

NOTA BIBLIOGRAFICA

NOTAS SOBRE EL SENTIDO ACTUAL DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

I. EL RETORNO Y LA PERMANENCIA DE LO FILOSÓFICO EN NUESTRA DISCIPLINA

Resulta ya hoy casi un tópico hablar de la nueva orientación filosófico-jurídica en buena parte determinada por la reacción frente a la ortodoxia de Viena, pero es el caso que del mismo seno de la Teoría Pura del Derecho, en cuanto susceptible de integrarse en la filosofía fenomenológica, partirían intentos de una mayor objetivización. Sin duda el primero es la pretensión de F. Kaufmann (1) de llevar a la ciencia del Derecho el objetivismo de la ciencia natural, por cuanto que la tarea de aquélla, lo mismo que la de ésta, consiste en la interpretación de ciertas leyes o en la aprehensión de hechos en relación con leyes que le son dadas. Después vendría el intento de F. Schreier (2) por señalar los conceptos jurídicos formales capaces de indicar la esencia del Derecho, cuya tarea es la de la Filosofía del Derecho. Pero en el movimiento general de la fenomenología habría que atender a otros nombres de menos fortuna, pero con más pretensión de objetividad. Nos referíamos, por ejemplo, a Reinach (3), quien pretende la búsqueda de unos principios apriorísticos, que son, a la vez, independientes de la naturaleza, del conocimiento humano, de la organización humana y del desenvolvimiento efectivo del mundo, constituyendo una esfera de objetos ideales y objetivos por encima del Derecho natural y del positivo, que podrían representarse en

(1) F. KAUFMANN: *Logik und Rechtswissenschaft*, 1922.

(2) F. SCHREIER: *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, trad. de E. García Maynez, Argentina, 1942.

(3) REINACH: *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, ed. española. Barcelona, 1934.

una metafísica, en cierta forma semejante a aquella platónica de la que hemos hablado en otro lugar. Nombres señeros de la fenomenología que tienen una importancia capital para la Filosofía del Derecho en nuestros días son los de E. Husserl, Max Scheler, Lask y Hartmann, de los que no es el caso de ocuparnos ahora más que en las consecuencias que, juntamente con el existencialismo, estamos viviendo en lo más actual de nuestros tiempos.

Pero si nuestros tiempos se caracterizan en esta disciplina por una verdadera vuelta a los principios objetivos y a la consideración de una justicia material, según expresión de un autor tan poco sospechoso como puede serlo el neohegeliano H. Welzel (4), esta postura había sido mantenida por toda la tradición escolástica, que se continúa ininterrumpidamente hasta nuestros días. Sin embargo, a mediados del siglo XIX se inicia un movimiento de resurgimiento de nuevas e importantísimas figuras dentro de la Escuela (5). No podemos hacer más aquí que indicarlo, ya que es objeto de otro de nuestros trabajos.

(4) H. WELZEL: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1955.

(5) Sobre el origen del resurgimiento neotomista, indicamos: A. PELZER: *L'institut supérieur de philosophie à l'Université catholique de Louvain*, Louvain, 1904; P. NADDEO: *Le origini del neotomismo a la scuola napoletana di G. Sanseverino*, Palermo, 1940; P. DEZZA: *I neotomisti italiani del XIX secolo*, dos tomos, Milano, 1942-1944; P. DEZZA: *Alle origini del neotomismo*, Milano, 1940; A. MASNOVO: *Il neotomismo in Italia. Origini e prime vicende*, Milano, 1923. Respecto a la Metafísica, señalamos: D. MERCIER: *Métaphysique générale ou Ontologie*, 7.^a ed., Louvain, 1923; J. WEBERT: *Essai de métaphysique thomiste*, París, 1927; R. JOLIVET: *La notion de substance. Essai historique et critique sur le développement des doctrines d'Aristote a nos jours*, París, 1929; T. BROEGE: *Der analytische Charakter des Kausalprinzips. Eine metaphysische Untersuchung*, Bonn, 1930; G. SÖNGEN: *Sein und Geges-Tand. Das scholastische Axiom ens et verum convertuntur als Fundament methaphysischer und theologischer Speculation*, Münster, 1930; L. DUPRAZ: *La notion de la substance*, Fribourg, 1932; J. MARITAIN: *Sept leçons sur l'être et les premiers principes de la raison spéculative*, París, 1934; R. ARNAU: *Metaphysica generalis*, 2.^a ed., Roma, 1941; C. FABRO: *Neotomismo e Suarezismo: una battaglia di principi*, Piacenza, 1941; P. DEZZA: *Metaphysica generalis*, Roma, 1946; J. MARITAIN: *Court traité de l'existence et de l'existant*, París, 1947; E. GILSON: *L'être et l'essence*, París, 1948; L. M. REGIS: *L'odyssée de la metaphysique*, París, 1949.

La concepción ética general es representativamente expresada en las obras: T. MEYER: *Institutiones iuris naturalis seu philosophiae moralis universae secundum principia S. Thomae Aquinatis*, 2.^a ed., 2 tomos, Freiburg Br., 1900-1906; V. CATHREIN: *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Grundlegung der sittlichen, einschliesslich der rechtlichen Ordnung*, 6.^a ed., 2 tomos, Leipzig, 1924; M. BRUGGER: *Schuld und Strafe. Ein philosophisch-theologischer Beitrag zum*

II. DEL KANTISMO AL DERECHO NATURAL CLÁSICO: DEL VECCHIO

Esta vuelta hacia el planteamiento objetivo lleno de contenido material del objeto de nuestras disciplinas se pone de manifiesto en un autor procedente del formalismo neokantiano. Se trata del eminente profesor G. del Vecchio. E. Vidal ha sostenido la unidad interna de

Strafproblem, Paderborn, 1933; I. BETSCHART: *Das Wesen der Strafe Untersuchung über Sein und Wert der strafe in phänomenologischer und aristotelisch-thomistischer Schau*, Einsiedeln, 1939; B. ZIERMANN: *Ringeln um Sicherheit im sittlichen Denken*, Köln., 1940; A. F. UTZ: *Wesen und Sinn des christlichen Ethos*, Heidelberg, 1942; J. PIEPER: *Über die Klugheit*, 3.^a ed., Olten, 1947; A. D. SERTILLANGES: *La philosophie des lois*, París 1946; E. ELTER: *Compendium philosophiae moralis*, 3.^a ed., Roma, 1950.

Señalamos aquí, como un índice solamente, por lo que respecta a la literatura alrededor de la Filosofía jurídica: V. CATHREIN: *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2.^a ed., Freiburg, 1909; V. CATHREIN: *Die Grundlage de Völkrechts*, Freiburg, 1918; J. MAUSBACH: *Naturrecht und Völkrecht*, Freiburg, 1918; P. TISCHLEDER: *Die Staatslehre Leos XIII*, München, 1925; O. SCHILLING: *Christliche Staatslehre und Politik*, München, 1927; S. MICHEL: *La notion thomiste de bien commun. Quelques-unes de ses applications juridiques*, París, 1932; J. DEFROIDMONNT: *La science du droit positif*, París, 1933; B. MATHIS: *Rechtspositivismus und Naturrecht*, Paderborn, 1933; R. CLEMENS: *Personalité morale et personnalité juridique*, París, 1935; L. JANSSENS: *Personne et société. Theories actuelles et essai doctrinal*, Gemblaux, 1939; R. G. RENARD: *La philosophie de l'intuition*, París, 1939; C. DE KONINCK: *De la primauté du bien commun contre les personnalistes. Le principe de l'ordre nouveau*, Montreal, 1943; J. T. DELOS: *Le problème de civilisation. La nation*, 2 tomos, Montreal, 1944; H. HERING: *De iustitia legali*, Fribourg, 1944; G. M. MANSER: *Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung*, Freiburg, 1944; G. GRANERIS: *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Torino, 1945; J. MARITAIN: *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, 2.^a ed., París, 1945; J. MARITAIN: *Principes d'une politique humaniste*, 2.^a ed., París, 1945; J. MARITAIN: *Christianisme et démocratie*, 2.^a ed., 1945; L. BENDER: *Philosophia iuris*, Romae, 1947; G. M. MANSER: *Angewandtes Naturrecht*, Freiburg, 1947; J. MARITAIN: *La personne et les biens comuns*, París, 1947; G. LA PIRA: *Il valore della persona*, Milano, 1947; H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2.^a ed., München, 1947; L. SCHALLER: *Der Rechtsformalismus Kelsens und die thomistische Rechts philosophie, Ein Vergleich zweier Systeme des Rechtsdenkes*, Freiburg, 1949; J. T. DELOS: *La société internationale et les principes du droit public*, 2.^a ed., París, 1950. Por lo que a España respecta, el resurgimiento del neoescolasticismo está bastante determinado por el italiano, en particular por tres nombres: ZIGLIARA, cuya obra fué traducida por ORTÍ LARA, PRISCO, del que hemos hablado en otro lugar, y TAPARELLI: *Saggio Teoretico di Diritto Naturale*, conocemos la 8.^a ed. en dos vols., Roma, 1949. De bibliografía española conviene tener en cuenta, al menos para los orígenes de este movimiento: M. ALONSO

la obra del profesor de la Universidad de Roma (6), en contra de la oposición de V. Viglietti, que en su *Le premesse metafisiche della*

