

LA ESCUELA EGOLOGICA Y SU POSICION CONTRA EL DERECHO NATURAL

Hace unos años, cuando el profesor argentino Carlos Cossio abordaba el tema de si su posición personal sobre los problemas que en la actualidad tiene planteados la Filosofía del Derecho, había o no originado una nueva Escuela jurídica, decía: "No quiero que se me vea resolviendo con palabra ajena, la cuestión de si la Teoría Ecológica del Derecho constituye una Escuela jurídica. Sólo quiero justificar ampliamente, que esa importante cuestión es una viviente posibilidad y un auténtico destino. Esto es un homenaje que debo a mis discípulos, por el valor ejemplar que libran esta batalla encendida por su amor al saber" (1). Son numerosos sus discípulos en Hispanoamérica: Giorja, Borja, Cueto Rua, Copello, García Maynez (Guillermo), Linares, Ramírez Gronda, Lovet, Landanburu, Aftalion, Ibáñez de Aldecoa y otros (2). Entre los españoles no ha faltado quien le calificase de "gran Escuela hispánica", por haber sabido aunar los individualismos dispersos, que son muestra expresiva de nuestra característica racial (3). Y como creador de esta Escuela fue presentado Cossio por el profesor venezolano Luis Loreto en la Universidad de Caracas en mayo de 1948.

"En la Teoría Ecológica—ha dicho el maestro Legaz Lacambra—hay un valor positivo. No es sólo la revalorización de la Filosofía del Derecho llevada a cabo en los medios jurídicos argentinos y el hecho, inédito en países hispanoamericanos, de haber creado una Escuela que comienza a despertar interés más allá de sus fronteras... es, ante todo, que se trata de una meditación auténticamente filosófica sobre el problema de la Ciencia del Derecho. Problema que no es el único de la Filo-

(1) *Teoría de la Verdad Jurídica*. Ed. Losada. Buenos Aires, p. 310.

(2) Véase: IBÁÑEZ DE ALDECOA, A., en: *El Ecológismo, Filosofía de la Ciencia del Derecho*, en "La Ley", 1950, p. 1.028.

(3) LOIS ESTÉVEZ, J., en su artículo publicado en el Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1948, p. 1.467.

sofía jurídica, pero que en todo caso constituye un problema esencial" (4). Para Werner Godlsmicht, "constituye un mayúsculo esfuerzo de crear una Filosofía del Derecho Moderna", esto es, "consciente de la temática filosófica y jurídica actual" (5). Su originalidad—ha dicho Miguel Reale—está en su intento de conciliar en la esfera jurídica la corriente fenomenológica y la kelseniana, no sobre el primado de la norma objetiva como en Schreier y Kauffmann, sino acentuando la posición del sujeto, y con derivación más de Heidegger que de Husserl (6).

¿Por qué se denomina egológica? Por basarse en una fenomenología del ente, que emerge del ego husserliano, en tanto que sujeto puramente cognoscente; y por ser una fenomenología de la libertad, que sólo puede surgir de una egología existencial, en cuanto se retrocede de la conciencia a la vida, sobre la base incontrovertible de que conocer es un modo de vivir. Husserl habla de egología—nos advierte Cossio—para referirse al conocimiento de la conciencia pura y de sus estructuras, por lo cual no parece abusivo extender el uso del vocablo para calificar a los objetos que se integran con el conocimiento de sí mismos (7).

Las "Investigaciones lógicas" de Husserl son interpretadas en el sentido de haber sido elaboradas teniendo en cuenta la distinción entre actos objetivantes y no objetivantes. Sólo la percepción ve objetos; sólo en ella se dan originariamente objetos. En el acto objetivante, la mismidad del objeto percibido es la identidad de una cosa consigo misma. Ahora bien; los actos lógicos son objetivantes en cuanto que el nombre y el juicio significan lo mismo que la percepción. Según Husserl, el tener sentido de un objeto (objeto intencional), llámase noema (8). Actos objetivantes son el intuir y el significar. La intuición comprende la percepción y lo fundado en ésta: el recuerdo y la imaginación. La significación comprende el nombre (nominalización) y el juicio (predicación). Sólo las enunciaciones indican que algo es o no es; sólo a ellas es referible la verdad o falsedad (9).

(4) *Hacia un nuevo Derecho Natural*, en *Arbor*, 1945. *Filosofía del Derecho*. Ed. Bosch, 1953, p. 134.

(5) *En torno a la Escuela Egológica del Derecho*, en *Revista de Derecho Inmobiliario*. Madrid, 1946, n.º 221, pp. 186 y 194.

(6) *La Teoría estimativa del Derecho*. *Revista de la Facultad de Derecho de Sao Paulo*, n.º 34, p. 136.

(7) *Teoría de la Verdad...* Ob. cit. Prefacio, p. 119.

(8) *La norma y el imperativo*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, 1960, pp. 56-57.

(9) *Id.*, p. 57.

En los Prolegómenos de la misma obra y en la Investigación VI, Husserl efectúa el estudio de la norma subrayando que ésta no puede identificarse con la orden o imperativo. Una proposición de deber ser expresa una exigencia que está justificada en general. La Ciencia que suministra normas es la Ciencia normativa. Y Carlos Cossio afirma que ésta lo es, no porque conoce normas ni porque las suministra, sino porque conoce mediante normas, lo cual se fundará más adelante (10).

Según Husserl, la norma tiene una tesis fundante y otra fundada. La primera supone que la norma posee un juicio de valor. De ahí sus frecuentes expresiones: "juicio normativo" y "juicio de forma normativa". Hay una Lógica pura rigurosamente teórica y una Lógica aplicada que da las normas para la aplicación de la Lógica en el conocimiento práctico. Sin embargo, aclara en las "Ideas" (11) que la Lógica pura se refiere a esencias noemáticas, en tanto la Lógica normativa se refiere a esencias noéticas. Esas esencias noemáticas son independientes del hombre, porque se trata del pensamiento, y el pensamiento, como significación, no se integra con la significación del hombre. Todo lo contrario—añade Cossio—de lo que ocurre en el Derecho, que, como significación, es significación del hombre, de uno de sus modos de vivir. Por eso presenta la norma jurídica como un acto objetivamente en sentido estricto (12).

No basta a Cossio el plano fenomenológico de Husserl, porque en cuanto advierte la significación de la libertad en la norma jurídica, comprende la necesidad de elevarse al plano fenomenológico de Heidegger. De éste toma el "Da-sein", el existir en el mundo. También toma su distinción entre "tiempo cronológico" y "tiempo existencial". Por eso afirma: "Sólo se reclama a la par de una fenomenología del ente que emerge del ego husserliano, en tanto que sujeto puramente cognoscente, una fenomenología de la libertad que sólo puede surgir de una egología existencial, en cuanto se retrocede de la conciencia a la vida..., haciendo así de la vida plenaria la base trascendental de nuestro problema; un problema de otro modo contrahecho y desfigurado sobre la base de una escolástica husserliana que no puede recoger todo lo que estos datos suministran." Y añade: "Lo que se va alterar respecto de Husserl, concierne al objeto a conocer mediante la norma y al peculiar tipo de conocimiento que va a resultar ser el conocimiento normativo,

(10) Id., p. 58. *Teoría de la Verdad...*, p. 20.

(11) *La norma y el imperativo*, p. 65.

(12) Id., p. 66.

según ya se colige del problema de la posibilidad antes planteado y de la inadecuación de la fenomenología de Husserl, en tanto que fenomenología del ente, para lo que presenta la ley a la gnoseología como problema (junto con la anexa y diversa interpretación de la norma consuetudinaria)” (13).

Hay otro punto de vista de acercamiento a la fenomenología de Heidegger, y es, que la norma—aparte la abstracción lógica que por formalización hace de ella un objeto de conocimiento—no es tan independiente de los hechos (lo acaecido) como un concepto de ser. La norma aparece compenetrada con la conducta humana—que es su propio objeto intencional—hasta el punto de que un cambio de norma puede significar un cambio de conducta. Juega, pues, la norma jurídica un doble papel (14). En definitiva, y como expresa el propio Cossio: “El Derecho, como parte del destino humano, queda ligado al sentido metafísico que define al hombre, si hubiera de reconocerse que, a diferencia de la situación del geómetra—quien tiene todas las proyecciones de todas las dimensiones que posee el cuerpo que ha de reconstruir, sirviéndose de sus sombras—, el hombre sostiene en su ser más dimensiones de las que proyecta en su vida histórica, definiéndose el modo existencial del “estar” por esta situación deficitaria de la expresión, respecto del ser expresado por ella” (15).

Las ideas que anteceden conducen al profesor argentino a plantear la distinción entre el ser del Derecho y sus modos de ser. A esta cuestión dedica los capítulos II y III de su “Teoría de la Verdad Jurídica”. Investiga la estructura lógica de la norma, para concluir que el Derecho es, ónticamente, la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. La interferencia de conducta está aludida de cuatro maneras: como facultad de señorío, con su parámetro de autonomía; como facultad de inordinación (objetivamente como prestación) con su parámetro de heteronomía; como entuerto, con un parámetro de fuerza aisladamente personal; y como sanción, con su parámetro de fuerza social. Así, los modos del Derecho, como especies vacías, se fundan en la estructura lógica de la norma, y en consecuencia, son modos necesarios de la experiencia jurídica, con necesidad apriorística, pues *a priori* son los componentes constantes y la estructura misma desde la cual toman el sentido de lo constante o de lo variable. Por eso, para Cossio el Derecho

(13) Id., pp. 89 y 92.

(14) Id., p. 93, y especialmente la nota (7).

(15) Id., p. 100.

vive especificado de alguna de las cuatro maneras. Sin esta determinación, no hay conocimiento de la experiencia jurídica; pero se trata de una determinación ulterior; la aprehensión cognoscitiva ha comenzado antes, sobre otras bases, sobre aquello que comienza con lo que el ser del Derecho suministra (16).

Si lo que la norma significa es el hecho de su posibilidad, es obvio que una opción imposible sería un mero pensamiento normativo, pero jamás el sentido de una conducta. La conducta se integra con el pensamiento de sí misma. La conducta, como libertad, no es un ser, sino un deber ser existencial. Únicamente el deber ser lógico puede significar adecuadamente el deber ser existencia (17).

La posibilidad significada por la norma requiere plantearse esta pregunta: ¿Posibilidad de quién? Cossio la contesta así: "No se requiere explayarnos mucho para tener por sentado que se trata de una posibilidad del grupo social. La noción societaria de comunidad es coparticipante de la noción de Derecho, y el Derecho siempre es un fenómeno social, porque en el Derecho no se trata de una conducta en su interferencia subjetiva, sino de la conducta en su interferencia intersubjetiva. Y por ello, no puede perderse de vista el carácter comunitario del pensamiento jurídico, tanto del que se intuye en la conducta, como del que se conceptualiza en las normas. Este carácter comunitario del Derecho, por ser constitutivo, es decisivo para la pretensión de verdad que abrigan las sentencias, y en general, para comprender el sentido de cualquier conocimiento jurídico" (18).

Era necesario exponer este punto de arranque de la Teoría Ecológica para explicar a continuación su posición contraria al Derecho Natural. Mas antes, prestemos atención a la noción de Ciencia del Derecho de Carlos Cossio. "Nosotros diremos que la Ciencia del Derecho, en tanto que Ciencia de la realidad, considera el ser de la conducta en su deber ser positivo o ideal real. La Sociología jurídica, en cambio, considera el deber ser positivo o ideal real de la conducta en su ser efectivo. Y la Axiología jurídica pura considera el deber ser positivo o ideal real de la conducta en tanto es un deber ser puro o ideal verdadero" (19). Debe advertirse al lector que esa triple distinción la realizó contra el alegato

(16) Id., pp. 146-47.

(17) Id., p. 151.

(18) Id., p. 161 y ss.

(19) *La Teoría Ecológica del Derecho*. Ed. 1944, p. 114.

de Kelsen de que su teoría acusaba un fondo sociológico incompatible con la pureza de método del maestro austríaco (20).

La Ciencia del Derecho así conceptualizada ofrece cuatro tareas: la Ontología jurídica, la Axiología jurídica pura, la Lógica jurídica formal y la Lógica jurídica trascendental. Todas incidiendo sobre las Ciencias jurídicas particulares.

El objeto de la Ciencia jurídica se fija sobre estos tres ejes: la Dogmática jurídica, la Lógica jurídica y la Estimativa jurídica. Es de advertir que la Dogmática no es teleológica; que la Lógica no es la del ser, sino la de la conducta que implica libertad, esto es, la Lógica del deber ser y que la Estimativa no es la moral ni tampoco aquella que no sienta la Jurisprudencia de los Tribunales, definida como la apertura de la experiencia al valor Orden, el valor que rescata al Derecho de la nada (21).

En relación con las doctrinas de Geny y Kantorowics, Cossio adopta la posición antes enunciada sobre el conocimiento, y así, expresa su opinión de que la Ciencia jurídica es Ciencia normativa porque conoce su objeto mediante normas, no porque las suministre o porque las conozca (22). La Ciencia del Derecho conoce, pues, su objeto mediante las normas del Derecho vivido, único real y existente; pero para tratarlo científicamente ha de teorizarlo con la Lógica que le es propia, subrayando que es un error creer que la Ciencia del Derecho es sinónima de Lógica jurídica (23).

Su distinción entre Lógica formal y Lógica trascendental descansa en el modo de referirse al objeto del conocimiento y está en relación directa sobre las ideas antes expuestas sobre este último. Expresémoslo con las propias palabras del autor: "Pero mientras en la Lógica formal el pensamiento, apoyado al mínimo en el objeto, puesto que se apoya en la noción única de objeto en general, se retrovierte sobre sí mismo para estudiarse en su estructura, en la Lógica trascendental el pensamiento se investiga apoyado al máximo en su objeto." "Por eso se ha

(20) "No es que la Sociología descarte el problema de la libertad; pero ella se construye con la Lógica del deber ser, porque trata, diremos, con una libertad cosificada, si es que esta torcida expresión sirve para expresar algo la caracterización fundamental que antes hemos formulado, y que da a la Sociología, como ciencia del hombre, una individualidad que no puede disolverse en la naturaleza." *La Teoría Ecológica...*, pp. 114-15.

(21) *La norma...*, p. 169.

(22) *Teoría de la Verdad...*, p. 20.

