

XXV. EL RENACIMIENTO DE LA FILOSOFÍA MATERIAL DEL DERECHO

§ 1. *El relativismo filosófico jurídico y su superación*

a) *Radbruch, Laun, Coing*

Bibliografía: EMIL LASK, *Rechtsphilosophie*, en: *Festschrift für Kuno Fischer* (1905). — MÜNCH, *Recht und Kultur* (1918). — KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (3^a edición, 1923). — E. MAYER, *Rechtsphilosophie* (2^a edición, 1926). — WILHELM SAUER, *System der Rechts- und Sozialphilosophie* (2^a edición, 1949). — RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1^a edición, 1914); y *Rechtsphilosophie* (1950). — LAUN, *Recht und Sittlichkeit* (1924); y *Der Satz vom Grunde* (2^a edición, 1956). — COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts* (1947); y *Rechtsphilosophie* (1949). — STILLER, *Die Auswirkungen der materialen Wertethik im Recht der Gegenwart* (1955). — FECHNER, *Rechtsphilosophie* (1956). — VERDROSS, *Die Erneuerung der materialen Rechtsphilosophie*, en: *Festschrift für Schweizerisches Recht* (1957), vol. LXXVI, pp. 181-213.

EMIL LASK (1875-1915) es el pensador que efectuó la primera aplicación de la filosofía de los valores de la Escuela sudoccidental alemana a la filosofía del derecho (ver p. 309). Según él la misión de la filosofía del derecho es calificar valorativamente al derecho positivo, en tanto la ciencia del derecho es una disciplina empírica, cuya tarea consiste en interpretar el ordenamiento positivo emanado del legislador. Dentro de esta misma corriente, Max Ernst Mayer sostuvo que los ideales jurídicos son parte de los ideales culturales de cada época. Ernst Münch, Josef Kohler y Wilhelm Sauer consideraron asimismo a la filosofía del derecho como una rama de la filosofía de la cultura.

Gustav Radbruch (1878-1949) compartió y defendió las ideas de Rickert: según él — el derecho es una realidad “que aspira hacia la idea del derecho... La idea del derecho es el valor, el derecho es la realidad referida al valor”. En otro pasaje de sus obras, Radbruch definió al derecho diciendo que es “la realidad cuyo sentido consiste en servir al valor jurídico o idea del derecho. El concepto del derecho queda así referido a la idea del derecho”.¹

En la filosofía del derecho de Radbruch es necesario distinguir dos etapas: antes de la Segunda Guerra Mundial afirmó que los hombres podíamos adoptar tres posiciones filosófico-jurídicas fundamentales: primeramente, se podía escoger como punto de partida al individuo y considerar entonces al derecho como un medio al servicio del desenvolvimiento ético de la personalidad humana; en segundo lugar, se podía contemplar a la sociedad como el valor supremo y, en consecuencia, destinar el derecho a su servicio; finalmente, era posible una concepción transpersonalista, según la cual el derecho sería un medio para la realización de valores culturales objetivos. El ilustre profesor de la Universidad de Heidelberg agregó que la ciencia no nos ayuda a decidirnos por ninguna de las tres concepciones valorativas; la misión de la ciencia es posterior a la decisión y se reduce a enseñarnos las normas que debemos adoptar y seguir para alcanzar el valor seleccionado. Pero —concluye— es absolutamente imposible comprobar o criticar científicamente cualquiera de las tres posturas.

Las tres concepciones del supremo valor no sólo se apartan cada una de las otras, sino que son contradictorias entre sí. Sin embargo, hay un punto coincidente —explica el profesor Radbruch—, pues cualquiera que sea la solución que se adopte, el derecho positivo aparecerá como una norma obligatoria; más aún, la concepción relativista de los valores, según la cual la supremacía de alguno de ellos no es comprobable por la ciencia, conduce al reconocimiento de la necesidad y obligatoriedad del derecho positivo: “Si suponemos —escribe el filósofo del relativismo jurídico— que el fin supremo del derecho se puede determinar científicamente, tendremos que aceptar la conclusión de que frente a este derecho natural descubierto por la ciencia debe ceder cualquier derecho positivo que se le opusiera, de la misma manera que el error puesto de relieve por la razón cede ante la

¹ *Rechtsphilosophie*, pp. 118 y 123.

verdad; admitida la hipótesis, no es posible concebir justificación alguna en favor de la validez de un ordenamiento cuya injusticia ha sido comprobada por la ciencia... pero si consideramos —según lo que llevamos expuesto— que es inadmisible la hipótesis de un derecho natural científicamente comprobado, tendremos que admitir que la función hipotéticamente atribuida a ese pretendido derecho natural debe cumplirse por la voluntad y el poder. Si nadie puede establecer qué sea lo justo en sí, debe alguien fijar qué sea lo jurídico.”² Esta decisión —continúa explicando Radbruch— no puede dejarse en manos de los hombres particulares, pues éstos podrían introducir normas contradictorias; por tanto, la formulación del derecho tiene que efectuarse por una instancia supraindividual. Ahora bien, una instancia de esta naturaleza presupone el gobierno de aquellas personas que están en aptitud de imponer sus decisiones y lograr que obtengan una efectividad normal. Mediante estas explicaciones, el relativismo de Radbruch concluye en la obligatoriedad del derecho positivo; pero esta conclusión implica, a su vez, que cualquiera que sea el valor supremo escogido, el derecho positivo es reconocido como un valor objetivo. Radbruch mismo ratificó esta conclusión, acuñándola en la siguiente fórmula: “La seguridad jurídica priva sobre la justicia.” Sin duda, el derecho es un ordenamiento social al servicio de la justicia, pues su finalidad última es siempre lo justo; pero el fin inmediato y actual del derecho es la seguridad jurídica, esto es, el fin inmediato del derecho es la creación de un cierto orden supraindividual, capaz de resolver efectiva y prácticamente las controversias que se susciten por la diversidad de pareceres de los hombres. Entre los dos valores jurídicos se da esta otra diferencia: la finalidad mediata del derecho, realización de la justicia, se cumple cuando el contenido de las normas jurídicas positivas coincide con lo justo, en tanto su finalidad inmediata, creación de la seguridad jurídica, se cumple mediante su efectividad. Pero —agregamos por nuestra cuenta— si el principio básico “la seguridad priva sobre la justicia” vale para las tres concepciones valorativas anteriormente descritas, dicho principio resulta elevado a la categoría de un valor jurídico objetivamente demostrable, lo que a su vez implica la superación del relativismo de Radbruch.

² *Rechtsphilosophie*, p. 179.

En la segunda fase de la evolución de su pensamiento, Radbruch, a quien tocó vivir el increíble abuso de las formas jurídicas para ocultar actos de fuerza inhumanos, sometió a una revisión crítica su propia concepción relativista. Después de la Segunda Guerra Mundial escribió las siguientes palabras: "Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de ser justo, cuando desconocen arbitrariamente los derechos de los hombres, en tales hipótesis, falta a la ley toda justificación . . . , en esos casos, los juristas deben tener el valor de negarles el carácter de normas jurídicas." En otro párrafo añadió: "Si algunas leyes son de tal manera injustas y perjudiciales a la comunidad, ha de ser posible negar su validez, mejor aún, desconocer su naturaleza de normas jurídicas . . . Existen, en consecuencia, principios jurídicos fundamentales, más poderosos que cualquier regulación legal; la ley que los contradiga carecerá totalmente de validez. A estos principios se les da el nombre de derecho natural o derecho racional. Es verdad que en sus manifestaciones particulares aquellos principios fundamentales están envueltos por diversas dudas, pero el trabajo de los siglos proporciona un material suficientemente firme, que ha recibido una confirmación universal en las declaraciones de derechos y en la idea de los derechos del hombre; por lo que solamente un *escepticismo intencionado* puede ponerlos en duda."³ Y todavía agregó el insigne penalista y filósofo del derecho: "Ahí donde no se aspira a la justicia, ahí donde la igualdad que constituye el corazón de lo justo es desconocida conscientemente en la creación del derecho positivo, la ley así impuesta no solamente es un derecho injusto, sino que más bien carece de la esencia de lo jurídico." Y para concluir, expresó: "La supuesta legalidad propia del derecho que deriva del positivismo jurídico desemboca . . . necesariamente en la posibilidad del Estado totalitario y de sus leyes. De hecho, el positivismo, con su convicción 'la ley es ley', dejó totalmente indefensos a los juristas alemanes en contra de las leyes arbitrarias de contenido criminal. El positivismo no puede por sí mismo fundar la validez de las leyes . . . , la fuerza puede ser la base para un *tener que ser* (*müssen*), nunca para un *deber ser* (*sollen*). El deber ser puede únicamente fundarse en un valor inmanente a la ley."⁴

³ *Rechtsphilosophie*, p. 336.