MARTÍNEZ: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1874; J. M. ORTÍ LARA: *Introducción al Estudio del Derecho y Principios de Derecho Natural*, Madrid, 1878; R. RODRÍGUEZ DE CEPEDA: *Elementos de Derecho Natural*, Madrid; L. MENDIZÁBAL MARTÍN y A. MENDIZÁBAL VILLALBA: *Tratado de Derecho Natural*, 3 vols., 2.^a ed., Madrid, 1928-1931. El movimiento escolástico español de hoy día es de considerable importancia. Señalaremos solamente aquellos nombres que pueden considerarse estrictamente como tales, pues hay otros que se mueven dentro del ámbito de la Filosofía tradicional, pero no están ligados tan íntimamente con este movimiento, como son: ELÍAS DE TEJADA, GALÁN GUTIÉRREZ, TRUYOL SERRA, etc. M. SANCHO IZQUIERDO: *Introducción al estudio del Derecho Natural*, Zaragoza, 1921; el mismo: *Filosofía del Derecho y Principios de Derecho Natural*, 2.^a ed., Zaragoza, 1944; el mismo, *Principios de Derecho Natural*, 5.^a ed., Zaragoza, 1955; M. PUIGDOLLERS OLIVER, quien ha sido llamado con justa razón maestro de los nuevos nombres que se dan en nuestra disciplina: *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1947; W. GONZÁLEZ OLIVEROS: *Humanismo frente a Comunismo*, Valladolid, 1937; J. CORTS GRAU: *Filosofía del Derecho*, 2 vols., Madrid, 1941-1942; el mismo: *Principios de Derecho Natural*, Madrid, 1944; el mismo: *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1953; E. LUÑO PEÑA: *Essai critique sur les notions de loi éternelle et de loi naturelle*, París, 1935; el mismo: *Moral de la situación y derecho subjetivo*, Barcelona, 1954; el mismo: *Derecho Natural*, 3.^a ed., Barcelona, 1954; el mismo: *Historia de la Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1955; J. RUIZ JIMÉNEZ: *Derecho y vida humana*, Madrid, 1954; el mismo: *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944; el mismo: *Introducción elemental a la Filosofía jurídica cristiana*, Madrid, 1945.

Otros problemas de Filosofía jurídica o social: S. DEPLOIGE: *Le conflict de la morale et de la sociologie*, 4.^a ed., París, 1947; R. G. RENARD y L. TROTABAS: *La fonction sociale de la propriété privée*, París, 1930; O. SCHILLING: *Der kirchliche Eigentumsbegriff*, 2.^a ed., Freiburg, 1930; O. SCHILLING: *Katholische Wirtschaftsethik*, München, 1933; M. ROCHA: *Les origines de "Quadragesimo Anno"*, *Travail et salaire à travers la scolastique*, París, 1933; G. ARIAS: *La filosofía tomística e l'economía política*, Milano, 1934; J. M. PALACIO: *Enchiridion sobre la propiedad. Concepto cristiano del derecho de propiedad y del uso de las riquezas*, Madrid, 1935; E. WELTY: *Gemeinschaft und Einzelmensch. Eine sozialmetaphysische Untersuchung bearbeitet nach den Grundsätzen des hl. Thomas von Aquin*, Salzburg, 1935; E. MOUNIER: *De la propriété capitaliste a la propriété humaine*, París, 1936; Y. SIMON: *Trois leçons sur le travail*, París, 1938; A. L. OSTHEIMER: *The family. A thomistic study in social philosophy*, Washington, 1939; J. VIALATOUX: *Philosophie économique. Etudes critiques sur le naturalisme*, París, 1941; D. McLAREN: *Private property and the natural law*, Oxford, 1949; O. SCHILLING: *Christliche Gesellschaftslehre Sozialistische oder christliche Kultur?*, München, 1949; A. F. UTZ: *Freiheit und Bindung des Eigentums*, Heidelberg, 1949.

(6) E. VIDAL: *La filosofía jurídica di Giorgio del Vecchio*, Milano, 1951, pág. 4 y sigs., con extensa bibliografía.

dottrina di G. del Vecchio (7) distingue, al igual que A. E. Cammarata, una primera fase determinada del problema gnoseológico y otra segunda matizada por el deontológico. No obstante, se nos antoja a nosotros ver en la obra delvecciana también un doble momento, pero matizado por la diversidad de planteamiento, más que por la desunidad interna del sistema. Se trata de un enfoque inicial claramente kantiano, que perdura en los años de la primera quincena del siglo, hasta que se hace cuestión de los problemas morales en nuestras investigaciones, iniciándose una vuelta a la doctrina tradicionalmente católica.

Como no hay rotura de la unidad sistemática en DEL VECCHIO, el Derecho, que es entendido en cuanto madura conciencia de la experiencia jurídica, viene a significar una postura que está a caballo entre el criticismo lógico kantiano y un criticismo moral, que le pone en relación con la doctrina tradicional, lo que se supera en la unidad necesaria del Derecho y la humanidad. Se construye, pues, el Derecho por medio de la abstracción de lo particular de la experiencia jurídica, pero en vez de dar lugar a la ciencia jurídica con primacía de la Filosofía, según habían realizado otros neokantianos, aquélla encuentra su superación en ésta, al igual que se encuentran referidas a su íntima unidad, pues la auténtica fundamentación del Derecho se halla en la conciencia humana, entendiéndose el yo como un *primum logicum*. Ello es posible por la facultad de volverse al yo —entiéndase que aquí no opera el yo como un medio de la naturaleza, sino como un ser autónomo— para remitirse a la idea donde se encuentra la realidad y porque esta facultad que se afirma en la conciencia de la libertad y responsabilidad se convierte en una norma. Ahora bien, esta facultad de determinarse hace al hombre considerar sus acciones no como referidas a lo fenoménico, sino al *noumenon*, y, a su vez, las leyes del obrar afirman al hombre en cuanto ser del sujeto en la suprema de sus determinaciones. De esta forma, la Moral y el Derecho quedan integrados en el orden ético, pero la nota diferencial está en la intimidad de la acción o en la alteridad de la misma: aquí se entiende Derecho. La alteridad se comprende, en cuanto que el sujeto es a la vez objeto, de forma que el Derecho no es entre-personal ni mera coexistencia, sino coexistencia vital o intersubjetiva con coordinación objetiva (8).

(7) Napoli, 1938, pág. 22.

(8) Los escritos de DEL VECCHIO son numerosísimos; aquí señalamos los más

De este planteamiento general se deduce o, mejor dicho, dentro de él se hace auténticamente posible el Derecho natural, pues el primado de la Filosofía del Derecho en Del Vecchio lo tiene «lo jurídico», que es independiente del concepto de positividad y distinto en sentido formal de la justicia, que, en cierta forma, constituye el principio del Derecho natural (9). Viniendo así a tener nuestra disciplina un planteamiento metafísico. Y si bien en el pequeño escrito en homenaje al egregio filósofo del Derecho y presidente de la Corte Suprema de Justicia del Japón presenta al Derecho natural con carácter ético y deontológico, ello no quiere decir que lo desaloje de todo contenido. Muy al contrario, en otro reciente escrito vuelve a hacerse cuestión de los problemas del Derecho natural enfocándolos desde un punto de vista netamente tradicional y clásico (10) y los refiere, al igual que Santo Tomás, a la participación racional que el hombre tiene en la ley eterna de forma que: «Sarebbe un errore, pertanto, che egli si appelli alla sola fede, quasi in antitesi alla ragione; chè anzi la nostra medesima razionalità ci permette e c'impone di riconoscere quella lege, che per la sua corrispondenza alla nostra natura merita veramente il nome di "lex naturalis"» (11).

