

CONSIDERACIONES SOBRE EL PROBLEMA DEL DERECHO

ACLARACIÓN INTRODUCTORIA

El problema del Derecho ha aparecido filosóficamente siempre como problema de la «fundamentación» del mismo o, por lo menos, como problema de su «origen». Una «teoría pura del Derecho» es un caso extremo de esta tendencia. El destino del Derecho ha estado así ligado siempre al destino de la filosofía en general y de la metafísica en particular. Por eso también en cada época el Derecho positivo ha tomado muy distintas figuras, de acuerdo, en cada caso, con la «fundamentación» filosófica respectiva o, cuando ella falta, en correspondencia con la determinación teórica de su «naturaleza». A una crisis en la esfera del Derecho positivo ha precedido siempre una crisis en la «fundamentación» o «determinación filosófica» del mismo, y viceversa. (Decimos «viceversa» con el ánimo de no prejuizar todavía acerca de la «fuente (originaria) del Derecho».)

Ultimamente se ha reavivado en forma muy radical la discusión acerca de este tema. Y ello no sólo por las grandes convulsiones políticas que agitan este siglo, sino también en correspondencia con los cambios de destino de la filosofía desde Hegel en adelante. Si el tránsito de una organización positiva liberal a una nacionalsocialista o marxista, por ejemplo, implica una crisis total del sistema jurídico positivo correspondiente, no menos radical es en cada caso la crisis de los «fundamentos» teóricos del mismo.

Deliberadamente conservamos aquí un título trivial, y en muchos respectos ambiguo, con la intención de no prejuizar acerca del tema que él trata. El título es una trivialidad, pero también un programa. No podemos pretender adelantar soluciones del problema del Derecho, sino replantearlo con los medios de que podemos echar mano en la actualidad.

En los últimos tiempos se ha tratado del problema en muchos sentidos y en todas direcciones, buscándose así alguna instancia permanentemente en que «fijar» la dramáticamente movедiza configuración social de este siglo. Aquí queremos evitar metódicamente el presupuesto de la aceptación de alguna corriente explicativa o fundamentante para atenernos lo más escuetamente posible a lo que una observación crítica puede darnos. Se trata aquí de una *interpretación* del fenómeno llamado «Derecho». (La palabra «fenómeno» no implica necesariamente la fenomenología, sino quiere dar a entender un hecho fácilmente constatable y, en principio, no incluíble en otra esfera del ser o reducible a ella —la del ser psíquico, por ejemplo—. Que esta esfera del Derecho, aun cuando a veces —como en la escolástica— haya sido totalmente incluída en la esfera «más amplia» de la ética, ha preocupado, desde siempre y de por sí, a los filósofos, resulta ya visible con el más ligero conocimiento de las investigaciones de éstos desde la antigüedad.)

Cuando se medita sobre estas cuestiones del Derecho, llama la atención la inseguridad y la falta de base en que esta enorme región «descansa». A pesar de la familiaridad con que jueces y reos, por ejemplo, se mueven en ciertas estructuras, hay una pasmosa inseguridad de sentido y de alcance respecto de las mismas y aun de ciertos conceptos («culpa», «castigo», «responsabilidad», etc.). De esta problemática no es posible ni legítimo desentenderse, pues, quiérase o no, nos movemos, nos tenemos que mover, en ese campo, y no hay modo, por ejemplo, de privarse de los códigos o, por lo menos, de decisiones judiciales.

Así como las épocas de crisis histórica suelen reavivar la pregunta por «el sentido de la Historia», así también el mundo del Derecho suele revelársenos en su honda problematicidad e incertidumbre cuando nos «toca» muy de cerca o cuando sus cánones se han hecho caducos para «la altura de los tiempos», como diría Ortega (1). Entonces —como algunos países testimonian dolorosamente desde antes de la segunda gran guerra— la crisis del Derecho positivo se incluye en una crisis más general: la de los fundamentos mismos, de los fines y de la razón de ser con que aquél justifica su validez. No es extraño, pues, que en los últimos años asistamos a una absoluta radicalización de la pregunta por el «ser del derecho», aun «más atrás» de todo fundamento, de la misma manera como hace exactamente tres decenios

(1) Cfr. también WERNER MAIHÖFER: *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt 1954, pág. 38.

la filosofía mostró la prioridad óntica y ontológica de la pregunta por el «sentido del ser en general» (2).

El pensar histórico (no historicista), en el sentido del descubrimiento de la historicidad como la manera de ser del hombre —el pensar «históricamente» podríamos decir—, pretende tener en cuenta que todo lo humano es *también* su historia y que en tanto no se alcance una cierta transparencia de ésta queda vedado el acceso en una situación y, por tanto, en el problema mismo, pues éste es confrontamiento con una situación concreta.

Estas consideraciones previas explican la división de la presente investigación en tres secciones:

I. Crisis (3) en el Derecho positivo (mostrada en una ejemplificación introductoria).

II. Crisis de las posibles «fundamentaciones» del Derecho.

III. El ser del Derecho (4).

I

CRISIS DEL DERECHO POSITIVO

Las repetidas rupturas y totales subversiones que en este siglo y principalmente por guerras y revoluciones ha padecido la estructura social-política de casi todas las naciones del mundo se espejan claramente en los respectivos derechos positivos y en las variaciones de la jurisprudencia. Los países de Europa Central, por ejemplo, especialmente Alemania, Austria, Rumania, atestiguan en corto lapso fluctuaciones tan grandes de las organizaciones jurídicas positivas, que las mismas aparecen como arbitrarias oscilaciones «en el aire» o como ins-

(2) Cfr. MARTIN HEIDEGGER: *Sein und Zeit* (1927), 7a. ed. Tübingen 1953, §§ 3 y 4, págs. 8 y sigs.

(3) La palabra «crisis» no tiene aquí ni sentido etimológico ni filosófico, sino vulgar: situación de inseguridad extrema de algo, conversión de algo en problema e inestabilidad consiguiente. Que se haya puesto de moda el hablar de crisis de cuanto hay sobre el mundo no debe hacer olvidar las realidades de hecho que esa moda tiende a superficializar.

(4) La idea de este trabajo —especialmente parte del material para la primera sección— surgió de un informe que su autor presentó en el semestre de invierno 1956-57, en dos sesiones del seminario de filosofía del Prof. MAX MÜLLER en la Universidad de Friburgo, Bresgovia, sobre el tema *Derecho y ética* y sobre el estudio homónimo del Prof. WEISCHEDEL de que después trataremos.

trumentos del poder político circunstancial. La segunda guerra mundial, con su paisaje de ruinas y la experiencia del sin-sentido de sufrimientos generalizados, con sus desórdenes e injusticias desde lo económico a lo político, y todo ello sobre la arbitrariedad de una incontable serie de revoluciones antecedentes, tenía que despertar la exigencia de normas fundamentales a que se podría apelar en último término cuando la problematicidad de un orden jurídico se convirtiere en vivencia cotidiana o cuando hubiere que reconocer las violaciones de un poder político. No es extraño, pues, que los desastres de la guerra, los «crímenes contra la humanidad», las deportaciones en masa, la identificación del poder con la nación, etc. hayan conducido a una sorprendente renovación de la teoría del *Derecho natural*, precisamente sobre las ruinas del positivismo jurídico, del que estas tardías violencias no eran sino últimas consecuencias (5). Los juicios de los Tribunales aliados de Nuremberg por «crímenes contra la humanidad» y la ley número 10 del Consejo Aliado de Control, que por sobre y aun contra el Derecho positivo nacional hace pasible de castigo los «procedimientos inhumanos» y las «persecuciones por causas políticas, raciales o religiosas», señalan al mismo tiempo la liquidación formal de un sistema positivista y el recomienzo de la tantas veces abierta discusión acerca del «Derecho natural» y acerca de la «injusticia legal y el Derecho supralegal», según la paradoja de Radbruch (6). (No deja

(5) Cfr. ERICH FECHNER: *Rechtsphilosophie*, Tübingen 1956, págs 182 s. Del mismo: «Naturrecht und Existenzphilosophie», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1955 (XLI/3), págs. 305 y sigs. (En este artículo se alude también a la renovación del pensamiento positivista en los últimos años, desaparecidas las urgencias inmediatas que condujeron a la renovación del «Derecho natural».) Además: HELMUT COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, págs 12 sigs. Sobre las numerosas corrientes del «Derecho natural» en Alemania posteriores a la guerra pueden consultarse los cuatro artículos de THOMAS WÜRTEMBERGER:

1) «Wege zum Naturrecht in Deutschland 1946-1948», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1949 (XXXVIII).

2) «Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland 1949-1951», *ib.*, 1952/53 (XL).

3) «Zur Geschichte der Rechtsphilosophie u. des Naturrechts...», *ib.*, 1954 (XLI).

4) «Das Naturrecht in der Philosophie der Gegenwart», *Juristenzeitung*, 1955, páginas 1-5.

Los artículo están citados por ERIK WOLF: *Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe 1955, pág. 6 nota 2. Los dos primeros elogiosamente también por E. FECHNER: *Rechtsphilosophie*, pág. 184 nota 3. La bibliografía de este sector es ya inabarcable.

(6) Cfr. GUSTAV RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1950 (E. Wolf editor), apéndice 4, págs. 347 sigs., esp. 350.

de ser ilustrativo señalar, sin embargo, que con la consolidación de la economía y de la política, con la reobtención de la soberanía, han vuelto a resurgir últimamente en Alemania líneas del pensamiento jurídico positivista.)

Sabido es que el nacionalsocialismo alemán no necesitó modificar fundamentalmente los códigos válidos durante la República de Weimar para dar *legalidad* a sus procedimientos. Ni siquiera el código penal necesitó ser cambiado para «legalizar» las ejecuciones en masa. Ello demuestra la radical insuficiencia del puro Derecho positivo como último criterio de distinción de lo justo y de lo injusto, a no ser que renunciemos incluso a la pregunta misma acerca de lo uno y lo otro e identifiquemos la teoría del Derecho con una jurisprudencia normativa, al modo de Kelsen, por ejemplo. Aunque se trate de una observación superficial, tenemos que admitir más bien como punto de partida que el Derecho positivo tiene la esfera de acción que le da un poder político circunstancial y que, por tanto, cuando éste entra en crisis, aquél, si se atiene a sí mismo, no tiene posibilidades de salir íntegro de ella.

Pero otro fenómeno de largas consecuencias muestra también la problematicidad del Derecho positivo: el fenómeno del crecimiento sin límites de la legislación. Cada esfera de actividad humana está reglada por un enorme sistema, siempre en crecimiento, de normas y leyes. Los «conflictos entre derechos» y entre derechos y deberes, la permanente inseguridad de cada acto respecto de su legitimidad legal y, por último, la tendencia hacia la dispersión y el caos de la legislación misma, tienen por supuesto allí su motivo y principal fuente. Este fenómeno es visible no sólo en Europa continental, sino también en los Estados Unidos y en países sudamericanos (7).

En esta situación, en gran parte consecuencia del positivismo jurídico, surge la pregunta por una norma o ley fundamental que sirva de criterio último de la legislación y de la administración de justicia. Se quiere disponer del carácter fundamental, del criterio último regulativo que dé unidad al sistema positivo y que le sirva de postulado inapelable. No se trata, es claro, de un problema predominantemente teórico, sino ante todo de la necesidad *de facto* de poder discernir en cada caso, no sólo la legalidad, sino también la legitimidad, por lo menos el sentido, del crecimiento del sistema positivo y de su aplicación. La necesidad de una tal norma fundamental, de un *tertium*

(7) Para el problema cf. BENJAMÍN CARDOZO: *Lebendiges Recht*, München 1949. (Traducción alemana por H. Thiele-Fredersdorf de *The Growth of the Law*.)

comparationis, se ve claramente en la sustitución de un sistema positivo por otro, por medio de una revolución por ejemplo: un lugar común es entonces el hacerlo «en nombre de» algo que, fijo, está «más allá» del cambio por el cambio mismo. Es claro que la discusión propiamente dicha comienza cuando se trata de determinar, de nombrar esa norma fundamental. Si ella debe ser material o formal; si tiene el carácter de un primer principio o es más bien derivada; si es de carácter ético o extraño a la ética; si es tética, hipotética o natural a la manera del «Derecho natural» escolástico; si es de irreductible carácter normativo o susceptible de una «ontología regional»; todo ello y otras cuestiones semejantes se mantiene abierto en la discusión. La intensidad y radicalidad con que ésta, especialmente después de la segunda guerra —y aun en la década anterior a ella— ha vuelto a ponerse en marcha, atestigua por un lado la problematicidad inherente al Derecho positivo de que venimos hablando y, por otro, la caducidad de las «fundamentaciones» mismas que cruzan la historia del Derecho y de que hablaremos después.

Ejemplificación de la crisis con algunos casos particulares (8).—
El Estado nacionalsocialista alemán había asentado su estabilidad ju-

(8) La elección de Alemania para esta ejemplificación se funda en motivos circunstanciales: el disponer accidentalmente de algunas decisiones judiciales y comentarios respectivos de esa procedencia; pero, ante todo, en causas no arbitrarias. Por un lado, Alemania ofrece, efectivamente, en unos pocos años y en torno del punto neutro del desastre de un sistema y de la rendición incondicional en mayo de 1945, un ejemplo transparente de crisis total, no sólo del orden positivo. Por otro, y acaso por eso mismo, el replanteo teórico del problema del «fundamento» del Derecho y de la pregunta por su «ser» tiene en gran parte sus fuentes en este país. Que cualquier otro hubiese podido servir para esta ejemplificación es por cierto indiscutible.

Una ya inabarcable bibliografía en todas las lenguas muestra que la problematicidad del Derecho o de simples procedimientos judiciales se ha hecho consciente por todos lados. Problemas de medicina legal, por citar un pequeño sector de la discusión —por ejemplo, eutanasia, inseminación artificial, limitación de nacimientos, etc., etc.— llenan libros y revistas especializadas, aun al margen del problema ético.

Esa conciencia del problema ha salido hace tiempo de la esfera propiamente científica y ha penetrado en el arte, por ejemplo. A veces la problemática se hace inclusive popular. Recuérdense, nombradas al azar, obras de tan distinto carácter y referidas sin embargo a lo mismo, como «Antigone», de ANOUILH; «La putain respectueuse», de SARTRE; «L'étranger», de CAMUS; «Der Grosstyan und das Gericht», de BERGENGRUEN; «Das Leben des Galilei», de B. BRECHT; la ópera «El Cón-

rídica externa sobre el *slogan* «la ley es la ley». El positivismo jurídico, al cabo de una larga y compleja historia, tomaba en él imponente figura. A través de él se realizaba en ilimitada extensión la posibilidad de una «injusticia legal» regular y organizada, de la ley sin otro porqué que su naturaleza ímpero-normativa (9).

La actividad del legislador y de los jueces superiores, por nombrar casos extremos, dió por eso mismo con una situación del todo desconcertante en los años posteriores al desastre y a la capitulación. El Derecho, hasta entonces válido por su realidad positiva (en el marco del poder político y de una pseudo-filosofía justificante, claro está), se encontró de pronto privado de base o, más bien, descubrió su arbitrariedad. La superación del positivismo implicaba para el Derecho la necesidad de asentar sus pies en terreno extra-legal o extra-jurídico, de soslayar la arbitrariedad y de criterios de «evidencia general» o de «valores universalmente admitidos en la civilización occidental». Dijimos ya que, bajo estos signos, han resurgido espontáneamente las teorías de «Derecho natural» y que de ellos han hecho uso también los discutidos tribunales de potencias vencedoras.

El fenómeno aparece claro si nos atenemos al fino análisis de algunas decisiones de la Suprema Corte Federal alemana de Karlsruhe, hechos por los profesores E. Heinitz (10), Sax (11) y especialmente por el Prof. Weischedel (Berlín) en su breve y notable estudio *Recht und Ethik* (12). Este tribunal supremo ha hecho depender efectiva-

sub), de MENOTTI; o los notables «films» de ANDRÉ CAYATTE «Justice est faite» y «Nous sommes tous des assassins», sobre los juicios por jurado y la pena de muerte, respectivamente.

(9) Cfr. G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1950, apéndice 4 (escrito en 1946), págs. 347 sigs. Allí encontrará el lector algunos ejemplos de estas «injusticias legales» durante la guerra y su posterior reconsideración en procesos de tribunales de postguerra. Que los juicios de estos últimos apelan ya a criterios claramente extrapositivos, incluso extrajurídicos, es una observación que debemos tener presente en las consideraciones siguientes y que se confirmará en ellas.

(10) ERNST HEINITZ: «Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord», en *Juristische Rundschau*, noviembre de 1954, cuaderno 11, págs. 403 sigs.

(11) SAX: «Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten», *Juristenzeitung*, 1954, págs. 474 sigs.

(12) WILHELM WEISCHEDEL: *Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956. Este trabajo es ampliación de una conferencia que sobre el mismo tema dió su autor ante la Sociedad de Estudios Jurídicos de Karlsruhe en noviembre de 1955. El escrito lleva como subtítulo: «Para la aplicación de principios éticos en la administración de justicia de la Corte Federal». En lo sucesivo nos referiremos al trabajo publicado y haremos las citas según éste. Las traducciones de las citas y de los textos,

mente con frecuencia en los últimos años sus decisiones jurídicas (de última instancia) de determinadas razones éticas o de la «naturaleza misma de la cosa».

Tema principal de discusión, inclusive por tratarse de casos sorprendentemente expresivos, son, entre otros, cuatro fallos de la Corte Federal, que merecen tratarse en particular, aunque en manera alguna sean casos aislados. Ellos son, por lo demás, objeto central de los tres trabajos que acabamos de citar y de otros varios (13).

El primer fallo —del 17-2-54— se refiere a mediación y encubrimiento en un caso de relaciones sexuales fuera del matrimonio (14). En la argumentación de esta decisión se dice, por ejemplo, que la ley, en tanto utiliza el «concepto valorante» de lascivia, «remite a un criterio de suyo extrajurídico, a una norma que trasciende la esfera de lo meramente jurídico»; y también que es lamentablemente falso el postulado que supone que la decisión judicial no debe tener «por principio» valoraciones éticas como fundamento, puesto que «la interna obligatoriedad del Derecho descansa precisamente sobre su coincidencia con la norma moral». Después de distinguir entre simple «costumbre» o «convención» y «moralidad» o «ley moral», establece que las normas de ésta valen por sí mismas. «Su (fuerte) obligatoriedad descansa sobre el orden, dado previamente y admitido, de los valores y de las normas de deber que rigen la vida en comunidad de los hombres...; su contenido no puede variar por el hecho de que cambien los puntos de vista sobre lo que es valioso o no lo es» (15). Las conclusiones en el plano positivo derivan de ese «contenido» estable: «El orden moral quiere que la relación de los sexos se realice fundamentalmente en el matrimonio monogámico, porque el sentido y la consecuencia de esa relación es el niño. Por razón de éste y de la dignidad personal y de la responsabilidad de los miembros de la comunidad de sexos, se impone al hombre el matrimonio monogámico como forma de

en éste como en todos los demás casos, nos pertenecen, salvo que se indicare lo contrario. En ellas, ante la exigencia de literalidad científica, no nos sentimos capaces de cuidar paralelamente del estilo.

(13) Cfr., por ejemplo, PAUL BOCKELMANN: «Zur Strafbarkeit der Kuppelei», en *Juristische Rundschau*, cuaderno 10 (octubre 1954), págs. 361 y sigs. HANS WELZEL: «Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund», en *Neue Juristische Wochenschrift*, cuaderno 15 (mayo 1952), págs. 564 y sigs. GÜNTHER SCHWARZ: «Gedanken zur Verbotsirrtumsentscheidung des Bundesgerichtshofes», en *Neue Juristische Wochenschrift*, cuaderno 28 (octubre 1952), págs. 1081 y sig.

(14) V. para el fallo *Juristische Rundschau*, 1954, cuaderno 11 (noviembre), págs. 385 y sigs. O *Juristenzeitung*, n. 15-16 (agosto 1954), págs. 508 y sigs. Los pormenores del caso no interesan para los fines de nuestro trabajo. La pregunta que se planteó al Tribunal en última instancia fué si «el comercio carnal entre prometidos constituye siempre el delito de lascivia... o si [ésta] depende del caso particular». La respuesta fué que en algunos casos particulares esa relación no constituye lascivia.

