que, por otra parte, tanto le deben al racionalismo kantiano en su común denominador antimetafísico, fueron los que inspiraron una filosofía empirista, consagrada con el significativo nombre comtiano de “filosofía positiva”, como la única en el “turno histórico” que por grados de evolución superadora reemplazaba al viejo espíritu “teológico” y al no menos caduco “metafísico”, que solamente se apoyaban en textos sagrados o en ideas y principios *a priori* tan en discordancia con los innegables avances de las ciencias y su único método de observación empírica. Las verdades *positivas*, científicas en el sentido más estricto, constituyen el único objeto del conocimiento. Las ciencias naturales y sus métodos constituyen el imperialismo totalitario gnoseológico, en celoso cumplimiento de la consigna de Comte, a los dogmas racionales, para suministrar una concepción de conjunto del mundo y de la conducta humana.

Había que reemplazar el vacío dejado por la repudiada metafísica con una *filosofía cientifista*, y así las ciencias del hombre son cultivadas por filósofos tan renombrados como Hume, Stuart Mill en psicología, Smith y Bentham en economía, Hegel y Marx en historia, Comte, Durkheim y otros en sociología. Y es de significar que estos filósofos son los principales filósofos del Derecho de la época contemporánea. Porque, como bien subraya Villey, si las ciencias humanas hubieran sabido mantenerse dentro de sus límites naturales, no hubiesen producido nuevas filosofías del Derecho, no se hubiesen creído capaces de llegar a una explicación *total* del mundo y, sobre todo, del deber ser.

Filosofía positiva será, pues, la doctrina conforme a las nuevas exigencias empiristas que, rechazando los conocimientos metafísicos, ha de ser construida sobre los hechos objetivamente observables.

La expresión que mejor denota las tendencias comunes sobre el Derecho es la del positivismo jurídico, bajo cuya rúbrica el autor distingue, por orden de aparición, el *positivismo económico* (que hace derivar de Adam Smith y más remotamente del psicologismo realista de Hobbes y Locke), sostenido principalmente por el utilitarista Jeremías Bentham, con influencia en los juristas Jhering y Heck, fundadores de la *Interessenjurisprudenz*; el positivismo histórico o historicismo jurídico, que con sus precedentes más lejanos en Vico, Voltaire, Montesquieu o Hume, ha de sostener con Hugo, Puchta, Savigny, Hegel y Marx, que el Derecho no es algo estable, sino, como todo en el mundo, sometido a la continuidad histórica y al “devenir” de la evolución hegeliana. Se condena en nombre del relativismo historicista la doctrina del Derecho natural, que sería negado poco después por Bergbohm Binder, Jellinek, Carre de Malberg y por los culturalistas, quienes, como el neohegeliano Kohler, habla de un De-

recho variable con la "cultura" de cada tiempo. El orden social, y como consecuencia el orden jurídico, ha de construirse no sobre la "miserable" filosofía, sino sobre la ciencia de la historia, sobre el movimiento de lo real que el espíritu científico percibe y que constituye en cada tiempo la verdadera fuente del Derecho.

Los efectos prácticos de esta nueva filosofía "historicista" no se hicieron esperar; el positivismo histórico inspira las doctrinas de los juristas: positivismo total, sumisión absoluta a los textos legales que son aceptados porque ellos responden a la "Volksgeist", o a la "volonté générale" de cada pueblo, o con el voluntarismo jurídico, del mandatario del pueblo. Se ha creado una filosofía jurídica fundada sobre el culto de la historias y cuyas consecuencias de "terrible eficacia" se han hecho sentir en nuestros días. Subraya aquí el autor la influencia de la filosofía de Hegel—"le historicisme de Hegel est responsable du bismarckisme, responsable du droit hitlérien"—y de Marx sobre el Derecho de los países comunistas (3). Y no sólo estas "terribles" consecuencias señaladas por el autor, sino el hecho, que es forzoso reconocer, del origen positivo y el carácter histórico del Derecho, objeto de la ciencia jurídica, que nace con la época y en estas tendencias historicistas.

Por último, señala Villey como forma de positivismo jurídico el *sociologismo*, con el que tiene lugar en Francia el triunfo de las ciencias humanas. Porque la sociología, de reciente fundación a la sazón, quiere ser la *ciencia total* del hombre y de sus instituciones, englobando las ciencias que, como la economía o la psicología, estaban fundadas en premisas individualistas. La Sociología, *ciencia positiva* en grado supremo, pretende absorber también a la filosofía; y la sociología jurídica—ciencia al fin y al cabo—suplantar a la filosofía jurídica que había caído ante los ojos de los nuevos "cientifistas" en el mayor de los descréditos. Ardigo y Asturaro en Italia, Durkheim, Levy-Bruhl y Duguit en Francia, y Ehrlich, Marx Weber, Jerusalem y Tönies en Alemania consagran el sociologismo jurídico, que considera el Derecho como "hecho social", que tiene no solamente sus fuentes únicas, sino sus *causas* o principios en la misma sociedad, de la que es un producto histórico y cuya única misión será—como las demás ciencias sociales—el servicio de la "solidaridad social", no la atribución tradicional de "facultades" individuales, puesto que éstas no existen sino como "funciones sociales".

Los grandes conceptos de libertad individual, derecho subjetivo; el problema insoslayable y el más importante sin duda de la filosofía del Derecho, el del Derecho natural, desaparece de la escena en esta modalidad del positivismo jurídico como había sido borrado del campo de investigación de sus homónimos el positivismo económico y positivismo histórico.

(3) El profesor VILLEY expone, breve pero claramente, la influencia del historicismo de Hegel y Marx en las actuales modernas concepciones totalitarias del Derecho y del Estado (págs. 395 y ss.)

Véase a este respecto nuestro trabajo *Falsas concepciones del Derecho* (Madrid, 1958), y *La concepción marxista-comunista del Derecho* (Rev. Estudios Penitenciarios, núms. 152 y 153 (1961)).

Pero este cuadro del siglo XIX con su furor antimetafísico, aun cuando algunas tendencias de esta época también hiciesen metafísica, como se hace a veces filosofía aun para negar la filosofía, no se refiere exclusivamente a Francia aunque fuese en este país en el que mayor arraigo tuviese acaso el positivismo, haciendo honor al fundador de la "filosofía positivista" y sus continuadores galos.

En Francia, sin embargo, dice el autor a través de otros capítulos de su extensa obra, los grandes filósofos y filósofos del Derecho de nuestra historia occidental: Platón, Aristóteles, Cicerón, San Agustín, Santo Tomás, Scoto, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel o Augusto Comte, "est il bon de les ignorer?" Esta es aparentemente la opinión de la mayoría de los juristas (recordemos lo que decía a este respecto Jacques Leclercq). El profesor de Estrasburgo afirma que la historia de la filosofía del Derecho más practicada en el extranjero, "passe chez nous pour du temps gâché"... "à quoi bon nous obnubiler à discuter sur les principes, la justice, le droit nature, le syllogisme juridique, les droits de la personne humaine? Nous arriverons qu'à perdre dans des problèmes insolubles et des abstractions irréelles" (pág. 13). Pero ¿la justicia, la lógica, la libertad? "Ce son des idéologies, des mythes, des épiphénomènes"; éstos no son objeto de la ciencia.

Pero aun estas depreciaciones, o mejor abandono de los conceptos filosóficos, obedecen también a veces a una profesión filosófica inconscientemente profesada y no declarada. "Si muchos de nuestros compatriotas—dice el autor—profesan el desprecio de las ideas, la vanidad de la justicia o la nada del Derecho natural, sabemos bien a qué doctrinas obedecen servilmente: tantôt c'est l'influence diffuse du materialisme historique et d'un marxisme mal compris, qui leur fait voir dans les idées des structures passives; ou bien leur attitude dérive du positivisme de Comte, ou des philosophies du droit de Bentham, Jhering ou Ehrlich, philosophies que leur maîtres leur ont transmises..." (pág. 15).

El profesor Villey, en el capítulo XX de su libro, examina el panorama afilosófico, por lo que atañe a Francia, empezando por achacar esta aversión a la filosofía a la ignorancia que la mayor parte de los juristas franceses tienen sobre la filosofía del Derecho de los países en que es cultivada, o a que este término evoca en ellos el antiguo curso de Derecho natural tal como aún se profesaba en las universidades galas hasta mediados del siglo XIX, que no era, en verdad, un modelo de exposición filosófica: "beaucoup ignorant (se refiere a los juristas) ce que peut être une étude précise, humble, modeste, positive des doctrines philosophiques" (pág. 369). Sin embargo, la ignorancia misma debe tener su causa y es preciso buscar una explicación menos fácil y superficial, que el autor quiere ver en el contraste o incompatibilidad que existe entre una cierta especie de arte jurídico y la investigación filosófica.

En efecto, el jurista—dice—es un técnico y uno de los polos hacia los que tiende el arte jurídico es la certeza y jamás este valor de certeza, de "seguridad" fue más cultivado por los juristas que en el siglo XIX, tan ligado al liberalismo; es preciso que el negocio jurídico esté protegido contra todo arbitrio de los poderes públicos o del juez: "D'où l'essor de cette

methode dite "positivisme juridique", triomphante au XIX siècle; et premièrement du *legalisme*, cette pretension à faire de la loi écrite, du Code civil, la source supreme et presque exclusive du droit" (pág. 370).

Toda la consideración jurídica se centra en torno al Código—le Code de Napolen—, a constatar que la legislación escrita posterior al Código no daba respuesta a todo y que era preciso llenar esas lagunas mediante una *interpretación* dogmática que "asegurase" la "certeza" de los "principes generaux" del Derecho. Quedaban proscritas las especulaciones críticas, filosóficas e históricas de las leyes. El Derecho es una ciencia con su plan irrevocable y sus "materias" puestas en orden y hasta clasificadas y distribuidas por ramas y cursos académicos. "Que vient faire le philosophe dans un pareil monde?"

Y, ciertamente, el papel del filósofo es el de suscitar problemas, el de hacer de aquellos datos, dados por buenos por el dogmatismo científico, programa de su incesante e insaciable inquietud filosófica sin encontrar a veces la solución satisfactoria y "segura" que de ellos podrían tolerar los juristas. El filósofo y el filósofo del Derecho "pondrá entre paréntesis", que diríamos en términos husserlianos, lo que por los juristas se tiene por verdades indiscutibles y sobre las que se asientan sus construcciones dogmáticas. El filósofo del Derecho le brindará las soluciones sobre los problemas fundamentales del Derecho: fundamentación, validez, fines, etcétera, que el jurista tiene ya resueltos de un plumazo negando el Derecho natural, afirmando que el Derecho se fundamenta en la voluntad de su autor, en la fuerza, en la facticidad, e identificando validez con vigencia para asegurar que todo Derecho existente y vigente es, sin más, válido, porque "ius est quia iussum est".

Nada, pues, de extraño que el positivismo jurídico se considere ajeno a la filosofía, rechace toda filosofía. Y si se ha mostrado dispuesto a admitir una cierta "teoría del Derecho" y un estudio del Derecho comparado, ni la primera es una filosofía jurídica ni del segundo se toman sino como datos estadísticos la historia y evolución de las instituciones jurídicas que "han sido" o "son" en los distintos pueblos, su regulación y constatación como "hechos", sin una confrontación verdaderamente crítica y sin establecer juicios de valor, que son estrictamente prohibidos, como toda cuestión filosófica sobre el método o sentido de la historia. Bossuet, Vico, Toynbee, Jaspers, "ne comptent point parmi nos auteurs", y los nombres de Comte o de Durkheim, de Spencer, de Marx o Engels, pueden no haber sido oídos al estudiar la historia del Derecho.

En esta situación "nos études de droit—subraya el autor—se trouvent ainsi dans l'ensemble et par suite d'une volonté délibérée, *aphilosophiques*" (pág. 373). O, si se quiere, de una determinada filosofía: la filosofía del Derecho natural moderno voluntarista como el de Hobbes o Locke, negadores del Derecho natural tradicional, que establecen por el contrato social la autoridad suprema de las leyes del Estado; la adopción de un cierto método que mira ante todo a la certeza, y que proscribiera cualquier planteamiento de problemas de principio; es lo que Villey llama un "excés

de conservatisme", aun cuando la práctica imponga cada día más un Derecho que pretenda buscar su apoyo en principios realistas.

Pero querer buscar en los "hechos" científicamente los principios del Derecho, mantener la unidad y coherencia técnica aun a trueque de la lógica y filosofía que la teoría exige, no significaría ni conduce a otra cosa que a lo contrario de lo que se proponía, principalmente, el positivismo jurídico: a la *incertidumbre*.

Es más, no se resolvería la crisis del mismo arte jurídico actual prescindiendo de los principios, como no es posible una construcción arquitectónica, dejando al margen las leyes físicas o matemáticas.

Es preciso, pues, un "retour aux principes". Es preciso, pues, un "retour a la philosophie du Droit". Hacer un lugar, sino conceder la presidencia, a la filosofía jurídica, si se quiere resolver el anacronismo y rigidez del dogmatismo jurídico del Derecho positivo. Restaurar los viejos lazos entre Filosofía y Derecho, porque la especulación filosófica sobre el Derecho es coetánea al espíritu humano, de la que el positivismo jurídico no constituye más que un breve entreacto a los ojos de la historia.

El positivismo jurídico, al fin y al cabo, fue en su tiempo una invención de filósofos para desprestigiar y prescindir de la filosofía.

Termina el profesor Villey este pequeño capítulo de sus *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* que, como hemos visto, es una justa lamentación de la ausencia de los estudios filosóficos y de las causas que en Francia han llevado y mantienen esta aversión a la filosofía, haciendo un llamamiento al retorno a la filosofía del Derecho mediante la implantación en aquel país, en los cuadros de estudios de la enseñanza correspondiente a esta disciplina (4), para la que pide sea reconocida su autonomía respecto a los estudios de Derecho propiamente dichos, porque se trata—dice—de dos técnicas distintas, ya que hacerse problema de los principios no puede ser el hecho de aquellos cuya tarea ordinaria es la de aplicarlos servilmente. Porque no se ha de esperar de los civilistas que hagan la autocrítica de su Derecho. Y si esto pretendieran harían filosofía, porque no se puede reformar la teoría tradicional de las fuentes del Derecho sin informarse de las doctrinas clásicas del Derecho natural, de las negaciones de éste por la filosofía moderna, de la filosofía de los va-

(4) Las Facultades libres de Derecho tienen en sus programas académicos la Filosofía del Derecho, pero con el título "un poco inquietante" (dice M. Villey) de "Derecho natural" ("Même observation pour l'Espagne" (a)). En la Facultad de Derecho de Burdeos existe un curso de Filosofía del Derecho pero "complementario", y en la Universidad de Estrasburgo figura, con el mismo carácter, una enseñanza análoga, y en ambas Universidades como disciplina del Doctorado. Ciertamente que algunas Facultades organizan cursos de "Introducción a los estudios del Derecho", en los que ineludiblemente han de abordarse, aunque sumariamente, problemas filosóficos.

(a) Pág. 369, nota 7. Bien fácil le hubiese sido al ilustre profesor M. VILLEY informarse de que en la Facultad de Derecho de las Universidades españolas, además de un curso del "inquietante" Derecho natural, felizmente restablecido por la Ley de Ordenación Universitaria, existe en el último curso de la carrera la asignatura de "Filosofía del Derecho". Con mucho gusto nosotros mismos, que nos hemos visto honrados con correspondencia del profesor Villey, hubiésemos podido informarle de esto.

lores; no se podrían reformar los principios concernientes a la propiedad, la noción del derecho subjetivo, sin leer a Locke, Marx, Hägerston (página 379).

En Francia como en el extranjero, son necesarios estudios especializados “portant sur l'histoire des doctrines de la philosophie du droit anciennes et contemporaines, point de départ de syntheses nouvelles”.

“Retour aux principes”, “retour a la Philosophie de Droit”, son los dos lemas, que más bien parecen consignas bélicas por el ardor con que son lanzadas por el profesor francés ante el panorama verdaderamente desolador que presenta de su país, y ambos pueden en su pensamiento ser reducidos a uno y él mismo, porque para él—y esa es su definición de la Filosofía del Derecho—la filosofía jurídica es “el estudio de los principios de los sistemas de Derecho”.

Dedica Villey el primer capítulo de su excelente libro a hacer la apología de la filosofía y de la historia—deux choses impopulaires—, porque historia de la filosofía es su libro.

La Filosofía jurídica es para Villey “l'étude des principes des systèmes de droit” (5). Porque si como cada arte, cada ciencia particular son elaborados a partir de *principios* dados y aceptados sin discusión, así los diversos sistemas jurídicos (Derecho romano, inglés, francés, etc.) están fundados sobre un conjunto de definiciones, de presupuestos, de principios: definiciones de valores fundamentales, de principios metodológicos. Así el sistema jurídico actual está fundado sobre un conjunto de conceptos, presupuestos, definiciones y principios: las fuentes del Derecho, el positivismo jurídico como método, la persona humana y sus derechos como valores. Los civilistas tienen un método, una teoría de las fuentes del Derecho, un conjunto de “principios generales” que son aceptados sin apenas discutirlos.

Pero estos principios no son los mismos en todos los pueblos, aun entre los de común civilización e idéntica cultura; el sistema jurídico consuetudinario inglés dista mucho del sistema legalista continental derivado del Código de Napoleón. Es más, aun dentro de un mismo país es preciso someter esos postulados, definiciones y principios metodológicos a un estudio crítico; esto no puede ser—ya lo hemos visto—oficio de la ciencia del Derecho propiamente dicha, porque ella está delimitada, encerrada por sus principios mismos. Esto es objeto de la filosofía del Derecho. Claro es que en el clima hostil, que certeramente nos ha presentado el autor, éste parece defender una causa perdida. Mayor mérito por ello para quien en ese ambiente “técnico” y “científico” rompe una lanza en defensa de la filosofía jurídica, aun sabiendo que “faire de la philosophie du droit est inutile ce qui est le plus mortel des reproches”.

Como primer axioma que nos presenta el autor en su apología de la Filosofía del Derecho es que *la reflexion philosophique est l'instrument irremplaçable du progrès du droit*. Porque para la ciencia jurídica como para toda otra ciencia hay dos maneras de progresar: una es avanzar en línea recta siguiendo—sin discutirlos—los principios propios que define

(5) *Ob. c.*, cap. I. *Cinq axiomes, une definition*, pág. 11.

esta ciencia, y la otra que no puede ser ejercida sin el concurso de los filósofos y siguiendo las grandes rutas que ellos nos han marcado a través de la historia, o para emprender una dirección rectificadora. En nuestros tiempos, es necesario este segundo método. Así el insigne maestro francés Ripert, ante la descomposición crónica de un sistema tradicional en la que los principios mismos sobre que estaba fundado el Código civil parecían desaparecer, porque no respondían a las ideas vivas y actuales, porque eran contradichos por una gran profusión desordenada de leyes nuevas, de decisiones o de jurisprudencia, aboga por la solución de un retorno puro y simple a los antiguos principios.

Ahora bien, las nuevas perspectivas de otros países, la existencia de otros sistemas contruidos sobre otros principios nos presenta el problema mismo de su valor y de su crítica. "La crise actuelle n'exige-t-elle pas qu'ils soient vérifiés, discutés, réexaminés, par la philosophie du droit, telle que nous l'avons définie?" (pág. 15).

Segundo axioma: la filosofía jurídica "est si peu un genre perimé, que tout effort pour l'abolir est condamné à l'insuccés". Y esto es así porque en cierto modo todo jurista hace filosofía del Derecho, porque el jurista que quería garantizar la "certeza" y la "seguridad" terminaba, si no acudía a la especulación filosófica, en la mayor incertidumbre o en una seguridad no asegurada.

La conocida actitud pragmática en Derecho como en política, que caracteriza a los ingleses no es sino un reflejo y aplicación de la filosofía dominante en su país, que desde finales de la Edad Media, con Bacon, Locke, Hume, Bentham o Stuart Mill, es una doctrina del empirismo. Lo mismo podríamos decir de la influencia filosófica de tantos juristas que, renegando de la filosofía o despreciándola como cosa inútil, no pueden escribir o pensar sin un método y sobre todo sin unos principios; y es un axioma conocido que la pretendida negación de la filosofía es también filosofía.

Si pueden ciertamente los cultivadores de algunos sectores de la "ciencia" poder decir que prescindan de la filosofía, no podría decir esto el científico del Derecho, el jurista, porque sabe que las abstracciones, que no son cosas, son el medio de acceder a las cosas, la forma que toma nuestro espíritu a fin de acceder a lo real.

Cuando Marco Tulio Cicerón afirmaba no ser posible agotar la ciencia de lo jurídico sin penetrar en su última filosofía (*De legibus*, I, 42), no decía ninguna cosa nueva, pero es notable que esto lo afirmase un hombre que había dedicado a la práctica del derecho una actividad excepcional.

Y, en nuestros días, el estudio del Derecho en sus capítulos primordiales se encuentra hoy fuertemente ligado a la esfera de lo filosófico.

Por eso, todas las concepciones filosóficas, cualquiera que sea la escuela a que pertenezcan, no pueden por menor de estudiar la realidad jurídica como un aspecto o sector de la realidad objetiva.

El autor, en una segunda parte de este capítulo, y teniendo en cuenta que el título de su obra es *Historia de la Filosofía del Derecho*, hace, asimismo, una apología de la historia de las doctrinas del Derecho, de cuyo

lamentable estado en las enseñanzas universitarias francesas presenta un significativo panorama.

Sin embargo, señala el profesor Villey la paradoja—y éste es su tercer axioma—de que “la science du droit est historique”. Porque un sistema jurídico es la obra de un largo esfuerzo; porque no se reduce a los textos, todos de origen reciente, que tiene por fuentes. Lo que es un sistema jurídico, lo que significa cada término de nuestro sistema legislativo no se salva sino por la historia. Los valores en que se analiza en definitiva el Derecho, “elles sont création historique”.

Pero es indispensable arribar a los principios, que es lo que la historia nos lega; y de aquí—dice el autor—“arrivons à notre dernier paradoxe: “La clef de l’histoire du droit est l’histoire de la philosophie” (página 18), para adquirir la cultura jurídica, que está constituida por los principios del arte jurídico y que es el fruto de la historia del Derecho. Y la mejor historia del Derecho busca remontar los principios del arte jurídico y llegar a su fuente u origen; es decir, a la conciencia misma de los filósofos sus inventores.

Claro es que este método no es válido para todas las épocas y no podría intervenir más que en las civilizaciones donde existe una filosofía. Pero hay una filosofía en Grecia (aunque ciertamente los problemas jurídicos no llegaron a despertar en Grecia una inquietud filosófica), en Roma con y después de Cicerón, en la Edad Media y en la Europa moderna y contemporánea hasta nuestros días. Es decir, en las sociedades provistas de un *Derecho* propiamente dicho: conjunto coherente de reglas, ciencia coordinada de lo justo, *sistema* construido a partir de ciertos *principios*.

Es más, el Derecho por sus principios procede de la filosofía, aun cuando la mayor parte de los juristas, no sabiendo ver sino la letra que expresa el Derecho o los hechos en que se encarna, afectan hoy ignorar el universo metajurídico del cual dependieron siempre los sistemas de Derecho.

Los prejuicios “cientifistas” que actualmente han invadido la historia del Derecho: el *realismo*, que confunde el Derecho con su práctica efectiva; el *materialismo económico*, que pretende la explicación del hombre y sus obras por sus apetitos animales, cierra los ojos sobre el papel de la razón humana en la producción del Derecho, ironizando las obras de filosofía como la última preocupación de los juristas. Pero olvida que la doctrina de los filósofos influye de mil maneras aun cuando no se los haya leído. Y lo que es más notable: en cada época existe un “*poignée de juristes qui ont des lectures philosophiques*”. Duguit ha leído a Comte y Durkheim, Puffenporf ha leído a Hobbes, y Locke y Domat conocían a Pascal. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Termina el profesor francés esta apología de la filosofía y la historia del Derecho y esta defensa no sólo de la legitimidad, sino del hecho y deducción filosófica del Derecho, significando que hasta el más pequeño detalle técnico, “chaque système juridique relève de l’histoire de la philosophie du Droit” (pág. 21), hasta tal punto que los cuatro tipos histó-

ricos de filosofía (filosofía de Aristóteles, pensamiento cristiano, pensamiento moderno—sobre todo Hobbes y Locke—y la aproximación de las ciencias humanas—historia y sociología en el siglo XIX) corresponden otros tantos tipos de Derecho, sistemas jurídicos que implican visiones distintas sobre los orígenes del Derecho, el método y el contenido. Y de estos cuatro tipos y de sus principios nosotros hemos sacado ciertas nociones jurídicas fundamentales, vocabulario técnico, reglas y aforismos del Derecho, lo que demuestra el papel de los principios en la formación del Derecho y lo que significa el papel de la filosofía en la construcción de los principios.

Justificado queda por el autor el título que corresponde a lo que es el contenido de su libro—*Historia de la filosofía del Derecho*—, que divide en tres partes, correspondiendo en la primera—seis capítulos—la exposición breve de esos cuatro tipos correspondientes a otros tantos sistemas-tipos de filosofía.

En este capítulo primero que hemos examinado declara modestamente el profesor Villey (pág. 17), que no trata de imponer su sistema personal de filosofía jurídica porque no se siente capaz de ello y que se limita simplemente a intentar una historia de las doctrinas de la filosofía del Derecho. Sin embargo, a través de esos breves capítulos sobre los sistemas históricos de la filosofía jurídica, el autor hace sus observaciones críticas, e incisivas a veces, en las que revela cuáles son sus preferencias y qué sistemas, o mejor, qué autores no merecen sus simpatías.

No pretendemos seguir al ilustre profesor y con él recorrer esos capítulos. Nos hemos limitado a reflejar las causas del abandono de la filosofía como fenómeno general del cientifismo del siglo XIX y a presentar el cuadro desolador del estado actual de la filosofía del Derecho en la enseñanza universitaria del país galo. Hemos reivindicado en su compañía la legitimidad del estudio filosófico del Derecho y la necesidad de un retorno a la filosofía de Derecho como ciencia de los principios del orden jurídico.

No nos fijamos en los capítulos relativos a la filosofía antigua y medieval, y ni siquiera en la exposición del pensamiento moderno o la ciencia del siglo XIX y la crisis del Derecho.

Queremos ahora únicamente detener nuestra atención y comentario en el capítulo que dedica al siglo XX, en el que, aparte de la actualidad, la mayor parte de las doctrinas antiguas parecen tener hoy sus continuadores, a los que a veces el autor llama mejor epígonos porque a menudo esos repetidores de las doctrinas de los grandes filósofos han comprendido mal la lección de sus maestros, han seguido más la letra que el espíritu.

El autor en exposición “au degré suprême incomplet, risqué, provisoire”, pasa rápidamente (a veces en breves líneas) revista a las doctrinas “Les plus notoires”, que él agrupa bajo las cinco rúbricas siguientes: *neotomismo*, *neokantismo*, *positivismo científico* y *positivismo jurídico*

para terminar propugnando la necesidad de un sistema europeo de la filosofía del Derecho (6).

NEOTOMISMO

El renacimiento del tomismo, que ha producido un buen número de tratados de "Derecho natural", entre los que cita el autor los del P. Cathrein, Petraschek, Schilling, Wesner, Kükenhoff, Rommen, Valensín, Leclercq, etc., ha provocado el renacimiento de una filosofía del Derecho de tipo aristotélico; y este movimiento parece responder a las necesidades actuales, a la reacción necesaria contra el arbitrio estatal y contra el individualismo liberal: la teoría del justo precio, del salario justo, etc., todo aquello que es contenido del catolicismo social. Y esto sin amenazar el orden establecido.

El autor considera que esta posición es "périmé", y que por otra parte traduce bien mal el pensamiento de Santo Tomás mucho más rico de contenido. "C'est une position périmé de rêver un système de Droit statique, ne serait-ce que dans ces "principes" (pág. 99).

El pensamiento moderno ha puesto en claro la función ética del hombre en la constitución del Derecho, y el siglo XIX demuestra su carácter dinámico, el progreso, la historia del Derecho. Después de estas conquistas se pregunta el autor: "Et faudrait-il rétrograder, sous couleur de Droit naturel, aux principes de Droit accordés à l'économie médiévale? Il n'y a pas lieu de prédire à cette scolastique attarée une efficacité pratique" (pág. 99).

De acuerdo con M. Villey, si M. Villey tuviese razón, pero no sé hasta qué punto con honradez histórica, de la que da constante pruebas el autor a lo largo de su extenso libro, puede decirse ahora, sin distinguir, que el neotomismo "sueña" con un Derecho "estático" y mucho menos en "retroceder a los principios jurídicos medievales". Precisamente uno de los autores por él expresamente citados, como el ilustre profesor de Lovaina Jacques Leclercq, viene exponiendo hace muchos años en sus obras y especialmente en su reciente *Del Derecho natural a la Sociología* (traducción española 1961) una doctrina del Derecho Natural abierta a todas las tendencias del pensamiento moderno y defendiendo elocuentemente el carácter social del Derecho y el papel que en su constitución juegan los elementos y las circunstancias históricas.

Pero las críticas del autor se dirigen aquí directamente al profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina. M. Dabin, a quien dedica después, casi al final de su libro, media docena de páginas.

(6) Es muy interesante la bibliografía que cita en cada sistema filosófico enunciado, pero es de significar, no obstante los cuatro años escasos desde la aparición de esta obra, que ha aumentado notablemente la publicación de libros, estudios monográficos o trabajos sobre cualquiera de esas nuevas direcciones filosóficas. En la segunda edición de 1962 recoge muchas de estas publicaciones.

Aun lamentándolo mucho, no podemos, por razones de brevedad exigida, citar nosotros con el autor y completar por nuestra parte la bibliografía actual.

El profesor Dabin presenta las mismas tesis neotomistas, según nuestro autor, con un lenguaje diferente. La obra de Dabin, *Théorie générale du Droit* (1953), es indudablemente célebre y en ella se describe la técnica de la construcción de las leyes; reproduce la teoría tradicional en la escolástica sobre las tres justicias: legal, conmutativa y distributiva. Profesa resueltamente la existencia de un Derecho natural, o como él dice, de un "Droit vrai", que regularía de un modo seguro y racional las relaciones entre los hombres. Pero he aquí que Dabin "concede su parte al positivismo", ya que por verídico y respetable que pueda ser este Derecho natural no sería otra cosa que un "Droit naturel juridique" que pertenecería al dominio de la "morale", bien que sería guía del Derecho (positivo) y debería inspirarle; pero está más allá del Derecho; no forma parte integrante de él. La legislación es asunto de *souple* prudencia; es un *dosage* empírico de justicia y de utilidad; no es pura deducción de principios de justicia y utilidad; no es pura deducción del Derecho natural.

El Derecho debe ser *puesto* por el legislador en función de los diferentes fines y circunstancias contingentes; será todo él "construit", según frase consagrada por Geny, y que M. Dabin adopta. ¿Será, pues, la doctrina de M. Dabin—se pregunta el profesor Villey—un positivismo jurídico? "Seulement dans les motes", contesta. Y ciertamente, ya que en cuanto al fondo este autor reproduce la doctrina tomista, porque Santo Tomás no ignoraba que el legislador humano tenía su papel a jugar en la creación del Derecho, que no consistía solamente en descubrir y promulgar los principios y consecuencias de la ley natural, sino de *completarlos* con libres *determinaciones* teniendo en cuenta las circunstancias de la materia "mutabilis et diformis" de la sociedad a la que se daba y cuya vida había de regular. Esto olvidan los que acusan de "ahistoricismo" al Derecho natural, sin distinguir entre el Derecho natural "elaborado more geometrico" por una razón autónoma—que nunca fué el de Santo Tomás y los tomistas—y el Derecho natural que había de desenvolverse atendiendo a las circunstancias de lugar y tiempo históricas.

La innovación de Dabin—según Villey—consiste, en su pretensión de adaptar el tomismo al lenguaje moderno, en reservar el término Derecho a lo que Santo Tomás designaba como Ley humana, mientras que la ley humana de Santo Tomás y Aristóteles se la calificaba como "ley moral". Terminología aparte, es el mantenido por la escolástica a través de los tiempos.

Que esta posición de Dabin es insostenible—advierde Villey—está claro si pensamos que "desde la época en que Santo Tomás produjese su poderosa síntesis, han intervenido los factores que cambian los datos del problema: el voluntarismo y la historia. Y por lo que se refiere a este elemento voluntarista en su intervención "il est courieux d'observer—dice Villey—le rôle misérable que l'auteur tient bien d'accorder au consentement populaire dans l'elaboration du Droit", aun cuando reconoce que los juristas deben de tener la opinión de la masa inculta (págs. 203 y ss. de la obra de Dabin), y señalar que la ley faltaría a su fin si prescindiese de los deseos del pueblo. Es preciso, pues, una preparación progresiva de la

opinión popular, que debe ser conocida por medidas educativas, a aceptar las normas del Derecho natural.

Este ideal del profesor belga es, para nuestro autor, "autoritaire"; es un orden moral impuesto en nombre de la sabiduría superior del Derecho natural. Y se podía esperar hoy—dice—"plus de escepticisme" de un occidental culto, "plus de tolerance "et de respect de l'opinion d'autrui"; podría esperarse de M. Dabin—subraya Villey—que concediese algún espacio al principio democrático.

"Je lui reproche—dice de Dabin en otro lugar el autor que comentamos—de maintenir, au-dessus du droit positif et lui servant partiellement de guide, un corps de principes immuables: peu importe qu'il appelle "justice" ou "morale sociale" et repudie l'expression de droit naturel". Cuántos juristas se imaginan que han superado la doctrina del Derecho natural con sólo prescindir del término; "substantiellement c'est toujours la même illusion d'un système de justice estatique, ce vieux rêve pourtant condamné par la philosophie moderne et la decouverte de l'histoire; base spécieuse et chimérique pour une philosophie du droit" (pág. 99).

Yo pienso—afirma el profesor Villey enjuiciando el neotomismo—que es preciso abandonar la esperanza de sacar de "la naturaleza" principios de Derecho inmutables, consistentes y firmes; "ce que nous appellons la nature, nature humaine, nature des choses, n'est le plus souvent que l'effect d'humaines décisions historiques, produit de civilisation". "Ni l'homme libre et rationel de la philosophie moderne, ni la cité ni l'ordre familial actuel ne sont naturels" (pág. 100). La naturaleza, tal como la entendieron, no ya Aristóteles, Cicerón y Santo Tomás, sino los mismos juristas apóstoles del Derecho natural, "n'est qu'un vieux myte perimé". "C'est pourquoi nous ne ferons pas crédit à la prétendue renaissance de leurs defuntes théories, qu'il s'agisse du droit naturel classique ou de droit naturel moderne" (pág. 100).

Esta es la posición de "retraite" de numerosos juristas que parecen haber conservado la "nostalgie du droit naturel". Análoga posición—dice—se encuentra en M. Ripert y otros que, obligados a abandonar el sueño tradicional de su Derecho estático, le trasplantan a la moral; forzados a reconocer el origen positivo del Derecho, su carácter histórico, creen, no obstante, poder mantener la perennidad de los principios de una "doctrina social" (ya sea del sistema de Santo Tomás o el ideal liberal individualista que sirve de base al Código civil). Es esta—subraya Villey—una posición "extrañamente inconveniente".

La doctrina de Dabin desconoce esta evolución; todo su esfuerzo tiende a salvar la estabilidad de los principios a falta del detalle de las leyes; en lo esencial, ella prolonga la actitud rígida y conservadora hasta el exceso que tuvo en los antiguos juristas: "elle reste un jusnaturalisme à peine déguisé, une philosophie négatrice de l'évolution" (pág. 351).

Esta es la crítica que el profesor Villey hace del neotomismo y sobre todo de uno de los más ilustres jusnaturalistas de la actualidad, el doctísimo profesor belga Jean Dabin.

El pensamiento del distinguido profesor de Estrasburgo respecto al

renacimiento de las “difuntas teorías” del Derecho natural, “classique” o “moderne”, está claro a juzgar por los párrafos anteriores, si bien reconoce en otro lugar que el sistema del futuro no debe ser enteramente nuevo, y que no podría prescindir ni deberá rechazar ni “les anciennes théories du droit naturel à la fois classique et moderne”, porque ellas “ont décelé des valeurs devenues pour nous indispensables” (pág. 111).

¡Y cuán distinto es este modo de expresarse al entusiasmo con que defiende y propugna, precisamente contra la filosofía moderna y contemporánea (en nombre de las cuales considera como “quiméricas” para la filosofía del Derecho estas “de funtes théories”), el Derecho natural “clásico” de Aristóteles y de Santo Tomás! Ya lo veremos al comentar su *Abrégé du Droit Naturel classique*.

EL NEOKANTISMO

Tampoco saldrá mejor parado de las acotaciones críticas del profesor Villey, otro moderno movimiento del pensamiento filosófico-jurídico del siglo XX, el neokantismo, “une autre école s'évertue à retrouver, par une voie moins démodée, un *ersatz de droit naturel*.”

Ciertamente que Kant había renovado las bases del sistema jurídico moderno. Los principios supremos del Derecho no son sacados—decía—de la observación de la naturaleza, sino inmediatamente dados y contenidos en nuestra conciencia, como principios *a priori* de la razón práctica. Nuestra conciencia conoce inmediatamente el valor de la “persona humana”, punto de partida de todo Derecho.

Claro es que de este principio kantiano, vago y formal, se pueden deducir las consecuencias jurídicas más opuestas: ya el sistema individualista de los derechos subjetivos al que Kant permanece fiel en su doctrina filosófico-jurídica; ya también el socialismo al que arribó su discípulo Fichte.

Entre los más significados neokantianos de nuestro siglo cita el autor al gran restaurador de la filosofía del Derecho, Rudolf Stammler, que representa la filosofía dominante durante no pocos años. El profesor germano pretende conciliar los resultados de la observación científica (de la historia del Derecho, que tanto preocupa a M. Villey) con el ideal jurídico tradicional en Occidente: el hecho de la movilidad con la *racionalidad* del Derecho; el progreso de las ciencias humanas, la diversidad de sistemas jurídicos en el tiempo y en el espacio. Con las condiciones sociales, con el estado de la técnica y la producción es preciso que el Derecho cambie. Y aplicando la conocida distinción kantiana de la *materia* y la *forma* al análisis de las reglas de Derecho; Stammler busca el elemento constante y puramente formal que dé a los sistemas diversos la cualidad común de Derecho; es más, de Derecho justo (*richtiges Recht*): concepto del Derecho, idea de *lo justo*, que en definitiva encuentra en la “comunidad de hombres librevolentes”, que implica el reconocimiento de cada uno de la libertad de otro, y en el respeto de las libertades la aceptación de la vida común. Esta forma común de lo justo será el polo común a todos los

sistemas jurídicos infinitamente diversos por su contenido material. Este ideal "formal" y ciertos principios abstractos del Derecho *racional* aplicado al *contenido* variable se resume en la conocida fórmula stammleriana de un "Derecho natural de contenido variable". Mejor que Derecho "natural"—observa atinadamente Villey—debe entenderse "racional" (pág. 102).

De Stammler pasa nuestro autor al doctísimo maestro de la Filosofía del Derecho, Giorgio del Vecchio, de quien Villey nada dice, sin duda por ser tan conocida su doctrina justafilosófica, y al que acertadamente encuadra con otros autores "personalistas", porque hace del principio del respeto de la persona humana el fundamento del orden social. Y también cita a François Geny, porque su Derecho natural comporta los "donées ideales" o "rationnelles".

Ciertamente que también el profesor Del Vecchio puede muy bien ser clasificado entre los modernos defensores del Derecho natural a cuyo renacimiento y defensa ha contribuido de un modo notable, sobre todo en las múltiples publicaciones de estos últimos años, que llamaríamos de su segunda época, en los que apenas se vislumbra ya su procedencia kantiana.

Lo mismo podríamos decir del ilustre decano francés M. Geny con su "irreductible "Derecho natural", del que dice Jacques Leclercq que es un Derecho natural "assagi", cauteloso, agazapado, mínimo, pero "irreductible". No es fácil, sin embargo—advierte Villey en notas de la página 102—clasificar a Geny, cuya doctrina ecléctica está inspirada por las corrientes más diversas, comprendido el sociologismo. Y si nuestro autor le pone bajo este epígrafe del neokantismo (es la primera vez que vemos al profesor francés comprendido en este grupo) es por lo que más arriba hemos subrayado: por hacer entrar en la composición del Derecho natural los datos "racional" o "ideal". Son notables sus dos obras *Science et technique en droit privé positif* y *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, en la que los métodos del positivismo jurídico son eficazmente combatidos.

Todas las tesis neokantianas suscitan reservas—dice Villey—. Son filosofías del Derecho estériles. Cuando el Derecho natural se reduce a principios "formales" y "vagos", tales como los que Kant creyó descubrir en su razón *a priori*, puede parecernos mejor fundado racionalmente, pero se cae en un vicio mayor: "l'inutilité" (7).

En efecto, este fallo aparece ya en el sistema de Kant, a pesar de sus convicciones individualistas; pero los autores neokantianos se han sobrepasado manteniendo esas ideas profundas. A partir del "respeto a la persona humana" u otras fórmulas "formales" análogas se puede arribar al mantenimiento de un régimen conservador, como, por el contrario, a la instauración de un orden igualitario y socialista.

Breve, pero acertada y acerada la crítica del profesor Villey.

(7) Michel VILLEY, *ob. cit.*, pág. 102.

EL POSITIVISMO CIENTÍFICO

Pasemos ahora con el autor al campo adverso, en el que se ha declarado la guerra a toda suerte de metafísica y en el que los únicos principios reconocidos son los resultados de la ciencia.

En esta dirección, que hace arrancar de Augusto Comte, distingue nuestro autor varias tendencias que agrupa topográficamente.

En primer lugar, la *Escuela francesa* que, siguiendo las huellas de Durkheim, considera el Derecho como fenómeno de conciencia—y de conciencia colectiva—analiza, con Emmanuel Levy, el sentimiento del Derecho, este hecho, en el que encuentra el origen o fuente de las reglas del Derecho subjetivo; nos lleva con L. Duguit al proyecto de un Derecho fundado sobre la idea de “solidaridad” social; he aquí la colosal síntesis de M. Gurvitch, y en el libro muy reciente de Levy-Bruhl, la defensa que yo he señalado para la ciencia del Derecho “jurística”, para la historia del Derecho científica, para una concepción reformada de las fuentes del Derecho.

En esta dirección está también la *sociología alemana* de principios de siglo con autores tan destacados como Max Weber: *Rechtsoziologie in Grundriss der Sozialökonomik* (Wirtschaft und Gesellschaft, II, 23), 1947; Vierkandt, *Gesellschaftslehre*, 1928; Jerusalem, *Soziologie des Rechts*, 1925; Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 5.ª ed. 1922; F. Sander, *Staat und Recht*, 1922; Konrnfeld, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911; Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929; O. Spann, *Gesellschaftslehre*, 1930; Ehrlich, *Grundriss der Soziologie des Rechts* 1913, *La sociología del Diritto*, 1922, y otros (8).