⁴ *Ibidem*, pp. 337 y 352.

En esta segunda etapa de su pensamiento, Radbruch se aproximó a las ideas del filósofo austriaco del derecho, profesor en la Universidad de Hamburgo, Rudolf Laun: en su discurso rectoral de 1924, *Derecho y moral*, Laun hizo notar que la amenaza del empleo de la fuerza puede conducir a un "tener que ser condicionado", pero nunca a un "deber ser imperativo"; sin embargo, mientras el profesor de la Universidad de Heidelberg continuó sosteniendo en la segunda etapa de su pensamiento que la seguridad jurídica es el valor fundamental, salvo que "la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un grado tal de insoporabilidad que determine que la ley, como 'derecho injusto', deba ceder ante la justicia",⁵ Laun fue más lejos, pues en el discurso citado admitió únicamente como normas jurídicas obligatorias aquellas que coincidan con el sentimiento de los hombres; con esta solución, Laun borró la diferenciación entre el derecho y la moral: en efecto, según el rector de la Universidad de Hamburgo, el derecho natural o derecho justo no es una tercera categoría de normas colocada entre la moral y el derecho positivo, sino que al "tener que ser condicionado" del derecho positivo se opone el "deber ser moral",⁶ que comprende dentro de sí al derecho justo.

En la última de sus obras, *El principio fundamental*,⁷ escribió Laun que "la ley moral sólo puede deducirse inductivamente de las vivencias del deber ser, cambiantes de individuo a individuo, de pueblo a pueblo y de una a otra épocas históricas". Laun —según se desprende de este párrafo— permaneció anclado en el relativismo jurídico, diferenciándose así del último pensamiento de Radbruch.

Dentro de la filosofía de los valores, Helmut Coing (nacido en 1912) consumó la superación del relativismo jurídico de una manera completa: en armonía con el pensamiento de Max Scheler y Nicolai Hartmann, Coing reconoció la existencia de un mundo objetivo de valores ideales, que puede ser descubierto por nuestra propia experiencia de los valores. El análisis nos revela contenidos ideales concretos, que son precisamente los que constituyen los

⁵ *Rechtsphilosophie*, pp. 336 y 353.

⁶ Consultese, además, el segundo discurso rectoral de LAUN, *Der dauernde Friede* (2^a edición, 1950); y *Naturrecht und Völkerrecht*, en: *Jahrbuch für Internationales Recht* (1952-1953), vol. IV.

⁷ LAUN, *Der Satz vom Grunde* (2^a edición), p. 300.

valores; su existencia, por tanto, no depende de la conciencia que los capta.⁸ Uno de los elementos de este mundo de los valores es la idea del derecho, que se define como "la exigencia moral que puede alcanzar su realización en el derecho". En el centro de ella se encuentran "la justicia y la dignidad personal del hombre. La justicia nos remite a la naturaleza de las cosas, por lo que el orden del ser, en la medida en que es cognoscible al hombre, penetra . . . en la idea del derecho".

La justicia, primero de los dos valores mencionados, prescribe que todos los hombres sean tratados como iguales y, consecuentemente, se opone a la arbitrariedad y al capricho: a cada prestación debe corresponder una contraprestación y al acto delictuoso la expiación y la reparación. Un tratamiento desigual es únicamente lícito cuando lo exijan la naturaleza de las prestaciones o las circunstancias del caso, esto es, debe estar fundado objetivamente.

El contenido del derecho —explica Coing— surge de la naturaleza del hombre y del medio que le rodea. De ahí que los caracteres y disposiciones del hombre, en cuanto ente formado de cuerpo y espíritu, ejerzan una influencia determinante sobre todas las manifestaciones jurídicas: la dignidad y la libertad del hombre son valores absolutos que están sobre el derecho.⁹ De estas dos ideas derivan, por una parte, los principios de la responsabilidad del hombre y del respeto a su dignidad y, por otra, la preservación de la dignidad humana por el Estado, sin que pueda aducirse en contra de esta última proposición la idea llamada de la razón de Estado.

Igualmente importante es el medio que rodea al hombre, como, a ejemplo, la diferencia existente entre las cosas estáticas y los semovientes y la necesidad de la división del trabajo. Claro está que la naturaleza de las cosas no determina la manera concreta de ser del orden jurídico, pero sí contiene algunos elementos ordenadores, pues la materia del orden jurídico no es una masa informe, sino que se compone de ciertas estructuras básicas que deben ser tenidas en consideración por el derecho.

El derecho regula la vida en común de los hombres y, en consecuencia, está regido por aquellos valores que surgen de la convivencia humana: a ellos pertenecen la confianza, la lealtad

⁸ *Rechtsphilosophie*, pp. 106 y ss.

⁹ *Ibidem*, p. 136.

a la palabra dada y la veracidad, que prohíbe el engaño; por encima de este grupo de valores está la fidelidad, cuya influencia se manifiesta sobre todo en aquellas relaciones que se refieren a la persona como un todo, tal es el caso del matrimonio. Coing concluye estas explicaciones con las siguientes frases: "La justicia y la dignidad humana, la fidelidad y la confianza, son los valores éticos fundamentales que forman el contenido de la idea del derecho."¹⁰ Pero el filósofo de que nos venimos ocupando piensa —según indicamos anteriormente— que la idea del derecho sólo nos es cognoscible en fragmentos, si bien es igualmente cierto que nuestra conciencia de los valores se ratifica y amplía en la historia; de ahí que cuando se alcanza un grado determinado en la escala de lo ético, no pueda ser nuevamente abandonado: "El ascenso en la escala de los valores es irreversible, por lo que el grado alcanzado en un momento determinado en la evolución cultural se convierte en el fundamento ineludible del orden jurídico."¹¹

Coing distingue entre la idea del derecho y el derecho natural: aquélla es el fin que debe realizar el derecho, en tanto el derecho natural es "el marco dentro del que debe moverse el ordenamiento jurídico para satisfacer las exigencias éticas de la idea del derecho".

De lo expuesto en los párrafos anteriores se deduce fácilmente que el distinguido catedrático de la Universidad de Frankfurt am Main unió la filosofía de los valores con la doctrina del derecho natural, cuya legitimidad ha sido reconocida una vez más por nuestro siglo: la posibilidad del derecho natural descansa —según el pensamiento de Coing— en el hecho de que los contenidos de la vida humana revelan determinadas características típicas, que se repiten una y otra vez. Al llegar a este punto de su doctrina, Coing introdujo una nueva distinción entre los principios fundamentales del derecho natural que poseen validez universal y aquellos otros que son únicamente válidos dentro de un período determinado de la cultura humana: los primeros descansan en el hecho de que en la naturaleza humana existen algunas estructuras básicas generales, y en la circunstancia de que en el medio que rodea al hombre se dan ciertos factores

¹⁰ *Rechtsphilosophie*, p. 147.

¹¹ *Ibidem*. p. 137.

constantes, en tanto los segundos se fundan en las relaciones humanas particulares de cada época.

El núcleo del derecho natural está representado por los "derechos del hombre"; son los principios que se deducen de la exigencia de salvaguardar la dignidad humana. Estos derechos pueden ser restringidos en determinadas circunstancias, pero nunca suprimidos.¹²

Coing recogió la doctrina aristotélica que divide a la justicia en conmutativa y distributiva, pero agregó un concepto más, el de la justicia protectora (*iustitia protectiva*), cuya aplicación se logra en el Estado de derecho. Los principios esenciales de esta tercera forma de la justicia, son: 1) Ningún poder debe ir más allá del fin al que está destinado. 2) Cada poder está limitado por los derechos fundamentales del hombre. 3) El titular del poder, en sus relaciones con los gobernados, está obligado a respetar el principio de la buena fe. 4) Cada poder debe estar sujeto a un control.¹³

A los principios fundamentales de la justicia pertenecen también —de conformidad con el pensamiento de Coing— las normas supremas del proceso, tales como la independencia de los jueces, el ordenamiento de la prueba y la firmeza de la cosa juzgada.¹⁴

Para concluir, diremos que en las máximas de la justicia Coing elaboró un sistema de normas fundamentales del derecho natural, que sin duda alguna sobrepasa a las anteriores exposiciones jus-naturalistas.

b) *Del Vecchio*

Bibliografía: CASTIGLIA, *L'opera di Del Vecchio e la rinascita del idealismo in Italia* (1932). — DARMSTAEDTER, *Einführung in die zweite Auflage des Werkes von Del Vecchio; y Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1951).