(23) *La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho*. Ed. Arayu. Buenos Aires, 1954, p. 65. Véase especialmente la nota (33).

dicho que la Lógica formal es una Lógica de las clases (analítica y clasificatoria), en tanto que la Lógica trascendental (sintética y constitutiva) lo es de las relaciones que pone en juego el espíritu en sus actos gnoseológicos, con lo cual anticipa algo positivo del objeto a concebir" (24).

Por otra parte, "mientras en la Lógica del ser la relación copulativa establece una referencia y un enunciado, en la Lógica del deber ser la relación copulativa establece una referencia y una imputación". "Esta distinción entre el ser de la cópula y el ser del juicio es decisiva... porque la norma es juicio" (25).

Referidos los dos primeros ejes enunciados de la Teoría, es preciso detenerse en la exposición del tercero, pues, como queda dicho, no se trata de una Estimativa moral, sino de aquélla sentada por la Jurisprudencia de los Tribunales. "Es una verdad de orden común—dice Cossio—que la experiencia jurídica, por ser precisamente experiencia humana, no es una experiencia natural, es decir, neutra al valor, sino una estimativa-experiencia, una experiencia valiosa" (26). Este texto corrobora el pensamiento anterior, expuesto en su "Teoría de la Verdad Jurídica", al precisar el carácter general de su doctrina: "Se trata—decía—de tomar los hechos con todo lo que ellos contienen. En este sentido acepto gustoso cualquier objeción que señale una traición a los hechos" (27). En efecto, desde que comenzó a delinear su Teoría, prevalece su idea de que los estudios iusfilosóficos deben estar en contacto con la realidad y la práctica jurídica. Y fue un tema práctico lo que suscitó la meditación del profesor argentino: el artículo 7.º del Código Civil de su Patria—tan semejante al artículo 6.º del nuestro—cuando dispone que el juez no debe abstenerse de pronunciar su sentencia a pretexto de insuficiencia, oscuridad o silencio de la Ley.

Pues bien; la Teoría Egológica hace ver que la valoración jurídica es inmanente al Derecho positivo y no algo trascendente a él, hacia lo cual tendiera como a su propia finalidad. Admitido esto, la negación del Derecho Natural es lógica consecuencia.

Según Cossio, en la experiencia jurídica no se establece la equivalencia entre lo formal y necesario, ni entre lo material y contingente, pues la valoración jurídica es material y necesaria. Apoyado sobre esta

(24) *La Teoría Egológica...*, p. 195.

(25) *La valoración jurídica...*, pp. 56-57.

(26) *La Valoración...*, p. 69.

(27) *Ob. cit.* Prefacio, p. 9.

idea, critica el formalismo stammleriano calificándolo de infecundo. Ya en 1942, en *Las lagunas del Derecho* se expresaba así: "Toda la axiología trascendente a la vida humana es una hipótesis metafísica de carácter fantástico. A lo que se percibe desde la altitud ideológica alcanzada en el siglo XX, la única metafísica admisible ha de ser una metafísica de la existencia humana" (28).

De conformidad con esta posición metafísica, distingue, por un lado, los valores ideales que a ella pertenecen, y por otro, los valores positivos del Derecho. Estos no son más que datos que el jurista constata en la norma positiva y cuya naturaleza es ser objeto cultural. ¿Qué clase de objeto es éste? Partiendo de la posición ontológica reseñada antes, se distinguen cuatro clases de objetos: A) Naturales, caracterizados por estar dotados de existencia, darse en la experiencia, ser neutrales a los valores, ser abordables por método inductivo y ser conocidos mediante "explicación". B) Ideales, caracterizados por ser irreales, neutrales al valor y cognoscibles por método deductivo. C) Culturales, caracterizados por tener existencia, ser dados en la experiencia y valorables positiva o negativamente; y D) Metafísicos, caracterizados por ser reales, pero no dados en la experiencia y ser valorables positiva o negativamente.

A su vez, los objetos culturales son clasificados; pero para la mejor inteligencia del lector es necesario referir la diferencia entre "explicación" y "comprensión" antes de exponer aquella clasificación. "Explicar algo es desintegrarlo en sus elementos por análisis. Consiste, pues, en referir un hecho a algo extraño, a lo que él no es, y en reconstruirlo como una síntesis de factores ajenos al hecho mismo." La "comprensión", en cambio, "es ver en algo su sentido, pero poniéndole al propio tiempo que se le ve, porque un sentido es algo vivido: el sujeto cognoscente pone la vivencia que comprende y el sentido no existe sino como vivencia". "Comprender es, precisamente, determinar si algo es justo o injusto, o al revés." "Sólo por comprensión se puede saber qué es lo uno u lo otro; y sólo por comprensión se puede ver que ambos son posibilidades del mismo dato." "Este acto de conciencia, o acto gnoseológico con el que se constituye el método adecuado para acceder a los objetos culturales, se llama comprensión" (29).

Mediante la comprensión, Cossio distingue los objetos culturales en: a) mundanales, producto de la actividad humana; y b) egológicos, acción

(28) Ob. cit., p. 45.

(29) *La Teoría Ecológica...*, p. 37.

humana en tanto la humana conducta se articula como tal. A éstos corresponde el Derecho.

La Ciencia del Derecho "ha de estar en actitud neutra respecto de su objeto, aunque este objeto sea valioso; y esta actitud se consigue únicamente si las normas son para la ciencia representaciones neutras de una conducta efectiva (es decir, meras estructuras interpretativas de los hechos), aunque la conducta, de por sí, sea algo valioso. No habría Ciencia del Derecho, sino Política o Axiología; no habría representación de deberes positiva o negativamente valiosos, sino representaciones de deberes positivamente morales; en resumen, no habría una Ciencia positiva, sino un decálogo de moral positiva, que vanamente aspiraría a ser calificada de Ciencia moral. "La Ciencia del Derecho no puede concebir al Derecho de otra manera que la normativa, ya que la normatividad es su punto de vista propio, es decir, su fundamento constitutivo" (30).

Si Ciencia y normatividad están en tan estrecha relación es forzoso descubrir qué se entiende por norma: "Es una forma de apodíctica necesidad." "Es una forma, porque configura su contenido: la estructura normativa se mantiene la misma para todos los contenidos y ella simplemente coloca en relación imputativa a los elementos que contiene." Las normas son representaciones intelectuales de los objetos reales de la Ciencia jurídica; son conceptos gracias a los cuales pensamos sobre la conducta humana.

La norma jurídica, en cuanto ser, es analizada por la Teoría Ecológica, partiendo de la fenomenología husserliana, como se ha expuesto antes, y a través de los llamados pasos fenomenológicos. El primero es el análisis noético de la norma, que demuestra que el juzgar y el normar pertenecen a la misma familia de vivencias. Si el juzgar pertenece al grupo de las vivencias lógicas o actos actualmente objetivantes, ha de reconocerse que el normar también es vivencia lógica.

El segundo paso se dirige al ser del juicio y al ser de la norma como esencias. Si el ser del uno y de la otra los apresáramos de la misma manera, captaríamos la esencia genérica que les es común, sin perjuicio de un análisis posterior que distinguiera las notas específicas particulares. Así, se encuentra que el juicio y la norma son igualmente formalizables, que ambos son esencias formales.

Al análisis de la vivencia y al análisis de la esencia subsigue el aná-

(30) *La normativité d'après l'analyse de la conduite juridique*. Revue internationale de la Théorie du Droit, vol. IX, 1937, p. 187. *La Valoración...*, p. 74.

lisis de la verificación, en lo cual consiste el tercer paso indicado. Análizase si la verificación de las normas presenta las mismas características primarias que la verificación de los juicios. Así, resulta que también las normas son independientes de las intuiciones que las verifican. Una norma jurídica no es verdadera norma si no tiene la verificación intuitiva, que reclama toda significación (31).

Este análisis fenomenológica muestra que “la norma tiene una mismidad significativa de naturaleza conceptual, sobre la triple base de haber evidenciado que normar es pensar, significar, mentar; que la norma es una significación en el sentido lógico de la palabra; y que la mismidad intuitiva de la conducta puede superponerse como “lo mismo” a la mismidad significativa de las normas. Si la Ciencia jurídica, como toda Ciencia, es un conocimiento conceptual, resulta comprensible que el conocimiento del Derecho requiera el conocimiento de las normas..., pero esto no quiere decir que el conocimiento del objeto sean las normas mismas, o que baste el conocimiento de las normas para obtener por adquirido el conocimiento del Derecho” (32).

Cossío advierte que la Ciencia jurídica moderna está viciada de racionalismo, empirismo e historicismo, vicios que deben superarse para hacer de ella la Ciencia plenaria de la vida humana. “La concepción egológica del Derecho no aspira a otra cosa, sino a dar el punto de vista adecuado para ello; aspira a ser fecunda para el jurista, mostrándole la problemática integral que emerge en cada caso concreto, enseñándole la jerarquía que guardan los diversos elementos integrantes de los mismos y adiestrándole en el tratamiento metódico que corresponde a cada uno de ellos, en razón de sus diferencias esenciales” (33).

Razón tiene Cossío en afirmar—vistos los antecedentes—que no le interesa la Filosofía del Derecho entendida al modo tradicional y que solo le interesa la Filosofía de la Ciencia del Derecho. Lo exige también su posición metafísica, la cual, iniciada en 1942 con “Las lagunas del Derecho”, confírmase en 1944 en su “Teoría egológica del Derecho” con estas concretas palabras: “la metafísica del Derecho no surge directamente de una axiología suya planteada, a su vez, en forma independiente, sino que surge de su axiología a través de su ontología. No surge de la Justicia hipostasiada entitativamente, sino que surge de la libertad, una de cuyas categorías proyectivas o categorías de su futu-

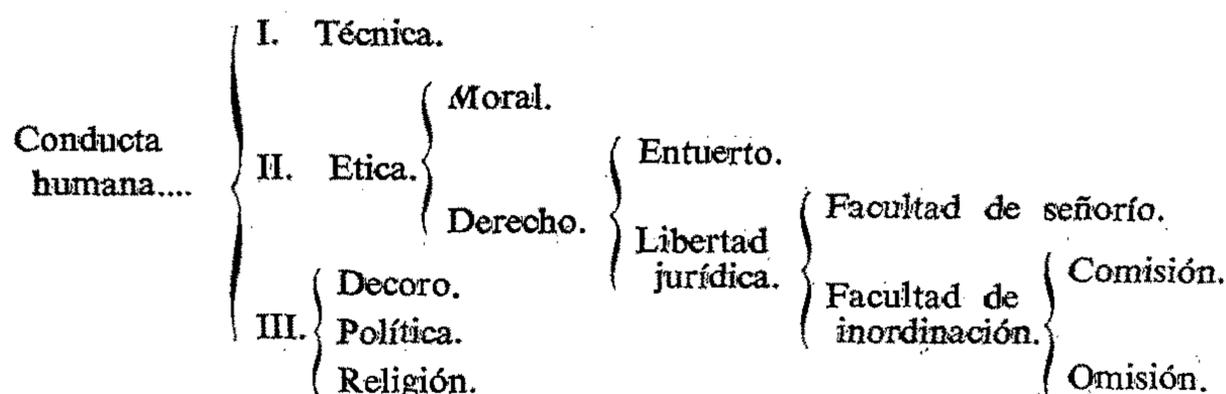
(31) *Teoría de la Verdad...*, p. 109.

(32) *Id.*, p. 110.

(33) *La Teoría Egológica...*, p. 398-99.

ridad en el sentido de Heidegger es la Justicia pura. Pues los valores no flotan por encima de la vida como entes atemporales, según se dice por la hipóstasis metafísica de moda, sino que están en el futuro existencial, plenos de temporalidad de la libertad que allí los proyecta, en cuanto estructura radical de su propio presente, como presente metafísico" (34).

Esta aversión a la Metafísica trascendente le conduce a prescindir de toda Moral heterónoma para encerrarse en una Moral autónoma manifestada en la conducta humana, de lo cual se aprovechará para separar la Moral del Derecho. Aclaremos que la conducta humana no es más que la libertad metafísica fenomenolizada y que el concepto de libertad se toma en sentido ontológico y no axiológico. Así llega a formular el siguiente cuadro sinóptico de la conducta humana:



Aclaremos que la libertad jurídica es la libertad metafísica en su juego jurídico, dentro de la esfera de lo lícito, y que el signo de lo lícito es el que está vuelto hacia la conciencia del sujeto actuante.

Consecuentemente, para especificar el Derecho se parte de la conducta considerada como ética (donde la norma—dice Cossío—piensa a la conducta desde atrás adelante en el sentido del tiempo, a diferencia de la técnica, donde la norma piensa a la conducta desde adelante atrás; lo que supone el primer estrato de categorías de la conducta). En la conducta, en tanto que Ética, “ya hemos dicho que ella se especifica, como Derecho tomando por *principium divisionis* la interferencia de las acciones humanas; si consideramos la conducta en su interferencia subjetiva, estamos frente a la Moral; si la consideramos en su interferencia intersubjetiva, estamos frente al Derecho”. “Es claro que el Derecho es conducta, y que por lo tanto, en él está, por él es,

(34) Id., p. 269.

la libertad metafísica, aunque fenomenoliza desde el particular ángulo de la interferencia intersubjetiva de las acciones humanas" (35).

La segunda especificación del concepto del Derecho toma como *principium divisionis* la conformidad de la conducta intersubjetivamente interferida con la norma que conceptualmente representa, porque aquella conformidad siempre es parcial en razón de la estructura disyuntiva de ésta.

La tercera especificación recae sobre el concepto de libertad jurídica, cuando se toma por *principium divisionis* el modo como se determina o concreta el contenido real de esa libertad, entendida como autodeterminación; pero se advierte que lo que la norma representa aquí o "juridiza"—como expresa Cossío—(o faculta) no es la autónoma determinación de estos contenidos en sí, sino la ejecución de los actos que a ellos se refieren, aunque estos actos, para ser lo que son, se integren con aquella autónoma determinación (36). La noción de facultad jurídica en general se liga al concepto de libertad jurídica, es decir, a la libertad metafísica con el signo de lo lícito jurídico.