De gran importancia práctica es el movimiento de la “Jurisprudencia de intereses”; de Ph. Heck, *Gesetzesanslegung und Interessenjurisprudenz*, año 1914.

Pero combatido el positivismo en el continente, ha pasado a dominar al mundo anglosajón y en algunos autores de los países escandinavos.

En efecto, el movimiento sociológico ha encontrado una larga acogida entre los juristas de los Estados Unidos (9). La *Sociological jurisprudence* ha ganado a los positivistas entre las dos guerras. Se opone con Jhering a la “jurisprudencia de conceptos” (*Begriffsjurisprudenz*): el Derecho no consiste en la deducción lógica de soluciones a partir de principios puestos *a priori*; es preciso resultados socialmente útiles, “poniendo en balanza” los intereses en presencia (*balancing of interests*): es la *Interessensjurisprudenz* de los alemanes. El movimiento ha afirmado, sobre todo, que el papel del jurista era sobre todo prever decisiones del legislador y de los jueces en función de los datos sociológicos que conciernen a la vez a los problemas a resolver y la psicología de los que los resuelven. El nombre de

(8) Véase R. ARON, *La sociologie allemande contemporaine*, 1950.

(9) Muy interesante a este respecto la obra de Howard W. ODUM, *American Sociology. The Story of Sociology in the United States through*, New York, 1951; trad. esp. J. M. Alimari, 1959. (Véase recensión nuestra de esta obra en “Anuario de Fil. del Derecho”, 1962.)

Holmes, *Collected Legal Papers*, 1920, y Frank, *Law and the modern Mind*, 1930; *Courts on trial*, 1949; pero sobre todo el del ilustre ex decano de Haward Roscoe Pound, gran jurisconsulto y sociólogo, quien en sus numerosas e importantes obras ha llevado a cabo un eminente estudio sobre la influencia de los factores sociales que concurren en la formación y descubrimiento del Derecho y el examen de la índole de lo jurídico sobre la base sociológica. Las fórmulas de R. Pound, según las cuales el Derecho es *a means to a social end an instrument of social engineering*, se han hecho clásicas.

La meta a que llega el "realismo" americano y sus seguidores es diferente, al menos en su tendencia principal, a la de la escuela sociológica francesa, ya que para ésta el método de observación es exclusivo y esta exclusividad llevaba, a pesar de sus negaciones y protestas poco convincentes, a un cierto estatismo en Derecho, mientras que los "realistas" repudian todo obstáculo a soluciones nuevas que proviniesen del estado anterior del Derecho; porque ellos no conciben finalmente el Derecho como *dado* por los hechos, sino como *a construir* en función de los fines a alcanzar. Que estos fines sean determinados por consideraciones sociológicas no impide la diferencia; se ha pasado del plano de la observación al de una concepción de la sociedad y de su papel.

Una idéntica dualidad—dice Henri Batiffol—en los países en que el Derecho se inspira en las doctrinas marxistas. Como es sabido, para Marx el fenómeno económico prima sobre los problemas morales, religiosos y jurídicos, que no son sino "superestructuras", epifenómenos engendrados por la realidad económica (10). El Derecho aparece como un resultado del estado social que él trata de constatar. Pero, como en los Estados Unidos, el problema ha resaltado: cuando la clase en el poder, la "clase dominante", quiere transformar la sociedad, y al hombre mismo, no se contenta con constatar el Derecho existente, sino que toma conciencia, por el contrario, de lo que la acción legislativa y judicial puede contribuir a obtener resultados sociales definidos. De aquí que el Derecho sea definido por los autores marxistas como un *medio* en vista de un fin. Se llega así a un punto de vista teleológico. La elección de un fin y su justificación eventual exceden el método de observación (11).

El juicio crítico de estas direcciones, que M. Villey engloba en la rúbrica de "positivismo científico", no es tampoco favorable. "Il ne serait pas que negatif", sin negar por ello los amplios horizontes que abre la sociología jurídica.

Sin embargo, "la point faible" de estas doctrinas, para nuestro autor es que "vouloir traiter le droit comme un fait, est un erreur philosophique" (12). Es el error de las corrientes "cientifistas". Y del mismo modo que la ciencia ha producido en el siglo XIX ideas muy falsas y superficia-

(10) Véase nuestro trabajo *La concepción marxista-comunista del Derecho*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", núms. 152-153 (1961).

(11) Henri BATIFFOL, *La Philosophie du Droit*, esp. cap. II, La orientation sociologique, P.U.F., París, 1960, págs. 51-52.

(12) Michel VILLEY, *ob. cit.*, pág. 106.

les sobre la religión o la moral y ha debilitado singularmente el sentido de nuestra libertad, así ha “perverti la notion du droit”, porque los métodos científicos eran impotentes para captar la verdadera *esencia* del Derecho y lo que únicamente captaban eran las *proyecciones* exteriores del Derecho en los hechos (el subrayado es nuestro). Pero el Derecho mismo—advierde el profesor Villey—no es un hecho, no es objetivo, sino que el Derecho parece como una *norma* que rige y gobierna el hecho y le juzga. El Derecho le situamos, al menos en parte, en el mundo del deber ser, en el que la “ciencia” no sabría alcanzarle. La ciencia del siglo XIX, como fascinada por el modelo de las ciencias físicas, se engañó sobre la verdadera naturaleza de su objeto. Tuvo razón de someter a estudio las manifestaciones externas del Derecho en el mundo de los hechos, pero tuvo la sinrazón de asimilarlos al Derecho. Así es como llegó al extraño resultado de llamar Derecho a la injusticia real—a las sentencias contradictorias—, los contrasentidos, las rebeliones de los jueces respecto a la ley positiva desde el momento que ella encontraba el apoyo o servía útilmente los fines de las fuerzas presentes. “Tel est—termina el autor—le sens des positivismes, sociologismes, realismes contemporaines”. La idea realista del Derecho, “c’est la démission du juriste passif devans les désordres et les injustices, bientôt la désagregation du droit. De toutes les philosophies qui persisteraient à défendre un positivisme absolu, c’est-à-dire à identifier la constatation des faits et l’appréciation des valeurs, je ne vous diré plus qu’elles sont inutiles ni inconsistantes, mais qu’elles représentent un danger dont nous attendrions plutôt que la philosophie nos garde” (13).

EL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico es la consecuencia del escepticismo de las épocas de decadencia, que renunciando deliberadamente a buscar “lo justo” se conforma con lo “puesto”, cualquiera que sea su contenido.

El “cientifismo” decimonónico, que no admite otras verdades que las “verités positives”, invadió el campo de las ciencias del hombre y convirtió la filosofía en “ancilla scientiae”—la “filosofía cientifista”—, cuya expresión en el campo del Derecho es el positivismo jurídico.

“Le positivisme juridique est susceptible de plusieurs sens”. Por lo que se refiere al siglo XIX, distingue el autor, como ya hemos visto más arriba, tres positivismos jurídicos, que por el orden de aparición son: el *positivismo económico, histórico y sociológico*.

En el siglo XIX (al que nos venimos limitando), el positivismo método, que tanto éxito alcanzó en el siglo precedente, y pretendía dominar el actual, había conquistado progresivamente el mundo de los técnicos del Derecho con el desenvolvimiento del Estado y el éxito de las ideas del contrato social. Revive en el siglo XX “ayant trouvé dans le nihilisme ou le scepticisme contemporains, sa philosophie” (pág. 108).

En la filosofía del Derecho, dos autores son los más representativos

(13) M. VILLEY, *ob. cit.*, pág. 107.

de esta dirección: Radbruch y Kelsen. A pesar de su común pasión por un método, "nous aurions tort—dice el autor—de les classer parmi les adeptes du positivisme scientiphique". Los dos han sufrido la impronta del neokantismo, y Radbruch, además, la de Max Weber. El Derecho no pertenece—dicen—al mundo de los hechos, ni del "ser", sino que hay que situarlo en el universo de la "razón práctica", de los "valores", ya que los principios de donde todo Derecho deriva son juicios de valor. Pero tanto Radbruch como Kelsen llevaron más allá que su maestro su actitud escéptica. "Mais c'est ici qu'entre en scène le scepticisme, une attitude dont Kant lui même et Fichte et Stammler, avaient su demeurer indemnes" (página 109).

Partiendo de la radical distinción kantiana entre el ser y el deber ser, la ciencia no estudia más que el ser y no sabrá jamás pasar del ser al no ser, del hecho al valor. ¿Cuál podrá, pues, ser la fuente de los principios del Derecho? Muy vaga y de origen muy dudoso respecto a una mente positiva la pretendida razón práctica y sus máximas inconsistentes. La elección de los principios es cuestión de *voluntad irracional* y de *fe* más que de conocimiento (*Bekentnis*, no *Erkenntnis*); la filosofía no puede hacer nada por ayudarnos a decidir entre los principios. Entre los sistemas opuestos, ella misma permanece indiferente. No les queda otra cosa que hacer: a Radbruch, que limitarse a exponernos la variedad de sistemas de valores y sus consecuencias jurídicas, colectivismo, liberalismo, o sistema comunitario; pero sin tomar abiertamente partido (*relativismo*) por ninguno; y a Kelsen, que construir su esquema formal de un Derecho coherente y ensamblado en su "norma fundamental", cualquiera que pueda ser el sistema (monarquía, república, comunismo o dictadura), sin tener para nada en cuenta el contenido de aquel esquema.

Siendo así, como concisa y acertadamente ha caracterizado el autor el relativismo radbruchiano y el formalismo kelseniano, la consecuencia y resultado no podía ser otro que el positivismo jurídico: "Le efect commun de ces deux doctrines est le positivisme juridique" (pág. 109).

Y ésta es la apostilla crítica con que el profesor Villey fulmina "filosóficamente" a los dos grandes sistemas neokantianos de nuestro siglo: "Voici donc—dice—le juriste absous d'être un technicien sans principes, interprète passif des textes, c'est-à-dire esclave du pouvoir; non plus arbitre entre les forces et les intérêts, mais leur instrument. Tel est l'état de choses présent que Radbruch et Kelsen patronent, quelle que puisse être au demeurant la noblesse de leurs intentions: la soumission à l'arbitraire, la démission de la raison qui renonce à guider le droit. Cette philosophie c'est l'éches de la philosophie" (14). Ni la filosofía podía ser menos ni los ilustres profesores Radbruch y Kelsen ser también menos "filósofos", no obstante la "nobleza de sus intenciones". Fuerte crítica, ciertamente.

Ninguna otra dirección del siglo XX es considerada por el autor, y de las expuestas, además de la crítica de cada una, hace este comentario conjunto: "Toutes ces doctrines contemporaines sont décourageantes. Aucune qui paraisse en état de remplir l'office positif qu'avaient su tenir

(14) *Ob. cit.*, pág. 110.

autrefois Locke, saint Thomas, Aristote. D'un côté, la theorie fausse du droit naturel, dont les fondements sont vermoulus; ou le stérile verbalisme des neokantiens. De l'autre, l'effect destructeur des positivismes. Si vraiment notre choix se borne à ces quatre séries d'ouvrages, alors la philosophie du droit en XX^e siècle est en etat de crise grave, c'est-à-dire que le droit lui-même est malade jusqu'à la racine. C'est peut-être en effect le cass" (pág. 110).

Como vemos, el ilustre profesor de Estrasburgo no se casa con ninguna de "ces doctrines contemporaines". Pero no todo es negativo, puesto que no es difícil hacer la crítica de cualquiera de las doctrinas que, como humanas, nunca pueden ser perfectas y menos ser del gusto de todos. No; el docto profesor galo hace seguidamente su aportación a la filosofía jurídica, propugnando, en primer lugar, la necesidad de una filosofía del Derecho.

En efecto, "nous avons besoin d'un système de la philosophie du droit". La Europa oriental tiene el suyo, derivado del historicismo y del humanismo de Marx, que enseña en sus escuelas y se esfuerza en inculcar a todos los "trabajadores" del Derecho; este sistema garantiza la coherencia, el impulso, la autoridad de las reglas. "Mais notre Europe occidentale? Il nous faut un système, sans doute, relativement souple...; il nous faut un système ouvert, car nous savons que l'histoire tourne, et que nulle philosophie ne peut plus aujourd'hui prétendre à l'éternité" (*Ibid.*).

¿Tenemos—nos preguntamos nosotros—esta filosofía del Derecho deseada por nuestro autor? "Il est douteux que nous possédions cette philosophie du droit. Je ne l'ai point", dice Michel Villey. ¿Pero existen siquiera las condiciones indispensables para que surja esta filosofía esperada? Veámoslo.

La preocupación del autor al presentar las condiciones que puedan hacer posible esta nueva filosofía jurídica, es la de subrayar aquellas doctrinas que nos conduzcan a esa filosofía.

El autor, docente y buen conocedor del ambiente universitario, de hoy tan propicio a admitir la novedad sin más que por serlo; sabedor, como nuestro insigne maestro García Morente, del afán de cada filósofo de construir su propio "sistema" y de decir "lo que nadie ha dicho o de un modo que nadie lo entienda", afirma que si de buscar el favor "del público universitario" se tratara, es preciso "donner de l'inédit...; le mieux sera de brosser chacun sa propre philosophie du droit, brillante mais unilatérale, orientée selon les hasards du quelques lectures fragmentaires" (15).

Claro es que estas construcciones "particulares" no deben ser emprendidas sin un conocimiento de conjunto de la historia de la filosofía del Derecho. Le asusta, sin duda, al autor dejar a la iniciativa de cada uno la construcción de su propio sistema por grande que sea el "genio de su inventor": "Le système de l'avenir ne doit pas être entièrement neuf, sorti tout armé du genie de son inventeur". Por el contrario, y teniendo en cuenta la doctrina que nos han legado los grandes filósofos de la historia, en cuyos sistemas—aun a veces en los más disparatados—se encuentra

(15) *Ibid.*, pág. 111.

algo de verdad, el sistema del futuro "il doit constituer une synthèse entre les vérités partielles auparavant mises au jour, dont nous ne voulons ni ne pouvons désormais refuser aucune".

No recusa el autor ni las antiguas teorías del Derecho natural a la vez clásico y moderno, a las que la tradición europea permanece firmemente aferrada, "parce qu'elles ont décelé des valeurs devenues pour nous indispensables", ni menos las teorías científicas del siglo XIX, "parce qu'elles ont mis à la lumière et qu'on ne pourra plus contester le fait de la relativité du droit". No es suficiente quedarse sólo con Aristóteles, Santo Tomás, Kant o Comte; "mais toutes ces doctrines ensemble sont les données de notre problème". Porque sólo tendrá probabilidad de ser aceptada por el cuerpo social, sólo podrá devenir eficaz, "seule sera vraie la philosophie que aura su réunir et reconcilier, sans en sacrifier aucun, ces aspects encore dispersés de la tradition" (16).

Aparte de alguna simpatía, no disimulada por el autor, si tuviéramos que calificar y clasificar su "sistema", diríamos, por *ahora*, que es el de un "eclecticismo" en el que "admite" y pretende conjugar hasta las doctrinas más opuestas. Sana y armónica intención, pero ello tiene también sus riesgos, que a veces son mayores que el declararse decididamente por una doctrina, escuela o sistema determinado.

Consecuencia, pues, de la primera condición señalada, es el estudio histórico de las filosofías antiguas. Pero este estudio no a través de las transcripciones de los epígonos, que a veces han retenido la letra, pero no el espíritu. "Il faut aller aux sources mêmes, persuadés que l'on trouve plus chez Aristote et Ciceron que chez leurs interprètes modernes, chez saint Thomas que chez les thomistes".

Este trabajo sobre las obras originales de los grandes filósofos ha sido felizmente seguido sobre todo en Alemania e Italia, donde las listas bibliográficas al respecto son ya innumerables. El desdén de la historia, aquí más que sobre ninguna otra cuestión, es signo de incultura y de decadencia.

Segunda condición para un filósofo del Derecho es "de lire et méditer les philosophes contemporains". Porque sería raro e impensable que nosotros llegásemos a poseer esta técnica de la filosofía constituida por el conocimiento de las doctrinas antiguas sino a través de los filósofos que nos las han transmitido. Y porque ellos han resuelto a veces las antinomias entre doctrinas divergentes atacándolas desde su raíz, que es filosófica, y han preparado la síntesis a que tienden los esfuerzos del profesor Villey y tan cara para él.

Aquí el ilustre profesor francés declara con una modestia, que ciertamente no responde a la realidad, su falta de competencia para estudiar los sistemas filosóficos contemporáneos, limitándose a "suggerer quelques directions de recherches: certaines tendances contemporaines particulièrement fructueuses" (pág. 112).

Es de significar que muy acertadamente subraya el autor entre las doctrinas filosóficas contemporáneas aquellas que se han preocupado del

(16) *Ibid.*

problema que, desde Platón a Hegel y de Aristóteles a la Escuela histórica ha sido el *leitmotiv* de la filosofía del Derecho: el de la conciliación de la *Naturaleza* y la *Razón*, de la *Historia* y la *Filosofía*; en otros términos, el del Derecho natural y la evolución del Derecho.

Como una de las tendencias "más fructuosas", estima en primer lugar el movimiento *fenomenológico* que, con su fundador Edmund Husserl y sus sucesores, ha pretendido superar las querellas entre los partidarios de la observación "científica" y los fieles al Derecho natural. Estas dos actitudes no son irreconciliables, si la ciencia reigurosamente construida sobre la base de la experiencia, acepta la "experiencia integral" y en ella comprendida la experiencia mística o de nuestra libertad—y aquí la experiencia de lo justo—, deja de ser ciencia de las cosas y hechos pretendidos "objetivos" para ser ciencia del "fenómeno". La *fenomenología* ha sido aplicada al Derecho por Reinach, Schapp, Schreier, Kaufmann, G. Husserl (hijo del fundador), Riezler, Maihofer. Y derivada de la Fenomenología de Husserl es la tendencia de N. Hartmann y Max Scheler de construir una "teoría fenomenológica de los valores", que pretende encontrar por caminos científicos la realidad de la justicia y su descripción. "Nulle autre lecture philosophique ne paraît, à première vue, mieux correspondre à nos besoins" (pág. 113).

Otra dirección es la de los *historicistas* recientes, sobre todo italianos, Pekelis, W. Cesarini Sforza, Gentile, Battaglia, Collotti, capitaneados por el nehegeliano B. Croce, quienes—según el autor—"nous aideront peut-être à surmonter l'opposition entre l'ancien droit naturel, fondé sur une raison inmutable, et le fait de l'évolution du droit"; ellos nos demostrarán que el ideal puede ser al mismo tiempo mudable y racional porque "la razón está en la historia", porque la justicia y el Derecho "son invenciones históricas", sin que ello suprima su valor.

Acerca de la *escuela existencialista*, el profesor Villey, con el sentir casi unánime de los historiadores de la Filosofía del Derecho, entiende que tiene poca relación con nuestros problemas, sobre todo, jurídicos. Y así es. Desde el momento que la vida social es considerada como "inauténtica", todo aquello que contribuye—como el Derecho—a mantener esa inautenticidad y se oponga a la "elevación a la vida auténtica", que es la individual (existir significa ante todo ser un individuo—que decía Kierkegaard—o "el infierno son los demás", que dice Sartre), es considerado inútil, sino como elemento subversivo, ya que el Derecho es, por definición, el regulador y conservador de la estructura social, de la "vida inauténtica" para los existencialistas.

Sabido es que la crítica al existencialismo jurídico (como la hecha, por ejemplo, por Welzel o Bobbio) señalan a estas doctrinas como de un individualismo extremo, de un sentimiento exacerbado de la libertad, e impotente a desembocar en la filosofía del Derecho. El más claro resultado—subraya Villey—será "de jeter le discrédit sur le droit, sur cet objet impersonnel ce royaume de "l'inauthentique", en el cual pelagra de ensombrecer la existencia pura.

Con más razón, claro es, son los existencialistas enemigos del Derecho

natural, puesto que niegan que el hombre tenga una naturaleza, sino una existencia, un querer, un pensar, un obrar gratuitamente según su propio arbitrio y según sus posibilidades.

La "posibilidad" (concepto básico en el existencialismo, cualquiera que sea su tendencia), es una consecuencia de la "libertad", y ésta, en el existencialismo, se quiere deliberadamente extraña y hostil al Derecho. Pero esta potencia creadora del hombre nos ayuda—dice el autor—"à exorciser la croyance unilatérale dans un droit naturel donée, à reconnaître (avec les modernes) la part de la volonté libre" (pág. 114). Sin embargo, no reduce M. Villey a este solo punto el existencialismo, y reconoce, por ejemplo, que buscando los límites de un Derecho natural, "acceptable au monde présent", Fechner "ait fait appel aux doctrines existentialistes", a las que dedica un capítulo entero de su libro *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts* (1956). Pero la verdad es que el ilustre maestro de Tubinga no se inspira indiferentemente en todas las "doctrinas existentialistes". De éstas únicamente son conocidas por el gran público las formas extremas: mundo absurdo, acto gratuito, libertad absoluta, sin hablar de aquellas otras popularizadas por el teatro sartreano en el "Huis clos", cuyo final es la "náusea", la "desesperación", la "muerte". Pero ciertas tesis más moderadas se encuentran estudiando la no fácil doctrina de Jaspers y de Heidegger, sobre todo en los últimos años.

El existencialismo ha dejado de parecer enemigo del Derecho. Porque pone de relieve (en Jaspers) la "situación", en la que los hombres existen, y que caracterizan, por una parte, las instituciones del Derecho. Pero sobre todo la *libertad*, de la que el Derecho es límite, puesto que no se trata en estos autores de una libertad arbitraria, sino como una libertad que se mueve en el campo de las leyes del ser: el hombre ciertamente es creador del mundo por una serie de decisiones libres, de realizaciones nuevas; pero no todas las decisiones del hombre son equivalentes, ya que hay algunas que encuentran las *posibilidades* del ser y tienen éxito, mientras que otras, "échouent", y conducen más o menos rápidamente a la catástrofe. Por encima de la libertad humana existe el orden u órdenes posibles que no conocemos de antemano, pero que se revelan en los resultados. Se explica también que nos encontremos ligados por las *predicciones* humanas, decisiones tomadas en el pasado y que habiendo tenido éxito entran a formar parte en lo que se llama corrientemente la *naturaleza de las cosas*. Esto dice Fechner.

Como conclusiones de la doctrina de Fechner, el Derecho natural será flexible, diversamente obligatorio, más o menos determinable según los fenómenos que quiere regir; un Derecho cambiante, porque la mayor parte de los factores que lo constituyen (el económico y político) están en constante transformación; un Derecho, sobre todo, constantemente abierto, puesto que el orden a que tendemos está por descubrir, por investigar en el peligro y la ignorancia.

El último grupo de obras recomendables por el autor son las que responden a la rúbrica ("peut-être inexacte") de *Renaissance contemporaine allemande du droit naturel* entre las cuales cita de un modo especial los

manuales de Helmut Coing *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1947, y Erik Fechner, *Rechtsphilosophie*, 1956, cuya doctrina "pourra nous servir de conclusion du moins provisoire. Je retiens leur sucí de synthése" (página 116). Y esto porque estos famosos profesores alemanes han comenzado por aprender y profundizar las doctrinas tradicionales, la larga serie de verdades sacadas de descubiertas antiguas; su propósito es el de reunir, de armonizar estas verdades contradictorias al precio de un esfuerzo dialéctico y sin desconocer ninguna. Tal es—para el profesor Villey—"la méthode la plus sûre en philosophie".

A la pregunta fundamental de la Filosofía del Derecho, ¿qué es el Derecho?, que la tradición aristotélico-tomista había identificado con *lo justo*, los positivistas con el *hecho*, las leyes positivas existentes en una sociedad, o con una técnica o instrumento de "control social" como quiere alguna forma moderna de sociologismo, el estudio fenomenológico realizado por H. Coing, "triomphe de ces antinomies". Para Coing, el Derecho surge a través de la historia, nace de la necesidad de paz duradera y de seguridad, se desenvuelve en ciertas formas de comunidad social que le ofrecen un terreno propicio, apoyándose en la civilización romana y moderna occidental, una forma lógica característica de su ser, pero sobre todo constantemente nutrida por la creencia en la justicia: hecho histórico, instalado en el tiempo y en el espacio, pero por esto mismo inseparable y dependiente de nuestros valores. "Le droit est le fait de un valeur". Podríamos decir que esta doctrina de Coing es un *realismo idealista* que concede un lugar a los "donnés ideales" en la construcción e interpretación de la "realidad", que es el Derecho. Realidad que pretende estar fundada en la *justicia* que implica la *igualdad* de intereses ante la ley, la *libertad* de las personas; es decir, *valores* a cuya realización (en términos radbruchianos) ha de servir el Derecho.

Sabido es que Coing, rompiendo deliberadamente con el "nihilismo ético", del que están taradas ciertas corrientes positivas, y rehusando del mismo modo las que él llama "teorías de reducción psicológica", que vinculan la ética a tendencias primitivas, se coloca en el cuadro de la "filosofía de los valores" y sienta en principio, como Scheler, el carácter absoluto de éstos y la posibilidad de emitir acerca del contenido de los diversos valores éticos, un núcleo de principios objetivamente válidos. La idea del Derecho es para Coing la "suma de los valores éticos" que la formación del Derecho postula por su esencia. La idea del Derecho procede, en primer lugar, de la *justicia*, cuyo carácter congénitamente fragmentario-inevitable en razón de la complejidad de los fines propuestos al Derecho y de la necesidad de "tipificar" los datos que no son, en la realidad, verdaderamente idénticos, no podría disminuir su primacía. Sin embargo, la justicia no es el único valor; la justicia tiene sus límites en una noción particularmente cara a Coing, que es la de la *natur der sache*, fórmula que encubre la idea de una especie de ley inmanente en la naturaleza del hombre en cada esfera de su actividad y en los hechos sociales. Pero tampoco la "naturaleza de las cosas" es el último elemento del Derecho, sino que hace referencia a una jerarquía ética, a otro prin-

cipio de valores entre los que se encuentra el de la *persona humana*, cuyo respeto es el postulado fundamental de toda moral; la libertad es su principal corolario. Las categorías de los valores se ordenan según su importancia intrínseca (los valores “espirituales” priman sobre los “vitales”), y la vida en sociedad aporta aquí por sí misma una contribución proveniente de sus necesidades internas. Y así se encuentran, si no normas precisas, al menos bases firmes, aunque parciales, partiendo de las cuales la idea del Derecho puede alcanzar la solución concreta de los conflictos.

Pero Coing va más lejos. La idea del Derecho y su contenido: justicia, libertad y “naturaleza de las cosas” le parece que llevan a la restauración del *Derecho natural*, concebible como “sistema parcial”, puesto que existen valores éticos absolutos, aunque no completos, y es posible, ya que todos los ordenamientos humanos hacen aparecer de modo científicamente observable, estructuras o, al menos, relaciones típicas fundamentales y que el estudio empírico y sociológico prueba que hasta la misma obediencia a las leyes positivas es cuestión de conciencia moral (pág. 164). Si, por consiguiente, el Derecho natural no puede proporcionar más que un conjunto de principios muy generales, éstos *son Derecho* y tienen un alcance regulador efectivo con relación al orden social.

Del Derecho natural de Coing—dice Villey, página 356—, “il ne peut s’agir d’un retour pur et simple aux doctrines du droit naturel, telles qu’elles se présentaient avant le XIX siècle”. Porque para nuestro autor, “le droit naturel d’aujourd’hui est obligé de tenir compte des critiques auxquelles ces doctrines se sont heurtées”. Pero, en opinión de Coing, estas críticas no nos obligan a abandonar la noción del Derecho natural, sino sólo a reformarla. Un Derecho natural construido a partir de nuestras ideas de justicia o de libertad, que regula de un modo permanente las “situaciones fundamentales” que se repiten sin cesar (como los “modelos tipos” en economía) en el curso de la historia. Pero un Derecho natural obligado a permanecer siempre abierto, problemático, perfectible por la insuficiencia misma de nuestro conocimiento de los valores, no será por ello menos susceptible de aplicarse directamente a las situaciones históricas, puesto que éstas reproducen no de modo puro y simple, sino con adiciones y correcciones específicas, las situaciones fundamentales: “Mais n’allons point, sous prétexte qu’il est incomplet et vague, minimiser son importance. C’est avec une conscience très vive du rôle que le droit naturel peut tenir dans l’histoire actuelle que M. Coing entreprend pour être concret, d’en exposer le contenu” (pág. 357). Lo que Coing enseña es simplemente la filosofía política tradicional de nuestro mundo occidental, lleno de ideas del pensamiento griego, del cristiano, del individualismo moderno, preocupado principalmente por la libertad: limitación del poder del Estado, garantías políticas para el ciudadano, respeto a los derechos subjetivos de cada uno por medio de la justicia. Se trata de salvar esos principios vistos claramente por la conciencia occidental contra los cuales, por una falta de cultura y dentro de una inmoral tentativa de regresión, han surgido muchos movimientos políticos de nuestro tiempo.

Coing, en fin, defiende los valores de la edad moderna, amenazados

por la conjunción de la incultura y de la infamia: la dignidad individual y la institución de la libertad, que son conquistas irreversibles; y la demostración lockiana de los fundamentos de la propiedad privada merecía no ser desconocida por el gran público y transgredida a cada instante por las legislaciones. “Mais la verité est plus riche: de toutes les valeurs découvertes dans la courant de notre histoire: justice, liberté, sureté... la verité consisterait en n'en sacrifier aucune. Alors, réussir leur synthèse? Reconcilier leurs requêtes contradictoires?” (pág. 117).

Hasta qué punto estos dos autores alemanes—Coing y Fechner—han progresado en este camino? “Jé n'ai pas l'intention, dans un sujet aussi immense, de vous inviter à souscrire aux conclusions d'une seule école, celle-ci eût-elle mes preferences”. Y en otro lugar y por lo que se refiere a Coing: “Peut être l'individualisme extreme de Coing, enraciné dans la tradition protestante, apparaitra-t-il partial. Et finalement je ne suis pas sûr que M. Coing ait raison d'aller reprendre l'expression de droit naturel, liée a une notion de la “nature” aujourd'hui perdue” (pág. 358). ¿No valdría más—se pregunta Villey—“parler de “principes ideaux du droit?” ¡Recelo por el Derecho natural!, llamaríamos nosotros esta propuesta sustitución.

No obstante, estos reparos que nuestro autor pone a la doctrina de Coing, recomienda su estudio y la lectura del libro del que venimos hablando como “la meilleure des introductions à la philosophie du droit que nous puissions recommander” (pág. 360). El positivismo jurídico combatido por Coing, si no ha cometido en todas partes las monstruosidades de algunos países, “parce qu'il endort en nous le sens et le culte des valeurs, il pourrait bien porter en germe des effects aussi destructeurs”.

Como conclusión de su consideración sobre las principales direcciones filosófico-jurídicas del siglo xx, el profesor Villey se conforma con haber planteado los problemas: “A quoi donc sommes-nous parvenus? Tout juste à poser des problemes” (pág. 118). Es precisa una filosofía del Derecho contemporánea. Más que un “retour” a la filosofía se trata de una verdadera “creación”. Porque la filosofía del Derecho de que nuestro mundo (occidental) tiene necesidad “n'est pas faite; il est contraire à sa nature de se croire jamais achevée; mais elle est à faire” (pág. 118). Este puede ser—termina el autor—el resultado de nuestro trabajo. A lo largo de la historia de Occidente, desde Platón, Aristóteles, Cicerón, Locke y Comte, se ha hecho un gran esfuerzo filosófico, al cual debemos nosotros nuestro Derecho; “cet effort devrait se poursuivre”.

Ciertamente que el régimen actual de las Facultades de Derecho francesas no favorece ni la historia ni los estudios filosóficos sobre el Derecho. Ello es—se lamenta el autor—producto del positivismo, o del relativismo escéptico, filosofías negadoras de la filosofía, asociadas por la circunstancia en una común aversión a la Filosofía del Derecho.

* * *

Cuatro años más tarde en que el ilustre y docto profesor Villey escribiera su *Histoire de la Philosophie du Droit*, a la que nos hemos referido hasta aquí, publica su documentado trabajo *Abrégé du Droit Naturel*

denique (1961), con cuyo breve comentario terminamos ya este largo estudio.

Buen filósofo e historiador, M. Villey sabe que los ataques dirigidos al Derecho natural por los autores positivistas contemporáneos no pueden alcanzar al "Derecho natural clásico" de Aristóteles y Santo Tomás, que es el defendido vigorosamente por él. Del encarnizado enemigo del Derecho natural, de últimos del siglo pasado, Karl Bergbohm y del reiterante detractor de nuestros días, Han Kelsen, dice Villey que ambos desconocen el Derecho natural clásico: el libro de Bergbohm, "manifestait la ignorance la plus radicale de ce que fut le droit naturel classique" (página 25); por otra parte, las críticas que Kelsen cree dirigir contra la idea del Derecho natural, "démontrent qu'il n'en veut point connaître la forme principale" (*ibid.*). La forma primera y auténtica del Derecho natural "debe ser directamente buscada en sus inventores: Aristote, père de la doctrine, en saint Thomas, qui le couronne d'une theologie, mais pour le reste est son merveilleux interprète". Hasta el presente—afirma en otro lugar—, ninguna lectura nos ha parecido más fructuosa que la de Aristóteles y de Santo Tomás: "nulle philosophie plus solide et plus digne d'être conservée", porque raramente se encontrarán en otros filósofos "une attention aussi directe aux phenomenes juridiques". Por eso, "al *Zürück zu Kant* de la fin du XIX siècle, los juristas tienen sus razones para preferir "cet autre adage": *Zurück zum Aristoteles*" (pág. 27). Los elementos utilizables contenidos en la doctrina del Derecho natural de Aristóteles y de Santo Tomás, pueden servir para llenar el vacío de la teoría jurídica contemporánea.

La doctrina del Derecho natural hace de lo justo el alma y la esencia misma del Derecho. Y la teoría clásica del Derecho que se encuentra en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles o en la II-II de Santo Tomás, son una teoría de la justicia y así se titulan ambas. Frente al *jus quia jussum* del positivismo, el *jus quia justum* aristotélico-tomista. Separada del Derecho, la justicia no es sino "cette phraseologie sterile, que nous dénonçons tout à l'heure"; la hemos quitado su cuerpo. Del mismo modo, el Derecho separado de la justicia es un cuerpo sin alma, "n'a plus d'âme; ni de raison de être, ni de titre à la obeissance" (pág. 40).

El Derecho no es sino *lo justo*: "id quod justum est". Vieja fórmula que hay que llenar de nuevo de sentido. Para ello—dice el autor—, "laissons ces philosophies de la justice neo-kantienne, qui n'ont pas tellement d'importance". Porque el positivismo renuncia a sacar de la justicia el *contenido* del Derecho. Nuestra doctrina del Derecho—afirma Villey—es una doctrina de la justicia y no podrá fundarse el valor del Derecho positivo sino apoyándole en la justicia.

Pero ¿dónde buscar la fuente de lo justo? Partir de la observación de la *naturaleza*, de fuentes *objetivas*, es el único procedimiento capaz de aportarnos una moral no formal sino llena de contenido; de suministrar reglas de conducta, de enseñarnos objetivamente qué actos son buenos y cuáles malos. La doctrina del Derecho natural, de la justicia, está libre del reproche de esterilidad y arbitrariedad dirigidas al subjetivismo.

Y una seria doctrina jurídica no sale jamás de una filosofía individualista. Por las mismas razones, "le mouvement de l'existentialisme n'apportera rien a la philosophie du droit". Es preciso acudir a la naturaleza y *reconocer* el *orden objetivo* jurídico. "S'il n'existe point d'ordre naturel, la justice distributive n'a plus d'object, plus de raison de être... sans nature il n'est plus de justice. Seulement la "nature" est susceptible de rendre auz questions des juristes les réponses substantielles" (pág. 44).

La naturaleza es, pues, la fuente de lo justo. Pero la palabra naturaleza es equívoca (17). Y la naturaleza humana es la del hombre, tal como él es, único objeto posible de nuestras observaciones. Esto es, el hombre social, enraizado en una familia, profesión o ciudad. El hombre diverso, no reducible totalmente a un esquema simplista, sumario, uniforme, sino cambiante porque es libre, ubicado en situaciones variables en el tiempo y espacio, suscitando modos de vida y empresas siempre nuevas. Pero tampoco nuestro mundo—afirma el autor—es "ese río jamás semejante a sí mismo, que pretenden los historicistas", sino que algo al menos permanece constante: "il est un melange de constance et de diversités".

El Derecho natural, para el profesor Villey, es un conjunto de principios jurídicos derivados de la naturaleza humana, tal como es, racional y social, inmersa en su mundo social y en su historia, en toda su diversidad; naturaleza de los hombres y no del hombre; "nature des choses", como se quiere hoy. Lo justo que busca el jurista y lo justo de que tenemos necesidad, es la solución adaptada a nuestra condición presente, *hic et nunc*, a la movilidad presente de la naturaleza humana. La concepción postkantiana de la justicia, al desdeñar este medio del arte jurídico, que es la observación de la naturaleza, conduce, según el autor, a reglas rígidas, descarnadas, inutilizables. Por el contrario, el método del Derecho natural clásico da leyes adaptadas a las circunstancias de lugar y tiempo. El Derecho natural es cambiante para Aristóteles, porque el hombre cambia. Y Santo Tomás adopta la misma fórmula: *natura hominis est mutabilis*. Y jamás el Derecho natural clásico ha subestimado la importancia de las leyes positivas. Todas las ventajas ("no los excesos ridículos") del positivismo jurídico, se encuentran en el Derecho natural clásico (pág. 54). Y si se evitan las exageraciones del sociologismo, "los verdaderos partidarios del Derecho natural son los más próximos de la escuela sociológica" (página 50).

La descubierta del carácter histórico del hombre obliga a repensar la idea del Derecho natural. En Santo Tomás se encuentran—dice en otro lugar Villey—ideal y métodos que muestran a los sociólogos la actividad legislativa condicionada por el hecho social de cada tiempo. Welzel subraya la dependencia del Derecho de la "naturaleza de las cosas", y, sobre todo, la escuela fenomenológica con Hartmann, Max Scheler o

(17) El autor señala con cierta ironía que de las acepciones de "naturaleza" y "Derecho" que hace E. WOLF en su libro *Das Problem des Naturrechtslehre* (1955), pueden formarse hasta 255 combinaciones imaginables (pág. 26). Y en libros clásicos ya a este respecto, como son los de COLLINGOOD, *The Idea of Nature* y el de R. PANKER, *El concepto de Naturaleza*, se dan decenas de acepciones del término "naturaleza".

Fechner. "Une part de saint Thomas survit... cette doctrine n'est pas morte" (*Leçons de Histoire de la Philosophie du Droit*, página 248).

Frente a la soberanía absoluta de la ley estatal (legalismo), el único árbitro será la justicia, pero entendida no de un modo abstracto y vacío idealizada por las modernas concepciones formalistas, sino al modo realista del Derecho natural clásico de Aristóteles y de Santo Tomás. El Derecho natural clásico, así como ocupa un justo medio entre el deductivismo racionalista y el empirismo historicista, así es también una vía media entre la soberanía total del texto legal, vestigio del voluntarismo y el desorden, la libertad sin freno del existencialismo, o de la escuela del Derecho libre". El Derecho natural—termina el autor—nos sugiere una línea de división equitativa entre la deducción y la investigación, el orden y la vida... El Derecho natural nos da una buena medida de libertad.

EMILIO SERRANO VILLAFANE,
Profesor adjunto de la Universidad de Madrid

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

BARGALLÓ CIRIO (Juan Miguel): *Pensamiento político y jurídico de San Agustín*. Buenos Aires, 1960, 120 págs.

De las más numerosas es ya la bibliografía sobre San Agustín y acaso uno de los aspectos más estudiados se refiere a su pensamiento jurídico-político, especialmente a la interpretación que se da a su doctrina sobre el origen del Estado. La originalidad en tantas cosas, fruto de su inteligencia privilegiada y de un corazón ardiente vivamente animados por la gracia, y la inagotable cantera de la doctrina católica, hasta entonces casi limitada a la esfera apologética, no obstaron a que el doctor de Hipona admitiera en su formación y, por consiguiente, concurrieran a la elaboración de su doctrina política, los filósofos griegos, sobre todo Platón con su doctrina de las virtudes cardinales como fundamento de la vida cívica. Cicerón con sus reflexiones sobre la justicia, la ley, la naturaleza, el Estado y la concordia indispensable a su mantenimiento, Tito Livio, Plutarco, Varrón y Dionisio con el acopio de hechos históricos, la Sagrada Escritura con sus libros sapienciales tan conocedores del hombre, los apologistas y los Padres que le precedieron, en particular Tertuliano, Lactancio, San Cipriano y San Ambrosio.

Tal vez esta pluralidad y variedad de fuentes que intervinieron en la formación del pensamiento agustiniano, explique no poco la diversidad de interpretación de su doctrina política, especialmente en el tema central que podríamos llamar de la filosofía de la sociedad política o del Estado.

No queremos referir estas líneas de presentación del libro de Bargalló Cirio a insistir sobre lo que tanto se ha escrito ya ni a tomar partido por alguna de las interpretaciones de su doctrina sobre el Estado, bien recogida por el autor en breves capítulos de su libro en el que abundan las citas de los autores ya clásicos en esta materia interpretativa del pensamiento de San Agustín.

Un pequeño capítulo—el V del libro—sobre la guerra y la paz ha sabido escoger los textos más significativos y expresivos del santo doctor sobre un tema, tan apasionante y urgente en sus tiempos y en todos los tiempos, como es el de la guerra y la paz. Contra pacifistas y belicistas San Agustín afirma que no cometen homicidio los que “representando la potestad pública y obrando según el imperio de la justicia castigaron facinerosos y perversos”, ni los soldados cuando obedeciendo las órdenes

NOTA.—Por el interés que revisten, se publica la recensión de algunos libros de fecha relativamente atrasada respecto a la de este Anuario.

de su capitán matan a otros hombres. "Hacer la guerra—afirma en su obra capital la "Ciudad de Dios"—y extender el imperio sometiendo naciones, es una dicha para los malos. Para los buenos es una necesidad. Como, sin embargo, sería un mal mayor el que los malvados mandaran a los justos, se lo puede llamar también convenientemente una dicha. Pero sin duda alguna es una dicha mayor estar en buena armonía con un vecino excelente, que vencer en la guerra a un vecino malvado. Es un deseo detestable el de tener que odiar o que temer a fin de tener alguien sobre quien triunfar". La guerra desata grandes males, por lo que es más glorioso "matar a la guerra misma con la palabra, que a los hombres con el hierro y mantener la paz con la paz y no con la guerra". Sin embargo, advierte en otro lugar, es la malicia y no la milicia la que impide a los soldados ser virtuosos.