(15) *Juristenzeitung*, 1954, pág. 510. Todas las citas de allí mismo.

vida.» Algunos cortantes giros atestiguan esta búsqueda de asidero fijo para la aplicación de la ley positiva y para ésta misma: «La validez incondicionada de la norma ética no permite excepción alguna»; del Derecho racista del nacionalsocialismo se habla como de una «legislación contra el verdadero (16) Derecho»; extra-jurídico es también el giro «desprecio de manera irresponsable del orden moral» o el rechazo de la tesis de que el «obrar del hombre no se debe regir por la norma, sino que el contenido de la norma se determina por el obrar».

En el fallo del 18-3-52 sobre un caso de error en el conocimiento de una prohibición legal (17), el Supremo Tribunal trata de resolver la cuestión de si a la culpabilidad de un acto pertenece no sólo el conocimiento de los hechos implicados en el mismo, sino también la «conciencia» de que el acto atenta contra el Derecho. «El fundamento interno de la culpabilidad —dice la jurisprudencia del fallo— se apoya en que el hombre se constituye sobre la base de una determinación libre, responsable y moral, y que, por eso, tiene la capacidad de decidirse por el Derecho y contra la injusticia, de ordenar su conducta según las normas del deber moral y de evitar lo legalmente prohibido...» «El hombre está llamado siempre, porque se constituye sobre autodeterminación libre y moral, a decidirse por un comportamiento justo en su condición de miembro de la comunidad... Para esto es necesaria la tensión de la conciencia [moral], cuya medida se determina según las circunstancias del caso y el círculo vital y profesional de cada cual.»

La decisión abandona por eso expresamente la administración de justicia precedente, según la cual no formaba parte de la culpabilidad de una acción el conocimiento de obrar injustamente. Antes bien, la culpabilidad del agente en cuestión implica no sólo conocer la prohibición legal, sino ser consciente —o poder serlo mediante la correspondiente «tensión de la conciencia» (moral)— de que el acto atenta contra el derecho.

El fallo del 23-12-52 confirma los principios del fallo anterior y extiende su alcance (18). «Tensión de la conciencia» (moral) —se resuelve allí— «quiere decir que el agente de una acción está obligado a emplear todos sus conocimientos y todas sus valoraciones morales cuando se trata de formarse un juicio sobre la legalidad o ilegalidad de un acto.» Para nuestros fines es importante el postulado siguiente: «El agente (de la acción) no está autorizado a tomar tales valoraciones de lo justo y de lo injusto de una cultura extraña a la suya (por ejemplo, aquéllas de Rusia comunista), sino aquéllas que reconoce la comunidad jurídica en que él vive.» Y ello porque «quien vive en una comunidad debe dejar valer,

(16) El relevamiento no está en el original.

(17) V. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, cuaderno 15 (mayo), págs. 593 y siguientes.

(18) V. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, cuaderno 11 (marzo), págs. 431 y siguientes. El juicio se refiere a un caso de consultación pública respecto de la remilitarización de Alemania. Las conclusiones del fallo anterior se hacen aquí extensivas a las penas orientadas a la custodia del orden público.

incluso en contra de sí mismo, el Derecho válido en ella». Si el tribunal contempla estos principios, desaparece el peligro de que «en la prueba de las valoraciones del agente se tengan en cuenta opiniones políticas que están en contradicción con las concepciones jurídicas y morales fundamentales de la cultura europea occidental» (19).

Ahora bien, el análisis del texto de estos fallos y de otros similares de la Corte Federal alemana lleva a diversas opiniones. Mientras Sax (20) acusa a la Corte de haberse tomado injustificada, innecesaria e infundadamente en el primer caso la atribución de interpretar la ley moral objetiva y opone a la valoración hecha por aquélla una propia, desconfía H. Welzel (21) de los arrebatos y de las palabras altisonantes de esas decisiones.

Muy por el contrario considera H. Heinitz (22) que «tanto en el Derecho penal como en el civil, y, en general, en el Derecho, no es posible persistir en un rígido positivismo jurídico». Más bien —según él— habría que admirar y agradecer al Supremo Tribunal por la valentía de fundamentar claramente sus fallos morales-jurídicos mediante remisión a la ley moral. «*En la (actual) situación espiritual, tal como se ha desarrollado a partir del desastre [en 1945], era una clara toma de posición como ésa indispensable*» (23). En el primero de los casos, por ejemplo, no ve cómo la Corte hubiese podido evitar la remisión a la ley moral. Es cierto que el juez no debe abandonar en lo posible el terreno seguro de la interpretación de la ley y de la argumentación exclusivamente con las valoraciones implícitas en ella, dispensándose de apelar a sus propias convicciones o a las de «capas rectoras de la sociedad». Pero el juez mismo —siempre según Heinitz— debe, en ciertas circunstancias, valorar por su cuenta y abrir camino al «verdadero derecho y a la verdadera concepción moral». Ello es tanto más necesario cuanto que «nuestra generación no está más en la feliz situación de otras anteriores de poder expresar, en lo tocante a normas morales, sólo lo que todos piensan y sienten como evidente. En

(19) Para evitar malas inteligencias debemos aclarar que estas notas no pretenden reproducir ni explicar los fallos indicados: esta tarea jurídica estaría al margen de nuestro propósito. Sólo nos interesa señalar una dirección y subrayar algunos elementos «fundamentales» en los mismos. La infidelidad en el informe jurídico literal es, por tanto, deliberada y sirve a la claridad de la investigación.

(20) V. *Juristenzeitung*, 1954, pág. 475.

(21) V. *Juristenzeitung*, 1952, pág. 340. (Citado por HEINITZ en el artículo de éste.)

(22) En el artículo citado en nota (10).

(23) Como nota (16).

cuestiones de principio existe una profunda dispersión» (24). ¿Cómo podría evadirse de ella el carácter imperativo del Derecho?

Weischedel —en el citado trabajo *Derecho y ética*— toma como motivo circunstancial las resoluciones indicadas, y algunas otras, para hacer un análisis mucho más penetrante y demostrar que en el fondo de esos fallos hay ocultos una serie de elementos «fundamentantes» que de un modo u otro aparecen desde el comienzo en la ética filosófica y en la Historia de Occidente. Estos elementos no serían, sin embargo, en manera alguna irreductibles y evidentes de por sí: tanto su elección entre otros posibles, como su determinación en un sentido o en otro (lo mismo habría que decir de su rechazo) resultan de una «decisión por una determinada forma de nuestra Historia». La problematicidad del Derecho se hace tan importuna cuando la interrogación filosófica pone en duda el carácter fundamentante de esos presupuestos, que no quedaría otro camino que «asentar el Derecho, carente ya de fundamento, sobre la contingencia del parecer subjetivo del legislador y del juez, y, en último término, incluso sobre el arbitrio del dueño del poder en cada ocasión». La justificación de los «supuestos metafísicos» que tácita o expresamente sostienen estas y similares decisiones y que, por lo general, sólo muy indirectamente son visibles en la argumentación de las mismas, constituye, pues, una aporía en la medida en que no apelemos a una regresión demostrativa y en ésta a la elección de postulados (25).

Esta regresión conduce al campo de la ética filosófica, que desde siempre ha sido considerada como el verdadero «lugar» del problema del «fundamento» del Derecho. Tanto los filósofos, casi sin excepción, como prácticamente los juristas (en la ciencia del Derecho, la legislación y la administración de justicia) han acentuado y presupuesto, respectivamente, esta remisión del Derecho a una ética fundamentante de su carácter imperativo. Pero —como Weischedel muestra— esta regresión no garantiza en absoluto la demostrabilidad o, por lo me-

(24) Téngase en cuenta que, en los casos que analizamos, la división por mitades del pueblo alemán en protestantes y católicos, por ejemplo, tiene una gran importancia, pues la actitud de unos y otros no es la misma ante el Derecho en general y ante estas situaciones en particular. El Derecho positivo no podría, pues, tampoco por el lado de una común experiencia religiosa desentenderse de su problematicidad. Ello complica, además, la actividad de un tribunal cuyas resoluciones son válidas para el total de la población. El hecho contribuye a legitimar nuestra ejemplificación.

(25) Cfr. W. WEISCHEDEL: *Recht und Ethik*, 1956. Para lo que venimos diciendo, v. principalmente pág. 18 y págs. 4-5, respectivamente.

nos, la certeza de la esfera del Derecho. Por un lado, cada concepción del mismo puede aparecer como absolutamente asegurada sobre un fundamento cualquiera, pero tan sólo mientras otra concepción distinta no dispute su lugar; por otro, ni filosófica ni históricamente disponemos de una ética *única* y absolutamente válida, sino de una *variedad* de sistemas éticos por lo general, de carácter excluyente. Ello indica en nuestro problema que si bien el Derecho positivo remite a una esfera «más allá» de sí mismo (la de la ética), la lucha entre distintas teorías y formas del Derecho no se evita de ningún modo con esta regresión hacia un fundamento ético, sino que se convierte en una «lucha de principios en el terreno de la ética misma» (26).

Ahora bien, en la medida en que la motivación jurídica de los fallos argumenta con principios como los indicados en los ejemplos; en la medida en que expresiones como «coincidencia con la ley moral», «responsabilidad», «orden incondicionado de valores», «dignidad personal», etc., integran el hilo de la argumentación jurídica, puede descubrirse por análisis cuáles son los *fundamentos* a que el Derecho echa mano en tales casos, es decir, puede determinarse el sentido de la regresión y la naturaleza del último término de la misma.

Para Weischedel los «fundamentos» de que el Supremo Tribunal se ha valido implícitamente en estos fallos y que, al mismo tiempo, son como constantes de la ética y la teoría del Derecho occidentales, serían tres: a) el tradicional concepto jurídico llamado «*naturaleza de la cosa*» (*Natur der Sache*); b) la imagen humanística del hombre tal como podría hallarse en Kant, por ejemplo); c) el «orden incondicionado de valores» (tal como culminando una compleja historia hace algunas décadas pusieron de moda N. Hartmann y principalmente M. Scheler) (27). La demostración de que el problema del Derecho no se resuelve con la remisión a éstos o similares fundamentos, en tanto éstos mismos carecen de evidencia y son en sí también problemáticos, es la finalidad preliminar del citado estudio de Weischedel.

Para los fines de la presente investigación se hace ahora también comprensible por qué hablamos, en el ordenamiento de la misma, de una «crisis del Derecho positivo» y de una «crisis de los posibles fundamentos», y cómo el tránsito de una a otra no tiene solución de continuidad. La división es, pues, sólo metódica y escolar: ambas crisis son momentos analíticos del mismo problema nombrado al comienzo

(26) *Ibid.*, pág. 5.

(27) WEISCHEDEL: *op. cit.* págs. 6, 11 y 21.

y una de ellas puede ser sólo «índice» de la otra, aunque algunas veces (como en el positivismo por ejemplo) se haya aparentemente disuelto en esta otra. (La realidad histórica suele andar, por cierto, a paso mucho más lento que las ideologías, y así el positivismo jurídico —sustituido filosóficamente en los comienzos de este siglo— constituía hasta el fin de la guerra y constituye todavía el sistema jurídico *de facto* de algunos Estados.)

II

CRISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN

El problema del Derecho aparece siempre filosóficamente como problema de su «fundamentación» y ésta misma predominantemente como reducción del Derecho a la esfera ética. Por eso mismo el problema de la fundamentación del Derecho se convierte tradicionalmente en el problema de la fundamentación y aseguramiento de una ética determinada. De ahí también nuestra fácil conversión escolar de la crisis del Derecho positivo en una crisis de su fundamentación, es decir, ética.

Ahora bien, en el deseo de evitar generalidades y alusiones poco o nada científicas, no podemos pretender tocar aquí, de paso, la inagotable cuestión de la crisis del Derecho como una «lucha en el campo de la ética misma». Ello haría perder de vista, en nombre de la prolijidad informativa, la intención de este trabajo: mostrar el «lugar» de la radicalización de un problema, aunque éste mismo quede, finalmente, sólo planteado.

Si se pudieran señalar, muy concretamente, algunos de los fundamentos de que el Derecho suele echar mano tácita o expresamente para dar razón de sí, ganaríamos, por el contrario, dirección y orden en el interior de la problemática, daríamos con una «situación» que haría ineludible el replanteo de la pregunta por el Derecho. No se trata, por cierto, de «historiar» ni de sistematizar el desde tantos puntos de vista inabarcable desarrollo de aquella fundamentación, sino, ante todo, de mostrar que la misma no hace sino retrotraer un paso el efecto remitiéndolo a una fuente previa del mismo orden, sin dejar ver ni el *modo de ser* del Derecho ni el *ámbito* dentro del cual se hace posible una comprensión del mismo. Mostrar, en fin, que el destino de la metafísica y su manera de explicar el ente han determinado de modo predominante la dirección de la «fundamentación», es un pro-

pósito que podrá realizarse destacando alguno de aquellos elementos que, como decíamos, constituyen un último término de la regresión en que se asienta aquélla. Utilizando sólo en parte el citado triple análisis de Weisedel, quizás convenga convertir esta segunda parte de nuestro trabajo en una investigación de los siguientes puntos:

A. Las teorías del «Derecho natural». Y dentro de esta imprecisa gran esfera principalmente: 1) El principio de «la naturaleza de la cosa»; y 2) La teoría de los valores.

B. El «humanismo de la persona» (o el hombre como personalidad libre) (28).

A. LAS TEORÍAS DEL «DERECHO NATURAL».—«Desde sus orígenes hasta principios del siglo XIX» —dice Radbruch— «toda filosofía del Derecho era una *teoría del Derecho natural*. Pero la denominación «Derecho natural» incluye en sí apariciones de especies fundamentalmente diversas. El Derecho natural de los antiguos gira en torno de

(28). Debemos insistir en que la presente ordenación no tiende en manera alguna a sistematizar o a agrupar los intentos de fundamentación del Derecho. Sólo se trata de mostrar cómo éste recurre, de suyo, a una justificación en una esfera más amplia del mismo orden (ética, por ejemplo) o a un fundamento precedente. (El positivismo jurídico es un caso extremo en que el «sistema de normas coercitivas» es a la vez «lugar» de la jurisprudencia y de la «ciencia del Derecho».) Históricamente se descubre nuestra enumeración, por lo tanto, como por completo parcial y un tanto arbitraria. Pero la intención no es aquí histórica.

Para la historia del pensamiento jurídico-filosófico pueden verse, por ejemplo, las dos monumentales obras de ERIK WOLF: *Griechisches Rechtsdenken*, Frankfurt, 1949 y años siguientes, en 4 tomos; y *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (1939), 3.^a ed., Tübingen, 1951. Además: KARL LARENZ: *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1931; L. RECASÈNS-SICHÈS: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, 1928; GUSTAV RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1947, §§ 34, 25 y 26, y *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1950, § 3. Para el Derecho natural, HEINRICH ROMMEN: *Die ewige Widerkehr des Naturrechts*, 2.^a ed. München, 1947; JOHANN SAUTER: *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Viena, 1932. Para la postguerra, los citados artículos de THOMAS WÜRTEMBERGER.

Un intento de clasificación, muy esquemática, de las concepciones de la esencia del Derecho realiza ERICH FECHNER en su *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956, parte B. Divide estas concepciones en «reales» e «ideales»: entre las primeras incluye el biologismo, la concepción económica (marxismo), la concepción política, el positivismo y el sociologismo jurídicos; entre las segundas, las teorías racionalistas, las teológicas y la de los valores. El Derecho natural no aparece en esta clasificación porque «hay tantas teorías del Derecho natural como concepciones de la esencia del Derecho en general» (pág. 179). FECHNER mismo intenta una conciliación de aquellas concepciones.

la oposición entre naturaleza y norma; el Derecho natural de la Edad Media, en torno de la oposición entre Derecho divino y Derecho humano; el Derecho natural de los tiempos modernos, en torno de la oposición entre sumisión forzosa al Derecho y razón individual» (29). El «Derecho natural» constituye así más bien un *horizonte* dentro del cual se mueve una discusión entre opiniones dispares, y no tanto una teoría o grupo de teorías. Una extrema generalización convierte el «Derecho natural» en una denominación (ni siquiera en un esquema) de contenido cambiante. Una teoría del «Derecho natural» es, ante todo, un dar sentido a esa denominación, en sí tan equívoca. Hasta se ha llegado a negar la posibilidad lógica de una historia del mismo, pues ésta estaría en contradicción con el principio de identidad.

A pesar de esta oscuridad, puede constatarse por cierto el notable resurgimiento de las teorías del «Derecho natural» ya desde antes de la guerra en países como Italia, Alemania, Austria, España, etc., y en oposición al positivismo jurídico. La guerra y la postguerra —como queda dicho— aceleraron el resurgimiento. La «época victoriana» en Inglaterra, el fascismo en Italia y Alemania, en cierto modo la República en España después de Alfonso XIII, adhirieron de hecho al positivismo jurídico y con su ruina quedó abierto el camino para aquel renacimiento. Un fenómeno mundial de postguerra es precisamente la decadencia de la fe en el Derecho, como consecuencia de la dolorosa experiencia de que el Derecho puede ser legalmente injusto (30). No es extraño que, en esas circunstancias, un filósofo del Derecho como G. Radbruch, que, como tantos de su generación, entroncaba con el neokantianismo de Baden, el sociologismo y el socialismo, haya tomado decididamente partido por una norma extrajurídica, extrapositiva y extrapolítica que sirviera de criterio de lo justo y de lo injusto. El título de uno de sus últimos trabajos, en 1946, es muy expresivo al respecto: «Injusticia legal y Derecho supralegal» (31).

El principal impulso para el renacimiento del «Derecho natural» proviene, por cierto, del campo religioso. Pero aquí se da una considerable diferencia entre el catolicismo y las iglesias protestantes, especialmente el luteranismo. En razón de la abismal separación en Lutero del «reino de Dios» y del «reino del mundo», cuya medida y cuyos depo-

(29) G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 1950, pág. 106.

(30) V. nota (8).

(31) V. nota 9. Este breve trabajo, que figura como apéndice 4 en la edición de WOLF de la *Rechtsphilosophie*, apareció por primera vez en agosto de 1946 en *Süddeutsche Juristenzeitung*.

sitarios son, respectivamente, la gracia y el Derecho, el *homo spiritualis* y el *status corruptus* del *homo naturalis*; en razón de la radical perversión de la naturaleza humana, no quedaba para el Derecho sino su relegamiento a la condición de mero producto convencional humano. Esta concepción se hizo ciertamente trágica con el positivismo jurídico. Por eso ha surgido también en las iglesias protestantes últimamente la preocupación por fundamentar el Derecho, sea en las Escrituras, sea directamente en Cristo («Derecho natural cristológico», según expresión de E. Wolf), ya que la razón humana es insuficiente para eso (32). El catolicismo, por el contrario, dispuso desde siempre de una poderosa tradición en doctrinas del «derecho natural», de manera que en las circunstancias actuales sólo necesitaba apelar a la misma (33).

Por encima de todas las diferencias en las teorías del «Derecho natural», que pueden abarcar concepciones directamente naturalistas o idealistas (34), debemos entender en la actualidad bajo esta denominación muy formalmente, ante todo, una actitud, una «admonición apremiante» (Wolf): la remisión a un orden invariable, extrapositivo, de validez absoluta, sea cual fuere su naturaleza. Como lo ha hecho en diversas ocasiones Erik Wolf, podríamos intentar una determinación y ordenación de las teorías del «Derecho natural» al hilo de la comprensión e interpretación, en cada caso, del concepto de «naturaleza» y del concepto de «Derecho». Con ese método es posible distinguir una decena de modos de interpretar ambos y, en consecuencia, de construir una teoría del «Derecho natural». Especialmente fecundas son, por ejemplo, la interpretación de la naturaleza como causalidad, como idealidad, como creación, como estructura fundamental de las cosas. Pero este estudio es una tarea histórica que no podemos emprender aquí (35).

(32) Entre los trabajos en este terreno hay que citar ante todo: JACQUES ELLUL: «Le fondement théologique du Droit», Neuchâtel, 1945 (en núm. 15-16 de los *Cahiers théol. de l'actualité protestante*); y ERIK WOLF: *Rechtsgedanke und biblische Weisung*, Tübingen, 1948. Del mismo: «Recht des Nächsten», en *Festvorträge bei der Jubiläumsfeier...*, Freiburg/Br., 1957.

(33) V., por ej.: H. ROMMEN: *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (1936), 2.ª ed., München, 1947; J. CANDELA MARTÍNEZ: *La crisis del Derecho y su superación en el pensamiento de Pio XII*, Murcia, 1951. Además los artículos citados de T. WÜRTEMBERGER.