Queda por aclarar lo que se entiende por intersubjetividad, supuesto que es la idea clave para la determinación del Derecho en la Teoría Ecológica. Precisa diferenciar el término del de alteridad. Cossío cree que por éste la tradición greco-escolástica comprende sólo el problema del destinatario o beneficiario de la acción humana, cuando este destinatario es otra persona distinta al actuante. La Teoría Ecológica se refiere a la intersubjetividad del comportamiento en sí mismo considerado, de modo que éste resulta ser un acto conjunto de ambas personas, un fenómeno de conjunto que el jurista considera como conducta única, aunque compartida (37).

Distingamos ahora con el autor de la Teoría el aspecto ontológico y axiológico en el Derecho. Ontológicamente el Derecho no es forma de vida, sino la vida misma bajo uno de sus aspectos irrecusables. El Derecho es un modo de ser del hombre. "El Derecho, como la Moral, abarca toda la conducta y toda acción contiene su aspecto jurídico y su aspecto moral independientemente, pues cada acción puede ser captada como conducta en interferencia intersubjetiva, o como conducta en interferencia subjetiva" (38). Pues bien, el problema axiológico

(35) Id., p. 299.

(36) Id., p. 329.

(37) *Teoría de la Verdad...*, pp. 80-81.

(38) Id., p. 82.

se elabora sobre la ontología e implica un desarrollo ulterior, aunque de otro tipo. El problema ontológico del Derecho enfoca el dato esencial de la libertad en su necesaria realidad para cualquier problema del Derecho; el problema axiológico surge sobre los límites contingentes con que se da este dato en concreto, esto es, en la realidad empírica; límites que, sin duda, constituyen también el dato, pero no su ser. "La fundamentación ontológica permite colocar en su verdadero lugar a la fundamentación axiológica. Sólo sobre aquella base previa, desaparecen las dificultades de la problemática integral de la facultad de señorío, que el pensamiento tradicional carga infructuosamente sobre su justificación axiológica, obligada por su errado punto de partida" (39).

Examinemos ahora el sentido egológico de los valores jurídicos. Adelantemos que no son todos los valores de la persona humana, sino sólo aquellos que pueden superponerse con entera correspondencia a la estructura de alteridad óptica ya examinada. No se trata tampoco de limitar a la Justicia el sentido axiológico del Derecho, porque esto —piensa Cossío—sería tanto como estrecharlo sin ninguna razón suficiente. Todo valor bilateral de conducta es valor jurídico, porque calificarlos de bilaterales equivale a decir que son los valores propios de la conducta compartida. Precisamente el sentido unitario de la conducta en su interferencia intersubjetiva se constituye sobre esos valores (40). De ahí el plexo axiológico que presenta la Teoría: 1.º el Orden, que recae sobre el plan de vida contenido en la coexistencia (sic), y es su valor, siendo la anarquía su disvalor; 2.º la Seguridad, que recae sobre la coexistencia en cuanto circunstancia y es su valor, siendo la inseguridad su disvalor; 3.º el Poder, que recae sobre la jerarquía contenida en la coexistencia y es su valor, siendo la impotencia su disvalor; 4.º la Paz, que recae sobre la coexistencia en cuanto unión y es su valor, siendo la discordia su disvalor; 5.º la Cooperación, que recae sobre la autonomía personal contenida en la coexistencia y es su valor, siendo la masificación su disvalor; 6.º la Solidaridad, que recae sobre la coexistencia en cuanto suerte común y es su valor, siendo el aislamiento su disvalor; y 7.º la Justicia, que toma la coexistencia como razón suficiente y es su valor, siendo la injusticia su disvalor.

Este plexo axiológico no es líneal sino radiado. Fácilmente se advierte en él la posición central de la Justicia, que acompaña como una

(39) *La Teoría Egológica...*, pp. 343 y 400.

(40) *Id.*, p. 83.

sombra a todos los demás valores del mismo. De este modo, si una institución jurídica realiza el Orden, pero no la Solidaridad, ya por esto es en algún aspecto justa. La Justicia es "el vivir a conciencia". Y si desde Aristóteles a Savigny la Justicia fue considerada como virtud moral, la doctrina egológica "toma a la Justicia similarmente a Platón, pues desempeña papel similar al que le atribuía éste frente a los demás valores morales" (41).

La Teoría mantiene además un sentido peculiar sobre lo jurídico que conviene destacar. Lo jurídico no se opone a lo antijurídico, sino a lo que no es jurídico, esto es, a lo ajurídico, ya que lo antijurídico también forma parte de lo jurídico. Así, el delito es también algo jurídico, aunque ilícito. Lo antijurídico traduce la oposición axiológica a algo, en tanto lo ajurídico sólo es el no (ontológico) de lo ajeno o indiferente a algo (42). La libertad, considerada como facultad de señorío en el hombre, está íntimamente unida al Derecho positivo. No es que la libertad esté acogida en el Derecho, sino al revés, el Derecho es el que está acogido en la libertad, porque el Derecho es conducta. Ahora bien, el concepto de libertad está basado en el plano ontológico y no axiológico. Así, pues, puede advertir Cossio que la última estructura del ordenamiento jurídico es este axioma ontológico: "Todo lo que no está prohibido, está permitido jurídicamente."

Dentro del problema ontológico, supuesto que en lo jurídico caben lo lícito y lo ilícito, conviene aclarar qué se entiende por lo primero. El signo de lo lícito es el que está vuelto hacia la conciencia del sujeto actuante. Por eso, lo representado por la endonorma (el Derecho en tanto que facultad) es el "prius" de esta estructura óntica. La Ley siempre deja algo al hombre, un radio de acción (lo cual se fundamenta axiológicamente); pero el que no pueda menos que dejarle algo siempre sólo se puede fundamentar ontológicamente (43).

Concordemente con lo expuesto, se aborda el problema de las fuentes del Derecho a base de lo que Cossio llama "fuerza de convicción". El lo expresa así: "De este modo la noción múltiple y metafórica de fuente aparece subordinada a la noción única de fuerza de convicción; aquélla originándose en ésta y explicándose dogmáticamente por ésta. La legitimidad de este planteamiento radica en su propia inmanencia." "El Derecho aparece como crecimiento de sí mismo." "En este sentido fuen-

(41) *La Valoración...*, pp. 83-87. La cita corresponde a la p. 87.

(42) *Teoría de la Verdad...*, p. 114.

(43) *La Teoría Egológica...*, p. 400.

te del Derecho en el acto de creación de una norma, en cuanto ese acto está encerrado por otra norma más alta. Desde que ese acto existe con forma y contenido, se ve en el mismo las fuentes normales y materiales de que habla la doctrina. La norma reguladora como forma del acto, es fuente normal en él y le da validez; pero el acto mismo, en cuanto valoración que da vigencia, permite ver en él como fuentes materiales, a las valoraciones de que participa." Para aclarar más esto último dice: "Fuente material viene a ser toda expresión objetiva de valoraciones jurídicas (instituciones, doctrinas, Derecho comparado, etc.) de las que el órgano que cumple el acto creador participe activamente o pasivamente" (44).

Por supuesto, entre las fuentes no aparece el Derecho Natural. Pudo haber silenciado el tema, por su referencia exclusiva al Derecho positivo, pero no lo hace, adoptando una posición contraria, que será expuesta a continuación. Más todavía, la tesis iusnaturalista merece a Cossio irónicos comentarios en diversos pasajes de sus obras, los cuales serán anotados posteriormente.

Argumentos contra el Derecho natural.

Se desenvuelven concretamente en el párrafo quinto del capítulo IV de la *Teoría de la Verdad jurídica*. Antes de esta obra, en *La Teoría egológica*, Cossio había expresado este juicio: "El iusnaturalismo, cuya insuficiencia científica está harto acreditada, es un desarrollo consecuente de toda teleología para orillar conflictos de este tipo con la vivencia del Derecho; aunque todos sepamos que es un triste destino del iusnaturalismo el de tener que disolverse y negarse en el casuismo, como lo documenta Suárez en forma inigualada (por ejemplo, frente al mandamiento de no matar, vienen los distinguos: matar en guerra, matar en defensa propia, matar por absoluta necesidad, etc.)" (45).

En la propia obra, confundiendo la coactividad con la sanción, nos dice: "El iusnaturalismo, en efecto, en sus representantes más típicos, siempre ha sostenido que la sanción no es esencial o constitutiva del Derecho, sino una propiedad concomitante, que le sobreviene por la misión que cumple; con la cual, la sanción y su supuesto el entuerto o transgresión, escapan en la esfera del Derecho de modo que así, bajo este errado supuesto, lo antijurídico sí era también ajurídico" (46).

(44) *Teoría de la Verdad...*, p. 114.

(45) *La Teoría Egológica...*, pp. 319-20.

(46) *Id.*, p. 300.

Por otra parte, afirma Cossio: “La competencia del Estado es, en principio, ilimitada; esto lo sabe bien hoy todo jurista científico, pues sólo con vicio iunaturalista puede creerse que, por naturaleza, no pueda corresponder al Estado alguna clase de regulación jurídica de la conducta” (47).

Cossio renuncia a toda visión teleológica del Derecho, sin advertir su necesidad para resolver—así, respecto de su categoría, cuanto de su valor jerárquico—conflictos entre derechos subjetivos. Se deja así al capricho, la arbitrariedad o la conveniencia circunstancial de la autoridad la resolución del conflicto, ya que no puede acogerse a un fin objetivo y permanente, no sólo por la negación de la entidad objetiva de los valores, sino también por la separación aducida entre Moral y Derecho.

Sorprende la opinión de Carlos Cossio cuando trata de exponer el iusnaturalismo. No es muy fiel su exposición. Su lectura ofrece la impresión que nos producen ciertos autores que para refutar una posición doctrinal se la forjan a su manera para darse el gusto de rebatirla. Esta actitud no es crítica, cuando lo que, en definitiva, importa al saber humano es la verdad.

Citemos un botón de muestra: el juicio que a Cossio merece el concepto de “bien común” en Santo Tomás de Aquino. He aquí sus propias palabras: “Pero el concepto de bien común en Santo Tomás es un nido de equívocos; así, existe perplejidad en saber si el bien común es el de la comunidad en cuanto todo, o lo común a sus miembros individuales; para no referirnos a aquella identificación de bien común con la beatitud, que hace explícitamente Santo Tomás de Aquino (*Tratado de la Ley*), tan al margen del Derecho positivo, y por eso mismo, tan inutilizables para el enfoque científico del Derecho o aquella otra en que el filósofo medieval nos habla del bien común de la naturaleza, tan al margen de la concepción científica de la Naturaleza con su mecanicismo causal y su neutralidad para los valores. Pero aún depurada de sus exuberancias en un sentido unívoco, la locución “bien común” parece más propia de la Política que del Derecho” (48).

Concorde con la doctrina sobre las fuentes del Derecho la Teoría encuentra un argumento más contra el Derecho Natural, al afirmar que la pretensión del iusnaturalismo de considerar al Derecho Natural como

(47) *Teoría de la conducta*, n.º 28. *La Valoración...*, p. 82, especialmente la nota 13.

(48) *La Teoría Ecológica...*, p. 400.

fuerza del Derecho positivo quedó concluida desde la época de Savigny; no obstante—declara Cossio—, “la revisión de la tesis iusnaturalista resulta inexcusable para la Egología.” El parte de los argumentos críticos formulados hasta ahora contra el Derecho Natural. Por eso afirma: “La crítica al Derecho Natural ha sido implacable y sostenida. Con argumentos eficaces, aunque ordinariamente discursivos, se han descubierto las ideologías políticas que cobijaba y se han señalado sus insuficiencias e incongruencias teóricas, entre las cuales no es la menor el pecado de hipóstasis que constantemente comete..., sobre todo ha sido eficaz la crítica inmanente de Kelsen, al mostrar que el Derecho Natural no puede mantenerse en su propia idea, pues está condenado a positivizarse a medida que descendemos hacia las normas individuales de la pirámide jurídica” (49). Este argumento es válido—afirma Cossio—no ya para la llamada Escuela del Derecho Natural (ss. xvii y xviii), sí que también para la Escolástica.

El profesor argentino confiesa “no sabe con suficiente razón qué sea el Derecho Natural, pues ni éste puede confundirse con las opiniones de un Santo Tomás de Aquino o un Locke, ni las instituciones, como bienes, resultan siempre contingentes respecto de la idea de lo fundamental. Es que, en rigor, con este enfoque definitorio, al prenderlo de ciertos contenidos axiológicos que se juzgan valiosos, sólo se está sobre la valoración jurídica, y por eso, lo único que realmente se verifica es lo que ella suministra”. “De aquí resulta claro—prosigue—que cuando se niega el Derecho Natural no se pretende negar un dato axiológico. Semejante negación sería una insensatez...” “Mas no por esto la Teoría Egológica se siente iusnaturalista; sólo viene a decir que el Derecho positivo es connatural al hombre por esencia” (50).

Aun contando con esos datos axiológicos—sigue discurrendo Cossio—no se puede definir el Derecho Natural, pues “resulta decisivo el hecho de que sobre cualesquiera de esos contenidos axiológicos que se juzgan valiosos, aun respecto de los más importantes, pueden coincidir en la valoración las filosofías más heterogéneas, aportando diversos fundamentos. El caso de Kant y de Spencer es clásico”. “Ante la pluralidad posible de fundamentación, el iusnaturalista tendría que probar que su fundamentación es la verdadera; con lo cual se destacan, otra vez, que el ámbito definitorio del Derecho Natural está en el fundamento del problema” (51).

(49) *Teoría de la Verdad...*, p. 151.

(50) *Id.*, p. 153.

(51) *Id.*, p. 154.

Otro argumento que ofrece la Escuela Ecológica contra el Derecho Natural se basa en el principio "haz bien y evita el mal" que Cossio califica de tautología, ya que hacer el bien equivale al principio "haz lo que deba hacerse" y es precisamente el determinar este deber lo que ha de hacer el jurista. "Que sea una verdad de razón (haz el bien y evita el mal) es innegable, porque se trata de un juicio analítico; pero que se trate de un principio de Derecho Natural sólo se puede afirmar por ligereza." "Precisamente el problema está en saber qué es lo que debe hacerse; y esto no lo puede resolver aquella enunciación, debido a la circunstancia de que en sí misma es una tautología." "¿Cómo fundamentar eso que debe hacerse, aun estando de acuerdo en lo que debe hacerse?" "Se ve, pues, que el Derecho Natural ya es una interpretación de aquellas verdades analíticas innegables; pero de ninguna manera se puede decir que semejantes verdades sean principios de Derecho Natural, que, por eso mismo, estuvieran comprobando su existencia." "Y como en las construcciones iusnaturalistas se nos remite a un punto metafísico, vale decir, fuera de la experiencia posible, faltará por principio, la intuición originaria de la existencia fundante que habría de suministrar el fundamento... Ello requeriría que el contenido valioso inconmovible fuera también empírico, para tener constancia de su existencia. Pero si es empírico, ya no puede ser inconmovible" (52). Es evidente que aquí Cossio confunde la inmutabilidad del principio de Derecho Natural en su esencia, con la movilidad que puede ofrecer en la práctica jurídica sus concreciones. Ser inmutable no es ser inamovible. Como no advierte que la perennidad de una esencia pueda adoptar distintas concreciones en la realidad jurídica y que por conocimiento empírico de ésta pueda ser captada aquella esencia única.

