

dad, una vigencia social, lo que incluye también una vigencia en las convicciones sociales. De aquí que la sociedad asuma un papel relevante, no sólo frente al Estado, sino también en contraposición a las convicciones del individuo aislado. En esta línea se mueve la afirmación de Messner de que los principios del Derecho supralegal que en ciertos casos el juez se ha de ver precisado a aplicar "no son simplemente los de la conciencia individual del juez, sino los de la "conciencia jurídica", vale decir: los de la conciencia jurídica de la comunidad. Esta afirmación—y la línea de pensamiento que la envuelve—suscita la repulsa de v. d. Heydte. A primera vista parece que la postura de v. d. Heydte busca una mayor garantía frente a las arbitrariedades del poder estatal, porque se refiere a que "todo despotismo invoca el "sano sentido popular", para dar apariencia de Derecho a sus mandatos arbitrarios". Pero si suprimimos esa instancia social, lo que queda es el juez a solas con su conciencia. Y así v. d. Heydte nos dice que "el fundamento de toda decisión judicial tiene que ser una *norma objetiva*, que el juez reconoce en su conciencia". Si esta afirmación ha de entenderse en el sentido de que la "norma objetiva" coincide con el dictado de la conciencia del juez, nos parece una excesiva ingenuidad. Es sobradamente conocido el problema de la "conciencia errónea", para poder erigir así de cómodamente el dictado de la conciencia individual en árbitro de la objetividad de una norma. No nos es preciso determinar aquí cuántos son los casos en que la conciencia individual se equivoca (de buena fe); basta con que sean algunos para que el juez pueda invocar su conciencia, "para dar apariencia de Derecho a sus mandatos arbitrarios", con mucha más comodidad que invocando el "sano sentido popular". Pero no sólo es esta función de garantía frente a los abusos conscientes del poder judicial, o de cualquier órgano estatal, lo que justifica la dimensión social que Messner exige se ha de tener en cuenta para la aplicabilidad del Derecho natural. Precisamente si se tiene confianza en que la conciencia individual pueda descubrir las normas objetivas, en especial las del Derecho natural, habrá que convenir que es fácil lograr un estado de conciencia colectiva de acuerdo con esas normas. No significa esto una nivelación social de todas las

conciencias, ni en el orden cognoscitivo ni en el de la honorabilidad. Pero a su vez esta negativa no lleva consigo, sino que las convicciones colectivas han de tomarse tal como de hecho se dan en la sociedad: jerarquizadas en el orden intelectual y en el moral. Estamos de acuerdo con la insinuación de v. d. Heydte, de que es fácil invocar un sentido popular que previamente se han conformado a la medida de los gobernantes. Pero esto no debe llevar a debilitar a la sociedad, sino al contrario, a sanearla y enriquecerla intelectualmente, es decir, en definitiva, a robustecerla. J. M. P.

OLÍS ROBLEDA: *¿Se debe llamar Derecho al Ius naturae?*, en "Miscelánea Comillas", XXXIV-XXXV, 1960, (páginas 575-582).

Los argumentos contra el Derecho natural en la época actual tienen un denominador común: sus detractores afirman que no es *Derecho* o que no es *natural*. No lo primero porque sólo es Derecho—dicen los positivistas de nuestros días—el positivo, el *puesto* por el legislador o por la costumbre como *hecho* social; no lo segundo porque aparte de la dificultad de definir el concepto de "naturaleza", natural es para muchos, como lo fue para Trasímaco y, en otro sentido, para Spinoza, lo que manda o impone el más fuerte y eso, claro es, no es, no puede ser Derecho.

Pero junto a estas posiciones extremas, otros autores menos heterodoxos, niegan el Derecho natural porque lo que se llama "Derecho natural", que indudablemente existe y cumple funciones importantes, no es Derecho, sino *ética*, o cuando más, "moral social", o, si acaso, un Derecho "sobrenatural", reservando la juridicidad solamente para el Derecho positivo. Uno de estos últimos autores, el ilustre profesor Carnelutti (*Ordinamento giuridico e morale cristiano*) afirma que no le parece conveniente llamar *Derecho al natural*. Y ello por tres razones principales: para distinguir así los *comandi dettati agli uomini* de los *dettati dagli uomini*, porque llamarles por un mismo nombre sería *degradar quelli al livello di questi*; porque la ética no se presta a ser reducida a fórmulas cerradas; y porque la ética, lo que no es Derecho positivo, no se presta a ser impuesto por la fuerza. Da por supuesto el ilustre

maestro que lo que no es Derecho positivo, esto es, el Derecho natural, es ética.

