

LA FILOSOFIA DEL DERECHO Y EL DERECHO NATURAL EN HEINRICH HENKEL

(Derecho natural, Derecho «correcto» y Derecho positivo)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—Consideración filosófica del Derecho: Los *fundamentos* del Derecho. El problema de la fundamentación del Derecho, problema filosófico.—Errores y fallos del positivismo.—Concepto e idea del Derecho.

I. EL DERECHO NATURAL.—Dificultad de su determinación y comprensión: los términos «Derecho» y «Naturaleza».—Derecho natural absoluto y «nuevo» Derecho natural histórico-concreto.—Crítica de las direcciones iusnaturalistas. «Elementos constantes» y «contenidos de validez general» en el Derecho natural absoluto. Aportaciones del «nuevo Derecho natural».—Errores y fallos de ambas direcciones iusnaturalistas.—Posición ecléctica superadora de Henkel.

II. EL DERECHO «CORRECTO».—El «camino» hacia el Derecho «correcto».—Los criterios rectores para llegar a un Derecho «verdadero» o «correcto»: los *topoi*. Los *datos previos* del Derecho: 1.º *Factores reales de la formación del Derecho*: determinación natural.—Datos y *determinación fundamental antropológica*: el hombre en el Derecho.—La «estructura estratificada» del hombre y su importancia para la conformación y aplicación del Derecho.—Las *estructuras sociales*.—Las formas de existencia humana: el *ser-para-sí* y el *ser-con-otros*. Comunidad, sociedad, organización y relación de fuerza como «datos previos» del Derecho.—Estructuras de fin e intereses.—El orden social de valores.—Las instituciones y su conexión con el Derecho.—Las estructuras lógico-reales y su función «limitativa» y «orientadora» del Derecho.—2.º La *idea y fines del Derecho* como dato a cumplir por el Derecho. El contenido de la idea del Derecho: justicia, oportunidad y seguridad jurídica: sus exigencias.—Concepto «formal» y contenido «material» de la justicia.—Equidad y justicia; función «reguladora» de la equidad.—La seguridad jurídica: «seguridad de orientación» y «seguridad de realización» en la creación y aplicación del Derecho.—Conflicto y armonía entre justicia, oportunidad y seguridad.—El bien común como valor fundamental del orden social y jurídico.

III. DERECHO «CORRECTO» Y DERECHO POSITIVO.—Tópica, sistemática y lógica.—Relaciones entre Derecho «correcto» y Derecho positivo.—Esencia y vigencia

existencial del Derecho. Positivación del Derecho «correcto».—Tensión polar dialéctica entre corrección y positividad del Derecho.

El sentimiento jurídico, la consciencia y conciencia jurídicas como *topoi* para la obtención y aplicación del Derecho.

INTRODUCCION

Heinrich Henkel se propone un estudio filosófico del Derecho, y aun cuando modestamente llama a su libro *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ésta lo es sobre los problemas de la Filosofía jurídica y siendo ésta filosofía, como toda filosofía es visión de totalidad—aquí contemplación total del Derecho—que se esfuerza en la determinación de sus esencia y contenido. Esto es, «el inquirir y profundizar en una contemplación iusfilosófica, para llegar, en lo posible, hasta el fondo de los problemas jurídicos, esto es, a aprehenderlos en base a la totalidad del Derecho y a la esencia y significado de éste».

Pero esta consideración especulativa—de las ultimidades de los problemas del Derecho—tiene una evidente repercusión práctica y en esto vemos no sólo el mentís a quienes estiman que el conocimiento y tratamiento filosóficos no bajan de las alturas, poco menos que inútiles de las «abstracciones», sino la prueba de que la Filosofía del Derecho y el estudio que ésta hace *more philosophico* de las cuestiones jurídicas tienen una vertiente práctica, porque la filosofía ya desde Sócrates, Cicerón, San Agustín, Santo Tomás, Luis Vives, Rosmini, etc., no sólo es ciencia del saber por el saber, sino del «saber para la vida». Y si esto puede decirse de la Filosofía en general, mucho más de la filosofía práctica como lo es eminentemente la Filosofía del Derecho, en cuanto que los principios filosóficamente fundamentados, suministrados por la filosofía jurídica, son aportación y límite para el legislador, ofrece al jurista una base y punto de apoyo, una instancia básica de ideas y de contenidos de convicción y de voluntad, con los que puede abordar, con mucha mayor firmeza, la solución de las tareas que le plantea la vida jurídica; suministra al juez, aplicador del Derecho, los elementos más seguros para una correcta interpretación y aplicación del Derecho (1); y para todos los

(1) Sobre estas funciones que realiza cumplidamente la Filosofía del Derecho, nuestro trabajo *Aportación del Derecho natural al Derecho positivo*. Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1968.

estudiosos del Derecho le proporciona la oportunidad de elevarse por encima de las tareas técnico-jurídicas (que amenazan con sumergirle en el «tecnicismo» y cientifismo reinantes) y de comprender los grandes problemas del Derecho y sus conexiones.

Como buen filósofo del Derecho, el profesor Heinrich Henkel se propone «suministrar los *fundamentos* del Derecho». Y a esto responde el subtítulo de su obra.

Y en este esfuerzo por llegar a los *fundamentos del Derecho* no puede contentarse con el estudio del orden jurídico dado de una determinada sociedad en una época determinada, es decir, un orden jurídico concreto, aunque conceda gran importancia a la historicidad y mutabilidad del Derecho y de la sociedad. Tal tarea sería propia de la ciencia jurídica —la dogmática jurídica, la Teoría General del Derecho, aún con pretensiones de «sistema de los conceptos jurídicos fundamentales» (como subtitula Nawiasky a esta última)—, pero esto no sería *contemplación total del Derecho*, que se esfuerza por ahondar en su contenido esencial y, sobre todo, en el problema de su *fundamentación*.

Por eso el «error funesto» del positivismo jurídico fue el de suponer que con el análisis conceptual del Derecho positivo histórico-concreto, con la elaboración de conceptos generales, con la sistematización del material jurídico dado y con las reglas de aplicación del Derecho se había alcanzado la meta final del esfuerzo para fundamentar el Derecho. Ello era «desconocer que este esfuerzo tiene que penetrar en un estrato más profundo y extenderse a un planteamiento aún más general del Derecho: al problema de la esencia, el sentido y el fin del Derecho» (2). El objeto de estos esfuerzos no es el Derecho existente, esto es, positivo, sino el *ser del Derecho* como primera causa de todo Derecho existente (real), así como el *deber-ser del Derecho*, que requiere la medida de una idea básica o meta rectora («medida», «rasero» e «idea básica» son otros tantos nombres que Radbruch da al Derecho natural en su función respecto al Derecho positivo). Se trata de la cuestión de qué es lo que hace que un orden social de normas sea «Derecho»; de la cuestión de las condiciones fundamentales y características esenciales del Derecho, de la cuestión del «Derecho en el Derecho».

Sólo la Filosofía del Derecho puede dar una visión adecuada de estos problemas. Y esto como «rama de la filosofía general» más que como

(2) HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, traducción española E. Gimbernat Ordeig. Madrid, 1968. *El positivismo jurídico; su aportación y su fallo*, págs. 619 y ss., y pág. 17.

«rama de la ciencia del Derecho» como las diferencia el autor (3)..., porque esta última, desvinculada de la filosofía general, quedaría privada de la aportación de fuerzas de conocimientos y de ideas sin las que el inquirir filosófico es imposible. La filosofía del Derecho, diremos con Karl Larenz, es *en* la ciencia del Derecho y *antes* que ella, como asimismo es *en* la filosofía y *después* de ella. O, como afirma Helmut Coing, la filosofía del Derecho es el «puente de unión entre la filosofía y la ciencia del Derecho». Únicamente así pueden completarse; y si la contemplación iusfilosófica no debe excluir lo especial y lo individual que se presenta en el mundo del Derecho, esto sólo le sirve como material de contemplación para avanzar hacia el todo del Derecho, hacia la aprehensión de su contenido esencial de sentido, hacia el problema de su *fundamentación*.

Ciertamente, dice bien Henkel, porque el problema del Derecho aparece siempre filosóficamente como problema de su fundamentación y ha seguido el destino de la filosofía en general y de la metafísica en particular, positiva o negativamente. De aquí la importancia de este problema. Podríamos decir que la problemática axiológica actual bien puede centrarse en dos cuestiones fundamentales: la validez del Derecho—problema del Derecho natural—y los valores jurídicos en sí mismos en cuanto fines jurídicos. A la axiología jurídica de nuestra época le interesa primordialmente lo que vale *del* Derecho y lo que vale *para* el Derecho.