(34) Cfr. E. FECHNER: *Rechtsphilosophie*, pág. 180.

(35) Cfr. para esto, especialmente ERIK WOLF: *Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955. En este manual, como en su curso sobre el mismo tema en el se-

Por el momento, es imprescindible dejar sentado que el «Derecho natural», sea cual fuere su concepto, *tiende a manifestarse a la vez como «fundamento» y como «fundamentación» del orden positivo*, en el sentido de constituir la causa, la realidad última de su ser y, simultáneamente, una norma o conjunto de normas que pueden dar razón, justificación y medida al carácter imperativo de éste (36). El fundamento de una cosa, en el sentido de su realidad última, tiende a la vez a dar razón de la misma, en el sentido de explicarla. Pero «fundamento» y «fundamentación» (37) no tienen por qué coincidir necesariamente siempre: la coincidencia es más bien producto sólo de determinada interpretación de uno y otra.

El análisis de una teoría del «Derecho natural» tendrá que mostrar ambos momentos en ella y, a la postre, que la búsqueda, tanto del «fundamento» como de la «fundamentación» del Derecho conduce a un *supuesto o a una serie de supuestos últimos metafísicos*, con lo que la problematicidad pasa del plano positivo al plano metafísico (38). El «Derecho natural» como «fundamento» y como «fundamentación» es ahora invariable y válido universalmente, cognoscible por la «razón» y no sólo patrón de medida del Derecho positivo, sino también capaz de reemplazar a éste si le está en contradicción.

Bastará tratar de cerca una especie de pre-forma del «Derecho natural», la llamada «naturaleza de la cosa» (*Natur der Sache*) (39),

mestre de verano de 1957 en la Universidad de Friburgo/Bresgovia, ordena Wolf las teorías del «Derecho natural» según nueve maneras de entender el concepto de «naturaleza» y nueve el de «Derecho». Sólo que aquí se da a la expresión «Derecho natural» una extensión inusitada, pues equivale prácticamente a la de «Derecho» en su totalidad.

(36) Hasta ahora hemos venido utilizando alternativamente los términos «fundamento» y «fundamentación» sin precisar su sentido. En adelante no debe perderse de vista la distinción para comprender la marcha del presente estudio.

(37) Como todo vocablo con esa desinencia, «fundamentación» puede significar un proceso y el resultado del mismo. Aquí designa el resultado.

(38) Este tipo de afirmaciones y el tono general de este trabajo pueden inclinar a ver en él una expresión de escepticismo. El análisis filosófico de un tema suele dar esa impresión al entendimiento poco atento. Pero este tipo de discusiones escolares debe quedar aquí de lado.

FECHNER hace notar (*Rechtsphilosophie*, pág. 146) que así como la aparición de las geometrías no-euclidianas significa el tránsito a un mundo matemático más amplio que «incluye» el euclidiano sin negarlo, así también la crisis de las teorías tradicionales del «Derecho natural» podrían ser testimonio de un proceso análogo en la filosofía del Derecho.

(39) Traducimos así literalmente un concepto que en lengua española no tiene

y luego, en el polo opuesto, una forma extremadamente elaborada del mismo, el «humanismo de la personalidad», para mostrar la conversión de la problemática en una problemática de fundamentos.

1) *La «naturaleza de la cosa» (natura rei).*—Dentro de la tendencia general a apartarse del positivismo jurídico, constituye este concepto un importante factor. Por el tono de la legislación y administración de justicia en la actualidad, se ve que el mismo es uno de los elementos justificantes más apreciados e importantes, no sólo en Europa continental (Italia, Francia, Alemania, etc.), sino también en los Estados Unidos. Hasta ahora había tenido aplicación especialmente en el Derecho civil; pero su uso tiende a generalizarse en otras esferas (en Derecho penal, comercial, etc.).

El empleo de este concepto implica que cada cosa posee un orden natural estructural que está en conexión con su función. De ahí que la estructura natural se convierta en una determinante del modo de la función y, por lo tanto, en una exigencia, en fuente de obligatoriedades. El orden estructural de la cosa se da como necesidad en su función y en el trato con ella. La elección y el tratamiento del «material» en el arte, por ejemplo, respeta desde siempre esta necesidad de adaptarse a lo dado: en la plástica, concretamente, cada material sólido exige un modo especial de manipulación. En todo caso, la «naturaleza de la cosa» es algo «con lo que se da», la estructura natural, inmediata y necesaria de los entes y las determinaciones funcionales que a ella corresponden con anterioridad a toda interpretación.

Ahora bien, en cada «región» del Derecho podemos hacer uso de la «naturaleza de la cosa»: disponemos de una serie de datos estructurales y funcionales que pueden fundar, o más bien derivar inmediatamente, una ley o un juicio. El Derecho estaría así como prediseñado

equivalente nominal exacto. Nuestro concepto de «cosa» es más amplio y, por tanto, más abstracto que el alemán de «Sache». El giro mismo tiene una indeterminación tal en castellano que su empleo requiere siempre alguna precisión. La palabra «res» tuvo, por cierto, ante todo, significado jurídico, como es sabido. El mismo concepto *natura rei* tiene en la escolástica gran importancia; pero su aplicación al Derecho se encuentra ya en los estoicos. CICERÓN (*De legibus*, I, 6, 18) enseña que «lex est ratio summa insita in natura quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria»; la ley «est enim naturae vis». El concepto de «naturaleza de la cosa» ha perdido en el lenguaje corriente aquellas implicaciones de la *natura rei*. En principio debemos entender por «naturaleza de la cosa» la estructura misma originaria, sin explicación o agregados ideológicos (natural), de algo que se da como independiente de nosotros mismos.

en la naturaleza de la cosa. Como decíamos más atrás, la estructura de la cosa se convierte en fuente de exigencias y de direcciones para el comportamiento con respecto a ella, y, por tanto, en fuente de Derecho, si entendemos por tal la primaria adecuación a lo que «se da» inmediatamente, a las peculiaridades de un objeto, una función, una circunstancia. La distinción del Derecho civil entre «bienes muebles» y «bienes inmuebles», por ejemplo, está hecha según este principio. La «naturaleza de la cosa» puede ser, por cierto, una relación inmaterial: pertenece a la «naturaleza» de un contrato de venta, por ejemplo, el que ponga al comprador en posesión de lo por él comprado y al vendedor en posesión del dinero.

En el fallo citado en primer término en la ejemplificación tiene, sin duda, el principio de la «naturaleza de la cosa» una función decisiva. Si se exige que la «relación sexual se cumpla por principio en el matrimonio monogámico», se debe a que el «sentido y la consecuencia de la relación es el hijo» y a que «sólo en el orden del matrimonio y en la comunidad de la familia... puede el niño crecer y desarrollarse de acuerdo con su condición humana». Pero aquí surge ya una dificultad. Como Weischedel señala con razón (40), no se puede deducir «naturalmente» que la relación sexual reciba su sentido exclusivamente a partir del niño y mucho menos puede residir el matrimonio monogámico exclusivamente en la «naturaleza de la cosa». Aun sin tener en cuenta otras formas culturales donde ni el matrimonio es monogámico ni el niño se desarrolla en la comunidad de la familia, queda siempre en pie el hecho de que la «naturaleza de la cosa» ha sido aquí objeto de una determinada interpretación o, al menos, de que implica algo más que las estructuras y relaciones «dadas» naturalmente.

Con esto tocamos el punto decisivo en esta cuestión: el principio de la «naturaleza de la cosa» descarta de por sí toda justificación, explicación y fundamentación ideológica o filosófica; la «naturaleza» debe salir a luz por un simple «juicio objetivo del entendimiento práctico» (Wolf). La pregunta es ahora si este principio basta por sí solo para poner en marcha el Derecho o si, más bien, no penetra subrepticamente en la «naturaleza de la cosa» una estructura interpretativa, ideológica o simplemente metódica, que nos hace recaer en lo que precisamente se trataba de evitar: el empleo del principio de la «naturaleza de la cosa» tiende a evitar, en efecto, las contradicciones y disputas entre concepciones éticas, filosóficas, teológicas, etc., apelan-

(40) WEISCHEDEL: op. cit., pág. 7.

do a lo que estaría «más acá» de toda fundamentación o explicación; pero ¿cómo podría valerse de ese «más acá» sin nombrarlo, es decir, definirlo, es decir, determinarlo de algún modo? La «naturaleza de la cosa» es más bien «interpretación de la cosa». Incluso el método, es decir, el camino de acceso a «la cosa», es ya algo «puesto», no dado con la «naturaleza», sino simultáneamente con la manera de considerarla.

La evolución histórica misma del principio muestra esta imposibilidad de atenerse a lo «dado» sin mediación de elementos interpretativos más o menos ideológicos. Montesquieu comienza su *Esprit des lois*, por ejemplo, estableciendo que «les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses». Pero entre esas relaciones (sociales) necesarias nombra Montesquieu ante todo *la paix*. Por cierto, no se toma «la paz» en sentido ideológico —como equilibrio, conciliación de contrarios, etc.—, sino como hecho, en general como la primera constatación empírica en la realidad del Derecho. Luego cita Montesquieu las relaciones naturales implicadas en la satisfacción de ciertas necesidades primordiales, como la de alimento y habitación; instituciones como el matrimonio y la familia, que se corresponden con la natural inclinación de los sexos; la sociabilidad, que es también una componente esencial de la «nature des choses»: «le désir de vivre en société est une quatrième loi naturelle». Que todo ello radique en la «naturaleza de la cosa», puede admitirse; pero cómo han de derivarse de ahí determinadas leyes y cuáles, es ya una dificultad que requiere, por lo menos, explicaciones que no están en la «naturaleza de la cosa» (41).

Este ejemplo y las consideraciones precedentes bastarán quizás para hacer ver la principal característica del principio de la «naturaleza de la cosa» y del Derecho que de él hace uso: el método por el que se llega a él es el de *la investigación social empírica, la investigación*

(41) Como E. WOLF muestra (en *Problem der Naturrechtslehre*, págs. 46-47 y en el citado curso de Friburgo), hay en MONTAIGNE ya importantes reflexiones sobre la «naturaleza de la cosa». Para Montaigne el «Derecho natural» no tiene nada que ver con leyes de la naturaleza, sino que es como un precipitado de regularidades que se repiten históricamente y que adquieren una determinada forma. Estas regularidades serían reconocibles empíricamente o como experiencias de la vida del Derecho. M rechaza toda teoría filosófica o teológica del «Derecho natural», así como su derivación a partir de una ética o una metafísica. Para esto puede verse también el excelente libro de H. FRIEDRICH: *Montaigne*, Berna, 1949, págs. 236 y sigs.

La extensa bibliografía sobre Montesquieu hace imposible alusiones circunstanciales aquí.

comparativa, psicológica y sociológica del Derecho hasta ganar sus principios constitutivos. Por eso tiene el «Derecho comparado» una función muy importante en la constitución del principio de la «naturaleza de la cosa». Este método tiende precisamente a vencer la dificultad anotada en el párrafo anterior a propósito de Montesquieu.

La llamada *doctrina o teoría general del Derecho* pretende demostrar así modernamente por este método, especialmente por vía del «Derecho comparado», que existen ciertos elementos ordenadores de la vida social independientes de las ideologías y de las circunstancias políticas. La investigación, de acuerdo con el carácter inductivo del método, comienza por fijar «doctrinas» o «teorías generales» de cada región del Derecho a partir de los hechos de experiencia (principios «regionales» de la «naturaleza de la cosa»); a partir de estos principios se abstraen ciertos elementos generales que constituyen una «doctrina general del Derecho» y que tienen carácter de obligatoriedad general, sea que se los entienda como normativos o como puramente cognoscitivos, como empíricos o como teleológicos. En esta dirección ha entrado el principio de la «naturaleza de la cosa» principalmente por obra de Rudolf von Ihering (42), fundador de la «doctrina general» y de la sociología del Derecho (después continuada por Max Weber (43); pero posteriormente también por muchos otros filósofos del Derecho, en parte atentos a la fenomenología, como, por ejemplo, Adolf Merkel y Eugen Huber.

Pero aquí no se trata de seguir el principio en su historia, sino de descubrir un resultado y la problematicidad que le es inherente. Y en este sentido estamos ya autorizados a concluir que la moderna investigación en torno de la «naturaleza de la cosa» ha puesto de relieve principalmente dos notas implícitas en este principio y de consecuencias importantes para el problema del Derecho: 1) que la «naturaleza de la cosa» tiende a convertirse en una estructura más general, que trasciende los factores concretos, pues éstos serían de por sí insuficientes para constituirse en fuente del Derecho; 2) que para esto, su desarrollo y aplicación están no sólo necesitados de un método, sino también de una cierta *interpretación* de los datos inmediatos. Aunque una interpretación no tiene por qué ser necesariamente ideológica,

(42) Las dos obras principales de RUDOLF VON IHERING: *Der Kampf ums Recht* (1872), Frankfurt, 1943; *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1904.

(43) En el capítulo VII de su conocida obra *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4.ª ed., Tübingen, 1956. (Hay traducción española en el Fondo de Cultura de Méjico.)

ética o filosófica, se mueve con todo en un *horizonte* extraño a los datos inmediatos de la «cosa» misma. Por eso la solución, un tanto gordiana, del problema del Derecho mediante este principio —es decir, el atenerse a «lo dado» evitando toda justificación y remisión ideológicas de la realidad del Derecho— no parece ser sino el olvido y la transgresión del límite entre la «cosa» y su manera de considerarla, entre el objeto y el horizonte de su comprensión. Pero esto debe determinarse todavía desde más cerca.

El concepto de «naturaleza de la cosa» no se refiere, no se puede referir, por cierto, únicamente a los datos y hechos concretos objeto de experiencia inmediata, sino que tiene también el sentido más amplio de la condición humana en general en sus rasgos esenciales. La vida humana se da ineludiblemente en una «situación» y la «naturaleza de la cosa» de que el Derecho hace uso comprende también las determinaciones constantes que constituyen una «situación» *en cuanto tal* y no sólo las que hacen de ella *esta* situación concreta.

Para Radbruch (44), por ejemplo, la «cosa» en el giro «naturaleza de la cosa» indica el material del Derecho, las «realidades (*Realien*) de la legislación» —según la expresión de Huber—, es decir, las condiciones naturales, sociales y jurídicas delante de las cuales se encuentra el legislador y a las cuales somete sus normas. «Naturaleza», por el contrario, significa en la misma expresión la esencia, el sentido de la «cosa», «el sentido objetivo que se descubre en el modo de ser de la relación vital misma». Pero ese *sentido* no sería nada menos que el modo como esta relación vital puede ser pensada como *realización de un determinado valor*. Por eso concluye Radbruch que si bien el principio de la «naturaleza de la cosa» contribuye a distender un tanto el dualismo entre realidad y valor, entre ser y deber, no puede, con todo, eliminarlo. «Incluso frente a la «naturaleza de la cosa», que como sentido de los hechos dados se mueve en el plano del ser, tiene la *idea del Derecho* la última palabra. Frente a la idea del Derecho, la «naturaleza de la cosa» presenta por cierto la exigencia de una conformación con sentido de la naturaleza del Derecho; la última decisión pertenece, sin embargo, a la idea del Derecho» (45).

(44) Cfr. GUSTAV RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1947, págs. 19 y sigs.

(45) RADBRUCH: Op. cit., pág. 19. El relevamiento nos pertenece. Pero cfr. también del mismo: *Rechtsphilosophie*, págs. 120 y 248. Una valiosa investigación conceptual e histórica sobre la «naturaleza de la cosa», a la vez testimonio de la última posición de su autor al respecto, es: G. RADBRUCH: «Die Natur der Sache als

Por otra parte, en tanto en el principio de la «naturaleza de la cosa» —según una aguda observación del mismo Radbruch— la «cosa» implica también la organización y situación jurídicas de un momento dado, este principio representa un elemento a la vez histórico, conservador y tradicional para la filosofía y la política del Derecho.

Aun sin detenerse a considerar qué sea en Radbruch la «idea del derecho» y cómo la investigación está dirigida por el «dualismo metódico» y el «relativismo», basta lo dicho para darse cuenta de la insuficiencia del principio de la «naturaleza de la cosa» como fuente exclusiva del Derecho, y de cómo ese principio transgrede de por sí inexpresamente el límite de lo «dado» hacia la interpretación más o menos ideológica. La dirección que contemporáneamente ha tomado la investigación en este terreno lo confirma claramente: se busca un «contenido material» de alcances jurídicos en la «cosa» misma, sobre todo ciertos valores estructurales objetivos que residirían en la circunstancia jurídica misma y no en una valoración extrínseca.

Así pretende Hans Welzel (46) fundar un orden jerárquico y objetivo de valores, un «objetivismo material del valor», que pueda decidir en cada caso acerca de la bondad o maldad, de la justicia o injusticia del hecho «dado», sea éste una institución o una situación, o un modo de las mismas. Para él existen ciertos «datos ontológicos fundamentales» que fijan el horizonte de toda posible valoración y la mantienen, por tanto, material y objetivamente ligada a sí. Como ejemplos de tales datos objetivos pueden nombrarse «la estructura ontológica de la acción» y la «estructura lógico-material de la culpa». En este terreno ontológico y lógico-material hay «verdades eternas» que ningún legislador podría modificar. Este se ve obligado por ellas mismas a escoger una como principio fundamental, y por medio de esta elección se tornan las demás ineludiblemente imperativas. Ellas obligan, pues,

juristische Denkform», en *Festschrift für Rudolf Laun*, Hamburg, 1948, págs. 157 y siguientes. Allí define RADBRUCH la «naturaleza de la cosa» como «el sentido de una relación vital referido a una idea del Derecho». El principio de la «naturaleza de la cosa» por sí solo conduce a una pluralidad de resultados condicionados histórica y sociológicamente; de ahí la necesidad de determinación por medio de la «idea del Derecho». Para esto cfr. también E. FECHNER: *Rechtsphilosophie*, página 147, nota 15, quien toma posición, en parte crítica al respecto.

(46) HANS WELZEL: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, Göttingen, 1951 (2.^a ed., 1955). Para esto, esp. págs. 197 y siguientes. Algunas de las citas también en WEISCHEDEL: op. cit., págs. 8 y 10. V., además, del mismo WELZEL: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, y *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Berlin-Leipzig, 1935.

«sólo relativamente», en tanto su vigencia está condicionada a la elección previa de una de ellas; por sí solas, sin este principio, no podrían constituirse en fundamento del Derecho. Este principio supremo no podría, por otra parte, deducirse de la ética de los valores, pues ésta admite la invariabilidad de los valores materiales mismos, lo que está en contradicción con datos de experiencia inmediata (47). Pero acerca del carácter ético, por lo menos ajeno a los «datos ontológicos», de esta «decisión», habrá que hablar todavía.

Similarmente, con miras a mostrar que la «naturaleza de la cosa» no puede constituirse en única fuente jurídica, amplía H. Coing la comprensión de la misma, convirtiéndola en la condición y situación humanas en general: «Al fin de cuentas, en la vida social la «naturaleza de la cosa» consiste en la naturaleza del hombre y del mundo en el que aquél vive...

«...El modesto concepto de la «naturaleza de la cosa» parece así ampliarse hasta abarcar la representación de un orden continuo de las entidades sociales. En las cosas mismas parece habitar un orden que la justicia sólo tendría que reconocer y contemplar para marchar a paso seguro» (48). La «naturaleza de la cosa» comprende así desde las necesidades e instintos naturales del hombre hasta la estructura y leyes objetivas de ciertas comunidades, como la «esencia del matrimonio», por ejemplo. Un orden no podría ser justo sino a través del respeto a la «naturaleza de la cosa».

Pero el mismo Coing demuestra la necesidad de ir más allá para que se convierta, mediatamente ahora, en fuente del Derecho. «Pero lo que no podemos alcanzar a partir de la observación de la «naturaleza de la cosa» misma es la captación de un orden cerrado que pueda responder totalmente a las preguntas que quedan planteadas al considerar la idea del Derecho. La «naturaleza de la cosa» nos ofrece los elementos de un orden, pero ningún orden en sí mismo. Mediante su análisis podemos saber que la materia con que tiene que vérselas el orden del derecho, la vida social, no es una masa completamente informe, sino que muestra ya ciertas estructuras con las que el orden jurídico puede y debe estar en conexión. Pero la constatación de este orden no nos dispensa de que intervengamos nosotros mismos valorando y ordenando... [El Derecho] debe más bien encauzar algunas estructuras par-

(47) Cfr. WOLFGANG FRIEDMANN: «Übergesetzliche Rechtsgrundsätze...», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1955 (XLI-3), pág. 358.