Prosigo con los argumentos que presenta la Escuela Ecológica contra el Derecho Natural. Se da como tesis tomista o agustiniana (sic) el que una Ley que no sea justa no es verdadera Ley, para advertir de inmediato que la doctrina escolástica sobre el Derecho carece de Ontología jurídica. "En efecto, este iusnaturalismo cae víctima de la confusión entre lo ajurídico y lo antijurídico... Cuando se nos dice que lo injusto, como negación del Derecho, no es Derecho, este iusnaturalismo

(52) *Teoría de la Verdad...*, p. 156.

"Por eso—continúa—el iusnaturalismo pretende remitirse a un contenido metafísico. Y el error de fundamento con que recíprocamente califican sus discrepancias acerca del contenido valioso originario, sólo traduce, en las diferentes construcciones iusnaturalistas, esta desubicada persecución de un fundamento de existencia." Ob. cit., p. 156.

no hace una cuestión de palabras; es decir, no entiende por ello que lo injusto, como algo desvalioso, sería algo antijurídico en el sentido moderno, y por ello precisamente, acreditaría un ser jurídico. Esta elaboración es incompatible con el tomismo... Para el tomismo el Derecho injusto, por haber perdido su ser, es algo ajurídico, algo que está por fuera de nuestra región óptica. No es aquello que, conservando su ser jurídico, tiene simplemente un signo desvalioso, con lo cual, con este alcance, podría ser calificado de antijurídico." "En vez de esto, el iusnaturalismo escolástico nos habla de la Justicia como el ser del Derecho, sobre la base un razonamiento: porque siendo obra de Dios, no cabe atribuir a Dios el ser de lo desvalioso. En esto no sólo hay el trasfondo problemático de las premisas metafísicas, sino la contracción por razonamiento de la región óptica del Derecho. Dejando aparte el problema metafísico aquí implicado, lo segundo, fenomenológicamente, es una falsificación de la ontología jurídica, porque para hacer ontología jurídica hay que actuar directamente sobre los datos, mediante una abstracción ideatoria. No se puede hacer mediante un razonamiento, por más ajustado que fuere" (53). Sin perjuicio de recoger este argumento en mi crítica posterior, interesa llamar la atención del lector sobre la evidente involucración de norma y conducta por un lado, y por otro, la involucración de los planos ontológico y axiológico.

En su peculiar interpretación del iusnaturalismo, observa Cossio que el fenómeno jurídico no puede ser tratado con el método propio de los objetos culturales, porque el cambio de signo axiológico comparte en él la pérdida de su ser jurídico. "En resumen: el iusnaturalismo tomista no puede acomodarse, como explicación, a la experiencia jurídica, porque no emerge de una ontología jurídica. Su tesis construida de que el Derecho injusto no es Derecho, lo divorcia de la experiencia, cada vez que la experiencia nos presenta un entuerto. Y es inútil fabricar una sarta de conceptos artificiales para cubrir este vacío, porque los conceptos quedan en el aire, si no hay una realidad que con ellos se corresponda. Los conceptos sólo valen como meros pensamientos por la coherencia con que se complementen; pero para valer como conocimiento están necesitados de la intuición que proviene de la experiencia" (54).

Así, pues, el antiiusnaturalismo de la Escuela Egológica se basa en los principios doctrinales expuestos con anterioridad. La relación con éstos—como he advertido en algunos momentos—ofrecen innegable ri-

(53) *Teoría de la Verdad...*, p. 157.

(54) *Id.*, p. 159.

gurosidad lógica. Pero también es verdad, como se deduce por la simple lectura de los textos citados, que sus argumentos contrarios al Derecho Natural adolecen del defecto de no conocer el iusnaturalismo en general y particularmente de la doctrina escolástica, a la que hace afirmar lo que no ha afirmado nunca. Por eso, antes de entrar a examinar tales argumentaciones, resulta preciso rectificar la opinión de Cossio.

Rectificación a la interpretación egológica del iusnaturalismo.

Es cierto que la noción de Derecho Natural no puede confundirse ni con una posición doctrinal determinada, ni menos con la opinión de ningún autor, por grande que sea su autoridad intelectual. Pero si de lo que se trata es de enjuiciar su pensamiento, forzoso es no leerles de prisa y con prejuicio, sino intentar comprender ese pensamiento antes de formular nuestro juicio. Como ha dicho el maestro Corts Grau, "en Filosofía, propiamente no cabe hablar de pasado". "Y lo que importa es revivir en nuestra conciencia las distintas actitudes espirituales, y luego ir injertando en nuestro propio espíritu cuanto aún vive y vibra de ese pasado filosófico" (55).

Bien está intentar una Filosofía del Derecho moderna que sea consciente de la temática actual, pero no hasta el punto de ignorar el pasado filosófico, sobre todo en lo que aún vive y vibra. Más aún, un jurista de estirpe hispana no sólo debe conocer la doctrina de nuestros antepasados inserta en el desenvolvimiento cultural común a los pueblos de nuestra estirpe, sino constatar esos datos axiológicos que tan interesantes resultan para Cassio, a través de la legislación y la práctica jurídica que nos son comunes. Esta ausencia en las obras del profesor argentino resulta extraña. Y sorprende que cite de pasada a Francisco Suárez, gloria común de los pueblos hispánicos, sin conocerle directamente y haciéndole afirmar o confundir lo que nunca afirmó o confundió. Por ejemplo, que Suárez no distingue el Derecho de la Moral (56); o cuando le tacha de casuista a propósito del precepto "no matarás".

Esa falta de conocimiento directo se advierte asimismo a propósito

(55) *Filosofía del Derecho*. Ed. Escorial. 1942. Introducción. IV, p. 9.

(56) He aquí sólo un ejemplo: "La potestad legislativa—afirma SUÁREZ—se ordena solamente a la paz (social) y la honestidad exterior de la comunidad humana (política), a la cual nada se ordenan los actos que se consuman puramente en el interior." *De Legibus...*, libro III, cap. XIII, 3. Trad. esp. Ed. Reus, p. 166. Véase también el cap. XII, 7, del mismo libro, cuando relaciona el Derecho positivo con las virtudes morales naturales.

de Santo Tomás de Aquino. Sólo así puede explicarse la ausencia de un verdadero espíritu crítico hacia la doctrina de éste. Prueba mi afirmación el que la única obra citada sea *La Ley*, de Fernández Albar (57). Con todo, una lectura más detenida de esta misma obra permite observar en las páginas 20-22 que, cuando Santo Tomás indica que la ley positiva se ordena siempre al bien común—como se expresa en su famosa definición: “Quaedam rationis ordinatio ad bonum comune, ab eo qui curam communitatis, habet promulgata”—, la expresión se entiende como fin de la comunidad política y como tarea de todos sus miembros, lo que una vez conseguido, reporta un bien a todos ellos. Es claro que no puede interpretarse como un sumando de los bienes propios de los ciudadanos. Ciertamente, que la expresión “bien común” ofrece un indudable aspecto político—tanto, como político es el fin del Estado de promulgar y mantener el Derecho positivo—; pero también es cierto que tal expresión es elemento esencial de toda comunidad, aunque no sea política. Y es esencial, cualquiera que sea su extensión. Por eso Juan XXIII ha podido referirse no ha mucho al “bien común universal”.

Discernir la aplicación de un principio jurídico—aunque tenga su raíz en un precepto moral, lo que importa es su carácter jurídico—no es caer en el casuismo, como afirma Cossio de Suárez, sino basar justa y equitativamente esa aplicación a la práctica jurídica. El discernimiento es necesario en la Ciencia del Derecho. Por ejemplo, no puede discutirse la validez del principio jurídico, según el cual, en el contrato de depósito el depositario debe devolver la cosa depositada al depositante. Si se admite el carácter formal y apodíctico del principio, no se comprende la excepción—ya conocida en el Derecho romano—de suspender la obligación del depositario cuando éste ha realizado gastos necesarios y no han sido satisfechos. Lo propio cabe decir del principio jurídico que prohíbe matar. En otro caso, ni la legítima defensa, ni la pena de muerte podrían ser instituciones jurídicas contenidas y reguladas en el Derecho positivo.

La Escolástica no ha sostenido que la sanción no sea esencial al Derecho positivo. Precisamente, una de las razones que aduce para resaltar la necesidad de éste es la posible ineficacia de la norma natural. Esta constriñe a una conducta determinada sólo en conciencia. Para que sea eficaz se requiere que la norma natural sea recogida y concre-

(57) Colección Labor, 1936. En las pp. 20-22 puede leerse claramente cómo al explicar SANTO TOMÁS su famosa definición de ley positiva, el bien común se toma como fin esencial de la comunidad política.

tada con arreglo a las circunstancias en una norma positiva, que junto con los medios disponibles por la autoridad garanticen la eficacia de la norma. Entonces es cuando juegan su papel la coacción y la sanción impuestas por la autoridad. Cabe que sin una y sin la otra se cumplan los preceptos positivos; pero cabe que no se cumplan, en cuyo caso son necesarios la coacción y la sanción. La experiencia nos enseña que muchas veces basta la confianza para el cumplimiento de las normas jurídico-positivas. Bastaría tener presente este dato para comprender que no es de esencia el empleo de la "vis phisica" para la eficacia del ordenamiento jurídico positivo. Ahora bien, en todo caso influye sobre esa eficacia la posible aplicación. De ahí que la Escolástica haya afirmado que es de esencia a la norma jurídica positiva la coactividad, pero no la coacción. ¿Y qué diremos de aquella parte del Derecho a la que difícilmente es aplicable la coacción como en el Derecho de Familia? ¿Puede lograrse que la mujer casada—contra su voluntad—cumpla por coacción su deber de convivir con el marido? Y sin embargo, es norma contenida en los Códigos Civiles.

En cambio, la sanción casi resulta de esencia a la vida de una comunidad como medio al servicio de la autoridad para garantizar la salvaguardia del ordenamiento jurídico. No es necesaria en los casos de normal observancia del mismo, pero sí cuando ese ordenamiento se perturba. La sanción es el medio necesario para restaurar el orden perturbado. Afecta, por tanto, no a la estructura y vigencia de la norma positiva, sino sólo a la eficacia. La Escolástica no sólo estudió el papel de la sanción con el nombre de "pena", sino que analizó los efectos de la misma. Entre los neoescolásticos españoles destaca en este sentido Alfonso de Castro (58) al señalar como fines de la pena la expiación del delito (entuerto como dice Cossio), la corrección del culpable y la intimidación de los demás.

El iusnaturalismo no puede confundirse con ideologías políticas de ninguna clase, porque está por encima de ellas. Lo cual no quiere decir que en ocasiones históricas no se haya visto mezclado con ellas. Ya he dicho antes que el bien común es elemento esencial a toda comunidad sea o no política, pertenezca al plano público o privado. Mas es cierto que cuando nos situamos en el plano público la expresión adquiere un insoslayable sentido político. Conviene, no obstante, puntualizar que lo esencialmente político no es lo accidentalmente político. Hay una serie de elementos que son esenciales al Estado: Poder, pueblo, territorio,

(58) *De potestate legis penalis*. Salamanca, 1550.

finés, órganos, diferenciación de funciones, Derecho Fundamental y Ordinario, Administración, Servicios públicos, etc. Con ellos ha de contar cualquier régimen político y cualquier programa de gobierno. En este sentido el bien común se traduce en el conjunto de condiciones que posibilitan el orden justo de la convivencia política. Esta noción esencial ha de concretarse en cada Estado a impulsos de la ideología política dominante. Cualquier ideología será aceptable si respeta aquellas esencias y los derechos naturales del hombre. Esto significa una limitación para el gobernante, a la vez que una garantía para los ciudadanos contra la posible arbitrariedad de la autoridad gobernante. El iusnaturalismo niega que el Estado lo pueda todo, no porque no piense en la posibilidad contraria, como afirma Cossio, sino porque al faltar el gobernante a sus propios fines, decae de su autoridad en orden a su justificación. Precisamente esta idea es la que ha llevado al campo iusnaturalista a ilustres maestros contemporáneos desde posiciones doctrinales diversas (59). Y es ella la que ha acentuado la actualidad y el vigor del iusnaturalismo contemporáneo.

Tampoco puede confundirse el Derecho Natural con ideologías filosóficas determinadas, ni menos con ideologías religiosas positivas. Sobre esto último insistía George Renard, el creador de la doctrina del Derecho Natural de contenido progresivo, no hace muchos años al negar en la norma natural toda confesionalidad religiosa (60). El que el Cristianismo haya acogido la tradición greco-romana e intentado fundamentarla en sus dogmas, nada obsta a lo que es propiamente humano. El Cristianismo ha intentado elevar el Derecho Natural a un plano superior a nuestra naturaleza, de raigambre espiritual y religioso, mediante un proceso semejante al del concepto del hombre, que sin dejar

(59) El caso de GUSTAVO RADBRUCH es bien significativo. Véase: *Die Natur der Sache als juristischen Denkform*, en *Festschrift für Rudolf Laun*. Hamburg, 1948. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Heildelberg, 1947.

MAIHOFER le cita a este respecto cuando aduce la opinión de RADBRUCH de que la renovación del Derecho ha de venir de su inspiración en la tradición cristiana del Derecho Natural. Véase: *El Derecho Natural como Derecho existencial*. Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid, 1962, pp. 9-34.