importantes: *Giordano Bruno*, en «Riv. Lig. di Science, Lettere ed Arti», Génova, fasc. III, mayo-junio 1902; *Il sentimento giuridico*, 2.^a ed., Torino, 1908; *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, Génova, 1903; *I presupposti filosofici nella nozione del diritto*, Bologna, 1905; *Su la teoria del contrato sociale*, Bologna, 1906; *Il concetto del Diritto*, Bologna, 1906; *Il concetto della natura e il principio del Diritto*, Torino, 1909; *Sulla positività come carattere del diritto*, Modena, 1911; *Sui principi generali del Diritto*, Modena, 1921; *Moderne concezioni del Diritto*, Genova, 1921; *La Giustizia*, 4.^a ed., corregida y aumentada, Roma, 1951; *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 7.^a ed., corregida y aumentada, Milano, 1951; *Sulla statualità del Diritto*, Roma, 1929; *La crisi della scienza del Diritto*, 2.^a ed., Roma, 1934; *Giustizia e Diritto*, Roma, 1934; *Diritto ed Economia*, Roma, 1935; *Evoluzione ed involuzione nel Diritto*, 3.^a ed., corregida y aumentada, Roma, 1945; *Sulla comunicabilità del Diritto*, Roma, 1938; *Verità e inganno nella Morale e nel Diritto*, Roma, 1947; *Integrazione morale del Diritto*, Roma, 1948; *Dispute e conclusione sull Diritto naturale*, Roma, 1949; *L'unità dello Spirito umano come base della comparazione giuridica*, 2.^a ed., corregida, Roma, 1952; *Lo Stato*, Roma, 1953; *Sui diritti dell'uomo*, Milano, 1955, sep. «Riv. Intern. di Fil. del Dir.»; *Albert Kocourek*, Milano, 1956, ídem.

(9) G. DEL VECCHIO: *Essenza del Diritto Naturale*, 2.^a ed., Roma, 1954, página 8.

(10) G. DEL VECCHIO: *Mutabilità ed eternità del Diritto*, sep. de «JUS, Riv. de Science giuridiche», Milano, marzo 1954.

(11) *Ibidem*, pág. 4.

Y repite el concepto ciceroniano de la indelebilidad de esta ley natural.

Ciertamente que, frente al elemento de relatividad del Derecho positivo, opone «un'immuable forma lógica e un supremo ideale, anch'esso immuable» (12); pero no debe ser entendido esto en el sentido de que la diferencia entre Derecho natural y norma jurídica positiva dependa del carácter puramente formal de aquél y del material de ésta o de la «magiore generalità delle prime (máximas de Derecho natural), in confronto alla specificità propia delle seconde, piú legate alle singole circostanze; ma anche dalle molteplici deviazioni alle quali lo spirito umano è soggetto come dianzi abbiamo accennato, sia per effeto di debolezza o ignoranza, sia per il prevalere delle varie passioni sopra la pura ragione. La storia del diritto positivo abbonda pur troppo, non solo di imperfezioni tecniche, ma anche di aberrazioni etiche, talvolta assai gravi: ossia di violazioni della giustizia, che non cessano di essere tali per ciò che si ammantano della forma della legalità. Pure coteste aberrazioni sono, s'intende, storicamente spiegabili; poichè tutto ciò che accade deve avere una causa e così anche i fenomini patológicos, che si osservano tanto nel mundo della natura quanto in quello della historia, e in particolare della historia giurídica. Se però da un lato debbono ricercarsi le cause di quei fenomeni, è pur doveroso, d'altro lato, dichiararne l'anomalia. Così lo studioso del diritto, che non voglia essere mero esegeta o stromento pedissequo dell'autorità dei legislatori, non può esimersi, pur quando investighi ed aplichi norme giurídiche positive, dal levare lo sguardo all'idealità dea «ratio iuris» in ciò chè essa ha di universali: paragonando, duque, il diritto positivo con naturale» (13).

Por otro lado, el concepto de juridicidad tampoco coincide con el de justicia ni con el Derecho natural. Sin embargo, estos dos últimos sí que vienen a coordinarse. En principio, la ley natural viene a entenderse como: «en nuestra más profunda conciencia, a la luz de la recta razón, encontramos la impronta de aquella ley absoluta que supera en mucho por verdad y valor, a las leyes creadas por el arbitrio humano y por las pasiones humanas» (14). Así, la llama ley natural. Y la justicia la refiere al Derecho natural, pues

(12) Ibidem, pág. 6.

(13) Ibidem, pág. 8.

(14) Ibidem, pág. 11.

entendida «nel suo essenziale significato, non è e non può non essere altro che l'espressione di una lege assoluta ed eterna; superiore, quindi, alla mutevole legalità positiva, e pur radicata nel nostro spirito il quale perciò non può consistere tutto nell'effimera vita che si svolge nel mondo sensibile, ma necessariamente appartiene e partecipa ad un ordine di verità ultraterrena» (15). Pero justicia y Derecho natural no son exactamente iguales, aunque pueden entenderse como representaciones de un mismo orden. Lo que vale para otras especies de Derecho.

Que Justicia y Derecho sean equivalentes aunque no se identifiquen más que en su aspecto ontológico, nos lo manifiesta Del Vecchio en otro lugar. Es a propósito de la justicia divina cuando refiere ésta a la ley eterna (16). Y en este discurso, leído en el XIII Curso de Estudios Cristianos en Asís, se entiende la ley eterna como la voluntad o razón divina que ha creado el orden del universo, al igual que en la filosofía cristiana clásica. De la misma manera se planteaba entonces el problema de la posibilidad del conocimiento de esta ley eterna referida al Absoluto, a Dios, ya que el conocimiento implica relación, siendo el conocer lo absoluto una contradicción *in terminis*, pues, en cuanto conocido, el absoluto se hace relativo. Conociendo la importancia de la objeción, la salva con la distinción de la clase de conocimientos. En efecto, hay un conocimiento que se funda sobre los datos de los sentidos y sobre las experiencias físicas, y otro que se afina en una pura exigencia de nuestro espíritu que ningún experimento sensible puede confirmar aunque, si conocidos, tampoco desmentir, precisamente porque pertenece a un orden de verdad superior a los fenómenos. De esta manera hay certeza que ningún instrumento mecánico ha demostrado, ni podrá demostrar, pero que se imponen absolutamente a nuestra conciencia de forma que no sería posible prescindir de ellas. No obstante, imposible el conocimiento de toda la ley eterna y orden divino; pero «se non possiamo conoscere integralmente in se stessa, per i limiti del nostro intelletto, la «ratio divinae sapientiae» che governa il mondo («lex aeterna»), ben possiamo e dobbiamo atterneci alla «lex naturalis» che è il riflesso di quella, adeguato alla nostra natura («secundum proportionem capacitatis humanae naturae» come esatta-

(15) Ibidem, pág. 3.

(16) G. DEL VECCHIO: *Giustizia divina e giustizia umana*, sep. re «IUS, Riv. di science giuridiche», Milano, diciembre 1955.

mente si esprime Santo Tomasso). Vi ha poi, in terzo luogo la «lex humana» («ab hominibus inventa») che deve essere una specificazione più particolareggiata della «lex naturalis» ma non mai contraddire ad essa, nè, tanto meno, alla "lex aeterna"» (17).

Con todo esto se ha expuesto todo el sistema jurídico y su debido ordenamiento, viniendo a corresponder a cada orden de derecho una determinada justicia. Las notas de la justicia divina son, naturalmente, diferentes a las otras clases de justicia (18). Pero esto no importa tanto ahora como lo que la doctrina delvechiana significa de vuelta desde raíces kantianas al planteamiento y soluciones que ha ofrecido la Filosofía tradicional y perenne. Ciertamente que dentro de la construcción del eminente ex rector de la Universidad de Roma se encuentran aún hoy día muchos elementos de la Filosofía del profesor de Königsberg; pero ellos no son tan señalados como para desvirtuar la característica del retorno a la tradición clásica, que se aprecia, incluso, en el orden jerárquico de las diferentes clases de Derecho y de justicia.

III. DEL NEOIDEALISMO AL ORDEN AGUSTINIANO: BATTAGLIA

Desde otros muchos puntos de vista se aprecia esta misma postura de retorno a lo clásico aun dentro de la actual Filosofía jurídica italiana. Nos fijaremos especialmente a dos de ellos por su particular vitalidad. En primer término se trata del Rector de la Universidad de Bolonia, Felipe Battaglia, quien ha venido a parar a construcciones clásicas partiendo de un idealismo inicial, y se entiende en él por clásico sus ansias de objetividad. Hace unos años se ocupó ya F. Elías de Tejada de demostrar esta tesis en el prólogo que dedicó a la publicación española de uno de los más interesantes libros de F. Battaglia (19). Por nuestra parte no tenemos nada fundamental que objetar a la visión del catedrático de Sevilla sobre la Filosofía del Derecho del profesor italiano.