Hay en el pensamiento de San Agustín—dice el autor—"toda una doctrina teológica providencial de la guerra—guerra juicio, guerra castigo, guerra que prepara las vías del Señor—y hay también un análisis psicológico de las causas que la desatan" (pág. 67). Y ciertamente, San Agustín señala las causas que producen la guerra: causas políticas (fiebre de conquista, orgullo de raza, el empleo de la guerra como solución de dificultades y discordias interiores), económicas (amor desordenado de los bienes de este mundo) y, sobre todo, causas morales a las que pueden reducirse las anteriores: la soberbia de la carne, la concupiscencia de bienes materiales, el deseo de posesión y dominio, que desde el corazón turbado del hombre estallan en la contienda donde se enfrentan los pueblos e imperios. Por eso, la negación de la guerra, la paz ha de ascender también desde el hombre, la familia y las ciudades hasta la paz universal que "es la tranquilidad del orden".

E. SERRANO VILLAFANE

BAY (Christian): *La estructura de la libertad*. Colección "Estructura y Función". Editorial Tecnos. Madrid, 1961.

Este libro, fruto de profunda investigación, rebasa toda parcialidad de método para el estudio de un tema tan debatido históricamente como el de la libertad. Su planteamiento es enormemente comprensivo, y seguramente nunca se han estudiado de modo tan detallado todas las implicaciones reales que la libertad encuentra en todos los niveles de la vida humana: el del acondicionamiento social y de sus valoraciones, el de su conexión con otro conjunto de valores complementarios, el de la configuración psicológica de la libertad y su relación con la estructura social, el de una dinámica social que haga posible la generalización de la libertad, la conciencia subjetiva y la libertad potencial del individuo, el de las políticas que tiendan a actualizar la formación de individuos libres y leales a su comunidad.

Para nosotros el presupuesto que anida en todas las consideraciones hechas por el autor representa una construcción muy valiosa; a saber, que las exigencias de libertad coinciden con las tendencias psicosociales repre-

sentadas por los "derechos humanos", con una ética universal en armonía con las necesidades universales del hombre y con los problemas fundamentales de la existencia humana. Objetivamente, su realización progresiva sólo puede hacerse efectiva mediante una libertad de expresión no coartada por el poder político. La comprobación de su tesis en una sociedad como la desarrollada en base del cultivo de los ideales humanistas de los pueblos anglosajones me parece absolutamente verificada por el autor. Sólo quedaría por estudiar su aplicación en una sociedad materializada por el individualismo y humillada por la pobreza de sus mayorías, como es el caso de otras sociedades menos favorecidas.

El concepto más nuevo, al menos en su concepción ya que no en su expresión, es el de "libertad potencial", el cual significa la relativa ausencia de restricciones externas no percibidas al comportamiento del individuo, y que podría explicarse en la siguiente proposición: "Yo deseo que la aptitud y los incentivos potenciales de todo hombre para resistir a la manipulación, institucional o deliberada, sea maximizada en la medida en que la manipulación sirva otros intereses a expensas del suyo propio." "Manipulación", a su vez, significa el proceso de regulación de la circulación informativa con el fin de incitar o de disuadir de ciertos tipos de comportamiento. En cuanto el individuo tenga capacidad reflexiva tal que pueda resistirla estará en condiciones de configurar su libertad. Para lograr esta finalidad es esencial la educación, dado que la aptitud y los incentivos potenciales del hombre para resistirse a la manipulación dependen de su acceso al saber.

El planteamiento de los derechos humanos supone que la protección de los más básicos de cada individuo tiene prioridad sobre los derechos menos básicos de gran número de individuos, dado que sólo de una seguridad más elemental puede proceder una libertad potencial más diversificada, y que una libertad social total es inconcebible. Por tanto, la inviolabilidad del cuerpo mediante la violencia y del espíritu mediante el terror, el engaño o la falsedad es el más importante de todos los valores de libertad. Por tanto, el objetivo primero es ir aboliendo las formas más brutales de coerción por el camino de la libertad. Todo intento de educar la libertad de expresión por quien tiene en sus manos la coerción es sospechoso de tiranía y de intento de erradicar los derechos más fundamentales para la vida humana, y puede intentarse bajo el síndrome de autoridad. Las características del síndrome autoritario son las siguientes: visión de los demás hombres como egoístas, malos o estúpidos, considerarlos como seres temibles o como seres despreciables, rebajarse en todo al considerado superior y humillar en todo al considerado inferior, fuerte deseo de prestigio externo, tendencia a juzgar a los demás por su *status* de poder o de riqueza, tendencia a tener una única escala de valores para medir a las personas y a los hechos, tendencia a interpretar la educación y la bondad como debilidad y la crueldad como fuerza, tendencia a utilizar a las personas como simples instrumentos, tendencia a emplear las tácticas convenientes para el momento del propio prestigio personal, sin cuidarse de los efectos sociales y del bien común, o sin pensar en que la memoria de las gentes pueda mantener el recuerdo de las contradicciones y de las indignidades.

Por tanto, son características suyas el convencionalismo ético, la agresividad, la superstición, la tenacidad, el cinismo, la exagerada preocupación por los "comportamiento sexuales". Su causa psicológica es la frustración, que se proyectará como frustración de toda la sociedad afectada por tal síndrome de autoritarismo, por ser deficiente en libertad psicológica y reprimir todas las posibilidades de desarrollo social provenientes de la libertad potencial de los individuos. Por el contrario, poder social es la potencialidad para inducir a otras personas a actuar o a modificar su actuación en un sentido determinado, pero en formas tales que actualicen concretamente su libertad potencial. Su esencia es la posibilidad de obtener algún bien futuro, y significa la conformidad real entre la voluntad de un hombre y los actos racionales de otros hombres. Bajo este supuesto la verdadera autoridad no deriva de un *status* reconocible, sino que es una directriz concreta reconocida objetivamente en su propia estructura finalista, y no meramente en su manipulador. Autoridad es la cualidad en virtud de la cual se obedecen la directrices independientemente de sanciones externas. De no existir verdadera autoridad surge la anomía, la cual consiste en una confusión social respecto a los fines, a las normas o a ambas cosas. La anomía resulta de la insumisión de las organizaciones ante las finalidades sociales fundamentales, por lo cual alguna de aquéllas, imponiéndose a las demás, puede lograr un poder totalitario apoderándose de los instrumentos políticos o financieros más influyentes en la sociedad y sustituyéndose a los fines públicos reales. El papel del pueblo no consiste, sin embargo, en gobernar, sino en generar un Gobierno o los necesarios cuerpos intermedios, no sólo institucionales, sino sobre todo consensuales y creados por la asociación voluntaria, dentro de cuya eficacia se pueda configurar un poder ejecutivo. A este respecto la democracia no es algo esencial a la sociedad de tal modo que todo lo procedente de la misma sea democrático *a priori*, sino que la democracia es un método como sistema institucional para el logro de decisiones políticas, dentro del cual los individuos adquieren, si es tal su deseo, el poder de decidir mediante una lucha competitiva por atraerse el voto del pueblo.

Frente al anormal portador del síndrome autoritario, el hombre político es un hombre que adquiere perspectivas prácticas que le hacen insistir en una búsqueda del poder, en la esperanza de que el poder ejerza una influencia decisiva sobre la obtención de los valores sociales, de tal modo que su poder se justifique por haber conseguido el desarrollo de los valores comunes a la sociedad. Los políticos autoritarios tienden a desarrollar actitudes sumisas y lealtades ventajosas para el absolutamente sumiso. El hombre político, por el contrario, desarrolla lealtades humanistas, o sea, desarrollo de una actitud imitativa por ponerse de modelo sus virtudes de atracción por su capacidad de concretar y cumplir ventajas de toda la sociedad y de sus valores comunes, los cuales resultan, no de la imposición autoritaria, sino de una comprobada adhesión de los individuos mismos, verificada con cierta continuidad y con cierta garantía de juicio concreto en las conductas y en sus resultados controvertibles.

Estos requisitos son fundamentales. Cuando un régimen político cuenta con un monopolio informativo que se identifica con la propaganda guber-

namnetal organizada sistemáticamente y suprime sin consideraciones toda discrepancia política hay que concluir que, por muchos que sean los testimonios de apoyo popular al régimen, no pueden probar que los verdaderos intereses del pueblo no están siendo explotados en interés del grupo dirimente. Sería imposible que un poder tan grande no fuese utilizado en servir intereses que sean verdaderas tentaciones para el sistema político que descanse en un apoyo entusiástico del pueblo mal informado. La manipulación intelectual sirve a los intereses torcidos con mayor eficacia que la coacción física y directa.

Las declaraciones públicas de hechos seleccionados para arrojar leña al fuego de los prejuicios vigentes nunca contribuyen a la expansión de la libertad real. Mediante tales técnicas es posible comprar al consentimiento popular no con merecimientos, sino mediante la manipulación sin escrúpulos de los deseos más íntimos de las personas, para fines distintos de los suyos propios. Ni los más poderosos capitalistas del mundo consiguen tanto poder personal como los hombres políticos que monopolizan las comunicaciones sociales y que dan fantasmas en lugar de valores como pasto espiritual de los pueblos. En tal sistema las instituciones, las leyes, incluso las disposiciones revolucionarias, no son más que instrumentos para engañar a la gente consolidando en realidad intereses indeseables que no hubieran resistido el análisis de la luz pública. Ello repercute en el desarrollo de cada sistema concreto de poder, pues en toda sociedad una disposición automática a la conformidad e incluso al aplauso cierra el paso a toda colaboración inteligente en la formación de la política por parte de la masa de conformistas y aclamadores. La adulación es la causa histórica más comprobada de la caída de los políticos, al menos tanto como el abuso del poder de quien se siente justificado por el hecho de poseerlo.

La libertad coincide en todo caso con el máximo de racionalidad. Lo que indica un alto nivel de libertad personal no es tanto la imposibilidad de ser persuadido con engaños y la independencia de criterio como la capacidad del individuo para manejar criterios autónomos en función de las necesidades para decidir cuándo actuará como todos los demás y cuándo no. Sólo puede darse cuando, mediante la educación generalizada, se consigue en cada individuo una perfecta integración entre el comportamiento consciente y la estructura de las necesidades básicas del individuo considerado en sus condiciones concretas. Tal integración sólo puede conseguirse a su vez en un adecuado volumen de información fidedigna de que cada individuo pueda disponer.

El autor de este trabajo no deja de advertir que sus teorías coinciden con la filosofía iusnaturalista del Estado y de la sociedad, si bien él solamente estudia las necesidades más generales. Su configuración dentro de los deseos del hombre para satisfacerlas adecuadamente para el desarrollo de los individuos tanto como de la comunidad, por medios pacíficos, es lo que se ha venido configurando como conjunto de los derechos naturales y fundamentales del hombre, y explica igualmente la dialéctica del progreso social. Su proceso puede ser explicado también en otros términos como

lucha por la maximación de la libertad mediante la institucionalización adecuada de las prácticas políticas nacionales e internacionales.

A. SÁNCHEZ DE LA TORRE

BRUFAU PRATS (Jaime): *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del Poder*. Universidad de Salamanca, 1960, 246 págs.

Precedido de un bellísimo prólogo-presentación de Ruiz-Giménez, este libro de Brufau Prats es una aportación muy valiosa y documentada al conocimiento de la doctrina jurídico-política de uno de los más ilustres maestros de la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes.

La doctrina política de Domingo de Soto conserva hoy vigente actualidad como la de todos aquellos sus compañeros de "escuela", porque Soto, como los demás, son filósofos y teólogos y al buscar *more philosophico* el fundamento de los principios y nociones, dan a éste un entronque teológico del que los problemas jurídicos y políticos no pueden, entonces ni ahora, desligarse. Tal vez esta ineludible apelación a la teología fue lo que hizo afirmar a Proudhon su extrañeza de que al abordar una cuestión política cualquiera le saliera siempre al encuentro una cuestión teológica; pero nada hay en esto que pueda causar extrañeza sino la propia del escritor francés ante un hecho tan natural y tan inevitable.

Bien presentado por el autor el marco histórico de la España de Domingo de Soto. El descubrimiento, conquista y colonización de América, el protestantismo y el peligro turco son objetivos que polarizaron la política internacional española. En la doctrina de Soto, como en la de todos los representantes de la Escuela, se encuentra una preocupación constante por estos problemas junto con los que la situación económica y social de Europa y de España planteaba.

El centro de gravedad que en la escolástica floreciente de los siglos XII y XIII había sido la Universidad de París, se traslada en los siglos XVI y XVII—de florecimiento de la segunda escolástica—a la Universidad de Salamanca. Soto es maestro de esta Universidad y a él, como a los demás, se consulta sobre los problemas más áridos de la época, que han de ser enjuiciados y resueltos doctrinalmente bajo el doble aspecto jurídico y político y ambos enmarcados en el teológico.

Hace el autor un profundo y documentado estudio de la doctrina de Soto sobre el poder político, que es *ius* pero no *dominium* sobre los gobernados, porque el príncipe "no es dueño de sus súbditos, como tampoco lo es el juez o el prelado; y cuando pretende serlo sirviéndose de sus súbditos para su propia utilidad, se convierte en tirano".

La cuestión de las relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual, uno de los grandes temas políticos que venía agitándose desde la Edad Media, fue estudiada por Soto, planteándose, a su vez, la cuestión previa a aquélla, que es la del origen y ámbito de vigencia de una y otra potestad. "El poder civil imperial y real—se pregunta Soto—¿ha sido

instituido por Dios?" Ni emperador ni príncipe alguno es *dominus proprietarius*, ni todos los príncipes son tiranos o detentan injustamente el poder. Estas eran las dos opiniones extremas y opuestas que, por igual, reciben del maestro adecuada refutación. "El poder imperial, lo mismo que el real y la autoridad de los otros príncipes, no es invención humana sino santísima ordenación de Dios", si bien es un poder distinto del poder espiritual.

No obstante esta afirmación de la doctrina tradicional católica del origen divino del poder—*Dei sanctissimam ordinationem*—, las relaciones entre ambas potestades, la temporal y la espiritual, vienen determinadas por la institución de uno y otro poder: el poder espiritual, *Christus immediate instituit*, no deriva directamente de la *respublica* ni mediante la *respublica*; en cambio, el poder civil está establecido por Dios mediante la ley natural, *per legem naturalem*, que es participación de la ley eterna y por la vía de *república civil*.

Aplica Soto esta doctrina del origen del poder a la cuestión de la independencia de la potestad temporal respecto de la espiritual. El poder civil no depende del poder espiritual en el sentido de que haya sido instituido por éste y que de él reciba su potestad y sus facultades, o en el sentido de que el poder espiritual pueda deponer, obligar o corregir al rey, excepto en los casos en que éste se rebelase contra las leyes divinas y el fin espiritual.

Es decir, que Soto niega el "poder directo" del Papa en las cosas temporales, pero afirma el "poder indirecto". Y la razón de la independencia del poder temporal respecto del espiritual es que uno y otro, en sus esferas respectivas, son *per se sufficiens*, porque la sociedad civil, como la Iglesia, son ambas, en su género, sociedades perfectas, si bien el poder espiritual es más excelente que el temporal. Y la independencia entre los dos poderes no implica, en modo alguno, separación absoluta.

Se extiende Brufau Prats en la doctrina de Soto y la concordante de Vitoria sobre las relaciones entre el poder temporal y espiritual (cap. II); el título imperial y el dominio sobre el orbe (cap. III); el poder temporal del Papa (cap. IV) para terminar con un capítulo sobre el poder político y los problemas planteados por la conquista de América y los títulos de conquista de aquellos dominios.

EMILIO SERRANO VILLAFañE

CARNELLI (Lorenzo): *Tiempo y Derecho*. Librería Jurídica. Buenos Aires, 1955, 222 págs.

El exagerado individualismo que revelan frases como la de Kierkegaard: "Existir significa, ante todo, ser un individuo", o la más reciente de Sartre: "El infierno son los demás"; o el estar "caído" en la vida "inauténtica" de lo social, de Heidegger, parecen lo más opuesto a la "vida de relación" que es, precisamente, la regulada por el Derecho. Por eso parecería que cuanto mejor cumpla el Derecho su misión de orde-

nador, mantenimiento y sostén de la vida "inauténtica", tanto más se opondrá a la vida, *a sensu contrario*, "auténtica" del individuo, afirmada por el fundador y principales representantes del existencialismo). Siendo así, existencialismo y Derecho serían incompatibles. Y, sin embargo, no lo son en algunos de los existencialistas más caracterizados que, como Jaspers, abren nuevas perspectivas al Derecho, capaz de poder decir también algo en las "situaciones" de la existencia. Gerhart Husserl, hijo del fundador de la fenomenología y aprovechando ideas de ésta, escribe su *Recht und Welt*. Martín Heidegger ha reservado para la segunda parte de su obra capital, *Seind und Zeit*, el estudio de las relaciones que conducen al ser en general. Aprovechando la analítica existencial de Heidegger y llevándola a la subestructura del objeto jurídico, Lorenzo Carnelli presenta al existencialismo como fundamentación originaria del Derecho en este libro que presentamos, *Tiempo y Derecho* (homónimo del posterior de G. Husserl, *Recht und Zeit*).

Con gran influencia de Heidegger (citado constantemente), Jaspers y Marcel, de entre los nuestros Ortega y Zubiri, y sus compatriotas Cossío y Aftalión, el autor argentino expone en pocas palabras el motivo central de su libro: "Si la vida humana es "anterior a todo", anterior a la propia Rationalitas, vida humana y conducta-objeto no pueden ser una misma cosa...; la vida tiene que actuar de algún modo sobre la conducta que constituye y con la cual integra al hombre. No hay conducta sin vida (existenciaria), aunque nunca la traduzca "ante nuestros ojos" (*vorhanden*), en su totalidad" (p. 11). Se propone, pues, hacer la problemática de la conducta-existencia a que se reduce ónticamente el Derecho. Para ello "selecciona" y "condensa". El análisis del Derecho en su existencialidad y en las proyecciones de ésta sobre la categoría mundana que sustenta y forma, le obliga a una selección previa de los fenómenos originarios que se relacionan con el Derecho, adentrándose con frecuencia "en los más hondos estratos de la fenomenología heideggeriana" en la que se mueve—añadiríamos nosotros—con la retorcida fraseología del profesor germánico y de G. Husserl. Entonces condensa e interpreta llevando aquella ideología al Derecho y su fundamentación existencialista.

El Derecho ignoró siempre a la existencia—dice el autor—; únicamente en nuestra época ocurrieron "verdaderas aproximaciones" con la filosofía bergsoniana (poco, que sepamos, se aplicó la intuición "irracional" al Derecho), el pragmatismo anglosajón y el movimiento historicista, Dilthey con su teoría de la temporalidad, aunque no fueron ni Bergson ni Dilthey, ni Max Scheler ni E. Husserl los filósofos de la "vida en acto", que fue la fórmula creadora de Kierkegaard, perfeccionada y desenvuelta por Heidegger y Jaspers, cada uno a su manera, *existenzial* o *existenziell* (existencial y existencial).

Precisa Carnelli las nociones existencialistas de conducta-existencia (la existencia no es conducta) y su posición ontológica. Examina, naturalmente, el punto de partida para la analítica existencial: la *existencia* humana que no consiste en la clásica *essentia*; es la esencia del hombre la que consiste en su existencia, es decir, la existencia humana posee una esencia "existenciaria"; la existencia es *existiendo*; la existencia es su

propia esencia. Existencia y objetividad, existencia y realidad, existencia y Naturaleza, existencia y Mundo y existencia y conciencia, son conceptos examinados por el autor.

Pero nada hay en la existencia equiparable, fundamentalmente, al *Tiempo*, elemento constituyente del ser y de sus fenómenos, porque en la temporalidad se realizan las proyecciones originarias por las que el ser puede trascender y existir. El ser no es sino temporalizándose. Sólo por el *tiempo que se temporaliza*, y que se temporaliza necesariamente, sólo por él tiene efecto la *transcendencia* y, en tal virtud, toda expansión de que es susceptible el ser humano (p. 52). Y por el tiempo, que hace trascendente al ser humano, puede haber Historia donde el hombre es en su presente como unidad con su pasado y su futuro.

El *Derecho* está en el Mundo; está en él por la existencia respectiva que permite su formación óntico-ontológica. El ser inmediato del Derecho, el ser objetivamente jurídico, es la conducta, la conducta intersubjetiva.

Llega el autor a un resultado homogéneo, a pesar de los factores distintos que lo estructuran. Desde la existencia originaria equivalente a la temporalidad hasta la conducta intersubjetiva del Derecho; desde la libertad como mudo fundamento en su presente inaccesible, hasta ese objeto jurídico en que la temporalidad concluye, dándole plenitud histórica.

Termina, pues, su fundamentación existencialista del Derecho, reiterando que "no hay conducta que no sea viviente, y puesto que el Derecho encarna una conducta (intersubjetiva), no hay Derecho sin una vida existencial que lo mantega e integre". "El Derecho es conducta-existencia" (p. 185). Como conducta, el Derecho importa un *faciendum* en el tiempo, no un *factum* (en el que ha concluido la temporalización); como existencia, importa un *siendo*. Y si el Derecho es, *siendo* y sólo y en cuanto *siendo*, el Derecho es presente o no es Derecho. Presente y por ello Temporalidad.

E. SERRANO VILLAFAÑE

CASCALÈS (Charles): *L'Humanisme d'Ortega y Gasset*. Presses Universitaires de France. París, 1957. Prólogo de Pierre Mesnard. 177 págs.

Se comienza señalando en el prólogo la necesidad de reforzar en Francia el conocimiento de la obra de Ortega, imperfectamente difundida. Y el autor hace más que eso: una ordenación sistemática de los temas orteguianos, accesible al poco conocedor y no desdeñable para el lector asiduo.

Después de una introducción, el libro se divide en dos partes: La vida humana y la comunidad humana. La introducción coloca a Ortega en su situación efectiva, la España posterior al 98, y desde su formación extra-española. Un bosquejo breve y claro, necesario para situar al lector francés ante un panorama cultural que normalmente le resulta completamente desconocido. Y dentro de estas coordenadas, su relación con el español de más vigorosa calidad pensante que entonces vivía: don Miguel de Unamuno.

Sólo aclarada su pretensión dentro de su propia circunstancia, comien-

za—con imperativo muy de Ortega—la exposición de su pensamiento. El lector—en este caso cualquiera—debe hacerse cargo del problema. La solución pende de esto, y M. Cascalès quiere que el lector lo reciba así. Y el problema filosófico con el que Ortega tiene que habérselas es la superación del idealismo. Ni realismo, ni idealismo; hay que encontrar otro punto de arranque, otro modo de plantear el problema. La solución se apunta en seguida (todo el libro es de ritmo rápido): la vida como realidad radical. De ella hace un análisis cuidadoso, siguiendo de cerca los textos, bien elegidos y tramados entre sí: vida como pretensión, ensimismamiento y alteración, el proyecto vital, la libertad, etc. El engranaje de los temas tiene un sentido aclarador que consigue y la manera de ordenar los temas facilita la ulterior comprensión de la lectura directa.

Dentro de la primera parte aún, se apunta el paso a la segunda: lo social, por un tema de transición: el hombre frente a la cultura, la incorporación de la circunstancia. La segunda parte está dedicada a la relación con los demás hombres, y dividida en tres partes: la sociedad, la historia, la crisis del siglo XX. De estas tres subdivisiones—salvo un análisis más detallado de ellas, en el que aquí no se podría entrar—no tenemos otra cosa que decir que lo que ya ha quedado consignado. De la tercera de ellas quiero señalar el propósito de situar a Ortega como uno de los hombres que han realizado uno de los diagnósticos más certeros del tiempo histórico en que vivimos. Ortega ha sido para muchos el autor de “La rebelión de las masas”. No es que M. Cascalès participe de esta visión simplista de la cosa, pero quiere salir al paso de esta posible vigencia previa para matizarla según su total manera de entender y exponer el pensamiento de Ortega. Medida hábil me parece, teniendo en cuenta la previa formación de los lectores a quienes va dirigido.

La obra adjunta una breve bibliografía de obras sobre Ortega, además de una lista de las suyas propias, así como de las que figuran traducidas al francés.

M. RIAZA

DEL VECCHIO: *Ubi homo, ibi ius*. Roma, 1962. (1).

Si el ilustre profesor Del Vecchio no tuviese ya tantos títulos que le consagran como un maestro de maestros, la concisión y brevedad que ha sabido dar en estos últimos años a los temas más variados sobre que ha versado su feliz y abundante producción iusfilosófica, serían suficientes para ello. Saber compendiar en breves páginas las ideas más fecundas sin que nada falte de lo esencial ni nada sobre tampoco como superfluo, es un verdadero arte que sólo los grandes maestros pueden alcanzar. Ahí está como ejemplo su magnífica *Filosofía del diritto in compendio* expuesta en 27 páginas (R. I. F. D., 1960, págs. 525-572) y sus múltiples publica-

(1) El profesor Del Vecchio ha tenido la gentileza de enviarme recientemente algunas de sus últimas publicaciones, siendo entre ellas el presente trabajo que presentamos la última que de él conocemos.

ciones sobre el Derecho natural. El trabajo que ahora presentamos es uno de estos estudios telegráficos que no tiene desperdicios; en brevísimas páginas (Separata de una prestigiosa revista italiana de Derecho) nos expone el ilustre maestro cómo el hombre es el origen y fundamento del Derecho, principio que ya había enseñado Cicerón: *natura iuris ab hominis repetenda est natura*.

En este trabajo sintetiza—lo dice él mismo—ideas ya desarrolladas en otras publicaciones suyas. Tras la afirmación de la trilogía clásica de la doctrina jurídica católica, de la *lex divina*, *lex naturalis* y *lex humana*, y “sin entrar en el campo de la teología, nos basta—dice—observar que en la naturaleza espiritual del hombre hay ínsita una vocación ética, que se expresa imperiosamente en la conciencia del deber y del derecho”. Ciertamente, el Derecho surge de la conciencia humana, la cual, precisamente en las circunstancias mudables, presenta perennemente la instancia de un reconocimiento de la propia subjetividad y de su coordinación con los demás. Y por múltiples y varias que sean las manifestaciones de este motivo fundamental, éste acompaña indefectiblemente la vida humana, en la que no han faltado nunca normas reguladoras de relaciones de convivencia haciendo verdad la tesis ciceroniana, porque *Ubi homo, ibi societas; ubi societas ibi ius*.

Las divergencias en los varios sistemas legislativos y aun en las fases sucesivas de un mismo sistema, son sólo aparentes y comúnmente conciernen más a lo accesorio y superficial que a sus raíces profundas, porque aquellos motivos humanos fundamentales de los cuales proceden las reglas de Derecho, son, al menos en su mayor parte, uniformes y constantes, si bien pueden traducirse en fórmulas diferentes y aun antitéticas al hacerse valer en circunstancias totalmente diversas. Aun en los prejuicios de la *Escuela histórica*, con su variedad de Derechos propios de cada pueblo, no se ha podido negar (y así lo reconoce Savigny) que una gran parte de los principios e instituciones jurídicas fundamentales son patrimonio común de toda la humanidad en todo tiempo; y esto ha sido reconocido también por los positivistas de la *Ciencia del Derecho comparado*, lo cual revela—afirma el autor—la “unidad sustancial del espíritu humano, que se revela, precisamente, a través del Derecho”. Y no se opone a esta unidad el hecho de que las instituciones jurídicas estén sujetas a constante evolución, porque la evolución misma tiene un carácter generalmente humano, sustancialmente análogo en las gentes y pueblos más dispares, aun cuando no exista entre ellos ningún lazo histórico.

Esta unidad esencial del espíritu humano y de los pueblos, anunciada por Vico (“umanità delle nazioni”), como la unidad del principio del Derecho (*De universo iuris principio et fine uno*) se manifiesta por la propiedad de las normas jurídicas de poder ser recibidas y asimiladas por pueblos diferentes de aquellos en que se produjeron. Por esta transferibilidad de las ideas y sentimientos respecto al Derecho, el sistema de cada pueblo puede en realidad aprovecharse de los elementos elaborados por otros, renovando y perfeccionando su propio sistema. Todo esto “¿qué otra cosa demuestra—termina Del Vecchio—sino que el Derecho tiene un

significado *metahistórico* (subrayamos nosotros), o sea que las instituciones jurídicas pueden y deben interpretarse además de como partes de una realidad histórica individualmente determinada, también como expresiones o momentos del espíritu humano universal? De todo esto resulta confirmada la legitimidad de aquel ideal que ya aparece en los antiguos filósofos y que fue luminosamente consagrado por el Evangelio: esto es, la natural unidad del género humano, que deberá, finalmente, encontrar su plena expresión positiva también en la forma del Derecho.”

EMILIO SERRANO VILLAFañE

FOURASTIÉ (Jean): *La grand métamorphose du XX^e siècle. Essais sur quelques problèmes de l'humanité d'aujourd'hui*. Presses Universitaires de France. París, 1961.

Con la intención de introducir algunas nuevas ideas en las perspectivas usuales acerca del hombre y de su vida, pretende el autor comprender mejor la condición humana y particularmente el futuro de nuestra generación.

La mentalidad de Fourastié, el hombre tal vez más analítico de nuestro tiempo, no se atiende a uno o dos aspectos de la vida humana, sino que establece conexiones penetrantes que van desde la matemática hasta la economía a través de la física, la sociología y el derecho.

A través de este libro aparecen intuiciones enormes que justifican sobradamente la dedicación de su autor a las actividades del pensar. Ideas renovadoras que pueden dar giros nuevos a instituciones tales como la herencia, la estructura de la propiedad y la selección de los mandos políticos, se relacionan con los hechos sociales nuevos tales como la creciente productividad de las técnicas económicas, la mayor duración de la vida humana y la transformación de la conciencia ética como consecuencia de la mayor posibilidad de predecir las consecuencias futuras de los actos presentes.

Algunos de estos ensayos tienen contenido tradicional: una economía a la medida del hombre, el entusiasmo en el trabajo, la rapidez y la aceleración del progreso económico.

Pero este libro contiene también reflexiones más breves, asistemáticas, donde aparecen ideas que el autor ni siquiera ha pretendido desarrollar, sino que las ofrece generosamente al público en plena posibilidad.

Mas conviene referirse a alguna de las ideas más acariciadas por Fourastié.

Una de ellas es la diferencia que existe entre el proyecto a corto plazo y el proyecto a largo plazo. La falta de conciencia moral procede de la imposibilidad de determinado individuo de prever fuertemente las consecuencias a plazo más largo. El error moral consiste en el sacrificio deliberado del plazo largo al corto. El mal moral es definido como el error a largo plazo engendrado por el apoderamiento del plazo más corto.

Por tanto, la vida moral será un esfuerzo difícil y precario para reconocer y superar los impulsos procedentes de consideraciones del corto plazo, que son capaces de engendrar errores sólo previsibles bajo la consi-

deración de una dimensión temporal más amplia. Y el mal moral es el desconocimiento del largo plazo.

La dificultad esencial del conocimiento es la unicidad del pensamiento humano frente a la multiplicidad de los objetos de conocimiento. Sólo un pensamiento incide con suficiente claridad y riqueza de consecuencias. El poder racional consiste precisamente en encadenar fuertemente unas en otras ideas diferentes en concatenación "necesaria".

La conexión entre medios y fines es semejante a la que resulta entre el largo y el corto plazo. Es radicalmente falso que el fin justifique los medios, sino que son los medios quienes justifican el fin. Pues los medios engendran sus consecuencias propias que pueden contradecir e imposibilitar la llegada del fin. Sólo medios adecuados y tenidos dentro de los límites condicionados por la estructura del fin pueden hacer que tal fin llegue a producirse. Los medios técnicos son la raíz de la moralidad. Lo erróneo sería pensar que el fin se podría alcanzar cualquiera que fuesen los medios, pues puede ser destruido por efectos colaterales de los medios mismos. Sólo se puede garantizar la adquisición del fin si los medios técnicos no tienen efectos colaterales a largo plazo contrarios por ser causa de nuevas alteraciones. Es lo que sucede con la fuerza física o social como medio para la felicidad de la comunidad, por destruir directamente por sus efectos laterales la posibilidad comunitaria.

Las sugerencias que se obtienen del libro de Fourastié son múltiples y afectan a gran cantidad de aspectos: la materia, el espacio y el tiempo, la estructura jurídica de la propiedad, etc., que sería prolijo describir, pero necesario conocer mediante su lectura.

A. SÁNCHEZ DE LA TORRE

GAMBRA (Rafael): *Historia sencilla de la filosofía*. Ediciones Rialp. Madrid, 1961, 256 págs.

Esto es el libro de Gamba. Una historia sencilla de la filosofía. Pero es en lo sencillo donde encontramos muchas veces lo grande y también en ocasiones lo sublime, porque sencilla es la santidad. Y grande es ya para nosotros que puede exponerse con sencillez, como lo hace el autor, el pensamiento, tantas veces enrevesado, de no pocos filósofos. En ocasiones son estos libros "sencillos" y sin pretensiones los que mejor han sabido captar a distancia lo que intérpretes y comentaristas inmediatos no supieron expresar con exactitud acaso por estar influidos por otros prejuicios que los de la objetividad que debe tener todo historiador, aún de la filosofía. Siempre nos ha parecido que no es tan difícil la verdad filosófica para que no pueda hacerse comprensible y por ello nos ha sorprendido el empeño de algunos filósofos, y filósofos notables, de decir o lo que nadie ha dicho o de un modo a veces también que nadie lo entiende. La fraseología retorcida empleada por filósofos tan indiscutibles como Hegel, Heidegger o Husserl no contribuye ciertamente a hacernos asequible con sencillez la verdad que pueda haber en sus sistemas.

Pues bien, el profesor Gamba ha sabido compendiar en una exposición sencilla la doctrina filosófica, desde los filósofos cosmólogos presocráticos hasta los existencialistas de nuestros días. Y lo hace, a nuestro juicio, con evidente acierto y claridad (que todo esto lleva consigo la sencillez) aun en aquellos sistemas a cuya casi insuperable incomprensión nos tienen tan acostumbrados algunos historiadores de la filosofía. Así, expone los rasgos principales, en los autores más caracterizados del *idealismo* alemán, que con su "revolución copernicana" había de pretender dar al traste con toda la filosofía anterior aun cuando de ella había de tomar no poco. Lo mismo ocurre con la caracterización que hace del existencialismo, precisando las notas más destacadas del pensamiento de Kierkegaard, Heidegger y Sartre, calificando a esta última de "un ateísmo coherente" y señalando que el existencialismo alemán "constituye una de las dos caras del existencialismo. Es la aceptación de la contingencia y de la finitud, y su superación por un vivir en presencia de la muerte: filosofía de tragedia y de desesperación". El reverso de la otra cara del existencialismo es, para el autor, el irreflexivo y hedonista: "el existencialismo interpretado por los filósofos y literatos franceses de la actual posguerra, ya que si no hay otra cosa que la existencia concreta del hombre, sostenida y limitada—antes y después—por la nada, la consecuencia más grata será *profiter de la vie*" (p. 249).

Muy acertada también la puntualización con que precisa las relaciones entre filosofía y teología, filosofía y religión, en el capítulo dedicado a "Cristianismo y Filosofía". La existencia de una *filosofía cristiana* es un hecho histórico del que no se puede dudar, "porque, claramente diferenciada, llena toda una edad de la Historia". A las posiciones antitéticas de la *identificación e influencia* o "teoría de las dos verdades", renovada por determinados filósofos modernos que han supuesto que la fe pertenece al sentimiento y no puede tener una fundamentación racional, opone el autor su pensamiento, que es, por supuesto, el pensamiento cristiano que no admite que procediendo de Dios tanto el contenido de la fe como la razón, puedan oponerse entre sí. Y por lo que se refiere a la opinión, bastante extendida entre los filósofos de los últimos siglos, que afirma la incompatibilidad entre filosofía y religión, esto es, la imposibilidad de una filosofía cristiana, el autor con el común sentir cristiano, defiende la *influencia parcial* (negativa o positiva) de la religión sobre la filosofía, siendo la primera directiva de la segunda, pero dejando ancho campo a la especulación filosófica. "De hecho, el impulso filosófico, lejos de adormecerse durante los siglos cristianos, reverdeció en ellos, dando lugar a una profunda especulación que se destaca sobre todas por su sinceridad y continuidad" (p. 109).

E. SERRANO VILLAFANE

GUZZETTI (G. Battista): *L'uomo e gli altri uomini*. Marietti. Torino, 1958, 575 págs.

Con razón se ha dicho que el problema del hombre es el tema por antonomasia de la filosofía, y con razón se ha afirmado también que estudiar la historia del hombre equivale a estudiar toda la Historia universal.

Un libro más sobre el hombre. Pero sobre el hombre y los otros hombres, es decir, sobre el hombre en sus relaciones con los demás, en su obligada convivencia con ellos. Y como esta es una tendencia natural de todo hombre, el autor estudia estas relaciones a través de la Historia y de la Filosofía, que son tan antiguas como el hombre mismo. Desde el hombre en Grecia, Roma, el Cristianismo y Edad Media, pasando por el Renacimiento y la Revolución francesa y las dos guerras mundiales de este siglo, hasta nuestros días. Esclavitud y afirmación cristiana de la personalidad; pesimismo y optimismo antropológicos; el hombre "caído" y redimido frente al hombre *essentialiter corruptus* del protestantismo; individualismo racionalista moral y jurídico y estatismo totalitario; esclavitud moderna y contemporánea y subjetivismo autónomo y soberano existencialista, son otras tantas antinomias en la doctrina antropológica de los períodos históricos apuntados.

La solución cristiana—segunda parte del libro—consiste, como en todas las soluciones antagónicas, en un justo medio. Al pesimismo u optimismo "naturales", la consideración del hombre ni esencialmente bueno ni menos esencialmente malo e incapaz de actos meritorios. El origen y destino trascendente del hombre y sus relaciones con los demás, llevan inscritos en la propia naturaleza humana, individual y social, los medios conducentes a su consecución y realización. A la esclavitud, antigua y moderna, la consideración cristiana del hombre creatura e "imagen" de Dios, con una igualdad de origen, naturaleza y fin. A las relaciones basadas en la fuerza (que es la negación de las relaciones), la justicia y caridad cristianas como únicos medios de conservación de la sociedad y de la convivencia. Igualdad y justicia, justicia y caridad; autoridad y libertad, libertad y amor, son otros tantos principios básicos y fundamentales de la solución cristiana de los problemas del hombre y de los otros hombres.

La moral y la vida, individual y social, y los atentados a la vida del hombre y de los demás, en sus variadas formas, desde el suicidio, homicidio y duelo, hasta las guerras entre los hombres y los pueblos, son otros tantos e interesantes capítulos de este libro que por su contenido doctrinal y orientación ideológica, merece los mayores elogios, teniendo nosotros aquí que lamentar que el corto espacio concedido a estas recensiones no nos permita un mayor comentario, que bien lo merecerían los sugestivos e importantes capítulos de este libro, que es una exposición de los problemas que el hombre individual y social plantea en todos los tiempos la convivencia con los demás, *gli altri uomini*.

KOPPER (Joachim): *Die Dialektik der Gemeinschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1960, 104 págs.

Este corto trabajo, a pesar del título, constituye un escrito de antropología más bien que de sociología. El tema central es la autocomprensión del hombre, que se destaca de la naturaleza, con una misión singular, misión que se revela al examen de una serie de situaciones profundas enlazadas con el fondo religioso de la existencia, y que se desarrolla hasta culminar en una "mística mundana". El problema de la comunidad está de continuo presente al insistirse sobre aquellos aspectos de la vida que dicen relación a lo que de más profundamente común tiene el destino humano.

El ensayo está desarrollado a modo de meditación personal del autor. Esa meditación se apoya en determinado número de preocupaciones propias de la antropología moderna, desde Kant a Sartre. Además de estos dos nombres, se tiene en cuenta Schleiermacher, Marx, Kierkegaard y, sobre todo, Hegel.

Al final del estudio se incluye, en apéndice, una pequeña selección de pasajes de esos autores, que resumen la discusión del texto. Se verá la tónica del libro teniendo en cuenta que se abre con un análisis del pecado y la interpretación que Kant hace de la caída original, y se cierra con la descripción de la náusea y la revelación que a través de ella se hace del fondo de la existencia, de la mano de Sartre.

Se trata de un libro de lectura, que sugiere algunas de las implicaciones profundas que laten en un tema frecuentemente tratado de una forma superficial, meramente empírica.

S. ALVAREZ TURIENZO

LARENZ. (Karl); *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer Verlag, Berlín. Göttingen-Heidelberg. 1960. 381 pp.

Karl Larenz comenzó su carrera como filósofo del Derecho. Su "Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado", traducida al español por los profesores Galán y Truyol y prologada por mí mismo, es una obra suficientemente conocida que acreditó a su autor como—permítaseme repetirme—"Uno de los que en nuestro tiempo perciben con más rigor la conexión entre la Jurisprudencia y la Filosofía y que, por tanto, obligan a plantearse radicalmente el problema de la filosofía del Derecho", "como uno de los pocos autores contemporáneos que puede contribuir a una comprensión auténticamente filosófica del Derecho, tanto con el ejemplo de su propia experiencia personal, como por el grandioso instrumento intelectual que nos ofrece, la filosofía hegeliana."

La posterior dedicación de Larenz a los estudios civilísticos—cristalizada en su monumental "Derecho de las obligaciones"—no ha ahogado su vocación filosófica, que reaparece con esta Teoría del método de la ciencia jurídica, en la que el autor vuelve a manejar el mismo aparato filosó-

fico de sus primeros años, la filosofía de Hegel. Todo cuanto escribe Larenz en esta obra está condicionado por lo que sólo en las últimas páginas encuentra expresión sistemática: la doctrina hegeliana del concepto concreto-general.

El autor reconoce que el punto de partida de toda formación de conceptos—también en la ciencia jurídica—es la “abstracción aisladora”; pero el resultado de esta es el concepto abstracto-general, bajo el cual, los objetos no son aprehendidos en su plenitud y, por tanto, en su individualidad, sino sólo bajo determinado aspecto, el de ser un determinado “ejemplar” de un “género”. En estos conceptos genéricos el “sentido” se disuelve y el pensamiento tiende a la formación de antítesis contradictorias. Pero la filosofía de Hegel, con la expresión lógica dada a una forma de conocimiento por medio de conceptos concreto-generales, salvaguarda la plenitud del sentido y se atiene estrictamente a lo real, que sólo puede ser expresado y apresado por la “dialéctica” del concepto concreto, y en el que su determinación no tiene lugar por un amontonamiento de “notas características”, sino por un desarrollo mental de momentos conceptuales. Y, por lo mismo, no hay “subsunción” de lo real bajo el concepto, sino que el concepto es “medida” del fenómeno, pues su naturaleza “dialéctica” le imprime carácter “teleológico”. A juicio de Larenz, esta doctrina es tan fecunda para la ciencia jurídica, que vale la pena incluso sustentarla al margen de su fundamentación en la filosofía de Hegel, pese a que un empeño semejante puede parecer condenado al fracaso.