(60) *Theorie de l'institution*. Ed. Sirey. 1929. Su teoría cobra vuelo metafísico y teológico en *La philosophie de l'institution*. Ed. Sirey. 1939. En esta segunda parte la metafísica de RENARD se fundamenta a través del método analógico en un estudio del ser del bien común, aprovechando la idea tomista del todo y sus partes. COSSIO no le ha comprendido y de ahí estas palabras críticas: "Con la *Philosophie de l'institution*, de RENARD, la desorbitación científica llega a un grado de verbalismo teológico increíble." *Teoría de la Verdad...*, p. 55, nota 38.

de ser lo que es por naturaleza, intenta elevar su vida a una mayor perfección, mediante la vida sobrenatural. Y así como el ser natural no obsta a esta vida sobrenatural, así la fundamentación del Derecho Natural es un orden superior no se opone a su concepto estricto. Tal es la posición de la Escolástica.

Evidentemente, para llegar a comprender qué sea el Derecho Natural, es *conditio sine qua non* referirse a la teleología humana, que es negada por la Escuela Ecológica. Y como de esa teleología penden los valores humanos, así en su recta interpretación, cuanto en su jerarquía, al prescindir de esa teleología, se niega una exigencia objetiva y absoluta, para plegarse a lo circunstancial y en definitiva a un relativismo cultural, que es el caso de Cossio.

No cabe duda de que el primer principio del Derecho Natural es "haz el bien y evita el mal". ¿Es una tautología como piensa Cossio? ¿Equivale el principio a "haz lo que debe hacerse"? Una posición meramente formal sobre la existencia humana podrá contestar afirmativamente, como lo hace el profesor argentino. Una posición que enfoque la existencia humana no sólo en lo formal, sino también en su contenido, tendrá que contestar negativamente, pues lo que importa a nuestra existencia, cualquiera que sea el ángulo desde la cual se la mire, es la idea del bien común, íntimamente enlazada a la del fin propio de la existencia humana. Lo contrario a esa idea objetiva de bien-fin será el mal. Evitar una conducta contraria al bien-fin es la segunda parte del principio, incluido la omisión del bien, cuando éste debe y puede hacerse. Por eso, tal vez fuera más acertado formular el primer principio del Derecho Natural así: "Haz el bien siempre que puedas, debiéndolo o no." El precepto gira, pues, alrededor de la idea del bien, la más esencial al pensamiento de Platón, la idea que cualifica lo más excelso que puede darse en el hombre según Kant, la idea que fundamenta toda conducta ética en el hombre.

¿Es oscuro y difícil el camino que nos conduce a conocer qué sea el bien? No más difícil que cualquier otra idea aprehendida por el conocimiento y que incorporamos a nuestro saber. Pero hay algo que facilita ese conocimiento, al menos en su noción más primaria. En efecto, todo ser humano constata esa noción a través de su conciencia. La Escolástica lo advirtió a través de su sutil distinción entre entendimiento especulativo y entendimiento práctico y mediante el concepto de *sindéresis*, como potencia afectiva, en cuanto naturalmente habilitada por el bien y que a éste tiende como inclinación amorosa de nues-

tro espíritu, según la Escuela franciscana (61). Pues bien, como decía Santo Tomás, “in synderesis sunt universalia pricipia juris naturalis. Synderesis dicitur lex intellectus nostri, in quantum est habitus continens praecepta legis naturalis” (62). “Synderesis—proseguía el Aquinatese—dicitur instigare ad bonum et murmurare de malo, in quantum per prima principia procedimus ad inveniendum et judicamur inventa” (63).

Obrar el bien—proclamó la Escolástica—es “veritatem agere”. Lo cual supone el conocimiento previo de la verdad. “Veritas est quod est.” No es mi verdad, sino la verdad ontológica, la verdad de las cosas tal cual ellas son. “Veritas quae in anima causatur a rebus, non sequitur aestimationem animi, sed existentiam rerum.” “Non quid tu velis quid tu intelligas, cognoscere, sed solum quid rei veritas habeat.” Clara alusión a la necesidad del conocimiento objetivo del ser, y juiciosa advertencia contra todo tipo de subjetivismo gnoseológico.

Como decía San Agustín, el mal es sólo ausencia del bien. Así, pues, basta intelectualmente comprender qué sea el bien, para estar en posesión de la verdad y en disposición de obrar el bien. Así no es difícil comprender el primer principio del Derecho Natural.

El iusnaturalismo también basa su axiología en lo ontológico, contra lo que cree Cossio. Se advierte así tras lo dicho. Sea, pues, primero conocer el intrínseco ser del hombre, esto es, su naturaleza y sus propios fines, para luego interpretar los valores en estrecha correspondencia con éstos y con aquélla. De lo contrario, el existir del hombre queda a merced de sus ciegos impulsos o a la deriva de las circunstancias que lo rodean, aunque se quiera disimular con empaque mediante la locución “razón vital”.

El hombre es ser teleológico. “Todo cuanto se contiene bajo los cielos—decía Francisco Vitoria— existe para algún fin, y en este fin estriba la razón de su ser, y su sentido, y desde ese ángulo hay que estudiar las cosas comunes” (64). A la teleología como nota esencial de nuestro ser se refería Nietzsche cuando conceptuaba al hombre como “animal capaz de prometer” (65). Ni tiene sentido la libertad humana si no

(61) SAN BUENAVENTURA: *Comentarios a las Sentencias*, 39, 2. Le cita NOLKENS-MAIER en *Ethische Grundfragen bei Bonaventura*. Leipzig, 1932, tomo V.

(62) *Suma Teológica*, 1.^a, 2.^a, q. 13, 22 y 77.

(63) *Id.*, q. 64, art. 3.^o.

(64) *De potestate civile*, 2.

(65) Citado por JASPERS en *Über Bedingungen und Möglichkeiten eines neuen Humanismus*, en *Die Wandlung*. Agosto 1949.

encuadramos nuestro ser en la coordenada de la finalidad, en el mundo del "Wollen", como decía Stammler. Si la voluntad de decisión caracteriza nuestro existir, es obvio que ella requiere de un criterio rector y ninguno mejor que el fin o conjunto de fines propios de nuestro ser.

Alcanzar ese conjunto de fines a los cuales el hombre es por naturaleza llamado, significa tanto como alcanzar, desde el punto de vista de su ser, una perfección que no tenía, lo que constituye por sí un bien. De ahí estas palabras de la Escolástica: "Bonum autem, cum habeat rationem appetibilis, importat habitudinem causae finalis." "Bonum est perfectivum." Pues por esto al bien propio de un ser dotado de razón y libertad se le llama "bien honesto" o "bien moral". Procurarlo para sí y para los semejantes es nuestro primer deber natural. No se trata, pues, de una tautología.

Por otra parte, decir "haz el bien" no es expresar un juicio analítico. Por éste entendía Kant el juicio afirmativo cuyo predicado pertenece al sujeto como contenido en él. La misma posibilidad de obrar el bien o el mal impide aplicar el concepto al anunciado juicio. Si no existe, pues, identidad entre sujeto y predicado es erróneo clasificar tal juicio como analítico, cual lo sería, por ejemplo, enunciar "todo hombre es animal". Siguiendo a Kant tendríamos que calificar el "haz el bien" como un juicio sintético a priori. Y ya sabemos que sólo sobre esta clase de juicios fundaba el conocimiento el filósofo de Königsberg. La Escolástica llamaba a los juicios analíticos "per se notae ex terminis", y a su percepción se la denominaba "intelligentia" o "intellectus" para diferenciarla de la razón, en cuanto ésta versa sobre los conocimientos por vía discursiva (66).

En definitiva, no se puede afirmar de la Escolástica y de su concepción iusnaturalista que carezca de Ontología. Se ha advertido que la noción de bien fundamenta el concepto del Derecho Natural. ¿Será necesario recordar que también para la Escolástica el bien es uno de los trascendentales del ser? En lo que no yerra la Escuela Ecológica es en afirmar que la concepción iusnaturalista de la Escolástica se funda en una metafísica trascendente, desde la cual enfoca el ser del Derecho. De ahí su afirmación—que no recoge exactamente Cossio—de que un Derecho injusto (se entiende el positivo, porque el natural "per se" es siempre justo) no es "verdadero" Derecho, aludiendo a otro trascendental término ontológico: la verdad. De este punto concreto me ocuparé a continuación, al formular la crítica a los argumentos contra el Derecho Natural, así como de otros puntos no abordados hasta ahora.

(66) JAIME BALMES en *Filosofía Fundamental*. I. Cap. XXIX, p. 184 y s.

Crítica del antiiusnaturalismo egológico.

Seguiré el propio orden de la doctrina egológica. No yerra ésta al colificar el iusnaturalismo como teleológico. Se han expuesto las razones de esta teleología. Es algo que Kelsen tampoco ha comprendido en su doctrina al establecer la división entre el ser y el deber ser. De ahí su conocido argumento de que la naturaleza no origina el Derecho. Adaptándonos a la técnica kelseniana, tendríamos que decir que el Derecho Natural es deber ser adecuado a la teleología del ser humano.

No se puede separar tajantemente el mundo del ser y el del deber ser, porque la norma jurídica, sobre significar indudablemente un deber ser, tiene un ser también, aunque Kelsen lo exprese tan sólo a través de un aspecto: el de su estructura lógica. Ese ser posee otros aspectos y un estudio del mismo no acaba en su consideración estructural lógica. Como tampoco acaba en apreciar su teleología desde un punto de vista meramente formal como hiciera Stammler, a propósito de su Derecho Natural de contenido variable. Es precisamente este contenido lo que puede proporcionarnos lo más característico del ser del Derecho Natural. Al responder a los fines intrínsecos del ser humano participa de los mismos caracteres de éstos, es decir, inmutabilidad, objetividad, universalidad. Como seres humanos es evidente que todos somos iguales en esencia; pero no menos evidente es que esa igual esencia natural se resuelve, se concreta y se realiza en el tiempo de modo diverso. Tan es así, que quienes como Dilthey y Ortega y Gasset han apreciado excesivamente esta última realidad, han calificado al hombre como ser esencialmente histórico. De ahí la definición de Ortega: "Yo soy yo y mi circunstancia." Sólo que no somos puramente historia: en nuestro respectivo yo encontramos la esencia de un ser que es idéntico al de mis semejantes contemporáneos o al de los tiempos pasados. Lo apreciamos así cuando leemos cualquier obra de raigambre humana del pasado, por ejemplo, las Epístolas de nuestro Séneca. La conclusión es obvia: no somos sólo historia, también ser, también naturaleza. La Historia incide sobre ésta diversificándola en el modo de su existencia. Lo mismo sucede con el Derecho que, ciertamente, como piensa Cossio, es un modo insoslayable de nuestro existir. Mas, por eso mismo, el Derecho Natural se constata diversificado en el modo, a través de los distintos sistemas jurídicos positivos, vigentes o históricos.

Esto no lo ha comprendido la Escuela Egológica al concebir—aunque se diga no saber su concepto—al Derecho Natural como una vaga y vaporosa idealidad, carente de toda realidad empírica. "Si podemos re-

conocer como jurídicas—decía Del Vecchio—instituciones diversas y comprender el Derecho mismo como vario y mutable, nos fundamos implícitamente sobre una noción constante del Derecho; pues lo múltiple supone la unidad. No podríamos hablar de evolución jurídica, sino refiriéndonos a una cierta continuidad, a alguna cosa que permita seguir el hilo de esta evolución y recoger en una categoría única los fenómenos jurídicos sucesivos” (67). Estas palabras equivalen a las que ya pronunciara Platón en la antigüedad: “Si no hay un Derecho absoluto, no hay Derecho alguno.”

“Sería absurdo—decía Geny a principios de nuestro siglo—esperar un orden que surgiera espontáneamente de la vida social. Esta, que se desenvuelve a virtud de los esfuerzos de los hombres, tiene necesidad para guiarlos de una dirección, al margen y por encima de sus inteligencias y voluntades falibles. La idea de la Ley Natural, aquí de la naturaleza moral del hombre, se impone en el orden jurídico y moral, como se impone en el orden físico.” Es sabido cómo llega Geny a demostrar el Derecho Natural a través de las cuatro categorías de datos (“le donée”) observados en la vida social y jurídica y sistematizados a través de la técnica doctrinal (“le construit”) (67).

Este mismo pensamiento con vuelo metafísico memorable fue expuesto por George Renard en la segunda década del presente siglo. “El sentido de justicia—decía—es universal en el tiempo y en el espacio.” “La fórmula será eterna, pero el contenido variará con los siglos, las latitudes y las civilizaciones.” Por eso definió el Derecho Natural como la Justicia absoluta fundida en el metal de todas las civilizaciones, y por eso comparólo al sistema vascular en las plantas que, vivificándolas con una misma savia, da lugar a ramas y hojas diversas. Y así como en éstas debe estudiarse la característica de aquélla, así es en los diversos sistemas de Derecho Positivo, vigentes o históricos, donde hay que constatar el Derecho Natural.

El problema de la conciliación de lo absoluto e inmutable con lo relativo y mutable, la posibilidad de mantener la esencia del principio natural concretándola variamente según las circunstancias, e incluso el llegar a suspender el principio sin mengua para su validez, fue visto claramente por Francisco Suárez, con su distinción sobre los modos de variar: “intrínseca” y “extrínseca”. “En la ley positiva—decía—ocurre mudanza del primer modo, porque puede ser abolida; mas no en la ley

(67) *Science et technique en droit privé positive*. París, 1932, pp. 42-43, 55-56, 97-99, 162-63.

natural, que sólo puede ser cambiada del otro modo, por mudanza de la materia, de suerte que la acción es sustraída de la obligación de la ley natural, no porque sea abolida o disminuida esta ley, ya que siempre constriñe por igual, sino porque se muda la materia misma de la ley" (68). Es decir, la teleología objetiva a la que responde la norma natural se proyecta siempre válidamente sobre la vida jurídica práctica, inspirando el deber ser de la norma positiva, atemperando su vigencia a las mismas circunstancias de ésta en el modo y en la mutación, pero sin perder nunca su validez. ¿Se puede por esto calificar a Suárez de casuista?