(17) Ibidem, pág. 2.

(18) Ibidem, págs. 3 y sigs.

(19) F. ELÍAS DE TEJADA: *La trayectoria filosófico-jurídica de Felice Battaglia*, en la obra de este último *Filosofía del Trabajo*, trad. españ. de F. ELÍAS DE TEJADA y AGUSTÍN DE ASÍS, Madrid, 1955, págs. IX-XXIV. Para un encuadre en la Filosofía jurídica del Rector boloníense vide E. PARESCE: *La Filosofia del Diritto in Italia nel secolo XX*, en «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», 1951, I, págs. 21 y sigs.

Es evidente la pretensión que animó al pensamiento de Felipe Battaglia desde sus primeros escritos, de hacer del Derecho, no una forma externa capaz de captar cualquier contenido para sí sino un principio ontológico pletórico de contenido y presente en toda la experiencia que se diga jurídica. Esta es la razón que le lleva a apartarse del magisterio delvecchiano, si bien por entonces este último tratase ya de acercarse a la tradición cristiana. Pero en vez de tomar contacto con la tradición clásica acudió, movido por el ambiente en el que se habían desenvuelto sus estudios, a los planteamientos idealistas de la subjetividad objetiva de Croce y Gentile. De esta forma casi en un diálogo con los dos maestros italianos escribió su *Curso de Filosofía del Derecho* (20) y planteó fecundamente toda la problemática de nuestra disciplina. No es de extrañar, pues, que su punto de partida sea el estudio de la experiencia y de la subjetividad creadora. Pero no le llevan estos estudios ni a reducir el Derecho a la Economía, ni a confundirle en la Ética, sino que estas realidades las entiende como una serie trabada de opuestos contrarios que se distingan y se opongan en la realidad de los concretos. De esta guisa el Derecho se comprende como un sistema de relaciones, tal una práctica planteada como juridicidad —objetiva— mediante la que el individual yo y tú se presentan como universales a través de

(20) F. BATTAGLIA: *Corso di Filosofia del Diritto*, 3 vols., Roma, 1940-1947. Además de lo citado en el texto, vide: *Marsilio di Padova e il Defensor pacis*, en «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», 1924, IV, págs. 398 y sigs.; *L'opera di Vincenzo Cuoco e la formazione dello spirito nazionale in Italia*, Firenze, 1925; *L'opera filosofico-giuridica di Francesco Saverio Salvi*, en «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», 1927, II, págs. 144 y sigs.; *La dottrina dello Stato misto nei politici fiorentini del Rinascimento*, en ídem, 1927, III, págs. 286 y sigs.; *Marsilio da Padova e la filosofia politica del Medioevo*, Firenze, 1928; *La crisi del Diritto naturale*, Venezia, 1929; *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, en «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», 1929, II y III, págs. 185 y sigs., y 376 y sigs.; *Un nuovo saggio di Filosofia giuridica fondato sulla dottrina dei valori*, en ídem, 1930, III, págs. 347 y sigs.; *Economia et morale*, en ídem, 1931, I, págs. 69 y sigs.; *Diritto e Filosofia della pratica*, Firenze, 1932; *Lo Stato*, Stena, 1936; *Lineamenti di Storia delle dottrine politiche*, 2.^a ed., corregida y aumentada, 1952; *Scritti di teoria dello Stato*, Bologna, 1942; *Il dogma della personalità giuridica dello Stato*, Bologna, 1942; *L'etica del lavoro*, Bologna, 1943; *Il problema morale nell'esistenzialismo*, Bologna, 1949; *Razionalismo ed irrazionalismo nella Filosofia moderna*, en «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», 1949, I, págs. 39 y sigs.; *I rapporti dello Stato e della Chiesa secondo Francesco Suárez*, en ídem, 1951, IV, págs. 691 y sigs.; *Società internazionale e teoria generale del diritto*, en ídem, 1950, II, páginas 213 y sigs.; *Il pensiero romano*, Milano, 1955.

recíprocos conocimientos mutuos, que son, como tales, éticos y proceden de un acto de conciencia. Por lo que Ética y juricidad se ligan, pero no se confunden. Igual vale para la sociedad y la juridicidad, sin desconocer el valor de la sociología que, en cuanto ciencia, le atribuye una misión de contribución para la ontología jurídica (21).

De esta forma entiende el Derecho como acción, en definitiva, como determinación de la voluntad orientada a fines. Ello implica dos aspectos fundamentales; el primero es la determinación del querer, que es, por esencia, patrimonio del espíritu; el otro es la manifestación externa de este querer que puede traducirse en fuerza, en ley, etc. La fecundidad objetiva y ontológica —toda axiología debe estar integrada en la ontología— lo ha analizado en un importante escrito que debe integrarse en una visión tradicional del mundo y de nuestra disciplina (22). Y la autonomía del Derecho viene requerida no solamente por su construcción filosófica general, sino también por la necesidad de la concreción jurídica, que es un requisito exigido por la objetividad inherente a la subjetividad del espíritu creador. Subjetividad creadora que a lo largo de la Historia se manifiesta y nos viene a dar el criterio de separación de los principios propiamente jurídicos de aquellos que no lo son ciertamente.

Así, ésta, la Historia, representa también la posibilidad para que el Derecho traduzca en normatividad las relaciones que ligan a los sujetos, y aquella otra facultad mediante la cual la justicia se presenta como exigencia moral de la reducción del Derecho positivo a principios abstractos.

Pero los estudios históricos han jugado todavía un papel muy importante en la obra de F. Battaglia. Es la necesidad de buscar un valor objetivo en la Historia, volviéndose contra el historicismo y pretendiendo encontrar un lazo de unión en el existencialismo (23). Mas un nuevo análisis de la Filosofía existencialista, sobre todo de K. Jaspers (24), le empujará hacia un planteamiento ontológico cris-

(21) Cfr. F. BATTAGLIA: *La Sociologia oggi*, sep. de «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», Milano, 1954.

(22) Cfr. F. BATTAGLIA: *Alcune osservazioni sulla struttura e sulla funzione del Diritto*, sep. de «Scritti in memoria di Vittorio Emmanuele Orlando», Padova, 1955.

(23) Cfr. F. BATTAGLIA: *Il valore nella Storia*, Bologna, 1948.

(24) Cfr. F. BATTAGLIA: *L'odierna crisi della Filosofia*, en «Convivium», I, 1948.

tiano a lo San Agustín que se pone ya de manifiesto en *Recostruzione metafisica* (25), y cuya más lograda exposición está en *Morale e Storia nella prospettiva spiritualista* (26). Con ello sitúa el ilustre Rector de Bolonia su pensamiento, sin dejar del todo perspectivas idealistas, en los marcos de un objetivismo que puede corresponder a la tradición filosófica.

IV. OBJETIVISMO FENOMÉNICO: BAGOLINI

Ansias de este objetivismo matizan el pensamiento de otro autor italiano, si bien corresponde a una problemática muy diferente. Nos referimos a L. Bagolini, quien se inspira en una fenomenología que, en ciertos aspectos, mantiene contactos con un sano empirismo. No inútilmente una de sus obras fundamentales lo constituye el estudio de la *Esperienza giuridica e politica nel pensiero di D. Hume* (27). No obstante, su obra tiene más ribetes de clasicismo (28), únicamente paliados por los conceptos de verificabilidad, simpatía y descripción fundamental del dato jurídico, con las consecuencias que esto implica. Pero la verificabilidad no niega la objetividad, sino que en cierta forma la presupone (29) y por ella es posible. Lo mismo ocurre con la simpatía en cuanto se entienda tal como nos la describe en las siguientes palabras (30): «Ora io credo che tale attitudine

(25) Sep. de «Atti XV Convegno di Studi filosofici cristiani, Gallarate, 1948», Padova, 1949.

(26) Bologna, 1954.

(27) En «Studi senesi», 1947-1948.