El problema de la fundamentación del Derecho, del verdadero y falso Derecho, interesa de consuno a la Ciencia jurídica, a la Sociología y a la Política que, por eso, han intentado buscarle soluciones que, por unilaterales, no resuelven el problema, o a lo más, pretenden hacerlo desde sus respectivos puntos de vista. De aquí el fracaso de sus teorías que no llegan en la mayor parte de los casos más que a dar una *explicación del hecho*, de la *vigencia* (o validez fáctica como la llama Henkel), de la *aplicación*, *positividad* o *eficacia* o *verificabilidad* del Derecho (como quiere el neopositivismo del Círculo de Viena, o Alf Ross, Olivecrona y Bobbio), pero no de su justificación o fundamentación última, que por serlo por los primeros principios o razones supremas y últimas, entra de lleno en el campo filosófico y, dentro de éste, en la filosofía «primera» o metafísica, que es siempre especulación de las «ultimidades» de las cosas.

Es un problema filosófico y entendemos que es el fundamental de toda la filosofía jurídica, el «Derecho del Derecho», le llama Henkel,

(3) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 18-19.

o el «Derecho de Derecho vigente» como dice Del Vecchio, porque «explicar» y «justificar» o «fundamentar» no son el lenguaje y en la conciencia común una misma cosa. El «hecho» está subordinado al Derecho y aquél puede ser puesto, con razón, bajo una valoración jurídica, la que, naturalmente, debe apoyarse en un criterio más alto que aquél. Ocurre al punto la necesidad de preguntarse por el «derecho del Derecho vigente (hecho)» si no queremos abandonarnos a la más supina y fatalista «adoración del hecho consumado» (4).

En efecto, si la Ontología y Gnoseología jurídicas nos descubren el campo donde se encuentra el Derecho, *qué es* (esencia) y *cómo es* (concepto, existencia), y la Deontología nos dice *cómo debe ser* el Derecho, quedaría manca la especulación filosófica si ante el ser y naturaleza del Derecho no nos preguntásemos por sus primeros principios y últimas causas de validez, por su fundamentación: ¿cuál es el fundamento y justificación del Derecho? En otros términos, ¿cuál es el fundamento del pase del ser al deber-ser?, ¿de la validez fáctica o vigencia a la validez normativa? (en terminología del autor). La solución a este problema, a la pugna entre el verdadero y el falso Derecho, ¿dónde, pues, debemos buscarla sino sobre el terreno de la filosofía del Derecho?

Es, por tanto, un problema filosófico y no solamente valorativo o axiológico, sino ontológico. Y si la escuela racionalista protestante de los siglos XVII y XVIII separa al Derecho de la Moral (como el Renacimiento había separado a la Filosofía de la Teología y al hombre de Dios) y proclama la autonomía de aquél, y el positivismo del siglo XIX repudia el Derecho natural como consideración valorativa y ontológica, reduciendo la Filosofía del Derecho a una investigación de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico positivo por vía de inducción o comparación histórica, la reacción antipositivista de fines del siglo XIX al incluir en su ámbito, en una u otra forma, el Derecho natural, asigna a la Filosofía jurídica entre otros cometidos, el de la fundamentación última del Derecho positivo.

Así lo entiende también Henkel, quien después de una crítica seria del positivismo y de señalar sus «funestos errores» y «sus fallos», y tras el estudio filosófico, no meramente científico, del Derecho: del *ser* del Derecho dentro de la «estructura estratificada» del mundo y su ensamblaje en los órdenes del ser; y después de distinguir el Derecho de los otros órdenes sociales de normas, y de considerar los datos previos a la formación del Derecho (estructuras sociales, ontológicas y lógico-reales),

(4) GIORGIO DEL VECCHIO, *Disputas y conclusiones sobre el Derecho natural*.

y de estudiar la idea y fines del Derecho (justicia, bien común, seguridad jurídica) dedica la última parte del libro al problema del Derecho natural y al Derecho «correcto».

I. EL DERECHO NATURAL

Empieza Henkel distinguiendo entre *concepto* e *idea* del Derecho natural. Y así como respecto al concepto del Derecho natural existe una multitud «sumamente diversa e incluso contradictoria» de doctrinas iusnaturalistas, no ocurre así por lo que se refiere a la idea del Derecho natural como tal, y esta unidad de la idea tiende a una meta común: el «Derecho natural» como *verdadero Derecho* y como el *fundamento legitimador de todo el Derecho positivo*» (5). Esto señala la doble función que se atribuye al Derecho natural: la de ser *pauta* para la creación, aplicación y política del Derecho, y *patrón* que ha de aplicarse a todo Derecho positivo, el criterio («rasero» y «medida» le llama Gustav Radbruch) con el que ha de examinarse el carácter y esencia jurídicos. Para el iusnaturalismo, coincidente en este punto, el Derecho natural es una *instancia de control* del Derecho positivo y «superior» a éste.

En esta concepción iusnaturalista ve, y con razón, Henkel su contraposición al positivismo legal, ya que si para éste la ley puede tener cualquier contenido (sea éste o no justo) según la voluntad del legislador (la «omnipotencia del legislador»—que es, según Welzel—el «pecado capital del positivismo»), el iusnaturalismo sostiene, como tesis fundamental, que el contenido del Derecho positivo tiene que ser justo, que está sustraído al arbitrio (tal vez fuese mejor decir arbitrariedad) del legislador, y que está vinculado a los *presupuestos y las condiciones esenciales del verdadero Derecho*» (6).

Se hace eco Henkel de la dificultad de comprender «eso que se llama «derecho natural», porque éste resulta a su vez de la conjunción de dos términos, fundamentales, pero que, como ocurre, precisamente, con los grandes conceptos son los más difíciles de definir: el *Derecho*, sobre el cual, en reproche de Kant, aún están discutiendo los juristas y filósofos del Derecho, y el de *Naturaleza*, aun más difícil todavía, ya que la *difficilis quaestio de natura naturae* de Thomasius sigue desde los presocráticos—*physiologi*—hasta nuestros días siendo objeto de las más variadas y contradictorias concepciones doctrinales. Si, pues, «Derecho»

(5) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 644.

(6) H. HENKEL, *Ibid.*

y «Naturaleza» son difíciles de determinar con precisión, lo será el «Derecho natural» que resulta de esos términos. Pero es mayor, para el autor, la dificultad de comprender el Derecho natural porque no se presenta éste «en la forma real de un orden de normas fijado lingüísticamente, sino únicamente como proyecto cogitativo, como *pluralidad de proyectos cogitativos* que tienen su expresión en la pluralidad de doctrinas acerca del Derecho natural que ofrece un doble aspecto, histórico y filosófico dirigido este último a la aprehensión de la *esencia* de todo Derecho (7).

Ni que decir tienen que ante este panorama, el iusfilósofo Henkel va a fijarse principalmente en el aspecto filosófico, pues aun esquematizando las principales direcciones del pensamiento y las múltiples doctrinas del Derecho natural, su propósito es «el de llegar a la comprensión de los *fundamentos del verdadero Derecho*»; y esta pretensión, evidentemente filosófica, le permite situar los conocimientos esenciales del pensamiento iusnaturalista «dentro de una amplia conexión del problema del Derecho «correcto». Pero esto no obsta para que se permita una *crítica* objetiva sobre las «aportaciones» y los «fallos» de las distintas concepciones iusnaturalistas en el problema del conocimiento del Derecho natural.

Parte Henkel de una distinción fundamental del Derecho natural: *Derecho natural absoluto* y *Derecho natural de la concreta situación histórica* o un «nuevo» Derecho natural (8). Califica de Derecho natural absoluto al que responde a la definición dada por Max Weber que, por otra parte, responde, con algún retoque, al sentido tradicional: «el conjunto de normas independientes de todo Derecho positivo y precisamente frente a él, que no poseen su dignidad en base a un establecimiento contingente, sino que, por el contrario, son ellas las que legitiman la obligatoriedad de ese establecimiento. Normas, pues, que son legítimas, no en virtud de su origen de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes» (9).

Analiza seguidamente Henkel las distintas direcciones doctrinales que han intentado fundamentar ese Derecho natural absoluto. Y no las repetiríamos aquí (por ser sobradamente conocidas y no siempre bien interpretadas) si no fuese porque el autor hace a cada una de ellas su apostilla crítica y esto revela su parecer sobre el asunto, que es lo que nos propo-

(7) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 645.

(8) Así le llama el autor, *ob. cit.*, págs. 666 y 647.

(9) MAX WEBER, *Rechtssoziologie*, 1960, pág. 265; cita de HENKEL, *ob. cit.*, página 646, nota 4.

nemos exponer; no la doctrina de los demás, sino la del profesor hamburgués sobre el Derecho natural.