La renovación de la filosofía italiana del derecho tiene su fuente en Giorgio del Vecchio: este distinguido escritor combinó el método genético para el conocimiento de lo jurídico con la fenomenología y con la idea del derecho. Desde este punto de

¹² *Rechtsphilosophie*, p. 179.

¹³ *Ibidem*, pp. 184-186.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 198 y ss.

vista, está bastante próximo a Krause (ver p. 277), quien ya había hecho notar que al derecho pertenece no sólo una esencia (*essentia*), sino también una existencia (*existentia*). Por tanto, no es suficiente la investigación respecto de la esencia de lo jurídico, ya que es además indispensable el conocimiento de su historia. Ahora bien, como la realidad histórica y la idea del derecho no coinciden plenamente, Del Vecchio creyó necesario distinguir entre el concepto y la idea del derecho: esta última, que es idéntica al derecho natural o derecho racional, es, ante todo, un principio regulador, pues proporciona la medida que debe usarse para valorar al derecho positivo, pero también es un principio constitutivo, ya que posee una realidad más profunda de la que corresponde al derecho positivo, y si bien se encuentra a veces oculta, aparece constantemente dentro de la figura del orden jurídico positivo. La filosofía del derecho debe ser, en consecuencia, una *philosophia militans*.

c) Julius Moór

Bibliografía: HORVÁTH, Julius Moór, en: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1952), vol. iv, p. 385.

El filósofo húngaro del derecho, Julius Moór (1880-1950), alumno del ya citado Felix Somló (ver p. 284), está unido al neo-kantismo de la Escuela sudoccidental alemana y a la doctrina de Nicolai Hartmann sobre la existencia de un mundo ideal de valores. En oposición a la "teoría pura del derecho", Moór hizo notar que el derecho no se compone puramente de normas, sino que en él se incrustan diversas formaciones culturales. Por otra parte, el derecho existe en relación indisoluble con la realidad, por lo que no puede consistir en una regulación cualquiera; por el contrario, el orden jurídico está limitado por principios lógicos, psicológicos, sociológicos y éticos. Por este camino, Moór llegó, cuando menos, al reconocimiento de un derecho natural negativo.¹⁵

¹⁵ MOÓR, *Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz*, en: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1940), vol. xx, pp. 20-37; *Recht und Gesellschaft*, *Ibidem* (1941), vol. xxI, pp. 537-565; y *Das Problem der Rechtsphilosophie* (1945), en idioma húngaro.

§ 2. El neo-escolasticismo jurídico

Bibliografía: CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht* (1^a edición, 1901; 2^a edición, 1909). — CHARMONT, *La renaissance du droit naturel* (1910). — CASTELEIN, *Le droit naturel* (2^a edición, 1912). — LE FUR, *Les grands problèmes du droit* (1917). — HÖLSCHER, *Sittliche Rechtslehre* (1928). — DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif* (1929). — PETRASCHEK, *System der Rechtsphilosophie* (1933). — ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (1936). — MARITAIN, *Humanisme intégral* (1936); y *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (1942). — MANSER, *Das Naturrecht in thomistischer Schau* (1944). — MESSNER, *Das Naturrecht* (1950). — FUNK, *Primat des Naturrechts* (1952). — FUCHS, *Lex naturæ* (1955).

En sus orígenes, el neo-escolasticismo jurídico, como en general el neo-escolasticismo filosófico, se orientó principalmente hacia los estudios de historia de la filosofía del derecho. Dentro de esta dirección, conviene recordar ante todo los ya citados trabajos de Grabmann, Lottin y Linhardt, cuyo incuestionable mérito consiste en haber revivido la filosofía antigua y medieval, tan duramente criticada en los siglos modernos. Al lado de estos pensadores se encuentran otros que ahondaron y completaron la filosofía cristiana del derecho.

Hasta donde alcanzan mis conocimientos — el primer trabajo independiente dentro de esta nueva tendencia es el libro de Victor Cathrein (1845-1931), citado en la bibliografía: es un estudio, rico en contenidos, en el que por vez primera se hizo un análisis crítico del positivismo jurídico. En armonía con la filosofía del derecho antigua y medieval, Cathrein llegó a la conclusión de que el término 'derecho' significa, en un sentido objetivo, "las leyes que se refieren a la conducta recíproca de los hombres y que prescriben dar lo suyo a cada uno de los miembros de la comunidad y a esta misma".¹⁶ En consecuencia, el contenido del derecho es lo mío y lo tuyo, en la inteligencia

¹⁶ CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, p. 133. Esta y las siguientes notas se refieren a la primera edición de la obra, única que pude consultar.

de que el término 'lo suyo', quiere decir, lo que está ordenado a una persona o destinado a su utilidad.¹⁷

La ordenación de un bien a una persona (individuo o sociedad) puede resultar, no solamente de las leyes dictadas por el Estado, sino también en virtud de "aquellas leyes que valen por la naturaleza misma, independientemente de su promulgación por el legislador o del convenio de los hombres y que, por otra parte, son de hecho reconocidas por el hombre, pues constituyen los presupuestos incluidos de cada comunidad humana organizada y aun del mismo derecho positivo".¹⁸ Para lograr el conocimiento de estas leyes naturales es suficiente un análisis de la naturaleza humana: "Qué sea la naturaleza humana y qué es lo que esencialmente le pertenece, podemos conocerlo a través de la experiencia diaria. De la misma manera que sabemos por la experiencia lo que es un caballo, una flor, un cristal, etcétera, lo mismo y en grado todavía más alto, pues aquí nos ayuda poderosamente la experiencia interna, podemos también saber lo que es el hombre. Por el camino de la experiencia llegamos al conocimiento de que el hombre es un ser compuesto de cuerpo y alma, sensible y racional. Es el microcosmos en el que se hallan reunidos todos los seres de la creación: con los seres inorgánicos, participa de todo lo que es propio a la materia, con sus propiedades físicas y químicas y con su fuerza; tiene de común con las plantas la vida vegetativa de la nutrición y de la reproducción; y con los animales, el conocimiento sensible y los impulsos instintivos. Todo esto no es, sin embargo, más que el tejido artístico de la joya celestial del alma dotada de razón y de libre voluntad, que eleva al hombre a señor de la creación visible. El orden maravilloso en que están dispuestos los órganos grandes y pequeños del hombre, que supera a todo el arte humano, y más aún, la admirable armonía con que todos esos numerosos y artísticos órganos cooperan a formar, sostener, perfeccionar y reproducir

¹⁷ Compárese el siguiente párrafo de Santo Tomás de Aquino: "Se designa como lo 'suyo', en relación con una persona, aquello que le está ordenado o destinado a su 'yo', en relación con una persona, aquello que le está ordenado o destinado a su utilidad." — Compárese también la fórmula de Kant: "Lo jurídicamente mío (*meum iuris*) es aquello a lo que estoy de tal manera unido, que el uso que quisiera hacer otro de él sin mi voluntad, me causaría un daño."