En la ciencia jurídica, según Larenz, la abstracción aisladora, la formación de conceptos abstractos sirve no sólo para la precisión de los supuestos de hecho, sino sobre todo para la caracterización de las consecuencias jurídicas y para llegar a una regulación coherente, o sea, a la configuración de un *instituto jurídico*. Pero los institutos jurídicos, antes de ser legalmente regulados, se presentan en la *realidad jurídica* como modos “típicos” de comportamiento, dotados de un “sentido” propio, susceptibles de darse en una representación global que comprende tanto el sentido jurídico como el fin social. Ahora bien, el concepto abstracto desvía de esta comprensión total, pierde la captación del sentido y la disuelve en una composición a base de unos cuantos elementos, los menos posibles, por razones de “economía mental”. Y el legislador tiende a servirse de estos conceptos abstractos. Una primera superación de éstos es la referencia a los “tipos”, que en la moderna doctrina jurídica alcanza bastante relevancia. Pero el tipo representa, por así decirlo, el contrapunto empírico del concepto concreto-general. Y en la medida en que este concepto configura la realidad, sus “momentos” tienen que reaparecer en los tipos reales como componentes de sentido. Larenz subraya mucho la índole teleológica de los conceptos concreto-generales. La realidad respectiva está “ordenada” a ellos. La fecundidad de esta doctrina la pone de relieve con nociones como la de persona jurídica y derecho subjetivo. Así, por ejemplo, el concepto concreto-general de persona es el hombre, en cuanto ser destinado a configurar responsablemente su vida, titular de una “dignidad” y acreedor de un “respeto”. Si de esta rica complejidad de sentido se aísla sólo el momento de la subjetividad jurídica, se puede

formar el concepto abstracto de la persona—"el ser capaz de derechos y obligaciones"—que resulta aplicable a entidades que no tiene nada que ver con la realidad personal y el concepto concreto-general del Derecho subjetivo sería, según eso, el "derecho al respeto"—que es lo que "merece" la persona—y no el "poder de voluntad" o el "interés protegido", ni tampoco un "derecho de dominio" ni una "pretensión".

La posición de Larenz se sitúa así en las antípodas de la teoría pura del Derecho, con la que frecuentemente, y de modo expreso, se coloca en actitud polémica. Pues los conceptos puros del Derecho serían el ejemplo típico de una "abstracción aisladora" que no actúa de simple punto de partida, sino que asume dignidad de fin en sí respecto de la ciencia del Derecho, gobernada por el intelecto abstracto y dominada por el principio de la economía mental. Ahora bien, con el intelecto abstracto y la economía mental pueden forjarse "leyes" para la captación de "puros hechos" o, mejor, para construir el concepto de "puros hechos" como categoría de las ciencias naturales; pero no se aprehenden por su medio realidades humanas en cuanto humanas y, en cuanto humanas, históricas, y en cuanto históricas y humanas, impregnadas de valor. Es el problema del cientismo lo que de ese modo se pone en juego. Kelsen es cientista, porque su radical separación del ser y el deber ser y su apartamiento de lo sociológico de la ciencia normativa del Derecho, no obsta a que utilice la relación kantiana entre conocimiento científico y objeto científico para poner al Derecho en la misma relación con su ciencia que a la naturaleza respecto de la ciencia natural.

Y pese a que el objeto de la ciencia del Derecho sea lo contrario que "naturaleza", Kelsen la construye según el modelo de la ciencia natural, porque sólo sustituye la causalidad por la imputación, que en definitiva sería la forma de la causalidad jurídica.

Pero Larenz no es cientista y por eso el concepto que él tiene de la ciencia jurídica es diferente del Kelseniano. La ciencia jurídica es para él verdadera ciencia porque ha desarrollado métodos que tienden a un conocimiento racionalmente controlable. No importa que carezca de exactitud y que muchos de sus conocimientos sean de validez temporalmente condicionada. Pero no todo es cambiante en el Derecho. Pues tras la Ley y su interpretación está el pensamiento jurídico al que da expresión, el instituto jurídico a que sirve, la idea misma del Derecho. La ciencia jurídica tiene como objeto tanto lo variable como lo constante, lo individual como lo general y típico. En la norma se vinculan los aspectos históricos, sociológicos y sistemáticos o filosóficos, como decía el joven Savigny. Larenz ataca particularmente el concepto positivista de la ciencia que, aplicado a la del Derecho, la convierte o en una sociología jurídica naturalista o en una lógica abstracta de formas jurídicas sin contenido; revaloriza, en cambio, el concepto de "dogmática jurídica", como auténtica ciencia del Derecho, en la que juegan todos aquellos aspectos constituyendo una unidad propia, y cuya fundación se debe principalmente a Savigny, cuyas consideraciones metodológicas son hoy más modernas que las de sus seguidores más próximos.

Aquí está el principal valor del libro de Larenz. No interesa tanto su

utilización de una lógica que entronca con Hegel como el *tono* general de su obra que, dicho sea de paso, por lo que se refiere a conceptos que en otra ocasión han sido objeto de crítica por mi parte, en cuanto reflejaban la vinculación a una determinada situación política, alcanza un nivel superior.

El jurista encontrará tratados en este libro los temas que en cuanto científico, le afectan de modo primordial: el sentido de la norma jurídica, las clases de la misma, las ficciones, la determinación de los hechos y de las consecuencias, la función de la abstracción, la naturaleza de la jurisdicción, el silogismo y la "subsunción" jurídicas, la interpretación, las lagunas, la formación de Derecho por referencia a principios éticos y la "naturaleza de las cosas", la teoría de los tipos y el método tipológico, la teoría de la formación de conceptos. A esta parte sistemática antecede una amplia reseña crítica de las corrientes metodológicas dominantes en el pensamiento jurídico actual, que aumenta el valor formativo e informativo del libro. Con cuya fundamentación filosófica no es preciso hallarse radicalmente concorde, pero al que no se le puede negar—aparte su utilidad y su dignidad intelectual—una nota de *atracción*, en cuanto suscitadora más de adhesión que de discrepancia en el planteamiento y solución de la problemática de la metodología del Derecho.

Luis Legaz.

LÓPEZ MEDEL (Jesús): *Continuidad Política y Convivencia*. Madrid, 1962.

Cuando hace unos meses recibía de López Medel, con cariñosa dedicatoria, su libro *Continuidad política y convivencia*, no podía yo pensar que poco después ese mismo libro, el libro que presentamos, alcanzara nada menos que el Premio Nacional de Literatura 1962. Esta circunstancia sobrecoge ahora un poco mi ánimo al atreverme a hablar de este libro cuando tantas personas más autorizadas lo harán, es ello seguro, desde distintos puntos de vista. Y no voy a hacerlo ahora sobre sus méritos literarios, ninguna competencia tengo para ello, y dejo deliberadamente de lado su aspecto político del que evidentemente está el libro cargado; ni uno ni otro son por ahora de mi enjuiciamiento ni es lugar tampoco para ello nuestro *Anuario*. Quiero fijarme, eso sí, en su aspecto filosófico-jurídico y más en el primero, porque él fundamenta el segundo y porque, al igual que el Derecho, la Política ha de hacer referencia a un orden trascendente y superior de valores para que pueda existir la *unitas civitatis*, la convivencia sin la cual no es posible la *unitas ordinis* ni el *ordo mundi* a cuya consecución el Derecho y la Política deben tender.

Limitado, principalmente al orden interno, a la continuidad política y convivencia referidas a España, con acertadas citas y alusiones a doctrina de carácter general, López Medel se preocupa mucho por mantener una jerarquía de valores objetivos que es, para nosotros, el más fuerte aval de su doctrina. Así, cuando habla de la crisis del Derecho y el criterio de lo justo (pág. 37 y ss.), tras constatar la primera—hecho evidente y que obedece a muchas y variadas causas—se pregunta si no será "que

nos habremos olvidado un tanto de que todo Derecho positivo tiene su base en el Derecho natural y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado por ser reflejo de la ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre" (pág. 38). Toda una ordenación jerárquica de normas jurídicas calcada en la más pura doctrina del bimilenario jusnaturalismo católico. Poco más adelante añade el autor: "La crisis se salvaría ligando el Derecho más fuertemente con la idea de justicia, encontrando en ella no una adjetivación de situaciones, sino una *cualificación de instituciones* o fenómenos. Son éstos—no la justicia—los que en cada momento pueden hacer la aplicación de aquella más "justa", más ecuánime, más eficaz" (pág. 39). En esa misma línea de jerarquización de cosas y valores, precisa con agudeza López Medel, "el desgarró que a veces se produce entre determinaciones políticas e instituciones sociales que puede ser puesto en evidencia cuando estas últimas afloran con toda su nitidez y grandeza (o cuando—añadiríamos nosotros—las primeras no responden al ser y naturaleza de las segundas)... está la Patria misma; y está Dios primeramente, y el honor, y el orden, y la justicia, etc." (pág. 11). Y aun dentro del orden político "es la Patria—dice en otro lugar—(página 56)—la que da contenido de unidad al Estado, de manera que lo individual y lo colectivo se proyecten en armonía hacia un destino común. Por eso el Estado no es entelequia que nos pueda servir para justificar su propia juridicidad; no es mero Estado de Derecho, por la simple razón de la legalidad, que protege al individuo; lo es también porque encierra en su propia unidad un contenido no sólo estrictamente jurídico-administrativo, sino también de Patria". En una palabra, se trata de una subordinación de valores, que en un orden jerárquico ascendente hacen referencia: lo administrativo a lo político, esto a lo social y lo social (sin despersonalizar al hombre) a lo religioso; de otro modo, en la historia de las ideas y de las estructuras políticas y religiosas "se bajaría un peldaño: el de la existencia de valores permanentes e inmutables que fueron y son el diseño de la misma naturaleza que nos acompaña y de la ley natural" (página 74).

En definitiva—terminamos nosotros—, porque si el Estado está al servicio de la sociedad, la sociedad está al servicio de la persona y la persona al servicio de Dios, que es su principio y fin último.

EMILIO SERRANO VILLAFAÑE

MARÍAS (Julián): *Obras* (Vol. I: Historia de la Filosofía. Vol. II: Introducción a la Filosofía. Idea de la Metafísica. Biografía de la Filosofía. Vol. III: Aquí y ahora. Ensayos de convivencia. Los Estados Unidos en escorzo. Vol. IV: San Anselmo y el insensato. La filosofía del P. Gratry. Ensayos de teoría. El intelectual y su mundo. Vol. V: Miguel de Unamuno. La escuela de Madrid. La imagen de la vida humana. Vol. VI: El método histórico de las generaciones. La estructura social. El oficio del pensamiento). Ed. Revista de Occidente. Madrid, 1958-1961.

Entre las fechas que aparecen indicadas han aparecido seis volúmenes de "Obras" del filósofo español Julián Marías. Se trata de obras ya publicadas por separado—muchas de ellas con una historia de numerosas ediciones—y de índole variada. Los dos primeros volúmenes reúnen obras de carácter más intencionadamente filosófico: La historia de la Filosofía y la Introducción. El tercero, reúne una parte de la amplia labor de ensayista de la producción de Marías, que completa el libro de ensayo de los Estados Unidos, tema éste tan entrañablemente pensado y sugestivamente dicho. No es que el IV volumen abandone por completo el tema del ensayo, sino que la coloración de éste cambia. Adquiere aquí una tonalidad que va desde el trabajo filosófico de tipo monográfico (no se piense nunca en un trabajo erudito) como el de la "Filosofía del Padre Gratry", pasando por el ensayo filosófico "San Anselmo y el insensato", hasta el que nos bosqueja el destino del intelectual dentro de una circunstancia determinada, junto a la función de la "teoría". El volumen V nos trae otra gran monografía: don Miguel de Unamuno. Es un libro de los primeros aparecidos de Marías (advirtamos aquí, por si no hubiera quedado claro, que la distribución de estas "Obras" no es cronológica), tema ante el cual todo español tiene que tomar posición, y para ello—cosa que no es tan obvia como parece—tratar de entenderlo. Marías nos facilita a todos la empresa al proponernos su versión de Unamuno. Dos ensayos de carácter filosófico completan este tomo, de los cuales el que lleva el título prometedor de "La escuela de Madrid" es una colección de artículos largos en torno a las principales figuras—Unamuno, Ortega, García Morente, Zubiri—españoles contemporáneas que pueden dar fundamento a tal denominación.

El último de los volúmenes publicados reúne un tomo de ensayos que se agrupan para dar contenido significativo a su título: "El oficio del pensamiento", una monografía estudio sobre el tema orteguiano de las generaciones, y el reciente libro sobre método sociológico "El método histórico de las generaciones". Constituye esta última obra una de las más originales dentro de la producción de Marías, así como uno de los intentos más radicales de dar contorno a los temas sociales—de los cuales se habla constantemente sin entender siempre—y procede en su búsqueda y estructuración. Está inspirado, como toda la obra de Marías, en el pensamiento de su maestro Ortega, y edificado desde allí se prolonga con originalidad hacia temas y proyectos de los que Ortega nunca hizo.

Esta publicación de la Revista de Occidente nos permite tener a mano la obra de Marías casi en la totalidad de lo que hay publicado. Muy pocas veces un pensamiento vivo se ha reunido en forma de volúmenes iguales de aspecto similar al que suelen tener las obras completas. Como uso editorial, y para contados casos, tiene este modo de suceder mucho sentido. Las "Obras" de Marías—muchas de ellas al menos—son difíciles de encontrar por agotadas, y esta dificultad es desigual de una a otra. Por otro lado, lo que nos muestran "juntas" no equivaldría a lo que por separado y con necesaria discontinuidad nos mostró su lectura "separada". Es como un tomar a peso una obra, ya grande por su volumen y calidad,

y poder tener el contorno de lo leído y pensado en su primera lectura, ya en algunos casos lejana.

M. RIAZA

MARITAIN (Jacques): *La philosophie morale, I: Examen historique des grands systèmes*. París. Gallimard, 1960, 572 págs.

El ilustre filósofo Jacques Maritain, maestro mío, se propone brindarnos una gran obra sobre los principales problemas de la filosofía moral a la luz de la "filosofía del ser" u *ontosophie* (término éste que él prefiere al de *philosophie thomiste* de la que es profundo conocedor y brillante expositor).

Este primer volumen es de introducción a esa gran obra que llevará a cabo el fecundo maestro, con lo que su universal magisterio completa los campos más diversos de la filosofía. El libro comprende tres partes; sus títulos son bien expresivos: *Les aventures de la raison*, *Les grandes illusions* y *La crise de reorientation de la philosophie morale*. En la primera parte, tras arrancar de la "descubierta" de la moral (en Sócrates, Platón y Aristóteles) y pasar por su "triunfo" (en los estoicos y epicúreos), distingue entre el bien como *valor* y el bien como *fin* y correlativamente entre éticas de la finalidad (Sócrates, Aristóteles y los epicúreos) y éticas del valor (Platón y los estoicos). El cristianismo añadirá la idea de un fin sobrenatural y de la amistad entre Dios y los hombres y, como consecuencia, la ley moral adquiere un carácter que no tenía en los griegos. La filosofía moderna no nos ofrece muy a menudo más que una moral *laicisée*, que no es ni moral cristiana ni moral natural.

En la segunda parte, Maritain nos presenta en la filosofía contemporánea la "superchería dogmática" hegeliana que, al pretender explicar lo real por lo racional, o mejor identificarlos, según su conocido aforismo, se convierte en un *innmanentisme absolu*, más panteísta que el panteísmo vulgar, un *innmanentisme anthropoteiste*. Su derivado el marxismo no hará sino explicar las virtualidades ateístas del hegelismo. Si la moral de éste no es más que un momento dialéctico de la moralidad, la moral marxista, pura "ideología" teórica privada de valor absoluto, hace, no obstante, constante apelación a las nociones y sentimientos morales. Por este elemento moral, heredado del cristianismo, el marxismo—dice Maritain—puede ser llamado "la dernière hérésie chrétienne" nacida de Hegel.

Duras críticas merece también del autor la moral y el "altruismo" positivista encerrada en una ética de pura finalidad mundana.

En la crisis de la reorientación de la filosofía moral—tercera parte del libro—, el autor considera el individualismo subjetivista del racionalismo kantiano como lo más opuesto a la moral. Por otra parte, la moral no puede hacer abstracción de la naturaleza humana y del lugar del hombre en el mundo. Por eso la primera reacción contra Hegel, Marx y Comte fue la del existencialismo de Kierkegaard, para quien "existir significa, ante todo, ser un individuo", y confundiendo la ética con la

ética socializada, únicamente le interesa el existente singular, único, en una situación única frente a Dios. El existencialismo sartreano renunciará a Dios para no hacer del hombre sino hombre, es decir, existente absurdo y creador de valores. El subjetivismo moral de la libertad ha llegado a los límites más inadmisibles y reñidos con la moral.

Censura, asimismo Maritain, las éticas de la finalidad pragmatista y utilitaria del naturalismo instrumentalista de Dewey y la de la "moral cósmica" de Bergson, porque en ambas falta la obligación moral y el *bonum honestum*.

Termina el autor con unas interesantes consideraciones sobre la apelación a la trascendencia, trascendencia en la aceptación, de la moral católica enérgicamente defendida—como toda la verdad filosófica—por el docto magisterio de Maritain.

Esperamos que este libro del ilustre filósofo francés aparecerá en breve traducido al español.

EMILIO SERRANO VILLAFANE

MESSNER (Johannes): *El bien común, fin y tarea de la sociedad*. Euramérica. Madrid, 1959, 102 págs.

Bien conocido es en el ambiente filosófico-jurídico y social el nombre del ilustre profesor austriaco Johannes Messner, y es para nosotros, su obra capital *Das Naturrechts*, cuya tercera edición ha aparecido recientemente. De esta obra nos ofrece ahora Viktor Antolin una traducción parcial de la doctrina relativa a la naturaleza y fundamento de la sociedad—*Die Natur der Gesellschaft*—y al bien común, como fin y tarea de la sociedad.

Después de analizar, en apretadas páginas, problemas tan interesantes como la naturaleza social del hombre, el fundamento ontológico de la sociedad y la naturaleza de la sociedad como realidad, unidad, totalidad, organismo y persona, pasa el autor a tratar del bien común como realidad y orden que debe ser perseguido por la sociedad.

Siendo el bien común el bienestar de la sociedad como un todo puesto que consiste en aumentar lo que los individuos pueden hacer por su bien particular, complementando sus fuerzas por la cooperación social, el bien común es una nueva realidad. Pero esta realidad propiamente sólo en los individuos tiene realidad ya que el efecto de la cooperación consiste en conseguir la realización existencial de los individuos, que de otro modo sería imposible. Sin embargo, el elemento institucional del bien común es de todos modos indispensable para su realización. Una feliz conjugación del elemento personal y el comunitario del bien común.

El bien común es también el orden de la sociedad, en la cual cada miembro tiene posibilidad de realizar sus tareas vitales, participando en los resultados de la cooperación social. El bien común es como "un orden de proporcionalidad, que es esencialmente un orden de la evolución dinámica" (p. 68).

Si la "causa eficiente" del bien común la representan los esfuerzos de los individuos estimulados por las necesidades, deseos e intereses, las actividades de los individuos deben ser armonizadas y ordenadas al interés general. Esta es la tarea de la autoridad que es, por tanto, la "causa formal" del bien común: actuar, controlar, ayudar, guiar y estimular las actividades de los individuos.

El bien común como fin de la cooperación social, implica, pues, para Messner, dos funciones sociales fundamentales: la primera función de la sociedad es "crear el orden exterior de la convivencia humana"; es una función negativa que se realiza, sobre todo, mediante el Derecho y su fuerza coactiva. Pero garantizar la libertad no es, sin embargo, la única tarea de la sociedad como cree el individualismo. La cooperación social es necesaria.

La segunda función básica de la sociedad es la de "garantizar el bienestar económico y cultural de sus miembros" por la ayuda que reciben todos de la cooperación social. Sin embargo, también aquí—dice Messner—se debe evitar el error colectivista de creer que el bien común crea en la sociedad una función de previsión social que ha de satisfacer directamente las necesidades fundamentales de los ciudadanos. La sociedad—añade—debe sólo conducir, animar y fomentar los esfuerzos y las actividades de sus miembros en la realización de sus tareas vitales, de tal modo que de esta cooperación resulta el bienestar económico y cultural de todos (pág. 56).

Esta doctrina postula unas conclusiones de política y buen gobierno. El bien común se fomenta mejor cuando la autoridad social sabe influir en las actividades de los hombres de tal modo que éstos, sirviendo a sus propios intereses, sirvan también al interés general. Y mientras que la doctrina individualista no ve la necesidad de armonizar los intereses mediante la autoridad social como causa formal del bien común, y la doctrina colectivista no ve la función del interés particular y la responsabilidad propia de la persona humana en su significado fundamental de la causa eficiente, el arte y la política de buen gobierno consiste en toda sociedad, principalmente en crear instituciones que sirvan a la vez a los dos fines mencionados sin menoscabar alguno de ellos. Todas las instituciones son "causas instrumentales".

EMILIO SERRANO VILLAFAÑE

MOREAU (Joseph): *L'idée du droit naturelle*. Les bases culturelles de l'unité européenne (Actes de la I^{ère} Rencontre Internationale. Bolzano, 1956). Bolzano, 1957, págs. 226 ss.

Entre todas las ideas sobre las que reposa nuestra civilización, la del Derecho natural es una de las más incontestable y al mismo tiempo de las más discutidas. Decir que hay un Derecho natural, es afirmar que la regla de las relaciones humanas no depende del arbitrio de los hombres, que las leyes que rigen las relaciones de los individuos en la sociedad no

pueden reducirse a simples convenciones o a la decisión del más fuerte, y que no merecen el nombre de leyes más que si ellas responden a una exigencia independiente de las voluntades humanas. Esta exigencia parece derivar, a primera vista, de la naturaleza; tal es el sentido de la oposición clásica entre la *naturaleza* y la *ley*, entendida como simple institución humana.

Pero el equívoco—dice el autor—se manifiesta desde las primeras utilizaciones que se han intentado de esta distinción. Lo “justo, según la naturaleza”, que significaba para Calicles, Trasímaco, Spinoza y Hobbes el derecho del más fuerte, designaba para Sócrates, Aristóteles, Santo Tomás y Leibniz la existencia racional o idea de la justicia. La idea del Derecho natural se opone irreductiblemente a naturalismo. “La droit naturel, tel que le conçoit la raison, ne se confond pas avec l’ambition naturaliste...” (p. 227).

La idea del Derecho natural ha sido por algún tiempo excluida de las teorías jurídicas por la influencia del positivismo que le reprochaba, de acuerdo con el tradicionalismo filosófico, su carácter individualista y revolucionario. Y de otra parte, los teóricos del Derecho natural, que invocaban un principio trascendente, eran mirados por los positivistas como “metafísicos” que se esforzaban vanamente en fundar el orden social sobre una abstracción, una “quimera”, ya que la autoridad del Derecho, según el positivismo jurídico, no puede establecerse sino rechazando la idea metafísica del Derecho. “Le fait sur lequel repose l’ordre juridique, c’est un *fait social*.”

Cierto, dice el profesor de Burdeos, que si se ha podido decir que el Derecho es social por esencia, “es a condición de considerarle en su materia”. Es, en efecto, una regla de relaciones sociales a determinar “según un ideal de interdependencia social”, y sería quimérico pretender establecer esta determinación, dictar un Derecho positivo sin tomar en consideración los elementos de hecho. Pero si el Derecho es social en sus aplicaciones: “Il est métaphysique dans son principe; il ne peut se fonder que sur une exigence rationnelle, sur une *idée* transcendante. Mais il n’y a pas de civilisation sans *idée*” (pág. 229).

E. SERRANO VILLAFANE.

MUÑOZ (Vicente): *De la axiomática a los sistemas formales*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1961.

En el libro se recogen cinco conferencias dadas por el autor, bajo los auspicios del Instituto de Matemáticas “Jorge Juan”.

El interés que puede tener para los lectores de este Anuario es que contiene una síntesis muy elegante e instructiva de los procedimientos mentales y lógicos del pensamiento matemático, como modelo del procedimiento mental de la “formalización”. En una época en que la formalización se presenta muchas veces como meta de una lógica jurídica, esta

exposición, breve y compendiosa, es de gran interés para los juristas como introducción a una esfera del pensamiento que suele estar alejada del plan de estudios de la Facultad de Derecho.

Las conferencias tratan sucesivamente de una introducción histórica al problema de la axiomática, el sistema formal y la semiótica, con una aplicación a la lógica. Posteriormente se estudia la construcción del sistema formal.

La cuarta parte se dedica a una teoría o filosofía del sistema formal, y las dos últimas conferencias se refieren a las relaciones de la lógica, la matemática y la filosofía desde el punto de vista del formalismo y al ideal científico de la lógica matemática.

Para el autor la formalización es un método de conocimiento más perfecto y científico que el que llama método conceptual, basado en la lógica aristotélica.

RAFAEL CASTEJÓN

PELLAND (Leo): *Introduction aux Sciences Juridiques*. Montreal, 1960, 603 págs.

Este libro está destinado—dice su autor—a los profesores y a los estudiantes universitarios, a los hombres de leyes, a los hombres públicos, a los periodistas y a “todos aquellos a quienes deben preocupar los problemas sociales” (*Avant-propos*). Y dice bien el autor, porque este libro contiene como en armónico mosaico un conjunto de principios doctrinales fundamentales sobre la ley y el Derecho; sobre las diversas sociedades: la Iglesia, sociedades políticas y la sociedad internacional, que a todos cuantos señala como destinatarios será evidentemente útil.

Los veinte capítulos de la obra, densos de contenido, son exponente del mérito del antiguo profesor de la Universidad Laval, que en ellos ha sabido condensar lo que podría constituir tratados enteros de Derecho o Sociología.

Nos presenta aquí el profesor canadiense una síntesis católica sobre los problemas de que trata; toma para ello como “guías” a Santo Tomás y la doctrina jurídico-social de la Iglesia expuesta por la suprema autoridad de los Papas de la época contemporánea. Siendo así, las citas son numerosas y cuidadosamente seleccionadas en materias en que otras muchas podrían aducirse. El pensamiento del autor se inserta en la más auténtica trayectoria de la filosofía jurídica católica, y sus apreciaciones críticas personales, que son numerosas, son hechas desde ese punto de vista, pero remozado con alusiones y documentada orientación bibliográfica de la mayor actualidad.

Partiendo de la conocida construcción agustiniana del orden universal y la ley eterna como elemento regulador y directivo de ese orden, sigue el autor la exposición tomista de la ley, y tras dedicar un capítulo a tratar de la ley en general, estudia en los siguientes la ley natural y positiva (divina y humana), y cómo esta última debe ser conforme a la ley natural

en la que tiene su fundamento y fuerza de obligar. Interesante es el capítulo (el VI) en que, con la brevedad de los demás, expone los principios sobre el "arte de legiferar" y la prudencia legislativa, que desde el *ars aequi et boni* romano tanta importancia tiene, tanto en la creación como después en la aplicación de la ley.

Siguiendo la doctrina aristotélico-tomista de la justicia, estudia el profesor Pelland la justicia en general (legal y social), la justicia distributiva y la conmutativa para terminar la primera parte de su libro con un capítulo sobre las leyes injustas y las relaciones entre el Derecho y la Moral. Acerca de la justicia social, *expression aujourd'hui courante*, después de presentar la cuestión sobre su sustantividad, en los términos ya tan conocidos en que lo hacen todos los tratadistas, el autor se inclina por la identificación de dicha justicia con la justicia general o legal: "l'expression *justice sociale* conviene tout á fait á la *justice générale*, ou *legale*" (pág. 164), y aduce en favor de su afirmación los textos pontificios en que así parece entenderse.

La fundación, organización y acción de la Iglesia, son otros tantos capítulos, los primeros, de la segunda parte de esta obra en la que sigue la exposición de los principios generales sobre las sociedades políticas, el bien común temporal como fin de ellas; formas de gobierno y derechos políticos de los ciudadanos. Dedicó el autor algunos capítulos a la consideración de la sociedad e instituciones políticas de su país. Y tras estudiar en capítulos sucesivos la persona, matrimonio, familia y derechos y deberes (naturales y adquiridos) de las personas individuales, dedica unas páginas a las profesiones y derecho profesional, así como a la legislación y seguridad social, de tanta importancia en nuestros días.

Para ser completa esta obra, y estimamos que lo es, no podría faltar y no falta, un capítulo sobre la sociedad de Estados, Derecho internacional y bien común internacional como fin de la asociación de los Estados.

Como puede verse, un índice comprensivo de lo que suele ser contenido de los tratados de Derecho natural, Filosofía del Derecho, Sociología o Filosofía social. Una verdadera y buena "Introducción a las ciencias jurídicas".

EMILIO SERRANO VILLAFANE

POPPER (Karl R.): *La miseria del historicismo*. Traducción castellana de Pedro Schwartz. Taurus Edic., S. A., Madrid, 1961.

La accidentada y fragmentaria publicación de lo que había de ser este libro del profesor Popper, desde 1919-20 a 1961, pasando por las ediciones italiana (1954), francesa (1956), inglesa (1957), árabe (1957), alemana y japonesa (ambas en 1960) hasta esta traducción española sobre la segunda edición inglesa, conserva, no obstante, vigorosa la tesis fundamental que le anima: que la creencia en un destino histórico es pura superstición y que no puede haber predicción del curso de la historia hu-

mana por métodos científicos o cualquier otra clase de método racional, ya que “por razones estrictamente lógicas, nos es imposible predecir el curso futuro de la “historia”.

En esta obra y tras afirmar que el historicismo es un método indigente, hace una refutación del historicismo y una crítica demoledora de la creencia en las leyes de la historia, del desarrollo social y del progreso.

El argumento capital del libro se puede resumir en las siguientes proposiciones: 1) El curso de la historia humana está fuertemente influido por el crecimiento de los conocimientos humanos. “La verdad de esta premisa—afirma Popper—tiene que ser admitida aún por los que ven nuestras ideas, incluidas nuestras ideas científicas, como el subproducto de un desarrollo material de cualquier clase que sea”; 2) No podemos predecir, por métodos racionales o científicos, el crecimiento futuro de nuestros conocimientos científicos; 3) No podemos, por tanto, predecir el curso futuro de la historia humana; 4) Esto significa que hemos de rechazar la posibilidad de una *historia teórica*; es decir, de una ciencia histórica y social de la misma naturaleza que la *física teórica*. No puede haber una teoría científica del desarrollo histórico que sirva de base para la predicción histórica; 5) La meta fundamental de los métodos historicistas es, por tanto, errónea; y el historicismo cae por su base.

La contundencia de la formulación de esas cinco proposiciones que son desarrolladas y demostradas por el autor a través del libro, no niega, sin embargo, la posibilidad de toda clase de predicción social sino que es perfectamente compatible con la posibilidad de poner a prueba teorías sociológicas—por ejemplo teorías económicas—por medio de una predicción de que ciertos sucesos tendrán lugar bajo ciertas condiciones. Sólo refuta—insiste el autor—la posibilidad de predecir sucesos históricos en tanto puedan ser influidos por el crecimiento de nuestros conocimientos (pág. 12).

No todo es negativo en este libro; no se limita el autor a destruir la lógica “sutil, engañosa y débil” del historicismo como una estructura intelectual fascinante. Su finalidad es constructiva: somete a un examen sistemático los supuestos, el carácter y los métodos de las ciencias sociales, insistiendo sobre los aspectos favorables de una política fragmentaria planificadora sugerida por esos mismos métodos.

Cuatro capítulos componen el libro. Los dos primeros se refieren a “las noticias antinaturalistas (I) y pronaturalistas (II) del historicismo”; y los dos siguientes a la “Crítica de las teorías antinaturalistas (III) y de las doctrinas pronaturalistas (IV) y del historicismo”.

Este libro, con *La Sociedad abierta y sus enemigos* (vers. cast. Buenos Aires, 1957) y *The Logic of Scientific Discovery* (Londres, 1959), han dado al profesor Karl R. Popper merecida y universal fama.

E. SERRANO VILLAFANE

SALAZAR ABRISQUIETA (José de): *Lo jurídico y lo moral en el ordenamiento canónico*. Editorial Eset. Vitoria, 1960. XXXII-276 págs.

El autor de este libro es un canonista: hombre de Iglesia, hombre jurista y hombre preocupado hondamente por la salud espiritual de los hombres. Preocupado, por tanto, de los métodos jurídicos que la Iglesia cuenta en su haber mundano para orientar y enderezar los caminos de salvación de sus fieles. Pero preocupado también del rigor científico, de la justeza en la precisión conceptual de estos instrumentos jurídicos que los organismos eclesiásticos han de manejar cuidadosamente para no herir, sino curar.

El problema se centra en la conexión de la realidad jurídica con la realidad moral. Esta conexión es importante para todos los juristas, pero más que para ninguno otro, para los canonistas, y justifica el estudio que se presenta en este libro.

Empezando por establecer los caracteres diferenciadores de las normas y de las reglas de acción jurídicas, por un lado, y morales, por otro, el autor se refiere continuamente a las doctrinas más conocidas acerca de tal clase de problemas. La distinción se refiere al punto de vista de la función que cada tipo de normas representa para la vida humana: el moral tiende al fin último del hombre y el jurídico atiende a la conexión entre los hombres para organizar fines más inmediatos sin olvidar, antes bien, para asegurar el primero. No se da separación entre ambos órdenes, pero tampoco coincidencia ni en la configuración de su conciencia explícita ni en sus métodos y criterios peculiares para solucionar los problemas respectivos. Por tanto, entran en el campo jurídico elementos que no son necesariamente pertenecientes al campo moral. Unos pertenecen a la materia y otros a la forma del derecho. La normativa jurídica no es tanto la pura idea de justicia como la razonable intermediación entre la justicia pura y las exigencias de la vida humana en cuanto asociada.

Procede luego el estudio a aclarar el punto de vista del *Codex* sobre esta cuestión. No queda olvidada la labor doctrinal; antes bien, aparece a todo lo largo del análisis. Pero se va decantando progresivamente un criterio que se define más claramente cada vez: el criterio teleológico. Pero este mismo criterio ayuda a dificultar el análisis, dado que el fin del ordenamiento canónico trasciende a la finalidad de todos los otros ordenamientos jurídicos, por referirse también expresamente, con una vigencia que repercute como principio técnico que se tiene en cuenta en múltiples decisiones, a la *salus animarum*, fin moral último en toda perspectiva religiosa.

Esta finalidad es esencial de la Iglesia. Pero el modo en que lo es del ordenamiento jurídico canónico, considerado en sí mismo, permite establecer una limitación básica—en el pensamiento del autor—: Todo el fin moral de la sociedad a la que el derecho sirve no podrá hacer que el ordenamiento jurídico mismo sea idéntico o confundible con la moral dentro de la sociedad, porque la determinación de los elementos que entran en la estructura jurídica entendida estrictamente sólo puede incluir a los que vienen determinados por su fin intrínseco y limitado, que en este caso es

tutelar con las características de exterioridad, intersubjetividad, coactividad, etc., lo que a cada sujeto pertenece desde el punto de vista de la *salus animarum*. Esta es fin ulterior, no intrínseco ni propio del ordenamiento canónico tomado en sí mismo.

El derecho canónico se refiere a señalar a cada miembro de la sociedad de la Iglesia la medida en que debe colaborar en la conservación del bien común de asegurar los bienes e instrumentos adecuados para que cada miembro consiga el bien común de la Iglesia. Pero ello sólo en cuanto que mira a que cada uno tenga y conserve "lo que le pertenece" en la disposición y en el aprovechamiento de tales medios. La perfección moral de la persona es la finalidad de la sociedad; el asegurar la paz y la generalidad en el uso de los medios, eso es la finalidad del derecho. Y ello tanto cuando los medios son naturales como cuando no son naturales y, por ser eclesiásticos, diversos de los medios manejados ordinariamente dentro de las sociedades civiles.

Muchos otros son los momentos importantes de este libro. Pero a nosotros nos basta con insistir en la fecundidad de la comparación entre ordenamientos jurídicos de alcance distinto, como son el político y el eclesiástico, para apreciar más hondamente las características de la normativa jurídica frente a otras clases de normas. Por ello los científicos y los filósofos del derecho no perderán su tiempo al estudiar, a través de planteamientos rigurosamente disciplinados, la clara posición jurídica expuesta por José de Salazar en su interesante trabajo.

A. SÁNCHEZ DE LA TORRE

SÁNCHEZ DE LA TORRE (Angel): *En torno a la ciencia jurídica*. Bilbao, 1962.

"La percepción del Derecho" se titula el primer capítulo de los cinco en que se divide este apretado trabajo de Angel Sánchez de la Torre. El punto de partida se halla en una conciencia de la multiplicidad de las formas que el Derecho presenta según la perspectiva en que es considerado, y las cuales conducen a interpretaciones diversas, válidas en cuanto tales —dentro de la necesaria parcialidad que les confiere su irrenunciable perspectiva—, pero insuficientes en cuanto se trate de alcanzar un contacto directo con la realidad de que es manifestación cada una de aquellas formas. Es decir, en cuanto se pretenda obtener una intuición del dato jurídico. El autor se refiere al planteamiento del problema del conocimiento en la filosofía moderna y alude a las perspectivas filosófica y científica sobre la realidad jurídica como las de mayor importancia. Desde una como desde otra se ha venido al fin, generalmente, a señalar como fines para cualquier investigación jurídica, la persona propia, las demás personas y las cosas. Pero tales objetos es claro que no son intercambiables, y en suma el dato jurídico sólo puede hallarse allí donde coincidan los aspectos jurídicos de todo posible objeto de investigación jurídica. En

este sentido, la totalidad de lo jurídico es captada más adecuadamente que en ningún otro concepto, en el de Institución—a juicio de Sánchez de la Torre—, entendida—según admite expresamente—como el conjunto de los usos reconocidos y establecidos que regulan las relaciones entre individuos y entre grupos. A la observación del hecho jurídico así lograda, sigue su clasificación en el conjunto de los demás hechos de calidad igualmente jurídica, clasificación que es fruto de una comparación que nos da los caracteres comunes, así como los diferenciadores, esto es, que descubre la unidad en el seno de la multiplicidad. Tanto el razonamiento como la intuición pueden, según los casos, servir en este proceso, y el autor insiste especialmente—con razón, a pesar de los peligros que ello encierra—en la aplicación del método intuitivo a la práctica judicial, que evitaría obtener decisiones monstruosas por la rígida aplicación de la norma tal y como se realiza a través de un inflexible proceso demostrativo. La clasificación, en fin, a que se ha aludido, puede extenderse además a los hechos jurídicos posibles dentro del mismo sistema de condiciones en el que se han dado los hechos jurídicos actuales, quiero decir ya realizados; la proyección hacia el futuro de este sistema de condiciones permite así integrar en el sistema clasificación presente los hechos posibles, lo cual es condición necesaria para toda actividad normativa.

El capítulo segundo—“Realidad y conocimiento del Derecho”—principia con la alusión al problema esencia-existencia en el caso del Derecho. La cuestión de qué sea el Derecho se está dando por resuelta cada vez que se determina qué es de Derecho. Y es cuestión harto grave, habida cuenta de que las relaciones jurídicas subsisten—generalmente—con independencia de la voluntad de los sujetos implicados en ellas, viniendo éstos a topar al fin—acaso impensadamente—con la cruda realidad de unas consecuencias adversas que no desearon, que ni siquiera previeron tal vez. El problema gnoseológico aquí implicado obliga al autor a tocar el tema del conocimiento. El conocimiento empírico consiste en el establecimiento de límites entre los objetos en cuestión, y por medio de los esquemas biológicos apropiados; pero este conocimiento no es aún conocimiento de “realidad”, pues éste requiere una acción racionalizadora, a saber, la atribución a los datos empíricos de un sentido en conexión con la acción proyectada, así como la patentización del sentido de ellos en sus relaciones recíprocas. De esta manera, la experiencia jurídica no puede considerarse un modo de conocimiento de la realidad del Derecho, sino tan sólo la certidumbre acerca de la existencia de ésta. Mas el lector acaso se acaba de preguntar: “Bien, ¿y de dónde proviene la juridicidad de esa experiencia?” Pues proviene del esquema biológico aplicado, el cual delimita el objeto jurídico de otros que no lo son y nos muestra de tal forma su calidad jurídica. Lo fundamental es, pues, este esquema, y en razón de su importancia permítaseme reproducir la propia descripción del autor: “El esquema jurídico nos viene dado por lo siguiente: la posibilidad de que un objeto sea utilizado por alguien de tal modo que esté a disposición de ese alguien; que esté a la mano de alguien hasta el punto de que en cualquier momento pueda disponer del mismo; con la calidad de que la disposición y disfrute por alguien de ese objeto signifique una

libertad para ese sujeto o para algún otro sujeto, o una servidumbre para cualquier sujeto" (pág. 18). Cualquier objeto al que sea aplicable este esquema se constituirá por el solo hecho de tal aplicación en dato jurídico, esto es, en objeto de experiencia jurídica. Mas esto no es sino la primera parte: la constancia de algo jurídico. ¿En qué consiste la realidad jurídica de este objeto? Contestar a esta pregunta requiere la actividad racionalizadora aludida hace un momento; quiero decir: requiere poner ese dato jurídico en conexión con nuestra acción futura a fin de comprobar la medida en que responde adecuadamente a ésta, revelándonos en su respuesta la juridicidad de su realidad. Se trata, en suma, de un experimento que confirme o desmienta la exactitud del esquema inicialmente delineado. La adición a éste—supuesto que sea confirmado por el experimento—de otros esquemas secundarios que señalen la modalidad de libertad a que el primero se refiere, posibilitará el establecimiento de un conjunto de relaciones de razón en torno al objeto jurídico que nos ha servido de punto de partida—e igualmente con cada uno de los objetos jurídicos posibles—. El conjunto de todas las relaciones constituye el "sistema jurídico".

Con esto pasamos al capítulo tercero—"Posibilidad de la ciencia jurídica"—, donde el autor desarrolla de manera más explícita los presupuestos metódicos que acabo de referir esquemáticamente. El esquema jurídico se reduce, en última instancia, a la influencia en la libertad de un sujeto, sea para su bien o para su mal. Que esta influencia acompañe al sujeto aun siendo en su perjuicio, sin que le sea posible desasirse de ella, significa que hay un elemento externo a él con poder suficiente para lograrlo, y éste es justamente otro sujeto en cuyo beneficio se constituye la referida limitación de la libertad del primero. He aquí cómo la alteridad es el primer elemento sistemático del Derecho. Una racionalización ulterior de este elemento conduce a un correspondiente esquema secundario, el de la interferencia intersubjetiva. Pero en la conducta jurídica aparece empíricamente la persona como sujeto portador de fines, o lo que es otro tanto, como ejercitador de libertad. El consiguiente proceso racionalizador nos da la versión universalizada de esta aprehensión empírica y concreta de la persona; y esa persona de validez universal aparece como "situación" referida a una red de interferencias intersubjetivas en la forma de un complejo de exigencias recíprocas. La satisfacción de estas exigencias consiste en la justicia, cuya versión universalizada, racional, es el Derecho. Y de este se puede decir, en suma, que es "un modo de captación radical del hombre en su proyección universal como sujeto de conducta alteritaria" (pág. 30). De esta manera se han logrado tres aspectos empíricos—sujeto alteritario (hombre), sujeto en situación (persona), justicia—a los que corresponden tres aspectos racionales—interferencia intersubjetiva, institución, Derecho—y cada una de las tres parejas (formada por un aspecto empírico y su correspondiente aspecto racional) resulta implicada en un categorema. Los tres categoremata son: Orden (sujeto alteritario-interferencia intersubjetiva), poder-deber (sujeto en situación-institución) y norma (justicia-Derecho). Es así como la particularidad de la experiencia jurídica y la generalidad

propia de la racionalización científica quedan resumidas e integradas en una comprensión unitaria que haga posible el sistema de la ciencia jurídica. Téngase en cuenta, por último, que las tres categorías enunciadas forman una escala cuyo más bajo escalón—el orden—se conecta con el hecho jurídico puro y simple, y a su vez el escalón superior—la norma—lo hace con la ley.