(48) HELMUT COING: *Grundsätze der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, páginas 121-122.

ticulares, proteger otras o simplemente darles validez. Para eso [el Derecho] debe *valorar*...

«La respuesta a tales preguntas [ciertas preguntas del Derecho] sólo puede encontrarse mediante una *decisión moral*, que, por su lado, remite a una determinada *valoración*» (49).

De este análisis se deriva, pues, en primer lugar, una nueva confirmación de los resultados anteriores: en la medida en que la «naturaleza de la cosa» tiende a convertirse en fuente del Derecho, remite a elementos y a una *decisión* que caen fuera de su propia esfera; y, en segundo lugar, como en el caso de Coing, a un «orden jerárquico de naturaleza moral» que sirve de punto de referencia para la decisión. Esto último se ve claramente en la jurisprudencia del primero de los fallos citados, donde la «naturaleza de la cosa» se estima con «el valor incondicionado de la norma ética».

Singularmente profundo e importante es el estudio de la «naturaleza de la cosa» realizado por E. Fechner al hilo de la idea tradicional de «entelequia» y de los que él llama «factores reales del Derecho» (50). Interesa detenerse en él no por prolijidad informativa, sino por ver cómo la problemática que nos preocupa ha evolucionado últimamente y para disponer de un tránsito accesible y justificable a un replanteo de la misma como el que se mostrará en la tercera sección de este trabajo.

La «naturaleza de la cosa» —según Fechner— indica la «cosa» en su peculiaridad dada objetivamente (él mismo da como ejemplo la inmovilidad de un terreno), y en esto coincide con los «factores reales del Derecho». Pero la «naturaleza de la cosa» significa al mismo tiempo el sentido o contenido interno de la «cosa», su ordenación a un fin realizada «espiritualmente» al margen o por encima del determinismo de los «factores reales». Por eso se adhiere Fechner a la citada definición de Radbruch.

Pero si la «naturaleza de la cosa» puede convertirse, dado el caso, en medida de normas jurídicas, ello se debe a «que allí, en cada caso, se presentan relaciones preformadas y preordenadas que han recibido

(49) H. COING: Op. cit., págs. 127 y 128. El intento de una «nueva fundamentación del Derecho natural» sobre la base de un «orden objetivo de valores» (aunque no exclusivamente sobre él) lo realiza COING principalmente en *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947.

(50) Cfr. ERICH FECHNER: *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956, págs. 146 y siguientes. Ver también nota (28).

del hombre mismo su sentido. Esto pudo haber sucedido en tiempos inmemoriales, por ejemplo, en el caso del contrato de compra-venta... No es, pues, extraño que «las cosas» puedan desplegar a partir de sí mismas un orden jurídico. No (sólo) las fuerzas que por naturaleza se dan realmente en las conexiones de cosas dan forma al Derecho, sino también el sentido que en ellas reside.

»Aquí surge, por cierto, la vieja pregunta de si este sentido no representa algo subjetivo, dependiente del hombre, de sus valoraciones y deseos» (51).

En la base del principio de la «naturaleza de la cosa» —en tanto ésta es sujeto de sentido— encuentra Fechner el viejo y repetido concepto de «fuerzas entelequiales», tal como domina, por ejemplo, no sólo en la escolástica medieval, sino también en la Escuela histórica del Derecho y hasta en la moderna biología de H. Driesch. Esta fuerza interna activa —o «entelequia», según la terminología aristotélica— que da a cada ser viviente la posibilidad de llegar a ser lo que él es y no otro, extendería su acción también a las conformaciones y al acaecer sociales, de tal modo que ciertas estructuras, usos y costumbres, incluso órdenes jurídicos, parecerían surgir espontáneamente, como si estuvieran prediseñados en el ser mismo. Estas fuerzas «entelequiales» que operan en lo social y en el Derecho coincidirían con el sentido constitutivo de la «naturaleza de la cosa». Según el concepto tradicional, el hombre no dispone de estas «fuerzas entelequiales», sino que se *conforma* según ellas, en tanto le señalan su «sentido», su «esencia», su determinación primera.

Pero esta solución «fracasa por la falta de claridad del concepto de «entelequia». La solución del problema del Derecho mediante la representación de una «entelequia», la respuesta de ésta a la pregunta por el desarrollo de un orden a partir de la cosa misma, significa, en vista de la oscuridad de aquel concepto, sustituir un enigma por otro. Y ello no nos serviría de nada» (52). Teniendo en cuenta que la «naturaleza de la cosa» designa «las conexiones reales dadas en las relaciones sociales y también el contenido de sentido que en ellas reside», y que este último se interpreta sin más como «objetivo», se descubre la necesidad de una investigación crítica de los «factores ideales» del Derecho, como el de dar-sentido a la «cosa», y de aclarar su carácter de «fundamento», a través de la «cosa», de la obligatoriedad en gene-

(51) FECHNER: op. cit., págs. 148-149.

(52) FECHNER: op. cit., págs. 150-151.

ral, por tanto, del Derecho. Con esto, con el tema de tal investigación, nos moveríamos, sin embargo, de nuevo en terreno metafísico, por lo menos en un plano que en manera alguna sería el plano de la «naturaleza de la cosa».

Si intentáramos resumir ahora las consecuencias de este estudio acerca del principio de la «naturaleza de la cosa», llegaríamos a las conclusiones siguientes: a) Los datos reales de la «naturaleza de la cosa» no bastan para poner en movimiento el Derecho, sino que se requiere previamente una *interpretación* expresa o tácita de esos datos, una interpretación de la «naturaleza del hombre y del mundo», de la estructura de la acción y de la responsabilidad, por ejemplo, de la «naturaleza» y de la «cosa». b) En razón de esta interpretación, aquel principio remite de suyo a una esfera más amplia en que intenta «fundamentarse», sea metafísica, ética o sociológicamente. El hombre es en cada caso efectivamente aquello que él, sobre la base de ciertas estructuras reales, hace de sí mismo mediante el modo de autointerpretarse. Igualmente el «mundo» es en cada caso según el modo como el hombre se interpreta en él y según como es interpretado él mismo. Estas interpretaciones trazan, por así decir, el horizonte dentro del cual la existencia humana se desenvuelve, el «horizonte de la ética», como dice Weischedel. Aun en el caso extremo de renunciar a toda justificación y «fundamentación» de la «naturaleza de la cosa», es indiscutible la participación de un «factor ideal» en ella que le da este o aquel «sentido» en el Derecho: este «factor ideal», aunque no siempre sea de naturaleza racional, participa del carácter «fundamentante» y generalizante de la razón, o se comporta como la «esencia», la «entidad», etc., de la «cosa», por lo que hasta el modo empírico de tratar con ésta se mueve ya en un horizonte metafísico. c) En la medida en que la «naturaleza de la cosa» remite a una esfera de interpretación que la asume como «desde fuera», y en la medida en que esta interpretación puede hacerse desde muchísimos puntos de vista, a veces contradictorios, en la misma medida remite la «naturaleza de la cosa» a una *decisión* última de tipo más o menos electivo, y que, como suele ser propio de una decisión, tiende a «apoyarse» en «valores» o en el rechazo de «no-valores»: con esto queda dado *metódicamente el paso desde el principio de la «naturaleza de la cosa» a un «orden de valores»*. Esto explica también por qué en los últimos tiempos, cuando aquel principio se ha ido haciendo cada vez más importante en la práctica y teoría jurídicas, se tiende de más en más a

ver en la *decisión* el carácter esencial del Derecho (53). Por cierto no la decisión en sentido psicológico o histórico, ni siquiera jurídico, sino como decisión respecto del ser mismo (de la manera como se da en la llamada «filosofía existencial», por ejemplo). *d*) El comportamiento del principio de la «naturaleza de la cosa» con respecto al llamado «Derecho natural» es el de una relación filosóficamente sólo potencial a veces, pero en todo caso el de una correspondencia entre funciones del mismo signo. Aunque el principio de la «naturaleza de la cosa» pretenda estar «más acá» de toda justificación o explicación, y aunque su modo de determinación sea el de una natural y objetiva *conditio sine qua non*, el mismo queda encuadrado en último término en el marco del «Derecho natural» mismo. Este no sería sino una determinada *elaboración ideológica* de aquél: la «naturaleza de la cosa» es en cada caso lo que su relación con el «Derecho natural» hace de ella (54). En un extremo, cuando pretende preceder al «Derecho natural», o soslayarlo, un principio de determinación positivista, cuyo carácter de «fundamento» no es más que una suposición más o menos metafísica; en otro extremo, cuando asume expresamente al-

(53) Más atrás se aludió a la predilección que la jurisprudencia contemporánea muestra por el principio de la «naturaleza de la cosa»; la preocupación de la filosofía del Derecho al respecto debe verse más bien como consecuencia de aquel hecho.

Sin embargo, desde mucho antes encontramos ejemplos que señalan tanto el carácter último de este principio como la posibilidad de que la decisión (aquí jurídica) lo convierta en fuente de Derecho. El Código Civil suizo establece que si no hubiere ley para un caso determinado, o si no pudiere extraerse de ella una norma aplicable, debe el juez mismo decidir según el Derecho consuetudinario o, si no lo hubiere, según «la ley que él mismo establecería si fuera legislador». Entonces el juez debe apelar a la naturaleza misma del caso en cuestión. La fuerza de la decisión (jurídica) y del principio a que debe apelar es tan incuestionable, que incluso puede hacerse culpable el juez que renunciara a ella. Así también el artículo 4 del *Code Civil* francés: «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.»

(54) Casi podría decirse que la «naturaleza de la cosa», estando como está condicionada a interpretación, es principalmente lo que un determinado momento histórico entiende por ella. La condición de esclavo o de libre, para citar un manoseado ejemplo, pertenece esencialmente a la naturaleza humana según un pensador como Aristóteles; en el tiempo de la Ilustración, por el contrario, sólo la libertad tiene ese carácter y el hombre se convierte así en sujeto de la libertad. el condicionamiento «sociológico» e histórico de ciertos modos del saber y de las interpretaciones ha sido largamente estudiado.

guna interpretación, una compleja unidad de sentido que se constituye en una esfera directamente ética, metafísica o axiológica.

Esta enumeración aclara, por lo demás, por qué esta sección contiene todavía un *excursus* sobre la teoría de los valores, es decir, sobre los «contenidos» de la decisión inherente al «Derecho natural», y una nota (punto B) sobre el «humanismo de la personalidad», que es como el marco dentro del cual se constituye el «Derecho natural» y a la vez la elaboración ideológica más extremada de éste.

2) *La teoría de los valores.*—Tanto en la argumentación de algunos de los fallos citados como en ciertos modos de interpretar la «naturalidad de la cosa», se producía de pronto la remisión a un «orden incondicionado de valores» objetivos que bastaba de por sí para fundar» normas jurídicas, y que, por tanto, servía de supuesto estable del Derecho. Este orden tendría validez incondicionada (en manera alguna, pues, sólo subjetiva) y, en el campo del Derecho, la capacidad de derivar criterios regulativos y normativos para la legislación y la administración de justicia.

No es aquí el lugar para detenerse en la historia y en la sistemática de estas teorías. Entre las dos guerras las mismas tuvieron un inmenso desarrollo y la bibliografía al respecto se hizo muy pronto inabarcable (55). La «filosofía del valor» tiene materialmente una larga historia que podría retrotraerse hasta la *Ética a Nicómaco* e inclusive hasta Platón. Después de su peculiar conformación en Nietzsche, toma considerable amplitud en la escuela neokantiana del Sudoeste, especialmente por obra de Rickert, Windelband y, para el Derecho, E. Lask. Pero su culminación en sistema ético, con inagotable proyección en todos los campos de la actividad humana, se da, por vías fenomenológicas, en la «ética material» de Max Scheler, y, más tarde, en los límites de una «ontología», en Nicolai Hartmann. La filosofía del Derecho ha intentado, por cierto, una fundamentación del mismo en los valores: ello se debe a E. Lask y principalmente a G. Radbruch, y, en los últimos tiempos, entre otros, a los trabajos de los citados H. Coing y H. Welzel (56).

(55) HEIDEGGER (*Einführung in die Metaphysik*, Tübingen, 1953, IV, 4; página 152) señala que ya en 1928 apareció la 1.^a parte de una bibliografía conjunta sobre el concepto de valor, en la que se enumeran nada menos que 661 trabajos sobre el mismo. «Entretanto» —escribe HEIDEGGER en 1933— «serán probablemente mil.»

(56) El lector sabrá comprender estas y las siguientes generalidades y sea he-

Frente al formalismo kantiano y al «relativismo falto de apoyo» funda Scheler la ética sobre principios incondicionados, con «contenido», sobre principios materiales: los valores. «Lo que queremos establecer aquí en contra de Kant es, pues, un *apriorismo de lo emocional* y una separación de la falsa unidad que hasta ahora subsistía entre apriorismo y racionalismo» (57). Lo «emocional *a priori*» «fundamenta» la objetividad de los valores: «El verdadero sitio de todo *a priori* del valor (y también de lo moral) es el *conocimiento del valor* y, respectivamente, la *percepción del valor*, que se basan en el sentir, preferir y, en último término, en el amar y el odiar, así como el conocimiento y percepción de las conexiones de los valores, de su «ser más alto» o «más bajo», es decir, el «conocimiento moral» [88]. Después de largos análisis fenomenológicos, en fin, llega Scheler a mostrar los valores como «fenómenos fundamentales irreductibles de la intuición emocional» [278]. Estas «esencialidades» tienen no sólo existencia objetiva [cfr. 43], sino también un orden invariable —«un orden del corazón según palabras de Pascal» [15, 84 y 268]—; constituyen un absoluto «orden jerárquico de valores» [108] que deriva de su propia naturaleza. Por eso «toda experiencia sobre el bien y el mal presupone en este sentido el *conocimiento de las esencias*, qué sea lo bueno y qué lo malo» [66].

La invariabilidad absoluta de la escala de valores —en que éstos se ordenan según su grado de intemporalidad, independencia, etc.— no estaría en contradicción con el hecho evidente de la «transmutación de todos los valores», para decirlo con el lenguaje de Nietzsche. Sche-

nevolente con ellas. De una vez por todas nos remitimos a los textos del caso. MAX SCHELER: *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*. El subtítulo dice: *Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*. Por primera vez en 1913, en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Halle. 4.^a ed. Berna, 1954 (tomo II de las Obras Completas). Hay traducción española. NICOLAI HARTMANN: *Ethik* (1926), 3.^a ed. Berlín, 1949. EMIL LASK: *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1923 (tomo I de las Obras Completas). GUSTAV RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1950 (E. Wolf editor); del mismo: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1947. HELMUT COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950; del mismo: *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947. HANS WELZEL: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951. Sobre la teoría de los valores en general ver, por ejemplo, J. ORTEGA Y GASSET: «¿Qué son los valores?», en *Revista de Occidente*, año I, cuaderno 4; del mismo: *El tema de nuestro tiempo*, Madrid, 1923.

(57) SCHELER: op. cit., pág. 85 en la 4.^a edición. En lo sucesivo, el número de página va a continuación de la cita en el texto mismo.

ler mismo prevé la objeción basada en el «cambio de los ideales morales»; pero atribuye al *ethos*, como modo de la vivencia de los valores y de su orden jerárquico, una esencial historicidad: sólo en una simultánea y sucesiva cooperación de distintas valoraciones a través de las edades se daría la adecuada y completa vivencia del mundo de los valores, de tal modo que el descubrimiento de valores «más altos» lleva implícita la incorporación —en jerarquía secundaria— de los valores hasta entonces supremos. En la valoración de la ética cristiana encuentra Scheler la adecuada apertura a la verdadera jerarquía de los valores. Esto le lleva a caracterizar heroicamente todas las sustituciones de la valoración cristiana como «engaños respecto de los valores y de las preferencias» [cfr. 314 ss.], como «falsificaciones y subversiones» en nombre de un «falso *ethos*» [322]. Aquí se ha dado por cierto, un salto desde lo «emocional *a priori*» a un determinado modo histórico del *ethos* de Occidente mediante una *decisión* cuyos supuestos habrá que poner en descubierto todavía y cuyo carácter coercitivo es sumamente dudoso.

También para N. Hartmann el valor está dado con anterioridad a toda aprehensión de la realidad, y ello porque hay un reino de los valores «ética-idealmente subsistente en sí mismo», un puro κόσμος νοητός que existe tanto más allá de la realidad como más allá de la conciencia (58). En este sentido «no es la persona quien constituye los valores, sino son los valores los que constituyen la persona» [134], y ello porque «la autonomía de la persona presupone ya los valores» [134]. La justicia sería, por cierto, un valor objetivo referido a nuestra «relación con los demás» [cfr. 419 ss.]. El orden del Derecho es «conformación de la comunidad» [424]; pero el Derecho es un orden abstracto, que tiene que ver con casos típicos y del cual nunca llega a formar parte la totalidad de una personalidad. En este sentido, el orden del Derecho tiene como finalidad el crear y asegurar el campo de acción a las actividades más elevadas: «la justicia crea libre espacio para valores más altos en la realidad» [422]. Hartmann no se adhiere como Scheler al *ethos* cristiano; ni siquiera cree en la posibilidad de reconocer un supremo valor unitario. Más bien se mueve en los términos de una «ontología» expresamente «ateísta» (59). Sin embargo,

(58) N. HARTMANN: op. cit., pág. 156 en la 3.^a edición. En lo sucesivo, el número de página en el texto mismo.

(59) Cfr. NICOLAI HARTMANN: *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, Berlín-Leipzig, 1925, págs. 180 y sigs. Para el problema de la ética de los valores de SCHELER-HARTMANN y el Derecho ver FRANZ VON ESSEN: «Der Rechtsbegriff und

en tanto enseña la existencia de «una esfera ética ideal, que se hace aprehensible en el fenómeno de la intuición del valor y que no es ni construída, ni imaginada, ni soñada, sino realmente existente» [156], en tanto atribuye a la intuición apriorística de estos valores una completa autonomía incluso frente al propio yo empírico, está en la misma línea de sus antecesores. Para Hartmann esta esfera se comporta con respecto a lo éticamente real como lo lógicamente ideal respecto de lo ónticamente real. Pero, de todos modos, la jerarquía de los valores en esa esfera ideal tiene un orden y un aspecto completamente distintos en cada caso, en Hartmann y en los antecesores.

Al margen de las doctrinas axiológicas de Scheler y Hartmann, sigue Gustav Radbruch un camino propio en sus investigaciones acerca de los valores y el Derecho. Por un lado, convergía en él la filosofía del Derecho neokantiana de Stammler, que si bien aclaraba la esencia del Derecho en el campo de las «ciencias del espíritu», desembocaba en el formalismo de una lógica de la ciencia jurídica para la cual el concepto del Derecho era un concepto formal que podía tomar diferentes «contenidos» sociales; por otro, la filosofía de los valores del neokantianismo del Sudoeste, especialmente de Rickert, para quien ciertas ciencias, como la del Derecho, están referidas a «valores culturales», en oposición a las «ciencias naturales» y su referencia a la «legalidad» o regularidad, sin que se dé unidad alguna entre ambas esferas.

Para Radbruch, efectivamente, en los datos de nuestras vivencias, «realidad y valor yacen caóticamente entremezclados» (60). Ante ello, el espíritu puede comportarse de cuatro modos diferentes, es decir, adoptar una: a) Actitud *indiferente ante el valor*, para crear el reino de la naturaleza a partir del caos de hechos; el metódico ejercicio de esta actitud constituye la esencia del pensamiento de las ciencias naturales. b) Actitud *valorante*, para crear, frente a la naturaleza, el «reino de los valores» o hacerse consciente de las normas que posibilitan una valoración; el sistema de este proceder constituye la «filosofía de los valores» en sus tres ramas (lógica, ética, estética). Entre estas actitudes extremas se dan dos intermedias: c) Actitud *referente al valor*, o relacionante con el mismo, y creadora del mundo de la cultura. La cultura incluye todos los esfuerzos —también los frac-

die Neubegründung der Ethik», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1955 (XLI/3), págs. 372 y sigs.

(60) GUSTAV RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1950, pág. 91. En adelante, el número de página va en el texto mismo, a continuación de la cita.

sados— por realizar valores de las tres ramas indicadas. «Cultura no es, por cierto, realización del valor; pero es algo que tiene como significación y sentido el realizar valores o, con palabras de Stammler, «tendencia hacia lo acertado» [92-93]. Metódicamente es ésta la actitud propia de las ciencias culturales o de la cultura. d) Actitud *transcendente del valor*, o religiosa, como superación del dualismo valor-no-valor y afirmación de todo ente por el solo hecho de su ser.