¹⁸ CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, p. 133.

al hombre, demuestran con sobrada evidencia que éste no es la obra de una causalidad ciega, sino la creación de una inteligencia todopoderosa y omnisciente. Además, las actividades de la razón humana, capaz de conocer tantas cosas inaccesibles a los sentidos corporales, como los conceptos supremos del ser y de la verdad, los principios universales del pensamiento, y la tendencia de la voluntad hacia la verdad, la felicidad, la belleza y el bien, y a una soberanía cada vez más grande sobre toda la naturaleza, no dejan duda alguna de que el hombre no es un simple animal perfeccionado y de que su razón no deriva de la tierra, sino del cielo, como un débil destello de la sabiduría, del poder y del bien eternos. El Cristianismo ha derramado abundante luz sobre estas verdades, pero ellas son también accesibles a la sola razón, tal como se desprende de los grandes filósofos de la Antigüedad, Sócrates, Platón, Aristóteles, Cicerón y otros.”¹⁹ El hombre conoce la ley natural (*derecho natural*) en la misma medida en que su razón le aclara su posición en el cosmos. De ahí que Cathrein exprese la ley moral en la siguiente fórmula: “Debes mantener el orden que te corresponde como ser racional en todas tus relaciones para con Dios, los otros hombres y contigo mismo.”²⁰

De los párrafos transcritos se deduce que —para Cathrein— la fundamentación del derecho natural depende del reconocimiento de la existencia de Dios: “Aquel que adopte la concepción monista y rechace la existencia de un Dios creador, personal y legislador del Universo, no podrá defender la idea del derecho natural. Quien acepte esta idea y tenga conciencia de lo que está afirmando, tendrá que admitir al mismo tiempo la existencia de un legislador que esté por encima de todos los hombres. Todo orden jurídico tiene sus raíces en una ley; por tanto, el derecho natural, como orden jurídico universalmente válido, presupone una ley válida universal e independiente del tiempo y del lugar; pero una ley de esta naturaleza presupone, a su vez, la existencia de un legislador universal reinando sobre todos los pueblos y Estados e independiente del tiempo y del lugar; un legislador que posea soberanía sobre la naturaleza misma y que ordene lo mismo a los seres irracionales que al hombre hacia su

¹⁹ *Recht, Naturrecht und positives Recht*, p. 131.

²⁰ *Ibidem*, p. 132.

finalidad específica. Este orden jurídico natural presupone que los seres que carecen de razón están ordenados al hombre y que éste está ordenado a la vida social, teniendo por misión servir a Dios y preparar su felicidad eterna; presupone, además, que la familia y el Estado tienen un fin prescrito por la naturaleza.”²¹

La ley jurídica natural (derecho natural) no es la totalidad del orden moral, sino tan sólo una parte de él: “Todas las leyes jurídicas naturales son leyes morales naturales, pero la proposición contraria no es exacta. Se diferencian aquellas de los restantes mandamientos de la moral (la castidad, la templanza, el amor al prójimo y la gratitud) por su materia: las leyes jurídicas ordenan dar o dejar a cada quien lo suyo.”²² “Por tanto, aunque el orden jurídico pertenece al orden moral, no es, sin embargo, sino una parte del mismo, y precisamente la parte subordinada que se conduce en una relación de medio a fin delante del restante orden moral. Directamente, por causa de sí mismo, quiere Dios la *acción moral libre*. El hombre debe *poder cumplir libremente* sus deberes para con Dios, para consigo mismo, y los deberes morales puros del amor, la templanza, la gratitud, etcétera, para con los demás. Para que esa finalidad sea alcanzada, y no solamente por uno sino por todos los que conviven en la sociedad, se requiere la delimitación de las respectivas esferas de libertad, es decir, del orden jurídico. Éste es, por consiguiente, querido por Dios, pero tan sólo como un medio para el libre cumplimiento de los deberes morales puros. Constituye, por así decirlo, el pilar fundamental del orden social, la base social necesaria sobre la que cada uno debe moldear libremente su semejanza con la divinidad.”²³

La razón —explica el filósofo neo-escolástico— no nos entrega un sistema jurídico totalmente construido; únicamente nos proporciona los principios fundamentales y las consecuencias inmediatas que de ellos se desprenden con necesidad y claridad absolutas. Por consiguiente, el derecho natural necesita completarse con el derecho positivo, lo que puede ocurrir de dos maneras principales: sea estableciendo autoritariamente, de acuerdo con las circunstancias, las consecuencias lejanas de aquellos principios

²¹ *Recht, Naturrecht und positives Recht*, p. 139 y ss.

²² *Ibidem*, p. 125.

²³ *Ibidem*, p. 177.

fundamentales, sea determinando con claridad y precisión las normas jusnaturalistas portadoras de simples lineamientos generales. El derecho positivo es además indispensable, a fin de dotar a los principios del derecho natural de una sanción social, ya que los fines del derecho, creación de la paz y el orden en cada comunidad, sólo pueden alcanzarse si es posible imponer coactivamente sus mandamientos a aquellos seres humanos que no los cumplan libremente.

Además de Cathrein, Charmont, Le Fur, Dabin, Petraschek, Rommen y Maritain se ocuparon en el estudio de los principios generales del neo-escolasticismo jurídico. Apartándose de ellos, Johannes Messner (nacido en 1891) elaboró el primer sistema completo de filosofía del derecho de nuestro tiempo con base en la concepción filosófica tomista.

Messner se propuso como tema la aplicación a las sociedades contemporáneas de las conclusiones concretas que se deducen de los principios inmutables del derecho natural; ellos indican que todos los hombres poseen el mismo grado de dignidad y, consecuentemente, unos mismos derechos: "Existe —dice el ilustre profesor de la Universidad de Viena— una constante en la existencia humana, que persiste en la evolución del hombre."²⁴ Pero Messner no tan sólo admite la presencia de numerosos factores variables que exigen una aplicación diversificada de los principios del derecho a las distintas circunstancias de tiempo y lugar, sino que también reconoce la necesidad de un progreso constante en el conocimiento de las verdades morales, pues la determinación de lo que puede ser útil a la vida de los hombres depende de la experiencia.²⁵ Esta última observación explica —dice Messner— que el intérprete del derecho natural pueda equivocarse, lo que a su vez está indicando la necesidad de analizar constantemente, con ayuda de la experiencia, qué es lo que conviene a la naturaleza humana y, en consecuencia, qué es lo que prescribe el derecho natural.

Lo útil —explica en otros párrafos de su obra el profesor vienes— no es aquello que cada uno tiene por tal, sino lo que sirve para la realización de los fines objetivos de la naturaleza

²⁴ MESSNER, *Das Naturrecht*, p. 89.

²⁵ En el mismo sentido SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I, II, quæstio 94 a, 4.5.

humana. El hombre puede conocer estos fines mediante la reflexión y meditación sobre su propia naturaleza y sus aptitudes y disposiciones. De esta idea dedujo Messner que la conducta moral del hombre es la que coincide con los fines que están prefijados en su naturaleza y en sus impulsos. El filósofo tornista denominó a estos fines objetivos "fines existenciales", pues existen en la realidad de la naturaleza humana y determinan la existencia del hombre; ellos son los que sirven de fundamento a la ética; y como fueron estampados en la naturaleza humana por Dios, resulta que el orden moral tiene su fundamento en la misma divinidad. En armonía con Cathrein, Messner insiste expresamente en que "la idea del derecho presupone la idea de un Dios personal".²⁶

Entre los fines existenciales se cuentan los siguientes: la propia conservación, el propio perfeccionamiento tanto material cuanto espiritual, la ampliación de los conocimientos y de la cultura, la procreación, la educación de los hijos, las relaciones sociales para la seguridad del orden y de la paz y para el fomento del bienestar general, el conocimiento y adoración del Dios creador, y la realización integral del ser del hombre mediante su unión con la divinidad.

En la naturaleza del hombre —expresa Messner en un párrafo de su libro— se dan no solamente los fines particulares, sino además un cierto orden entre ellos: "Las cosas materiales no son en sí mismas fines, sino medios para la conservación y fomento de la vida física; la vida, a su vez, es nuevamente un medio para lograr aquellos fines que permiten al hombre desarrollar plenamente su esencia, tales como la conservación del hogar y de la familia; el grupo familiar y la vida social son un medio más al servicio de la naturaleza humana, a efecto de que el hombre pueda alcanzar su fin supremo, que es —según la expresión aristotélica— el perfeccionamiento 'en el bien vivir'. Por tanto, en el interior de este mundo de los fines corre una relación de medio a fin, que produce una jerarquía de los medios, y que hace que el cumplimiento de cada uno de los fines existenciales esté ordenado a la realización de los fines superiores."²⁷ Si seguimos esta escala de los fines podremos, con ayuda de la experiencia,

²⁶ MESSNER, *Das Naturrecht*, p. 154.

²⁷ *Ibidem*, p. 38.

obtener el conocimiento unitario de los principios morales esenciales o supremos, que son, precisamente, los que constituyen la ley moral natural.