Al inspirar la norma positiva, pública o privada, el Derecho Natural limita las facultades del legislador, de manera que en él encontrará el jurista no sólo la fuente última de toda norma positiva, sino el fundamento de su más sana crítica de la legislación vigente y los alientos más firmes para aspirar a renovar una legislación que falla en su eficiencia, concordemente con las circunstancias de su época. Fundar la autoridad de la norma jurídico-positiva sólo en el Estado, supone justificar posibles arbitrariedades legales, aunque sean irreprochables desde el punto de vista formal; y supone la posibilidad de desafueros a impulsos del capricho del órgano legislativo, o a remolque de vientos políticos momentáneos. Es por esta razón que Gaston Richard ha conceptualizado el Derecho Natural en nuestros días como "la autoridad de la conciencia humana sobre el Poder legislativo" (69). Precisamente, la relación entre persona y Derecho, Derecho y Libertad, Derecho y limitación del Poder político nos lleva a la idea del Derecho Natural, en opinión de Alesandro (70).

Es en el orden de las declaraciones más generales y de principio —declara Peter Schneider—donde el Derecho Natural ha tenido y tiene sus mejores posibilidades; y el ámbito en el que de una manera más clara ejerce su influencia es en el de las relaciones entre persona y Estado (71).

Afirmar lo contrario es naturalismo en la concepción del Estado,

(68) *De las leyes...* Ed. Reus. Cap. II, pp. 13-17.

(69) *Droit naturelle et philosophie des valeurs*, en *Archives de Philosophie du droit*, 1934, p. 23.

(70) *Ricerca in tema di esperienza giurídica*. Milano, 1957. GIOVANNI AMBROSETTI: *La storia del diritto naturale nella storia dell'Occidente*, en *Jus*. 1963. Fascículos III-IV, pp. 318-38.

(71) *El naturalismo en la teoría del Estado*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1957, pp. 167-70.

tendencia denunciada modernamente por Von Hippel con estas palabras: "Por cuanto el naturalismo en última consecuencia quiera el mal y pasa por el bien, se hace enemigo en sí, el representante de objetivos y morales contenidos de sentido, al que vale exterminar con todos los medios de que sean dueños la astucia y el poder". Por ello aboga por una nueva teoría del Estado que "tome como punto de partida la libertad moral del hombre y un necesario y objetivo orden del mundo, conduciendo así el mecanismo del poder político hacia el orden de la comunidad inteligente, y considerando al Derecho, no como un hecho solo, sino como una idea objetiva y justa que se realiza en el medio social y político" (71). ¡Cuán lejos este pensamiento de la competencia ilimitada del Estado que proclama Cossío!

Examinemos ahora el pretendido pecado de hipóstesis, es decir, que el Derecho Natural esté condenado a positivizarse. En este punto la Escuela Ecológica, sobre repetir el argumento de Kelsen, flota en su argumentación la idea expuesta ya en el pasado siglo por Bergbohm, cuando afirmaba que no tiene ningún sentido hacer confirmar y sancionar el Derecho Natural por el Positivo, "pues lo que ya es Derecho —decía, no necesita de ninguna ulterior confirmación o sanción", y por otra parte, no pueden ser concebidas dos clases de Derecho al mismo tiempo y juntamente, porque, o existe uno y es suficiente, o si no lo es, basta con el otro. Y añadía: "Toda representación de un Derecho, llámese como se quiera, fuera del Positivo, está desprovista de todo contenido objetivo, fijo y determinado, formada necesaria y exclusivamente por opiniones filosóficas y creencias morales, deseos prácticos y especialmente políticos que, en el mejor de los casos, pudieran llegar a ser Derecho en el futuro" (72). La argumentación es paralela a la de la Escuela Ecológica. ¿Es esto una revisión de la tesis iusnaturalista?

Se ha expuesto por qué el Derecho Natural es, existe y es válido objetiva e independientemente del Derecho Positivo, al cual inspira y legitima. ¿Por qué ha de positivizarse? Lo expresaba a comienzos de este siglo Cathrein: "Si la ley natural fuese suficiente para todos los hombres y en todas las situaciones, no habría razón alguna para considerar

(72) *Filosofía del Derecho*. Ed. Reus. 1940, pp. 244 y ss. Traducción de la edición alemana *Recht, Naturrecht und positivesrecht*. Friburgo, 1909.

Natura e necessità del diritto positivo secondo Santo Tommaso, de REGINALDO PIZZORINI, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1961, pp. 642-67. El autor estudia las razones dadas por el Aquinatense en orden a la necesidad de concretar el Derecho Natural en el Derecho positivo.

como necesarias las leyes positivas. Pero aquella ley no es suficiente por una triple razón: 1) Es necesario se declare autoritariamente las conclusiones más remotas de los principios universales, según exigencia de las circunstancias, ya por conclusión lógica, ya por determinación próxima. 2) No es posible deducirlo todo por sencilla conclusión de la ley moral natural, porque muchas exigencias morales las contiene tan solo en general y en caracteres indeterminados y deben ser determinados de manera próxima. 3) Los mandatos de la ley natural están provistos, en la vida temporal, de sanción insuficiente y el orden social requiere de eficaz sanción, a lo cual contribuye el Derecho positivo con su coactividad potencial. Ya lo decía Spinoza: "terret vulgus, nisi metuat".

A estas razones débese añadir otra, derivada de la misma esencia del bien común. Siendo éste el orden justo de la convivencia, no cabe imaginar siquiera la vida del Estado sin partir de la noción de convivencia política; pero como ésta ha de basarse en un Derecho Fundamental que se proyecta sobre todo el Derecho positivo—así público como privado— de la comunidad, es obvio que las directrices del bien de ésta han de contenerse de modo concreto en el Derecho Fundamental a tenor del grado de madurez de la misma Comunidad política y de las peculiares circunstancias en que se desenvuelva. Por donde, también a través de la noción de bien común, adviértese la necesidad de concretar el Derecho Natural en el Derecho Positivo, dada la conexión entre aquél y la noción de bien común, como ya se ha expuesto. Entendido así, como ha dicho Maritain, el bien común se nos aparece como "la faz política de la Justicia".

Por supuesto que para admitirlo así es necesario contar con la necesaria vinculación entre la Política y el Derecho, superando recelos de juristas y políticos; los primeros viendo en el orden jurídico una rémora a la implantación de sus ideales; los segundos, más atentos a la pureza de su método, queriendo ignorar la indudable carga política que nos ofrece cualquier norma de Derecho Positivo. El tema es tan actual que nos sorprende su ausencia en la Egología, teniendo en cuenta la clasificación de la conducta humana más arriba expuesta (73). Quizá

(73) PERTICONE lo abordó en 1934 en *Regime político e ordinamento giurídico*. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Más recientemente, el propio GIACOME PERTICONE ha tratado del tema, destacando que precisamente por ser el Derecho positivo la realización de una convivencia ordenada, es algo distinto de la Moral. Y con respecto a la Política ha señalado que el Derecho positivo no es otra cosa

sea debida esta omisión a que lo político forma parte del contenido de la norma jurídica y ya sabemos que éste queda fuera de su construcción teórica. Pero ¿acaso lo político no ofrece un aspecto formal?

Tras de lo dicho se explica la afirmación de la Escolástica de que una ley positiva que no sea racional y se dirija al bien común es injusta, y por tanto no “es” verdadera ley. Al definir la ley positiva como “cierta ordenación” se aludía a que cada comunidad podía tener legítimamente su propia fórmula. Con la palabra “racional” se negaba el carácter de justa a toda norma que se apartase de los dictados de la sana razón humana atentando a la dignidad del hombre y violando sus derechos naturales. El que esa ordenación racional hubiese de promover y mantener el bien común significaba la vocación doblemente justa de la ley positiva. Por tanto, Derecho y Justicia son términos íntimamente conexos. “Sólo sabiendo lo que es justo—decía Radbruch—se está capacitado para saber lo que es jurídico”. No se puede deslindar un término de otro, considernado el segundo como un concepto metajurídico, a virtud de una pretendida pureza metodológica, o en plan de deshumanizar una teoría jurídica, pues al hombre medio se le hace insoportable tal separación. “Desintegrar el Derecho de la Justicia es desintegrar la vida humana y las relaciones sociales, y quedarnos a la postre, sin el uno y sin la otra, a merced de la fuerza o de la astucia”. *Mihi lex esse non videtur, quae justa non fuerit* (74).

Si, pues, el concepto de Derecho es sinónimo del de Justicia, toda norma injusta no será Derecho. Será apariencia de Derecho, arbitrariedad del Poder, constricción apoyada en la *vis phisica*, pero nunca Derecho. La Escolástica distinguió estos casos de injusticia legal: “*Per contrarietatem ad bonum comune*”, ya por el fin, ya por el autor, ya por la forma. En todos ellos, al fallar la conexión lógica entre la norma natural y la positiva, no puede obligarse en conciencia, esto es, pierde

que el contenido político que se presenta bajo formas jurídicas. *Diritto e Política*, en *Rivista Internazionale del Diritto*, 1961, pp. 109-66.

BRUNO LEONI, en el propio año de 1961 y en la misma Revista, advierte que, pensar como Kelsen que las normas jurídicas son las únicas que permiten distinguir entre el poder político y todos los demás tipos de poderes es ignorar que aquéllas tienen precisamente la función de expresar, no de crear, la situación, aunque lógicamente, no pueda darse tal situación sin que existan normas jurídicas. En todo caso, la actividad política tiene prioridad sobre la actividad jurídica.

Véase también: JACQUES MARITAIN en *Humanismo integral*. Chile, 1947, p. 233; y ELÍAS DE TEJADA en *Introducción al estudio de la Ontología jurídica*. Madrid, 1942.

(74) CORTS GRAU en *Curso de Derecho Natural*. Ed. 1953, p. 220.

la norma positiva injusta su sentido de deber ser, o lo que es lo mismo, ya no es válida para nuestra conducta. Con todo, y pese a la acusación de falta de adaptación a la realidad empírica, la Escolástica sostuvo que en determinados trances se pudiese someter a la ley injusta, y al poder arbitrario o tiránico en el ejercicio de su autoridad para evitar escándalo o perturbación social (75). Pero proclamó también el derecho a resistir la ley injusta y a ese poder arbitrario o tiránico, caracterizado por la violencia o la injusticia de sus decisiones. Por eso pudo decir Rivadeneyra que “el tirano no tiene más ley que su voluntad” (76).

Cuando se afirma, pues, que una norma injusta no es verdadero Derecho, se alude a uno de los trascendentales del ser: la verdad. No puede afirmarse en consecuencia que la Escolástica careciera de Ontología jurídica. Más, todavía, se considera la parte de ser que esa norma injusta tiene y a virtud de ese ser incompleto se señala la conveniencia de someterse en ciertos casos, aunque se proclame que no obliga en conciencia, es decir, que no es válida tal norma jurídica. Lo que no puede admitirse es la confusión con la norma natural tal como piensa la Egología. El Derecho Natural es siempre lo justo por esencia. El Derecho Positivo no. Puede inspirarse en lo justo natural y puede no hacerlo. Aquél sí es obra de Dios, autor de toda naturaleza, de todo ser, y por ello ciertamente no puede ser injusto. Este es obra de los hombres y puede serlo.

Comprendido así, como indica el propio Cossio, el problema se nos ofrece con implicaciones metafísicas insoslayables, en íntima relación con el ser teleológico del hombre. En todo caso, a la Ontología jurídica puede llegarse mediante la abstracción ideatoria que propugna Cossio y mediante otro método adecuado. Pero no puede existir verdadero conocimiento del Derecho (así de carácter científico, como filosófico), sin conocimiento del ser esencial del hombre. Incluso se desprende así de la afirmación egológica de considerar el Derecho como un “insoslayable modo de ser” de la existencia humana. Así lo ha comprendido Erich Fechner recientemente al formular estas palabras: “Recht ist nicht denkbar ohne den Menschen” (77).

(75) “...unde tales leges non obligant in foro conscientiae, nisi forte propter vitandum scandalum vel perturbationem; propte quod etiam homo juri debet cedere...”. SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theologica*, 1.^a, 2.^a, q. 96.a.4.

(76) *Tratado de la Religión y Virtudes que debe tener el Príncipe Cristiano*. Libro II, cap. 9.^o.

(77) *Sociologie und Methaphysik des Rechts*. Tubingen, 1956, p. 215.

“La antropología filosófica resulta ser—ha dicho Antonio Truyol—, por consiguiente, una disciplina no ya auxiliar, sino básica y previa para el iusnaturalista. De hecho, toda teoría iusnaturalista presupone una determinada concepción del hombre” (78). En todo caso, el Derecho Natural no puede confundirse con ninguna de esas concepciones. De lo que se trata es de constatar qué sea la esencia del ser humano; y sobre ella, y sobre los fines a los cuales responde, construir nuestra concepción del Derecho Natural, no en el sentido de crearla a nuestro capricho, sino en el sentido de constatar lo que se desprende por la misma fuerza lógica de conexión entre aquella esencia y estos fines. Es la misma fuerza que en mil ocasiones nos hace exclamar, cuando observamos el ajuste de las cosas: ¡Es natural!

Y a este respecto es digno de anotar la coincidencia de las más variadas concepciones humanas sobre algunas de esas notas esenciales: racionalidad, historicidad, libertad, teleología, inseguridad y ordenamiento de la conducta o normatividad. Así, también, cabría destacar, en cuanto a los fines propios del ser humano, multitud de coincidencias doctrinales cualquiera que sea el origen de éstas, como reconoce también Cossio. Añadamos la distinción fundamental de las ideologías que ven en el hombre un ser de fines immanentes, de aquellas que le enfocan como ser de fines trascendentes—muchas veces menos dispares de lo que parece, pues que la diferencia estriba más en la perspectiva desde la que se contempla al hombre, que en algo intrínseco a él—y tendremos explicada la posición metafísica que en cada caso adopte. Ya hemos visto cuál es la de la Egología.

Un concepto riguroso del Derecho Natural no puede ser ajeno a una antropología de base metafísica trascendente. Así la comprendió uno de los iusnaturalistas contemporáneos más sobresalientes, Heinrich Römmen, al afirmar: “El supuesto de un Derecho Natural inmutable, que permanezca como modelo, es, pues, ante todo, la posibilidad de un conocimiento del ser, de las esencias de las cosas, con otras palabras, una teoría realista del conocimiento.” Con estas últimas palabras respondía el gran autor alemán a la objeción—también señalada por Cossio—de la falta de contacto con la realidad, pues para Römmen el conocimiento necesita del contacto con ésta; más todavía, lo que persigue nuestro entendimiento es captar las esencias de las cosas encerrada en su manifestación concreta. Y por otra parte, no se capta esa esencia sin comprender el fin intrínseco al que corresponda su ser, esto es, sin com-

(78) *Fundamentos de Derecho Natural*. Ed. Seix. Barcelona. 1954, p. 19.

prender la causa final, como expresara Suárez en sus *Disputationes Metaphisicae*. Mientras el ser de una cosa está en trance de alcanzar su fin intrínseco, su potencialidad se dirige a ello, y sólo cuando lo consigue halla la plenitud de su ser. Así interpreto estas palabras de Römmen: "La esencia de una cosa es la norma y el fin su devenir" (19).