En el cuarto capítulo, Sánchez de la Torre desarrolla unas reflexiones sobre la constitución histórica de la ciencia jurídica, su dimensión geográfica, su dimensión histórica y la posición ante ella de varias escuelas filosóficas—iusnaturalismo, Escuela Histórica, actitudes sociológicas, normativismo, existencialismo—, dejando para el capítulo quinto, y final, la consideración de “Las estructuras jurídicas y el problema sistemático”. El autor comienza por prevenir al lector contra el peligro—incluido con frecuencia—de tomar la parte por el todo (“totalitarismo”), por muy importante, por muy representativa que ella sea, pues se desvirtúa en cualquier caso la realidad estructural del todo. En el caso del Derecho, su estructura se compone de los siguientes aspectos: el normativo, el institucional, el de la conducta y el del valor; justamente como sanción de este valor se constituye la sanción jurídica, la cual se materializa como seguridad jurídica. La advertencia de cómo se implican recíprocamente estos elementos en la estructura del Derecho ha llevado a multiplicar los puntos de vista autónomos para el estudio de la realidad jurídica; con la consideración de algunos de los autores que realizan este tipo de estudio, da fin este ensayo de Sánchez de la Torre, donde—como el lector habrá podido entrever—se plantean problemas muy radicales en torno al Derecho y hay materia para un hondo estudio y para un largo diálogo.

JOSÉ HIERRO

SANTAMARÍA (Carlos): *Jacques Maritain y la polémica del bien común*.
Colec. Bien Común, A. C. N. de P., Madrid, s/f., 82 págs.

A través de sus publicaciones sobre filosofía social y política, el filósofo-matemático (que es ser dos veces filósofo), Carlos Santamaría, secretario general de las Conversaciones Católicas Internacionales de San Sebastián, de tan acreditado prestigio e interés, secretario general del Movimiento Internacional Pax Christi y director de la Revista “Documentos”, ha sabido plantear y abordar problemas de la mayor actualidad que, a veces, ha animado vivamente en conferencias verdaderamente sugestivas.

El contenido de una conferencia que tuve el honor de oírle en el Centro de la A. C. N. de P. de Madrid, ha sido luego recogido y ampliado en este libro que ahora presentamos. Expone en él fielmente el pensamiento, conocidamente “personalista” del tan discutido Maritain, maestro mío durante algún tiempo. Dice muy bien Santamaría en las primeras líneas de este libro que “el simple hecho de mencionar a este pensador francés, como no sea para vituperarle, parece producir en algunos secto-

res de la opinión un malestar y hasta una irritación poco explicables o tal vez, si se quiere, demasiado explicables" (pág. 5).

No hemos de entrar aquí, no es este lugar apropiado, en la polémica Maritain-Koninck y sus respectivos "defensores". Sabido es que Maritain defiende la naturaleza y supremacía personal del bien común, referido fundamentalmente al bien supremo del hombre. Pero no es principalmente este aspecto del bien común el tratado en este libro, sino que el autor estudia casi exclusivamente el bien común temporal, el bien de la sociedad civil, en relación, eso sí, con el bien del hombre, es decir, con el bien particular o personal de cada ciudadano. Maritain—subraya en su honor Santamaría—, en un momento de peligro para la Humanidad, en el que el totalitarismo amenazaba tragarse el mundo—momento que por desgracia no ha pasado todavía, ni mucho menos, pues mientras el totalitarismo marxista sigue aún boyante, surgen nuevos brotes de totalitarismos racistas—, quiso afirmar la superioridad de la persona sobre todas las sociedades temporales, "en razón de su ordenación al absoluto y según que es llamada a su destino superior a lo temporal", y sostener que "si la sociedad humana intenta desconocer esta subordinación y, en consecuencia, erigirse ella en bien supremo, pervierte automáticamente su naturaleza y la naturaleza del bien común y destruye este mismo bien".

No necesitamos verificar esta cita de Maritain que hace el autor (página 10) y que damos por buena, porque cuadra perfectamente con la doctrina del ilustre profesor francés, que si pone el individuo como el Estado al servicio de la sociedad, la sociedad está al servicio de la persona y la persona al servicio de Dios.

La originalidad de Maritain entre los pensadores político-cristianos consiste, para el autor, "en haber planteado el problema del bien común *sub specie personae*, esto es, personalista", porque la grandeza de la persona, sus derechos ante el Estado, su emergencia del bien común intrínseco del universo, *se fundan en su directa ordenación a Dios* (pág. 30). No es, pues, el personalismo de Maritain una exaltación idolátrica a antropomórfica de la persona y pretender que Maritain defiende la autonomía de la persona erigida en fin de sí misma, "es desconocer o, si se quiere, falsear su pensamiento". Contra el individualismo doctrinario, que niega el orden social o lo vacía de todo sentido comunitario, Maritain afirma rotundamente que el hombre es parte de la sociedad. Y contra el totalitarismo, que niega la trascendencia de la persona y las realidades superiores contenidas en ella, que la hacen portadora de derechos anteriores a toda ley positiva. Maritain afirma que el hombre es un todo subsistente cuyo bien trasciende el bien común temporal; que bajo ciertos aspectos el hombre es superior al Estado y que lejos de hallarse el hombre en cuanto todo lo que es y posee al servicio del Estado, Dios ha querido que el Estado exista y sirva para ayudar al hombre en la realización de su fin último. Queda así aclarada la aparente contradicción que pudiera parecer entre ser el hombre *parte* del Estado y que éste deba a su vez *servir al hombre*, porque si el hombre es parte y debe servir al Estado, *no secundum se totum et secundum omnia sua*.

El bien común, dice Santo Tomás, es superior al bien particular *si sint*

ejusdem generis. Y el bien común temporal no es fin, sino medio, o a lo más, fin intermedio no último del hombre.

E. SERRANO VILLAFANE

STRICH (Walter): *Telos und Zufall. Ein Beitrag zu dem problem der biologischen Erfahrung*. Max Niemeyer Verlag. Tübingen, 1961, XXII, 246 págs.

Bajo ese título de "Finalidad y acaso" se nos ofrece una descripción fenomenológica de los grados de realidad, desde la física a la psicología. El subtítulo habla del contenido como de "una contribución a la experiencia biológica", indicando cómo la región de la vida es la mediadora entre todos los extremos que ocurren en la realidad. Se parte de considerar la vida como problema físico, investigando después sus manifestaciones en los planos de la biología, la psicología y la filosofía. El campo de cuestiones abordadas es extremadamente amplio; por esto, se pasa sobre ellas ofreciendo sólo indicaciones. No ha de buscarse en el libro un tratado orgánico sobre una materia determinada, sino una serie de estímulos conductores de posibles nuevas investigaciones. Por otra parte, la obra se edita como póstuma, sin la última puesta a punto que hubiera verificado el autor.

Los análisis tienen interés por las precisiones que establecen para demarcar el reino de la vida, así como por el esfuerzo para establecer la delimitación propia de lo humano. Frente a una psicología científica de la causalidad, da la preferencia a una psicología fenomenológica del sentido. Es interesante la obra por el caudal de observaciones aisladas, antes que por los resultados de conjunto, que adolecen de las características de obra no acabada.

Hace de introducción un prólogo debido a Max Friedemann, en el que se considera la importancia de la personalidad científica de Strich, exponiendo las ideas fundamentales de su obra, como medio adecuado para una más fácil comprensión de la presente.

S. ALVAREZ TURIENZO

ULMER (Karl): *Von der Sache der Philosophie*. Verlag Karl Alber, Freiburg im Breisgau, 1959, 118 pág.

El cometido que da aquí el autor a la filosofía consiste más en saber dónde está el hombre dentro del mundo que en decidir lo que el mundo es o lo que son las cosas dentro de él. Cada ciencia particular tiene su objeto propio recortado entre lo real; el objeto de la filosofía es la totalidad del mundo en orden a señalar el puesto que en él compete al hombre.

A partir de esta idea, sustancialmente el opúsculo se reduce a definir

unos cuantos conceptos que servirán de base a la explicación; a presentar la línea histórica, en una de las direcciones de evolución, a través de la cual el hombre se ha desenvuelto respecto a aquellos conceptos; y en presentar las perspectivas que hoy se ofrecen al pensador sobre el problema central del puesto del hombre en el mundo.

Los conceptos que sirven de base al ensayo apenas pertenecen a la terminología filosófica. (En una de las notas finales el autor señala el ingreso moderno de los mismos en el lenguaje técnico.) Se trata de términos como horizonte, lejanía, suelo, perspectiva, apertura... El punto de referencia en orden al cual cobran sentido es el hombre, que crea la filosofía como esfuerzo de acomodo y orientación en el mundo que le rodea. Se indican las etapas de ese proceso de acomodación y oriente, desde los griegos hasta nosotros, haciéndolo en relación con los conceptos astronómicos, lo que sirve de ilustración a la tesis central. A este respecto, destaca la significación que tiene el cambio de punto de vista moderno, realizado desde Copérnico a Newton, pasando por Galileo. En esta época se verifica el último intento por acomodar la apertura inusitada de horizontes a que asiste el hombre a la tradicional concepción cristiana en la que viene acomodado. Posteriormente, el hombre a ido ensanchando cada vez más los límites de su morada en el espacio. Su mundo ha dejado de ser centro acogedor, y hoy se encuentra "en la situación del marinero en alta mar, que ha perdido toda seguridad sobre su posición, en medio de la noche, sin que brille sobre él ninguna estrella".

La filosofía será la encargada de proporcionar de nuevo orientación a ese hombre perdido. Se advierte, pues, que el propósito del estudio es ambicioso. Pero hay que reconocer que está desarrollado sin demasiadas pretensiones, distinguiéndose sus páginas más por lo abarcador del tema que por la profundidad y detalle de la exposición.

De intento carece el escrito de otras pretensiones que las meramente introductorias.

S. ALVAREZ TURIENZO

VALENTINI (Francesco): *La filosofía francesa contemporánea*. Feltrinelli Editore. Milano, 1958, 371 págs.

Como reza el título y dice su autor en la *Avvertenza* preliminar, se propone examinar las manifestaciones más importantes del pensamiento francés postbergsoniano.

La influencia de los últimos años y el ambiente postbélico han contribuido, si no al nacimiento de nuevas filosofías, sí al menos a evidentes formas nuevas de filosofías no tan cercanas. La filosofía francesa contemporánea conducirá a la reconquista de posiciones tradicionales: marxismo, hegelismo, cristianismo católico. El término existencialismo (repudiado por los existencialistas más caracterizados), presenta la doble vertiente, católica en Marcel, marxista y atea en Sartre, y el filósofo Eric Weil insiste en los temas clásicos del hegelismo.

En tres partes, con un total de trece capítulos, condensa el autor el

contenido de este libro. Expone la filosofía que él llama de la "experiencia oscura" de Manuel Levinas que, juntamente con Camús, representa el pase de la literatura bizantina a la filosofía de la existencia propiamente dicha. Levinas, más filósofo que literato, y Camús, más literato que filósofo, ambos, sin embargo, se mueven en la misma atmósfera, que nutre las meditaciones ontológico-metafísicas de Levinas y las ético-axiológicas de Camús. *La filosofía de la corporeidad*, de Merleau-Ponty, ocupa un largo capítulo, aun cuando este autor francés y su obra sea más bien el resultado de repensar los resultados obtenidos por los psicólogos de la forma, para de sus enseñanzas científicas sacar consecuencias filosóficas. Porque filosofía y ciencia no tienen para Merleau-Ponty campos de investigación diversos. Con otro capítulo—el más largo—sobre Jean Paul Sartre, termina el autor la primera parte de su libro, dedicada al existencialismo ateo, señalando la evolución filosófica y política de Sartre, que desde la crítica antiburguesa y la polémica antihegeliana llega a un filocomunismo ("ultrabolchevismo" le llama Merleau-Ponty) si bien no signifique adhesión incondicionada a la política comunista, a la que ha dirigido en ocasiones muy vivas críticas. Con Sartre el existencialismo se autocritica y reemprende el inicial diálogo con Hegel, tornando del subjetivismo a "lo objetivo", a lo general que, como en Marx, no le opone lo singular, sino que da de aquél otra interpretación basada sobre una diversa concepción del Estado moderno y una diversa valuación de los contrastes sociales.

Las corrientes cristianas—segunda parte del libro que presentamos—se inicia con un capítulo que se refiere a los precedentes más notables del actual pensamiento cristiano francés, que el autor fija en Maine de Biran y Henri Bergson, para tratar de la "filosofía del espíritu" de Le Senne y Lavelle y de la reflexión *naturaliter christiana* de Marcel, que, para el autor, es un catolicismo romántico, antirracionalista, un sensualismo católico, o mejor, el amor cristiano que aspira a la universalidad y a la posibilidad de anticipar en la tierra el gozo que esperamos en el cielo. En la figura y la filosofía de Manuel Mounier, hace converger F. Valentini las exigencias de renovación de la cultura cristiana francesa de nuestros días, mitigando la oposición al mundo moderno y acogiendo de él algunos motivos. El problema de las relaciones con el marxismo y el comunismo centra la atención de Mounier, y, sobre todo, el tema del "personalismo" que a tantas y tan vagas y dispares interpretaciones se está prestando.

El retorno a Hegel—última parte del libro—, ha encontrado en autores franceses, como Jean Hyppolite y Eric Weil, entusiastas partidarios, desenvolviendo el último una filosofía historicista que representa en la cultura francesa una vuelta a la "razón" hegeliana, contra las protestas del subjetivismo existencialista. Las relaciones de Marx-Hegel y las discusiones con el marxismo, es el rasgo más característico de la filosofía francesa de hoy. La polémica marxista, con *La theorie materialiste de la connaissance*, de Garaudy y la *Lettera su Hegel*, de Lefebvre, demuestran

una vez más las desviaciones de la "izquierda" hegeliana, aunque en ambos autores, como en Sartre, el marxismo hegeliano sea la "destra" del comunismo.

EMILIO SERRANO VILLAFAÑE.

VIEHWEG (Theodor): *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck, München, 1953.

Es un poco difícil dar expresión en castellano al propósito de este libro del profesor Viehweg a través de los términos que constituyen su título. *Jurisprudenz* se corresponde bastante bien con el "jurisprudencia", en el sentido de "Ciencia del Derecho". Pero en cuanto al término "Topik", el vocablo castellano más próximo a él es el de "tópicos", al que hay que comenzar por despegar del sentido peyorativo que normalmente se le adhiere, para entenderlo solamente en la primera de las acepciones que le da el Diccionario de la Academia: "Principios generales de que se sacan las pruebas para los argumentos en los discursos". Pero aun así no tendríamos el equivalente del vocablo alemán, ya que éste se refiere a un modo o "técnica del pensamiento", cuyo desarrollo se debe a la retórica, pero que puede extenderse a todo pensamiento problemático, en cuanto opuesto al deductivo sistemático.

Podríamos decir que se trata de una de esas lecciones amargas, difíciles de dar, que por eso mismo son tanto más necesarias. El libro de Viehweg no viene a caer en un ambiente de entusiasmo por el método deductivo y "rigurosamente científico", por el estilo del que encontró la célebre conferencia de Kirchmann; y puede referirse a orientaciones del pensamiento jurídico semejantes, que han encontrado reciente expresión en obras de Fritz von Hippel, Josef Esser, Walter Wilburg... No obstante, Viehweg señala con razón que de ordinario se presupone la existencia de un sistema jurídico en sentido lógico, por más que de hecho no se haya logrado nunca todavía.

La argumentación de Viehweg para poner de manifiesto la necesidad de contar con la forma de pensamiento "tópica" es implacable; aun dando por supuesta la constitución de un auténtico sistema jurídico, la forma problemática tendría que hacer su aparición en la selección de los principios y conceptos fundamentales de ese sistema, lo que, evidentemente, no puede caer dentro de los cuadros estrictamente lógicos. Pero con lo que efectivamente nos encontramos en el campo jurídico no es con un sistema propiamente dicho, sino a lo sumo con una pluralidad de sistemas, cuya amplitud es muy variada, que a veces no van más allá de unas pocas deducciones, y cuya relación mutua no resulta estrictamente demostrable. Entonces será preciso lograr una concordancia aceptable entre los diversos sistemas por medio de explicaciones y de conexiones que no siempre han de moverse en el sentido del pensamiento estrictamente lógico-sistemático, sino que a veces presentarán un problematismo propio del pensamiento "tópico".

Pero con esto no hemos hecho todavía más que empezar a señalar

el campo de actuación que en la ciencia jurídica le corresponde a la forma de pensamiento problemático. Esta acosa por distintos puntos a la construcción pretendidamente cerrada del sistema jurídico. Así, en cuanto tratemos de aplicar éste nos encontraremos forzosamente con una serie de casos cuya inclusión en el sistema resulta problemática. No tendremos entonces más remedio que acudir a la interpretación, ampliando, reduciendo o acomodando el sistema. Operaciones semejantes tendremos que realizar con los términos del lenguaje natural, en los que ordinariamente se vierte el sistema jurídico. Finalmente nos encontramos con que la realidad misma que ha de ser regulada por el Derecho necesita de una interpretación, que rebasa asimismo los límites del sistema.

Por eso puede decir Viehweg que, si echamos la vista atrás, veremos que es bien poco lo que queda del pensamiento jurídico lógico-sistemático. Y por eso puede atreverse a confrontar con la ciencia jurídica que responde a los deseos de la cultura occidental del continente europeo en la Edad Moderna otro tipo de ciencia jurídica. Afortunadamente puede contar ya para esto con no pocas actitudes de comprensión. Este nuevo estilo de ciencia jurídica parte de la incesante búsqueda de la justicia para cada caso, que es la fuente de donde procede el Derecho positivo y que tiene que seguir manando dentro de éste. La ciencia jurídica entonces tiene que afanarse por encontrar lo justo, sin encerrarse en el círculo del sistema, sino valiéndose de todos los recursos humanos. Si tratáramos de completar aquí la expresión del pensamiento de Viehweg, añadiríamos que no sólo por medio del pensamiento, sino también valorando, o, al menos, no sólo por medio del pensamiento estrictamente lógico y racional, sino también por medio del pensamiento retórico-dialéctico, del que siempre en mayor o menor escala se ha servido la ciencia jurídica y del que hoy por hoy se ha de servir con humildad, pero sin desdoro.

Las consideraciones de Viehweg, que parten del campo de la estricta ciencia jurídica, desembocan de este modo en los límites de la axiología jurídica, poniéndose en conexión con el Derecho natural. No nos queda más que añadir a la aprobación general que nos merece la obra de Viehweg, sino que entendemos que su problematismo, por lo que se refiere a este campo, se reduce al orden de aplicación concreta de los principios, sin que esté implicada para nada la problematicidad del Derecho natural mismo.

J. M.^a R. PANIAGUA

WELZEL (Hans): *Derecho y Poder*. Vers. cast. de E. Garzón Valdés. Córdoba (R. A.), 1962.

En este breve trabajo, en lengua original, *Macht und Recht*, escrito en 1959, el ilustre profesor de Bonn estudia uno de esos grandes temas siempre eternos y por ello siempre actuales de la filosofía jurídica y política: el de las relaciones entre Poder y Derecho. También nosotros —dice el autor—nos enfrentamos con este problema cuando hemos visto

declarar como *Derecho* algo que, sin embargo, era a menudo sólo *poder* mal disimulado y que hasta incluso se manifestaba abiertamente como poder, es decir, como el "derecho del poder".

Claro que el *Derecho también* tiene que ser poder porque siendo el hombre un ser que está en riesgo y peligro, es por eso él mismo un riesgo y un peligro. "La dinámica de la naturaleza humana ha sido siempre presentada como la razón decisiva para que el *Derecho* tenga poder. La primera y más importante misión del *Derecho* es dominar o superar la guerra civil de todos contra todos... poner fin a la anarquía, a la lucha revolucionaria de todos contra todos y garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad ante la violencia física" (pág. 48). Pero además el *Derecho* tiene que ser poder porque el *Derecho* tiene que imponerse frente a las concepciones divergentes de los tipos de ordenación.

Ahora bien, si el *Derecho* tiene fuerza y poder configurador de la realidad ¿cómo—se pregunta el autor—se diferencia entonces del "simple" poder? Siempre es una característica *formal* la que debe distinguir al *Derecho* del simple poder. La vinculación normativa en que consiste el *Derecho*, considerada desde el punto de vista del individuo es su *deber jurídico*, y desde el punto de vista de la norma es *validez* jurídica. Pero el deber jurídico si se considera como deber coactivo—lo que, según el autor es una contradicción—, sería un "nihilismo" filosófico-jurídico como consecuencia del concepto positivista del *Derecho* como poder regulado, olvidando que el poder—regulado o no—puede sólo coaccionar pero no obligar. Por lo que se refiere a la *validez* de las dos teorías, la de la *coacción* y la del *reconocimiento* que pretenden fundamentarla, la primera incurre en un "error metódico fundamental" y contra ella habla el hecho de que la coacción tiene que cesar en algún momento (por ejemplo, para los órganos supremos del Estado, *Derecho* internacional, *Derecho* canónico) sin que por ello dejen de ser normas jurídicas. Y la teoría del *reconocimiento* "trabaja con ficciones" y es descendiente tardío de la antigua teoría iusnaturalista del contrato social". Las dos teorías de la *validez*, como teorías fácticas, únicamente podrán decir por qué el *Derecho* ha sido *efectivo* (a causa de la coacción o del *reconocimiento*), pero no por qué *debe ser* obedecido; ninguna de esas teorías puede dar respuesta alguna al problema de la *validez* del *Derecho*; se refieren a un *tener que*, o a un *querer*, pero no a un *deber ser*.

Cuando el *Derecho* se presenta como puro *factum*, como simple poder, no puede alcanzar la obligación de los miembros de la comunidad jurídica, de obedecer la norma. El *Derecho* tiene entonces que renunciar a la imposición de un deber jurídico y a la pretensión de *validez*. "Esto significa, con otras palabras, que el *Derecho* deja de ser *Derecho*... La teoría jurídica positivista fracasa frente a este presupuesto indispensable del *Derecho* (su obligatoriedad normativa). El *Derecho* no es sólo poder coactivo, sino también valor obligante" (pág. 62).

El *Derecho* tiene que ser poder para cumplir su misión de protección y garantía y por ello encierra una fuerza obligatoria como orden normativo. Pero sólo el hombre puede asumir deberes. El *Derecho* puede *obligar* al hombre sólo como *persona*, reconociéndole, a su vez, como tal.

Y precisamente en este reconocimiento del hombre como persona, reside la diferencia decisiva entre el Derecho y el simple poder.

Una última cuestión planteada por Welzel es si a la larga un orden social puede imponerse como simple poder, es decir, sin el momento de obligatoriedad y por consiguiente sin el reconocimiento como persona de los seres a quienes se refiere. Con el autor, pensamos "que la durabilidad del simple temor es imposible." Y con el autor y ambos con Aristóteles, terminamos con "el ente se niega a ser mal administrado".

E. SERRANO VILLAFANE

WELZEL (Hans): *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*. Traducción de E. Garzón Valdés. Córdoba (R. A.), 1962.

Este libro, comprende los tres trabajos del ilustre profesor Hans Welzel: *Naturrecht und Rechtspositivismus*, *Macht und Recht* y *Gesetz und Gewissen*, publicados de 1953 a 1960, que son, a su vez, el complemento de su *Derecho natural y justicia material*, cuya traducción española de F. González Vicen (1957) tanto ha contribuido a divulgar el pensamiento de su autor.

Aun cuando estos trabajos reflejan "una unidad de pensamiento" que se expresa en el título común indicado, fijamos por ahora la atención en el primero de ellos por ser indudablemente el más interesante.

El eterno problema del Derecho natural y de su relación con el Derecho positivo, "se ha transformado en un apasionante acontecimiento para nuestra generación". Al rechazo y negación de todo Derecho natural superior al Derecho positivo, que era el punto de partida de los juristas del siglo XIX y comienzos del actual, el fracaso del positivismo en recientes y sangrientas experiencias, ha despertado la conciencia de juristas y filósofos, algunos de los cuales habían contribuido no poco a su exaltación, quienes en famosas rectificaciones de última hora han apelado nuevamente al en otro tiempo repudiado Derecho natural. El nombre de Gustav Radbruch es por todos invocado a este respecto y así lo hace aquí Welzel.

¿Pero qué es este Derecho natural frente al cual es nulo el Derecho positivo que lo contradice? La historia del Derecho natural es, para Welzel el desarrollo continuo de un diálogo entre dos posturas radicalmente diferentes: una idealista y otra existencial, que busca la solución del problema de la ética jurídica material, esto es, del problema de la justicia. Por eso distingue el autor entre Derecho natural "ideal" y Derecho natural "existencial", que desde Platón y Aristóteles, pasando por Scoto, Hobbes, Kant, Scheler y Hartmann hasta Helmut Coing, recorre la historia del iusnaturalismo. No es posible pretender enfrentarse con el Derecho natural actual desconociendo la situación histórica que es la que impide retrotraer los problemas a un pasado que desconoce el proceso ya realizado, ni solucionar las cuestiones de la ética material prescindiendo de la oposición actual entre iusnaturalismo y positivismo jurídico o igno-

rando uno de los términos de la oposición. Esta es la razón del título del libro (pág. 109), que parece muy adecuado al propio H. Welzel (página 9). Porque la situación actual del Derecho ha hecho necesario que el jurista tenga que ir más allá del mundo conceptual del positivismo a fin de buscar ideas transcendentales que confieran seguridad y universalidad a sus afirmaciones.

Sabido es que el positivismo jurídico es la teoría de la omnipotencia jurídica del legislador. Es “una parte de la teología *jurídica*, o sea, la transmisión de propiedades divinas al legislador terrenal, y “la teoría de la omnipotencia jurídica del legislador es el verdadero pecado original del positivismo jurídico” (pág. 35).

Pero no es nuestro autor de los que se cruzan de brazos impotente ante ese hecho que registra, ni “ante el grave peligro—actual en Alemania—de volver a caer en un positivismo legal extremo”. Frente a esta situación—dice—“es necesario estar especialmente alerta y aclarar el problema del valor y de los límites del positivismo jurídico” (pág. 19). Superarlo—afirma en otro lugar—es tarea fundamental del futuro. Pero la “superación” del positivismo no la encuentra Welzel en la remisión a un Derecho “suprapositivo”, sino en las propias limitaciones inmanentes al Derecho positivo. La primera limitación se encuentra en las estructuras lógico-objetivas insertas en la materia jurídica y preliminares a toda regulación positiva. Pero su función limitadora es sólo relativa, esto es, obligan al legislador en la regulación de un determinado tipo y sólo obligan lógicamente, o sea, cuando quiere que su regulación responda a la realidad de las cosas. Son estas estructuras las que obligan al respeto de ciertos principios, cuya violación puede volver contradictorio y falso un orden jurídico positivo. Estas estructuras lógico-objetivas “atan sólo relativamente al legislador, es decir, que su inobservancia hace que su regulación sea no objetiva, contradictoria, con lagunas, pero no nula” (página 41). Y, además, la determinación de estas estructuras lógicas no puede solucionar por sí sola todos los problemas de una ordenación justa, como han señalado en recientes publicaciones Erik Wolf, Th. Würtenberger y W. Sauer. ¿Existen, entonces, otras limitaciones? ¿Existen principios materiales inmanentes que ninguna disposición estatal puede violar so pena de volverse inmediatamente nula y no obligatoria y perder su juridicidad? En realidad—dice Welzel—hay un único principio de este tipo: la autonomía ética del ser humano, que es la única que puede asegurar un contenido valorativo al Derecho. La autonomía ética es lo que transforma al individuo en persona y es al hombre en cuanto persona a quien se dirige el Derecho —“que, por su propia esencia, puede ser recto; ¡también el Derecho positivo! (pág. 43)—, exigiendo acatamiento como poder obligante, ya que “el hombre en tanto persona (como fin en sí ético) es el contenido material mínimo de la ética”.

El respeto de la autonomía ética no sólo confiere carácter jurídico a la organización social, sino que también es la condición indispensable para imponer deberes verdaderamente obligatorios. “El Derecho—dice—es “Derecho y poder” sólo en tanto puede obligar al hombre persona. El Derecho en tanto orden normativo presupone como condición de posibilidad el re-

conocimiento del hombre como persona". Esto es lo que distingue al derecho del simple poder; o sea que el principio de autonomía determina también la actitud del individuo frente al orden social en que vive.

EMILIO SERRANO VILLAFAÑE

ZARAGÜETA (Juan): *Problemática del bien común*. Colec. Bien Común, A. C. N. de P., Madrid, s/f., 93 págs.

Como buen filósofo y excelente pedagogo, el profesor Zaragüeta analiza *more philosophico* la problemática del bien común empezando, como es de rigor, por los "conceptos previos" de *Bien* y de *Común* porque de la conjunción de ambos se trata. Tras definir los conceptos previos, plantea la problemática del Bien Común con los *juicios* en que habrá de formularse, para hacernos cargo de sus directrices de solución. "Por quién" y "para quién" el Bien Común? El bien producido en común, y el consumo de ese bien para las humanas necesidades, son los aspectos que corresponden a lo que el docto maestro llama la *eficiencia* y la *finalidad*, ya que si se consume *porque* se ha producido (perspectiva de la eficiencia), no es menos cierto que se produce *para* consumir (perspectiva de la finalidad). De estos dos aspectos el sentido en que más corrientemente es entendido el tema del Bien Común es la finalidad de que el orden social se constituya en la forma de que el Bien sea extensivo a todos los hombres y sea participado por todos, incluso en condiciones de igualdad, que hasta eso se llega en la definición de una justicia ideal (pág. 49). Distingue el autor dos aspectos en dicha finalidad: uno el *objetivo*, o sea el que de *qué* se debe querer, y otro el *subjetivo*, o sea el de *para quienes* se debe querer el bien objetivo. Pues bien—prosigue—"procede afirmar desde luego rotundamente que el Bien Común así entendido absoluta y rigurosamente es un ideal de imposible realización en este mundo, o sea una verdadera utopía, tanto en el aspecto de bien objetivo como en el de bien subjetivo... y el carácter de utopía se hace más patente ya que por doquiera nos enfrentamos con la limitación, duplicada de desigualdad, en que se dan los bienes, así como los males, en la vida social humana" (p. 50).

En las condiciones de desigualdad de la vida social "resulta quimérica la consigna de lograr un Bien Común en el sentido estricto de ambas palabras: un *bien* que sea sólo bien y que sea extensivo a todos los hombres simultánea y sucesivamente existentes en todo el ámbito del planeta" (página 56). Pero los hombres son miembros de una "sociedad" y entonces de habla de un Bien Común, o sea de toda comunidad, bien a cuya colaboración contribuyen todos y que a su vez se distribuye entre ellos conforme a un criterio de proporcionalidad. Cada sociedad política tiene su Bien Común que será particular respecto de otros Estados y de todos ellos bajo la Comunidad humana, Humanidad universal, única entidad de la que puede predicarse el Bien Común en el sentido más estricto.

Termina el autor acentuando el valor supremo de la persona individual,

a cuya valoración se han de enderezar hasta las actuaciones colectivas, así como el valor de éstas se da también en función de los individuos que las constituyen. Procede—dice—“reconocer el condicionamiento por la sociedad de las virtualidades individuales; mantener, en igualdad de condiciones, la prioridad del Bien Común sobre el particular, considerando una injusticia el favor a éste prestado a expensas de aquél” (pág. 86).

E. SERRANO VILLAFANE

ZUBIRI, (Xavier): *Sobre la esencia*. Sociedad de Estudios y publicaciones. Madrid, 1962, 521 págs.

Tema de rango dentro de la Historia de la Filosofía, de larga vida, de direcciones intrincadas. Y, como ocurre con los temas fundamentales, y de larga tradición, ésta gravita en cada pensador que se enfrente de nuevo con él. Zubiri tiene que tener en cuenta—en la forma de tomarla a peso—la historia entera de la meditación filosófica sobre la esencia. Sin embargo—no nos induzcan estas palabras a error—no se trata de una monografía histórica cuyo objeto fuera la elucubración de los demás pensadores sobre la esencia. Se trata del comienzo de una metafísica personal que empieza enfrentándose con los problemas que plantea la realidad desde el tema de la esencia. Esta preferencia, por otro lado, no es un capricho, sino que está justificada a lo largo de toda la obra, y ya desde sus comienzos. Quiero dedicar a esto unas palabras para que tengamos claro el punto de partida; el resumen de la obra tendrá que ser por fuerza incompleto. La rigurosidad y hondura de los planteamientos, la novedad y asentamiento de las soluciones, la pulcritud minuciosa de los enlaces queden desde aquí afirmados. No serán mucho más que afirmaciones avaladas por mi, ya que el resumen del texto en unas líneas no puede dar idea cabal de la magnitud de la empresa.

Comienza el libro por una frase de Aristóteles: “esto es una especulación sobre la sustancia”. Sustancia fué el modo aristotélico de entender la realidad. Las cosas eran sustancias, y la teoría de la realidad era la teoría de la sustancia. “Lo que” la sustancia era, fué la esencia. La esencia se entiende desde la sustancia y esta línea de pensamiento inaugurada por Aristóteles tiene una continuidad en la historia de la Filosofía. Vemos pues que el tema de la esencia remite a la sustancia, y el de la sustancia al de una interpretación general de la realidad. Quiero decir, que su adecuado planteamiento exige poner en marcha la Metafísica entera. Por eso he querido destacar este comienzo para subrayar cuál es el intento. Se trata de todo un planteamiento de la Metafísica que resume largos años de meditación del autor, y toma a peso la tradición entera del pensamiento occidental (aunque no solo este), en un granado diálogo con Aristóteles.

Hace falta volver los ojos hacia lo que tiene esencia. En Aristóteles la esencia era la sustancia, y la sustancia era el modo de interpretar la realidad. No se ha escrito todo esto para quedar aquí. Pero ni siquiera

para partir de aquí. Por eso hace falta que comencemos diciendo que se entiende por realidad. Y, en un comienzo con menos precisiones, qué es una cosa real.

Las cosas están integradas por notas, es decir, por propiedades que pertenecen a la cosa o forman parte de ella como algo suyo. Si la cosa actúa sobre sí misma o sobre los demás en virtud de estas notas "suyas", es real (así una montaña, un animal); si actúa por las posibilidades que tiene desde una vida (una mesa, una guarida), no lo es, estrictamente hablando. La nota real funda a la posibilidad. Lo constituido por notas reales es una cosa-real; lo constituido por posibilidades, una cosa-sentido. Pues bien, sólo las cosas reales tendrán esencia.

Las cosas reales, por serlo, se pueden actualizar ante la inteligencia y se pueden llamar realidades verdaderas. Y esta realidad actualizable en la inteligencia es la que hace posible la verdad, no sólo lógica, sino ontológica. La realidad es anterior a su actualización ante la inteligencia. Ahora bien, las notas actualizadas ante la inteligencia pueden serlo según diversas modalidades: son las "dimensiones" de la realidad. Así la realidad se nos ofrece desde distintas modalizaciones: patentización, que descubre lo real como riqueza; seguridad, que lo descubre como solidez, y constatación como efectividad o como simple "estar siendo". No podemos detenernos a explicar estas nociones. Quede dicho para el que eche de menos esta precisión, que Zubiri se encarga de separar estas nociones de la de categoría lanzada por Aristóteles.

Las "dimensiones" de la cosa presentes a la inteligencia nos muestran a ésta como una. Esta unidad de la cosa es lo que Zubiri llama sistema: unidad sistemática. Las notas que entran a formar la cosa real, las notas constitucionales, forman una unidad porque son simplemente momentos de esa unidad que respecto a las notas funciona como algo anterior. Hay esas notas porque hay una unidad anterior y primaria. Al conjunto de notas sistemáticamente organizada llamará Zubiri unidad sustantiva o simplemente sustantividad. Me detendré aquí un instante. Esta noción de sustantividad ha aparecido largamente en los cursos de Zubiri. Frente a la noción aristotélica que ha prevalecido después, siguiendo el cauce de la escolástica, como soporte de accidentes, Zubiri propone la noción de "unidad sistemática" de notas que constituye la sustantividad. Y aquí "frente" no quiere decir "en contra de"; la nueva noción, sustantividad, abarca y engloba, dándole nuevo juego, la vieja noción de la sustancia aristotélica. Este es un punto importante: lo que diga desde aquí de la esencia de lo real va a ser de la esencia entendida como sustantividad. El orden de la sustantividad es uno y el mismo, pero admite jerarquías según los modos de esta unidad. Así se da la mera singularidad en el orbe de lo inerte que va progresando hasta la individualidad de lo orgánico. Desde esta noción de sustantividad podrá llevarse a cabo el "análisis interno de la esencia" que responde, de modo directo, al título de la obra.

Decíamos que el sistema de la sustantividad está formado por las notas constitucionales. Momento de este sistema será la esencia. La esencia está constituida por algunas de las notas de ese sistema, precisamente aquellas que, por su estructura formal, no están fundadas en otras, sino

que son ellas las que fundan: las notas constitutivas. El subsistema, dentro del sistema sustantivo, formado por las notas constitutivas, es la esencia. Este subsistema es suficiente y primario y por ello se denomina fundamental. Este carácter del subsistema esencial de no reposar en nada otro —por supuesto, no en el sentido del origen— lo expresa el autor diciendo que “solamente es”. Es equivalente a decir que es absoluto. Sin embargo, hay algo que decir de este absoluto. El carácter absoluto de la esencia, se dice siempre respecto a una estructura mundanal. Por eso las esencias son los principios físicos de ella. Pero si nos movemos dentro de la polaridad contingente-necesario (a la que nos inclinan estas razones) nos veríamos en una imprecisión y equívoco que Zubiri soslaya aquí al contraponer lo factual a lo fáctico. Las esencias que son absolutas no por ello son necesarias. Tampoco son puros hechos. Tienen una condición distinta: factual. No están fundadas en nada intramundano, a diferencia de lo fáctico, que tiene que estar fundado contingentemente en la realidad. La esencia es, además, momento último de la sustantividad. La unidad le viene a la sustantividad del sistema constitutivo. Por ser la sustantividad unidad sistemática y la esencia momento de ella, ésta está constituida por unidad. Si se nos ocurre comparar este modo físico de entender la esencia con la esencia aristotélica entendida como especie, se nos producirá en principio cierta confusión de ideas. Por eso el autor dedica cuidado especial a esclarecer esta pregunta. El resultado de este estudio comparativo es similar al que se produjo al analizar el tema de la sustancia aristotélica: el nuevo concepto no invalida el anterior, sino que lo incluye y le da nuevo juego. Para Zubiri no todas las esencias son especiabiles, es decir, no todas pueden convertirse en especies. Sólo aquellas especies cuyos individuos pueden multiplicarse entre sí por generación son especiabiles. Criterio genético de la especiación que distingue esta idea de especie de la aristotélica fundada sólo en el juego de género-especie. La mera multiplicidad de individuos análogos no constituiría especie, sino mera clase, aunque ésta pueda ser natural.

Aclaradas las notas que constituyen la esencia, sólo se nos mostrará entendida si vemos surgir estas notas de la unidad. La unidad esencial consiste en la aptitud de las notas esenciales para formar “por sí mismas” un sistema. Este “por sí mismas” corresponde a cada nota, ya que cada nota es “desde sí misma”, “nota-de” todas las demás. Y como desde sí misma cada nota está vertida a las demás, se puede decir que la unidad es antes que las notas, es “de antemano”. El primer carácter hace que la unidad produzca coherencia: unidad coherencial de la esencia. El segundo carácter, que sea primaria. La esencia en cuando uno así entendido es un “constructo metafísico”, dice Zubiri aplicando una metáfora gramatical tomada de algunas lenguas semíticas.

El constructo formado por las notas unidas como acabamos de exponer tiene, además, su contenido. Mejor dicho, puede ser contemplado desde su contenido: este enfoque de la esencia constituye el orden de la talidad. Las notas como “tales” determinan el todo como unidad coherencial y lo constituyen en “clausura cíclica”, ya que por estar cerrado puede ser un

tal. Y es "tal" no sólo por estar constituido por "tales" notas, sino porque es "tal" la unidad que en esas notas se constituye.

Además de contemplarse la esencia desde el punto de vista de su contenido, se puede adoptar otra perspectiva: en cuanto que es realidad. Tenemos así el orden trascendental. Tema intrincado y lleno de implicaciones. Difícil de tratar porque suele constituir el fondo de los sistemas filosóficos y muchas veces se explicita inadecuadamente. Por eso mismo, entendido suficientemente de cualquier sistema, pone a la luz los fundamentos del mismo. Además de estas dificultades de orden general hay otra concreta e histórica: la significación de lo trascendental en toda la moderna filosofía idealista. Zubiri estudia el orden trascendental enfrentándose con todas estas dificultades y poniendo claridad donde apenas parece posible. Después podrá aprovechar lo conseguido para estudiar la esencia enclavada en el orden trascendental. No podemos entrar aquí en los resultados que trae la crítica de las doctrinas representativas de este tema. Bástenos consignar que este orden de lo real, *qua* real, es el de lo que "de suyo" es.

Entre los dos órdenes mentados, talitativo y trascendental, existen estrechas relaciones. Si se considera a la talidad como constituyendo las propiedades trascendentales de la realidad tenemos la "función trascendental", por la cual la realidad en cuanto tal es "formalmente" una "estructura trascendental".

Estudiado el orden trascendental se procede al estudio de la esencia dentro de él. Resulta que la esencia en función trascendental es justamente la "talidad" estricta en orden al "de suyo". Vemos aquí cómo el orden trascendental aparece determinado por el orden de la talidad, y lo formado por ambos es una "estructura trascendental". El carácter constructo de las notas esenciales determina una estructura. Las notas así constituidas se pueden contemplar externa o internamente. Desde el primer punto de vista tenemos la noción de mundo como trascendental (estudiada en la parte general del estudio de lo trascendental y a la que aquí no hemos podido hacer referencia). Desde el segundo, la constructividad misma de la esencia. Esta constructividad interna se va aclarando en tres momentos que no hacemos sino mentar: determinación de una *constitución* por la unidad-en de las notas esenciales, *dimensionalidad* (ya estudiada como modalidad de lo real) y *tipicidad* desde donde aparece la división de la esencia por el carácter de abierta y cerrada. La función trascendental misma tipifica a la esencia, ya que la función es distinta según a cuál de estos dos órdenes se aplique. Son esencias cerradas las que se comportan en su relación con las demás y con ellas mismas en función de sus notas; son abiertas las que se comportan no sólo en función de las notas que tienen, sino de su carácter de realidad. Son las realidades inteligentes, como los hombres.