El hombre es un ser individual, pero también es un ente social; estos dos aspectos están indisolublemente unidos: "La naturaleza individual del hombre no podría desenvolverse sin su unión con la sociedad; pero el hombre no podría penetrar en ninguna relación social sin ser persona, quiere decir: sin constituir, con base en su naturaleza espiritual, un ente individual."²⁸ De ahí que el fin fundamental de la sociedad tenga que ser el hombre, "por cuyo motivo, el orden social se encuentra, por principio y por sobre todas las cosas, predeterminado por los fines existenciales del hombre".²⁹ "El fin de la sociedad —escribe Messner³⁰— es la ayuda que los hombres necesitan de la cooperación social en que participan para el logro de sus fines vitales (fines existenciales). Los hombres deben cumplir sus fines responsablemente, pero están por naturaleza necesitados de que la cooperación social se agregue a sus fuerzas y disposiciones. Como esta ayuda recíproca que se realiza por la cooperación de todos los miembros de la sociedad no sólo facilita, sino que es necesaria a todos y cada uno para el logro de sus fines, se la puede llamar el *bien común* o la *utilidad común* o el *bien social*. El bien común —continúa explicando Messner—, finalidad de la cooperación social, comprende dos funciones sociales principales, una negativa y otra positiva: ante todo, la cooperación social debe crear los presupuestos adecuados para la posibilidad de la convivencia de los hombres; a ellos pertenece la garantía que debe otorgarse a cada persona de que no será estorbada por los demás hombres en el cumplimiento de su misión; la cooperación de todos los miembros de la sociedad es indispensable para evitar los posibles ataques a la esfera de acción de los particulares; por tanto, la primera gran función de la sociedad es la creación de un orden externo para la convivencia humana; es una función negativa que se cumple mediante el poder coactivo del derecho. Sin embargo, la garantía de la libertad individual por medio del derecho no es la única tarea de la sociedad, según sostuvo el individua-

²⁸ *Das Naturrecht*, p. 110.

²⁹ *Ibidem*, p. 116.

³⁰ *Ibidem*, p. 129.

lismo: la acción social es también indispensable a efecto de que el hombre pueda alcanzar sus propios fines existenciales; así, a ejemplo, el perfeccionamiento del individuo por la cultura está condicionado a la efectividad de la cooperación social. En consecuencia, la segunda gran función de la sociedad es la seguridad del bienestar económico y cultural de sus miembros, resultado del fomento de la cooperación social.”³¹

Al mismo tiempo que la sociedad, nace el derecho. El orden jurídico otorga a cada persona una pretensión a una cierta conducta de los otros miembros de la comunidad, bajo la amenaza de la coacción: “Un derecho es el poder otorgado y garantizado a una persona por la sociedad para hacer o poseer algo sin ser molestado por los demás y para exigir de otros una determinada conducta. Los derechos otorgan esferas de acción o conceden autonomía para que sus titulares puedan actuar sin ser estorbados por los restantes miembros de la comunidad y realicen responsablemente sus fines existenciales. En consecuencia, el elemento social es parte integrante del concepto del derecho, y la convivencia y cooperación humana encuentran en él su fundamento y ordenación. Este orden, a su vez, tiene preestablecidas sus raíces en el orden finalista que corresponde a la naturaleza humana . . . En los fines individuales están indisolublemente unidos un aspecto individual y otro general: ellos determinan, por una parte, la responsabilidad de cada persona, y por otra, y precisamente porque se trata de los fines existenciales de la naturaleza humana, son unos mismos para todos los hombres; de lo que se deduce que el respeto a la naturaleza y a los fines existenciales —idénticos en todos los hombres— es indispensable para que cada persona pueda orientar su conducta a la realización de sus propios fines existenciales . . . Los fines existenciales del hombre y de la sociedad presuponen, en uno y en otra, un poder pleno y ausente de obstáculos para su cumplimiento, pero implican, a la vez, el deber de respetar el mismo poder ahí donde exista.”³²

De conformidad con lo que llevamos expuesto, la ley jurídica natural puede caracterizarse como “el ordenamiento de las relaciones sociales con vista a los fines existenciales del hombre”.³³

³¹ *Das Naturrecht*, p. 130.

³² *Ibidem*, p. 156.

³³ *Ibidem*, p. 161.

Pero la ley jurídica natural contiene únicamente los principios generales: "No es en manera alguna un código detallado o un sistema jurídico válido para todos los tiempos; comprende los principios aplicables a aquellos deberes jurídicos particulares que se refieren a las condiciones generales de vida, por lo que sus normas son los lineamientos generales del orden social."³⁴ Pero como la vida social está en un devenir constante, el derecho se actualiza en formas históricas variables; por tanto y de conformidad con las circunstancias cambiantes, son convenientes y útiles diversos ordenamientos. Y no solamente el derecho, sino que la misma conciencia jurídica se transforma: "Las ideas jurídicas que en nuestros días poseen perfiles bien definidos y que resultan inatacables, se han venido formando en el correr de los siglos y fueron, en sus orígenes, concepciones jurídicas vagas e inciertas."³⁵ Sin duda, la conciencia jurídica humana no surgió de la "nada", según las afirmaciones de la "teoría jurídica evolutiva": "En el origen de la evolución de nuestra conciencia está el principio apriorístico de que *lo injusto no es derecho*, esto es, en el origen de la evolución somos moralmente conscientes de los principios jurídicos fundamentales; y este conocimiento apriorístico es y permanece inmutable."³⁶

"No obstante que el derecho natural se compone de principios generales que deberán aplicarse a las relaciones realmente existentes, estos principios son, sin embargo, suficientemente precisos, de tal manera que constituyen una orientación firme para la creación del orden social."³⁷ Los principios fundamentales del derecho natural —explica Messner— se articulan en dos grandes grupos: el primero tiene como materia los derechos humanos que deben ser necesariamente protegidos; el segundo atribuye a la autoridad social la tarea de ayudar a los miembros de la comunidad a cumplir sus fines existenciales, fomentando el bien común: "El derecho contiene un elemento pragmático pleno de contenido. La pregunta respecto a la conveniencia y utilidad de una institución jurídica depende materialmente de la preferencia que la sociedad otorgue a determinados valores y está condicionada técnicamente por la necesidad de la unidad interna del

³⁴ *Das Naturrecht*, p. 161.

³⁵ *Ibidem*, p. 173.

³⁶ *Ibidem*, p. 174.

³⁷ *Ibidem*, p. 193.

orden jurídico. Desde este punto de vista y puesto que en cada sociedad humana es inevitable la existencia de las más disímiles opiniones respecto de la preferencia que deba otorgarse a los diferentes valores y a las medidas adecuadas para su mejor realización, dentro del concepto de poder legislativo está incluida la facultad de seleccionar los fines y medios que deban ser declarados obligatorios.”³⁸ La potestad legislativa —continúa explicando Messner— “pertenece a los principios del derecho natural, y tiene su fundamento en la necesidad de realizar el bien común, condición ineludible para el desenvolvimiento de los fines existenciales del hombre”.³⁹ Pero el mismo tratadista se cuida de precisar que el poder público, “según su naturaleza, es un poder limitado, pues está destinado exclusivamente al bienestar de los ciudadanos”.⁴⁰

En oposición a los filósofos de la escolástica y a la mayoría de los representantes del neo-escolasticismo, todos los cuales coinciden en que la ley jurídica natural (derecho natural) proporciona únicamente los principios generales y sus consecuencias inmediatas y necesarias, algunos escritores contemporáneos, principalmente Josef Funk, S. V. D., y Josef Fuchs, S. J., defienden la tesis de que el derecho natural también reglamenta las situaciones particulares: sostienen estos pensadores que a la naturaleza del hombre pertenecen, no solamente su esencia inmutable, sino también la naturaleza misma del hombre en cuanto vive en el devenir de la historia; el derecho natural tiene pues que ser “un poder histórico”; después de esta declaración, Fuchs hace una reserva diciendo que el derecho natural admite, “dentro del marco que forman lo posible y lo ideal, una pluralidad de formas históricas”.⁴¹ Pero esta limitación a la tesis básica de estos pensadores es, no obstante, insuficiente, pues pasa por alto que el derecho natural concede, y no podría dejar de hacerlo, un amplio campo al arbitrio de la autoridad, a fin de que pueda ésta cumplir su misión. Acertadamente hace notar Messner que casi todo el derecho tiene que pasar por las manos del legislador,⁴² lo que no implica que el arbitrio legislativo pueda conducir a la arbi-

³⁸ *Das Naturrecht*, p. 194.

³⁹ *Ibidem*, p. 196.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 197.

⁴¹ FUCHS, *Lex naturæ*, pp. 111 y ss.