El P. Robleda deshace en este breve trabajo las tres razones expuestas por Carnelutti, no viendo "por qué ha de haber degradación en llamar lo mismo uno que otro (Derecho natural y positivo). *Derecho*, porque uno y otro son la justicia misma o dice relación a la justicia, respectivamente; porque si el Derecho natural (la ética en palabras de Carnelutti) no se presta a ser reducido a fórmulas, "hay normas enteramente formuladas, cuales son los primeros principios y sus conclusiones inmediatas". Y no se diga que tales normas son demasiado abstractas y generales prescindiendo de las diversas situaciones de la historia (otra de las acusaciones contra el Derecho natural), "porque el Derecho natural auténtico, no el *inflacionista*, racionalista más bien que natural..., se acomoda a la diversidad de circunstancias y a la evolución histórica, hasta el punto de estar precisamente en esto la solución del intrincado problema de la mutabilidad e inmutabilidad del Derecho natural". Y, por último, por lo que se refiere a que no todas las normas de Derecho natural se prestan a ser impuestas por la fuerza, contesta el autor que si se tratase de verdadera y estricta justicia, no cabe duda de que podrán ser verdaderamente coactivas, es decir, "se dará entonces necesariamente la coercibilidad; es un error pensar, de una parte, que es la fuerza estatal la única utilizable para hacer efectivo el Derecho; y de otra, que la coercibilidad, que es propiedad no esencia del Derecho, se ha de entender necesariamente física y no jurídica"... y "que la juridicidad no procede del valor interno de la norma, sino de un imperio y una coactividad estatales. Lo cual no se puede admitir". Jurídicas son todas las normas que regulan las relaciones absolutamente necesarias del orden social, sean pura o simplemente naturales o determinaciones positivas de lo que la norma natural deja indeterminado. Más aún—termina el autor—"el Derecho natural es más Derecho que el positivo, una vez que puede haber normas jurídicas naturales completas que nada tengan de positivo; en cambio, no puede haber norma alguna positiva que no tenga al menos la forma interna participada del natural".

Si se circunscribe, pues, la palabra

*Derecho al positivo*, la desvirtuaríamos privándola de contenido.—E. S. V.

PASSERÍN D'ENTREVES (Alessandro): *Due domande intorno al diritto*. "Rivista di Filosofia", vol. LIII, 1962, núm. 1 (páginas 12-26).

Se propone el docto profesor Passerín d'Entreves en este trabajo examinar las condiciones actuales de la filosofía del Derecho a la luz de las dos demandas o exigencias que, según Kant, pueden hacerse a propósito del Derecho: su definición y su valuación o valoración. La primera es la de acertar qué cosa es el Derecho en un determinado lugar y tiempo (*quid sit iuris*), establecer los criterios mediante los cuales podemos reconocer el carácter jurídico de ciertas normas y excluirlo de otras. La de valuación quiere saber si lo que prescriben las leyes es justo o injusto (*quid iustum es iniustum*). Las dos demandas apuntadas, están contenidas en la "deducción trascendental" que hace Kant del Derecho, deducción que tiene por objeto establecer *come avviene* el Derecho, *wie ist Recht überhaupt möglich*. La definición kantiana del Derecho estriba indudablemente sobre una valuación.

De estas *due domande intorno al diritto*, la primera es, ciertamente, la más difundida hoy y la que parece más a tono con las exigencias de los juristas de profesión. El autor la designa con el nombre "che è ormai universalmente accettato": con el hombre de *positivismo jurídico*. La afirmación del primado de la valoración sobre la definición, esto es, del *quid iustum* sobre el *quid ius*, corresponde al *iusnaturalismo*.

El profesor de Yale expone brevemente en este estudio los principales tipos del positivismo jurídico, así como los de su opuesto el *iusnaturalismo*.

El tipo mejor conocido del positivismo jurídico—dice—es la *teoría imperativística* del Derecho, que el autor asocia a Austin, Hobbes y hace remontar a Guillermo de Ockam. Para esta teoría una ley "válida" es el mandato de un "soberano", corroborado por el hecho de una obediencia habitual. Un segundo tipo de positivismo, es la *teoría realística* del Derecho, cuyo programa está contenido en la célebre afirmación del juez Holmes de que el Derecho no es otra cosa que la profecía de aquello que deciden los Tri-