Estas mismas ideas son aplicables al ser humano, quien va descubriendo las esencias diversas y sus respectivos órdenes intrínsecos, calibrando su diversa importancia y jerarquía, hasta surgir en él la necesidad de una ordenación objetiva. Y cuando ha descubierto que todos los seres que le rodean están ordenados con arreglo a intrínsecos principios y que todos los órdenes están como concatenados según una jerarquía, surge espontánea la pregunta: ¿Acaso el hombre es el único ser carece de un propio orden en su existencia? Si la contestación es afirmativa, cada uno de nosotros se erige en un mundo particular, regido interiormente por el capricho del momento o por las ideas que más influencia ejercen sobre nuestra vida, tan sólo limitado exteriormente por las conveniencias de la sociedad y las prerrogativas del Poder político establecido. Pero si la contestación es negativa, si se reconoce que también el ser humano tiene un puesto en el maravilloso concierto del mundo que conocemos, no tenemos más remedio que comprender la realidad, toda la realidad de este mundo, y enfrentarse con los distintos órdenes que le enmarcan, e inquirir cuál es nuestro puesto en el concierto del universo. Renard ha dicho que en ese orden universal hay implícito como un llamamiento a la obra del hombre, para que de un modo consciente y voluntario complete tal orden, siguiendo la pauta señalada por la misma esencia humana y sus fines propios. He aquí las raíces metafísicas del Derecho Natural. La derivación de éste, como una proyección sobre la humana existencia, de la Ley Universal debida a Dios, sigue siendo, pues, válida. Por esto Römmen señala que desde el momento que el hombre conoce las esencias de las cosas, comprende que el orden manifestado por ellas ha sido establecido por Dios, según su sabiduría, y aparece como necesario para su voluntad, como un orden que debe ser deseado y respetado y como una norma para su libre voluntad limitada (80). A lo que añade Messner (81): "Hecho según la imagen de

(79) *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*. Ed. Hegner. Münschen, 1947. pp. 171 y 182.

(80) *Id.*, p. 185.

(81) *Das Naturrecht*. 4.^a ed. Tyrobia. Innsbruck, 1960, p. 121.

Dios, y en cuanto la Ley Natural del hombre es una participación en la Ley Eterna, tiene el hombre que perfeccionarse por medio de la realización de esta imagen de Dios en sí mismo. La persona humana encuentra en ser imagen de Dios, la medida de lo que en última instancia está determinado a ser.”

Concordancias de la teoría egológica con el Derecho Natural.

Aunque, tras de lo expuesto, no puede dudarse de la actitud de Carlos Cossio y de su doctrina contra el Derecho Natural, con todo, no es difícil establecer concordancias. Incluso me parece poder afirmar de él, lo que de otros, y es que construyen su teoría mirando de soslayo la realidad del Derecho Natural, pero cuidando mucho de reconocerlo. Para demostrar esto, se precisa volver sobre ciertas afirmaciones de su teoría.

Conocemos por ésta: “La norma jurídica no puede confundirse con una orden o imperativo.” Esto significa una superación del positivismo jurídico. Es cierto, la norma jurídica positiva no se justifica por ser voluntad de la autoridad estatal o de la autoridad capaz de promulgarla, aunque no sea estatal. En este último caso, sólo la congruencia entre la norma promulgada y la norma estatal fundante, podrá justificarla. En el caso de la norma estatal, sólo la norma fundamental—como ya había dicho Kelsen—puede justificarla. Participa, pues, la Egología del propio intento de la Escuela de Viena en orden a la superación del positivismo jurídico; sólo que, en definitiva, este enfoque meramente formal no es suficiente. Se parte del hecho de la existencia de tal norma fundamental, sin preocuparse de su justificación. Para hacerlo, es forzoso atender al contenido de la norma, superando el punto de vista meramente formal. La Ley positiva es en esencia una ordenación racional, promulgada por la autoridad competente. Sin necesidad de referirla a otro elemento de su contenido que es esencial, es decir, el bien de la comunidad, es clara que el primer argumento de su justificación ha de basarse en su racionalidad. Sólo entonces se nos aparece como un deber ser de nuestra conducta jurídica (82).

Si ha de ser racional, es una cuestión meramente interpretativa, de pura posición doctrinal y gnoseológica, el llegar a precisar esa raciona-

(82) Recientemente, en una reunión celebrada en Salzburgo, Kelsen ha admitido el Derecho Natural como norma expresiva de una voluntad creadora, con fundamento meramente filosófico. Véase: “Kelsen habla de Derecho Natural” en *Nuestro Tiempo*, por Ricardo Estarriol. Pamplona, 1962. — — — —

lidad. Cossio se apoya en las Investigaciones Lógicas de Husserl, en la distinción entre Lógica teórica y Lógica aplicada o normativa, la primera como referencia a las esencias noemáticas y la segunda a las esencias noéticas. No cabe duda de que las esencias noemáticas son independientes del hombre, pues éste no las crea, sino que las constata; pero cabe dudar de la afirmación de Cossio de que ellas no se proyecten de algún modo sobre las normas jurídicas. La racionalidad de éstas supone esa proyección (83).

En cambio, se puede admitir con Cossio—y esto lo han olvidado los logicistas contemporáneos que, como Schreier, confunden el Derecho con una parte de la Lógica—que la norma jurídica, como significación es significación del hombre, de su vida, su existir, hasta llegar a definir el Derecho como uno de los modos más esenciales del vivir del hombre, exigido por su intrínseca condición de ser sociable. Hay aquí un evidente punto de contacto con el Derecho Natural (84).

Precisemos, no obstante, que esa condición sociable de nuestro ser, no obedece a voluntad, como erróneamente expresaron los teóricos del siglo XVIII (Hobbes, Locke y Rousseau), sino a imperativo de nuestra propia esencia. Ahora bien, la vida es orden; el desorden mata, como en la vida fisiológica sucede con el cáncer. Por tanto, si esa vida social ha de ser verdadera vida, ha de ordenarse, y dentro de este orden social general, el orden jurídico es esencial, aunque sea parte de aquél. Por eso la Filosofía jurídica contemporánea está insistiendo sobre el tema de la relación entre ambos órdenes. Y por eso hace bien Cossio en afirmar que el orden jurídico es orden de la coexistencia, o por mejor decir, de la convivencia humana. Y ya se ha advertido la diferencia entre ambos términos (85).

(83) Por esta razón, Vittorio Frosini presenta el Derecho Natural como “una universalidad lógica al menos” en “L’attualità del diritto naturale”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. 1961. Págs. 519-523.

(84) Para I. Quiles, si queremos penetrar en lo esencial del hombre, hallar su primer principio, sólo dentro del propio hombre, lo podemos encontrar. Este primer principio lo denomina “in-sistencia”, y es la primera realidad del ser humano, su “primun esse” y también su “primum congenitum”. *Das Wesen des Menschen* en “Scholastik”. Freiburg, 1961. Págs. 373-400.

(85) Frosini destaca por ello la actualidad del Derecho Natural, actualidad de índole práctica, como se demuestra por la apelación a él por parte de los internacionalistas contemporáneos, y afirma, que lejos de constituir una irrisión o una ilusión hoy es una “exigencia de la entera sociedad humana”. Véase artículo ya citado.

Su importancia práctica lo demuestra la actualidad de las llamadas “teorías

La norma jurídica tiene un ser. Está acertado Cossio al intentar superar la primitiva posición kelseniana que sólo considera en la norma positiva su significación como deber ser. Como lo está, al intentar expresar los modos esenciales en que se manifiesta el ser de la norma jurídica. En lo que ya no parece tan acertado, por las razones antedichas, es en considerar aquel ser como "conducta humana en su interferencia intersubjetiva". Aun pasando por alto el subjetivismo del que se resiente la Teoría, hay un aspecto objetivo de la norma—fundamentalmente es regla de conducta—que no se puede soslayar. Y es a través de este aspecto de su ser como mejor puede diferenciarse de otras reglas de conducta, por ejemplo, social o moral. Mas volviendo a los cuatro modos que Cossio señala, como estructura lógica con necesidad apriorística sobre toda experiencia jurídica, podrá discutirse su sistematización y su expresión técnica, pero es evidente que responda a la "naturaleza esencial" de toda norma jurídica. Quizás fuera más acertado distinguir las normas que regulan la conducta lícita de aquellas que regulan la conducta ilícita, y señalar en las primeras dos modos esenciales, el activo y el pasivo, subdivididos uno y otro en submodos. Así, podría distinguirse en el primero la facultad de señorío (derechos de la persona y derechos reales) por un lado, y derechos de crédito por otro; y en el segundo, los deberes personales y sociales por un lado y las obligaciones de carácter patrimonial por otro, respectivamente. Como podría distinguirse respecto del modo pasivo de la conducta ilícita los delitos y faltas contra el orden positivo, cualquiera que fuese su contenido (civil, penal, administrativo, moral, político) y en el modo activo la facultad de sancionar, cualquiera que sea su contenido (privación de libertad, sanciones económicas y otras). Lo cual nos advierte nuevamente que no es completo el conocimiento que adquiramos de una norma jurídica si deseamos su contenido.

Otro acierto de su estudio del ser de la norma es destacar su carácter comunitario, como nota esencial de la misma, junto al hecho de su posibilidad, pues que "una opción imposible sería un mero pensamiento normativo, pero jamás el sentido de una conducta". Ahora bien, ¿imposible por qué? Sólo dos razones son aducibles: o por falta de sentido lógico en sí misma considerada, o por falta de congruencia entre la

iusnaturalistas empíricas", de las cuales son buen ejemplo los norteamericanos Jerome Hall y Lon L. Fuller. El primero con sus trabajos "Living Law of Democratic Society" y "Studies in Jurisprudence and Criminal Law", el segundo con "Positivism and Fidelity to Law: a reply to Professor Hart".

regla que ella significa y las circunstancias sociales en que ha de aplicarse. En uno y otro caso, la norma carece de la significación de deber ser. Por eso comprendemos las palabras de Cossio: "Únicamente el deber ser lógico puede significar adecuadamente el deber ser existencial." ¿Pero no es esto lo mismo que había significado Santo Tomás al definir la ley como ordenación racional? ¿No significa esto que toda norma, cualquiera que sean las circunstancias en que se aplique, ha de tener un elemento necesario, apodíctico, invariable, significado por esa logicidad? Trátase, pues, de un elemento del ser de la norma que es "natural" a toda norma positiva. Si se admite, se está a un paso de descubrir el Derecho Natural, y por cierto, a través de la experiencia jurídica, tan cara al pensamiento de la Egología. Por tanto, la Ciencia del Derecho nos conduce a la Filosofía jurídica incluso metafísica, y la Ontología jurídica resulta ser el sustentáculo más firme de la Teoría del Derecho Natural (86).

Cuando concebimos éste, como se ha dicho más arriba, fundamentado en una teleología esencial a la existencia del hombre, de cuyos fines se desprenden por riguroso logicidad, los deberes y derechos del ser humano más allá de toda concreción y de todo ordenamiento jurídico positivo, ¿no estamos en presencia de una metafísica de la existencia humana como quiere Cossio? Otra cosa es que esta metafísica tenga su relación e incluso su fundamento en otra metafísica trascendente, como ha intentado el Cristianismo desde que adoptó el concepto de Derecho Natural. Mas aun prescindiendo de esto último, es clara la concordancia entre el iusnaturalismo y lo afirmado por la doctrina egológica en este punto. Y ciertamente, ha de ser sobre esa ontología jurídica y esta metafísica existencial donde haya de insertarse e interpretarse los valores jurídicos. Hasta puede admitirse el que éstos—como expresa Cossio—están en el futuro existencial, plenos de la temporalidad de la libertad que allí los proyecta, en cuanto estructura radical de su propio presente, como presente metafísico (87).

(86) ¿Es la ciencia misma un objeto de la experiencia?, se pregunta Emerich Coreth, contestando rotundamente que no. Todo saber es un saber sobre algo: todo saber tiene un contenido. ¿Cuál es el saber que fundamenta los demás saberes? Y se contesta: lo primero a saber es el "es". Un saber sobre el ser es el fundamento y la condición de la posibilidad del saber. El horizonte del saber es el ilimitado horizonte del ser. Así comprende la Metafísica como Ciencia fundamental. Y así explica cómo ninguna Ciencia es posible, si la Metafísica no puede darse. *Metaphysik und Wissenschaft*, en "Stimmen der Zeit", 1962. Págs. 357-366.

(87) Como observa Marcos de la Fuente (Juan A.), el ser humano tiene ciertas leyes que "aliter esse non possunt". Esta cualidad de la naturaleza humana pro-

Así, no hay dificultad de admitir que “la metafísica del Derecho no surge directamente de una axiología suya, planteada, a su vez, en forma independiente, sino que surge de su axiología a través de su ontología. No surge de la Justicia hipostasiada entitativamente, sino que surge de la libertad, una de cuyas categorías proyectivas o categorías de su futuridad en el sentido de Heidegger es la Justicia pura”. Si ésta, como valor, ha de insertarse en lo ontológico, se comprende que Cossio tome la libertad en sentido ontológico y que defina la conducta humana como “la libertad fenomenolizada”. Como se comprende su afirmación de que “la libertad jurídica es la libertad metafísica en su juego jurídico, dentro de la esfera de lo lícito; y que el signo de lo lícito es el que está vuelto hacia la conciencia del sujeto actuante” (88).