Es la primera de esas direcciones la que, considerando el Derecho como una participación en el orden general del mundo, como un sector del cosmos, representaría una «comunidad jurídica de cosas», de las cuales forma parte el hombre. «Falta en esta idea—crítica Henkel—la separación y diferenciación de orden de la naturaleza y de orden del espíritu, de ley de la naturaleza y orden de normas.» No se puede hablar aún en ese estadio de «Derecho natural» porque «la concepción de éste presupone una disociación en base a la cual el establecimiento «natural», sea la que sea la autoridad en que se apoya, se distingue de los órdenes jurídicos realizados en el espacio concreto de las sociedades humanas, supraordenando aquel establecimiento a éstos» (10).

Una segunda fundamentación del Derecho natural es la que se encuentra en las teorías del Derecho natural cristiano que afirma la derivación del orden divino de la Creación de un *ius naturale* que se contrapone al Derecho humano—*ius positivum*—puesto por el legislador o la costumbre de los hombres. Siendo el Derecho natural reflejo del orden divino querido por Dios, es evidente y vinculante para todos los hombres y, por ello, *modelo para todo Derecho positivo concreto* que no puede contradecir a aquél (11).

Como crítica a esta posición advierte Henkel que él no niega significación a la fundamentación religioso-trascendente, «pero el empeño jurídico tiene que permanecer dentro de los límites de una contemplación immanente al mundo y limitarse a otro tipo de conocimientos». Además, «por ser asunto de creencias, la fundamentación teológica contenida en esta concepción del Derecho natural es algo ante lo que el jurista no puede tomar posición». La interpretación jurídica «precisa necesariamente una secularización de la idea del Derecho natural», y por ello, «no puede admitirse que sólo sobre la base teológica sea posible un estudio del problema del Derecho natural» (12). Esa inserción immanente del

(10) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 647-48.

(11) Lo mismo en este planteamiento de HENKEL como en la anterior definición de MAX WEBER, no nos parece afortunada la expresión de que el Derecho natural esté «frente» al Derecho positivo o «contrapuesto» a éste, siendo así que el Derecho natural cristiano no excluye, sino que, por el contrario, postula el Derecho positivo. No es el iusnaturalismo el que repudia el Derecho positivo, sino el positivismo es el que excluye el Derecho natural.

(12) En sentido parecido se pronuncia un iusnaturalista tan poco sospechoso a este respecto, como JACQUES LECLERCQ, quien en su libro *Du Droit naturel à*

Derecho natural en el orden del mundo la ofrece la *ontología del Derecho* que descubre, por el conocimiento, la influencia de las leyes ontológicas, previamente dadas sobre el Derecho e interpreta, según ellas, los fundamentos del Derecho; esto es, un estudio del Derecho dentro de los órdenes del ser y los datos previos (ya veremos la importancia que da Henkel a los datos previos) de la formación del Derecho. Únicamente así se puede llegar a un conocimiento de los órdenes y estructuras permanentes («preformas» que dice Radbruch) que le están dados al Derecho por las leyes del ser, y, al mismo tiempo, a la consideración de los factores mutables de la formación del Derecho (13). Es el «camino» que seguirá Henkel para llegar al Derecho «correcto».

Una tercera dirección iusnaturalista parte de la *naturaleza genérica del hombre* y de sus rasgos esenciales, generales e inmutables, de los que deduce un orden estable de vida social. La variedad, dentro de esta dirección, para la cual los impulsos humanos vitales—los instintos—figuran en primer término, daría lugar al «Derecho natural vital», que avocaría, según Henkel, a una batalla y triunfo de las fuerzas vitales, que terminaría en el imperio de la fuerza, en el «Derecho del más fuerte». Y fundamentar el Derecho natural en las fuerzas impulsivas de la vitalidad humana es desacertado, porque esas fuerzas vitales han de ser mantenidas, precisamente por la *medida del Derecho*, «dentro de las vías socialmente beneficiosas, o, por lo menos, socialmente soportables» y colocarlas bajo el «control de puntos de vista valorativos».

Dentro de esa misma dirección ofrece un punto de vista «más favorable» la concepción del Derecho natural que sitúa en primer lugar la *naturaleza social del hombre* (la *socialitas*). Pero, no obstante ser el sector social en el que el hombre, como «persona social», coordinada con los «otros», entra en relaciones interhumanas y aparece el Derecho como «orden de deber ser» (14); sin embargo, ese sector social solamente suministraría, en sentir de Henkel, estructuras, preformas de orden social, no «las normas fundamentales de contenido de un orden jurídico». Pero inquiriendo sobre la naturaleza del hombre en su relación a la vida so-

la *Sociologie*, propugna un fundamento natural-sociológico del Derecho natural, que pueda ser aceptado por todos, y no acudir fácilmente a una instancia teológica que no tendría valor para los que repudian la teología.

(13) HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 649. En esta doble consideración y deseable conjunción tiene un campo de estudio «estructural» la Filosofía del Derecho, como acertadamente afirma N. LÓPEZ CALERA en su reciente libro *La estructura lógico-real de la norma jurídica*. Editora Nacional, Madrid, 1969.

(14) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 41, 54 y ss., y 19 y 127 ss.

cial, se inicia un empeño decisivo para la comprensión del Derecho, a saber: «el de obtener, en base a la *autocomprensión del hombre*, conocimientos de los fundamentos del Derecho y con ello el acceso al Derecho «verdadero». Se tiene con esto la aceptación de un núcleo esencial en la naturaleza del hombre al que se suele llamar *personeidad* (*Personhaftigkeit*) «de la que resulta la existencia originaria de ciertos derechos «innatos» al hombre, de los *derechos del hombre*» (15).

Objeta, no obstante, el autor que, a pesar de la influencia de estos componentes «naturales», no tiene en cuenta (la interpretación racionalista) los *componentes históricos* en el desarrollo del hombre, siendo así que el hombre es «un ser que se desarrolla históricamente», con elementos mudables en su naturaleza individual y social.

Hace bien Henkel en hacer la salvedad de que aquella imagen del hombre ahistórico, que él critica, es la de la «interpretación racionalista», porque nunca faltó en el Derecho natural clásico (aristotélico-tomista, suareciano) la consideración de la *natura mutabilis et difformis*, y muchas objeciones que se han hecho contra *el* Derecho natural de ser ahistórico o antihistórico hubiesen caído por sí mismas si los autores, con la objetiva honradez de ahora de Henkel, hubiesen distinguido contra qué concepciones iusnaturalistas dirigían sus ataques. Lo que ellos combatían no era *el* Derecho natural, sino *una* concepción racionalista del mismo, que pretendió *more geométrico* y con un deductivismo exagerado, formar un código completo de derechos del hombre y un orden jurídico fundamental inmutable, estable y cerrado en sí mismo, prescindiendo de las circunstancias históricas concretas en que el hombre está necesariamente ubicado, crónica y tópicamente. Al prescindir de la historia se perdía en el abstraccionismo racionalista, como si el Derecho no fuese más que eso, ni tuviese que ser más que eso, siendo el hombre un ser social e histórico.

Esto no quiere decir que Henkel no reconozca «un permanente contenido de verdad» en la antropología que afirma «*un núcleo inmutable en el ser humano*», que contiene una fundamental determinación ontológica de todos los hombres de todos los tiempos y lugares por la que ni están exclusivamente sometidos a las leyes de la naturaleza (en cuyo mundo no está el Derecho), ni tampoco tienen una libertad sin presupuestos y sin límites, sino que «están llamados, dentro de un orden del ser, que les está previamente dado, a una *autodeterminación racional* conforme a fines normativos de fin y de valor».

(15) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 651.

De este conocimiento del ser del hombre (punto central de la comprensión del Derecho) se percibe, al mismo tiempo, la existencia de una «pretensión originaria» y «natural» del hombre a hacer valer su personéidadi como parte fundamental de un orden racional de convivencia humana, cuyo derecho originario es la consecuencia inmediata de la predisposición natural prefijada al hombre y de la tarea impuesta de autodeterminación de su comportamiento. Pero el derecho originario de la personéidadi, como principio ordenador de una sociedad humana, que confiere un espacio de libertad existencial, una pretensión natural—derecho subjetivo originario—, que satisface la determinación del ser del hombre, y que establece al mismo tiempo la tolerancia recíproca de la autodeterminación en las relaciones interhumanas, supone por ello los condicionamientos de una delimitación de la libertad de cada uno en sus relaciones con los demás (en esta limitación de libertades hace consistir Kant el Derecho) y el sometimiento a unas condiciones históricas y mutables de la Sociedad concreta en la que ha de hacerse efectiva y realizable esa pretensión. Esto exige una *positivación* en un sistema de *derechos del hombre o fundamentales*, que se convierten en *Derecho vigente* apto para ser impuesto en la realidad y cuyo contenido esencial de derechos fundamentales «no puede ser suprimido sin violar la ley fundamental de ser del hombre (ese contenido esencial es *intocable* para el legislador), pero al concretizarse en la positivización, su alcance y delimitación «está sometido, en cambio, a las condiciones y exigencias mutables de la sociedad históricamente devenida y que se sigue desarrollando en la historicidad».