Ahora bien, «el Derecho es obra humana y como toda obra humana sólo puede concebirse a partir de su idea» [95], es decir, a partir de su fin o valor. Por eso sólo en el marco de la actitud que refiere a los valores puede llegarse a la determinación del concepto de Derecho. «El Derecho es aparición cultural, es decir, un hecho relacionado con el valor. El concepto de Derecho no puede determinarse sino como la realidad dada que tiene como sentido la realización de la idea de Derecho. El Derecho puede ser injusto (*summum jus, summa iniuria*); pero es Derecho sólo porque tiene como sentido el ser justo.

»La idea misma del Derecho, el principio constitutivo y a la vez criterio valorativo de la realidad jurídica, pertenece, sin embargo, a la actitud valorante» [95]. (Radbruch, al menos en las obras de pre-guerra, atribuye a la idea del Derecho tres momentos constitutivos en continua tensión: justicia, finalidad y positividad; posteriormente da una cierta prioridad al primer momento.) Ahora bien, la consideración de la realidad del Derecho según la actitud «referente» al valor, es decir, la consideración del mismo como hecho cultural constituye la esencia de la *ciencia jurídica*; la consideración «valorante» del Derecho, es decir, como valor cultural, es propia de la *filosofía del Derecho*; por último, la consideración trascendente del Derecho, de su esencia última si la posee, o, dado el caso, de su pura mundanidad, es el terreno de una «teodicea» del Derecho o «filosofía de la religión aplicada al Derecho» [191].

Al hilo de esta especulación interesa a nuestros fines anotar todavía dos puntos importantes: «La filosofía del Derecho sería la consideración valorante del Derecho, la «doctrina del Derecho correcto» (Stammler). Pero el método de nuestra consideración del Derecho se caracteriza por dos rasgos esenciales: el *dualismo metódico* y el *relativismo*» [97].

El primero descarta —de acuerdo con Kant— la posibilidad de concluir lo que *debe ser*, lo correcto, lo valioso, a partir de lo que es. Las normas del deber moral y los juicios de valor no se fundan empíricainductivamente sobre el ser, sino deductivamente sobre otros princi-

pios de la misma naturaleza. El método de acceso al valor no tiene nada que ver con el de acceso al ser.

Pero a esta dualidad, tomada más de Stammler que de Kant, se unen en Radbruch el pensamiento de Rickert sobre la oposición entre valores culturales y «legalidad» de la naturaleza y las ideas de Lask sobre entrelazamiento de estructuras lógicas y empíricas en la realidad cultural (61).

Según el dualismo metódico, los principios normativos (del Derecho) sólo pueden fundamentarse y demostrarse por medio de otros principios normativos (es decir, de la misma naturaleza). «Precisamente por eso los últimos principios normativos son indemostrables, axiomáticos, susceptibles no de conocimiento, sino de creencia. En consecuencia, donde afirmaciones opuestas sobre los últimos principios normativos, donde teorías opuestas acerca del mundo y de los valores se enfrentan combatiéndose unas a las otras, ya no puede decidirse entre ellas con univocidad científica» [100]. La filosofía del Derecho no podría, pues, sustituir por una demostración el carácter de decisión que, en sus últimos supuestos, pertenece por naturaleza al Derecho. Este *relativismo metódico* (llamado también *problematicismo* y *perspectivismo* [cfr. 102, nota 1] quiere «constatar la veracidad de cada juicio de valor tan sólo en relación con un determinado juicio supremo de valor, y sólo en el marco de una determinada teoría del mundo y de los valores; pero nunca la veracidad de este juicio (supremo) de valor, de esta teoría del mundo y de los valores. El relativismo pertenece, pues, a la razón teórica, no a la práctica. Significa renunciamiento a la fundamentación científica de las tomas de posición últimas, no renunciamiento a la toma de posición misma» [102-104].

Frente a la «jerarquía objetiva de valores» que Scheler y Hartmann pretenden asentar en un conocimiento autónomo *a priori*, este relativismo axiológico de Radbruch, emparentado quizás con su convencimiento de que la historia del Derecho es *conditio sine qua non* de la filosofía del mismo (62), intenta soslayar radicalmente, al menos

(61) Para estas ideas de R. STAMMLER ver principalmente: *Die Lehre von dem richtigen Recht*, 2.^a ed. Halle, 1926. Para HEINRICH RICKERT: *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 7.^a ed. Tübingen, 1926. Para EMIL LASK: *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1923. La introducción de E. WOLF a la *Rechtsphilosophie* estudia detenidamente estas y otras influencias en RADBRUCH (cfr. *ib.*, esp. págs. 24-28 y 38-43).

(62) Cfr. E. WOLF: introducción citada, *op. cit.*, pág. 28.

en la esfera del Derecho, toda fundamentación extracultural o extra-histórica (extra-mundana podría decirse) de los juicios supremos de valor. Aparentemente no hay en este relativismo supuestos metafísicos. Los supuestos están en el método mismo, y son, entre otros, nada menos que el de la oposición de una esfera del ser y una del valor, y el de atribuir al valor el carácter de *ejemplaridad* con respecto al ser cultural y la capacidad de irradiar de por sí normas para la razón práctica. En esto se asemejan todas las teorías de los valores. Pero, además, se ve especialmente claro en el relativismo de Radbruch la *decisión irreductible* que elige entre valores posibles o escalas posibles, y que, paradójicamente, se apoya por un lado en el valor como su «fundamento» justificante y, por otro, asienta o «pone» ese valor o esa jerarquía de valores, en tanto se los elige y prefiere entre otros posibles. Que esto se deba a la transparencia de un conocimiento o intuición *a priori* o a un «saber estar en situación», no cambia aquellos supuestos.

Tanto detrás de la oposición entre ser y valor, entre «naturaleza» y «cultura», como en ese tan mentado carácter de *decisión* perteneciente a los fundamentos ético-jurídicos del tipo de la «naturaleza de la cosa» y del valor, se ocultan importantes elementos de la tradición metafísica y, concretamente, de la metafísica y ética kantianas, como, por ejemplo, la oposición entre determinismo natural y libertad, la autonomía de la ley de la razón práctica, la responsabilidad personal, etc., todo lo que intentamos nombrar escolarmente con el título «humanismo de la personalidad». Como siempre, toda «fundamentación» del Derecho termina moviéndose muy pronto en un plano estrictamente metafísico.

En el caso de la teoría de los valores, ello se ha hecho notar hace tiempo. Es ya un lugar común de la historia de la filosofía que detrás de una teoría de los valores como la de Scheler, por ejemplo, se oculta el mundo de las ideas de Platón, el orden de lo suprasensible en torno de la *ἰδέα τοῦ ἀγαθοῦ*, este orden que luego Agustín piensa cristianamente transformando todas las esencias, todas las ideas y, por tanto, también las esencias de valor, en pensamientos de la mente divina («*lex aeterna*»). Fundamentar el Derecho en los valores significa echar mano implícitamente de esta tradición, por más que, desde hace mucho tiempo, ella se haya diluido temáticamente.

En estricta relación con su pensamiento acerca de la metafísica, ha mostrado Heidegger repetidamente el origen y desarrollo metafísicos

del valor (63). Así como el pensamiento se convierte en la historia de la metafísica cada vez más en «fundamento» del ser, así también este mismo está como atraído y elevado por el *deber-ser*. El ser mismo lleva consigo, precisamente en cuanto se lo interpreta como Idea, la relación con lo arquetípico y ejemplar, con lo debido. El *deber-ser* aparece efectivamente como antítesis del ser cuando éste se determina como Idea. Ahora bien, «el *deber-ser* tiene que afirmarse en su carácter de exigencia; tiene que intentar fundarse en sí mismo. Lo que quiere revelarse en sí como exigencia y deber, tiene que tener en sí mismo el derecho para ello. Algo así como un *deber-ser* sólo puede irradiar de aquello que por sí mismo presenta tal exigencia, de aquello que tiene en sí un valor, o que es un *valor*. Los valores en sí se convierten ahora en fundamento del *deber-ser*... Los valores son lo normativo para todas las regiones del ente, es decir, de lo que hay. Historia no es sino la realización de valores» (64). El valor aparece en cierto modo cuando el ente, como objeto de una representación, termina por perder su ser (al convertírsele en Idea). El valor aparece entonces como sustituto del ser perdido: «... esta pérdida ... se resarce con la atribución de un valor al objeto y al ente así interpretado, con medir el ente en general según valores y con convertir a los valores mismos en meta de todo obrar y de todo hacer» (65).

Ahora podemos anotar las consecuencias de las teorías de los valores para nuestra investigación. Ante todo, en tanto las mismas funcionan como «fundamento» y «fundamentación» de respectivas éticas y, concretamente, del Derecho, conducen a una serie de supuestos metafísico-religiosos y, en último término, remiten a la tradición metafísica de Occidente y a su manera de interpretar el ser y el ente. El problema de la fundamentación del Derecho queda así inscripto en el círculo de problemas de la metafísica misma y de su modo de fundamentar. Además, el valor como meta implica necesariamente una elección, tanto más radical y excluyente cuanto que las distintas jerarquías de valores no ofrecen una figura unitaria, sino que divergen por completo. Esta decisión, como dijimos, al elegir el valor normativo,

(63) Cfr. MARTIN HEIDEGGER: *Einführung in die Metaphysik*, Tübingen, 1953, IV, 4, págs. 150-152. Del mismo: *Holzwege*, Frankfurt, 1950, apéndice 6 a la conferencia «Die Zeit des Weltbildes», págs. 93 y sigs. Además: ib. el artículo «Nietzsches Wort 'Gott ist tot'», págs. 208 y sigs. y 238. Para el valor en Nietzsche, páginas 210 y sigs. y 223.

(64) HEIDEGGER: *Einführung in die Metaphysik*, IV, 4, pág. 151.

(65) HEIDEGGER: *Holzwege*, «Die Zeit des Weltbildes», apéndice 6, págs. 93-94.

lo «pone» paradójicamente como absoluto frente a otros posibles. En la medida en que la legislación, la administración de justicia y, teóricamente, la filosofía del Derecho recurren a un «orden objetivo de valores» para «fundar» o «fundamentar» sus normas y fallos, y, respectivamente, el Derecho en sí, no hacen, pues, sino violentar la problemática mediante una oculta elección y retrotraer así la discusión al plano tradicional de la metafísica y de la ética. (El *relativismo* metódico de Radbruch no es sino la confirmación de ello: sólo porque con las normas últimas se está en el plano metafísico habría que renunciar a demostrarlas. Ellas permanecen, con todo, metafísicas.) Pero con esto el Derecho queda ligado al muy inestable destino de la metafísica misma, con lo que la crisis del Derecho positivo es tan poco superable como la crisis en el confuso terreno de las metafísicas mismas.

Acerca de la gravedad de tales decisiones y soluciones gordianas del problema de la «fundamentación» informa Weischedel, refiriéndose a los fallos que nos sirvieron de ejemplo: «*Con esto surge la pregunta de si un alto tribunal y de si un legislador tienen derecho a basar sus decisiones en normas éticas que se presentan como incondicionalmente obligatorias, cuando estas normas ni son evidentes por sí mismas ni encuentran justificación filosófica y cuando las mismas, además, representan sólo una elección, propiamente no fundada, a partir de la tradición ética cristiana de Occidente*» (66).

La teoría de los valores (dejando de lado su relación con el «Derecho natural») no sólo es insuficiente para fundar decisiones jurídicas y el Derecho en general, sino que más bien nos pone frente a una cuestión mucho más grave que la crisis misma del Derecho: la problemática radical de los supuestos metafísicos y, por tanto, de las decisiones derivadas de ellos.

B. EL HUMANISMO DE LA PERSONA.—Hemos procurado mostrar, no líneas históricas de la filosofía del Derecho, sino la existencia de ciertas constantes que pertenecen esencialmente al planteo del problema del Derecho como el de un problema de «fundamentación» del mismo. Que la problemática queda siempre abierta, o traspuesta a otra esfera, se vió en el análisis de los supuestos del principio de la «naturalidad de la cosa» y de la teoría de los valores, en cuanto uno y otra pretenden constituirse en «fundamento» del Derecho.

En la misma línea analítica, es decir, en la línea de esta investiga-

(66) W. WEISCHEDEL: *Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956, pág. 32.

ción destinada a poner en claro la estructura de un problema antes que apresurar soluciones, hay que indicar todavía uno de los supuestos más persistentes de la problemática del Derecho, de la teoría y práctica del mismo. No se trata, por cierto, aquí de decidir acerca de la verdad o falsedad de los supuestos, sino de señalarlos y, en último término, de mostrarlos como consecuencia de un cierto punto de partida metafísico y de la tradición consiguiente.

A lo que aquí quiere aludirse —aunque sólo de pasada por esta vez— es, ante todo, a la distinción sujeto-objeto, a la concepción del hombre como sujeto de operaciones libres y a la idea de personalidad, casi imposible ya de precisar por su equívoco sentido. Con todo ello se llega a constituir una cierta «imagen del hombre», que entra, en cuanto tal, tanto en la problemática como en las soluciones, y forma algo así como los límites poco menos que irrebasables de la discusión misma (67). Como Weischedel señala, de esa «imagen humanística» (68) hace uso inconscientemente una administración de justicia como la citada en los ejemplos. Pero ella es también teóricamente presupuesto de las teorías de «Derecho natural» en tanto atribuyen a éste validez general y necesitan, para ello, recurrir a la razón como «lugar» de lo universal y del orden.

Tomemos al azar un enunciado típico que no lleve ante esa imagen y algunos de sus caracteres: «El Cristianismo y el Humanismo [se refiere principalmente a la antigüedad clásica] han conformado históricamente la imagen del hombre como la de un valor, imagen que ha penetrado en los sistemas jurídicos del mundo cultural de Occidente. Ambos conceden al hombre individual, en cuanto tal, un específico e infinito valor como persona.

»Esta concepción es necesaria en tanto se reconoce la existencia de lo moral en general. Esto ha sido puesto de relieve en Alemania, sobre todo por la teoría clásica del Derecho bajo la influencia de Kant, Fichte y Hegel. Pues con lo moral se da también la propia responsabilidad moral del hombre. Los valores morales operan en la concien-

(67) Como otras veces, estas afirmaciones simplifican extremadamente la verdadera historia de la filosofía del Derecho. De hecho excluimos aquí, entre otras teorías, por ejemplo el materialismo dialéctico, el utilitarismo inglés y el historicismo. Los supuestos no son aquí *inmediatamente* los mismos; pero que también esas doctrinas tienen supuestos metafísicos ocultos, en último término en la línea de la tradición de Occidente, es algo que no se puede desconocer y que últimamente ha sido repetidamente señalado.

(68) WEISCHEDEL: op. cit., pág. 10.

cia del hombre; en la medida en que determinan los actos de la voluntad del hombre, son realizados ellos mismos... La esencia de la dignidad personal del hombre reside, en consecuencia, en su *autonomía moral...*» (69). El parentesco doctrinal entre este planteo teórico y la jurisprudencia de los ejemplos citados, es casi literal. La dirección de los fallos se asentaba allí precisamente sobre esta dignidad personal, la «responsabilidad», el «valor de la persona», la «determinación humana».

La historia y el carácter de ese «humanismo de la persona» no pueden ser temas del presente trabajo. Sólo interesa hacer ver que el mismo aparece casi como una constante en la historia de la «fundamentación» del Derecho, y que en la medida en que éste tiende a asentarse de algún modo sobre ese humanismo, no sólo nos movemos de nuevo en un plano metafísico, al que, como tantas veces dijimos, se traspone la discusión del plano positivo, sino que, en ese caso, hemos interpretado también al hombre de determinada manera o, más bien, hemos elegido una imagen del mismo que, si bien está en la línea de la tradición predominante en Occidente, no es ni evidente ni la única posible. Por lo menos no debiera atribuirse sin más el carácter de fundamento incuestionable.

La definición de Boecio: «*Persona est naturae rationalis individua substantia*» (70) muestra ya que la persona se constituye esencialmente sobre la razón y su carácter universal. De uno u otro modo, las notas de esa definición dominan la metafísica de la persona en la historia de Occidente, y sus últimas consecuencias alcanzan incluso la política y la pedagogía. Pero la elaboración más penetrante del «humanismo de la persona» sobre la base de la razón universal se debe, ante todo, al Idealismo alemán, si abstraemos del importante antecedente de la Ilustración. Kant representa un ejemplo acabado de ello (71).

Fijados los límites de la razón teórica en la experiencia, demuestra Kant que sólo la razón práctica puede de derecho sobrepasarlos. Su preocupación era, por lo demás, mostrar que sólo el obrar dirigido por fines racionales necesarios podría considerarse como moral, y no aquél dirigido por motivos empíricos circunstanciales. La fusión de ética y racionalidad es absoluta. La transposición de la razón pura al

(69) H. COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pág. 133.

(70) BOETIUS: *De duabus naturis et una persona Christi*, cap. 3. Cfr. THOMAS: *Summa theologiae*, I, 29, 3 ad 2.

(71) Cfr. E. FECHNER: *Rechtsphilosophie*, págs. 40 y sigs.; H. COING: *Grundzüge...*, págs. 132 y sig.; WEISCHEDEL: *Recht u. Ethik*, págs. 11 y sigs.

plano práctico se expresa en el «imperativo categórico» (72). La fórmula del «imperativo categórico» surge como «*Faktum*» cuando el hombre se propone encontrar un principio universal para su conducta; ella «se impone por sí misma», es incondicionalmente obligatoria, en manera alguna, pues, subjetiva, o empírica. Por medio de ella queda salvada la libertad del individuo, es decir, la independencia de la causalidad natural e instintiva. Precisamente porque el hombre no podría considerarse incondicionalmente obligado respecto de un deber sin concebirse al mismo tiempo como libre para asumir ese deber, constituye la libertad una determinación esencial del hombre (73). Pero la «humanidad» del hombre, constituida esencialmente por la «autonomía» como un darse a sí mismo la ley ética (imperativo) y por la libertad para someterse a esa ley, exige, además, tanto en uno mismo como en los demás, ser considerada como fin en sí misma, nunca como medio para fines extraños a la persona: *responsabilidad* significa, ante todo, este no rebajar a la condición de medio la personalidad ajena y la propia (74).

¿Cómo se relaciona esta imagen del hombre como esencia autónoma, libre y responsable con el mundo del Derecho? El orden del Derecho, aunque constituido por leyes destinadas a todos, no debe sino confirmar la autonomía, la libertad y la responsabilidad de la persona, es decir, mantenerla libre para el cumplimiento de su fin moral. El orden del Derecho será, pues, un orden destinado a conciliar la autonomía de la persona con la existencia de los otros, «una legislación de la libertad externa». El Derecho es así la «totalidad de condiciones bajo las cuales puede conciliarse en conjunto el arbitrio de uno con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad» (75).

En tanto el imperativo categórico deriva de la razón en su uso práctico, y en tanto el Derecho debe sólo asegurar, en general, la libertad para determinarse por el imperativo, se ve, sin más, el carácter exclusivamente racional de esta determinación del Derecho. Como es sa-

(72) «Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal.» (I. KANT: *Kritik der praktischen Vernunft*, § 7, ed. de Vorländer, Leipzig, 1906, pág. 39.)

(73) Cfr. *Kritik der praktischen Vernunft*, §§ 5 y 6, págs. 36 y sigs. Quede aquí sin resolver si esa argumentación se mueve o no en círculo.

(74) Cfr. *Kritik der praktischen Vernunft*, I, 1 libro, 3.^a sección, págs. 112 y sigs.

(75) I. KANT: *Metaphysik der Sitten*, Leipzig, 1907, ed. de Vorländer, introducción, págs. 34-35.

bido, los factores históricos no tienen cabida en la ética kantiana. La *ratio*, como pensamiento autónomo por conceptos, es en la historia de Occidente la facultad de acceso al orden interno del ente y, por tanto, la facultad «fundamentante» también del Derecho. La historia de la filosofía del Derecho en el Idealismo como en el Neokantianismo, en la Ilustración como en algunas corrientes teológicas contemporáneas, lo testimonian sin lugar a dudas. Que Fichte viese en el dominio de la razón «nuestro más alto objetivo final», la conocida frase de Hegel sobre la «identidad» de lo real y lo racional en la introducción a su *Filosofía del Derecho*, o la idea de un «Derecho correcto», como lógica del mismo, en R. Stammler, por no citar sino al azar, son algunos ejemplos ilustrativos al respecto. Una doctrina de «Derecho natural» es inconcebible sin un cierto universalismo de la *ratio* «fundamentante».

