

el campo de actuación que en la ciencia jurídica le corresponde a la forma de pensamiento problemático. Esta acosa por distintos puntos a la construcción pretendidamente cerrada del sistema jurídico. Así, en cuanto tratemos de aplicar éste nos encontraremos forzosamente con una serie de casos cuya inclusión en el sistema resulta problemática. No tendremos entonces más remedio que acudir a la interpretación, ampliando, reduciendo o acomodando el sistema. Operaciones semejantes tendremos que realizar con los términos del lenguaje natural, en los que ordinariamente se vierte el sistema jurídico. Finalmente nos encontramos con que la realidad misma que ha de ser regulada por el Derecho necesita de una interpretación, que rebasa asimismo los límites del sistema.

Por eso puede decir Viehweg que, si echamos la vista atrás, veremos que es bien poco lo que queda del pensamiento jurídico lógico-sistemático. Y por eso puede atreverse a confrontar con la ciencia jurídica que responde a los deseos de la cultura occidental del continente europeo en la Edad Moderna otro tipo de ciencia jurídica. Afortunadamente puede contar ya para esto con no pocas actitudes de comprensión. Este nuevo estilo de ciencia jurídica parte de la incesante búsqueda de la justicia para cada caso, que es la fuente de donde procede el Derecho positivo y que tiene que seguir manando dentro de éste. La ciencia jurídica entonces tiene que afanarse por encontrar lo justo, sin encerrarse en el círculo del sistema, sino valiéndose de todos los recursos humanos. Si tratáramos de completar aquí la expresión del pensamiento de Viehweg, añadiríamos que no sólo por medio del pensamiento, sino también valorando, o, al menos, no sólo por medio del pensamiento estrictamente lógico y racional, sino también por medio del pensamiento retórico-dialéctico, del que siempre en mayor o menor escala se ha servido la ciencia jurídica y del que hoy por hoy se ha de servir con humildad, pero sin desdoro.

Las consideraciones de Viehweg, que parten del campo de la estricta ciencia jurídica, desembocan de este modo en los límites de la axiología jurídica, poniéndose en conexión con el Derecho natural. No nos queda más que añadir a la aprobación general que nos merece la obra de Viehweg, sino que entendemos que su problematismo, por lo que se refiere a este campo, se reduce al orden de aplicación concreta de los principios, sin que esté implicada para nada la problematicidad del Derecho natural mismo.

J. M.^a R. PANIAGUA

WELZEL (Hans): *Derecho y Poder*. Vers. cast. de E. Garzón Valdés. Córdoba (R. A.), 1962.

En este breve trabajo, en lengua original, *Macht und Recht*, escrito en 1959, el ilustre profesor de Bonn estudia uno de esos grandes temas siempre eternos y por ello siempre actuales de la filosofía jurídica y política: el de las relaciones entre Poder y Derecho. También nosotros —dice el autor— nos enfrentamos con este problema cuando hemos visto

declarar como *Derecho* algo que, sin embargo, era a menudo sólo *poder* mal disimulado y que hasta incluso se manifestaba abiertamente como poder, es decir, como el "derecho del poder".

Claro que el *Derecho también* tiene que ser poder porque siendo el hombre un ser que está en riesgo y peligro, es por eso él mismo un riesgo y un peligro. "La dinámica de la naturaleza humana ha sido siempre presentada como la razón decisiva para que el *Derecho* tenga poder. La primera y más importante misión del *Derecho* es dominar o superar la guerra civil de todos contra todos... poner fin a la anarquía, a la lucha revolucionaria de todos contra todos y garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad ante la violencia física" (pág. 48). Pero además el *Derecho* tiene que ser poder porque el *Derecho* tiene que imponerse frente a las concepciones divergentes de los tipos de ordenación.