⁴² MESSNER, *Das Naturrecht*, p. 195.

trariedad, pues el legislador debe usar de su leal saber y entender dentro del espíritu de los principios básicos del derecho natural. Pero su necesidad es incuestionable, pues los principios de la ley natural no están de tal manera determinados que de ellos pueda desprenderse una solución única para cada caso concreto; generalmente se presentan al legislador varios caminos, todos los cuales conducen al fin prescrito por el derecho natural (ver pp. 392 y ss.).

El propio papa Pío XII, en el discurso que pronunció el 13 de octubre de 1955 ante los miembros del *Centro Italiano di Studi per la Riconciliazione Internazionale*, habló sobre la necesidad de completar al derecho natural; en dicho discurso hizo notar que siempre se ha reconocido la necesidad de precisar, mediante contratos y convenios, "aquello que no aparece con absoluta claridad en los principios fundamentales de la ley natural y aquello sobre lo que calla la naturaleza".⁴³

El mérito de los autores últimamente citados consiste en que en sus escritos no se limitaron a señalar los principios generales inmutables del derecho natural, sino que también se preocuparon de sus aspectos mutables, de aquellos cuya validez está condicionada a la presencia de determinados supuestos históricos. En un párrafo posterior (ver pp. 369 y ss.) nos ocuparemos nuevamente de estas normas, a las que desde ahora podemos denominar "derecho natural secundario".

§ 3. El derecho a la luz de la filosofía de la existencia

Bibliografía: KARL JASPER, *Von der Wahrheit* (1947); *Philosophie* (2^a edición, 1948); y *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte* (1^a edición, 1949; 2^a edición, 1952). — V. D. HEYDE, *Existenzphilosophie und Naturrecht*, en: *Stimmen der Zeit* (1948-1949), vol. CXLI, p. 185. — MAIHOFER, *Recht und Sein* (1954). — TRYSEN, *Staat und Recht in der Existenzphilosophie*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1954-1955), vol. XLI, pp. 1 y ss. — FECHNER, *Naturrecht und Existenzphilosophie*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1954-1955), vol. XLI, p. 305; y *Rechtsphilosophie* (1956), pp. 223-263. — COHN, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft* (1955). — MARCIC, *Ansätze zu einer fundamentalen Ontologie*

⁴³ Herder-Korrespondenz (diciembre de 1955), pp. 126-134. Inaccesible para mí.

des Rechts, en: *Juristische Blätter* (1957), vol. LXXXI, pp. 149 y ss.
— KELSEN, *Existenzialismus in der Rechtswissenschaft?*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1957), vol. XLIII.

a) *Karl Jaspers*

Jaspers (ver p. 306) parte de la idea de que a la esencia del hombre pertenece su comunicación espiritual con otras existencias. Esta comunicación de las ideas y sentimientos exige un orden externo, dentro del cual puedan convivir pacíficamente los hombres. Para comprender la esencia del derecho —explica Jaspers— es preciso tener en cuenta una doble circunstancia: por una parte, la existencia del hombre sólo puede afirmarse en sus decisiones individuales y conscientes, por lo que el derecho posee únicamente una significación mediata en el “orden de la existencia”; pero, por otra parte, el derecho, ordenamiento que hace posible la coexistencia humana, es necesario a la vida, ejerciendo un influjo reflejo sobre la afirmación de la personalidad; las normas jurídicas sólo adquieren vida si son concebidas existencialmente por los miembros de la comunidad: “la validez de forma y ley... no es una simple validez externa para quien vive en el principio del ser; su acatamiento no es un mero formalismo, sino la cosa misma, cuya rigidez determina que no pueda ser lesionada”.⁴⁴

El hombre responsable —continúa explicando el ilustre filósofo— exige no un orden cualquiera, sino una ordenación que respete y proteja los derechos del hombre, condición básica de la decisión existencial. Para el aseguramiento de estos bienes, Jaspers formuló algunos principios fundamentales, poco estudiados hasta la fecha por los juristas, que resumiremos en los párrafos siguientes en razón de su importancia actual:

1. “Si todos los hombres deben ser libres, la libertad de cada uno es sólo posible en cuanto pueda coexistir con la libertad de todos. A cada persona corresponde una esfera de arbitrio jurídico (libertad negativa), por virtud de la cual puede aislarse respecto de los demás. Moralmente, sin embargo, la libertad exige abrirse los unos a los otros, por amor y por mandato de la razón, pero sin coacción de ninguna especie (libertad positiva).

⁴⁴ JASPER, *Philosophie*, p. 233.

"Sólo por la realización de la libertad positiva sobre la base de la seguridad jurídica de la libertad negativa, vale el principio de que el hombre es libre en la medida en que ve a su alrededor la libertad, es decir, en la medida en que todos los hombres son libres.

2. "El hombre tiene una doble pretensión: estar protegido contra la violencia y hacer valer su convicción y su voluntad; la protección contra la violencia está garantizada en el Estado de derecho; el hacer valer su convicción y su voluntad es posible por la democracia.

3. "La libertad se realiza mediante la superación de la violencia por el derecho. La libertad lucha por un poder al servicio del derecho y alcanza su finalidad en el Estado de derecho.

"Las leyes rigen por igual a todos los hombres. Su reforma no se produce más que por vías legales.

"La necesidad de la vigencia de las leyes determina el empleo de la fuerza; por tanto, no hay acciones policiacas de fuerza, salvo contra los transgresores del derecho, y aun éas han de estar aseguradas contra la arbitrariedad por virtud de formas legales. En consecuencia, tampoco hay una policía política especial.

"La libertad del hombre está asegurada como libertad del propio cuerpo, de la propiedad y del domicilio; sus limitaciones proceden únicamente bajo condiciones establecidas para todos por la ley, y aun ellas dejan a salvo los derechos fundamentales: así, a ejemplo, no puede tener lugar una detención sin la declaración de los motivos, sin que vaya seguida de un interrogatorio dentro de un corto plazo señalado por la ley y sin suministrar al detenido los medios jurídicos procesales para su defensa en la mayor publicidad.

4. "A la intangibilidad del derecho de la persona humana pertenece el derecho de participar en la vida de la comunidad. Así pues, el imperio de la libertad no es posible más que por la democracia, es decir, por la posible colaboración de todos en la formación de la voluntad general: todos tienen la oportunidad de hacerse valer, según el grado de su educación política y la fuerza persuasiva de su convicción. Todos se hacen valer con el mismo derecho en las votaciones electorales. El secreto electoral está garantizado. La presentación de candidatos salidos del pueblo no está limitada. Por virtud de las elecciones, que se repiten en plazos legalmente establecidos, se constituye el gobierno. Por tanto, en las democracias, el gobierno puede ser derribado, cambiado o reformado por conductos legales, sin recurrir a la violencia y así ocurre en la realidad de la vida social.

5. "La formación de la voluntad se produce por medio de resoluciones tomadas sobre la base del diálogo de unos con otros: la libertad exige discusión pública ilimitada. A efecto de que la discusión se efectúe con vista al más amplio de los horizontes y con pleno conocimiento, la libertad exige que se conozca lo cognoscible, las noticias y los fundamentos de las opiniones y que este conocimiento alcance a toda la población. De ahí la libertad de prensa, de palabra y de reunión. Se debe poder practicar propaganda y tratar de convencer, pero en un ambiente de libre concurrencia. Las únicas limitaciones proceden en casos de guerra y aun entonces sólo respecto a la publicación de noticias, pero nunca se podrán restringir las opiniones. Hay también limitaciones por virtud de las leyes penales (prohibición de la injuria, la calumnia, etcétera).

6. "Libertad política es democracia, pero en las formas y grados que se han manifestado en el devenir de la historia . . .

7. "Los partidos sirven para el encauzamiento de las elecciones y para la formación de la élite política. En un régimen libre hay necesariamente varios partidos, por lo menos dos. El partido es —según su concepto y la significación de la palabra— una parte; por tanto, en un régimen de libertad queda excluida la pretensión de ser el partido único; un partido con pretensión totalitaria contradice la libertad; su triunfo aniquila la libertad. De ahí que los partidos libres quieran que existan otros partidos.

8. "A la técnica democrática va unido un estilo democrático de vivir. La una sin el otro perecería muy pronto. Un régimen político libre sólo puede sostenerse cuando la conciencia de la libertad en la masa de la población es sumamente sensible respecto a todas las realidades que atañen a esta libertad, de cuya conservación cuida celosamente . . .