(28) Cfr. LUIGI BAGOLINI: *Saggio di sintesi di storia della Filosofia*, Bologna, 1935; *Considerazioni sull'attualità di alcuni principi del pensiero politico di Aristotele*, Bologna, 1938; *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milano, 1942; *Il problema dei valori in alcuni recenti scritti filosofici e giuridici*, en «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», 1949, IV, págs. 465 y sigs.; *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nell pensiero contemporaneo*, en ídem, 1950, II, págs. 235 y sigs.; *Giustizia e visione del mondo*, en ídem, 1953, III, págs. 405 y sigs.; *La simpatia nella morale e nel diritto del pensiero di A. Smith*, Bologna, 1952; *Filosofia del Diritto in Brasile*, sep. de «Rev. Brasileira de Filosofia», São Paulo, 1955.

(29) Cfr. L. BAGOLINI: *La filosofia nella solitudine dell'uomo contemporaneo*, Bologna, 1955.

(30) Cfr. L. BAGOLINI: *Conoscenza storica e previsione nella valutazione pratica*, sep. de «Il Saggiatore», año V, núm. 3-4, Torino, sin fecha, pág. 3.

debba essere vista nella possibilità che chi giudica ha, di «partecipare» alla situazione dei soggetti ipotetici su cui possano ricadere gli effetti dell'azione da giudicare. Questa partecipazione implica evidentemente una transposizione immaginativa. Bisogna cioè che il soggetto valutante immagini di trovarsi nella situazione degli altri su cui possano ricadere le conseguenze dell'azione da giudicare, proprio per potere prevedere tali conseguenze. L'immaginarsi di essere nella situazione altrui, implica, a sua volta, la rappresentazione della situazione altrui che può essere diretta e indiretta: è indiretta quando avviene indifferenze analogiche da situazioni particolari note, combinate con processi di astrazione da situazioni ambientali più ampie, delle quali ultime già si abbiano rappresentazioni generali, e nelle quali rientri la situazione particolare altrui che ci si vuole rappresentare. A mio avviso, la «rappresentazione indiretta» della situazione di un soggetto ipotetico e la «partecipazione immaginativa» ad essa, sono due processi che in concreto si implicano l'un l'altro reciprocamente e non possono essere considerati isolatamente l'un dall'altro; la partecipazione immaginativa è l'intrinseca forza animatrice della rappresentazione. Si tratta insomma di una partecipazione «mediata» da una transposizione immaginativa. E si tratta per ciò di una vera e propria «simpatía indiretta». Este concepto de la simpatía es lo que le lleva a una determinación del sentido objetivo de la justicia (31). Lo propio ocurre con la descriptiva funcional del dato jurídico que pone en relación a nuestro autor con N. Hartman y por la que llega a la esencia del fenómeno jurídico en su implicación de interioridad-exterioridad, y no solamente a una presunta interioridad intencional (32).

Precisamente esta descriptiva funcional del dato jurídico le llevará a poner los fundamentos de una ciencia del Derecho que se elabora en contra de la teoría pura kelseniana y que nace como una crítica a cierto aspecto de la misma (33). A este respecto escribe: «E, perchè sia possibile, bisogna, io credo, rinunciare al formalismo inteso come iniziale assunzione della norma giuridica quale sem-

(31) Cfr. L. BAGOLINI: *Giustizia distributiva e simpatía*, sep. de la «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», Milano, 1954.

(32) Cfr. L. BAGOLINI: *Descrittiva pura del dato giuridico*, sep. de la «Riv. Intern. di Fil. del Diritto», Milano, 1956, pág. 752.

(33) Cfr. L. BAGOLINI: *Determinismo e imputabilità*, sep. de la «Riv. Intern. di Fil. del Dir.», Milano, 1955.

plice relazione di presupposti e conseguenze, senza però rinunciare ad una scienza giuridica pura. La scienza giuridica pura può, e deva essere, a mio avviso, concepita come una pura descrittiva funzionale. E per l'appunto, secondo me, da considerarsi funzionale una descrittiva giuridica che assuma inizialmente la norma come tendenza ad influenzare i comportamenti» (34). Y si esta ciencia del Derecho no puede desembarazarse de los elementos filosóficos, la pura descriptiva funcional debe ponerse, en lo más posible, más allá de las opiniones metafísicas e ideológicas. En todo caso, el Profesor de la Universidad de Génova es consciente de la integración del saber filosófico y del carácter objetivo de nuestra disciplina.

V. LA REACCIÓN DE LA POSGUERRA ALEMANA

Esta postura hacia la objetividad con marcada tendencia por las premisas tradicionales que se plasman en distintos ambientes doctrinales, observada en tres nombres representativos de la actual Filosofía del Derecho italiana, Del Vecchio, Battaglia y Bagolini —el estudio de otros autores como Cicala (35), Olgliati (36), etc., podría parecer sospechoso—, se advierte también en el mundo germánico —dejemos a un lado al francés Ripert, cuya obra es muy conocida; Pasquier (37), Haessert, etc.—. En el mundo alemán se inicia ese nuevo movimiento, al igual que en Italia, desde las más diversas figuras filosóficas, aunque la mayor parte de ellas hacen relación a la Fenomenología en sus diferentes manifestaciones de teoría de los valores, fenomenología propiamente dicha y existencialismo, o a un resurgir de la Filosofía tradicional. Uno de los primeros nombres que debemos consignar es el de H. Marcus (38) —dejando

(34) Ibidem.

(35) F. B. CICALA: *Per l'individuazione delle categorie logiche del Diritto*, Torino, 1915; *Sommarii di filosofia e diritto*, 3 vols., Città di Castello, 1926; *Corso di lezione di Filosofia del Diritto*, 2.^a ed., Firenze, 1932.

(36) Cfr. F. OLGILIATI: *Il concetto di giuridicità in Sto. Tommaso d'Aquino*, Milano, 1943.

(37) Cfr. C. DU PASQUIER: *Introduction a la theorie general et a la philosophie du Droit*, Paris, 1942.

(38) Cfr. H. MARCUS: *Metaphysik der Gerechtigkeit*, Basel, 1947.

para otra ocasión la pretensión de Walther Schönfeld (39) de fundamentar la ciencia jurídica en una estricta Metafísica, con lo que aquélla obtendría el sentido pleno—, quien lleva a relacionar lo jurídico con la objetividad cósmica y física por medio de la equivalencia en los mundos moral, jurídico, estético y físico, creando una Metafísica del Derecho basada en la técnica universal de la justicia como equivalencia, dentro de un admirable esquematismo racional elevado con lógica difícil de destruir.

Hagamos también aquí referencia a la admirable obra de H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (40), que si bien, según nuestro plan no deberíamos incluir aquí por pertenecer, al igual que el autor de estas líneas, a la corriente tradicional de la Filosofía, no podemos menos de hacerlo por la importancia tan colosal que en todos los ámbitos del pensamiento ha adquirido este libro. En la obra de Rommen se fundamenta el Derecho natural en el principio metafísico de la posibilidad de conocimiento de la prístina realidad del ser, de la esencia de las cosas (41), quedando el intelecto especulativo determinado por la realidad objetiva y siendo la realidad objetiva a su vez cómputo de la verdad y límite de la misma. Por lo que el conocimiento en el Derecho es un *primum* frente a la voluntad y en cuanto este conocimiento tiene una plasmación original ontológica, es posible una *lex ethica naturalis* de carácter puramente objetivo (42) que, en último término, traducirá a la ley como ordenación de la razón en sentido tomista. La autoridad, ciertamente, en el Derecho, viene de la voluntad; pero hay que pensar en un primado sobre aquélla de la verdad, que no es racionalísticamente entendida, sino que en su hallazgo colaboran elementos experimentales e intuicionistas.

Con otra obra que pretende coordinar algunos elementos kantianos con construcciones tomistas, entraremos en la consideración de los trabajos de H. Coing. Se trata de G. Küchemhoff (43), cuya aportación más importante consiste en la crítica que realiza del forma-

(39) W. SCHÖNFELD: *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1951, que es la 2.^a ed. completamente rehecha de su *Geschichte der Rechtswissenschaft in Spiegel der Metaphysik*, Stuttgart, 1943.

(40) München, 1947.

(41) *Ibide*, pág. 173.

(42) *Ibidem*, págs. 188 y sigs.

(43) Cfr. G. KÜCHEMHOFF: *Naturrecht und Christentum*, Düsseldorf, 1948.

lismo jurídico, construyendo una elaboración del Derecho natural, pletórico de contenido a base de la existencia humana, con lo que hace concesiones a un existencialismo de cuño cristiano.