Se trata de una conjugación de lo permanente e inmutable en el ser humano con la contingencia e historicidad de su circunstancia concreta. Y este paralelo sigue el Derecho.

La teoría del *Derecho de la razón* de la escuela iusnaturalista de la época de la Ilustración, para la que la razón humana puede reflejar la «razón de la naturaleza» y desarrollar en base a ella proposiciones jurídicas, por lo que se considera a la razón como la medida originaria de todo Derecho, verdadera *autoridad creadora* de la norma que proporciona al legislador el Derecho verdadero en forma de normas fundamentales, recibe de Henkel un acertado enjuiciamiento objetivo y una crítica imparcial, reconociendo lo que, a su juicio, tiene de aceptable y lo que, por el contrario, es erróneo.

Sirve ese pensamiento racionalista «para el campo de las *leyes lógicas* esenciales al Derecho», como proposiciones apriorísticas independientes del mundo empírico de los fenómenos. De este modo las verdades ju-

rídicas «representan los presupuestos fundamentales del establecimiento correcto del Derecho». Pero la «ley jurídica» con validez apriorística sólo designa una ley de validez general del Derecho, tiene *calidad lógica* orientadora para la formación del Derecho, pero «no la *calidad normativa inmediata* que es peculiar de las proposiciones jurídicas como *proposiciones de deber ser*» (16); son axiomas lógicos del Derecho, pero no poseen aún un contenido específicamente jurídico, ni adquieren ese carácter al ser aplicadas a relaciones jurídicas al establecerse el Derecho.

Cierto, reconoce Henkel, que el «Derecho de la razón» representa un acervo de «principios» que no pierden su carácter de axiomas lógicos. Y la tesis del Derecho de la razón de que es posible desarrollar «leyes jurídicas» generales en base a la razón «en sí», es equivocada fuera del sector de los axiomas lógicos, porque las estructuras lógico-reales del Derecho, lo mismo que las leyes ontológicas de los distintos sectores del ser, no se descubren en base a la razón espontánea del hombre, sino «en la contemplación del objeto jurídico de la regulación» en una experiencia de la «investigación de las cosas»; esto es, en base a la conexión—sujeta a leyes—de lo real (17). Y es en este sector ontológico donde «lo razonable» de los contenidos jurídicos puede ser averiguado; en los datos de las relaciones sociales tal como los produce la realidad que el Derecho ha de regular.

Por eso y como crítica contundente contra esta tendencia racionalista, se opone Henkel a quien crea que pueda establecerse en base a ideas abstractas de razón un sistema de normas de validez general; desarrollar sin conexión con el sector empírico mudable de la correspondiente realidad, proposiciones jurídicas de contenido absolutamente válido. Con ello «sólo conseguirán, en lugar de la pretendida validez general, un lamentable alejamiento de la vida en su creación jurídica». Únicamente las circunstancias sociales dadas y condicionadas históricamente ofrecen al creador del Derecho el material que debe «conformar» y «normar».

En otros términos, si «hay que conceder al pensamiento iusnaturalista que existen fundamentos lógicos apriorísticos del Derecho», también, dice Henkel, «hay que objetarle que no puede haber un Derecho apriorístico entendido como conjunto de proposiciones jurídicas». No niega Henkel la realidad de una razón jurídica que actúa sobre el hombre, sino que lo que hace es rechazar «un Derecho de razón alejado de la realidad».

(16) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 655.

(17) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 656.

Otra dirección iusnaturalista que merece la consideración de Henkel es la que denomina con Fechner (18), «Derecho natural espiritualista», que espiritualiza el concepto de naturaleza entendiéndola como expresión de un «Espiritual» que domina el orden del mundo entendido como el reino de las ideas. De lo que se trata, según Henkel, es del «proyecto de un Derecho de ideas»; de la fundamentación del Derecho en base a la idea del Derecho; de derivar del principio de justicia proposiciones jurídicas de validez general, en las que pueda encontrar todo Derecho positivo una base absolutamente válida». El Derecho natural, para esta dirección, es el conjunto de normas fundamentales establecidas por la idea de justicia como instancia fundamentadora del Derecho (19). Se vincula así el Derecho a los valores morales como normas morales absolutamente vinculantes, como un orden moral inmutable que rige por sí mismo como expresión de una idea de valor supratemporal y absoluta.

Como en la crítica de las direcciones anteriores, también aquí Henkel ve lo aceptable y lo que no lo es para él. Es innegable—dice—que con esta concepción del Derecho y su conexión con el mundo de los valores «se ha contribuido grandemente a la profundización del pensamiento jurídico». Pero ésta «no pasa de ser una equivocada interpretación» que consiste—según él—en la «contemplación abstracto-ahistórica que aleja de la realidad», y es, precisamente, en el cambio de la historicidad donde surge el orden social de valores que esta dirección pretende (en sentir, a nuestro juicio, equivocado de Henkel) una validez absoluta y general supratemporal. Ciertamente que el autor no niega por eso que, junto a lo mutable, existen «fundamentales valores estables humanos», pero tampoco poseen constancia absoluta, sino que están abiertos, en su multitud de contenidos, al desarrollo en el futuro. También «yerra la concepción iusnaturalista» en la tesis de la deductibilidad inmediata desde la idea de justicia de un orden absolutamente válido de contenidos jurídicos de normas, porque con ello se pone de manifiesto que «la idea de un orden jurídico ideal de normas prefijado al Derecho positivo es una ilusión» (20). Los mandatos y permisiones válidas de carácter jurídico «son posibles únicamente teniendo en cuenta los datos y situaciones históricas del material de la regulación». No es posible deducir—sigue diciendo Henkel—inmediatamente de ideas directrices abstractas qué soluciones jurídicas representan el Derecho verdadero: eso sólo puede determinar-

(18) E. FECHNER, *Rechtsphilosophie*, 1962, pág. 180; cita de H. HENKEL, *ob. cit.*, pág. 657.

(19) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 658.

(20) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 660.

se mediante decisión en unión con la contemplación del material de la realidad. Y estos *componentes de la realidad* «que en la concepción del Derecho de ideas no se tienen en cuenta para nada (esta es la apreciación que nos parece parcial en esta crítica de Henkel) y que son los que constituyen el lado real del Derecho, representan un *complemento necesario del lado ideal del Derecho*» (21).

De acuerdo con esa crítica de Henkel y con que el Derecho, que ordena y regula la vida social, sólo puede obtener sus normas de comportamiento en base a una realidad y no en la esfera de un mundo ideal situado por encima de lo real. Pero que la concepción iusnaturalista que fundamenta el Derecho en los valores morales y en el valor de la justicia «no tenga en cuenta para nada los componentes de la realidad», eso no puede afirmarse sin distinguir, al menos, el iusnaturalismo greco-romano y cristiano (el «Derecho natural clásico» como le llama Michel Villey) «que siempre ha tenido en cuenta» la *natura rerum* o la materia *mutabilis et difformis* afirmada por Santo Tomás y Suárez, del otro iusnaturalismo racionalista, abstracto y ahistórico al que alcanzarían de lleno las críticas de Henkel y también las nuestras.

En todas estas doctrinas iusnaturalistas que interpretan de diverso modo el origen y base legitimadores del Derecho natural, como plan divino de la creación, como base esencial del hombre, como autoridad de la razón o como idea, ve Henkel, como común a todas esas teorías, la idea de un *orden jurídico de normas dado previamente* al hombre, sustraído a su voluntad y a su disposición y que sin más ha de ser aceptado por él. También les es común—dice—la idea de *absolutidad, supratemporalidad e inmutabilidad* de ese orden frente a todo cambio de las circunstancias y órdenes humanos (22). Y, por supuesto, en todas esas doctrinas iusnaturalistas se afirma la condición «jurídica» del Derecho natural como un «modelo» del Derecho positivo, de validez general, y fuente y fundamento de éste que no podrá contradecirle porque destruiría el propio fundamento de su obligatoriedad.

Después de reflejar fielmente (si exceptuamos la falta de matización al no distinguir, en su crítica, a un iusnaturalismo de otro), las doctrinas del Derecho natural que él llama «absoluto», pasa Henkel a exponer su propia posición, y esto es lo que más nos interesa recoger, porque hasta aquí poco más ha hecho que presentar la doctrina de los demás.

Sólo «un sector limitado, pero ciertamente esencial», del contenido de las doctrinas absolutas del Derecho natural «puede resistir una contem-

(21) MICHEL VILLEY, *Abrégé du Droit naturel classique*. París, 1961.