9. "La libertad política debe hacer posible las restantes libertades del hombre. La política tiene como finalidad la ordenación de la existencia empírica como base para la vida humana, por lo que no es una meta final para el hombre. Por esta razón, en la libertad política hay dos elementos a la vez: la pasión por la libertad y la moderación respecto de los fines inmediatos. Por idénticos motivos, el régimen que procura al hombre la máxima libertad, limita la ordenación jurídica a lo estrictamente indispensable para asegurar la existencia empírica. La política de la libertad deviene impura cuando en ella se mezclan otros motivos; y la impureza de la política se convierte en fuente de falta de libertad.

10. "Una nota distintiva de la libertad política es la separación de la política de la concepción filosófica del mundo. En la medida en que crece la libertad política desaparecen las luchas religiosas o confesionales y las guerras por las varias concepciones filosóficas. La política sólo se ocupa de lo que es común a todos los hombres y de los intereses empíricos independientes de toda creencia, respecto de los cuales pueden los hombres entenderse, a fin de conceder una esfera de acción a cada persona por medio del orden, del derecho y del contrato... Como la política afecta, por así decir, a un plano inferior del ser humano, que es su existencia empírica, de ella depende todo lo demás y de ahí la pasión y la responsabilidad con que se penetra en ella; pero no afecta a los elevados bienes de la libertad interior, de la creencia y del espíritu. Lo que realmente hace es crear las condiciones para esos bienes.

11. "La conservación de la libertad presupone un *ethos* convertido en la manera natural de ser de la vida colectiva: un sentido para las formas y las leyes, maneras naturales y humanas en el trato social, consideración y ayuda, respeto constante al derecho de los demás, cumplimiento nunca rehusado al compromiso contraído en cuestiones relacionadas con la existencia empírica, y respeto y —en consecuencia— no opresión de las minorías. En este *ethos* coinciden todos los partidos que actúan en los regímenes libres, pues aun entre los conservadores y los radicales impera una solidaridad para asegurar los elementos comunes que les unen.

12. "La libertad queda asegurada por una constitución escrita o no escrita. Sin embargo, no existe maquinaria alguna absolutamente segura para mantener la libertad. De ahí que en los regímenes libres exista la preocupación de defender como inviolable aquello que es esencial: la libertad misma, los derechos humanos y el Estado de derecho, y ello aun en contra de las mayorías temporales; este elemento inviolable debe quedar protegido incluso contra las decisiones tomadas en elecciones y votaciones: repetición de las votaciones con bastante diferencia de tiempo para dar lugar a la reflexión, plebiscitos, tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, y disposiciones que puedan actuar cuando las mayorías olvidan momentáneamente la base común de su libertad política. Pero tales instancias sólo pueden ser realmente eficaces cuando descansan en el *ethos* político del pueblo... No puede haber libertad para destruir la libertad.

13. "Una condición de libertad política definitiva susceptible de satisfacer a todos, no existe: constantemente surgen tensio-

nes cuando el individuo se ve limitado más allá de la igualdad de posibilidades, o cuando se limita la libre concurrencia, salvo que se trate de evitar evidentes injusticias, o cuando la desigualdad natural de los hombres y el merecimiento por el esfuerzo y el trabajo no ven reconocido su derecho, o finalmente cuando varios ciudadanos no reconocen en las leyes estatales la justicia de la esfera de acción dentro de la que ya viven.

"Democracia significa que cada cual llegue a valer según su capacidad y merecimientos. Estado de derecho quiere decir aseguración de esta posibilidad y, por tanto, la necesidad de transformar el ordenamiento legal de acuerdo con las circunstancias y los resultados de la experiencia; pero sin hacer nunca violencia, sino por el contrario mediante formas jurídicas... En todos los asuntos importantes, las elecciones son el camino imprescindible para su decisión. La democracia formal, el sufragio libre, igualitario y secreto, no es, como tal, una garantía de la libertad, antes bien su amenaza. Únicamente sus presupuestos característicos, un *ethos* de la vida colectiva, una educación en el diálogo para resolver los problemas concretos, la defensa incondicional de los derechos esenciales del hombre y la profundidad en el problema de la creencia, pueden asegurar la libertad..."

14. "Todo depende de las elecciones. Conocidos son el sarcasmo con que se habla de la democracia y el menoscabo hacia las decisiones electorales; es relativamente fácil darse cuenta de sus defectos notorios y de sus desvíos y declarar absurdos un resultado electoral o una decisión mayoritaria concretos. Contra eso hay que afirmar repetidamente que el único camino hacia la democracia pasa por la población. Sólo un radical menoscabo hacia los hombres, de los cuales se exceptúan a sí mismos el menoscabiador y sus secuaces, puede preferir el camino de la tiranía: este segundo camino conduce, mediante la elevación de ciertos grupos al poder por decisión propia, al dominio sobre esclavos, que son considerados por sus dominadores incapaces de opinar, y aun cuando se les repute hombres libres, se influye en la formación de su opinión por medio de la propaganda y se les rodea de bambalinas y bastiones. De esta suerte y en el más favorable de los casos, se produce el azar de una dictadura humanitaria.

15. "Pero y ¿si un pueblo no quiere de hecho ni libertad ni derecho ni democracia? Tal situación no parece posible cuando se ve con claridad lo que se quiere, sino tan sólo en la obnubilación provocada por las desdichas y las pasiones. En ese dilema radica la cuestión permanente de la libertad, pues ella

es el bien más costoso, que nunca adviene por sí mismo ni se conserva automáticamente; la libertad puede tan sólo ser conservada allí donde está presente en la conciencia y se recibe sintiéndose responsable de ella. La libertad está siempre a la defensiva, porque está en peligro constante; allí donde una población ha dejado de presentir el peligro, es porque la libertad ha casi desaparecido. El poder cae con demasiada facilidad en la falta de libertad y en la organización de la violencia.

16. "Contra el ideal político de la libertad hay, como contra todo ideal, poderosas refutaciones nacidas de la realidad: la libertad —se dice frecuentemente— se ha mostrado un imposible. Pero la libertad del hombre es, a su vez, el origen a partir del cual puede hacerse real para la experiencia lo que se tenía por imposible en virtud de las experiencias anteriores. La diferencia estriba en si elegimos el camino de la libertad partiendo de la creencia en Dios y con la conciencia de los deberes de la dignidad humana, y nos mantenemos en él con ilimitada paciencia y perseverancia a través de todas las desilusiones, o si, en el tergiversador triunfo de la pasión nihilista, nos abandonamos al destino de ser destruidos en nuestra esencia humana por otros hombres. La nota característica de una condición libre es la fe en la libertad. Es suficiente que se intenten aproximaciones al ideal de la libertad política y que sean alcanzadas aunque sea con graves deficiencias para que surja el estímulo alentador para el futuro." ⁴⁵

Jaspers —según se deduce de los párrafos transcritos— desprende de la esencia de lo humano un derecho natural, pero éste se le presenta siempre en una determinada forma histórica. Ciertamente, el hombre tiene conciencia de la incondicionalidad del deber ser trascendente, pero su lenguaje se compone tan sólo de fórmulas generales.

b) Martin Heidegger

En contraste con Jaspers, Martin Heidegger (ver p. 307) no se ha ocupado especialmente de los problemas jurídicos. Un indicio de su pensamiento se encuentra no obstante en su *Carta sobre el humanismo*, de la que tomamos el siguiente párrafo: "Sólo... del ser pueden provenir las señales de aquellas indi-

⁴⁵ Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, Fischer Ausgabe (1956), pp. 156-165.

caciones normativas que tienen que convertirse en las leyes y reglas de conducta de los hombres. Señalar se llama en griego *vému*. *Nómos* no es sólo la ley, sino que originariamente significa la señal oculta en la providencia del ser... Solamente esa señal puede producir un orden obligatorio; todo lo demás es una pura creación de la razón humana.”⁴⁶

Si sólo existiera el párrafo transcrita, podría creerse que Heidegger quiso referirse al derecho natural y, con él, a la *lex æterna* oculta en lo más profundo del ser. Pero frente a esta interpretación está la afirmación del mismo Heidegger de que el “ser” no se identifica con Dios.⁴⁷ Marcic,⁴⁸ después de aprobar esa tesis, hace notar que “Dios es algo más que el ser y que todo lo que existe”. Pero si el “ser” de Heidegger no se identifica con Dios, sino que es un algo impersonal, ¿cómo puede darnos señal alguna? También Marcic dice que las señales nos vienen del “ser” y aun agrega que la pregunta respecto del ser es primaria, en tanto la que se relaciona con Dios es secundaria.⁴⁹ Posteriormente escribió Marcic que la *lex æterna* se refleja en la razón humana,⁵⁰ no obstante lo cual ratificó la tesis de Martin Heidegger en los siguientes términos: “Del ser parten las señales, las *vému* hacia el hombre, determinando su existencia.”⁵¹ Nuevamente tenemos que preguntarnos cómo puede surgir señal alguna de un ser impersonal.