VI. DEL RELATIVISMO AL DERECHO NATURAL: COING

Otra es la procedencia de Helmut Coing, actualmente profesor en la Universidad de Frankfurt. Mucho debe a Radbruch y aun a Kant en el proceso de su formación. Lo que se advierte a través de su planteamiento fenomenológico del Derecho matizado principalmente por dos nombres: Hartmann y Scheler. Su última obra más importante nos arroja el balance, del que nos ocuparemos a continuación (44). Conforme a una característica general en la moderna literatura jusfilosófica europea, se caracteriza su construcción por el antiformalismo que le anima, si bien sostiene que la Filosofía del Derecho se apoya sobre la Ciencia del Derecho. Ahora bien, la concepción de esta ciencia jurídica no está de acuerdo con aquella puesta en boga por la conocida Teoría pura del Derecho, caracterizada por su formalismo y su purismo metodológico, sino que se trata de una ciencia de cierto fenómeno social, el Derecho. Por lo que su carácter material se pone de manifiesto, es la investigación de un concepto del Derecho pletórico de contenido, que se obtiene a base de un análisis fenomenológico.

De esta forma se comprenderá cómo el objetivo filosófico inmediato será la consideración del Derecho «als Phänomen des sozialen Lebens», pues «Das Recht —comienza la primera parte del libro— kann als Werk des Menschen nur aus menschlichen Zielsetzungen verstanden werden» (45). Caracterízase, pues, el Derecho por ser primordialmente un «orden de las relaciones sociales» dentro y a través de un grupo de hombres, con lo que hay que considerarlo en virtud de los fines del mismo Derecho —seguridad, paz, justicia, igualdad, libertad, etc., etc.— y de las formas de sociabilidad —comunidad y sociedad, tomadas de Tönnies—, así como de los aspectos de psicología social a éstas inherentes y de las relaciones que, a veces, se adquieren en los grupos sociales —relación de fuerza y de lucha, principalmente—.

(44) Cfr. H. COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950.

(45) *Ibidem*, pág. 15.

Así, el Derecho viene entendido como una creación del hombre (*Schöpfung des Menschen*), pero no una arbitraria (*beliebige*) creación, sino que sirve a determinados fines, tiene un determinado círculo de objetos, a los que ha de ordenar, por materia (46). Por otro lado, el análisis del Derecho como fenómeno social ha dado por resultado que «im Rechtsleben bestimmte ethische Forderungen auftauchen». Con lo que tenemos los dos datos del Derecho: en primer lugar unos valores morales que el Derecho debe realizar; en segundo término, «die Natur der Sache». En una publicación anterior ya había esbozado Coing estos «sittlichen Grundwerte des Rechts» (47), constituídos por fuerzas espirituales y que dan lugar al Derecho natural, dirigiendo toda la experiencia jurídica y haciéndose criterio para juzgar de la auténtica juridicidad de una norma. Sin embargo, en los «Grundzüge der Rechtsphilosophie» adquieren el exacto planteamiento y encuadre en el sistema general de Filosofía del Derecho. Y aquí radica todo el influjo de la fenomenología, pues, al igual que en ésta, se entiende a los valores morales como consecutivos de una esfera de seres ideales independientes de nuestro conocimiento. «In unserem sittlichen Bewusstsein sind uns bestimmte geistige Sachverhalte gegeben, Gerechtigkeit, Wahrhaftigkeit, Treue; wir nennen sie Werte. Sie bilden einen eigenen Bereich des idealen Seins; denn auch hier muss zwischen unseren Vorstellungen und Gefühlen und dem Sachverhalt auf den sie gerichtet sind unterschieden werden» (48). Pero no puede hablarse de un único valor, sino de una «Vielheit von spezifischen und verschiedenen sittlichen Werten», de un reino de valores morales (49). En cuanto al conocimiento de los mismos hay que señalar, naturalmente, que no se posee una exactitud matemática y «es fehlt die Möglichkeit der Naturprüfung im Experiment; die letzte Instanz ist das menschliche Erleben». Pero ello no quiere decir nada de la objetividad de los mismos, así como tampoco de la posibilidad de un número de afirmaciones objetivamente exactas sobre el contenido de los mismos y respecto de su jerarquía, pues no todos ellos son equivalentes. De esta manera la Filosofía del Derecho viene a estar integrada en la Filoso-

(46) Ibidem, pág. 90.

(47) Cfr. H. COING: *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947, págs. 28 y sigs.

(48) Idem: *Grundzüge der Rechtsphilosophie* cit., pág. 106.

(49) Ibidem, págs. 106-107.

fía general y en una Ética necesariamente objetiva y no relativista, y, en fin, en una ética material.

Que la justicia no sea el único valor que expresa lo que se ha llamado la idea del Derecho está explícitamente afirmado: «Die Rechtsidee ist danach die Summe der sittlichen Gehalte (W.), die Wesensgemäss mit der Ausbildung des Rechtes verbunden sind» (50). Pero a continuación se dice que en el punto central está la justicia, aunque no es más que un valor moral que contribuye, entre otros, a la idea del Derecho: es el valor de la igualdad que, en cuanto tal, excluye al arbitrio y a la violencia (51). Mas en su hacerse, en su desarrollarse, la justicia encuentra límites en la naturaleza de las cosas (52) que tienen parte en la vida social cuyo factor unitivo es el Derecho —este es otro importante elemento objetivo de la nueva construcción filosófica de H. COING—. Mas tampoco es la naturaleza de las cosas el último elemento al que es reductible el Derecho, sino que por sí hace referencia a otro grupo de valores, entre los que se encuentra el de la persona humana que conduce al Derecho, al reconocimiento y garantía de la libertad individual.

Precisamente de la idea del Derecho surge la posibilidad del Derecho natural entendido como: «der Umriss einer Rechtsordnung, welche den sittlichen Forderungen der Rechtsidee genügt. Gegenüber der Rechtsidee —als reinem sittlichen Gehalt— soll das Naturrecht ein System von Rechtssätzen bestimmten Inhaltes sein, in denen die Rechtsidee Gestalt gewinnt und dadurch anendbar wird. Den allgemeinen Inhalt der sittlichen Werte, welche die Rechtsidee in sich begreift, wandelt das Naturrecht in eine Reihe bestimmter Rechtssätze um, welche, im sozialen Leben verwendbar, Gesetzgebung und Judikatur als Vorbild dienen können. Im Naturrecht wird die Rechtsidee praktikabel; sie wird in Grundsätze ungeformt, die in Gesetzen und Urteil Verwendung finden können» (53). Por lo que el Derecho natural se sitúa fuera de una pura Ética, pues está constituido por principios del orden social. Pero debe entenderse aquí la Ética como disciplina, con lo que adquiere particularidad propia el Derecho natural. Su situación exacta la encontraríamos entre la Idea del Derecho y el Derecho positivo y aproxima éste a aquél. «Das Naturrecht

(50) Ibidem, pág. 147.

(51) Ibidem, págs. 111 y sigs.

(52) Ibidem, págs. 118-131.

(53) Ibidem, pág. 151.

ist als eine Summe oberster Rechtsgrundsätze zu verstehen, welche die Grundlage des positiven Kulturrechts bilden. Diese Grundsätze sind aus dem sittlichen Gehalt der Rechtsidee im Hinblick auf bestimmte, wederkehrenden Grundsituationen und Grundsachverhalte des sozialen Lebens abgeleitet. In ihren ethischen Grundlagen a priori, enthalten sie empirische Momente, insoweit sie auf bestimmte Situationen Bezogen sind und von bestimmten Gegebenheiten der menschlichen Natur oder der Natur der Sache ausgehen. Sie gehören der Welt des Menschen an; auf sie beschränkt sich ihre Geltung. Sie bilden für und kein geschlossenes System und kein geschlossene Ordnung, da uns die Rechtsidee nicht voll erkennbar ist» (54). Ahora bien, por otra parte, el Derecho natural hace relación a la Etica en cuanto que es una circunstancia (*Sachverhalt*) determinada éticamente que viene a traducirse en una norma (55). En definitiva, el Derecho natural, que no es Etica, se siente referido a ésta por medio de la Idea del Derecho. Pero ya no se pone en duda la existencia de este *ius naturae* situado en el mundo del ser (ideal).

El objetivismo de la Idea del Derecho y del Derecho natural hace que se refieran a la totalidad de las manifestaciones jurídicas, por lo que la Filosofía del Derecho no queda limitada aquí, sino que avanza hacia aquellos campos sociales donde pueden realizarse ambos seres. De esta forma no se contenta con elaborar una doctrina de los derechos del hombre y de los principios fundamentales de la justicia (56), sino que la Filosofía del Derecho tiene como tarea también la Filosofía política e incluso buena parte de la Filosofía de la economía, en cuanto esta es capaz de recibir en sí la idea del Derecho (57) y de la ciencia del Derecho positivo.