No cabe duda de que la libertad es *conditio sine qua non* de nuestro ser; una de sus notas esenciales. Este carácter ontológico, natural del ser del hombre, se proyecta sobre toda su conducta polarizándola, como se dijo antes, hacia la Verdad y hacia el Bien, los cuales constituyen los dos “debe ser” más fundamentales de nuestra existencia. A su servicio está nuestra voluntad de decisión; pero también cabe que ésta se dirija conscientemente hacia la Mentira y el Mal haciendo uso inadecuado de su libertad. Lo cual quiere decir que, fundada en la libertad ontológica, existe una facultad de libertad que no puede ser definida mejor que como poder de autodisciplina o propia limitación, en búsqueda amorosa de la Verdad y el Bien y con voluntario apartamiento de lo que no es Verdad ni es Bien. Así se funda la conducta natural del hombre. Esta es la única conducta admisible y en este principio—como ya se vio—se funda el Derecho Natural. Por tanto, toda actuación que sea conforme será “lícita” con arreglo a esta Ley Natural, tanto como toda conducta que se aparte de ella será “ilícita”. En este sentido bien puede admitirse lo afirmado por Cossio de que “el signo de lo lícito es el que está vuelto hacia la conciencia del sujeto actuante”. Recuérdese

cede de una necesidad ontológica; es decir, que puede fundarse más que en causa intrínseca al ser humano. De ahí que para el Iusnaturalismo el Derecho es un producto humano, expresión de la propia naturaleza del hombre, la cual es su causa formal. Véase *Umanesimo e Diritto naturale*, en “Rivista Internazionali di Filosofia del Diritto”, 1960. Págs. 693-699.

(88) Precisamente, la noción del Derecho Natural deriva de un dato inmediato de la conciencia, el sentido de lo justo, que ha sido dado al hombre por naturaleza, anterior a cualesquiera leyes humanas positivas. Así lo afirma Vincet André en *La notion moderne du Droit naturelle et le volontarisme*, en “Archives de Philosophie du Droit”, 1962. Págs. 237-265.

lo expuesto a propósito de la conciencia y de la *sindéresis* en orden al conocimiento de la Ley Natural y se apreciará el grado de concordancia, aunque no se nos oculta que lo "lícito" en la Egología se toma como algo limitado a la esfera del Derecho Positivo, y en el *Ius naturalismo* se fundamenta en lo "lícito natural" (89).

Lo lícito natural afecta al hombre de dos modos: vuelto hacia sí mismo y orientado hacia la sociedad en que se desenvuelve. Lo primero da origen a su conducta ética personal y lo segundo a la ética social. Es en ésta donde debe desenvolverse la libertad jurídica del hombre y en ella deben basarse las normas de Derecho positivo. Así, puede comprenderse—como dice Cossio—que éste es connatural al hombre y que es uno de los modos insoslayables de su existencia. Pero queda el problema de la diferenciación entre la norma moral *strictu sensu* y la norma jurídica, cuando se trata de la Ética social. En ambos casos puede existir—contra lo que cree Cossio—interferencia intersubjetiva. ¿Cómo diferenciarlas entonces? Por ejemplo, la Verdad y el Bien como principios fundamentales de toda conducta ética exigen del empresario que satisfaga a sus empleados las retribuciones adecuadas por su trabajo. Es un deber de moral social. Ahora bien, ¿en qué cuantía? Si se atiende a este deber moral, en la cuantía que le permita el desenvolvimiento acertado y eficaz de su empresa, conjugados los factores económicos, sociales y políticos, que siempre será más que lo que aconsejaba la Ley del Bronce de la Escuela clásica inglesa de Economía y más de lo que el Derecho del Trabajo le exija como deber jurídico. Por consecuencia, la intersubjetividad no basta para caracterizar al Derecho, y más cuando buena parte de la esfera propia de éste rebasa esa intersubjetividad moviéndose dentro de lo común, como ya se dijo. Por lo tanto, no vemos más modo de diferenciación que la idea de bien común concretada en el Derecho positivo por decisión del órgano legislador. Con lo cual aparece claro que el bien común—tan importante en el Derecho Natural como ya se vio—, aparte su cariz político—puesto que el legislador concretará su esencia inspirado en principios políticos, pero tendiendo a encauzar las necesidades de la comunidad—, tiene un claro

(89) Werner Maihofer presenta al Derecho Natural como el proyecto de la misión esencial e histórica del hombre en relación con los demás, que hay que realizar con un incesante esfuerzo común; se trata de la autoconciencia de la misión del hombre, no ya como la realiza cada hombre, sino como la conciben la Filosofía y la Teología, y cada vez más, la Ciencia públicamente y pensando en los hombres en general. *El Derecho Natural como Derecho Existencial*, en "Anuario de Filosofía del Derecho". Madrid, 1962. Págs. 9-34.

sentido jurídico, y es, junto con los requisitos formales de promulgación, el único criterio distintivo entre lo moral y lo jurídico.

Dentro, pues, del bien común, concretado por la norma positiva, se desenvolverá nuestra libertad jurídica, que no puede ser más que la misma libertad ética que vimos antes como poder de autodisciplina, referida al Derecho positivo. Pero si esto ha de ser así, no se comprende la afirmación de Cossio de que "todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido". Por de pronto, todo lo que pertenezca a la estructura óntica (incluido su sentido lógico) significará una conducta limitada, aunque no esté expresamente manifestada esta limitación en la norma jurídica positiva. En segundo lugar, la axiología fundada o insertada en esta misma ontología, supondrá otra limitación a nuestra conducta, aunque esos valores no se hallen expresamente reconocidos en la norma positiva. Esto sin salirnos de los cauces trazados por la Egoología y sin entrar en la patente contradicción en que incurre al proclamar como principios apriorísticos, necesarios y anteriores a toda experiencia jurídica los que se derivan de la estructura ontológica del Derecho. afirmar que en todo caso la axiología jurídica se deriva a través de esta misma ontología y profesar la inmanencia de los valores, confesando que no existen más valores jurídicos que los inmanentes a la norma positiva.

Es mucho más lógica la posición del iusnaturalismo al insertar los valores jurídicos en una ontología fundada en la teleología de la existencia humana. De este modo no hay dificultad en admitir una valoración objetiva, permanente, igual para todos los hombres, de carácter apriorístico, al margen y por encima de toda constatación en un sistema de Derecho Positivo. Desde este punto de vista, lo que no está prohibido expresamente por la ley positiva, sólo podrá permitirse si no contradice "lo jurídico natural", mas no en caso contrario. Así, el Juez o Tribunal que para fallar un caso no encuentre la norma positiva adecuada, puede acudir a la Ley Natural aplicando el principio abstracto de éste a la realidad juzgada mediante la equidad, como permite indirectamente el artículo 6.º, párrafo 2.º, de nuestro Código Civil, semejante al artículo 7.º del Código Argentino. No es otra la principal razón por la que el Derecho Natural debe ser considerado como fuente directa del Derecho positivo. Examinemos el caso del famoso fallo del Tribunal de Lieja hace pocos años absolviendo a una madre infanticida, obsesionada por el temor a una vida desgraciada de su hija, motivada por haber tomado talidomida durante el período de su gestación. Si la conducta de la desdichada madre no estuviera prohibida por el Código

Penal, según Cossio sería una conducta lícita, aunque nos cause horror—dejemos al margen la compasión hacia la madre y hacia la hija—admitir que un ser humano pueda ser autorizado lícitamente y por su propia voluntad, a matar a otro, y más, indefenso como en este caso. Lo grave del caso de Lieja no fue la exención de responsabilidad penal, a la que pudiera haberse llegado calibrando la ofuscación mental y la obcecación de la desgraciada madre, sino la declaración de que no había existido delito, esto es, la proclamación de su conducta lícita. Aun, pues, suponiendo que el Tribunal de Lieja no encontrase norma positiva aplicable al caso—tan nuevo como la droga ingerida por aquella madre—una inspiración en lo “lícito natural” habría dado otra solución al caso, esto es, habría suplido la laguna de la ley positiva, pues siendo la vida un deber y un derecho de todo ser humano, como se deduce lógicamente de los propios fines de éste, ninguno puede disponer caprichosamente de su propia vida y mucho menos puede disponer otro de la de cada uno. Según esto, hubo en el caso de Lieja un claro infanticidio. Afirmar la comisión del acto ilícito y la imputabilidad de la madre habría sido lo correctamente jurídico, aunque se hubiese llegado incluso a eximir de responsabilidad a la delincuente. Como puede observarse a través de este caso, los valores jurídicos implícitos en él hallan su mejor fundamento en la teleología del hombre (90).

Examinemos ahora otro caso análogo, el de los abortos provocados. Hay legislaciones positivas que lo admiten a voluntad de la madre, mientras hay otras que lo prohíben. Siguiendo la Teoría Ecológica tan lícita es la conducta de la madre en el primer grupo de legislación, como en el segundo. En ambos casos, la madre responde a valores jurídicos inmanentes a la norma positiva, sólo que son contradictorios entre sí, pues lo que es valor jurídico en el primer grupo, significa un disvalor para el segundo y viceversa. ¿Cómo superar esta contradicción? No se halla solución en la Teoría Ecológica. Para hacerlo, es menester abandonar una axiología inmanente al Derecho positivo, para inspirarse en una axiología que le trascienda, y que por su carácter humano, objetivo, permanente y universal, sirva de módulo para aceptar o rechazar

(90) Si se conoce la naturaleza humana—afirma Samuel Schuman—y si el Derecho es un medio para servir a un fin bueno, es evidente que no puede haber mejor fin que ayudar al hombre a realizar su auténtica naturaleza, cultivando todas sus facultades. De ahí su afirmación: “es bueno todo Derecho provechoso para la naturaleza del hombre; es malo todo aquel que impide desarrollarla”. *Zur Problematik empirischer Naturrechttheorien. Einige zeitgenössische amerikanische Ausichten*, en “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie”, 1962. Págs. 101-118.

los valores expresados en un sistema positivo cualquiera. Es decir, tendríamos que seguir el camino y la conclusión del caso anterior y descubrir nuevamente la realidad del Derecho Natural.

En ambos casos examinados, el bien de la persona y el de la comunidad exigen el principio jurídico del respeto a la propia vida de todo ser humano, sin lo cual no puede existir verdadera convivencia, ni promoción y aseguramiento del bien común. Por eso aquel principio es justo y su concreción en una norma positiva expresará—como dice Cossio—“una proposición de deber ser”, “una exigencia que está justificada en general”. Y ciertamente, la Justicia es “el vivir a conciencia” los fines propios de la comunidad. Así entendida, como valor, no existe inconveniente—como propugna la Egología—en admitir ese sentido radiado ocupando el centro del plexo axiológico jurídico. Lo que Cossio afirma del Orden como valor se ha afirmado también respecto de la Seguridad; pero es que el resto de los valores jurídicos señalados por Cossio, y otros que pudieran aducirse de carácter social, como, por ejemplo, el Amor o la Amistad, son acompañados por la Justicia como una sombra, por lo mismo que todos ellos responden al fin esencial de toda comunidad: el bien común (orden justo de la convivencia). Por eso, tal fin es nota esencial del ser, de la naturaleza de toda comunidad verdadera. Sin vivir a conciencia ese fin es imposible la paz social (no sólo la externa que puede ser mantenida por la fuerza, sino la interna, la que proviene de la tranquilidad de los espíritus confiados en el orden justo), como son imposibles la Cooperación y la solidaridad.

Por último, unas palabras sobre el concepto de fuente del Derecho. La definición de Cossio como “acto de creación de una norma, en cuanto ese acto está encerrado por otra norma más alta” es aceptable, con la objeción de que si bien explica el origen de las normas ordinarias, no explica el origen del Derecho Fundamental de un Estado. Sería demasiado ingenuo creer que todos los estados responden en su Derecho Fundamental a la más acabada doctrina ontológica y axiológica. Si de hecho no es así, si cabe apreciar contradicciones axiológicas y aun ontológicas en los diversos sistemas jurídicos positivos, como decía Verdross contra Kelsen, o se disloca el Derecho y su unidad de concepto en tantas unidades y conceptos como normas fundamentales se den al mundo, o forzosamente hay que buscar su base común. No puede encontrarse en un Derecho Internacional de sentido voluntarista, ni tampoco en la decisión del Poder político amparado en la fuerza o en la mayoría (que muchas veces resulta la fuerza del número). ¿Dónde

encontrar entonces "la fuerza de convicción", esa noción única que sirve de cimiento a Cossio para su definición de la fuente del Derecho? La convicción surge de la congruencia entre las ideas y la conclusión derivada de éstas. Es evidente que para la Egología esa fuerza de convicción reside en el jurista respecto de las leyes ordinarias; pero, y respecto del Derecho Fundamental, ¿en quién reside? Si admitimos que en la voluntad de la mayoría, al estilo de las democracias inorgánicas al uso en Occidente, recaemos en el relativismo cultural en su proyección jurídica. Si admitimos que el origen de tales normas fundamentales está en la imposición del grupo de gobernantes, entonces erigimos la fuerza como base de todo Derecho. El problema resulta así insoluble, salvo que esa "justificación general" aducida por Cossio y esa significación como "deber ser", propias de toda norma jurídica, descansen en la idea de lo que haya de ser, porque no puede ser de otra manera, si ha de ser verdadera norma jurídica, independientemente de su concreción circunstancial, habida cuenta de las exigencias de la vida humana. Si es así, hemos topado nuevamente con el Derecho Natural, pues que a éste corresponde inspirar, constituir la esencia y legitimar o justificar toda norma jurídica positiva, incluido el Derecho Fundamental de un Estado y el Derecho Internacional, de conformidad a las circunstancias de la comunidad. De este modo, el Derecho Natural viene a realizar una doble función, que siguiendo la tecnología cossiana vendría a ser la de fuente formal y material del Derecho positivo (Internacional, Fundamental y Ordinario). Como fuente formal sería la norma reguladora y formal del acto de creación de la norma positiva. Como fuente material, vendría a ser la expresión objetiva de valoraciones jurídicas activa o pasivamente. Entonces, sí podría decirse que el acto de creación de una norma positiva está encerrado por otra norma más alta, hasta llegar al Derecho Natural (91).

ISMAEL PEIDRÓ PASTOR

(91) Maihofer subraya que el Derecho Natural es el llamado a regular una existencia del hombre conforme con su misión, respondiendo a la exigencia de ir aproximando, cada vez más, las relaciones humanas al arquetipo de un orden digno del hombre, que puede concebirse como aquél en el cual reinen la libertad y la seguridad posibles, que permita y facilite el desarrollo de las capacidades, y todo ello, dentro de la soberanía de la norma jurídica, tras de la cual esté el Derecho Natural. *El Derecho Natural como Derecho Existencial*, "Anuario de Filosofía del Derecho". Madrid, 1962. Págs. 9-34.