Contra el predominio exclusivo de la razón formal surgió en la ética la teoría de los valores. Cuando N. Hartmann critica la unilateralidad de las ontologías racionales (76), la razón le aparece sólo como uno de los posibles accesos al ente: las estructuras de valor —aunque irracionales— son igualmente originarias e irreductibles. También M. Scheler había querido separar la «falsa unidad entre racionalismo y apriorismo que hasta ahora subsistía» (77). Sin embargo, el neokantianismo del Sudoeste, donde la filosofía de los valores llega a tener notable preponderancia, creía continuar una especulación en el espíritu de Kant. No siempre, pues, axiología y racionalismo se oponen absolutamente. En G. Radbruch, por ejemplo, se ve claramente: por un lado, la irreductibilidad de la esfera del deber a la del ser le impone el «dualismo metódico»; por otro, se reconoce en la línea del racionalismo: «... el autor profesa... aquel racionalismo que quiere permanecer en la noche que se llama Ilustración... El racionalismo representado en este libro no cree, por cierto, que el mundo, en cuanto es clasificado por la razón, salga a luz sin retaceos. Pero ve su misión en el esclarecimiento racional de las últimas contradicciones, no en su oscurecimiento irracional» (78). Y cuando Coing dice que «la idea del Derecho es la suma de los contenidos morales (valores) que por su esencia están ligados a la formación del Derecho» (79), y en tanto

(76) Cfr. NICOLAI HARTMANN: *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 2.^a ed. Berlín-Leipzig, 1925, págs. 180 y sigs.

(77) MAX SCHELER: *Der Formalismus in der Ethik...*, 4.^a ed. Berna, 1954, pág. 85.

(78) G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, prólogo, pág. 84.

(79) H. COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pág. 147.

esa idea, la justicia, es formalmente una «meta ideal», testimonia la misma convergencia.

Planteado el problema de un «fundamento» y de una «fundamentación» del Derecho, se tiende, pues, a hallar soluciones en una *ratio* ordenadora, legisladora y más o menos universal, o en «contenidos objetivos», en «valores materiales», o en una libre convergencia de *ratio* y «contenido». El «humanismo de la persona» se constituye sobre cualquiera de esas bases; pero en el fondo refiere siempre a la misma imagen del hombre: «*naturae rationalis individua substantia*», personalidad libre, responsable, con la más alta dignidad en sí misma, fin y no medio. Estos factores se presentan, pues, invariablemente como última instancia cuando se trata de «dar razón» del Derecho o de su aplicación. Ellos son, por así decir, el punto de partida, los axiomas que posibilitan incluso el poder hablar de Derecho.

Pero con ellos nos movemos ya en terreno metafísico, ellos implican también una elección, una decisión última entre posibilidades, por más que la misma «se base», a su vez, en «razones» o en «intuiciones» de valor.

¿Qué pasaría si descubriésemos que tales factores, que sobre todo el problema mismo del «fundamento» y de la «fundamentación» del Derecho y, por tanto, sus soluciones, derivan de la naturaleza misma de la metafísica, de la manera de pensar y del sistema conceptual de ésta? En vista de que el problema de la «fundamentación» conduce a soluciones contradictorias con la consiguiente crisis en ese campo y la pura aceptación de una de ellas, ¿no sería posible abandonar el planteo mismo del problema? ¿Por qué no sería el derecho un *modo irreductible de ser*, sin «fundamento»? (80).

(80) Comprendemos que a este punto B habría que agregar todavía el análisis de otras concepciones del Derecho donde los factores metafísicos no son tan evidentes. Nuestra intención era precisamente agregar aquí un estudio acerca del positivismo jurídico y la «teoría pura del Derecho», otro acerca de la escuela histórica de Savigny y un último acerca del materialismo dialéctico. Pero ello hubiese alargado considerable e innecesariamente, por causa de datos históricos, este trabajo. Puesto que la intención del mismo no es histórica, sino mostrar el «lugar» de un problema, y puesto que también esas otras doctrinas están de algún modo en la tradición filosófica de Occidente en sentido amplio (por lo menos como «antimetafísicas»), podemos dispensarnos de considerarlas aquí particularmente. Ello es indiferente para la dirección de nuestra problemática.

III

EL SER DEL DERECHO

A. LA METAFÍSICA Y EL «FUNDAMENTO».—El problema del Derecho ha seguido el destino de la filosofía en general y de la metafísica en particular, positiva o negativamente.

Con la aparición de «*Ser y tiempo*» —hace exactamente treinta años— no sólo tomaba la fenomenología un camino muy singular y extraño a la especulación de Husserl, sino que, principalmente, la filosofía misma intentaba «volver» a sus estadios absolutamente primeros o «premetafísicos» para dejar abierta una vez más la posibilidad de una nueva y radical *ontología*. Punto de partida de Heidegger es «la necesidad de una repetición expresa de la pregunta por el ser», y ello porque «la mencionada pregunta ha caído hoy en olvido, aunque nuestro tiempo se atribuya el progreso de volver a afirmar la «metafísica» (81). La pregunta por el «sentido del ser» aparece ciertamente como superflua; pero ello se debe al punto de partida mismo de la «metafísica»: «ser» es un concepto «evidente» de por sí, a la vez el más general y vacío de los conceptos. Con este supuesto se sanciona definitivamente el «olvido» de la pregunta por el «sentido del ser», y ese olvido caracteriza la «metafísica» desde Platón y Aristóteles hasta nuestros días. La «metafísica» no es sino la «pregunta por el ente en cuanto tal», no por el ser en cuanto tal (82). Ella pregunta ciertamente por el ser *del* ente; pero de tal modo que la pregunta por el ser *en cuanto tal* cae en olvido, pues por este ser se representa el *ente en su totalidad*, y, en último término, lo concibe a la manera del ente. En efecto, «los enunciados de la metafísica, desde sus comienzos hasta su culminación, se mueven de manera curiosa en una total confusión entre el ente y el ser» (del ente) (83).

(81) MARTIN HEIDEGGER: *Sein und Zeit*, 7.^a ed., Tübingen, 1953, pág. 2. Por primera vez en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, editado por E. Husserl, Halle, 1927, volumen VIII y simultáneamente como «separata». Traducción española de JOSÉ GAOS: *El ser y el tiempo*, Méjico (Fondo de Cultura), 1951.

(82) MARTIN HEIDEGGER: *Einführung in die Metaphysik*, Tübingen, 1953, I, pág. 14.

(83) HEIDEGGER: *Was ist Metaphysik?*, 7.^a ed., Frankfurt, 1955, introducción de 1949, pág. 11. Para lo mismo: *Einführung in die Metaphysik*, págs. 14 y sigs.

La diferencia entre el ente y el ser del ente es la llamada «*diferencia ontológica*»: la esencia de la metafísica consiste en el olvido de esta diferencia (84). (Claro que este olvido no tiene nada que ver con una falta o deficiencia del pensamiento.)

Ahora bien, nosotros nos movemos siempre en una vaga comprensión del ser; esta comprensión es un *factum*, y a partir de él debe reiterarse la pregunta por el sentido del ser (el método es aquí, pues, inicialmente fenomenológico). Pero tanto esa comprensión del ser como el preguntar mismo por él y la manera de hacerlo son *maneras de ser* de un determinado ente, del ente que pregunta, es decir, de nosotros mismos. Este ente es el «hombre» mismo, el «existente», el «*Dasein*», como dice Heidegger, o el «ser ahí», según la interpretación de Gaos (85). Su carácter es la *existencia*, es decir, su «esencia» consiste en la «posibilidad» de su propio ser, en el tener que ser su propio ser, en tanto «está referido» originaria y radicalmente a él (en la comprensión del mismo). La posibilidad de una *ontología* como repetición de la olvidada pregunta por el ser en general se «funda», pues, en una previa *analítica existencial del DASEIN* (del «ser ahí»), pues la comprensión del ser se da como «*Faktum*» y modo del mismo. Por eso la analítica existencial es también *ontología fundamental*, en el sentido de que todas las otras sólo pueden surgir a partir de ella o, más bien, moverse en el «horizonte» abierto por ella (86).

(84) HEIDEGGER: *Vom Wesen des Grundes*, 4.^a ed., Frankfurt, 1955, prólogo de la 3.^a ed., pág. 5, y I, pág. 15. Del mismo: *Holzwege*, Frankfurt, 1950, artículo «Hegels Begriff der Erfahrung», pág. 163. Aquí (como en *Einführung in die Metaphysik*, I, págs. 23-24) se demuestra que ese olvido deriva de la anfibiaología misma del ὄν griego, que significa al mismo tiempo el «ente», «lo que es» (*ens*), y el «ser», el «hecho de ser» (*esse*, τὸ εἶναι), la «entidad del ente».

(85) Cfr. HEIDEGGER: *Sein und Zeit*, § 2, págs. 5 y 7. Para el término «*Dasein*» se han propuesto diversas traducciones, además de la de GAOS. En esta discusión no podemos entrar aquí.

(86) Cfr. HEIDEGGER: *Sein und Zeit*, § 3, pág. 12 y § 4, págs. 12 y sigs. Además, del mismo: *Kant und das Problem der Metaphysik*, 2.^a ed., Frankfurt, 1951, introducción, pág. 13 y §§ 42, 43, 44, págs. 209 y sigs. También: *Einführung in die Metaphysik*, IV, 3, pág. 133, y, críticamente, *Was ist Metaphysik?*, introducción de 1949, pág. 21.

En esto se ve cuán poco cuadra a la filosofía de HEIDEGGER el nombre de «existencialismo», que él mismo ha rechazado. Esa filosofía podría llamarse a lo sumo «existencial»; pero sólo según el método. Pues la intención final es puramente ontológica: la pregunta por el ser. Con «existencialismo» no tiene nada que ver. Para la importante distinción entre «existencialismo» y «filosofía existencial», v. MAX MÜLLER: *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, 1949, págs. 14 y 60 y siguientes.

La pregunta por el sentido del ser tiene preeminencia ontológica, óntica y ontológico-óntica, como el *Dasein* mismo, del cual es una determinación. «El preguntar ontológico es, sin duda, anterior al preguntar óntico de las ciencias positivas. Resulta, empero, ingenuo y no deja «ver a través» de él cuando su andar indagando tras el ser de los entes deja por dilucidar el sentido del ser en general. Y justo el problema ontológico de trazar una genealogía de los distintos modos posibles del ser que no proceda deductivamente ni constructivamente, ha menester de una previa y mutua comprensión en punto a "lo que mentamos propiamente con esta expresión: ser"» (87). En efecto, los conceptos fundamentales de cada ciencia sólo son definibles y «fundamentales» mediante una adecuada y previa investigación de la región misma a que se refieren. Pero en tanto cada una de estas regiones se obtiene a partir del sector de los entes en general, tal investigación previa, destinada a fijar los conceptos fundamentales de la ciencia, no es sino una interpretación de la constitución del ser de los entes de esa región. En el caso de la ciencia histórica, por ejemplo, lo primero ontológicamente no es ni una teoría de la formación de conceptos históricos, ni una teoría del conocimiento histórico, ni siquiera una teoría de lo histórico como objeto de las disciplinas históricas, «sino la interpretación del ente propiamente histórico sobre la base de su historicidad», es decir, de su modo peculiar de ser (88). El esclarecimiento del sentido del ser es la tarea fundamental de la ontología en general y, filosóficamente, condición de las ontologías que tienen que ver con una determinada región de entes, objeto, a su vez, de respectivas ciencias ónticas. La condición de la posibilidad de los conceptos fundamentales de estas ciencias, derivados de una interpretación del ser del ente de esa región y, por tanto, de las ciencias mismas, descansa, pues, ontológicamente sobre la respuesta a la pregunta por el sentido del ser en general y del ser de esa región de entes.

Mas la pregunta ontológica tiene decisiva importancia, no sólo en la constitución de las ciencias ónticas, sino también en su desarrollo y dirección. «El verdadero «movimiento» de las ciencias tiene lugar en la revisión, más o menos radical y evidente para ellas mismas, de sus conceptos fundamentales. El nivel de una ciencia se determina por su grado de *capacidad* para experimentar una crisis de sus conceptos

(87) HEIDEGGER: *Sein und Zeit*, § 3, pág. 11. La traducción es de GAOS: *El ser y el tiempo*, pág. 13.

(88) Cfr. *Sein und Zeit*, § 3, pág. 10.

fundamentales» (89). En último término, pues, una crisis de la manera de interpretar el ser de los entes de su respectiva región y el ser en general. Una tal crisis de los fundamentos se observa hoy en todas las disciplinas, incluso en las más «exactas».

Pero, por otra parte, en tanto el *Dasein* (o «ser ahí») se distingue de los otros entes por la *existencia*, es decir, por su «relación» esencial con respecto a su propio ser, «al ser que él mismo tiene que ser», la pregunta ontológica o por el sentido del ser tiene también una preeminencia óntica: pues la pregunta por la existencia sólo puede plantearse y responderse en el horizonte del existir mismo. La existencia es, por cierto, ante todo, óntica; para «realizarse» no necesita contar con la transparencia ontológica de sus estructuras. Pero a esta existencia pertenecen como *modos* de la misma, es decir, como modos de ser del *Dasein*, todas las ontologías y todas las ciencias que se refieren a entes que no son el *Dasein* mismo: ellas se fundan, pues, en la estructura óntica del mismo, a la cual pertenece esencialmente, a su vez, una cierta comprensión del ser como *factum*. Esta comprensión del ser es, por así decir, *preontológica* y está como prediseñada en el existir óntico mismo. Sólo en cuanto la pregunta por el ser se comprende como posibilidad óntica, como modo del existir mismo, se da la posibilidad de un adecuado punto de partida de la *ontología fundamental* (analítica de la existencia) y, por lo dicho, de la ontología en general. La pregunta por el ser no es sino la total radicalización de la estructura óntica del *Dasein*, de la comprensión preontológica del ser constitutiva de la existencia. La pregunta por el sentido del ser está, pues, también ónticamente prediseñada en el existir mismo (90).

El olvido de la pregunta por el ser, no, por cierto, como deficiencia, sino como el «acontecimiento» fundamental del *Dasein* y de la historia de Occidente (91), constituye la esencia de la metafísica. En el modo mismo de conceptuar de la metafísica no cabe la posibilidad de pensar la «diferencia ontológica», de contraponer la ontología a la «óntica». El olvido de la pregunta, de la «diferencia» y del ser mismo reside en la naturaleza misma de la metafísica en cuanto tal. Se trata ahora de anotar de pasada algunas consecuencias de todo esto que puedan ayudarnos después en la dirección de nuestro trabajo.

(89) HEIDEGGER: *Sein und Zeit*, § 3, pág. 9.

(90) Cfr. *Sein und Zeit*, § 4, págs. 13 y 15.

(91) Cfr. HEIDEGGER: *Was ist Metaphysik?*, pág. 41. Además, del mismo: *Einführung in die Metaphysik*, I, pág. 29, y HOLZWEGE, artículo «Nietzsches Wort "Got ist tot"», págs. 243 y 245.

La metafísica pregunta por el ser del ente, por la «entidad» del ente. Pero entiende por ser la totalidad de los entes, el ente como un todo. La pregunta, por el ser, de la metafísica se mueve en realidad hacia la totalidad de los entes y hacia un posible *fundamento* de la misma. Eso quiere decir su tradicional definición: *ciencia del ente en cuanto ente*. «La metafísica dice lo que el ente es en cuanto tal ente. Contiene el $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$ (la predicación) sobre el $\delta\upsilon\nu$ (el ente)... La metafísica se mueve en la región del $\delta\upsilon\nu \eta\grave{\iota} \delta\upsilon\nu$. Su manera de representar vale para el ente como ente. De esta manera presenta la metafísica siempre al ente en cuanto tal en su totalidad, la entidad del ente (la $\omicron\upsilon\sigma\iota\alpha$ del $\delta\upsilon\nu$). Pero la metafísica representa la entidad del ente de dos maneras: por un lado, la totalidad del ente en cuanto tal en el sentido de sus caracteres más universales ($\delta\upsilon\nu$ καθόλου, κοινόν); pero por otro, al mismo tiempo, la totalidad del ente en cuanto tal en el sentido del ente supremo y, por tanto, divino ($\delta\upsilon\nu$ καθόλου, ἀκρότατον, θεῖον)» (92). Según su esencia, la metafísica es simultáneamente «ontología» y teología («onto-teología»). Ella se representa al ente en lo que tiene de ente ($\eta\grave{\iota} \delta\upsilon\nu$); pero le está cerrado el acceso al ser en cuanto tal del mismo, a aquello que es antes que el ente y la entidad misma.

La palabra $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$ significa originariamente «reunión», «colección», «junta». Según ello, la historia de la «ontología» no es sino el proceso de la «reunión de los entes realizada sobre la base de su entidad» (93). En el modo mismo de conceptualizar de la metafísica reside la referencia a la entidad del ente, al $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$ como lugar de convergencia del $\delta\upsilon\nu$. La «reunión» de los entes por el $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$ se realiza originariamente en el lenguaje, y por eso aquél se convierte en la determinación esencial del habla. El $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$ termina por convertirse en la *predicación* y en el «lugar» de la verdad como «*adecuación*» entre la predicación y la cosa. $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$ significa, finalmente, *decir algo sobre algo*. Aquello sobre lo que se dice algo es aquello con lo que la predicación se enfrenta, es $\delta\upsilon\pi\omicron\kappa\alpha\iota\mu\epsilon\nu\omicron\nu$, *subjectum*, sujeto. Visto desde la predicación, desde el $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$ el ser se da como este «hacer frente», como lo que puede ser *subjectum* de predicación. En ésta se determina «lo que hace frente» de diversas maneras: las determinaciones por medio

(92) HEIDEGGER: *Was ist Metaphysik?*, introducción de 1949, pág. 19. Cfr. del mismo: *Einführung in die Metaphysik*, I, pág. 3; *Holzwege*, «Hegels Begriff der Erfahrung», págs. 161 y sigs., y passim.

(93) HEIDEGGER: *Holzwege*, «Hegels Begriff der Erfahrung», págs. 162-163.

de la predicación son determinaciones del ser del ente y se llaman *categorias*. La metafísica del ente en cuanto tal se convierte así en la investigación de las categorías, su orden y clasificación. «La meta de toda ontología (desde el punto de vista de la metafísica) es la doctrina sobre el sistema de categorías» (94).

(Aquí no podemos exponer ni siquiera los puntos principales de estas conversiones que constituyen la historia de la metafísica. Debemos contentarnos con algunas indicaciones, más bien dogmáticas, que vienen al caso para nuestra investigación.)

El *subjectum* es susceptible, pues, de las determinaciones del λόγος. Este *subjectum* no es, en principio, sino el ὄν reunido por el λόγος. Pero en tanto a ese término pertenece la ambigüedad indicada («ente» es a la vez modo verbal de «ser» y sustantivo), lo «reunido» por el λόγος terminó por representar simultáneamente la entidad del ente, es decir, el ser. Ser designa así la entidad, lo que puede ser *subjectum*: la «diferencia ontológica» ha desaparecido ya. La búsqueda de un *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* conduce en Descartes (allí comienza la culminación de la metafísica) a la preeminencia de un *subjectum* incondicionado que sea fundamento de la «objetividad» de los entes, de su *entidad*. Hasta entonces la «reunión» por el λόγος ocurría en la entidad del ente (por ejemplo, en la οὐσία); ahora ocurre en la *conciencia*: ésta es la condición de posibilidad de la entidad, es decir, de la «objetividad» del ente (95). El ser del ente se convierte así, en el comienzo de la filosofía moderna, en la *subjetividad*. Todo ente es ahora *objeto* para un sujeto o sujeto creador de la «objetividad» del objeto. La «reunión» de los entes, la entidad de los mismos, se constituye en la subjetividad. El mundo mismo se convierte en objeto y el hombre en sujeto con una «posición» en él. El proceso por el cual el mundo se convierte en objeto y en «imagen» es el mismo por el cual el hombre se convierte en sujeto entre los demás entes (96). Allí finca la oposición sujeto-objeto con los problemas consiguientes (por ejemplo, el gnoseológico), oposición que durante siglos ha mantenido en vilo la temática filosófica de Occidente.