La esencia era, además, principio tanto de las notas constitucionales como de las que no lo eran. La esencia es principio de la realidad. Por eso la idea de principio corre pareja con la idea de realidad que un pensador tenga. Por eso también es uno de los temas fundamentales para el conocimiento de una obra. Si entendemos la realidad desde la perspectiva

de sus notas, también la esencia aparece como su principio, tanto si se trata de la tipicidad cerrada (cuyas notas expresan sus potencias) como abierta (cuyas notas expresan posibilidades).

Dijimos al principio que no se trataba de una monografía histórica sobre un gran tema. Y no lo es; acabamos de verlo. Esto no quiere decir que no incluya una gran dosis de conocimiento de la historia del pensamiento, que aparece repensado e incorporado a la obra, haciéndole dar el máximo juego posible casi siempre. El personaje más frecuente es Aristóteles desde sí mismo y desde la circunstancia del pensamiento griego. En la segunda parte del libro se resumen y critican algunas de las ideas fundamentales sobre el tema de la esencia: Husserl, Hegel, el racionalismo principalmente centrado en Leibniz. A lo largo de las páginas se va comprobando que estos tres resúmenes y críticas no son un simple añadido, sino que sirven a aclarar los propios conceptos que va logrando y haciendo firmes; pieza que hace falta tener a mano para ir contrastando con sus propios hallazgos.

M. RIAZA

ANUARIO DE REVISTAS

A) HISTORIA DE LA FILOSOFIA JURIDICA, SOCIAL Y POLITICA

ABATINO (Antonio): *Sull'attualità del pensiero agostiniano*, en "Theoresi" XV, 1, 1960 (págs. 50-59), XV, 4, 1960 (págs. 254-260), XVI, 2-3, 1961 (págs. 142-149).

El desarrollo del autor se continúa en tres números diferentes de la revista. Con objeto de subrayar "la actualidad del pensamiento agustiniano", expone las líneas generales del mismo, inspirándose en la conocida obra de Sciacca: *S. Agostino*, Moercelliana, Brescia, 1949.

El primer gran problema agustiniano es el de la verdad, o, si se quiere, el de la filosofía, que el santo trata en polémica con el escepticismo de los académicos, y que resuelve invocando los principios de la autoridad y de la razón. El problema agustiniano de la filosofía no es meramente teórico. En su intención domina el aspecto práctico: filosofa para dar sentido a la vida, para conquistar la felicidad. Desde un punto de vista psicológico, interiorístico, por medio de una dialéctica de profundización, llega a establecer la trascendencia, no sólo con alcance lógico, sino existencial. De esta manera, la solución al problema de la filosofía es también la solución al problema de la vida.

La dialéctica agustiniana no es formalista. La *ratio* opera sobre la base del *intellectus*. El proceso cognoscitivo tiene como meta la autocreación y autorevelación dentro del sentido de la totalidad: *ego in discernendo et in connettendo unum volo et unum amo*. "Conocer es crear, y crearse a sí mismo a través de un esfuerzo que el hombre cumple en orden a alcanzar conciencia de sí y del puesto que le corresponde respecto al mundo y respecto a Dios." Con palabras de Sciacca: "Pensar, indagar, filosofar, para San Agustín es esfuerzo por dar a nuestra naturaleza espiritual su forma definitiva, esfuerzo perenne de cumplimiento, sin jamás llegar a la posibilidad,

en esta vida, de saber toda nuestra ciencia."

San Agustín, según se ve, se aparta de la solución inmanentística, a la que el autor hace referencia bajo los nombres de Hegel y Gentile. De esta manera, se alude a la "actualidad del pensamiento agustiniano" en forma más bien indirecta, mostrándole aplicado a resolver, y resolviendo positivamente, las antinomias que ocupan a la filosofía más actual.—S. A. T.

HENLE (Mary): *A Psychological Concept of Freedom: Footnotes to Spinoza*, en "Social Research", XXVII, 3, 1960 (páginas 359-374).

Partiendo de la aserción de Whitehead, de que todas las ideas importantes han sido dichas antes por alguien, la autora analiza el concepto de libertad en Spinoza a la luz de la psicología contemporánea. La idea que Spinoza tuvo de la libertad reviste interés hoy, se nos dice, tanto para los tratadistas, como para el "bípedo implume" que se dedica a vivir su vida.

La noción de libertad para Spinoza se ligaba a la de naturaleza: "una cosa se llama libre cuando existe por la necesidad de su propia naturaleza y por ella sola es determinada a la acción". Noción que nada tiene que ver con la libertad de albedrío sustraída a toda determinación. En el fondo, sólo Dios es libre; el hombre puede decirse libre cuando vive acorde con la razón, cuando no se conduce pasivamente, siguiendo emociones o pasiones.

En este concepto de libertad laten supuestos discutibles, que en el artículo se reducen a tres: en primer lugar, la dicotomía entre razón y emoción; en segundo término, la presuposición de que las fuentes de compulsión radican fuera de la propia naturaleza; finalmente, el afirmar que el acto humano es sólo el que procede según la necesidad de la naturaleza racional. En relación con el

primer punto, la autora subraya el interés actual de la psicología por integrar el mundo emocional en el seno de lo anímico, no como miembro perturbador, sino como dimensión enriquecedora y necesaria para la armonía del sujeto. El pensamiento encarna en sí una dimensión afectiva, así como la emoción incluye una dimensión cognoscitiva. De alguna manera Spinoza reconoció estas implicaciones, contradiciendo al principio de dicotomía, que es su punto de arranque. La segunda suposición se opone a la experiencia: "lo razonable como lo no razonable brotan por igual de los desconocidos fondos de la *psyche*". Más bien que de una separación entre las exigencias de dentro y las compulsiones de fuera debería hablarse de una jerarquía. Tampoco esto es ajeno a las explicaciones del propio Spinoza. En relación con el tercer punto, la psicología no intenta definir la libertad como libertad *de* las pasiones, sino como libertad *en* ellas. Lo que supone incluir lo irracional, las emociones, lo inconsciente, dentro de la condición de nuestra naturaleza. La naturaleza humana se halla en conflicto con ella misma.

Los puntos de vista simples de Spinoza son puestos en contraste con los más complejos de las psicologías profundas, en concreto con los de Freud y Jung. Las nociones de "ego", "superego" e "id" ponen de relieve la esencia conflictual de la vida psíquica. Lo irracional nos es esencial. También aquí la discusión señala el interés de los puntos de vista de Spinoza, aunque la psicología deba revestirlos de nuevas precisiones. Lo que lleva a la autora a afirmar que, si bien la psicología rechaza hoy algunas de las presuposiciones que el filósofo pone a su idea de la libertad, no rechaza esa idea, que se resume en la necesidad de realizarse según la más íntima y completa necesidad; en otras palabras, la libertad consiste en la aceptación de sí mismo, como resume Jung.

La idea de Spinoza puede ser aceptada, piensa la autora, simplemente ampliándola, entendida de un modo más comprensivo, para evitar verla en contradicción con emociones y pasiones, y para que llegue a cubrir toda la capacidad del sujeto. Los psicólogos, por lo demás, aceptan la vasta ignorancia en que aún nos encontramos sobre lo que es la propia naturaleza.—S. A. T.

ELORDUY (Eleuterio): *La realidad jurídico-moral*, en "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", I, 1, 1961, 3-29.

El docto suarista profesor de Oña plantea la realidad jurídico-moral en torno a la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. Desde la consideración antigua de la justicia como virtud—subjetiva, por tanto—a la constatación de leyes fijas e inmutables, encontramos una ambigüedad considerable, que dejan al ánimo perplejo, al no permitir clasificar a los pensadores dentro de una filosofía subjetivista u objetivista.

El cristianismo reforzó el elemento subjetivista, compatible con el más absoluto de los realismos. Más tarde el nominalismo falseó esta tendencia subjetivista aislándola en gran parte de su estructura del realismo necesario. En ciertas tendencias luteranas el ataque a la objetividad realista de la ley se hace sangrante con sus defensores, llevando a la doctrina a un divorcio entre lo subjetivo y lo objetivo del derecho. En este momento Suárez interviene en la problemática jurídica de sus contemporáneos.

La polémica entre Vázquez de Belmonte y Suárez, iniciada a fines del siglo XVI, tiene vigencia aún. Reproducir aquí los análisis realizados por ambas tendencias sería prolijo. El P. Elorduy consigue reproducir lo esencial en unas pocas páginas. Lo notable desde nuestro punto de vista es que se consiguió vincular de nuevo el elemento objetivo y el subjetivo, bajo la primacía del segundo, una vez que el subjetivismo quedó limpio del contagio nominalista. Tal cosa significa, a mi entender, la afirmación de que la ley natural no es otra cosa que la naturaleza entendida como *convenientia ipsa naturalis*: dado que la conveniencia social es actividad de sujetos y por tanto su realidad será la efectuada por los sujetos. En este punto, tal vez, la interpretación del P. Elorduy, sin dejar de ser imparcial al explicar los términos de la polémica, no advierte la significación subjetivista del planteamiento vazquista, tal vez por el desarrollo que dentro de la concepción teológica de la justicia de Dios admitió tal terminología. Pero este problema seguirá siendo objeto de polémicas. La exposición y la simpatía por el sistema de Suárez no exige forzosamente contraponer una ética subjetivista luterana y un objetivismo de Vázquez, para instalar en medio de ambos la sín-

tesis equilibrada de aquél. Tal procesamiento suscita cierto deseo de comprender mejor a Vázquez de Belmonte, cuya osadía es admirable, y que fue el interlocutor válido y fecundo frente al también genial pensador preferido, tan cariñosa y rendidamente, por el autor.—A. S.

VON HIPPEL (Ernst): *Positivismo e interpretación jurídica*, en "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", I, 1, 1961, páginas 31-36.

La interpretación positivista del derecho es un método calcado sobre los métodos de la ciencia natural, que deja fuera de su visión el reino de las ideas y de la naturaleza superior del hombre. Tal planteamiento se supera por traer al plano de la interpretación jurídica aquellos planes superiores del derecho respecto a los cuales el positivismo jurídico tuvo la equivocación de alejarse.

Dentro del sistema constitucional de la Constitución de Bonn, se distingue ya expresamente entre ley y derecho, así como derechos humanos anteriores al Estado. Por ello el positivismo jurídico es un mé-

todo que encuentra limitaciones muy concretas.

Tal vez el autor se encuentra trabado él mismo en esta metodología positivista. Temo aventurar la hipótesis de que si opina que el Derecho no debe ser estimado como una realidad en sí—con los atenuantes que tal expresión ha de admitir—es por no distinguir bastante entre la realidad del derecho y la de la ley. El derecho tiene formalmente una estructura propia. La ley, también. La ley debe estar dependiendo del derecho, en cuanto que su función es derivada de la de aquél, dentro de la realidad social humana. Del mismo modo, el derecho natural tiene vigencia lo admita o lo niegue la Constitución federal o los tribunales. Puede haber un positivismo de la ley natural tanto o más pernicioso que el del código positivo. Precisamente porque existe tanto cuando se le admite como cuando se le niega, y que el positivismo jurídico puede abrirse a la justicia y al derecho natural cuando no es "legalismo" y confusión entre derecho y ley, el autor se aventura excesivamente al afirmar "la naturaleza anticristiana y antimoral del concepto positivista de la ciencia".—A. S.

B) ETICA Y MORAL

BERTOCCI (Peter A.): *The Moral Structure of the Person*, en "The Review of Metaphysics", XIV, 3, 1961 (páginas 369-388).

Se ocupa del comportamiento moral del hombre, viéndolo como manifestación específica de su naturaleza. El comportamiento moral, que se traduce en el deber o la obligación, se apoya en la capacidad de decisión de la voluntad, y ésta arranca y descansa en el ser de la persona. El autor establece un concepto de obligación determinado por la realidad de lo valioso y no condicionado por circunstancias o presiones de índole social. La autodeterminación de la voluntad está basada en el examen mismo de la acción, incluso de aquella que tiende a favorecer soluciones deterministas. En cuanto al ser de la persona, que se describe como presupuesto y deriva como conclusión de la actividad ética, está concebido en la línea del pensamiento anglosajón, en contacto con la fenomenología, como "la compleja unidad" de diferentes actos

que, a su vez, son fases de la "identificación de un agente capaz de autoconciencia". El sujeto personal, en interacción con el cuerpo, ingresa en el mundo del espacio y del tiempo, dentro del cual la capacidad de aprecio y de decisión que distingue al hombre, conduce al drama genuino de la vida, que es el drama moral.—S. A. T.

FINDLAY (J. N.): *The Methodology of Normative Ethics*, en "The Journal of Philosophy", LVIII, 24, 1961 (páginas 757-764).

El objeto de la comunicación es poner de relieve ciertas peculiaridades del razonamiento ético, en particular, en relación con el modo cómo puede establecerse una ética normativa. Refiriéndose a Wittgenstein, divide las afirmaciones en empíricas y tautológicas. Muestra cierta reserva ante las afirmaciones de la filosofía que gusta de moverse en terreno in-

termedio entre esas dos clases de proposiciones.

En cuanto a la ética, sus argumentos típicos no proceden de la aplicación de un principio claro a casos ocurrentes, sino del despliegue de una noción sobre los hechos de forma que no sólo ofrezca base a la persuasión, sino que encauce el interés y dirija la práctica. Sobre este supuesto, entabla una discusión con las formas usuales del razonamiento ético, partiendo del de analogía, refiriéndose después a los modos de razonamiento más en uso en moral: el benthamita y el kantiano. Esboza el panorama general de intereses éticos, como ilustración al modo de conducir el razonamiento y establecer una axiología. Concluye recomendando apertura a las nuevas direcciones de la lógica, remitiendo para una adecuada comprensión de sus puntos de vista, de los que está nota es sólo un adelanto, a su libro "Values ad Intentions".—S. A. T.

GAMBINO (R.): *La Filosofia di fronte alla scienza*, "Sapienza", marzo-abril, 1962 (págs. 269-276).

Hay problemas de los que puede decirse que no son antiguos o modernos, sino de todos los tiempos, y siendo el problema el mismo, lo único que son antiguos o modernos son los aspectos o el modo de tratarlos. Tal ocurre con el problema de las relaciones entre la Filosofía y las Ciencias. Se lo plantearon Platón y Aristóteles, la Edad Media y el cientifismo moderno.

Y, problema éste siempre actual, ha sido el sugestivo tema del último Congreso Nacional de Filosofía italiano, celebrado hace unos meses en Bari (marzo de 1962). Las páginas, insertas poco después en "Sapienza", son el texto de la comunicación presentada por su autor a dicho Congreso.

Anima esta comunicación el carácter polémico que su autor le da frente a la posición mantenida por el profesor Guzzo en reciente obra que lleva el título del epígrafe. "La ciencia de una parte y la filosofía de otra—dice Guzzo—tiene cada una una tarea no subrogable." La filosofía frente a las ciencias tiene una tarea precisa: la investigación de la posibilidad de las ciencias y qué significa e importa esta posibilidad.

Una tal concepción—objeta Gambino—es contradictoria y viene a significar de hecho la superioridad de la filosofía sobre las ciencias, las cuales deben reconocer que únicamente la filosofía tiene capacidad de garantizar cómo las ciencias pueden asegurar la realidad de los hechos, lo cual va evidentemente contra la autonomía de las ciencias. Las ciencias son y deben ser autónomas, pero una ciencia no puede afirmar su autonomía respecto a la filosofía sino poniéndose sobre un plano que trasciende la ciencia, es decir, que la ley que establece tal autonomía es ley filosófica. Y es una afirmación filosófica que cada ciencia no puede rechazar, sin renegar de sí misma el concepto—su propia definición—el conocimiento de lo que la ciencia sea; las matemáticas no pueden prescindir del problema de lo que las matemáticas sean, y cuando afirman qué son las matemáticas, no puede menos de servirse de la filosofía para adquirir, mediante el concepto, el saber de sí misma. Lo mismo puede decirse de la física, del Derecho, etcétera. El matemático, el físico, el químico, el jurista, en tanto pueden tener conocimiento de su ciencia, en cuanto trascendiéndola en una afirmación meta-científica, reconocen y no pueden menos de reconocer que junto a la ciencia existe una afirmación que ya no es ciencia, sino filosofía.

Pero mientras la ciencia no puede prescindir de la filosofía, la filosofía sí puede, por el contrario, prescindir de la investigación física o química. Y la afirmación según la cual la filosofía no debe prescindir de la ciencia, puede ser adelantada sólo en virtud de un criterio filosófico cuya enunciación no puede sino comprobar ulteriormente la intrínseca subordinación de la ciencia a la filosofía.

Sin embargo, si la ciencia no puede no ser de algún modo filosofía, cuando afirma en qué consiste la propia realidad, no debe y no puede ponerse ella misma como filosofía, esto es, como única verdad.

Si las ciencias no pueden prescindir de la filosofía sin negarse a sí mismas, la filosofía pudiendo prescindir de las ciencias, no debe ignorarlas sin renegar de una de sus actividades, la reflexión sobre la naturaleza de las ciencias, de la que toda ciencia se reviste en cuanto filosofía.—E. S. V.

KUHN (Helmut): *Le concept de l'ordre*. "Gregorianum". Ann. XLIII, 1962, vol. XLIII, 2 (págs. 254-267).

Order is heaven's first law. Con esta frase había resumido Alexander Poper el pensamiento occidental en un momento en que se preparaba la revolución romántica. Pero muchos siglos antes, el orden, "primera ley del cielo", había sido ya uno de los conceptos fundamentales de nuestro pensamiento porque es éste un concepto que pertenece no sólo a la filosofía, sino también a la ciencia y a todas las fases de nuestra vida.

El mundo es para los griegos "cosmos" y no caos, es decir, orden, porque en él están *dispuestas* las cosas con arreglo al lugar que les corresponden. Pero no sólo el orden es orden de cosas (*ordo rerum*), sino orden del tiempo (*ordo temporum*) y orden de las ideas (*ordo idearum*). Y el orden es filosófico, físico, metafísico, lógico, social, jurídico, político, económico, internacional, etc., etc.; podrían multiplicarse las acepciones del orden allí donde hay elementos ordenables susceptibles de ser dispuestos o colocados en relación a un fin. Así entendían el orden la *diazesis* griega, la *dispositio partium* agustiniana y la *ratio rerum in finem* tomista. Y hasta los pesimistas más avanzados como Nietzsche y Schopenhauer, han tenido que rendirse, como lo hiciera Kant, a la evidencia de la existencia y objetividad del orden.

Solamente en la época moderna el concepto del orden ha sido desvalorizado, y el "orden de la Naturaleza" y el "orden de las cosas" recibiría; en la *Kritik der reinen Vernunft* kantiana o en la dialéctica hegeliana de la *Phänomenologie des Geistes*, una nueva impronta.

La filosofía contemporánea, que es antropológica, interpretación de la existencia del hombre, estudia el orden, este concepto ineliminable de la filosofía de todos los tiempos, en función del hombre y de la relación—el orden es un concepto de relación—del hombre con el mundo. ¿Cómo se relaciona el hombre con el orden del todo, con el mundo en el cual se encuentra situado? ¿Cómo se relaciona con el orden o los órdenes del mundo de la historia en los cuales ha entrado al nacer, a título de acto de la historia de la humanidad y a título de miembro de una sociedad?

Estas dos cuestiones—dice H. Kuhn—, o mejor, la contestación a ellas nos demuestra la divergencia del pensamiento

en lo que respecta al orden. Porque el orden se nos presenta como un *donné*, pero también como *une entreprise à laquelle l'homme participe comme individu, comme peuple, comme humanité* (página 262). Y allí donde el hombre no puede intervenir creando el orden o el desorden, él es invitado, tomando posición *vis a vis* del orden con el cual entra en confrontación o que le envuelve, a aceptarlo o rechazarlo. Lo que significa ordenarse de una manera o de otra con relación a esta situación.

Una respuesta metafísica a la primera cuestión asigna al hombre un lugar que le es propio en el orden de las cosas. Su única posibilidad es la de cumplir y no hacerlo es su peligro mortal. Una segunda respuesta, exactamente opuesta a la anterior, afirma que no hay ninguna relación esencial entre el orden total y el hombre. El deber del hombre, según la fórmula de Nicolai Hartmann, "es mantenerse en un mundo que no se preocupa de la existencia del hombre". O según la expresión agnóstica, puesta en circulación por Heidegger: "El hombre está arrojado en el mundo". En estas concepciones el mundo es extraño al hombre y éste únicamente es quien ha de determinarse a sí mismo. La afirmación de este hombre "aislado", que no existe, es un desconocimiento o negación de la naturaleza humana.

Otras dos respuestas, contradictorias también, se dan a la segunda cuestión: una crítica y otra afirmativa. No se puede hablar razonablemente—dice el autor—de negación de una relación del hombre con el mundo de la historia humana. Por esto la respuesta crítica no podrá ser sino esta: "La afirmación de sí mismo, propuesta como deber al hombre, exige de él que adquiera su libertad combatiendo los órdenes tradicionales en los cuales ha nacido. Su deber histórico y el sentido de la historia misma consiste en una emancipación progresiva." Pero el principio de la crítica de los órdenes tradicionales ¿no se da ya como un principio de elaboración de un nuevo orden? La filosofía de la emancipación no puede evitar esta consecuencia.

Para la respuesta afirmativa o metafísica, la fuente del orden y el *principium ordinis ordinantis*, no se funda para el hombre en el todo del mundo-naturaleza, sino en una trascendencia. La determinación última del orden del hombre consiste en *ce qu'il es capax Dei* (pág. 266).

Es a partir de esta trascendencia cuando el hombre descubre su pertenencia al orden, ya al mundo-naturaleza como al del mundo de la historia.—E. S. V.

MAGNINO (B.): *Solitudine e crisi di valori*, "Sapienza", núm. 2 (1962) (páginas 1943-204).

Los motivos del exasperado individualismo por una parte y los de un cierto existencialismo por otra, confluyen como algo corrosivo en el pensamiento europeo de nuestro siglo. Heredero el individualismo de ciertas reivindicaciones del humanismo y el existencialismo de una corriente de pensamiento que ha abierto nuevas perspectivas no sólo a la especulación, sino también a la costumbre, los motivos de ambos, encontrados, se han agudizado y tomado una consistencia imperativa y revelan, al mismo tiempo, un estado de ánimo de ansiedad y de angustia, de desilusión y de soledad.

Si "existir—decía Kierkegaard—significa, ante todo, ser un individuo" si "el infierno—dice Sartre—son los demás y para el individuo lo es la sociedad", sólo la soledad es el estado "auténtico" del hombre que, manteniéndose en él, evitará caer en la "vida inauténtica" del ser con otros, de la convivencia.

El deseo de emanciparse de todo estreñimiento y de todo vínculo y ligamen, de negar toda forma de dependencia en el plano social como en el especulativo, ha conducido a la revuelta que de Camús a Sartre y a Kafka se expresa en términos harto conocidos. La incredulidad que niega al mismo tiempo la ciencia y la religión, la moral y el Derecho, es la base de la desconfianza. Esta nace, acaso, del terror de que ciertas experiencias históricas puedan repetirse; se tiene el temor de ser engañados, de ser víctimas de manejos políticos y sociales. La voluntad de infringir todo lo que limita la autonomía del individuo, a costa de descomponer el orden y la estabilidad del ambiente en que se vive, proviene de la desconfianza en la esencia de ese orden y esa estabilidad. Y por eso se prefiere permanecer solos.

La soledad nace, pues, de la falta de valores objetivos a que referirse. La crisis de nuestro tiempo—dice el autor y es ya un lugar común—, es crisis de valores. Por eso el hombre contemporáneo ha pretendido agarrarse a los mitos y ha confundido los mitos con la realidad, esa realidad que él mismo ha descartado del

campo de investigación y que, por tanto, no puede ya encontrar.

El drama de la conciencia moderna, que se desenvuelve en el más exagerado aislamiento del individuo en su yo, consiste, propiamente, en este eludir la posibilidad de defender concretamente la vida y sus valores.

Es lógico que la crisis del concepto de valor conduzca al hombre a sentirse sólo, porque el valor, como dice Le Senne, es "la relación interexistencial que uno no términos, sino personas", y no puede tener sentido sino por ellas. La crisis del concepto de valor, se trasluce en la crisis de cada uno y en la crisis del mundo social, porque expresa la fragmentariedad, el aislamiento, la ruptura del nosotros con los otros.

La crisis del concepto de valor y, por tanto, la crisis de los valores es—termina el autor—la crisis del encuentro entre los hombres; una crisis de solidaridad, una crisis de comunión; es la crisis del que quiere encerrar lo infinito y absoluto en lo finito y relativo; es la crisis del que no tiene poder mental o la disposición ética para superar lo contingente y por eso se relativiza hasta encerrarse en su yo; "un "io" sia ben chiaro, che non è più una fortezza, ma un carcere" (*ibíd.*). Desde esta cárcel el hombre no puede contemplar un horizonte fuera de él ni ver que también existen "los otros"; no puede subordinar todos sus prejuicios intelectuales y sus intereses particulares al amor a la verdad. "E quando l'uomo non è più capace di cercare la Verità, è allora che si sente ed è davvero disperatamente solo. La sua solitudine lo sospinge verso la negazione, come la negazione lo ha sospinto verso la solitudine" (pág. 204).

No nos queda sino subrayar la agudeza y acierto con que están captados en este breve estudio el carácter y la crisis de nuestro tiempo que, como dice muy bien, es una crisis de valores. Y, añadiríamos nosotros, no de cualquier valor, sino de los valores morales y metafísicos y, en definitiva, de la persona, que es el único sujeto y realizador de aquéllos.—E. S. V.

PARKER (Francis H.): *Classical Realism and the Integration of Knowledge*, en "The Review of Metaphysics", XIV, 3, 1961 (pás. 543-564).

Se subraya el hecho de la autonomía y desamparo, por parte de los principios

filosóficos, en que han quedado las cuestiones pedagógicas. Desamparo tanto más de lamentar cuanto que la acción humana, dentro de la crisis de criterios que padece en nuestra era técnica, ha quedado sin dirección. Una excepción a este estado de cosas quiere verla el articulista en la obra *The Order and Integration of Knowledge*, de Wm. Oliver Martín, que, por eso, cree interesante exponer y discutir.

Dicha obra ofrece las ideas filosóficas de Aristóteles y Santo Tomás como representativas del "realismo clásico", viéndose en ellas la aportación más firme, todavía hoy, para una integración del ser humano, y tomándolos como la base legítima de encuentro de las diferentes disciplinas. No se ahorran elogios al intento de Oliver Martín. Sus puntos de vista, que, repetimos, son los aristotélico-tomistas, se exponen con objetiva imparcialidad. Pero Parker los encuentra discutibles en varios órdenes de consideración, mostrando concretamente ciertos defectos de que la exposición, a su juicio adolece, entre los cuales señala, sobre todo, la admisión de presupuestos no bien probados y la circularidad de algunas argumentaciones; además de lo excesivamente amplio del propósito, que obliga a dejar los temas sin suficiente desarrollo y con ello menos comprensibles.

Sigue de cerca los textos de la obra analizada, para mostrar la distancia que media entre el legítimo intento del autor y los resultados conseguidos, comprobándolo a través de las afirmaciones relativas a la integración de los diversos ramos del saber dentro del esquema fundamental de conocimiento admitido por el "realismo clásico". Parker no acepta los principios de la filosofía que se le propone, criticando en ella varios capítulos centrales, por ejemplo, la significación y alcance de la demostración silogística o la doctrina de la analogía.—S. A. T.

PERELMAN (Ch.): *Ce qu'une reflexion sur le droit peut apporter au philosophe*. "Archives de Philosophie du Droit", núm. 7, 1962 (págs. 35-43).

Si por filosofía se entiende un conjunto de nebulosas abstracciones elaboradas en las nubes del pensamiento sin contacto alguno con la realidad, la filosofía del Derecho, que es, ante y sobre

todo filosofía, no nos daría un conocimiento de la realidad de una de las actividades más importantes del hombre y de la sociedad, la realidad jurídica. El dogmatismo, como su opuesto el escepticismo, son métodos poco filosóficos si, respectivamente, dan todo hecho o niegan la posibilidad de hacer nada en la especulación filosófica.

El conocimiento es, para el autor, como un conjunto de proposiciones ligadas sistemáticamente, lo cual es incompatible con la tesis de la existencia de un criterio absoluto de conocimiento basado en proposiciones aisladas cuyos elementos son claros por sí mismos y no dependen de ningún otro.

Por eso las tentativas de elaborar sistemas filosóficos, "more geométrico", han sufrido las más claras críticas, que encuentran la mayor justificación si el racionalismo de esos sistemas ha pretendido ser aplicado al Derecho. Porque el Derecho—dice el profesor Perelman—no es un conjunto de proposiciones absolutas ni los textos de los Códigos son tan claros que susciten acuerdo unánime sobre su interpretación. Ni su aplicación tan automática que "robots" jurídicos pudieran practicar; "rares sont les cas où les machines pourraient dire le droit, à la place des juges" (pág. 40). El Derecho es una realidad social, vive en la sociedad en que la división de poderes entre el legislador y el juez depende, de una parte, del legislador susceptible de formular leyes con más o menos precisión y de trazar los límites más o menos rígidos a la acción judicial, y de otra parte, de la concepción que el poder judicial tiene de su misión. Y el orden jurídico determinado por el legislador será preciso, corresponderá al orden político y social al cual debe aplicarse. El Derecho no existe como disciplina técnicamente autónoma, sino en las sociedades en las que existe un orden a cuyo establecimiento concurren una multiplicidad de voluntades humanas, sin ser exclusivamente voluntad como no es tampoco únicamente razón. Por eso—termina el autor—estudiando con atención y analizando cuidadosamente las técnicas jurídicas de procedimiento y de interpretación, que permiten a los hombres vivir en Estados de Derecho, la filosofía en lugar de soñar la utopía de una sociedad paradisíaca, podrá inspirarse, en sus reflexiones, de lo que la experiencia secular ha enseñado a los hombres en-

cargados de organizar sobre la tierra una sociedad razonable.—E. S. V.

PUTNEY (Snell) y MIDDLETON (Rusell): *Ethical relativism and anomia*, en "The American Journal of Sociology", LXVII, 4, 1962 (págs. 430-438).

Como resultado de una encuesta efectuada en diversos *Colleges*, los autores llegan a conclusiones interesantes acerca de la conexión entre relativismo ético y anomia.

El problema que se plantean es comprobar si el relativismo ético lleva consigo notable incremento de anomia, respecto a las creencias en un absolutismo ético.

Efectivamente, Erich Fromm y otros acusan al relativismo ético de "indefendible" por cuanto que sus adeptos no podrían vivir al carecer de valoraciones y normas sociales permanentes.

Se entiende que "anomia" no significa solamente la ausencia de normas morales que regulen las eventualidades y conductas propias de la vida social, sino también la situación psicológica de aquellos individuos que se hallen interiormente en tal actitud.

En un estudio previo (*Religión, skepticism and behavior*) los autores habían llegado a establecer ya que un hombre religioso y otro indiferente se diferencian en su conducta mucho menos de lo que generalmente se piensa.

Efectivamente, el relativista ético no es menos anómico que el absolutista, por la concurrencia en este último de varios datos de hecho: dificultad de valorar las acciones, la tendencia a hacer excepciones a las reglas generales, la diferencia práctica entre creencia y vida, la aceptación meramente verbal o incluso rechazo de ciertas normas.

La diferencia más acusada entre los relativistas y los absolutistas, consiste en que aquellos rechazan determinadas normas, sobre todo las contenidas en una moral puritana y rigurosa. Pero no incurren en mayor anomia que los absolutistas, sino por el contrario, éstos hacen continuas excepciones y salvedades a los criterios profesados, no cumplen realmente normas que verbalmente aceptan, y tienen dificultades prácticas para precisar la moralidad de casos concretos.

Aparece, sin embargo, que la ética relativista es una base efectiva de una con-

ducta normativa, al menos tanto como el absolutismo. En cuanto a la adherencia de los relativistas a las normas que admiten, hay que hacer alusión a las explicaciones sociológicas tradicionales acerca de la eficacia de las normas en general. Esta explicación se desarrolla en dos aspectos: la interiorización de normas mediante un proceso de progresiva implicación de los individuos en conductas socializadas, y la aceptación por otros sujetos de normas interiorizadas en los primeros. En ambos casos el relativista puede interiorizar los valores de su sociedad del mismo modo que lo hace un absolutista, en orden a encontrar criterios que le permitan trazarse una idea de su vida. Para tal finalidad, no es necesario que se presuman principios éticos invariables o refuerzos del tipo de revelación divina. Es suficiente que capte las vigencias sociales de un grupo social en un momento dado.

En todo caso, falta por investigar este problema en áreas más extensas, y sobre todo en grupos humanos menos dotados en instrucción y en nivel de vida.—A. S.

ZANER (Richard M.): *Theory of Intersubjectivity: Alfred Schutz*, en "Social Research", XXVIII, 1, 1961 (páginas 71-93).

Estudio sobre un aspecto del pensamiento social de Alfred Schutz. En sus múltiples escritos A. Schutz concibe su obra como una filosofía que investiga las presuposiciones de la vida diaria, como una parte de la psicología fenomenológica, y en su último estudio, como la fenomenología básica de la actitud natural. Pero el tema característico de sus escritos es el de la intersubjetividad; precedido, en este punto, por Max Scheler, Dilthey, sin desconocer la importancia de Husserl.

La esencia del mundo social radica en las vidas y actividades que se cumplen dentro de él; en la mutua interacción. La intersubjetividad es un problema intramundano. Este mundo es el escenario de la acción humana; respecto a él el interés del hombre es primariamente pragmático. La pregunta por la intersubjetividad conduce a la de ¿Cómo sea posible un mundo común? ¿Cómo nosotros llegamos a tener algo en común? ¿Cómo es posible que, aunque yo no pueda vivir en tu visión de las cosas,

no pueda sentir tu amor, tu odio, no pueda tener una inmediata y directa percepción de tu vida mental como es para ti, sin embargo, comparte tus pensamientos, sentimientos y actitudes?"

Aquí surge el tema de la "comunicación"; importante, no sólo para la filosofía, sino para las ciencias sociales en general. El problema de la comunicación remite al estudio de la realidad del "otro", y a las formas como el "otro" me está dando o contrapuesto. El autor anota los análisis que Schutz realiza sobre la diversa fenomenología del otro, hasta llegar a la experiencia del "nosotros". De ello resulta un mundo experimentado como común, no asunto privado mío, sino *nuestro* mundo, el mundo para ti y para mí, para "nosotros".

En este mundo, la experiencia humana, el conocimiento en su más amplio

sentido, es producto de un complicado proceso de socialización. La socialización del conocimiento se pone de relieve en tres tesis fundamentales: 1) Reciprocidad de perspectivas o socialización estructural del conocimiento; 2) Origen social o socialización genética del conocimiento; 3) Distribución social del conocimiento.

Ultimamente, ocurre el concepto de totalidad, que se explica en relación con la filosofía de Marcel. Dentro de ella, de la totalidad, los sujetos son "otros" constitutivos de la relación "nosotros" cuando dejan de ser meros objetos, "anónimos", lo que supondría cerrarlos en sí mismos, desconociéndolos como personas. Cada otro está afectado de una disponibilidad fundamental, condición para la fidelidad que hace posible el "ser con" y la realización de la plenitud.—S. A. T.

C) DERECHO NATURAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BOBBIO (N.): *Nature et fonction de la philosophie du droit*, "Archives de Philosophie du Droit", núm. 7, 1962 (págs.), 1-11).

Todo ensayo de definición de la Filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo. Así empieza este trabajo del ilustre profesor de la Universidad de Turín. E intenta seguidamente justificar su afirmación. Porque la expresión "Filosofía del Derecho", que el autor hace derivar de las *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, de Hegel, con el precedente comúnmente admitido de Hugo, sirve de título a las investigaciones más diversas, según los autores y las corrientes del pensamiento.

Reagrupa el autor las diferentes investigaciones comprendidas en la expresión "filosofía del Derecho"; en proposiciones sistemáticamente construidas que quieren elaborar hasta el último extremo un esquema completo del estado ideal y un plan de reforma de la sociedad contemporánea fundado sobre la realización de tal o cual fin general (la libertad, el orden, la justicia, el bienestar, etc.); análisis y definiciones de nociones generales, consideradas comunes a todos los órdenes jurídicos cuyo esclarecimiento sirve habitualmente para delimitar el campo de aplicación del Derecho, de sus afines la

moral y las costumbres (justicia, derecho, sistema jurídico, norma, obligación, sanción, validez, eficacia, derecho subjetivo, poder, etc.); el estudio del Derecho como fenómeno social, origen histórico del Derecho, su evolución y funciones como medio de control social, desenvolvimiento social y jurídico, interreciprocidad entre Derecho y sociedad, etc.; y, por último, estudio de la ciencia jurídica, o más exactamente, de la obra de los juristas o de los jueces sobre la interpretación, formulación y aplicación del Derecho.

Esta cuádruple investigación o contenido de la "filosofía del Derecho", toma, respectivamente, a su vez, marcada autonomía y hasta títulos propios: filosofía política, teoría general del Derecho, sociología jurídica y metodología jurídica. La evidente disparidad, no obstante su relación, de los objetos de estudio señalados, contribuye—según Bobbio—a hacer difícilmente definible y mal utilizable la expresión "filosofía del Derecho". Sin embargo, la idea de que la filosofía del Derecho sea una disciplina unitaria, sobrevive porque está estrechamente ligada a una concepción de la filosofía del Derecho, de su naturaleza y función, que ha dominado en el continente, sobre todo en Italia desde fines del siglo pasado: la de considerar la filosofía del Derecho

como una filosofía aplicada, esto es, la filosofía del Derecho como *ancilla philosophiae*. Esta concepción de la filosofía del Derecho nos ha sido dada por filósofos jurídicos positivistas e idealistas, fenomenólogos, existencialistas. El paralelismo entre sistemas de filosofía general y sistemas de filosofía del Derecho si presenta la ventaja de una sistematización ya admitida, tiene para el autor el inconveniente de no estudiar el Derecho desde el "corazón de la experiencia" y de no aportar una verdadera investigación y soluciones nuevas a tal o cual problema.

Distingue Bobbio entre filósofos juristas y juristas filósofos, afirmando que las mejores aportaciones a la filosofía del Derecho en la época contemporánea ha sido obra de juristas que se han interesado por la filosofía, más que de filósofos interesados por el Derecho. Y la razón de esta preferencia consiste, para el autor, en una preferencia de método, o mejor, en un estilo de trabajo: prioridad del análisis, constatación de las nociones básicas jurídicas, reacción contra la tendencia esquematizadora de la filosofía, etcétera. En otros términos; la diferencia entre la filosofía del Derecho de los filósofos y la de los juristas, es una verdadera oposición entre las concepciones sobre el modo de filosofar, que el autor llama monismo o pluralismo en cuanto a la concepción de la realidad, racionalismo y empirismo en cuanto al problema del conocimiento.

La filosofía del Derecho que tiene las preferencias del profesor Norberto Bobbio y a la que él ha consagrado sus cursos universitarios, se compone de tres partes que titula, respectivamente: teoría del Derecho, teoría de la justicia y teoría de la ciencia jurídica. Porque la noción del Derecho (problema fundamental de la teoría del Derecho), la teoría de la justicia y los problemas de la ciencia jurídica, pondrán al jurista en contacto con los orígenes culturales del orden jurídico, sus valores y fundamento y le proporcionan sus propios métodos de trabajo.—E. S. V.

BRUNELLO (Bruno): *Il concetto di giustizia sociale*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1962, fasc. I-III (págs. 66 y ss.).

Una aportación más al concepto, aún impreciso, de justicia social es el breve

trabajo del profesor Brunello, de la Universidad de Bolonia.

El problema de la justicia—dice—es muy complejo y los grandes filósofos que han intentado resolverlo no han quedado satisfechos. Aristóteles, más que tratar de su esencia, *describe* los actos de justicia, empezando, como sabemos, por definiciones negativas, esto es, diciendo lo que es la injusticia, para venir, *a sensu contrario*, a decir en lo que consiste la justicia, pero manteniéndose en un plano fenoménico e histórico. La justicia aristotélica es referida a la *polis*, que hoy llamamos "social". Leibniz, aceptando la concepción aristotélico-romana de la justicia "hábito" o "constante" voluntad, define la justicia con su sorprendente y conocida frase: "caritas sapientis", hábito, estado permanente del "hombre bueno". Bondad, benevolencia que, en sentir del autor, son "definizioni che escludono la giustizia in senso giuridico proprio, appartenendo piuttosto a la morale generale" (pág. 66). Para Schopenhauer la justicia es la negación de la injusticia (esto nos recuerda los diálogos de Sócrates con Trasímaco acerca de la justicia y el concepto aristotélico al que antes nos hemos referido), pero también es cierto—advierte Del Vecchio—que la injusticia por sí no es cognoscible sino cuando le es contrapuesta la justicia, de tal modo que una y otra suponen un fundamento común, que es el "criterio jurídico", que, a su vez, supone la formación de la sociedad.

Esto aparte, la justicia que llamamos "social", "porta in sé le stesse insoddisfazioni e difficoltà della "pura" giustizia e non diremmo mala se disessimo che anch'essa ha carattere indeterminato, se non vogliamo dire addirittura utopistico" (página 68). La justicia social se configura y asume las formas más diversas, según responde a la sociedad particular a que se refiere. Así—según el autor—hoy la justicia social "paternalística", que ha cumplido una gran función histórica; la justicia social "liberalística", "democrática", socialista o comunista. Sin embargo, no todo es relativo en la justicia ni puede ser criterio de justicia "quello pel quali i beni debbono essere pareggiati, che condurrebbe al comunismo, cioè a un sistema politico che elimina tutti i diritti della persona a vantaggio del bene publico, ossia della società" (pág. 69).

La idea de justicia en el mundo con-

temporáneo se resuelve en el concepto del Derecho. Es para Kelsen conformidad positiva con el Derecho y la equidad. Pero la justicia no puede no tener valor ontológico y, como tal, trasciende el Derecho como hecho, como legalidad y como equidad. "La "giustizia" è la carità, l'operare giustamente. O questa è la legge vera di giustizia, o il diritto quale forza legalizzata" (pág. 71). Todo juicio de valor expresa una exigencia metafísica insustituible, y la justicia "è un giudizio di valore" que aparece siempre que consideramos el Derecho positivo, que es convencional o social. "Negare siffatto giudizio, equivale a negare il diritto naturale come norma e come sentimento: equivale insomma a riconoscere questo soggetto che è l'uomo nella sua realtà concreta, che nessuna dogmatica riuscirà mai a cancellare del tutto" (pág. 71).—E. S. V.

DARBELLAY (Jean): *Qu'est-ce que la philosophie du droit*. "Archives de Philosophie du droit", núm. 7, 1962 (pág. 111-116).