La Filosofía del Derecho ha adquirido un planteamiento más universal y objetivo con H. COING, que, sin embargo, no nos parece completo. La objeción fundamental es que no encontramos una descripción completa, adecuada y específica de la realidad jurídica. Sin duda ello es producto de la no integración de la descripción fenomenológica de los valores —¿en qué está lo específicamente jurídico de los va-

(54) *Ibidem*, pág. 165.

(55) *Ibidem*, pág. 166.

(56) Por otra parte, ya había expuesto esta doctrina de las formas de la justicia en *Die obersten Grundsätze des Rechts* cit.

(57) Cfr. H. COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, págs. 200 y sigs. y 216 y sigs.

lores y fines señalados?— en un orden ontológico. El valor, meramente el valor, no es nada más que un paso anterior a lo ontológico y sin el orden del ser ontológico —discúlpenos esta tautología, que la han hecho necesaria de utilizar los que sólo se quedan en los valores— nada es sino a medias.

VII. UNA ONTOLOGÍA JURÍDICA EN EL EXISTENCIALISMO.

Sin embargo, se advierte un clima propicio a esta construcción ontológica de la Filosofía del Derecho, en general, puesto de manifiesto en la aspiración de los más jóvenes escritores. Constatemos aquí un ejemplo proporcionado por W. MAIHOFER (58). Se trata de su *Habilitations Schrift*, donde, partiendo de un examen de las aportaciones fenomenológicas y existencialistas, pretende fundamentar una ontología jurídica en el sentido de una «Lehre vom Sein des Rechts» (59). Ahora bien, en la búsqueda de la situación del Derecho, le coloca no en la esfera del ser, sino en la del deber ser: «Gilt doch —escribe— als ausgemacht, dass wir das Recht nicht in der "Sphäre" des Seins, sondern des Sollens zu suchen haben, in jener vom Sein streng geschiedenen Überwelt der Idee, auf welche die alltägliche Welt des Rechts seit Platon als ihren "legitimierenden" Grund zurückgeführt wird» (60). Por ello no cambia el sentido de una ontología jurídica, sino que la pregunta inicial sigue siendo la misma, por el fundamento («Grund») de lo que en este mundo entendemos por jurídico, es decir, ¿puede o no puede ser? ¿Qué es lo que llamamos Derecho? ¿Cuál es su sentido general y, en particular, para los hombres? Lo que nos remite a una última pregunta fundamental. «Warum ist überhaupt Rechtliches und nicht vielmehr nicht?» (61). Y la pregunta sobre el fundamento se traduce aquí, como en el existencialismo, en tres originarias preguntas: «aus welche Grunde kommt das Seiende? auf welchen Grunde steht das Seiende? zu welche Grunde geht das Seiende?» (62).

De esta forma la ontología jurídica se pone como auténtica onto-

(58) W. MAIHOFER: *Recht und Sein*, Frankfurt a. M., 1954.

(59) *Ibidem*, pág. 14.

(60) *Ibidem*, pág. 37.

(61) *Ibidem*, pág. 38.

(62) *Ibidem*, pág. 39.

logía, entendida como ontología regional, y, por lo tanto, *apriorische Sachlogik* a la que ha conducido una fenomenología trascendental, cuyo principal análisis, en cuanto análisis de la existencia, es el del «Im-Recht-sein». Pero, como «Dasein ist Sein in der Welt» (63), el mundo tiene tres sentidos fundamentales: 1.º En cuanto mundo individual (64), en el que se consume la «Weltaufbau der Person»; 2.º En cuanto mundo circunstancial de las cosas, «Umwelt der Sachen» (65); 3.º En cuanto «co-mundo» de personas. En estos sentidos del mundo en el que se es, tiene su propia esfera y manifestación el Derecho, así como en el «Selbstsein» —vida auténtica— donde se localiza el Derecho natural, o mejor dicho, el «existencial Derecho natural. «Alles "eigentliche" Recht wird deshalb in der autonomen Sphäre des Selbst zum Heroenrecht der "Ausnahme": zum "subjektiven" Daseinrecht, -zu einem aus der Einzigkeit und Einzigartigkeit des Selbst entspringenden existenziellen Naturrecht» (66).

La esfera ontológica del Derecho se extiende al igual que las dimensiones del «Dasein», también a través de las formas sociales. Con lo que se integra en la ontología jurídica la llamada Filosofía del Estado, a la vez que surge un institucional Derecho natural. En definitiva, en este ensayo de Maihofer, que en muchos aspectos aparece todavía incompleto, desde un punto de vista fenomenológico y existencial, se pretende llegar a conclusiones objetivas basadas en una ontología jurídica. La Filosofía del Derecho se entiende como ontología jurídica, y el Derecho natural, cuya existencia es debidamente constatada, es un, o acaso fundamental, problema de la misma. Hemos de reconocer las deficiencias de este planteamiento, pero es un índice de la nueva orientación de nuestra disciplina. Por otra parte, tratando de salvar estas faltas el joven doctor suizo Görg Odenheimer escribió en 1955 su *Habilitationsschrift* en la Universidad de Basilea bajo la dirección de O. A. Germann con el mismo título de *Recht und Sein*. También debemos indicar aquí el trabajo y las pretensiones en el mismo sentido de Georg Cohn (67).

(63) Ibidem, pág. 83.

(64) Ibidem, págs. 83-86.

(65) Ibidem, págs. 86-90.

(66) Ibidem, pág. 98.

(67) Cfr. G. COHN: *Existentialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955.

VIII. FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO METAFÍSICA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Pero el intento más eficaz e importante de la creación de una ontología, metafísica, del Derecho ha sido el realizado por el profesor de la Universidad de Tubinga Erich Fechner. La obra es todavía reciente y apenas si la crítica se ha ocupado de ella (68). Ello no quiere decir que su orientación no nos fuera conocida por artículos anteriores, como es el *Gewaltanwendung und Gewaltüberwindung als Notwende im Recht* (69). Pero es, sin duda, en su *Rechtsphilosophie* donde, de una forma sistemática, amena y muy clara, expone ordenadamente su visión de nuestra disciplina.

La orientación que el profesor de la Universidad de Tübingen, aunque es esencialmente antiformalista, no significa negación de planteamientos anteriores al de la segunda guerra mundial. Ciertamente las consecuencias que ésta acarrea constituyen una verdadera obsesión a lo largo de la obra de Fechner. De aquí parte para poner los ejemplos más interesantes de la problemática del Derecho (70), arranque de la consideración del Derecho como objeto filosófico y del encuadre de la Filosofía jurídica, que es considerada como la tarea encargada de responder a la problematicidad del Derecho. Esta problematicidad, que puede ser observada externamente, hace relación al fundamento del Derecho. Y las contestaciones que se han dado a la problematicidad del Derecho pueden reducirse a dos grupos: «diejenigen, die das Recht gewissermassen von unten her auf den realen, wenn auch veränderlichen Gegebenheiten des Lebens und der sozialen Tatsachen aufbauen und diejenigen, die es "von oben" von absoluten "geist" —bestimmten Richtmassen ableiten» (71). El primer grupo de teorías, que contestan a la pregunta del fundamento del Derecho, está constituido por explicaciones naturalistas, sociológicas y positivistas; el segundo por aquellas que acuden a la razón como fundamento, o a los valores, o a una visión teológica.

(68) Cfr. E. FECHNER: *Rechtsphilosophie, Sociologie und Metaphysik des Rechts*, Tübingen, 1956.

(69) Publicado en «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», tomo II de 1955, págs. 14 y sigs.

(70) Cfr. FECHNER: *Rechtsphilosophie* cit., págs. 9 y sigs.

(71) *Ibidem*, pág. 21, vd. págs. sigs.