(22) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 661.

plación crítica». En lo positivo de estas teorías ve Henkel la tesis de que a la *esencia del Derecho* pertenecen ciertos *contenidos de validez general, elementos constantes* que resultan para el Derecho de *presupuestos apriorísticos* de su carácter esencial como «Derecho». Existen, ciertamente, contenidos permanentes y criterios de validez general «que son los que hacen al Derecho *positivo* Derecho *verdadero*. Ya en los primeros capítulos del libro ha afirmado Henkel la existencia de estructuras o factores perdurables «que han de actuar o ser tenidos en cuenta en todo establecimiento de Derecho para producir *Derecho en sentido esencial*» (23). Considera el autor (ya lo veremos cuando, con él, sigamos el «camino» para encontrar el Derecho «correcto») en los «datos previos de la formación del Derecho» los elementos permanentes, como las leyes ontológicas, estructuras lógico-reales, determinaciones esenciales del ser del hombre. Y considera también los *valores y fines* del Derecho en los cuales «viene caracterizado, desde el lado ideal, el dato a cumplir del verdadero Derecho» (justicia, equidad, seguridad jurídica, bien común), reconocimiento que «la referencia que nos proporciona la idea del Derecho natural a estos elementos permanentes en los fundamentos del Derecho es una parte imprescindible del pensamiento jurídico» y «existe el peligro» de que quien «está llamado» a regular la vida social «pase por alto o descuide lo supratemporal en las condiciones del Derecho verdadero por hallarse demasiado inmerso en el condicionamiento concreto de su acto de establecimiento del Derecho» (24).

No obstante esta explícita defensa que hace Henkel del Derecho natural como apelación a elementos permanentes en la fundamentación del Derecho, y del «peligro» de que el legislador se olvide de lo «supratemporal» en la creación del Derecho, no por eso, «después de una época de predominio del positivismo jurídico», se muestra partidario de una «vuelta al Derecho natural», porque dice que «es demasiado evidente el error fundamental contenido en las doctrinas absolutas del Derecho natural, que consiste en suponer que poseemos, en un orden evidente que consta, *a priori*, Derecho vigente, y vigente con preferencia frente al Derecho positivo» (25). Y esto porque los elementos apriorísticos de los fundamentos del Derecho (por ejemplo, las estructuras ontológicas y las determinaciones antropológicas fundamentales) no pertenecen siquiera, según Henkel, a la categoría de lo normativo y, por tanto, no pueden ser concebidas como parte integrante de un orden jurídico

(23) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 267 y ss.

(24) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 489 y ss., y 663.

(25) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 664.

de normas. Ni tampoco la misma idea o directrices del principio de justicia, que si es «una idea promovedora», no posee, sin embargo, «la cualidad de contenidos jurídicos de normas». Unicamente—concede el autor—esa categoría de momentos ordenadores pueden y deben ser *insertados*, ciertamente, en un orden jurídico normativo, pero no representan por sí mismas *proposiciones jurídicas de deber ser* (26).

Critica Henkel la *deductibilidad* del Derecho positivo de las «normas fundamentales» iusnaturales, calificándola de «solución monística» del problema de la formación del Derecho, siendo así que el proceso de conformación del Derecho para que pueda hacer justicia a las diversas exigencias del Derecho verdadero, es muy complejo porque en él se hallan vinculados entre sí la deducción lógica, la experiencia de la realidad y la ponderación valorativa.

Por último, las doctrinas absolutas del Derecho natural «fracasan porque introducen un *dualismo conceptual* al contraponer y supraordenar al Derecho positivo un «Derecho suprapositivo», creando un concepto del Derecho que es utópico porque se le priva de las condiciones esenciales reales del Derecho». La afirmación del Derecho como *fenómeno de la realidad social*, como existente y vigente y realizable y aplicable en sociedades dadas, «es algo que no se puede afirmar de un «Derecho» imaginado que, supuestamente consta de manera inmutable por encima del acontecimiento real histórico». Porque si el Derecho necesariamente tiene que tener en cuenta la realidad social, las situaciones y condiciones de esta realidad «no pueden nunca ser previamente imaginadas con validez general y supratemporal» y, en consecuencia, «tampoco pueden establecerse con validez absoluta las exigencias normativas del Derecho adecuadas a aquellas situaciones y condiciones». De donde—termina la crítica de Henkel—«el Derecho sólo es imaginable realmente como *Derecho histórico concreto*. Sólo puede adquirir forma en la historicidad de la vida social y en base a ella» (27).

Es esta la censura más fuerte que suele hacerse contra el Derecho natural: su ahistoricidad y supuesta supratemporalidad y que si alcanza de lleno al Derecho natural racionalista, no así, ya lo hemos dicho, a todo el Derecho natural. Y es que no vemos por qué unos principios universales fundados en esos «*elementos constantes*» y con «*contenidos de validez general*», que Henkel reconoce expresamente, no puedan establecer «exigencias normativas» adecuadas, no aplicados, *a priori*, a unas

(26) *Ibíd.*

(27) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 665.

circunstancias y situaciones históricas concretas que aún no existen, sino *aplicables* a toda y cualquiera situación concreta que se dé dentro de ese marco de «elementos constantes» y «con contenidos de validez general». Por eso, nosotros hemos dicho en otro lugar (28) que si Aristóteles y Cicerón, Santo Tomás y Suárez y todos los autores de la «Escuela Española del Derecho Natural» hablaron de «principios inmutables» del ordenamiento jurídico (cuya fundamentalidad e inmutabilidad no niega Henkel) hablaron también de principios fundamentales del orden jurídico adecuados a las circunstancias históricas, a la «materia de aplicación» que decía Suárez. Y entonces lo que varía no son los principios, sino las aplicaciones concretas de que son susceptibles esos principios. Y esto mismo sucede con el Derecho positivo contra el que, siendo histórico, temporal y concreto, se podían hacer las mismas objeciones, ya que la ley es *general* y no puede prever aquellos casos, «circunstancias y condiciones» concretas que surgen luego en su *aplicación* o porque no pudo tenerlas en cuenta el legislador o porque han sido realidades sociales surgidas en el constante progreso y evolución de la sociedad que se adelanta siempre en la creación de situaciones a las que después el Derecho debe normar. No por eso se niega el carácter de jurídicas a esas leyes o normas que son aplicables (mediante una interpretación, equidad, «logos de lo razonable», etc.) a circunstancias nuevas y posteriores a su establecimiento. El Derecho natural consiste en una serie de principios susceptibles de aplicaciones variadas, y estos principios tienen un alcance tan extenso como la propia naturaleza humana, pudiendo, por lo tanto, ser adaptados a las circunstancias, sin que ello suponga que tengan un contenido variable. Con esta distinción entre los principios y su aplicación, o entre los principios y la materia a la que se aplican, caerían muchas objeciones contra *el* Derecho natural. Porque el Derecho natural no es estático, sino dinámico en el sentido de que debe ser continuamente actualizado, si no olvidamos que el Derecho positivo debe ser la concretización en la coyuntura existencial histórica del Derecho natural. Con esa distinción se aclararían también suficientemente los denominados «Derecho natural variable» o «Derecho natural variable sobre la base del Derecho natural inmutable» y también la teoría del «Derecho natural concreto», que da lugar, como el «Derecho natural progresivo» a equívocos que se disiparían si, como dice Dabin, «se sustituyera la palabra "contenido" por la palabra "aplicaciones"». Y ya nadie negará que el Derecho natural

(28) E. SERRANO VILLAFANE, *Concepciones iusnaturalistas actuales*. Editora Nacional, Madrid, 1967. Espec. «Direcciones históricas y sociológicas».

tenga aplicaciones variables e incluso progresivas al contenido mudable y cambiante de la realidad social.

Diríamos, para terminar esta digresión mía sobre el juicio de Henkel respecto a las teorías del Derecho natural absoluto, que de la síntesis de los elementos permanentes—«elementos constantes» los llama Henkel—sustentadores, con los factores condicionales dados histórico-concretamente, surge el *Derecho verdadero* como Derecho ajustado a la época (29).

Pero «rechazado casi unánimemente en la literatura científica contemporánea el Derecho natural absoluto», se ha producido un giro hacia un «nuevo Derecho natural», que se inicia con el «Derecho natural de contenido variable» de Stammler, desde el que se tiende a mostrar «en lugar de un Derecho natural absoluto—estático—, uno *dinámico-condicionado*». Dentro de este denominador común considera Henkel las direcciones del *Derecho natural de la concreta situación histórica* (Stammler, Radbruch, Coing), el *Derecho natural existencial* de Maihofer, y el *Derecho natural con contenido en devenir* de Fechner.