Supuesto que el Derecho es la medida conveniente de lo que es debido a otros, la actividad propia del jurista consiste—dice el profesor Jean Darbellay—en "determinar en las situaciones más diversas y complejas el contenido de este debido a otro".

Ahora bien, ¿será suficiente al jurista—se pregunta el autor—considerar el Derecho como un campo de investigación, inventariar las fuentes del Derecho, analizar las costumbres, la jurisprudencia, la doctrina; en otros términos, hacer teoría general del Derecho? El propio autor, con terminología de Geny, contesta: "On ne saurait oublier que le droit, avant d'être un donné, fut un construit, et qu'il n'est pas simplement une foi pour toutes, mais qu'il doit être..."

El jurista ha de plantearse ciertas cuestiones "sobre el origen y la naturaleza del Derecho, la razón de ser y fin del Derecho". A estas cuestiones, sólo un saber que tiene por objeto las causas supremas de las cosas y las razones últimas de las acciones humanas puede darles una respuesta satisfactoria. "La science juridique portant sur le droit tel qu'il est et tel qu'il doit être, dans des situations concrètes, limitée par sa fina-

lité pratique à l'appréciation des ces situations, cette science ne saurait renseigner sur les raisons dernières des actes humaines". La ciencia jurídica será insuficiente, "elle ne saurait se substituer à une métaphysique et à une philosophie morale" (pág. 113).

No puede ser más clara la razón de ser y la necesidad de una filosofía del Derecho, "comme une partie de la philosophie morale", aplicada al conocimiento profundo del Derecho, de la justicia y de los valores morales contenidos en el orden jurídico y vividos por las sociedades políticas. A la justificación de la filosofía jurídica sigue la enunciación de su objeto y método propio.

La Filosofía del Derecho por su estructura y su método propio se incorpora a la filosofía moral; es el estudio particular de la naturaleza de la justicia; la consideración sobre el modo de ser trascendente del Derecho; la especulación sobre los valores, su carácter objetivo y sus significaciones derivadas; sobre las relaciones de la justicia con la ley; sobre lo que es natural y lo que es convencional; el tratamiento sobre la estructura del saber moral y de la ciencia jurídica; sobre las relaciones entre el Derecho y la moral. Todo un contenido, como vemos, de la Filosofía del Derecho, cuyo estudio responde a la necesidad de ordenar los conocimientos sobre el Derecho; es un saber teórico-práctico sobre el Derecho y los problemas jurídicos fundamentales. Por eso para el profesor de Friburgo, la reflexión filosófica sobre el Derecho, "debe permitir situar la ciencia jurídica, la sociología del Derecho y la historia del Derecho entre los grados del saber; debe hacer resurgir el papel de la experiencia y de la prudencia en el jurista que se aplique a poner en obra sus conocimientos para establecer y mantener el Derecho en las relaciones humanas; retener al jurista en la pendiente que le lleva a considerar el orden jurídico como una mera técnica de las relaciones humanas, sin ninguna referencia a los valores"...

Frente al objeto filosófico que el profesor suizo atribuye a la *Filosofía del Derecho*, limita la *Teoría general del Derecho* al estudio de las fuentes del Derecho; a tomar posición sobre la naturaleza y el papel respectivo de la costumbre, de la constitución, de la ley, de la jurisprudencia, de la doctrina, en la formación del Derecho; la aplicación de

las leyes y su interpretación; estudia la estructura de la regla jurídica, los actos y las relaciones jurídicas; en una palabra, la técnica y método jurídico.

Pero aparte del objeto material de la Filosofía del Derecho, distinto, como vemos, del de la teoría general del Derecho, el autor las diferencia por el objeto forma o modo de tratar la materia jurídica. La Filosofía del Derecho —dice— “es un sector del saber filosófico”, es filosofía y los hechos sobre que se apoya no son necesariamente los que las ciencias positivas toman como base de su investigación, y, distinto es, por tanto, el método. Esta distinción entre Filosofía y Teoría general del Derecho y sus objetos y métodos, no quiere decir, en el pensamiento del autor, separación, sino que una y otra deben complementarse: “Il est évident que la philosophie du droit et la science du droit gagnent en profondeur et en précision lorsque la philosophie tente de résoudre peuvent être illustrées par les solutions pratiques préconisées par la seconde, ou lorsque la philosophie tente de résoudre à sa manière et à la lumière de ses principes les difficultés que la science et la technique juridique soulevent sans pouvoir leur donner une réponse satisfaisante”. En todo caso, el conocimiento general de las doctrinas filosóficas ampliará los horizontes de quienes pretenden filosofar sobre el Derecho, porque suministran los problemas y cuestiones nuevas en el campo de sus especulaciones.—E. S. V.

GOLDING (M. P.): *Causation in the Law*, en “The Journal of Philosophy”, LIX, 4, 1962 (págs. 85-95).

La comunicación constituye un análisis del libro de Hart-Honoré “Causation in the Law” (Oxford, 1959). Expone la doctrina sustentada por la obra, la noción de causalidad legal, explicando las formas de entenderla y distinguiéndola de los términos análogos. El concepto central de causa se toma partiendo del hecho de la intervención humana en el curso ordinario de las cosas. Alude a la compleja historia del mismo en la filosofía, que tiene escasamente en cuenta. La explicación se ciñe a una base empírica en conexión con Hume o Mill, aunque señalando las deficiencias de sus respectivas exposiciones. Discute el repudio

que hace Hume de la distinción entre condición y causa. Aplica sus resultados al mundo legal, mostrando su importancia para la adecuada comprensión de ciertas categorías jurídicas, por ejemplo, la de responsabilidad. El autor sigue de cerca la doctrina expuesta en el libro que recensionamos.—S. A. T.

HEYDTE (Friedrich August Frhr. v. d.): *Johannes Messner und das Naturrecht*, en “Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht”, N. F. X., 1 (1959) (págs. 78-88).

La contraposición de puntos de vista entre la concepción del Derecho natural de Johannes Messner y la de v. d. Heydte se había puesto ya de manifiesto anteriormente (Cfr. F. A. Frhr. von der Heydte: “Vom Wesen des Naturrechts”, en “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie”, XLIII, 2 (1957) (211-233).

El presente artículo está escrito a propósito de la tercera edición de la obra de J. Messner, “Das Naturrecht” (Innsbruck, 1958). Naturalmente no todo son divergencias entre Messner y v. d. Heydte, ni entre éstas todas tienen el mismo grado de irreductibilidad ni de importancia. Dada la estrechez de espacio en que forzosamente nos hemos de mover, parece indicado que reduzcamos nuestra consideración a un solo punto—creemos que el más fundamental—de esas divergencias.

Cualquiera que maneje la obra de J. Messner observará fácilmente en ella como rasgo destacado su preocupación por afirmar y dar relevancia a la sociedad frente al Estado. Prescindiendo ahora de los otros problemas que plantea esta contraposición, parece que, si se la reduce a imponer o exigir que las decisiones de los órganos del Estado han de tener en cuenta las convicciones sociales, resulta, por lo pronto, correcta e irreprochable, al menos en el orden lógico. Pero, por otra parte, Messner, que diferencia claramente el Derecho natural de la ética o la moral, establece, en conexión con Santo Tomás de Aquino, que el Derecho—y dentro de él el natural—está constituido tan sólo por el “mínimo de eticidad que es necesario para la subsistencia de la sociedad” (Cfr. pág. 202). Ahora bien, esto lleva consigo que el Derecho no sea sólo una cuestión de conciencia, sino que exige una efectivi-

dad, una vigencia social, lo que incluye también una vigencia en las convicciones sociales. De aquí que la sociedad asuma un papel relevante, no sólo frente al Estado, sino también en contraposición a las convicciones del individuo aislado. En esta línea se mueve la afirmación de Messner de que los principios del Derecho supralegal que en ciertos casos el juez se ha de ver precisado a aplicar "no son simplemente los de la conciencia individual del juez, sino los de la "conciencia jurídica", vale decir: los de la conciencia jurídica de la comunidad. Esta afirmación—y la línea de pensamiento que la envuelve—suscita la repulsa de v. d. Heydte. A primera vista parece que la postura de v. d. Heydte busca una mayor garantía frente a las arbitrariedades del poder estatal, porque se refiere a que "todo despotismo invoca el "sano sentido popular", para dar apariencia de Derecho a sus mandatos arbitrarios". Pero si suprimimos esa instancia social, lo que queda es el juez a solas con su conciencia. Y así v. d. Heydte nos dice que "el fundamento de toda decisión judicial tiene que ser una *norma objetiva*, que el juez reconoce en su conciencia". Si esta afirmación ha de entenderse en el sentido de que la "norma objetiva" coincide con el dictado de la conciencia del juez, nos parece una excesiva ingenuidad. Es sobradamente conocido el problema de la "conciencia errónea", para poder erigir así de cómodamente el dictado de la conciencia individual en árbitro de la objetividad de una norma. No nos es preciso determinar aquí cuántos son los casos en que la conciencia individual se equivoca (de buena fe); basta con que sean algunos para que el juez pueda invocar su conciencia, "para dar apariencia de Derecho a sus mandatos arbitrarios", con mucha más comodidad que invocando el "sano sentido popular". Pero no sólo es esta función de garantía frente a los abusos conscientes del poder judicial, o de cualquier órgano estatal, lo que justifica la dimensión social que Messner exige se ha de tener en cuenta para la aplicabilidad del Derecho natural. Precisamente si se tiene confianza en que la conciencia individual pueda descubrir las normas objetivas, en especial las del Derecho natural, habrá que convenir que es fácil lograr un estado de conciencia colectiva de acuerdo con esas normas. No significa esto una nivelación social de todas las

conciencias, ni en el orden cognoscitivo ni en el de la honorabilidad. Pero a su vez esta negativa no lleva consigo, sino que las convicciones colectivas han de tomarse tal como de hecho se dan en la sociedad: jerarquizadas en el orden intelectual y en el moral. Estamos de acuerdo con la insinuación de v. d. Heydte, de que es fácil invocar un sentido popular que previamente se han conformado a la medida de los gobernantes. Pero esto no debe llevar a debilitar a la sociedad, sino al contrario, a sanearla y enriquecerla intelectualmente, es decir, en definitiva, a robustecerla. J. M. P.

OLÍS ROBLEDA: *¿Se debe llamar Derecho al Ius naturae?*, en "Miscelánea Comillas", XXXIV-XXXV, 1960, (páginas 575-582).

Los argumentos contra el Derecho natural en la época actual tienen un denominador común: sus detractores afirman que no es *Derecho* o que no es *natural*. No lo primero porque sólo es Derecho—dicen los positivistas de nuestros días—el positivo, el *puesto* por el legislador o por la costumbre como *hecho* social; no lo segundo porque aparte de la dificultad de definir el concepto de "naturaleza", natural es para muchos, como lo fue para Trasímaco y, en otro sentido, para Spinoza, lo que manda o impone el más fuerte y eso, claro es, no es, no puede ser Derecho.

Pero junto a estas posiciones extremas, otros autores menos heterodoxos, niegan el Derecho natural porque lo que se llama "Derecho natural", que indudablemente existe y cumple funciones importantes, no es Derecho, sino *ética*, o cuando más, "moral social", o, si acaso, un Derecho "sobrenatural", reservando la juridicidad solamente para el Derecho positivo. Uno de estos últimos autores, el ilustre profesor Carnelutti (*Ordinamento giuridico e morale cristiano*) afirma que no le parece conveniente llamar *Derecho al natural*. Y ello por tres razones principales: para distinguir así los *comandi dettati agli uomini* de los *dettati dagli uomini*, porque llamarles por un mismo nombre sería *degradar quelli al livello di questi*; porque la ética no se presta a ser reducida a fórmulas cerradas; y porque la ética, lo que no es Derecho positivo, no se presta a ser impuesto por la fuerza. Da por supuesto el ilustre

maestro que lo que no es Derecho positivo, esto es, el Derecho natural, es ética.

El P. Robleda deshace en este breve trabajo las tres razones expuestas por Carnelutti, no viendo "por qué ha de haber degradación en llamar lo mismo uno que otro (Derecho natural y positivo). *Derecho*, porque uno y otro son la justicia misma o dice relación a la justicia, respectivamente; porque si el Derecho natural (la ética en palabras de Carnelutti) no se presta a ser reducido a fórmulas, "hay normas enteramente formuladas, cuales son los primeros principios y sus conclusiones inmediatas". Y no se diga que tales normas son demasiado abstractas y generales prescindiendo de las diversas situaciones de la historia (otra de las acusaciones contra el Derecho natural), "porque el Derecho natural auténtico, no el *inflacionista*, racionalista más bien que natural..., se acomoda a la diversidad de circunstancias y a la evolución histórica, hasta el punto de estar precisamente en esto la solución del intrincado problema de la mutabilidad e inmutabilidad del Derecho natural". Y, por último, por lo que se refiere a que no todas las normas de Derecho natural se prestan a ser impuestas por la fuerza, contesta el autor que si se tratase de verdadera y estricta justicia, no cabe duda de que podrán ser verdaderamente coactivas, es decir, "se dará entonces necesariamente la coercibilidad; es un error pensar, de una parte, que es la fuerza estatal la única utilizable para hacer efectivo el Derecho; y de otra, que la coercibilidad, que es propiedad no esencia del Derecho, se ha de entender necesariamente física y no jurídica"... y "que la juridicidad no procede del valor interno de la norma, sino de un imperio y una coactividad estatales. Lo cual no se puede admitir". Jurídicas son todas las normas que regulan las relaciones absolutamente necesarias del orden social, sean pura o simplemente naturales o determinaciones positivas de lo que la norma natural deja indeterminado. Más aún—termina el autor—"el Derecho natural es más Derecho que el positivo, una vez que puede haber normas jurídicas naturales completas que nada tengan de positivo; en cambio, no puede haber norma alguna positiva que no tenga al menos la forma interna participada del natural".

Si se circunscribe, pues, la palabra

Derecho al positivo, la desvirtuaríamos privándola de contenido.—E. S. V.

PASSERÍN D'ENTREVES (Alessandro): *Due domande intorno al diritto*. "Rivista di Filosofia", vol. LIII, 1962, núm. 1 (páginas 12-26).

Se propone el docto profesor Passerín d'Entreves en este trabajo examinar las condiciones actuales de la filosofía del Derecho a la luz de las dos demandas o exigencias que, según Kant, pueden hacerse a propósito del Derecho: su definición y su valuación o valoración. La primera es la de acertar qué cosa es el Derecho en un determinado lugar y tiempo (*quid sit iuris*), establecer los criterios mediante los cuales podemos reconocer el carácter jurídico de ciertas normas y excluirlo de otras. La de valuación quiere saber si lo que prescriben las leyes es justo o injusto (*quid iustum es iniustum*). Las dos demandas apuntadas, están contenidas en la "deducción trascendental" que hace Kant del Derecho, deducción que tiene por objeto establecer *come avviene* el Derecho, *wie ist Recht überhaupt möglich*. La definición kantiana del Derecho estriba indudablemente sobre una valuación.

De estas *due domande intorno al diritto*, la primera es, ciertamente, la más difundida hoy y la que parece más a tono con las exigencias de los juristas de profesión. El autor la designa con el nombre "che è ormai universalmente accettato": con el hombre de *positivismo jurídico*. La afirmación del primado de la valoración sobre la definición, esto es, del *quid iustum* sobre el *quid ius*, corresponde al *iusnaturalismo*.

El profesor de Yale expone brevemente en este estudio los principales tipos del positivismo jurídico, así como los de su opuesto el *iusnaturalismo*.

El tipo mejor conocido del positivismo jurídico—dice—es la *teoría imperativística* del Derecho, que el autor asocia a Austin, Hobbes y hace remontar a Guillermo de Ockam. Para esta teoría una ley "válida" es el mandato de un "soberano", corroborado por el hecho de una obediencia habitual. Un segundo tipo de positivismo, es la *teoría realística* del Derecho, cuyo programa está contenido en la célebre afirmación del juez Holmes de que el Derecho no es otra cosa que la profecía de aquello que deciden los Tri-

bunales. El Derecho para esta escuela es un fenómeno social, una decisión dotada de autoridad. El tercer tipo de positivismo jurídico, dominante en el pensamiento jurídico europeo actual por la influencia de Kelsen, es la teoría *normativista* para la que el Derecho no puede ser entendido sino como un complejo de normas o proposiciones normativas.

Ahora bien, si el Derecho, sea bueno o malo es Derecho, y si se admite este lugar y denominador común de todo positivismo jurídico, es posible y cabe dar un sentido a la discusión sobre la bondad o no del Derecho. Precisamente este es el punto sobre el cual el iusnaturalismo se encuentra con el positivismo jurídico.

Por "iusnaturalismo" entiende aquí el docto profesor Passerín d'Entreves aquellas concepciones jurídicas que tienen como denominador común el de representar las tentativas de colmar el abismo entre el *ser* y el *deber ser* y de reivindicar la importancia de la valuación en la experiencia jurídica. Las variedades del iusnaturalismo son todavía mayores que las del positivismo jurídico. Hay un iusnaturalismo *ontológico* que afirma la correlación fundamental entre el *ser* y el *deber ser*; existe un "orden de la realidad" del que las leyes humanas o positivas forman parte y de la que derivan su validez. Un segundo tipo de iusnaturalismo es el llamado por el autor *tecnológico*, según el cual sería posible elaborar los criterios mediante los cuales se puede a un tiempo definir y valorar el Derecho recurriendo al "fin" del Derecho mismo, a la "naturaleza de las cosas", a las "situaciones tipológicas" del hombre en sociedad. El tercer tipo de iusnaturalismo, *che forse non merita propriamente questo nome*, es el *deontológico*, que se reduce a afirmar la existencia de ciertos principios de valuación relativos al Derecho, significando que tales principios tienen relevancia para la existencia misma del Derecho. Estos tres tipos de iusnaturalismo tienen de común que subordinan el problema de conocer qué es el Derecho en un determinado tiempo y lugar, al de conocer si lo que el Derecho manda es justo o injusto. Se relaciona el problema de la validez del Derecho con el de su obligatoriedad. Suministran una valuación del Derecho que pretende ser al mismo tiempo una definición.

En cuanto a las dos cuestiones sobre el Derecho, no cabe duda que el positi-

vismo jurídico *provveda una risposta alla domanda quid iuris*, pero esta respuesta *la provvede al prezzo di ridurre il diritto a un fatto*. También es indudable que el iusnaturalismo suministra una respuesta a la demanda *quid ius* al afirmar la prioridad del problema del *iustum*.

Pero el principal problema irresuelto para el autor, es cómo *avviene*, cómo es posible el Derecho. Este problema o está mal planteado, o es—dice—de los que no puede responder ninguna filosofía. Ni el positivismo sacrificando el *deber ser* al *ser*, ni el iusnaturalismo sacrificando el *ser* al *deber ser*, dan una respuesta. ¿Cómo se explica que el Derecho pueda expresar a un tiempo un *ser* y un *deber ser*, que pueda ser a un tiempo un hecho y una norma? "Io penso che vi sia un elemento di verità e nel positivismo e nel giusnaturalismo, e che la risposta, se c'è, possa esser data dalla filosofia politica piuttosto che dalla filosofia del diritto" (página 19).—E. S. V.

PIOVANI (P.): *La philosophie du droit dans la pluralité des expériences juridiques*. "Archives de Philosophie du Droit", núm. 7, 1962 (pág. 13-14).

Como las preguntas "qué es filosofía", "qué es la ciencia" o "qué es el Derecho", la cuestión "qué es la filosofía del Derecho" en su renovado y permanente interrogante, es un modo de reexaminar el valor de su propia esencia, de reafirmar su propio ser en el mundo, de asumir nuevas posiciones cara a la vida.

La presencia de la filosofía del Derecho en la vida especulativa está demostrada de un modo innegable por las meditaciones de los filósofos sobre el problema del Derecho, que constituye, juntamente en su conjunto la filosofía del Derecho. Las reflexiones de los filósofos, grandes y pequeños, que meditando sobre el Derecho han hecho filosofía del Derecho, son la prueba y la garantía de que ha habido y puede ser la filosofía jurídica.

De Sócrates a Hegel, y después, la historia de la filosofía registra innumerables meditaciones sobre el Derecho. Y quienes creen que con Hegel terminó la verdadera filosofía del Derecho, ellos mismos nos presentan los desenvolvimientos sucesivos del pensamiento hegeliano, en las más variadas y contradictorias interpretaciones, como un simple

propósito del maestro, como la primera manifestación de una filosofía jurídica nueva en su voluntad de fundar en lo concreto de la experiencia ético-jurídica las significaciones y características más auténticas a través de una fenomenología de las instituciones históricamente vivas. La *Rechtsphilosophie* hegeliana, con todos sus peligros, podría marcar, según el autor, más bien una *naissance* que una *mort* de la filosofía al Derecho.

Para el profesor Piovani, el proceso de la filosofía del Derecho moderna, como conjunto de reflexiones filosóficas sobre el problema del Derecho en las diversas filosofías y visiones del mundo, es un proceso lento, siguiendo un movimiento paralelo al de la ciencia jurídica "emancipándose" de las tradiciones de esquemas del Derecho natural. El Derecho ha sido reducido por el positivismo jurídico del siglo XIX a la simple legislación escrita estatal, repudiando el Derecho natural que había inspirado la filosofía del Derecho hasta el siglo anterior. La filosofía del Derecho pasa a ser *Teoría general del Derecho, o ciencia jurídica del Derecho comparado*. La filosofía del Derecho no tiene necesidad de intentar universalizar las teorías generales en un conceptualismo formalista que oculte el sentimiento de la unidad perdida del universalismo del Derecho natural. "La philosophie du droit n'est pas contrainte de faire bon accueil à un retour de la doctrine du "droit naturel classique" (pág. 27). Es en los cuadros de una filosofía que quiere asumir una conciencia plena del sentido de sus tendencias más nuevas, donde una filosofía del Derecho que quiera ser plenamente consciente de sí misma, puede adquirir todo su valor. La filosofía del Derecho no tiene por objeto un Derecho como forma ideal dada de una vez para siempre, sino "la connaissance de la qualité et de la signification de cette activité humaine qui s'individualise comme activité juridique" (pág. 28). Esto es, la filosofía del Derecho es una "Philosophie particulière", o si se quiere, en un cierto sentido, una "Philosophie du particulier", como todo conocimiento filosófico que debe ser conocimiento de realidades individualizadas.

La filosofía del Derecho para el autor (conocida es ya su tesis mantenida en *Linee di una Filosofia del Diritto*, 1958), es una fenomenología del Derecho. Por eso—termina—no es posible establecer a

priori cuáles son las "rubricas fundamentales" de la filosofía jurídica; son diversas según la diversidad de concepciones de los filósofos que dan a ésta o la otra una importancia diferente siguiendo sus diversas visiones del mundo, y por consiguiente la significación que ellos atribuyen al Derecho en el mundo. Filosofías que no filosofía del Derecho, diríamos nosotros.—E. S. V.

PIZZORNI (R. M.): *Il diritto naturale norma dinamica del diritto*, en "Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto", 1962, fasc. I-III (págs. 143-168).

Es obsesionante en el autor el problema del Derecho natural al que viene dedicando, en estos últimos años, notables y documentados estudios en los que observamos repeticiones e insistencias en ideas fundamentales, que son las de la roquera doctrina tomista.

En *Il vero concetto del diritto naturale* (1954) se propone y lo consigue plenamente, determinar el concepto del Derecho natural; sus preceptos y las relaciones que mantiene con el Derecho positivo y con la moral han sido objeto, respectivamente, de los interesantes trabajos *I principali precetti del diritto naturale* (1957), *Diritto naturale e diritto positivo* (1960) y *Diritto e morale in S. Tommaso* (1958). El Derecho natural, dice ahora el autor, corroborando tesis anteriores, está presente en el Derecho positivo no sólo como *norma negativa* en cuanto es un límite del Derecho positivo que no puede contradecirle; y como *norma positiva* en cuanto es el fundamento y título de legitimación del Derecho positivo, sino también como *norma dinamica* en cuanto constituye el principio o la fuerza dinámica del progreso jurídico. "Ogni ordinamento giuridico è in genere piuttosto conservativo e statistico; il diritto naturale, invece, è sempre vivo, ed i principi della perfezione umana esigono un continuo adattamento alle concrete e sempre mutevoli condizioni della vita umana" (pág. 144).

Examina el autor en este trabajo esta tercera función del Derecho natural que, no obstante la inmutabilidad de sus principios, cumple esa misión histórica. En el párrafo primero, "Inmutabilidad y dinámica del Derecho natural", expone la conocida doctrina escolástica-tomística-suareziana-de la inmutabilidad de los

primeros principios, pero la mutabilidad en sus aplicaciones a la *materia* histórica y contingente que regulan. En este sentido habla del "progreso" del Derecho natural, entendido gnoseológicamente, y progreso en la adaptación a casos y circunstancias progresivas, diversas y variables. Y no se opone a esta concepción dinámica el hecho de que el Derecho natural sea una concepción e inclinación natural en el hombre, porque aparte de los elementos esenciales constitutivos de la persona (iguales en todos los hombres), la coyuntura existencial histórica en que viven varía constantemente con el tiempo y la historia. Y si los principios universalísimos, tanto del orden especulativo como práctico, no pueden ser ignorados por nadie, los demás principios pueden ser más o menos ignorados por la diversa edad, educación, tiempo y lugar, y en este aspecto son mutables. La ley y el Derecho natural considerados objetivamente—dice el autor—son inmutables, pero "considerati invece soggettivamente, riguardo a noi stessi, cioè quanto alla cognizione che noi possiamo avere, sono mutabili" (pág. 151). De este modo los principios del Derecho, implícitos en la naturaleza humana como vocación ideal, se actúan históricamente. De otro modo no se podría hablar del progreso del Derecho. Y siendo el Derecho positivo—nos dice en otro trabajo el autor (*Necesità del diritto positivo secondo S. Tommaso*, RIFD, 1961)—una derivación, por conclusión o determinación del Derecho natural, éste, concretizado en el Derecho positivo, no es una norma abstracta, sino una norma que se actúa en la vida concreta, que se condensa en instituciones y sigue el movimiento general de la Humanidad, perfeccionándose y diferenciándose en el proceso histórico.

En este sentido se puede justamente decir que en su dinámica "Il diritto è tutto diritto naturale, che senza distruggere le precedenti conquiste autenticamente humane, le potenzia e le arricchisce nella novità delle situazioni storiche, concrete, con nuove applicazioni" (página 159).—E. S. V.

QUINTAS (A. M.): *Possibilità e limiti della logica giuridica*, en "Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto",

A. XXXIV, fasc. I-III, 1962, (páginas 403-407).

La lógica jurídica no es filosofía del Derecho. Se distinguen por el objeto y por el método. La Filosofía del Derecho se ocupa de las acciones humanas *ad alterum*; su fin es normativo, dinámico, tendente a regular las acciones intersubjetivas. Por tanto, el método de la Filosofía del Derecho consiste en determinar el *contenido* real y fundamental de las acciones u omisiones sociales relativas al bien del hombre y de la sociedad. La lógica, por el contrario, no trata de las acciones intersubjetivas y de su contenido real; su objeto son las "relaciones mentales de extensión", entre los diversos conceptos y esquemas. Por tanto, su método no consiste en la determinación axiológica de las diversas acciones *ad alterum*, sino que se limita a una descripción de los esquemas lógicos como se realizan en la materia jurídica. Así, pues, la Filosofía del Derecho y la Lógica jurídica tienen de común la materia: las acciones jurídicas, pero es diverso el método y el punto de vista bajo el cual estudian dicha materia. El método de la Lógica es teórico-descriptivo de las estructuras formales que se presentan en la materia jurídica; el de la Filosofía del Derecho es normativo-axiológico respecto a las acciones *ad alterum*.

Así sintetiza el autor estas primeras diferencias entre la Filosofía y la Lógica jurídicas. Y sabido el objeto propio de la Lógica jurídica, se comprende cómo pueda estudiar la aplicación de los principios primeros del razonamiento en el campo del Derecho, considerando las relaciones formales sin referirlas al contenido teleológico de las normas jurídicas. Es evidente que la consideración lógico-jurídica aporta claridad y precisión no sólo al campo filosófico, sino también al de la ciencia jurídica a la actividad legislativa y judicial.

Pero advierte el autor el peligro de la "logicización" del Derecho desviándolo de su contenido, como ha hecho repetidamente Kelsen con su concepción del Derecho como un ordenamiento lógico-normativo, que se basa sobre una norma suprema—la *Grundnorm*—que únicamente tiene un valor lógico-hipotético. La afirmación de la existencia y validez de la Lógica jurídica no puede llevar a reducir la Filosofía del Derecho a la Lógica jurídica. Esta no tiene una completa autonomía respecto a la materia jurídica

y a la Filosofía del Derecho. Con razón ha advertido nuestro doctísimo profesor Legaz Lacambra del peligro de que la Lógica jurídica sea considerada como la única posibilidad del pensamiento jurídico. No, la Lógica tiene sus límites. Cierro que los esquemas lógicos son en sí mismos teleológicamente neutros, pero el análisis de la Lógica acerca de la realidad jurídica no pueden suprimir ni deformar la estructura teleológica del Derecho. "La forma lógica—dice muy bien Del Vecchio—no nos dice lo que es justo o injusto, sino sólo nos dice *cual es el sentido de una cualquier afirmación de lo justo o injusto* (cit. por el autor, página 405).

Sin minimizar en modo alguno la importancia de la Lógica jurídica y el papel que desempeña en los análisis estructurales de la realidad jurídica a la luz de sus principios de insobornable rigor filosófico, terminaremos con el autor diciendo que no se debe exagerar unilateralmente esta indudable función haciéndola exclusiva, porque la Historia de la Filosofía nos demuestra que tomar un método como único posible para examinar la realidad, "provoca siempre deformaciones y unilateralidad de la investigación científica".—E. S. V.

REALE (M.): *La philosophie du droit et les formes de la connaissance juridique*. en "Archives de Philosophie du Droit", núm. 7, 1962 (págs. 45-59).

Afirma el ilustre profesor Reale, y con él estamos en esto, la vocación de nuestra época para la filosofía del Derecho. Nuestra época, en efecto, nos revela una profunda renovación en los estudios filosófico-jurídicos y, lo que es muy significativo, un interés creciente por la Filosofía del Derecho por parte de los juristas mismos. Por su parte los técnicos del Derecho reconocen, en principio, la importancia de la Filosofía del Derecho como un conocimiento indispensable a la cultura del jurista. La investigación de lo esencial y de lo concreto surge también como una exigencia de los tiempos modernos. Se apela a la Filosofía del Derecho porque está en juego el destino mismo de las jerarquías axiológicas, que están todavía a la base de las leyes en vigor en la civilización occidental. El *ius condendum* prevalece sobre las tranquilas ponderaciones del *ius conditum*; de

suerte que toda la ciencia del Derecho está inmersa en la problemática del futuro, es decir, del destino humano en general; de ahí la imposibilidad de una ciencia jurídica alejada de los conflictos que se desencadenan en el mundo de los valores y de los hechos.

Pero si el jurista se interesa por la filosofía, la recíproca es igualmente verdadera cuando los filósofos del Derecho abandonan sus esquemas formales y abstractos para tomar contacto de un modo cada vez más vivo con el Derecho positivo, según los valores que se derivan de lo particular, de lo contingente y de lo empírico, en función de los intereses que se desenvuelven en la experiencia cotidiana de juristas y jueces. En cierto modo las perspectivas se entrecruzan, las delimitaciones se hacen imprecisas; los temas de la Filosofía del Derecho, de la teoría general del Derecho, de la sociología jurídica, se complican y a veces se confunden, como el resultado mismo de la inestabilidad y de la perplejidad reinantes, lo que exige la formulación de un problema que parecía resuelto: el de la *clasificación de las formas del conocimiento*, del que las relaciones entre la Filosofía del Derecho y la Teoría general del Derecho, no son más que un aspecto particular (pág. 49). La Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho coinciden las dos en un *retour à l'object*, que es una de las características fundamentales del pensamiento de nuestra época. Por eso tanto el formalismo de la *Begriffjurisprudenz*, como el formalismo *a priori* de los neokantianos han sido sometidos a la misma crítica, nacida de la nueva gnoseología orientada en el sentido de objetividades (por eso el autor prefiere llamarla *Ontognoseología*) y de la nueva ética que se identifica con su contenido axiológico.

El conocimiento del Derecho resultará de un riguroso análisis de los elementos que integran la realidad jurídica. Este análisis debe ser efectuado, según el autor, mediante la aplicación del *método fenomenológico*, que es el que nos permite ver que en todo fenómeno jurídico hay un *hecho* (económico, geográfico, demográfico, etc.), ordenado *normativamente*, según *valores* determinados. *Hecho*, *valor* y *norma* son las tres "dimensiones" de la experiencia jurídica sobre las que cabe la posibilidad de distintas especies de investigación.

Es necesario distinguir entre el trata-

miento filosófico (que el autor llama en términos kantianos, no en el sentido, *trascendental*) y científico-positivo (*empírico*) de la realidad jurídica. A este efecto, el ilustre profesor brasileño hace un cuadro sinóptico de las formas del conocimiento jurídico en la doble trayectoria filosófica y positiva.

El primer problema o serie de problemas que se impone al análisis se refiere a la *consistencia* misma de la realidad jurídica y a su correlativa *determinación conceptual*. Esta *parte general previa* corresponde a los planos filosófico y positivo, respectivamente, a los sistemas de investigación que el autor llama *Ontognoseología jurídica* y *Teoría general del Derecho*. La ontognoseología jurídica es la parte general de la Filosofía del Derecho destinada a la investigación de las condiciones subjetivas y objetivas de la experiencia jurídica. Mediante el método "fenomenológico-histórico", es posible determinar que el Derecho es esencialmente y dialécticamente tridimensional. Concebido el Derecho como *hecho*, como *valor* y como *norma*, la ontognoseología se escinde, o mejor, se desenvuelve en tres subdivisiones de estudios: la *Deontología jurídica*, que estudia el Derecho según sus *presuposiciones axiológicas*; la *Culturología jurídica*, que estudia el Derecho según sus *presuposiciones ónticas*; y la *Epistemología jurídica* o Teoría fundamental de la Ciencia, que estudia el Derecho según sus *presuposiciones lógicas*.

Paralelamente a este desdoblamiento en el plano trascendental y como su complemento necesario, se pone el problema de la *Teoría general del Derecho*, que es un sistema de conocimiento general empírico, válido en relación a tipos determinados de ordenamientos jurídicos. En este plano empírico, es preciso distinguir tres ramas especiales de investigación que se refieren, respectivamente, a la problemática del *hecho jurídico* (Sociología jurídica e Historia del Derecho); a la problemática de las *reglas de Derecho* (La Ciencia jurídica o Jurisprudencia) y a la problemática de los *valores jurídicos* (la política jurídica).

Estas son, para el profesor Miguel Reale, las formas del conocimiento filosófico-científico del Derecho, derivadas de su concepción tridimensional expuesta en *Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto*, (RIFD, 1961, fascículo II-IV) y de su tesis de que *hecho, va-*

lor y norma son dimensiones ónticas del Derecho, el cual no es susceptible de ser dividido en ramas sin exponerse a comprometer la naturaleza específicamente jurídica de la investigación misma. E. S. V.

VIEHWEG (Theodor): *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", XLVII, 4 (1961) (págs. 519-538).

Se trata de la reproducción de la conferencia pronunciada con motivo de la constitución de la IVR. en la Universidad de Frankfurt. No debe extrañarnos, por consiguiente, esté más cargada de sugerencias que de la ponderada investigación innovadora que el autor nos ofrece en otros trabajos.

El estudio de los fundamentos que se asigna como tarea a la filosofía del Derecho constituye para Viehweg una unidad con lo que sobre ellos, se ha de edificar. Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho no son disciplinas independientes. Más bien hay que decir que no se da ciencia del Derecho si no se tienen en cuenta de alguna manera los fundamentos de éste. En cambio, la investigación fundamental se contrapone a la dogmática jurídica, que ha de construirse precisamente sobre aquélla, y es distinta de otras ramas de investigación jurídica, tales como la historia del Derecho, la sociología jurídica y la ciencia política.

Viehweg ilustra su concepción programática con algunos ejemplos de investigación jurídica fundamental, que clasifica en dos apartados: temas de "estructura jurídica fundamental" y temas referentes a una "teoría fundamental de la realidad". Los primeros tienen, pues, carácter formal. A este propósito Viehweg enlaza con las ideas expuestas en su libro "Topik und Jurisprudenz", München, 1953, sobre la estructura del pensamiento jurídico. A las ideas allí expuestas añade ahora la referencia a Klug ("Juristische Logik", 2.^a ed., 1958) y a H. Fiedler ("Ulrich Klugs Juristische Logik", ARSP, XLV (1959), pág. 439 ss.), para destacarnos la utilidad de contraponer la lógica matemática a la ciencia jurídica, con el fin de conocer más exactamente la estructura lógica de ésta. Se aluden también como posibles temas de investigación de la "estructura jurídica fundamental" el problema del lenguaje y el de la automatización, en su relación

con el Derecho. A continuación Viehweg señala las repercusiones para los fundamentos de la estructura jurídica de las diversas posturas de la interpretación dialéctica, para terminar poniendo en conexión con su problematismo el problematismo de la existencia, o, mejor, supervivencia, de la dogmática jurídica misma.

Con respecto a la teoría fundamental de contenido o material, empieza Viehweg por resaltar el papel de la Constitución, ya que ésta reclama no sólo un Estado de Derecho en el sentido formal, sino también en el material, es decir, que impone una serie de valores que han de ser reconocidos por todo jurista. Pero nos engañaríamos si tomáramos por Constitución tan sólo el texto de ésta, ya que ese texto presupone una constitución previamente existente, derivada del momento histórico-cultural, que acepta en cuanto no la rechaza expresamente. Porque la Historia de la Filosofía del Derecho, así como la de la ciencia política, nos muestran hasta qué punto nuestras ideas ju-

rídicas están en dependencia de factores políticos, sociales, económicos, técnicos, consuetudinarios y religiosos o medio religiosos. Para decidir sobre estos factores se adoptan en el mundo de hoy dos posturas fundamentales: una es la del marxismo-leninismo, que proclama como carente de sentido, al menos por el momento, todo tratamiento crítico de su teoría fundamental. La otra postura es la típica del mundo occidental, que no renuncia a la investigación crítica de los fundamentos. Muy acertadamente, a nuestro modo de ver, señala Viehweg que esta investigación de los fundamentos recae en último término en los elementos antropológicos, a los que hay que añadir en los últimos tiempos el interés por el estudio de la situación. Respondiendo a la postura de cautela que preside hoy las investigaciones en este terreno, Viehweg termina afirmando que estamos en condiciones de poder determinar al menos lo que se ha de considerar como *injustum naturale*.—J. M. R. P.

D) TEORIA GENERAL DEL DERECHO. CIENCIA Y TECNICA JURIDICAS

KELSEN (Hans): *Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre*, en "Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", N. F., X, 1 (1959), (págs. 1-25).

El artículo viene a ser una contestación de H. Kelsen a la posición actual de Alf Ross, antiguo discípulo suyo, que hoy día se alinea en la llamada "Escuela escandinava", "Escuela de Upsala" o del "ultrarrealismo sueco". Como es sabido, esta escuela achaca a las doctrinas positivistas, y en especial a la de Kelsen, haberse quedado a mitad de camino en su oposición al Derecho natural y manejar conceptos impregnados de iusnaturalismo. La respuesta de Kelsen tiene que ofrecer, pues, un gran interés.

Alf Ross ha dado expresión a su doctrina "realista" en sus dos obras: "Towards a realistic Jurisprudence", Copenhague, 1946, y "On Law and Justice", London, 1958. A ambas se refiere Kelsen y en especial a esta última.

Me parece un gran acierto de Kelsen establecer desde el principio la diferencia radical entre Ross y él en la cues-

tion gnoseológica; para Ross como para otras tendencias jurídicas actuales, no hay más ciencia ni más filosofía posible que la empírica; y el objeto de esta ciencia y de esta filosofía no pueden ser más que los hechos. Kelsen está de acuerdo con el primer aserto; pero niega que el conocimiento empírico tenga que reducirse estrictamente a los hechos; también puede captarse por este conocimiento, sin implicaciones metafísicas, el "sentido" de los hechos. Por tanto, la ciencia jurídica, sin dejar de ser empírica, puede ocuparse no de los hechos, sino de su sentido, no del ser, sino del deber ser, es decir, de las normas. Ross había rechazado decididamente en la primera de sus obras mencionadas la caracterización del Derecho como norma, mientras que en la última accede a considerarlo como norma o como un sistema de normas que prescriben que los hombres *han de* ("sollen") comportarse de determinada manera. Pero, a mi juicio, Kelsen se fija demasiado en los términos y en las expresiones, tanto cuando se refiere a las diferencias entre las dos obras de Ross, como

cuando trata de demostrar las "contradicciones" en que éste incurre dentro de cada una de ellas. Porque en el fondo está bastante claro que tanto cuando emplea las palabras "norma", "normativo", "directiva", como cuando no las emplea quiere decir lo mismo: que se pueden conservar y utilizar esas expresiones, siempre que se convenga que lo único que objetivamente les corresponde es meramente un "hecho", psicológico o social, o mejor, psicológico y social.

El problema que Ross considera decisivo para la diferenciación entre su teoría y la teoría pura del Derecho, de Kelsen, es el de la relación entre validez y vigencia o efectividad. Kelsen señala la diversidad de puntos de vista que se observa en las dos obras de Alf Ross. Mientras en "Towards a Realistic Jurisprudence" se consideran los conceptos de validez y efectividad referidos tanto a los órganos de aplicación del Derecho como a los sujetos sometidos a él, en "On Law and Justice", Ross limita su atención a la aplicación del Derecho por los órganos encargados de ella. En esta obra el centro de gravedad se desplaza al hecho exterior de la efectividad, mientras que en la primera nos encontramos que, partiendo del término "validez", se centra la atención en el factor psíquico. Pero esto nos demuestra solamente que en la segunda obra se suponen y se tienen en cuenta los resultados de la primera. En efecto, en ésta había quedado ya establecido que la validez no es sino la vivencia subjetiva de un impulso hacia un determinado comportamiento, una palabra carente de sentido, si se quiere significar con ella algo distinto de la "realidad". Por eso en la segunda obra puede, lógicamente, centrarse la atención en la efectividad o vigencia del Derecho; y como ésta en definitiva depende de los órganos de hacer aplicar el Derecho, de aquí que éstos ocupen el primer plano. También aquí entra en juego el concepto de validez; pero se lo interpreta, en concordancia con los resultados anteriores, como un mero hecho psíquico: el sentimiento de los jueces de que ciertas "normas" son socialmente vinculantes. La validez y la vigencia, lo psíquico y lo social están, pues, acordemente considerados. Sólo que mientras la vigencia social es un hecho objetivo, la validez (psicológica) corresponde a un error, al menos en cuanto al modo corriente de concebirla; como algo objetivo distinto del

reino de los meros hechos. Con esto Ross ha dado un paso más allá de la teoría pura y ha puesto a Kelsen entre la espada y la pared. Este se niega a admitir esa explicación del concepto de validez, que al fin y al cabo es un caso especial del concepto de deber ser. Pero, entonces, que nos diga en qué consisten propiamente estos conceptos. Si no se rebasan los límites de la mera ciencia jurídica, es decir, en definitiva, los límites de la teoría pura del Derecho, no parece que se nos pueda dar una explicación satisfactoria y habrá motivo para seguir pensando, con los filósofos de la Escuela de Upsala, que en los conceptos de validez y de deber ser se alberga, también en la concepción de Kelsen, un secreto fondo metafísico, o, como nosotros preferiríamos decir, ético.—J. M. R. P.