(94) Para todo esto, cfr. HEIDEGGER: *Einführung in die metaphysik*, IV, 3, páginas y sigs. (La cita también allí, pág. 142.) Además: Holzwege, «Der Ursprung des Kunstwerkes», pág. 12.

(95) Cfr. Holzwege, «Die Zeit des Weltbildes», nota 9, pág. 98, y «Hegels Begriff der Erfahrung», pág. 163.

(96) Cfr. Holzwege, «Nietzsches Wort «Gott ist tot», págs. 236 y sig., y «Die Zeit des Weltbildes», pág. 85 y nota 9, págs. 98 y sigs.

Esencialmente ligado a las preguntas de la metafísica está el problema del «fundamento» del ente (97). Porque λόγος significa tanto la «reunión» de los entes (λέγειν) como la «reunido» mismo (λεγόμενον), y porque esto último se convierte en ὑποκείμενον, *subjectum*, es decir, en aquello que como algo presente sirve siempre de *fundamento* a todo decir algo, a toda predicación, significa λόγος también *fundamentò*, razón de ser, *ratio* (98). De aquí que la principal tarea de la *ontología*, en el campo de la metafísica, sea la búsqueda de un *fundamento* del ente: el ente es interrogado por su razón de ser, por su «fundamento». En último término, *la entidad del ente, es decir, el ser, funciona como tal*. La tradicional doctrina de las causas surge en la línea de esta preocupación. Y cuando a los tres principios lógico-ontológicos anteriores agrega Leibniz el *principium rationis sufficientis* («*omne ens habet rationem*», «*nihil est sine ratione*»), la problemática se consolida: la metafísica retrotrae la *explicación* del ente a sus causas, a su «razón suficiente», en último término a una primera causa, a *otro ente* de un orden superior. La pregunta de la metafísica reza siempre: «¿Por qué es el ente?» «¿Cuál es y dónde está su fundamento?» (99).

La respuesta a estas preguntas y el sistema de categorías nos dan una «*óntica*»; pero nunca una *ontología* en sentido propio, es decir, una respuesta a la pregunta por el ser salvando la «diferencia ontológica». Lo que en la regresión a las causas queda sin aclarar es la relación entre las mismas y entre ellas y su común naturaleza. La «*esencia del fundamento*» mismo permanece en la oscuridad, puesto que ello no podría obtenerse totalmente a partir de lo común a todas las «*especies*» de fundamento. *La pregunta por el fundamento del ente en la metafísica desconoce así la pregunta previa por el ser del fundamen-*

(97) Cfr. HEIDEGGER: *Vom Wesen des Grundes*, 4.^a ed., Frankfurt, 1955, pág. 8.

(98) Cfr. *Sein und Zeit*, § 7, B, pág. 34.

(99) Cfr. *Edinführung in die Metaphysik*, I, págs. 21 y sigs., y *Vom Wesen des Grundes*, págs. 7 y sigs.

En los últimos trabajos de HEIDEGGER (cfr., por ejemplo, la conferencia sobre la técnica en *Vorträge und Aufsätze*, Pfullingen, 1954, y *Der Satz vom Grunde*, Pfullingen, 1957), y en su último seminario privado del semestre de invierno 1956-57 en la Universidad de Friburgo sobre la *Lógica* de HEGEL, adquiere esta interpretación del carácter *fundamentante* del λόγος y, por tanto, de que el ser es concebido en la metafísica ante todo como fundamento, de más en más importancia.

to (100). Pero esta pregunta, como la pregunta por el ser en cuanto tal, está excluida de la manera de aprehensión de la metafísica.

La pregunta radical de la ontología no es, según Heidegger, «¿por qué es el ente?», sino «¿por qué es el ente y no más bien la nada?», donde el «porqué» no tiene en absoluto significado causal (no pregunta por otro ente «fundamentante»), sino abre un interrogante entre la nada y el ente de tal modo que éste pierde su evidencia como tal y es mantenido en la posibilidad del no-ser. Si bien se mira, esta pregunta es la pregunta por la «diferencia ontológica»: se pregunta por el ser del ente como lo absolutamente distinto de él, como la «nada» frente al ente, y no por el ente en su totalidad, en su «fundamento» o en su causa primera. La pregunta por la «nada» (como «lo que no es ente») es así pregunta por el ser en cuanto tal. Mientras la pregunta por el «fundamento» nos mantiene en la tradición metafísica, la pregunta por la «nada» implica, ante todo, responder al modo de acceso al ser, abrir el ser como lo que no es ente y, por tanto, el *ser mismo del fundamento* (101).

También el problema del fundamento en general se resuelve de algún modo, en la línea de la «ontología fundamental», en una cuestión dentro del ámbito de la pregunta por el ser. El problema del fundamento no puede tratarse sino dentro del horizonte de la comprensión del ser y, en consecuencia, sobre los resultados de la analítica existencial: el acceso a la comprensión del ser en general es acceso a la comprensión del ser del fundamento. Que el «fundamento» del ente sea después otro ente, Idea, Voluntad, etc., es, frente a la ontología estricta, un problema posterior y de otro género.

Porque el acceso al ente sólo es posible mediante la comprensión del sentido del ser, y porque el ser se muestra en la *libertad*, es decir, en el carácter de *transcendencia* del *Dasein*, señala «*Vom Wesen des Grundes*» que «la pregunta por la esencia del fundamento se convierte en el *problema de la transcendencia*» (102). «La libertad como trans-

(100) Cfr. HEIDEGGER: *Vom Wesen des Grundes*, I, págs. 9 y sigs. De hecho determina Leibniz, por ejemplo, la naturaleza del fundamento a partir de la verdad como identidad. Pero la coincidencia del S y del P en el juicio verdadero presupone una base de la coincidencia, un *fundamento* sobre la base del cual la identidad se hace posible.

(101) Cfr. HEIDEGGER: *Einführung in die Metaphysik*, I, págs. 17 y sigs., esp. 21 y siguiente. Sobre la pregunta por el ser como pregunta por la «nada» trata la lección *Was ist Metaphysik?*: para esto, esp. págs. 39 y sigs.

(102) Cfr. *Vom Wesen des Grundes*, I, pág. 15.

endencia es no sólo una «especie» peculiar de fundamento, sino el *origen de todo fundamento en general. Libertad es libertad para el fundamento*» (103). Pero porque el *Dasein* no existe sino a partir de sus posibilidades, es decir, como un «ser sí mismo» en la libertad de la transcendencia, «no es el *Dasein* nunca existente antes de su fundamento, sino sólo *a partir de él y en cuanto es el fundamento...* El *Dasein* no es por sí mismo el fundamento de su ser, aun cuando este fundamento surja sólo de la propia proyección; pero él es, por cierto, en cuanto que es «sí mismo», el *ser* del fundamento. El fundamento es fundamento de un ente cuyo ser debe asumir el «ser fundamento» (104) (105).

B. PARA UNA ANALÍTICA ONTOLÓGICA DEL DERECHO.—La precedente introducción tenía como finalidad mostrar algunos puntos de una amplia problemática filosófica de los últimos tiempos que pueden servir de referencias para un replanteo de la problemática particular del Derecho. Las razones por las que esos puntos proceden sólo de una problemática filosófica son, por el momento, metodológicas: ello no implica preferencia por la misma y posposición valorativa de otras posibles, sino la necesidad de radicalizar y de pensar coherentemente hasta el final, con los nuevos medios que una nueva investigación filosófica puede ofrecer, una problemática que el análisis muestra como aporética en tanto no «salte» los límites de su propio planteo. Esa nueva investigación filosófica puede mostrarse provisoriamente como camino para la destrucción de la aporía misma, sin otras pretensiones; en cambio, la elaboración doctrinal en ese lugar es ya una tarea

(103) *Vom Wesen des Grundes*, III, pág. 44.

(104) *Sein und Zeit*, § 58, págs. 284 y sig.

(105) Estas consideraciones no quieren exponer una línea del pensamiento de HEIDEGGER, sino señalar algunos puntos de aprovechamiento en nuestra investigación. La inseguridad de la explicación pertenece ante todo al carácter mismo de una filosofía irreductible a sistema y a generalidades. Con respecto al llevado y traído «giro» en H. a partir de *Wom Wesen der Wahrheit*, no se toma aquí posición. Tampoco una actitud crítica más general. El método científico serio exige también en filosofía una cierta familiaridad con los hechos, en este caso los textos, antes de la toma de posición «en nombre de» escuelas filosóficas o la «posición verdadera». Tanto con la obsecuencia escolar o la admiración más sentimental que filosófica como con la crítica totalitaria, en nombre de generalidades de segunda mano, de lo que con poco conocimiento se llama «existencialismo», no tiene nada que ver este trabajo. Un cierto malhumor es justificable cuando los textos y el humilde análisis científico de un problema se sustituye por discursos cuya conclusión viene «desde fuera».

posterior que no puede sin más adosarse a una filosofía determinada con desconocimiento de las demás.

¿Qué consecuencias se derivan, para el problema del Derecho, de la precedente caracterización de la metafísica y de la prioridad de la pregunta por el sentido del ser, que ella por naturaleza, por tratar del ente en cuanto ente, no tiene por qué plantear? Si la búsqueda de un «fundamento» del ente en otro ente es el modo mismo de la argumentación metafísica, y si tanto el ente «fundado» como el ente «fundante» no «se abren» sino en el horizonte de una comprensión de su ser y del ser en general, el abandono de la argumentación metafísica significará abandonar originariamente la «fundamentación» de un ente por otro ente «fundante» para preguntar por lo que es previo a ellos: *por el modo de ser mismo de uno y otro*, por las estructuras de su ser. Quizás sería, pues, aquí también necesario preguntar por el ser del «fundamento», en caso de que el Derecho apareciera «evidentemente» «fundado» sobre él.

La «óptica» del Derecho interpreta el mismo como un ente y busca su «fundamento» o su fuente. El «fundamento» se muestra generalmente en la esfera del deber-ser: el Derecho es un «ente» que tiene en ella su *sentido*, su modelo, su fuente. Su ser consiste en un deber-ser; este ente no «es» propiamente sino en la medida de su aproximación al modelo. El modelo es la Idea, la razón, la «naturaleza», el valor. El «verdadero» ente es el modelo; el otro es atraído por éste como su finalidad y su *sentido*. El «fundamento» es, a la vez, sentido y finalidad: la metafísica «se mueve» en un movimiento circular del que todo ente participa, en un movimiento que es centro del mundo, que abarca y dirige todo, como sostenía Aristóteles:

«Ese movimiento —esa «esfera infinita»— es la pura teoría —*νόσις νοήσεως*—, el ser como entidad y fundamento del ente en cuanto tal en su totalidad» (106). La «óptica» del Derecho —como metafísica del mismo— tiende también a mostrar su entidad como participación de una esfera-centro y -meta: la del deber-ser.

Ya se mostró que la distinción entre ser y deber-ser proviene de la concepción platónica del ser como Idea. El ser en cuanto Idea es de por sí ejemplar, modelo, arquetipo debido. «Así como el ser se fundamenta en el pensamiento (metafísico), así resulta también coronado por el

(106) Cfr. MAX MÜLLER: «Abendländische Wissenschaftstheorie», en *Freiburger dies Universitatis*, vol. 3, 1954-55, págs. 8 y sig. En el mismo sentido, cfr. HEGEL: *Wissenschaft der Logik*, ed. Lasson, 1951, págs. 92 y sigs.

deber-ser» (107). Este deber-ser es de por sí ya un *valor*. La metafísica se mueve entre fundamento y fin, entre ser como totalidad del ente y deber-ser como su «fundamento atractivo». Que la problemática del Derecho se ha planteado y resuelto en la inmediata cercanía de la metafísica, no necesita ya ser repetido; lo que mientras tanto queda olvidado es el modo de ser, la estructura misma del ser de «lo fundado» y del «fundamento», y ello porque tampoco pudo determinarse el ámbito de la comprensión del ser en general. Así como desde el comienzo de la metafísica falta una ontología en sentido estricto (como pregunta por el ser en cuanto tal), así también faltan «*ontologías regionales*» como *pregunta por la estructura del ser de una región determinada del ente*. Una *ontología regional del Derecho* debiera ser un paso previo al planteo de su problemática y preceder, en todo caso, a los intentos de «fundamentación».

El primero en exigir la necesidad de «ontologías regionales», reivindicando con ello el concepto de «ontología», que el positivismo y el neokantianismo habían rechazado, fué E. Husserl en *Ideas para una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, en 1913. No es aquí el lugar para una exposición de la fenomenología. Como en los casos anteriores, debemos presuponer en nuestra concreta investigación el conocimiento de la filosofía respectiva.

Mediante la ἐποχή fenomenológica remite la fenomenología a la esfera de la «conciencia pura» o «transcendental», cuyo carácter es la «constitución intencional» real o posible. La «constitución intencional» (potencial) es la posibilidad de tener en general «vivencias» de una determinada naturaleza. Ella constituye una cierta actitud u orientación que posibilita inclusive el poder tener vivencias en un sentido. Para cada «región objetiva», por ejemplo, naturaleza, historia, arte, etcétera, se da una orientación de este tipo, una «intencionalidad regional». Esta es, en realidad, una «correspondencia» con la común esencia de la «región del ser» respecto de la cual la intencionalidad se orienta, de manera que mediante ésta se tiene acceso a la experiencia de la estructura del ser de esa determinada región. Una «ontología regional» es así para Husserl la elaboración fenomenológica de la intencionalidad regional referida u orientada a cada región del ser. La «ontología regional» no es, pues, originariamente doctrina del ser de una región del mismo, sino de la conciencia intencional, que posibilita, ante todo, la captación de esa región del ser. La intencionalidad re-

(107) HEIDEGGER: *Einführung in die Metaphysik*, IV, 4, pág. 150.

gional —como «inclinación general» *a priori*— «abre» el acceso a una determinada región del ser y ordena al mismo tiempo los objetos o entes de esa región refiriéndolos al sentido del ser así abierto. Precisamente sólo en cuanto se da una cierta «familiaridad» con esta «interna inclinación» hacia un determinado «campo de experiencia», hacia un determinado «campo del ser», se tiene acceso al ser de esa concreta región de entes y, por tanto, al ente mismo. (Sobre la debatida cuestión del «idealismo» del «último» Husserl no interesa tratar aquí.)

Con esto puede verse ya cuál será el fin de una «ontología regional del Derecho». Ella tendrá por objeto la investigación de la estructura del ser que concede a una región de «entes» su peculiar y específica manera de ser, estructura que, por otra parte, debe ser ya de algún modo comprendida al enfrentarse con esos «entes» para que los mismos sean reconocidos como «entes» de esa región. Es decir, su tarea es *abrir el acceso a la estructura del ser del Derecho en general*, a aquel ser cuya comprensión hace, ante todo, posible que capturemos a un determinado «ente» como «Derecho» y que está incluso *antes* de todo hablar del Derecho y mucho más antes de toda problemática del mismo (108). El ámbito del Derecho es una evidencia de hecho en general y en la práctica jurídica; pero lo que la jurisprudencia misma no está en condiciones de responder es la pregunta por el carácter que hace del Derecho tal Derecho, la pregunta por «lo jurídico» mismo del Derecho, la pregunta por el ser del Derecho (109). La ciencia particular investiga los entes de una región del ser en sus conexiones; la «ontología regional», por el contrario, investiga el «ser regional de esos entes»: la ontología regional del Derecho quiere tener acceso al ámbito del ser del Derecho en general, a aquel ámbito cuyo sentido comprendemos siempre de algún modo, hasta tal punto que sabemos ya de antemano cuándo un «ente» pertenece a ese ámbito y cuándo no. Además, ¿cómo podríamos intentar una «fundamentación» del «ente»

(108) Cfr. MAX MÜLLER: *Sein und Geist*, citado por MAIHOFER: *Recht und Sein*, pág. 66.

(109) Aunque HEIDEGGER no emplea la expresión «ontología regional», cuando en *Sein und Zeit*, § 3, pág. 10, habla sobre una investigación previa a cada ciencia que tiene por objeto crear los conceptos fundamentales de la misma y que no es sino «una interpretación del ente [objeto de esa ciencia] sobre la base de la constitución fundamental de su ser», lo cual le lleva a descubrir una preeminencia ontológica de la pregunta por el ser, no hace sino nombrar la tarea de la «ontología regional». Sólo que la «fenomenología» de HEIDEGGER prescinde de las tres «reducciones» y de la «intencionalidad» de la «conciencia trascendental» de HUSSERL y se remite a una «comprensión preontológica del ser» como *factum*.

llamado «Derecho» si no comprendiéramos ya de algún modo y no tuviéramos ante la vista, distinguiéndose de lo demás, lo que con esa expresión mentamos? Precisamente se trata, ante todo, de poner en claro el *sentido*, más bien la significación, del Derecho mediante la demostración de las estructuras de su ser y por las que él es lo que es (110).

No es extraño que en la escuela fenomenológica misma hayan surgido pronto intentos de realizar una «fenomenología del Derecho» y, por tanto, lo que podría interpretarse como una «ontología regional» del mismo. En la línea de esta preocupación hay que citar, ante todo, a Adolf Reinach, tempranamente muerto en la primera guerra, y a Gerhart Husserl, que, en una serie regular de trabajos desde 1925, realiza sobre los principios de la fenomenología de su padre, un análisis *a priori* del «mundo del Derecho» (111).

Contra el positivismo jurídico, para el que hablar de un ser del Derecho fuera de las normas del Derecho positivo no tiene sentido,

(110) El llamar sin más «ente» al Derecho podría suscitar cierta desconfianza, si ello se entendiera como prejuicio acerca de su carácter. Sin embargo, no hay necesidad de mayor precisión en la terminología si «ente», en sentido vulgar, designa todo «lo que es», lo opuesto a la «nada». Pero aún ésta puede interpretarse como ente: recuérdese, por ejemplo, la clasificación escolástica de los entes. Si en un caso extremo se entendiera por Derecho una pura relación (*ens rationis*) no sería por eso menos ente. Pero aquí se trata sólo de un modo de denominación: quizás sea lo peculiar del «ente» llamado «Derecho» *el no ser precisamente un ente*. Este es, en realidad, el centro de toda nuestra problemática.

(111) El importante trabajo de ADOLF REINACH: «Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts» apareció por primera vez en 1913 en el *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Halle, dirigido por E. HUSSERL. Últimamente se ha reeditado en libro, con el título *Zur Phänomenologie des Rechts*, München, 1953; el primitivo título figura como subtítulo.

De GERHART HUSSERL, v., por ejemplo: *Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, 1.^{er} vol. Berlin, 1925; «Recht und Welt», Husserl-Festschrift, en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Halle, 1929, págs. 111 y sigs.; *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin, 1933. En 1955 apareció *Recht und Zeit*, Frankfurt, «cinco ensayos de filosofía del Derecho», en que G. H. resume sus principales trabajos anteriores destinados a fundar una «teoría *a priori* del Derecho».

También en la línea fenomenológica hay que citar a WILHELM SCHAPP: *Die neue Wissenschaft vom Recht. Eine phänomenologische Untersuchung*, 1.^{er} vol. Berlin, 1930; 2.^o vol., Berlin, 1932. Frente a la «ciencia jurídica» como ciencia del Derecho positivo, quiere SCHAPP mostrar el ámbito *a priori* de una «ciencia del Derecho». Misión de ésta es mostrar datos jurídicos *a priori*, anteriores al Derecho mismo: su investigación los descubre en el contrato, el Derecho subjetivo y la propiedad.

intenta mostrar Reinach «que las formas que en general se caracterizan específicamente como jurídicas poseen un ser, tanto como lo poseen los números, árboles y casas; que este ser es independiente de que el hombre lo capte o no, y especialmente independiente de todo Derecho positivo... El Derecho positivo encuentra *por delante* los conceptos jurídicos que pasan a formar parte de él; *él no los produce de ningún modo*» (112). «Los llamados conceptos fundamentales específicamente jurídicos tienen un ser jurídico extra-positivo, tal como los números poseen un ser independiente de la ciencia matemática [17]. El Derecho positivo puede hacer uso de él, pero no crearlo. Por otra parte, el análisis de esas formaciones jurídicas muestra en ellas conexiones necesarias basadas en la estructura misma: «*En las formaciones jurídicas tienen validez principios a priori*» [15], lo cual no significa, por cierto, aprioridad de normas jurídicas positivas. En este sentido, la «*doctrina a priori del Derecho*» se propone «la investigación de las leyes eternas del ser que tienen su asiento en los puros conceptos jurídicos fundamentales [164]. Los juicios de esta «*doctrina a priori del Derecho*» deben incluso verse como juicios sintéticos *a priori* en el sentido de Kant [cfr. 214], pues ella se diferencia de las llamadas «teorías» o «doctrinas generales del Derecho» (al modo de R. von Ihering o Kelsen) en que éstas son esencialmente empíricas, no *a priori*.