Ahora bien, si el *Derecho* tiene fuerza y poder configurador de la realidad ¿cómo—se pregunta el autor—se diferencia entonces del "simple" poder? Siempre es una característica *formal* la que debe distinguir al *Derecho* del simple poder. La vinculación normativa en que consiste el *Derecho*, considerada desde el punto de vista del individuo es su *deber jurídico*, y desde el punto de vista de la norma es *validez* jurídica. Pero el deber jurídico si se considera como deber coactivo—lo que, según el autor es una contradicción—, sería un "nihilismo" filosófico-jurídico como consecuencia del concepto positivista del *Derecho* como poder regulado, olvidando que el poder—regulado o no—puede sólo coaccionar pero no obligar. Por lo que se refiere a la *validez* de las dos teorías, la de la *coacción* y la del *reconocimiento* que pretenden fundamentarla, la primera incurre en un "error metódico fundamental" y contra ella habla el hecho de que la coacción tiene que cesar en algún momento (por ejemplo, para los órganos supremos del Estado, *Derecho* internacional, *Derecho* canónico) sin que por ello dejen de ser normas jurídicas. Y la teoría del *reconocimiento* "trabaja con ficciones" y es descendiente tardío de la antigua teoría iusnaturalista del contrato social". Las dos teorías de la *validez*, como teorías fácticas, únicamente podrán decir por qué el *Derecho* ha sido *efectivo* (a causa de la coacción o del *reconocimiento*), pero no por qué *debe ser* obedecido; ninguna de esas teorías puede dar respuesta alguna al problema de la *validez* del *Derecho*; se refieren a un *tener que*, o a un *querer*, pero no a un *deber ser*.

Cuando el *Derecho* se presenta como puro *factum*, como simple poder, no puede alcanzar la obligación de los miembros de la comunidad jurídica, de obedecer la norma. El *Derecho* tiene entonces que renunciar a la imposición de un deber jurídico y a la pretensión de *validez*. "Esto significa, con otras palabras, que el *Derecho* deja de ser *Derecho*... La teoría jurídica positivista fracasa frente a este presupuesto indispensable del *Derecho* (su obligatoriedad normativa). El *Derecho* no es sólo poder coactivo, sino también valor obligante" (pág. 62).

El *Derecho* tiene que ser poder para cumplir su misión de protección y garantía y por ello encierra una fuerza obligatoria como orden normativo. Pero sólo el hombre puede asumir deberes. El *Derecho* puede *obligar* al hombre sólo como *persona*, reconociéndole, a su vez, como tal.

Y precisamente en este reconocimiento del hombre como persona, reside la diferencia decisiva entre el Derecho y el simple poder.

Una última cuestión planteada por Welzel es si a la larga un orden social puede imponerse como simple poder, es decir, sin el momento de obligatoriedad y por consiguiente sin el reconocimiento como persona de los seres a quienes se refiere. Con el autor, pensamos "que la durabilidad del simple temor es imposible." Y con el autor y ambos con Aristóteles, terminamos con "el ente se niega a ser mal administrado".

E. SERRANO VILLAFANE

WELZEL (Hans): *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*. Traducción de E. Garzón Valdés. Córdoba (R. A.), 1962.

Este libro, comprende los tres trabajos del ilustre profesor Hans Welzel: *Naturrecht und Rechtspositivismus*, *Macht und Recht* y *Gesetz und Gewissen*, publicados de 1953 a 1960, que son, a su vez, el complemento de su *Derecho natural y justicia material*, cuya traducción española de F. González Vicen (1957) tanto ha contribuido a divulgar el pensamiento de su autor.

Aun cuando estos trabajos reflejan "una unidad de pensamiento" que se expresa en el título común indicado, fijamos por ahora la atención en el primero de ellos por ser indudablemente el más interesante.

El eterno problema del Derecho natural y de su relación con el Derecho positivo, "se ha transformado en un apasionante acontecimiento para nuestra generación". Al rechazo y negación de todo Derecho natural superior al Derecho positivo, que era el punto de partida de los juristas del siglo XIX y comienzos del actual, el fracaso del positivismo en recientes y sangrientas experiencias, ha despertado la conciencia de juristas y filósofos, algunos de los cuales habían contribuido no poco a su exaltación, quienes en famosas rectificaciones de última hora han apelado nuevamente al en otro tiempo repudiado Derecho natural. El nombre de Gustav Radbruch es por todos invocado a este respecto y así lo hace aquí Welzel.

¿Pero qué es este Derecho natural frente al cual es nulo el Derecho positivo que lo contradice? La historia del Derecho natural es, para Welzel el desarrollo continuo de un diálogo entre dos posturas radicalmente diferentes: una idealista y otra existencial, que busca la solución del problema de la ética jurídica material, esto es, del problema de la justicia. Por eso distingue el autor entre Derecho natural "ideal" y Derecho natural "existencial", que desde Platón y Aristóteles, pasando por Scoto, Hobbes, Kant, Scheler y Hartmann hasta Helmut Coing, recorre la historia del iusnaturalismo. No es posible pretender enfrentarse con el Derecho natural actual desconociendo la situación histórica que es la que impide retrotraer los problemas a un pasado que desconoce el proceso ya realizado, ni solucionar las cuestiones de la ética material prescindiendo de la oposición actual entre iusnaturalismo y positivismo jurídico o igno-