El «Derecho natural de contenido variable» fue una fórmula acuñada por Rudolf Stammler (en evidente desventaja, por su formalismo, con la doctrina de la «materia *mutabilis*» de Suárez), quien «no intentó nada para mostrar contenidos materiales fundamentales de un Derecho natural»; es más, llega a declarar que es imposible, a causa del siempre cambiante contenido jurídico concreto, presentar criterios materiales, con lo que el Derecho natural se convierte en una «forma categorial del pensamiento» (30); mientras que al Derecho adaptado a las concretas circunstancias variables de la vida social le llama *Derecho verdadero posible bajo las circunstancias empíricas*. A esta tesis relativista se adhirió, según, Henkel, Gustav Radbruch (al menos, afirmaríamos nosotros, el Radbruch de antes de la segunda guerra mundial), al sostener que se puede conceder validez general al Derecho natural, pero sólo para una situación dada a la sociedad, para una época y pueblo determinados (31). En sus justos límites incluye Henkel a Spranger (*Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts*), ya que si su Derecho natural es un «Derecho natural his-

(29) Así lo afirma en feliz conjugación ARTHUR KAUFMANN en su documentado trabajo *Naturrecht und Gestchlichkeit*, 1957. Véase en nuestro libro citado, págs. 125-131.

(30) RUDOLF STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, pág. 174; cita de H. HENKEL, *ob. cit.*, pág. 666 y nota 18.

(31) GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1956, pág. 105; cita de H. HENKEL, *ob. cit.*, pág. 666 y nota 22.

«tórico-elástico», está muy lejos Spranger de un relativismo de los contenidos jurídicos, o al menos le limita con la admisión de contenidos eternos vinculantes del Derecho.

Dentro de la filosofía de la cultura, se afirma un «Derecho cultural» cuyo contenido de normas de cultura (*Kulturnormen*) constituye e influye el Derecho positivo (*Rechtstnormen*); el Derecho estaría así condicionado por los «valores culturales» de una época y sólo en base a este condicionamiento se pueden formar normas jurídicas fundamentales pero surgidas histórico-culturalmente como «forma concreta de una cultura jurídica» (según la fórmula de H. Mitteis, *Über das Naturrecht*).

En esta misma dirección, aunque con ciertas reservas, comprende Henkel a Helmut Coing con sus «*obersten Grundsätze des Rechts*» («principios supremos del Derecho»), y si bien «es desacertada» para Henkel su exposición como intento de fundamentar principios absolutamente válidos del Derecho natural, es «muy meritoria como resumen de los contenidos fundamentales del círculo jurídico occidental» (32). Pero lo importante, según Henkel, de esta concepción culturalista reside en que con ella desaparece la diferencia tradicional entre Derecho natural y Derecho positivo y expresa, más bien, la multitud de normas de Derecho vigente que atestiguan el espíritu de una unidad cultural. El «sistema cerrado de normas jurídicas inmutables» se ha transformado en la idea de un campo de fuerzas cambiantes de factores múltiples de la conformación del Derecho cuya dinámica y cohesión sólo puede mantenerse gracias a su atribución a la historia o la cultura de la comunidad jurídica.

Sin embargo, en las consecuencias de una concepción que parte del «contenido cambiante» de un supuesto «Derecho natural» se esconde el peligro—dice Henkel—de que «en los fundamentos del Derecho se vean ya sólo, como componentes del Derecho, los factores mutables y variados y no más los elementos permanentes». Y esto supondría que «si el Derecho natural se agota en lo concreto cambiante, se absolutizaría lo mutable, y el fallo del viejo Derecho natural de validez general y supratemporal, sería sustituido por el fallo opuesto de abandonarse por completo al juego de los azares empírico-históricos» (33). En otros términos: que si el absolutismo deductivista se pierde en las abstracciones, el empirismo historicista se pierde en los hechos. Y el Derecho natural es algo más que ninguno de esos aspectos parciales: es conjunción de elementos

(32) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 667.

(33) H. HENKEL, *Ibid.*, pág. 668.

permanentes y de consideraciones históricas concretas, para que puedan ser, sin discusión, Derecho.

En este término medio, armónico de aparentes contrarios, parece situarse Heinrich Henkel al concebir el momento de la *historicidad del Derecho*, como—dice con palabras de A. Kaufmann—«una forma estructural ontológica y, por ello incondicional, de todo orden jurídico histórico-concreto basada en el modo de ser del Derecho». El Derecho no queda así abandonado a la actuación de los datos históricos, sino que debe tener en cuenta uno de los *componentes ontológicos* del Derecho que está determinado por su *temporalidad e historicidad*. Lo supratemporal de validez general adquiere su contenido jurídico gracias a la inserción de lo real-histórico. «De la síntesis de los elementos permanentes sustentadores condicionales dados histórico-concretamente surge el Derecho verdadero como Derecho ajustado a la época» (34).

Dentro de las concepciones historicistas del Derecho natural está la del «Derecho natural concreto» de W. Maihofer, que desarrolla el «Derecho existencial» como autorrealización del hombre y de la naturaleza de las cosas (un *Naturrecht als Existenzrecht* y «*Die Natur der Sache*», según rezan los títulos de dos notables trabajos de este autor). Consecuente con la filosofía de la existencia, de la que parte, no admite Maihofer la «naturaleza» del hombre de la que pueden deducirse proposiciones jurídicas inmutables, sino que al hombre le está impuesto el desarrollo de su esencia—la esencia del hombre no le es dada en su totalidad, sino que es «esencia en devenir»—que él ha de llevar a cabo en las circunstancias históricas en que se encuentre como autorrealización, que no es por eso arbitraria, sino como un orden que él mismo ha de crear como «decisión concreta». Y los criterios de las decisiones concretas no consisten en orden prefijado al hombre («Derecho natural» así entendido), sino que residen, en última instancia, *en el hombre mismo*, en la «situación» correspondiente en que se encuentre como un «sujeto-objeto», en la que el hombre es comprador o arrendatario, médico o padre, juez o acusado, hombre o mujer, etc. La «*Natur der Sache*» nos permite entrar entonces en la esencialidad material de las relaciones nacidas de esas situaciones y de ver la estructura de las «funciones so-

(34) ARTHUR KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*; cita de H. HENKEL, *ob. cit.*, pág. 669 y notas 29 y 30.

Muy interesante a este respecto es el libro de NICOLÁS LÓPEZ CALERA, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Editora Nacional, Madrid, 1969, en el que expone con precisión la importancia de los elementos ontológicos y temporales históricos en la formación de la norma jurídica.

ciales» que desempeñan los hombres en esas relaciones. Así surge el «Derecho natural concreto» no sólo como estructura del ser, sino «estructura del deber ser», como «leyes del deber ser del Derecho extrapositivo fundadas en las exigencias y deberes justos que tiene validez para nosotros en tal función y en tal situación».

No cabe duda—comenta Henkel—que estas ideas de una fundamentación existencial del Derecho «promueven y profundizan en alta medida la comprensión del Derecho», pero «no mencionan elementos esenciales» de la interpretación del Derecho, especialmente los «elementos permanentes en los fundamentos del Derecho». En la libertad ilimitada de decisión que se concede al hombre en la situación concreta—característica de la filosofía existencial—«falta la referencia a los presupuestos vinculantes, limitadores y obligatorios de la autorrealización del hombre que consisten, por una parte, en las leyes ontológicas del mundo que le rodea y en las exigencias del deber ser de ideas obligatorias». Porque admitir—sigue criticando Henkel—una autorrealización plena del hombre presupone, necesariamente, la admisión de una *capacidad*—dada previamente en la esencia constitutiva del hombre—para esa autorrealización, esto es, una personidad y una constante base antropológica que es lo que precisamente rechazan estas concepciones existencialistas para las que el hombre no es *esencia*, sino *existencia* que «se hace» por la decisión de la libertad. Además, *el hombre mismo* «encuentra en sí, previamente, un orden fundamental, cuyo sentido, meta y criterios no los establece él, sino que tiene que adaptarse a ellos»; y sólo sobre la base de este orden fundamental se deja en manos del hombre, en gran medida, los proyectos de su autorrealización. Pero también *fuera del hombre*, en las leyes ontológicas del mundo que le rodea encuentra el hombre líneas directrices y criterios de validez general para su orden de comportamiento (35). Es el mundo de las cosas—la «naturaleza de las cosas», las estructuras permanentes de orden a las que ha de adaptarse todo proyecto social y también el Derecho; las estructuras sociales (por ejemplo, comunidad, sociedad, organización); en una palabra, los «elementos constantes, tan subrayados por Henkel, que constituyen el subsuelo de las relaciones social-políticas» (cuyas formas reales de manifestación son, sin embargo, cambiantes) que aún, en su sentir, no constituyen el contenido de un orden normativo de la vida social, sino «elementos ordenadores» y «preformas» de la formación del Derecho. Por eso termina diciendo

(35) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 673.

que la tesis de un «Derecho natural» contenido inmediatamente en la «naturaleza de las cosas» es, por consiguiente, desacertada (36).