Si existen del modo indicado formaciones jurídicas subsistentes en sí mismas, se abre para la filosofía del Derecho una nueva posibilidad. La filosofía «en cuanto ontología o doctrina *a priori* de los objetos tiene que ocuparse del análisis de todas las clases posibles de objetos en cuanto tales» [17]. Y aquí tropieza la filosofía con objetos que no pertenecen estrictamente a la naturaleza, que no son ni físicos ni psíquicos, y que se diferencian al mismo tiempo de los objetos ideales por su «temporalidad». Abrir esta «esfera de objetividades puramente jurídicas y absolutamente peculiares» [224] y sus leyes es tarea de la ciencia *a priori* del Derecho. Sólo cuando se han puesto de manifiesto estas «leyes del ser» *a priori* del Derecho, se abre el acceso a todo posible Derecho positivo: «La estructura del Derecho positivo sólo puede hacerse comprensible mediante la estructura de la esfera jurídica extra-positiva» [19]. La «*doctrina a priori del Derecho*» es, por lo tanto, absolutamente independiente del Derecho positivo y,

(112) A. REINACH: *Zur Phänomenologie des Rechts*, München, 1953, pág. 14. El número de página va en adelante a continuación de la cita en el texto mismo.

en general, de todo Derecho, tanto del vigente como de uno que se pensara como idealmente válido. A diferencia del «Derecho natural», que tiende a delinear «contenidos», es decir, un Derecho material incondicional y universalmente válido, la «doctrina *a priori* del Derecho» rechaza en absoluto el ser tomada como el Derecho «verdadero»; más: no pretende llenar «huecos» del Derecho positivo, reemplazar el contenido de las normas positivas por «conexiones esenciales» o leyes del ser. «Un ontologismo se mostraría aquí... fatal» [218]. La «doctrina *a priori* del Derecho» se desentiende de la realización o no realización en el plano positivo e histórico de las estructuras de naturaleza más bien «formal» que ella determina. Precisamente porque estas estructuras *a priori* no tienen en principio el carácter de algo «debido», sus determinaciones concretas, históricas, pueden tomar muy diversas formas. El Derecho positivo puede incluso apartarse totalmente de ellas. Pero a la doctrina apriorística no le corresponde decir nada ni en favor ni en contra de este apartamiento.

De acuerdo con esto, no está de más aclarar que la identificación o el parentesco que se ha señalado entre esta «fenomenología del Derecho» y el principio de la «naturaleza de la cosa» (113) es puramente superficial y contradice el sentido mismo de una y otro. Las estructuras *a priori* del Derecho no tienen nada que ver con leyes naturales, y las mismas tampoco pueden convertirse sin más en contenidos de normas positivas: su sentido es ontológico, pero no «ontologista». La cuidadosa distinción de Reinach de la doctrina apriorística respecto del «Derecho natural» [cfr. 216 y sigs.] lo confirman.

Más que seguir de cerca las investigaciones de Reinach acerca de «los elementos *a priori* del Derecho civil», y más que extendernos en el estudio de los trabajos de G. Husserl acerca de una «lógica trascendental del Derecho» (114), que, en la línea fenomenológica, debe admitir que «a cada categoría de cosas corresponde una región propia de lo *a priori*» (115); más que esta tarea expositiva, interesa sacar ciertas consecuencias de ello y conducir la investigación de tal modo que hallemos en la problemática de la filosofía postfenomenológica un punto de partida y el ámbito mismo para el replanteo del problema del Derecho con total radicalidad.

(113) Cfr., por ejemplo G. RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, § 3, pág. 120, y E. WOLF: *Das Problem der Naturrechtslehre*, pág. 49.

(114) GERHART HUSSERL: *Recht und Zeit*, Frankfurt, 1955, pág. 87.

(115) *Ibid.*, pág. 18.

Si se comparan estos planteos fenomenológicos con los intentos de «fundamentación» del Derecho como los estudiados anteriormente, se descubre que el centro de gravedad de la problemática tiende precisamente a pasar del plano metafísico (o del plano positivo, en el caso de escuelas como la histórica, sociológica, etc.) al plano ontológico. Sólo la apertura de las estructuras del ser del Derecho puede hacer comprensible la problemática *del* y *en* el mismo. Mas las estructuras del ser son condiciones de la posibilidad de la problemática y de las soluciones mismas. Si el *horizonte* de la comprensión del «ente» llamado Derecho —digamos para emplear un giro ya popular en filosofía—, está falto de determinación, toda problemática del mismo se moverá entre límites confusos, no podrá inclusive dejar de preparar una «óptica» de marcado carácter «constructivo», es decir, «fundamentante», en el sentido de remitir a la causalidad de otro ente. La aclaración del sentido de aquello que se quiere indicar cuando se alude al «Derecho», la aclaración del *sentido ontológico* del mismo, una *ontología del Derecho*, en fin, por elemental e ingenua que la tarea pueda parecer, es lo que precede a todo problema del Derecho y lo que la fenomenología, con su «doctrina *a priori*», prepara decisivamente.

Pero, metodológicamente, la fenomenología realiza una triple «reducción» desde la trascendencia, hasta ganar la «conciencia trascendental», de tal modo que la ontología se constituye como doctrina del ser de una región dado en la conciencia trascendental. Que el ser del Derecho pueda encontrarse así *a priori* con una ontología regional, aunque probable, no es del todo seguro. De todos modos, falta allí todavía dar el último paso hacia una total radicalidad de la problemática. En la conciencia trascendental se da la «constitución *intencional*» no sólo de la «objetividad» en general de los objetos, sino también la constitución del «yo puro» como el sujeto «dirigido inmanentemente» hacia el objeto intencional. Pero la *manera misma de ser* de este «yo puro» y, por tanto, el descubrimiento de que el acceso al ser de una región de entes, es ya de por sí un *modo de ser* del «sujeto» mismo que accede, queda en E. Husserl sin investigar.

Cuando Heidegger —del modo indicado— antepone a toda ontología una «ontología fundamental» en el sentido de una «analítica existencial del *Dasein*» y cuando tanto la ontología fundamental como la general, como intento de una elaboración e interpretación del sentido del ser en general, no echan mano en su punto de partida de una esfera *a priori* o conciencia trascendental, sino de una «comprensión preontológica del ser» como «*Faktum*», no sólo cree llevar un paso

más adelante la fenomenología, sino también abrir la «*posibilidad*» que ella misma representa y ponerla en camino de realización (116): Esa «*posibilidad*» consistiría esencialmente, según nuestro parecer, en la supresión de la secular problemática de la oposición sujeto-objeto mediante remisión a una comprensión fáctica del ser como condición del acceso al ente e interpretación, a su vez, de esa comprensión como un modo de ser del ente que se determina por ella, con lo que la *existencia* de éste es horizonte y condición de posibilidad también de una comprensión del sentido del ser en general.

La ontología comienza, pues, como *analítica existencial* del *Dasein* (en tanto comprensión del ser es modo de ser del mismo). Al *Dasein* pertenece radicalmente como primera estructura el «*ser-en-el-mundo*» (*In-der-Welt-sein*): la analítica comienza así por el análisis de este fenómeno y precisamente en sus tres momentos: el de la «*mundanidad*» del mundo, el del «*quién*» o «*ente*», que es en la manera del «*ser-en-el-mundo*», y el de la estructura «*ser-en*» en cuanto tal (117).

Si una «*ontología regional del Derecho*» es de algún modo posible, podría entrar evidentemente en el marco de la *analítica existencial* o realizarse, por lo menos, paralelamente a ella. Lo que se busca es el ser del Derecho; no el Derecho justo o ideal, ni siquiera el «*fundamento*» del Derecho, sino pura y simplemente lo que el Derecho sea, qué sentido tenga el ser de este «*ente*», si es que es en general un «*ente*».

El Derecho es sin duda también un *factum* del *Dasein*, sea originariamente como momento de la existencia misma, sea, como constitutivo del fenómeno radical «*ser-en-el-mundo*». *¿Podría emprenderse una analítica ontológica de un radical fenómeno «ser-en-el-Derecho» con la misma razón con que la analítica existencial lo hace del fenómeno*

(116) Cfr. *Sein und Zeit*, § 7, pág. 38. También nota 1. Es ya conocimiento corriente que HEIDEGGER toma la fenomenología más como un método que como una filosofía «*real*». De hecho puntos fundamentales como la «*reducción fenomenológica*», la «*conciencia trascendental*», las «*esencias puras*» y tantos otros no tienen cabida en HEIDEGGER. Después de la publicación de *Sein und Zeit* (1927), toma HUSSERL ocasionalmente posición muy crítica respecto de la filosofía representada por ese trabajo: un escrito muy significativo al respecto aparece como apéndice en el tomo III de las *Ideen für eine reine Phänomenologie und phänomenologische Philosophie*, Haag, 1952, págs. 138 y sigs. («*Husserliana*», vol. V.) Sabido es que HUSSERL consideró desde el primer momento a *Sein und Zeit* como obra de antropología que «*no tendría nada que ver con la filosofía*».

(117) Cfr. HEIDEGGER: *Sein und Zeit*, § 12, págs. 52 y sigs.

«*ser-en-el-mundo*»? Este es precisamente el camino que, apoyándose en Heidegger, emprende W. Maihofer en su libro «*Recht und Sein*» para preparar una «ontología del Derecho» (118).

Con esto tocamos simultáneamente una esfera mucho más amplia de la problemática actual del Derecho: la esfera del planteo de la misma en los términos y en el terreno de la que se ha dado en llamar «filosofía existencial» (119).

El tema merece de por sí la consagración de un trabajo especial; pero ya a primera vista surgen una serie de dificultades cuya superación formaría ya parte de la ontología «existencial» del Derecho misma. Ni en los métodos ni en los propósitos existe una unidad de sentido que pudiera determinarse como «filosofía existencial». Las similitudes son más bien coincidencias en una *situación filosófica* e histórica, es decir, de superficie o de aspecto más que nada. Sin embargo, *tiene que haber* un sentido unitario, cuya naturaleza no puede tal vez determinarse todavía. La «ontología existencial del Derecho» parecería deber ser forzosamente ecléctica, o adosada a una «filosofía existencial».

Por otra parte, una dificultad más grave radica en el «lugar» que la filosofía existencial asigna al Derecho como a «lo público» en general. «Cuando la mirada de la filosofía existencial cae sobre las *leyes generales del Derecho y de la ética*, no hace —en curiosa coincidencia de todos estos pensadores— sino poner aquéllas en relación con la *impropiedad* de la existencia humana, asignarlas a la forma de ser que no es la del «ser sí mismo», al ser en el «uno» (120) (de lo público). Para el «mundo del Derecho» no quedaría, pues, «lugar» propiamente ontológico en la *existencia* y, por tanto, una «analítica ontológica» del mismo parece ser irrealizable o, al menos, estéril. Tal «ubicación» del Derecho es no sólo visible en Heidegger, para quien la

(118) WERNER MAIHOFFER: *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtson-
tologie*, Frankfurt, 1954. Para esto en págs. 73 y sigs.

(119) Como denominación genérica preferible a «filosofía de la existencia» y, por supuesto, a «existencialismo», que, en último término, sólo cuadra a SAR-
TRE y, en otro plano, a ciertas confusas representaciones populares que tienen que
ver con la historia de las costumbres y de los usos, a veces de las creencias, pero
no con la filosofía. Que en la ontología de HEIDEGGER la «analítica de la existencia»
sólo tiene una función «preparatoria», metodológica si se quiere, pero no de fi-
nalidad, es una constatación tan elemental como evidente a la vista de los textos.

(120) W. MAIHOFFER: *Recht und Sein*, pág. 22.

existencia es en cada caso *mía*, etc., y excluyente por tanto de la «ley pública» del Derecho, sino también en K. Jaspers y en Sartre. Para Jaspers «las leyes del Derecho (son), por así decir, mecánicas y muertas; dicen siempre lo mismo y significan, cuando son seguidas, la calculabilidad de la conducta» (121). Mas el hombre entra en la existencia sólo en tanto arriesga la excepción: lo que con conocida expresión llama «experiencia de la situación límite» y el existir son para él lo mismo. La regularidad de la regla jurídica estaría excluida de ello. Sartre, por su parte, piensa que «nous sommes une liberté qui choisit mais nous ne choisissons pas d'être libres: nous sommes condamnés a la liberté...» (122). Sin embargo, en ello mismo reside la «alienación»: «... mais venir au monde comme liberté en face des autres, c'est venir au monde comme aliénable» (123). Esta «alienación sólo puede dar los «límites externos» de la situación y, por tanto, de la libertad: lo que en cada caso haya que hacer no lo puede determinar una ley general *a priori*, sino una «moral concreta» de la situación concreta. Aunque Sartre desconfía de los términos «existencia propia» e «impropia» de Heidegger por su contenido moral implícito (124), es evidente en ambos una cierta equiparación entre «enajenamiento» y «esfera pública». En la «filosofía existencial», en general, se da, pues, una situación paradójica respecto del Derecho, y al mismo tiempo ilustrativa: mientras, el Derecho como estructura pública es desterrado de la esfera de la «propiedad» de la existencia, debe encontrarse en esa filosofía la posibilidad de plantear la pregunta por el ser del mismo.

A pesar de todo lo dicho, intenta preparar Maihofer en la citada obra —con gran seriedad filosófica—, apoyándose exclusivamente en Heidegger, una analítica ontológica del Derecho. Para ello introduce, frente al «ser sí mismo» de la «existencia propia», en el sentido de Heidegger, un nuevo momento desconocido por éste: «la "propiedad" del ser social». En el *ser como* hermano, hijo, amigo, etc. se da también una posible «propiedad» y una posible «impropiedad». Mientras la filosofía existencial sostiene que todo ser juntamente con otro, se realiza cotidianamente en el modo de la «impropiedad», descubre

(121) KARL JASPERS: *Philosophie*, 1921. Citado por MAIHOFFER: op. cit., pág. 19.

(122) J.-P. SARTRE: *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, 46.^a ed. Paris, 1955, pág. 565.

(123) *Ibíd.*, pág. 609.

(124) Cfr. op. cit., pág. 614, también en pág. 307.

Maihofer aquí un segundo tipo de «propiedad»: aquella de otro tipo completamente distinto de ser (frente al ser «sí mismo»), el ser como rey o sacerdote, como general o soldado, como marido o mujer, como hijo o padre» (125). «Un "ser-en-el-mundo" es sólo posible como "ser sí mismo" en el ser como» (Alssein) (126). En cuanto cada cual es esto o aquello, en cuanto *es como* padre, hijo, ciudadano, etc., se somete a exigencias y recibe la asistencia del Derecho.

El Derecho es algo así como la proyección, el aseguramiento y el afianzamiento de la «propiedad» del *ser como*. «Pero con ello el Derecho se convierte al mismo tiempo en la condición de posibilidad de *ser sí mismo* en el *ser como*» (127). Esta estructura del *ser como* (Alssein), y su «dialéctica existencial» respecto del «ser sí mismo», es, pues, el punto que podría ser de partida para una analítica ontológica del Derecho al hilo de la filosofía existencial.

No es aquí el lugar para desarrollar esta y algunas otras tentativas similares y para tomar posición respecto de ellas. A este tema habrá que consagrar un estudio especial que suprima las generalidades que aquí deben deslizarse forzosamente, dada la necesidad de mostrar la *línea* de desarrollo de la problemática y de su posible replanteo.

Por otra parte, los medios bibliográficos que en este terreno están presentes son todavía muy escasos y, si exceptuamos el citado libro de Maihofer y algunas investigaciones de Erich Fechner (incluidas en su *Rechtsphilosophie*), de muy poco significado ontológico-filosófico (128).

(125) MAIHOFFER: *Recht und Sein*, pág. 31. También allí la cita anterior.

(126) *Ibid.*, pág. 114.

(127) *Ibid.*, pág. 121.

(128) El significado de la filosofía existencial para la problemática del Derecho está, pues, todavía por determinarse. Merece citarse, además de MAIHOFFER, ERICH FECHNER: «*Naturrecht und Existenzphilosophie*», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1955 (XLI/3), págs. 305-325. Resultados de este artículo (a su vez nacido de una conferencia de 1954) fueron reelaborados, considerablemente ampliados e incluidos en su *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956 (esp. parte G: «*Die rechtsphilosophische Grundfrage und die Existenzphilosophie*», págs. 223 y siguientes). Aunque un tanto en la línea de JASPERS, como sostiene E. WOLF, la actitud de FECHNER es amplia y abierta. En el mismo artículo cita FECHNER: FRIEDRICH AUGUST VON DER HEYDTE: «*Existentialphilosophie und Naturrecht*», en *Stimmen der Zeit*, 1948-49 (vol. 143), págs. 185 y sigs. (El autor quiere hacer aquí una investigación desde el punto de vista cristiano; pero permanece en generalidades y, además, extiende tanto el concepto de filosofía existencial —hasta incluir en ella, por ejemplo, a AGUSTÍN y PASCAL—, que no es posible aprovechar gran cosa

Las investigaciones de Fechner son, por cierto, de gran valor, no sólo porque muestra que «la lejanía entre Derecho y existencia es sólo aparente» (129) y porque descubre que el Derecho más que con el útil en el sentido de Heidegger tiene parentesco con el lenguaje (es decir con la estructura del *Dasein*) (130), sino también porque, valiéndose de elementos de todos los autores y del carácter existencial de la decisión, gana una nueva posición respecto del «Derecho natural»; no se trata más de un «Derecho natural» de contenido inmutable dado, ni de un «Derecho natural» de «contenido cambiante» (Stammmler), sino de un «Derecho natural» de «contenido evolucionante» (*mit werdendem Inhalt*), en que el hombre, con la «osadía de la decisión», tiene participación insustituible; de un «Derecho natural» «que es subjetivo en su origen y objetivo en su meta» (131).

Pese, pues, a la parquedad de los estudios en el terreno de una

sistemáticamente. Su trabajo toma en cuenta ciertos importantes elementos de aquella filosofía (libertad, decisión, conciencia, etc.), pero el valor filosófico del mismo es mínimo.) HANS WELZEL: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951. (En el capítulo final de esta conocida obra toma W. posición muy crítica respecto de la significación de la filosofía existencial para el Derecho y recalca el carácter de extrañeza entre aquélla y éste.) JOHANNES THYSSSEN: «Staat und Recht in der Existenzphilosophie», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1954 (XLI/1). (Los problemas de la filosofía del Derecho y del Estado se tratan aquí con agudeza en conexión con la filosofía de JASPERS.)

En su *Rechtsphilosophie* (págs. 224 y sigs., nota 4) agrega FECHNER a esta bibliografía algunas otras referencias. FECHNER sostiene que a pesar de las diferencias de posiciones, la filosofía del Derecho tiende a aprovechar dos puntos de la filosofía existencial: la situación extrema de la *decisión* y el *punto de partida ontológico*.

El trabajo de WEISCHEDEL que estudiamos anteriormente (*Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956) contiene una parte final que —sin adherir expresamente a ningún pensador— muestra la clara influencia de HEIDECCKER. Por un lado, la historicidad señala el «lugar» ontológico del Derecho; por otro, la «osadía de nuevas decisiones» puede ser la fuente del mismo. Dentro de la brevedad de este trabajo están contenidos una considerable cantidad de pensamientos de verdadero valor filosófico y ontológico, cuya elaboración sería seguramente muy fructífera.

Como previsión, hay que nombrar, por último, un libro, sin ningún valor filosófico, en nivel de bachillerato, de GEORG COHN, con el comercial título *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955, y en el que ni siquiera se habla del tema del título.

(129) E. FECHNER: «Naturrecht und Existenzphilosophie», en *Archiv...*, pág. 308.

(130) Cfr. FECHNER: *Rechtsphilosophie*, pág. 230.

(131) *Ibid.*, pág. 261.

analítica del Derecho desde el punto de vista de la filosofía existencial, no puede desconocerse que en ese ámbito se hace posible una notable radicalización de la problemática. Nuestra investigación debe quedar, sin embargo, troncada aquí. Se trataba de mostrar la posibilidad de replantear una problemática en un nuevo *horizonte*: el replanteo mismo y su elaboración exigen, como dijimos, los límites de un nuevo y propio trabajo.

A. ORLANDO PUGLIESE

Friburgo/Bresgovia, junio de 1957.