Creo que tanto Martin Heidegger, como su fiel intérprete Marcic, en su legítima aspiración dirigida a encontrar una base firme para el derecho, pasaron por alto dos circunstancias: ante todo, que el orden del ser es bifido, pues en él, la conducta del hombre se rige de manera distinta a la de los restantes seres vivos — observación que ya había sido formulada por Hesíodo. A esto debe agregarse que este doble orden del ser no puede tener una existencia independiente al lado o detrás de Dios, antes bien está anclado en el ser mismo de la divinidad, pues lo creado

⁴⁶ HEIDEGGER, Platons Lehre von der Wahrheit, mit einem Brief über den Humanismus (1947), pp. 114 y ss.

⁴⁷ Ibidem, p. 76.

⁴⁸ MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat (1957), p. 42.

⁴⁹ Ansätze zu einer Fundamentalontologie des Rechts, en: Juristische Blätter (1957), vol. LXXIX, p. 136.

⁵⁰ Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, p. 136.

⁵¹ Ibidem, p. 184.

no puede tener su "medida" en un "ser" impersonal y misterioso, sino tan sólo en el "ser divino". Esta medida cumple su función no sólo en la ética, sino que también se presenta al *hombre* en el derecho como un *deber ser* que debe cumplirse, si bien puede ser violado de hecho. Todos los intentos para considerar al derecho como un *puro* ser están sentenciados al fracaso.

c) Werner Maihofer

En Werner Maihofer encontramos la más profunda investigación filosófica-jurídica desde el punto de vista de la filosofía de la existencia.

El hombre —explica el autor de *Derecho y ser*— es un ente con una doble naturaleza, pues no solamente posee su ser personal, sino, además, "un segundo ser, igualmente originario, una estructura del ser determinante para la existencia de todos los hombres, un ser como una determinada figura social, un ser como otro (*Alsein*)". Maihofer quiere significar que el hombre existe no sólo como individuo, sino también como miembro de diversas comunidades. Más aún, todo desarrollo individual de su persona se lleva a cabo con absoluta necesidad en la figura social preformada por el mundo en el que nos encontramos: "Con esta figura, el hombre penetra en la esfera de los ordenamientos, incluido el orden jurídico."⁵² Por este camino, Maihofer llega a un derecho natural institucional no compuesto de normas inmutables, sino de reglas de conducta sujetas al fluir constante de la historia. A lo anterior debe agregarse que el derecho natural se desenvuelve necesariamente en la oposición entre la naturaleza individual y la naturaleza social del hombre, y entre la máxima que deriva de la primera y que dice "sé tú mismo" y la máxima impuesta por la naturaleza social del hombre que ordena "elevarse a lo general". Por tanto, todo lo que "es" se encuentra en el campo intermedio de la autonomía y de la heteronomía, que devienen de esta manera los principios conformadores de las formas de vida; de ahí que no exista una solución perfecta para el conflicto entre los dos principios.⁵³

El mérito de Maihofer consiste en haber revivido la tesis de la doble naturaleza de la persona humana, tantas veces olvidada.

⁵² MAIHOFER, *Recht und Sein*, p. 83.

⁵³ *Ibidem*, p. 124.

Es igualmente atinado su pensamiento respecto a la existencia de fricciones entre los aspectos individual y social del hombre. Pero de este dato real no debe concluirse en la inexistencia de un principio básico para resolver el conflicto; sobre este tema nos remitimos a la doctrina clásica de Santo Tomás, que anteriormente expusimos (ver p. 131).

d) Georg Cohn

Georg Cohn intentó desprender de la filosofía de la existencia consecuencias prácticas para los casos concretos, actitud que es un resultado lógico de su tesis respecto a que las decisiones judiciales no pueden apoyarse en normas generales, pues son el resultado de una decisión existencial para el caso concreto. Veamos lo que nos dice sobre esta cuestión:

“Después de lo que llevamos expuesto, se está sin duda impaciente por lanzar la pregunta acerca de qué sea en verdad la sentencia, esta decisión que ha de penetrar en la maraña de las normas y reglas para alcanzar la solución del caso concreto. Según la doctrina de la jurisprudencia conceptual, parecería que la pregunta que nos ocupa se convierte en un simple proceso del pensamiento: en efecto, dicha pregunta parte del supuesto de que es posible determinar previamente la solución correcta del caso concreto; creemos que semejante tesis no puede ni afirmarse ni menos sostenerse, pues carecemos de una definición y de una medida que nos permita aceptar ese supuesto. En cada caso concreto aparece una situación imprevisible, que constituye el inevitable punto de partida desde el cual ha de buscarse la solución. Es por otra parte indispensable sumergirse en las circunstancias del caso, a fin de poder determinar cuál es la solución jurídica correcta. Qué sea el derecho del caso concreto no puede ser pronosticado, ni puede siquiera definirse de una manera general o abarcarse dentro de algún concepto también general. Todo lo que es afirmado como derecho, tal la fórmula *suum cuique*, y otras parecidas, es una pura tautología. Solamente aquél que padece o ha padecido injusticia está en aptitud de reconocer y declarar, en presencia de determinadas circunstancias o de ciertos hechos o datos, qué sea el derecho del caso concreto. La pregunta, en consecuencia, debe formularse en los siguientes términos: ¿Cómo es posible determinar qué sea el derecho del caso concreto, sin una ordenación normativa previa? Para responder a esta pregunta es necesario desprenderse de

todos los prejuicios y formulismos y de todas las solemnidades altisonantes. Se trata, en realidad, de una simple profundización de los diversos aspectos de la situación concreta, que debe llevarse a cabo por personas poseedoras de una larga experiencia en el conocimiento y decisión de esas cuestiones; el fin de la investigación es encontrar una solución razonable y justa, armónica con los conocimientos y experiencias de la humanidad y cuyo fundamento no ha de ser puramente jurídico, sino que habrá de tomar en consideración las diversas facetas de lo humano. Aquel a quien corresponda indagar qué sea el derecho deberá utilizar el método primario de todo el conocimiento científico, el *trial and error*, de acuerdo con la fórmula inglesa; deberá también balancear la solución que aparezca en su imaginación con lo que pueda objetarse en su contra; y analizará una segunda y una tercera y una cuarta soluciones, y así sucesivamente, hasta alcanzar una solución contra la que muy poco o nada pueda objetarse; y solamente entonces deberá proclamarla como solución correcta y justa. A fin de alcanzar este resultado, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias del caso, en cuanto sean conocidas por el juzgador, la autoridad a la que está dirigida la ley, los intereses olvidados u oprimidos por la norma y, en general, todo lo que reclamen la conciencia, la verdad y la justicia. Quien haya estado en contacto con la actividad judicial, tendrá que convenir en la posibilidad de la investigación propuesta, sin necesidad de recurrir a normas pre establecidas. ¿Qué otra decisión podría servir para encontrar una decisión en los conflictos de trabajo, o en los de divorcio, en estos asuntos en los que las partes discuten la titularidad de la patria potestad sobre los hijos, o en las relaciones jurídicas complejas o en el derecho internacional, en el que falta la reglamentación legal previa o en todos los restantes casos que podrían señalarse? Es bien poco lo que se puede presuponer *a priori*.⁵⁴

Las transcripciones que nos permitimos hacer muestran que, en opinión de Cohn, no existe ninguna medida objetiva para el derecho justo, por lo que todas las decisiones deben dejarse en manos de los jueces. Pero —nos preguntamos— ¿es posible una organización social con esta anarquía en las relaciones y decisiones judiciales? En *Las leyes*, Platón había ya observado que, en una organización social normal, sólo la ley puede evitar la arbitrariedad.

⁵⁴ COHN, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, pp. 150 y ss. — Consultese el artículo de HANS KELSEN, *Existenzialismus in der Rechtswissenschaft*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1957), vol. XLIII.