Ante esta situación que presenta la existencia fenomenológica de los factores determinantes del Derecho, entendidos como Henkel los entiende—estructuras de orden preformadas, por un lado, y, por otro, orientación teleológica hacia ideas—, surge la *decisión existencial encomendada al hombre*, en virtud de la cual él mismo conforma el Derecho que ha llegado a conocer como «verdadero». El «Derecho natural» es entonces el Derecho que surge sólo del acto humano de conformación.

No obstante la importancia que da Henkel, dentro de los «factores reales de formación del Derecho», a los «topoi» antropológicos (ya lo veremos más adelante), sin embargo, está lejos de afirmar aquí un subjetivismo jurídico creador. El hombre conoce el Derecho, es único sujeto titular de derechos y obligaciones, y en el Derecho y por el Derecho desarrolla su actividad, pero no crea el Derecho; se le ofrece únicamente una multitud de factores que «contribuyen» al establecimiento del Derecho, pero que «ni contienen aún en sí mismos toda la esencia del Derecho ni fundamentan aún su existencia como Derecho». Sólo mediante una *síntesis* de los datos previos y de los objetivos teleológicos se llega al Derecho verdadero, a encontrar por el hombre mediante conocimiento y decisión como un *Derecho a conformar* (37).

No se trata de un Derecho *conformado* por el Derecho natural en cuanto éste sea «principio de conformación» del Derecho positivo, *Gestaltungsprinzip* como dice von der Heydte (38), principio informante y configuración de su ser (*Seinsbestimmung*), su *alma*, su forma, de tal modo que el Derecho positivo en tanto es Derecho en cuanto participa de la *forma* del Derecho. Ni de un Derecho natural como conjunto de principios susceptibles de aplicaciones variadas aunque ese Derecho tenga un alcance tan extenso como la propia naturaleza humana, siendo por tanto susceptible de ser adaptado a las circunstancias, tanto como la misma naturaleza del hombre, por lo que hasta allí llegaría su contenido, determinable por la Sociología, «auxiliar por excelencia del Derecho natural» como la llama a este respecto Jacques Leclercq (39).

(36) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 674.

(37) H. HENKEL, *Ibid.*

(38) VON DER HEYDTE, «Von Wessen des Naturrechts», *Archiv für Rechtssozialphilosophie*, XLII/22, 1957, págs. 221-233.

(39) JACQUES LECLERCQ, *Del Derecho natural a la Sociología*, traducción española, Madrid, 1961, pág. 226, y *Leçons de Droit naturel*, Namur-Louvain, I, 1955, página 55.

Pero no es eso, no, para Henkel, sino que éste empieza, «para no errar en el camino», repudiando el nombre de «*Derecho natural*» del que «es preciso deshacerse decididamente», si se le entiende en el sentido, «que le es auténticamente inherente», de un «Derecho» previamente dado por la «naturaleza» y a descubrir en ella.

Son muchos los «sucedáneos» con que la ciencia moderna ha pretendido suplantar al Derecho natural y los nombres con que cautelosamente y con recelo y resabios positivistas se le ha «camuflado»: «Derecho potencial», «idealidad social, justa, moral» (Ardigó); «Derecho objetivo» (Duguit), «Derecho intuitivo», «justicia», «hecho normativo» (Gurvitch); «Derecho natural moral» (Dabin, Ripert), «Derecho ideal» (Eisemann); «Derecho racional», «Derecho supralegal» (Radbruch); «Derecho libre», «Derecho justo», «Derecho latente», «Derecho espontáneo», «cultura jurídica», «Moral social», y hasta la *natur der sache* y la *Grundnorm* de Kelsen, para quienes quieren ver en ésta un sustitutivo del Derecho natural (lo cual es desmentido expresamente por el propio Kelsen en *Le Droit Naturel*, P. U. F., 1959) (40).

Otros, paradójicamente, quienes, como ahora Henkel, le niegan el nombre y, no obstante, le atribuyen funciones importantes en la creación, interpretación y aplicación del Derecho positivo (41). Pero si el Derecho natural no merece el calificativo de «Derecho». Y si el Derecho natural no es más que Moral, ¿por qué llamarle Derecho? Y si el Derecho no es la Moral y el Derecho natural pertenece a la Moral, el nombre que lleva es engañoso y no se debiera hablar más de él, y todos esos nombres con que quiere sustituirse o disfrazarle no serían, como afirma Carnelutti, sino «formule con le quali il diritto naturale si traverte ingannando i suoi ingenui oppositori» (42). Por el contrario, si el Derecho es diferente de la Moral y el Derecho natural pertenece a la Moral, el nombre que lleva natural comporta una realidad que concuerda con el nombre que se le da, entonces no pertenece a la Moral. Pero ¿y la «Moral social»? Desde que el término «social» está de moda, se habla—dice Jacques Leclercq—de Moral social. Y ante la identificación Derecho natural y Moral social

(40) Véase nuestro libro *Concepciones insnaturalistas actuales* (1967), especialmente páginas 27, 267 y ss., y 277-314.

(41) El nombre «Derecho natural» es—dice L. ARANGUREN—«un rótulo» que no merece el calificativo de «Derecho», pero al que asigna este autor, entre otras, una función hermenéutica, una función supletoria, para que, filosófica y jurídicamente, se ha recurrido a conceptos tales como el *orthos logos*, el de «*aequitas*», o el de «*principios generales del Derecho*» (*Ética y Política*, Madrid, 1960, páginas 41-42).

(42) F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1959, pág. 139.

¿no sería mejor—se pregunta este autor, tan poco sospechoso a este respecto—el abandono de la palabra «Derecho natural»? Pero «cambiar el sentido de una palabra que ha sido de una manera determinada entendida durante dos mil años, ¿no nos llevaría a nuevas confusiones?» (43).

El término «Derecho natural»—contesta el docto iusnaturalista de Lovaina—es el que mejor se adapta a la realidad en cuestión, puesto que se trata de «Derecho» y de «naturaleza». En este caso la palabra responde a la cosa, «y yo no sabría darle otro nombre a esta realidad, que es Derecho (esto mismo afirma H. Coing) y, precisamente, el Derecho limitado y definido por las exigencias de la naturaleza» (44).

Lo cierto es que, como dice muy bien Del Vecchio, «il diritto naturale esiste, ossia vale, per ciò che esiste e vale l'essere umano, del quale è attributo non separabile; e le sue determinazioni si ricavano appunto dalla disamina della stessa natura umana, che la ragione può compriere ripiegandosi sopra di se...» (45).

Pero insiste Henkel en que «manteniendo esa denominación se corre el riesgo de aferrarse o de recaer (lo que siempre es posible) en la idea de un orden jurídico suprapositivo previamente dado». En cambio, «si se evita esta errónea concepción, entonces la palabra «Derecho natural» sólo puede designar el esfuerzo por llegar a un Derecho verdadero por su «naturaleza», pero entonces tiene una significación absolutamente tautológica y, además, confusa» (46). Pretende Henkel, como vemos, ir acorralando al Derecho natural, aun cuando nos parece que se va revelando más iusnaturalista de lo que él se piensa, y terminará—en este lento y seguro «camino» hacia el Derecho «correcto»—reconociendo en sus «topoi» otros tantos principios y exigencias de «Derecho natural», aunque no quiera llamarle por su nombre.

Pero esos «riesgos» y «erróneas concepciones» a que, según él, puede dar lugar el término (*le nom non fait le chose*) le aconsejan «abandonar» la expresión «Derecho natural», no obstante reconocer que «posee todo el peso de lo tradicional», encontrando en la denominación acuñada por Stammler de «Derecho correcto» una designación «que expresa correc-

(43) JACQUES LECLERCQ, *Du Droit naturel a la Sociologie*, traducción española. Madrid, 1961, pág. 97.

(44) J. LECLERCQ, *Ob. cit.*, pág. 100.

(45) G. DEL VECCHIO, «Sulla positività del Diritto», en *Studi sul Diritto*, volumen I, Milano, 1958, pág. 88.

(46) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 675.

tamente de lo que realmente se trata: la meta y la tarea de averiguar y conformar el Derecho verdadero».