Naturalmente la consideración exclusiva de uno de estos elementos o factores no explica la totalidad del Derecho. Es necesario un cuadro en que cada uno de estos factores —sociológico, político, etc.— sea un componente, pues el Derecho, en cuanto tal, es totalidad. Sin duda el primero que se presenta a nuestros ojos es el sociológico, «dass das Recht etwas Zwischenmenschliches ist und dass es ausserhalb menschlicher Gemeinschaften so etwas wie das Recht nicht geben kann» (72). Pero, en todo caso, hay unas fuerzas formales del Derecho que tienen que ser consideradas en un análisis sociológico o filosófico del mismo: relaciones causales de sangre, datos económicos, relaciones de fuerza, conocimientos humanos, razón, valores, situaciones religiosas, etc. Ante esta situación surgen las preguntas de la Filosofía jurídica por la especificidad, origen y la relación entre sí de dichas fuerzas. Teniendo en cuenta que son elementos que unos se refieren al orden de lo real y otros al de lo ideal, la primera fundamental cuestión radica en la interacción de estos dos mundos (73). Aquí se advierte la construcción scheleriana de la sociología del saber, después las relaciones entre ellos. Sin embargo, estos factores, siendo todos ellos objetivos, no tienen la misma actuación en el Derecho. Dentro de los mismos «realfactores» hay diferencia entre ellos: pensemos en las relaciones causales de sangre y en el de la «naturaleza de las cosas». Lo mismo para los «idealfactores». Pero gracias a esta diversidad se pretende obtener la expresión completa y justa capaz de explicar y construir el más variado Derecho.

Hemos dicho que estos factores integran una unidad, un ser, por el que se cuestiona la Filosofía del Derecho. De esta manera, dentro del orden del ser —tal y como ha sido expuesto por N. Hartmann—, el Derecho aparece como una parte del mismo (74), pero con especificidad en conexión con la realidad jurídica y la estructura del ser, participando de la objetividad propia de los elementos arriba señalados. De esta manera el Derecho aparece como un orden en el que está inserto el hombre: «die Ordnung ist mit dem Menschen gegeben, weil der Mensch erst durch dieses Mass Mensch ist. Seine Freiheit und Würde bestehen darin das zu erkennen und anzuerkennen, so wie er die übrige Ordnung der Welt, die physikalischen Gesetze, die Gesetze des Denkens anerkennen muss, wenn er sein will, was er

(72) Ibidem, pág. 108.

(73) Ibidem, págs. 111 y sigs.

(74) Ibidem, págs. 190 y sigs.

zu sein vermag. Wie die Begriffe und die Denkgesetze werden auch die Rechtssätze insoweit nicht gebildet, sondern nachgebildet, nicht erfunden, sondern aufgefunden (75). De aquí que la objetividad del Derecho, en cuyo orden el hombre está inmerso, se ponga como el problema fundamental de una Ontología jurídica y a todo este orden objetivo, así como a su problemática se le llame Derecho natural (76). De esta forma, «das rechtverstandene Naturrecht besteht nicht in einem starren Absolutheitsanspruch inhaltlicher Rechtssätze sondern in dem Bewusstsein einer Objektivität (...) Aus dieser scheinbaren Widersprüchlichkeit, die in Wahrheit eine fruchtbare Spannung darstellt, erklärt sich das Widersprüchliche des Naturrechtsgedankens selbst, das sich uns in Gegenwart und Geschichte immer wieder störend aufdrängt: Die Naturrechtlichen Rechtssätze können nicht übereinstimmen; sie müssen voneinander abweichen, weil niemand sicher weiss, wer den Stein der Weisen besitzt. Naturrechtliche Richtigkeit und Gültigkeit liegt allein in der Überzeugung, nach äusserster Erforschung und gewissenhafter Abwägung aller Gegebenheiten das Menschenmögliche an Wahrheitsermittlung geleistet zu haben und daher berechtigterweise den Anspruch erheben zu dürfen; die zwischenmenschliche Wirklichkeit möge dieser Erkenntnis entsprechend gestaltet werden. Diese Ungewissheit, dieser Einsatz der Person für eine echte (...) Überzeugung, die sich *in der Tat* bewahren muss (...) entspricht der Stellung des Menschen im Dasein als eines objektiv Bedingten und zugleich subjektiv immer erneut zu Wagenden. Sie stellt die eigentlich schöpferische Quelle der Rechtsentwicklung dar» (77). Vienen, pues, a relacionar las preguntas fundamentales de la Filosofía del Derecho con planteamientos existencialistas, cuyas conexiones no podemos examinar ahora, sino que indicamos únicamente cómo, para muchos supuestos del Derecho natural y de la Filosofía jurídica en general, hace un examen de puntos de partida existencialista que, por otra parte, ya habíamos visto algunos de ellos tratados por Maihofer.

Por todo ello que la Filosofía del Derecho tenga un doble tema. De una parte, debe captar los fenómenos jurídicos como fenómenos parciales en la conexión social y en la conexión total de lo existente («Seienden») a lo que pertenece el esclarecimiento de los orígenes

(75) Ibidem, págs. 209 y 210.

(76) Ibidem, págs. 179-222.

(77) Ibidem, pág. 220.

reales del Derecho, la presentación de sus factores formales, sus funciones y sus fronteras. De otro, debe tratar la filosofía jurídica la interna necesidad del Derecho, la fundamentación y la crítica de su forma real (78). Y ello porque se entiende al Derecho también doblemente: «Regelung menschliche Beziehungen auf Grund empirisch feststellbarer Daten und immer erneute innere Entscheidung aus rational nicht fassbaren inneren Vorgängen» (79).

De aquí que la Filosofía del Derecho tenga una doble faceta: en cuanto es Sociología jurídica y en cuanto metafísica jurídica: «sie ist Rechtsmetaphysik, soweit die letzten Gründe und Ursachen des Rechts nachsinnt, wenn sie sich dabei auch nicht vermisst, endgültige antworten vorzuweisen, sondern nur hofft "gültige" zu finden, die dem unruhigen menschlichen Geiste und den Notwendigkeiten seines Daseins als vorläufige Wahrheit gelten dürfen, ohne bis zum Ende aller Zeiten als absolute gelten zu wollen, weil bisdahin noch vieles sich enthüllen wird, was heute verborgen ist. Sie ist Rechtsmetaphysik, soweit sie bis zu den Elementen und Fundamenten des Rechts, den letzten nicht mehr zurückführbaren Kräften und Grundlagen durchzustossen *versucht*. In sofern ist sie nach wie vor in der äussersten Zielsetzung auf das "Absolute", das von allem "Unabhängige", auf das Letzte und Eigentliche gerichtet, auch wenn sie weis, dass damit nur eine Richtung angedeutet und nicht das Ziel selbst gemeint ist» (80).

Es Sociología jurídica en cuanto que toda consideración dirigida hacia lo «auténtico» y lo «último», por de pronto, ha de entenderse las con el objeto de esta consideración, con la situación de hecho dada. Pero el Derecho es una determinada manera de la coexistencia humana. Vive en estados y procesos sociales, sin los cuales no existe en absoluto. Toda consideración del Derecho ha de ser, pues, ante todo, una consideración sociológica. La Filosofía jurídica es, por lo tanto, Sociología jurídica, en cuanto que investiga el Derecho como fenómeno social, es decir, cuando comprende la aclaración de su carácter social y de su engranaje con los demás fenómenos del mundo social. Es en tal investigación donde se descubren las conexiones reales en las que descansa el Derecho y sin las cuales no subsiste. La consideración sociológica es al mismo tiempo el primer paso

(78) Ibidem, pág. 291.

(79) Ibidem, pág. 292.

(80) Ibidem, pág. 292.

hacia la comprensión del Derecho como fenómeno parcial de totalidades cada vez más externas, es decir, por de pronto de lo social. No hay Filosofía jurídica que pueda prescindir de la consideración sociológica del Derecho, si no quiere perderse en lo abstracto y en lo irreal (81).

Que la Filosofía del Derecho haya que entenderla en virtud de estas dos facetas no quiere decir que exista una total y radical separación entre ellas o que alguna de ellas —la metafísica— sea absoluta, autárquica diríamos en términos aristotélicos. Pues el Derecho es una unidad dada en cualquier fenómeno jurídico, que quiere ser considerada en las dos direcciones de nuestro planteamiento: al mismo tiempo sociológica y metafísicamente. Sin embargo, la consideración metafísica del Derecho por más que tienda a captar las últimas conexiones y causas primeras no puede perder de vista al Derecho como fenómeno social, puesto que, en tal caso, se privaría del objeto cuyo conocimiento le es vital. De esta forma, la Filosofía del Derecho entendida rectamente no representa un objeto aislado, incomunicable, de concepciones sociológicas y metafísicas, sino una dualidad que se agrupa en la unidad mayor y en la cual la consideración aislada científico-sociológica y la amplia metafísica suman un todo (82).

AGUSTÍN DE ASÍS

Profesor adjunto de la Universidad
de Sevilla

(81) *Ibidem*.

(82) *Ibidem*, págs. 292-293.