MESSINEO (A.): *I diritti della persona e l'ordine internazionale*, en "La Civiltà Cattolica", núm. 8, aprile, 1962 (páginas 119-130).

La Encíclica *Mater et Magistra*, en la parte dedicada a la cuestión "forse maggiore dell'epoca moderna" de las relaciones entre comunidad política económicamente desarrollada y comunidad política en vía de desarrollo, señala cómo el goce de los derechos elementales de la persona humana no siempre quedan garantizados en la vida internacional. Y en las relaciones entre la iniciativa privada y el Estado en el campo económico ha de conservarse la tutela de la esfera de libertad de cada uno de los ciudadanos como expresión de la expansión de la persona en la actividad económica. El criterio de valoración, tanto en el terreno internacional con la conquista de la independencia, como en el interno, con la cada día más extendida socialidad de los tiempos modernos, y es y sigue siendo de nuevo la persona.

La persona es la medida universal, válida para todos los problemas sociales, a la cual, en último término, debe recurrirse para ensayar la bondad moral y la conformidad con la justicia de todo procedimiento y de toda institución. Porque —dice la Encíclica— "che i singoli essere umani sono e devono essere il fondamento, il fine e i soggetti di tutte le istituzioni in cui si esprime e si attua la vita sociale: i singoli esseri umani visti in quello che sono e che devono essere se-

condo la loro natura intrinsecamente sociale”.

Se trata de la reafirmación cristiana del espiritualismo personalista o humanismo cristiano que, de un tiempo a esta parte, ha venido a ser el sostén de la doctrina social católica y sobre el cual se ha apoyado todo el sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado y entre el individuo y el orden internacional. Porque el personalismo cristiano se extiende a los “diversos ámbitos del orden temporal”, o sea que comprende no sólo las relaciones humanas dentro de la familia, las sociedades infraestatales, la comunidad política, sino también las normas morales y jurídicas que regulan las relaciones entre los Estados, porque la persona, como dice la Encíclica, “es el fundamento, el fin, el sujeto de todas las instituciones en las que se expresa y actúa la vida social”. También en el orden internacional no sólo la comunidad política, sino la persona individual es un sujeto jurídico, que aún sobre el vasto plano social puede con pleno derecho hacer valer alguna de sus exigencias y pedir una asistencia positiva para su tutela y seguridad.

Bien entendido, que esta tutela y seguridad no es sólo aconsejable por motivos de humanidad, sino que es obligado por una razón moral y jurídica al mismo tiempo, “se la sussidiarietà sociale ha qualche senso” (pág. 122), por un Derecho superior que se impone como exigencia jurídica humana que tiene como fin el bien común de la colectividad, que es bien concreto actuándose en los miembros del cuerpo social, Sin que a esta exigencia pueda oponerse la doctrina de la “no intervención” que, como dice el autor, “non è altro che un assioma politico, comodo per gli Stati in certe situazioni per conseguire fini contingenti, non una norma giuridica, sventolato quando si prestava a tutelare un interesse..., violato quando l'interesse particolare era in contrasto con la sua osservanza” (pág. 123). Aparte de que el principio de no intervención (cuando se trata de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona humana) es hoy fuertemente atacado por el progreso de las instituciones y el propio Estatuto de las Naciones Unidas lo niega, mientras lo afirma, previendo una intervención de la organización internacional allí donde es amenazada la paz de los pueblos, que, en definitiva, es la paz de los individuos que los componen.

Y teóricamente ahí están la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, la Convención Europea de los Derechos del Hombre, aprobada por el Consejo de Europa en 1950 y la más reciente Declaración de los Derechos Sociales, aprobada por el mismo Consejo de Europa en enero de 1960, que ponen de relieve la tendencia actual de reconocer a la persona como sujeto del orden internacional.

Pero demuestran también, y lo subrayamos con el autor, el hecho de cómo el pensamiento occidental (en buena parte laico) se ha acercado al pensamiento cristiano de afirmación de la persona humana y sus derechos fundamentales. E. S. V.

STERLING (Eleonore): *Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt*, en “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie”, XLVII, 4 (1961) (págs. 569-586).

La autora nos ofrece aquí un cuidado estudio sobre la relación de las doctrinas de Kelsen y de Carl Schmitt, presentándonos una confrontación de textos en diversas materias: norma y realidad, formas de gobierno, el hombre y el Estado y el problema de la unidad.

Asimismo las observaciones y conclusiones nos parecen muy atinadas. Aun cuando no ofrezcan gran novedad, tienen el mérito de la claridad y de llamar la atención sobre puntos importantes. A pesar de que Kelsen y Schmitt—se nos dice—parten de principios contrapuestos y sus ideologías sean radicalmente distintas, corren el peligro de llegar al mismo resultado final: el antropologismo existencial de Schmitt y el positivismo puritano de Kelsen pueden convertirse los dos en instrumentos del poder arbitrario. Este resultado final está ya comprometido por el método de ambos. La doctrina de Schmitt cae en un misticismo: no puede invocar a su favor ni un contenido idealista, ni una verificación científica, ni un fundamento material. De modo semejante la doctrina de Kelsen, aun cuando tenga pretensiones científicas y de idealismo termina por consumirse a sí misma; superracionaliza las condiciones materiales hasta tal extremo, que sus contenidos terminan por desaparecer. Kelsen no puede dar más que una interpretación inmanente de las proposiciones jurídicas; pero no puede esclarecer científicamente ni sus contenidos, ni su origen, ni su extinción.—J. M. R. P.

E) SOCIOLOGIA GENERAL, DEL DERECHO Y DE LA CULTURA

FISHMAN (Leo): *Prolegomena zu einer Soziologie des Rechtes*, en "Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", N. F., IX, 3 (1959) (páginas 297-307).

El artículo añade a su brevedad una especial propensión a derivar a "ilustraciones" concretas, a veces innecesarias, por demasiado conocidas, otras discutibles, por partir de supuestos que no todo el mundo tiene por qué compartir, y en general poco ilustrativas, porque no explanan las ideas expuestas, sino que más bien son auténticas digresiones. De este modo apenas si nos quedamos con nada más que una simple insinuación o sugerencia, que por otra parte parece poco coherente. En efecto, el punto de partida parece asentarse en la concepción de la sociología del Derecho como una estricta ciencia del "ser", en contraposición al "deber ser", "que tan frecuentemente—sobre todo en Sociología—es un enemigo de la límpida exposición del ser", y se termina afirmando que se ha puesto especial empeño en permanecer en el terreno de la efectividad real, sin penetrar los dominios de la filosofía del Derecho. Sin embargo, el tema que se propone como objeto central y estricto de la sociología jurídica difícilmente podrá abstraer de esos conceptos, ya que es: "las desviaciones de la vida con respecto al Derecho". Más difícil aún parece que pueda prescindir de tales aspectos el problema que inmediatamente se propone como objeto de la sociología del Derecho, por "ampliación" del tema central, debido a su semejanza o parentesco con él; "la contraposición entre el Derecho "justo" o "bueno" y el "seguro". No parece necesario advertir, después de lo dicho, que queda sin probar suficientemente porqué esos temas han de constituir los "tipos fundamentales de la investigación de la sociología jurídica". Ni se comprende porqué se añade como de prestado la posibilidad de considerar también "los casos en que la ley o su interpretación se acomodan o deben acomodarse a la vida". Finalmente se añaden algunas cuestiones o problemas de naturaleza jurídica "que exigirían una consideración desde el punto de vista sociológico".

Es decir, resumiendo nuestra impresión sobre este trabajo: no se toma posición sobre si la sociología jurídica ha de quedar determinada por su método (punto de vista de Erich Fechner) o por su objeto (punto de vista de Gurvicht, por ejemplo). Ni se decide tampoco cuáles han de ser los temas que han de constituir este objeto de la sociología del Derecho. Es laudable el intento de rebasar las fórmulas demasiado abstractas y generales de los grandes autores de la sociología jurídica para expresarnos el objeto de ésta, pero parece que este intento se ha de acometer con mayor seriedad. Por nuestra parte nos parece desenfocado centrar la atención de la sociología en las "desviaciones de la vida respecto al Derecho", en lugar de centrarla en los supuestos sociológicos del Derecho, que nos permitirían luego considerar tanto las desviaciones como las coincidencias de la vida y el Derecho.—J. M. R. P.

LENER (S.): *Beneficenza, assistenza, previdenza e sicurezza sociale*, en "La Civiltà Cattolica", núm. 9, 1962 (páginas 223-236).

Es ya un lugar común la afirmación de que nuestra época vive bajo el signo de lo social. "Lo social", dice en reciente publicación Jacques Leclercq (*Le Droit Naturel a la Sociologie*, 1960, ed. española 1961) y subraya con gran insistencia el profesor de Friburgo, Arthur Utz en su *Sozialethik*, está de moda. Los conceptos y, sobre todo su contenido, recibe cotidianos impulsos y beneficiosa extensión. Sin embargo, como la mayor parte de la terminología social—como la propia sociología—es aún imprecisa y son constantes también los esfuerzos para delimitar conceptos si éstos han de responder a la realidad de las situaciones.

El autor, documentado en problemas sociales, presenta en este breve trabajo un estudio sobre la beneficencia, asistencia, previsión y seguridad social.

Aún el azeado a trabajos de investigación en materias sociales, ante el *mare magnum* de aspiraciones prácticas, de exigencias éticas y políticas, de conceptos técnicos y principios jurídicos, de leyes, órganos e instituciones públicas y

privadas, que con expresión moderna vienen llamándose *asistencia social*, tendría que abandonar como imposible la tentativa de llegar a una elaboración sistemática de los conceptos y principios más generales. Obras pías, de misericordia, caritativas; limosnas, ayudas, socorros, beneficencia pública o institucional; asistencia social pública y privada, genérica o específica; servicio social y servicio voluntarios; mutuas, seguros sociales, previsión social; programación económica para fines sociales; sistema de seguridad social, justicia social, etc., es un verdadero aluvión de nombres, términos y conceptos, de ideas y de programas, de organización y de actividad, de innumerables leyes hechas o por hacer, que bien pueden evocar en el profano—dice el autor—la imagen bíblica del caos primitivo.

Este cuadro tan realista pintado por el autor, no quiere por ello desconocer lo mucho que se ha adelantado en el terreno doctrinal y científico en el deslinde campos y actividades realizado por obras meritorias en la materia, pero no puede tampoco desconocerse el confusio-nismo de nombres y sobre todo de significados diversos que a veces se atribuyen al mismo nombre.

Después de negar que haya oposición absoluta entre concepciones generalísimas de asistencia social, como la "cristiana", propia del pasado y la llamada "laica" de la época moderna, señala el autor cómo en los Estados más progresivos se tiende a hacer de la "asistencia social" el objeto de un *derecho subjetivo* de los ciudadanos más necesitados o de los ciudadanos en general (sistema de seguridad social), mientras en la doctrina católica se insiste, sobre todo, en el carácter de *deber* de los que tienen, de las instituciones públicas y de los mismos Estados, deber que en ciertas situaciones concretas puede llegar a ser verdadera y propia *obligación*, o sea, vínculo o relación obligatoria entre los sujetos de la situación o situaciones de hecho, y en abstracto o en hipótesis general (típica) preventivamente configurables.

Pasa el artículo a exponer los principios de la doctrina católica, precisando el fundamento iusnaturalístico del deber de solidaridad que liga entre sí a todos los hombres y, en concreto, a los miembros de la misma sociedad. Se trata de un deber de justicia y propiamente de justicia social.

En el orden natural, el fundamento del deber "asistencial" y el principio fundamental en toda la materia de previsión está "en la radical y generalísima destinación de los bienes de la tierra al uso y utilidad de todos los hombres", y ya sea por la necesidad de su sustento, ya por la necesidad de la persona humana de llevar una vida virtuosa. Según el Derecho natural *primario*, "el uso de los bienes exteriores para el propio sustento pertenece universalmente a todos los hombres" (pág. 231) en la que hace citas de Aristóteles y Santo Tomás, al respecto. Y en el Derecho natural *secundario* se encuentra "un ulterior fundamento" ya concreto del deber de asistencia: "la *qualità di socio*... de miembro de amplias y estables formaciones sociales (desde la familia a la sociedad internacional) en las que la cualidad de "socio" se *positivizza* en el sentido que resulta determinado por hechos asociativos y normas positivas generales y estables.—E. S. V.

LERCARO (S. Em. Card. Giacomo): *Gesù e il mondo attuale del lavoro*, "Gregorianum", A, XLII, 1961, vol. XLII, 4 (págs. 625-642).

Podemos hablar hoy de Jesús y el mundo del trabajo porque la doctrina y el espíritu de Jesús, como resulta del Evangelio y demás escritos apostólicos, vive perennemente en la Iglesia, que es un organismo vivo y su mensaje actúa en las almas y en el mundo.

El divino mandatos *euntes ergo, docete omnes gentes*, se perpetúa en la Iglesia, que ilumina con su palabra los problemas del trabajo porque son problemas humanos, no únicamente técnicos y económicos, porque son problemas éticos cuya solución está en relación directa con la ley moral y con el fin supremo del hombre.

Después de afirmar el cardenal Lercaro el indiscutible derecho de la Iglesia a la enseñanza de la doctrina del trabajo, expone la concepción laica del trabajo para confrontarla después con la doctrina cristiana.

La consideración liberal del trabajo-mercancía, es una deshumanización del trabajo que crea un estado de esclavitud moderna que, no menos que la antigua, destruye la persona humana. El trabajo-técnica y "máximum" de productividad, olvida que la economía sin moral

y el primado de la técnica, son evidentes expresiones de una mentalidad materialista. Esta concepción materialista y deshumanización del trabajo tiene su mayor expresión en la doctrina socialista y comunista, que considera el trabajo como "todo" y el único elemento válido para la construcción de la nueva sociedad, organizado y ordenado a través de una planificación rígida, sin preocupación de los efectos dañosos para el trabajador ni del desequilibrio antisocial que supone.

A estas interpretaciones del mundo del trabajo: la capitalista y la comunista, opuestas pero convergentes en la pretensión materialista con la consiguiente desvaluación de la dignidad del hombre, opone la concepción cristiana del trabajo la consideración del hombre como criatura de Dios, con fines humanos encaminados a su fin último y trascendente y con el deber y derecho de poner los medios a ellos conducentes.

El trabajo, en la concepción cristiana, es *una actividad del hombre*, no únicamente ni todo en él; es *un perfeccionamiento del hombre mismo*, en el desenvolvimiento de las energías y capacidad múltiple que Dios le ha dado. El trabajo es un ejercicio de amor porque el trabajo es servicio y el servicio es amor. Es más, es tal la nobleza del trabajo que podríamos decir que es cumplimiento y conclusión de la revelación. *Possiamo dire, non senza obbiettività, che il lavoro ha—o meglio deve avere, se cristianamente inteso—le note di un sacrificio* (pág. 634). El trabajo es, como esencialmente todo sacrificio, también *oferta* y tiene, como todo sacrificio que se une a la Cruz de Jesús, una eficacia redentiva.

El trabajo, pues, tiene este doble aspecto: como ejercicio gozoso de actividad de la naturaleza humana, obra del Creador, y un carácter penoso, que es consecuencia del pecado. De la exclusiva y unilateral visión de uno u otro se originan dos desviaciones: el mundo pagano ve el trabajo únicamente como una pena y lo consideró indigno del hombre libre. Para el marxismo, por el contrario, el trabajo es un ejercicio gozoso, actividad soberana del hombre que hace de él la única vocación. La concepción cristiana del trabajo huye de las consideraciones parciales extremistas apuntadas, afirmando el doble carácter del trabajo: *Il cristiano sa che il lavoro è gioia, ma è anche faticosa riconquista; colla-*

borazione alla creazione, ma ancora espiiazione e sacrificio; un sacrificio fecondo, pero se ispirato ed unito al sacrificio di Cristo (pág. 636). Fue la doctrina y figura de Jesús obrero la que pone el principio de la dignidad del trabajo.

Esta visión del trabajo en sus aspectos aparentemente contradictorios, y considerado en su relación con la personalidad del hombre, nos lleva a estos interrogantes: ¿El trabajo es un deber? ¿Es también un derecho? El trabajo es ciertamente un deber; no sólo como medio de perfeccionamiento y como colaboración a la vida social de la que se reciben servicios, sino como el medio de subsistencia para sí y para los que del trabajador dependen. El trabajo es también un derecho natural, derivado de aquel deber y porque entre los derechos fundamentales de la persona—decía en memorable mensaje navideño el inmortal Pío XII—, está *il diritto di lavorare come mezzo indispensabile al mantenimento della vita familiare*.

Desgraciadamente es fácil constatar—advierde el ilustre purpurado autor de este artículo—que en el mundo del trabajo se ignora la concepción cristiana y se la reputa incapaz de conducir a una solución adecuada de los problemas mundiales del trabajo, y puede dudarse también de que muchos católicos conozcan esta doctrina. Por ello, es preciso una *cathequesi del lavoro*, esto es, una enseñanza y comunicación intensa que permita a todos los fieles y particularmente a todos los interesados en los problemas del trabajo, un fácil y claro conocimiento de la visión cristiana del trabajo, de sus aspectos y de su presencia en la vida de cada uno y de la comunidad.

Pero no puede la catequesis cristiana del trabajo obrar con eficacia, si no es secundada por un ambiente que la traduzca en acto. De aquí el empeño de la Iglesia de penetrar de su espíritu el mundo del trabajo para hacerlo y rehacerlo cristiano en el espíritu y en las formas.

Los últimos Papas—y el Santo Padre Juan XXIII felizmente reinante—insisten en esta necesidad de la presencia cristiana en el ambiente del trabajo, que debe ser llevada en nuestros días por el laicado católico y que es la misión apostólica que Pío XII llamó felizmente *consecratio mundi*.—E. S. V.

PRESTIPINO (Vincenzo): *Giustizia e cultura*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", fasc. I-III, 1962 (págs. 169-174).

El problema de la justicia es el fundamental de la Filosofía del Derecho. La justicia, ya como medida o proporción, valor o idea, equilibrio o igualdad, es siempre un aspecto de verdad integral en cuanto se expresa por un conocimiento intelectual y un conjunto de valuación de bienes espirituales que encarnan la medida de lo justo y elevan la conciencia a criterio discriminativo de valores, a la práctica de toda virtud. La justicia es virtud que se conquista con el ejercicio del saber y en la práctica de la costumbre. Toda aportación a la verdad es también elemento de justicia que tiene su fundamento en la sabiduría del hombre, cuyo patrimonio de cultura se activa en la creación de valores y en el ejercicio de actos constructivos de virtud. La sabiduría, en términos socrático-platónicos, hace al hombre virtuoso. Y la justicia es virtud, es la virtud por excelencia y compendio y armonía de todas las virtudes.

La cultura, en la complejidad de sus motivos, è *humus indispensabile alla fecondità del pensiero riflettente che riconosce, se vuole, o meglio consacra la legittimità della condotta umana... Si costituisce e si svolge nella storia quel principio discriminante del vero che è attivatore di giustizia e regolatore della varietà dei comportamenti onde nasce la solidarietà della convivenza sociale* (pá-

gina 171). Con la cultura los hombres y los pueblos elevan el sentimiento de la justicia, exigencia de la convivencia. El mundo moderno convierte la conciencia en centro del reino de la cultura. El humanismo "humaniza" la cultura polarizándola en torno a la riqueza de los motivos humanos y pone las bases del antiintelectualismo; la norma deviene fruto de un saber interiormente consolidado en la experiencia de necesidades humanas y sociales y se junta, en el concepto de cultura a su única derivación, derivación de verdad y de justicia. En Kant el imperativo moral, concebido en función de la libertad y más allá del conocimiento intelectual, incapaz de agotar la vida real, pone por sí el principio de la justicia y condiciona la regla de Derecho. El pensamiento hegeliano es claro exponente de una larga y profunda base cultural clásica y moderna. En nuestro tiempo nuevos problemas se ofrecen a la filosofía como resultado de complejo de pasiones y partidismos elevados a cánones de valuación y presentados con artificiosas estructuras dialécticas. Es tarea del pensamiento encontrar en el montón de las innumerables necesidades las razones de su legitimidad; analizar los factores de la cultura; descubrir en su madurez el eterno criterio de lo justo. *Il processo speculativo, che avendo superato i tempi perviene alla nostra epoca di cui è premessa e principio, non può aver migliore fondamento alla sua indagine che le base medesime della nostra cultura* (pág. 174). E. S. V.

F) DERECHO Y POLITICA

BEDAU (Hugo A.): *On civil disobedience*, en "The Journal of Philosophy", LVIII, 21, 1961 (págs. 653-665).

Intenta un análisis de lo que sea la desobediencia civil y de su papel en transformar el disentiimiento en resistencia. La desobediencia civil está en relación con la "ilegalidad", es decir, con la violación de una ley positiva. Es algo que tiene que ver con la comunidad en cuanto tal; es por tanto algo necesariamente "público". Ha de tratarse además de actos "no violentos", por lo que la desobediencia civil no se ha de confundir con el anarquismo.

Finalmente ha de tratarse de actos "conscientes", por los que el sujeto cree justificarse, apelando a la incompatibilidad entre la circunstancia política y sus convicciones morales. Lo que conduce a esta definición de desobediencia civil: "Una persona comete un acto de desobediencia civil si y solamente cuando obra ilegal, pública, no violenta y conscientemente, con la intención de frustrar una ley, reglamento o decisión de su gobierno." Concluye el análisis discutiendo la posibilidad y justificación de actos semejantes de desobediencia.—S. A. T.

BROWN (Stuart M.): *Civil disobedience*, en "The Journal of Philosophy", LVIII, 22, 1961 (págs. 669-681).

Discute primero, frente a Wassermstrom, el enfoque del tema por éste ofrecido, señalando la diferencia que existe entre desobediencia civil y desobediencia a las leyes. En seguida se centra en el tema primero, que es el propuesto para el symposium de todas las intervenciones. El interés del comunicado radica en señalar la existencia de actos que difieren por igual del quebrantamiento de una ley y de la rebelión, actos que plantean peculiares problemas de justificación y que pueden constituir no sólo tolerable, sino preciosa forma de pública protesta. Analiza los caracteres que reviste esa forma de pública protesta, poniendo las condiciones para que esté justificada.—S. A. T.

GARCÍA MIRALLES (M.): *Metafísica de la Hispanidad*, en "Miscelánea Comillas", XXIV-XXXV, 1960 (págs. 687-703).

No deja de sorprendernos, ciertamente, el título de este trabajo filosófico del Padre García Miralles. Mucho se ha escrito en estos últimos tiempos sobre la Hispanidad. Desde el libro, ya clásico en esta materia, del insigne Ramiro de Maeztu, se ha hecho mucha historia y algo de "leyenda negra" también, sobre la acción de España en América. Se ha hecho bastante historia de la Hispanidad, pero poca filosofía de la Hispanidad. Y la filosofía es, en términos clásicos, un saber racional sobre las cosas. ¿Por qué había de ser una excepción esta cosa tan viviente que llamamos la Hispanidad? Se puede, pues, filosofar sobre la Hispanidad. Y si "filosofía primera" sigue siendo para nosotros la metafísica, se puede muy bien llamar *metafísica de la Hispanidad* al filosofar sobre la esencia, causa, propiedades, concepto y alcance de la Hispanidad.

Bien hace por ello el autor en titular así su estudio, en el que se propone "descubrir la esencia de la Hispanidad a la luz del concepto tomista de Imperio" Porque eso fue y sigue siendo la Hispanidad: el Imperio de España.

Haciendo un paralelo analógico entre el acto psicológico imperio y el imperio, régimen político, el autor va exponiendo

la "esencia de la Hispanidad", que es el resultado de un conjunto de actos racionales (formulados en leyes) y de actos voluntarios (cumplimiento de esas leyes) aun en su realidad histórica, objeto existencial sobre el que filosofar; la "diversidad dentro de la unidad en la Hispanidad"; "el dominio en la Hispanidad". Y analizando filosóficamente la naturaleza de la Hispanidad, es interesante la exposición que hace el autor sobre la "idea-bien" como causa formal y final de la Hispanidad y que al ser una misma cosa con el ideal, el de España en los pueblos hispanoamericanos es el que resulta de la doctrina de nuestros teólogos y juristas del siglo XVI-XVII y de la magnanimidad de nuestros reyes "al proponer a todos los hombres la posibilidad de una salvación idéntica, la unidad e igualdad de la Humanidad en contra de concepciones exóticas de pueblos superiores o predestinados por Dios sobre los demás". Por eso el ideal de la Hispanidad es esencialmente imperial, pues es ecuménico como idea-bien de posibilidad de salvación.

Propiedades de la Hispanidad son: la *unidad* (España y los pueblos imperados forman una unidad armónica, pero son diversos como las partes de un todo); *universalidad* (la primera nota constitutiva de las ideas del Imperio es—dice Montero Díaz—la universalidad y así el Imperio es siempre una superación del Estado) mediante "la participación de la idea-bien por los pueblos que la integran"; *eternidad* porque "las ideas-bien, los ideales son eternos como el alma en que florecen"; *supranacionalidad* porque unidad, universalidad y eternidad se fundan en un bien que rebasa los límites geográficos y borra líneas fronterizas para expandirse por los ámbitos del mundo; y, por último, la *misionalidad* que fue la primera preocupación de la acción de España en los pueblos de América, por expreso deseo y mandato de nuestros reyes (son numerosos los documentos, desde el Testamento de la Reina Católica, de Carlos V y Felipe II, que así lo demuestran).

De la naturaleza y propiedades de la Hispanidad puede, en buena lógica definirla el autor como "el Imperio de España, uno, universal, eterno, supranacional y misionero, cuya idea-bien—la posibilidad de salvación—levanta eficazmente a la metrópoli, España y a los pue-

blos participantes, mediante la potestad, a una civilización, medio más utilizable entre los naturales, para consecución del último fin del hombre, su misma salvación" (pág. 701).—E. S. V.

WASSERSTROM (Richard A.): *Disobeying the law*, en "The Journal of Philosophy", LVIII, 21, 1961 (págs. 641-653).

La cuestión relativa a la obediencia a las leyes ha ocupado desde siempre la atención de los filósofos de la moral, la política y el Derecho. A partir de Sócrates, al menos, constituye éste un problema que forma parte del corpus de la investigación filosófica. Pero la filosofía ha tendido a considerar sólo un aspecto del asunto, a saber, la obediencia a las leyes en orden a decidir si y en qué condiciones la revolución está justificada; para concluir que la desobediencia está permitida cuando la sedición esté justificada.

Pero es un hecho que a la ley se la desobedece muchas veces no por revo-

lucionarios y no como acto de rebeldía. Las páginas que ofrece el autor quieren discutir la legitimidad de la tradicional dicotomía: obediencia-revolución. Examina para ello los argumentos que suelen ofrecerse a favor de las exposiciones usuales mostrando que ninguno de ellos es enteramente persuasivo. Dichos argumentos se discuten en relación con las posiciones que sugieren en estas frases. Es ilógico preguntar por qué ha de obedecerse a las leyes; todo el mundo hace esto; la desobediencia sólo está justificada cuando el sistema por entero se hace indeseable.

El autor no sugiere que toda desobediencia a la ley está justificada, pero criticando la posición contraria, excluye la suposición de que no lo esté ninguna o de que desobediencia se relacione siempre con revolución o anarquía. De sus análisis cree poder sacar ciertas precisiones sobre temas conexos con la política, como el sentido de lo ilegal, los conceptos de ciudadanía, democracia, etcétera.—S. A. T.

ADDENDA ET CORRIGENDA

CARLOS COSSIO: *La Norma y el Imperativo*. Tomo VII. 1960.

| <i>Pág.* Línea</i> | <i>Dice</i> | <i>Debe decir</i> |
|--------------------|---|---|
| 11- 57 30 | de | en |
| 22- 68 23 | ruesgo, es | ruego, ¿es |
| 22- 68 24 | etc., es | etc.?, es |
| 28- 74 35 | lógica | lógico |
| 30- 76 8 | esencia que | esencia material que |
| 33- 79 30 | Este, | Esto, |
| 35- 81 12 | juicio, como noema ideal, y | juicio como noema ideal que se vive noéticamente, y |
| 39- 85 10 | no expresado; el | no expresado, el |
| 40- 86 6 | hacer el | hacer al |
| 40- 86 29 | él, para | de él, para |
| 41- 87 26 | ocurrieron | ocurrieren |
| 41- 87 31 | captarlo en | captarlo sólo en |
| 43- 89 7 | mente | muerte |
| 44- 90 3 | interés de | interés, en |
| 44- 90 4 | consuetudinaria, | consuetudinaria |
| 45- 91 9 | Má | Más |
| 46- 92 5 | ya se | ya él |
| 50- 96 13 | porque aquí | porque ella aquí |
| 55-101 24 | de nuestra auténtica | de auténtica |
| 58-104 16 | podernos | poderlos |
| 59-105 24 | queremos | queramos |
| 63-109 12 | no es | nos es |
| 63-109 16 | En | 1.º En |
| 63-109 36 | el primero | lo primero |
| 65-111 6 | Brentano: | Brentano; |
| 68-114 12 | qua, | qua |
| 68-114 27 | hacer | hacé |
| 70-116 2 | encontrara | encontrare |
| 70-116 4 | adversativa, | adversaria, |
| 70-116 26 | Peró | Por |
| 71-117 2 | sentido de | sentido del |
| 72-118 10 | de algo | de algo" |
| 74-120 13 | estructura, | estructura; |
| 75-121 2 | No obstante esta conside- ración, se | No obstante, esta consideración se |
| 82-128 8 | no está | no se está |
| 82-128 18 | ontológicas | ontologías |
| 82-128 31 | ser Derecho | ser del Derecho |
| 85-131 16 | forma: | forma; |
| 85-131 38 | Derecho | del Derecho |

NOTA.—En la columna de Páginas se indican, separadas por un guión, las correspondientes a la Separata y las correlativas del tomo del Anuario en que se publicó el estudio.

| <i>Pág. * Línea</i> | <i>Dice</i> | <i>Debe decir</i> |
|---------------------|--|---|
| 87-133 26 | que ese hace. | que se hace. |
| 88-134 25 | ser Derecho | ser del Derecho |
| 88-134 26 | del ser Derecho. | de ser del Derecho. |
| 93-139 12 | Ambos son | Ambos dictámenes son |
| 94-140 18 | directiva | directiva |
| 94-140 32 | realiza | realiza— |
| 96-142 12 | sistemáticas | sistemáticas |
| 96-142 28 | hoy | desde antes ya |
| 96-142 35 | ser prestación | ser la prestación |
| 97-143 20 | jurídico el | jurídico, el |
| 98-144 14 | za, no | za; no |
| 98-144 25 | anunciación | enunciación |
| 99-145 11 | entativa | entitativa |
| 100-146 6 | faculta | facultad |
| 100-146 34 | son a priori | a priori son |
| 100-146 35 | cierto, la | cierto, también la |
| 102-148 20 | oculta | oculte |
| 102-148 31 | normativa, | similar, |
| 103-149 34 | juridicidad | juricidad |
| 104-150 23 | ciento | cierto |
| 104-150 32 | a la que | de la que |
| 105-151 39 | deber existencial | deber ser existencial |
| 106-152 2 | deber exis- | deber ser exis- |
| 106-152 3 | se dirige a | afronta |
| 106-152 4 | llegar a ser | llegar ella a ser |
| 106-152 6 | un deber | debiendo |
| 106-152 10 | la | lo |
| 106-152 20 | sin la especificidad del caso, significaría que | de no estar referido a la conducta, significaría el absurdo que |
| 106-152 28 | con algo | con el algo |
| 107-153 21 | emergente en | emergente, en |
| 107-153 39 | lados: que | lados que |
| 107-153 39 | civiles. | civiles: |
| 109-155 15 | que alguien | alguien que |
| 109-155 19 | existe | contamos con |
| 109-155 21 | está determinado | está constitutivamente determinado |
| 109-155 28 | misma de | misma ínsito en |
| 110-156 3 | saber tiene | saber constitutivo tiene |
| 110-156 7 | sin error | si fuere sin error |
| 110-156 24 | mente de la | mente el de la |
| 111-157 26 | con | como |
| 112-158 14 | entiende que | entiende (sobrentiende) que |
| 112-158 15 | experiencia. En | experiencia, para ser lo cual tiene que ser, por lo menos, el lenguaje o conjunto de significaciones adecuadas a esa experiencia. Quitando aquel supuesto (sub-puesto), sólo queda el conjunto de significaciones como lenguaje técnico; que es lo que el código civil es en sí mismo. En |
| 112-158 29 | nos referimos a | enfrentamos |
| 112-158 31 | no nos referimos a la conducta misma. Así, pues, | no enfrentamos a la conducta misma, la que está referida sólo como un sobrentendido. El conocimiento de nuestro lenguaje no es por eso sólo el conocimiento de nues- |

| <i>Pág.* Línea</i> | <i>Dice</i> | <i>Debe decir</i> |
|--------------------|---|---|
| 112-158 39 | aquella | tra experiencia, aunque ya por eso sea el pensamiento que utilizaremos para conocerla. Así, pues, aquello |
| 113-159 22 | a estar | a ser, está |
| 113-159 38 | en | de |
| 114-160 5 | Así es | Así, es |
| 114-160 7 | en | de |
| 114-160 30 | excluyente | excluyentes |
| 116-162 3 | reproduzca | patentice |
| 116-162 12 | La cuestión | Esta latencia |
| 116-162 14 | está | estará o no |
| 116-162 17 | Lo que | Aquel pensamiento comunitario que |
| 116-162 18 | sideramos es algo | sideramos (que por ser posibilidad, si ésta no existiera nunca podría ser encontrado; pero que si ella existe, todavía tiene que ser descubierta para ser asumido) es algo rídica; sólo está en cuestión el encuentro de una posibilidad. |
| 116-162 21 | rídica. | conducta de un individuo lleve |
| 116-162 25 | conducta lleve | sean, por de pronto, la posibilidad comunitaria; y sólo siendo lo primero se abre como nueva posibilidad comunitaria la contingencia, a su vez existencialmente parca, de que sólo lo primero o sólo lo segundo a ambas cosas puedan ser la posibilidad que llegue a ser. Que con el segundo miembro de la primera alternativa, sólo cabe la actuación indirecta de la comunidad. |
| 116-162 28 | sean, precisamente, la posibilidad comunitaria donde la opción que los hace ser ha franqueado a su otra posibilidad, a la de su contingencia. | porción decisiva |
| 116-162 31 | inmensa mayoría | de lo que la comunidad es. Por |
| 117-163 13 | de la comunidad. Por | en forma |
| 117-163 14 | en la forma | ginal ella |
| 117-163 15 | ginal de ella | no encuentra |
| 118-164 4 | no tiene | represente. En cambio, cuando hay un acuerdo entre los miembros, la actuación comunitaria directa tanto como la indirecta, son, ambas, dos posibilidades concurrentes como posibilidad; y resulta contingente si sólo en la primera o en la segunda o en ambas se debe encontrar la posibilidad que llega a ser, según cual fuere al respecto la voluntad comunitaria. |
| 118-164 32 | represente | comiencen |
| 119-165 9 | comiencen | ni las |
| 119-165 12 | ni que las | son |
| 119-165 13 | sean | encontrado igualmente por |
| 120-166 2 | encontrado por | porque, ahora como vivencia, también |
| 120-166 6 | porque también | atención a |
| 121-167 34 | atención | gnoseológico |
| 122-168 21 | gnoseológico | |

Agregar a la nota de la pág. 115-161: En un sentido concordante, también es muy importante por lo precisa y decidida, la opinión de Luis CABRAL DE MONCADA. Dice este insigne maestro: "Nuestra intuición de la esencia de las relaciones intersubjetivas que constituyen la vida social, nos dice aquí, antes que nada, una cosa muy importante. Nos dice que jamás conseguiremos nosotros pensar el *objeto* Derecho sin pensar el *objeto* comunidad en el mismo momento; es decir, la convivencia ordenada, la interferencia disciplinada y estable de relaciones entre hombres que el primero tiende a solidificar. Es este segundo pensamiento, incluido en el propio noema del primero, el que nos da la esencia *intencional* de lo jurídico-político o de lo político-jurídico; o sea, de lo *social* como pensamiento único" (*Da essência e conceito do político*, pág. 22, separata del Boletim da Faculdade de Direito, vol. XXXVII, Coimbra, 1961).

Agregar en la pág. 117-163, después de la línea 32: El poder ser que concierne a un pensamiento es, claro está, mucho más amplio que el que concierne a una percepción.

Agregar en la pág. 119-165, después de la línea 10: También con esto se nos aclara la razón de ser de la exigencia, no por muy obvia menos misteriosa, de que solamente los hechos probados en juicio han de ser reputados existentes por el juez del litigio. Con este motivo se habla de una existencia jurídica de ellos, que el trámite normativo de la probanza les conferiría. Sin embargo la explicación no pasaría de ser, así, un verbalismo, porque es obvio que los hechos sometidos al control normativo de las pruebas en el proceso, no toman su realidad o existencia de este control. Y tampoco su existencia adquiere certidumbre por virtud de ese control; así, por ejemplo, cualquier peritaje medianamente técnico lleva en sí mismo sus reglas de certidumbre que ni siquiera cabría discutir y para las cuales el propio juez es comúnmente un profano. La cuestión es otra: en un acto de prueba procesal, los litigantes despliegan una conducta compartida; su actuación conjunta, por lo que recíprocamente se permiten o se impiden —incluyendo, claro está, lo que permite o impide el juez como tercero en discordia—, es una interferencia intersubjetiva de conducta; es decir, es una existencia jurídica en sí misma, sin que dependa para nada de la norma el que exista como dato, ni el que sea intersubjetiva la interferencia de conducta contenida en ese dato. De las normas procesales que conciernen a la prueba, sólo dependen los modos de ser con que aquella interferencia de conducta resulte asumida. Ahora bien: el sentido de esta conducta compartida que se actualiza en el trámite de la prueba, se integra con la verdad de los hechos de cuya prueba se trata; y por su sentido de verdad, de falsedad, de incertidumbre, etc., resultará relevante como uno u otro modo de ser, según lo que la norma estatuya. Pero en esto no se trata de reconocerle existencia jurídica a ciertos hechos que no son jurídicos, ni de negársela —ambas cosas son imposibilidades ónticas—, sino de reconocer el verdadero sentido jurídico que tiene la conducta que las partes despliegan en el proceso en total. Este sentido jurídico debe exhibirse a la intuición (directa o indirecta) durante el período probatorio y en las pruebas que se rindieren, pues en las otras etapas del proceso el sentido jurídico de la conducta de los litigantes está, por un lado, meramente vivido; y por otro, simplemente pensado, esto es, normativamente significado. Ocurre en consecuencia que si la prueba va a poner al alcance de la intuición *el sentido* de la específica conducta jurídica que se despliega en un proceso —tal es su esencia dentro de la ontología procesal— al compartirse la conducta ligada a la producción de una prueba, el pensamiento normativo de esta conducta resulta comunitario, esto es, común a las partes litigantes. Ilustremos el problema con un vulgar ejemplo: La existencia jurídica que "se concede" a una testificación, no concierne a lo que el testigo vio, sino a lo que el testigo dice ante el juez. Y esto ya es parte de la conducta procesalmente compartida por todos (los litigantes, el juez, el testigo, etc.) cuyo pensamiento normativo resulta por eso mismo comunitario. Pero en esto no están "concedidas", claro está, ni la existencia del dicho del testigo que se intuye, ni la existencia de ese pensamiento normativo comunitario que también se intuye en la conducta que se comparte; son existencias que no están concedidas ni pueden estarlo, porque son ellas mismas la existencia del propio proceso. Otro asunto es que lo que dice el testigo corresponda a lo que él vio; pero a este respecto lo que se concedería por el pensamiento normativo —lo único que cabe conceder, sin

duda alguna— no sería una existencia sino una verdad; lo cual concierne al sentido de lo que el testigo hace por decir lo que dice, compartiendo este hacer con los otros partícipes del proceso y, en eso mismo, integrando con ese sentido de su dicho, el sentido de la conducta que todos comparten en ese momento. Cuando la cosa juzgada que afecta a un hombre como autor de un homicidio, se derrumba frente a la verificación de que está viva la presunta víctima, se hace evidente que una verdad era lo concedido procesalmente, pero no una existencia; pues se argumenta con la existencia para derrumbar precisamente aquella cosa juzgada y las *verdades procesales* que condujeron a ella (1).

(1) Advertirá el lector que las llamadas formalidades o solemnidades de los actos jurídicos conducen a un desarrollo análogo, *mutatis mutandi*, de lo que acabamos de exponer con motivo de la existencia jurídica exclusiva y excluyente que se concede a los hechos probados en juicio. El verbalismo es similar.

GIORGIO DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho en Compendio*. Tomo VIII. 1961.
(Traducción española del Catedrático don Joaquín Ruiz-Giménez.)

| <i>Pág. * Línea</i> | <i>Dice</i> | <i>Debe decir</i> |
|---------------------|------------------------|---|
| 3- 21 16 | Philosophia | philosophia |
| 4- 32 16 | ecuación e igualdad | ecuación o igualdad |
| 4- 22 29 | negociaciones | negaciones |
| 4- 22 34 | que se opusieron a los | se contrapusieron las |
| 6- 24 23 | Cfr. | Fr. |
| 6- 24 24 | fr. 1, Dig., | fr. 1, 3, Dig., |
| 7- 25 última | Filosofía | Escolástica |
| 8- 26 39 | corrupta | corrupta |
| 9- 27 36 | doctrina | doctrinas |
| 9- 27 39 | Grozio | Grocio |
| 11- 29 36 | se inclina hacia la | La concepción de Samuel Pufendorf (De jure naturae et gentium, 1672), se inclina, en cambio, a la |
| 12- 30 9 | haga de referencia | haga referencia |
| 14- 32 15 | preceptos, | conceptos, |
| 17- 35 38 | 1798-1895 | 1798-1857 |
| 18- 36 26 | sistemática | sintética" |
| 23- 41 28 | conceptos | preceptos |
| 24- 42 2 | 2.366, | 1.366, |
| 25- 43 37 | integra el | integral del |
| 26- 44 38 | acondicionamiento | acompañamiento |
| 27- 45 2 | como | (como |

NOTA.—En la columna de Páginas se indican, separadas por un guión, las correspondientes a la Separata y las correlativas del tomo del Anuario en que se publicó el estudio.



Precio: 155 ptas.