El «camino» que va a seguir para esto el docto profesor hamburgués pretende ser un sano eclecticismo entre la alternativa «positivismo jurídico» - «Derecho natural», que representa para él la tesis y antítesis cuyos fallos le llevarán a su búsqueda síntesis superadora. Ya lo han intentado antes otros filósofos del Derecho. Ya en 1931, Walther Schönfeld, respondiendo a Belin, quien en *Von Positivismus zum Naturrecht und zurück* rechazaba el Derecho natural pero propugnando la vuelta a un positivismo orientado no sólo hacia la norma escrita, sino también hacia las «valoraciones», bosqueja una *tercera posición* más allá del iusnaturalismo y del positivismo. Más recientemente Karl Larenz se pregunta si hay entre el Derecho natural, que exonera al hombre del preguntar y del buscar por criterios estimativos absolutos que pueden acallar todas las incertidumbres sociales, y el relativismo inseguro y escéptico, una *tercera actitud*; ¿no hay otra posibilidad—dice—que la elección entre la creencia en lo absoluto dado y la duda acerca de todo lo suprapositivo? El problema, para Larenz, es el dilema Derecho natural o Derecho positivo *exclusivamente* (subrayamos porque aquí está, a nuestro juicio, la equivocación monista), lo que equivale al dilema iusnaturalismo o positivismo. En este sentido «cabría superar el dilema no pronunciándose ni por el Derecho natural ni por el positivo, sino por *el* Derecho, por el Derecho a secas» (47). Pero ¿dónde ha de encontrar la ciencia jurídica el principio íntimo de unidad *del* Derecho, si éste no puede ser hallado ni en lo fáctico como tal, ni en una ley abstracta general o en una norma o idea abstractas? Para Larenz, el espíritu nacional del Derecho se nos presenta en sus manifestaciones en el Derecho positivo y en la historia nacional del Derecho; no puede ser aprendido ni descrito abstracta y aisladamente, pero tampoco se agota en su manifestación fáctica, sino que siempre es algo más que su realización momentánea en el Derecho positivo. La referencia del Derecho al espíritu del pueblo como idea y sustancia immanentes del mismo, imprime su carácter filosófico a la *tercera posición* superadora del positivismo y del iusnaturalismo. En la polémica-oposición actual entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, no es posible ignorar—dice Welzel—uno de los términos de la oposición y apoyarnos exclusivamente en el otro. De aquí que «más allá del Dere-

(47) KARL LARENZ, *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, traducción E. Galán y A. Truyol, Madrid, 1942, págs. 177 y ss.

cho natural y del positivismo jurídico» (48) afirma que no se trata de mantener una dualidad de oposición entre Derecho natural y positivismo jurídico, sino más bien de «superar ambas posturas» recogiendo lo utilizable de cada una; ha habido que volver sobre «la posibilidad misma del Derecho». El momento de positividad sobre el que recae la tónica del positivismo jurídico, y el momento valorativo perseguido siempre por el iusnaturalismo «se requieren y necesitan mutuamente» para su existencia efectiva. Sin positividad el Derecho es simple abstracción o aspiración ideal de un orden posible; sin su nota axiológica fundamental es mera fuerza incapaz de cumplir el postulado originario de toda ordenación: la protección del ser humano.

Desde otro punto de vista se ha dicho también que no se puede establecer el concepto del Derecho a partir del Derecho natural, porque esto sería insuficiente, ya que por encima del Derecho natural está simplemente *el Derecho* (49), si bien este punto de vista no implica negación del Derecho natural.

Por un lado la tesis del *positivismo legal* de que la cualidad jurídica de una norma se basa en la conformación en *forma jurídica*; el Derecho está absolutamente fundamentado por la positivación, mientras que el *contenido jurídico* queda al arbitrio del que establece el Derecho. Es esta la doctrina bien conocida de la «positividad» del Derecho, que se complementa con la de la «estatalidad» y «politicidad», a las que Del Vecchio (y otros autores) han dedicado estudios especiales y acertadas críticas. La antítesis representada por el *Derecho natural* (mejor, debía decir Henkel, por el iusnaturalismo o doctrinas sobre el Derecho natural) es la de la vinculación del Derecho verdadero a los contenidos fundamentales de un *Derecho suprapositivo*, dado en un acervo fundamental de normas trascendentales o contenido en un orden existencial de las relaciones de la vida en la «naturaleza de las cosas».

Pero los «fallos», tanto del positivismo jurídico como de las doctrinas del Derecho natural, se manifiestan cada vez con mayor claridad, por lo que, según Henkel, lo que en última instancia ha quedado «como contenido nuclear permanente es la *idea del Derecho correcto* contenida en el pensamiento del Derecho natural (50), con lo que el autor, «fuera

(48) HANS WELZEL. Así se titula, precisamente, un documentado trabajo de este profesor alemán: «Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico», traducción castellana.

(49) FELICE BATTAGLIA, *Corso de Filosofia del Diritto*, vol. II, 1943, páginas 14-17.

(50) HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 677.

o por encima de las dos tradicionales posiciones», y superando los «errores contenidos en ambas concepciones», abre la posibilidad de buscar soluciones nuevas.

Se trata de la cuestión de con qué *medios* y por qué *camino*s ha de averiguarse, como *Derecho a encontrar*, este Derecho verdadero. Aquí las soluciones dadas por el positivismo jurídico y por la concepción iusnaturalista tampoco aportan, por parciales y unilaterales, esa solución nueva que busca Henkel. El positivismo jurídico no puede dar el *criterio material de corrección* jurídica; el Derecho, exclusivamente como *hecho* o dominado por hechos, queda aquí «abandonado al azar de las fuerzas fácticas», que serán las que impongan la solución ajustada a ellas en la *vigencia fáctica* sin pretensiones de corrección objetiva. Esta concepción relativista «lleva, consecuentemente, a la declaración de la incognoscibilidad de un Derecho objetivamente correcto» (51). Y confirma Henkel esta crítica recogiendo estas significativas expresiones del relativista que, en su primera época, fue Gustav Radbruch, para quien el Derecho correcto «ni es cognoscible ni demostrable» (*Der Mensch im Recht*, 1945, pág. 82), y esta otra que rezuma positivismo: «el que es capaz de imponer Derecho demuestra con ello que está llamado a establecer Derecho» (*Rechtsphilosophie*, pág. 179). El iusnaturalismo, por el contrario, afirma un *orden de normas*, que tienen *carácter jurídico*, preexistente al Derecho positivo y fundado en la «naturaleza» (de las cosas y del hombre, así como de las relaciones humanas), y también de ideas promovedoras. Pero tampoco está de acuerdo Henkel en que se dé, en alguna parte, un orden preexistente con contenidos jurídicos de deber ser y de regulación. Esos factores previos al Derecho «no representan más que elementos ordenadores, estructuras, líneas directrices, puntos de apoyo, contenidos ideales, esto es: elementos de construcción o preformas de una regulación jurídica que todavía ha de ser encontrada y confirmada».

II. EL DERECHO «CORRECTO»

¹ Veamos ahora cuáles son para Henkel, repudiadas las soluciones positivista e iusnaturalista, los criterios rectores para llegar a un Derecho «verdadero» o «correcto», como síntesis superadora de las tesis que no acepta plenamente. Pero solo plenamente, decimos, porque, como veremos, toma no poco de los elementos fácticos del positivismo jurídico y

(51) *Ibid.*, págs. 677-78 y nota 3.

acepta aún más, a nuestro juicio, de los «datos previos» y del «dato a cumplir» del sector ideal, de lo permanente, afirmado por las doctrinas iusnaturalistas. Porque Henkel no es, desde luego, un positivista, o, al menos, un positivista a secas.

A esos elementos de construcción o preformas de regulación jurídica los llama Henkel «*topoi*», que son criterios rectores que nos pueden ayudar a llegar a un Derecho «verdadero» o «correcto» buscado y perseguido. Cualquiera de las soluciones posibles que se mantengan dentro de los límites señalados por los contenidos directrices de los *topoi* determinantes en consideración al bien común, puede recabar para sí la pretensión de haber establecido Derecho correcto.

Este pensamiento o, mejor por ahora, hipótesis de trabajo, parte de que a un determinado *problema* es inherente un determinado *contenido material*. Por eso al tratar de construir la estructura y conformar el Derecho, se establecen relaciones materialmente determinadas con los *topoi* correspondientes ajustados y, por ello, coadyuvantes para la solución del problema; es decir, los *topoi* están ordenados, cada vez, a determinados problemas. Y esto no es relativismo en Henkel, sino que, por el contrario, son los *topoi* determinantes y sus contenidos directrices los que limitan la conformación del Derecho; son—diríamos con Welzel—las «objetividades» que «limitan la omnipotencia legislativa». Pero, eso sí, representan, para Henkel, esos elementos que la historicidad y mutabilidad del Derecho no puede menos de tener en cuenta. Son principios directrices que ofrecen, en la solución de problemas, posibilidades de orientación. Si, por un lado, los *topoi* excluyen una solución discrecional; por otro, no establecen un contenido de decisión, dejando un «cierto espacio libre para una ponderación dinámica de los resultados posibles».

Dentro de la orientación científica general llamada *tópica* y que Henkel califica de «arte de descubrimiento», se da—dice—una sucesión escalonada que va desde la aprehensión del problema material, la averiguación de los *topoi* ordenados al problema y del contenido directriz de esos *topoi*, hasta la decisión o elección ajustada a ellos entre las posibilidades de solución.

Al estudiar Henkel los fundamentos del Derecho se ha ido encontrando. «por una contemplación inductiva», elementos o factores básicos para la formación del Derecho, y estos factores o elementos son los que ahora le van a «indicar el camino a seguir para esclarecer la cuestión de la esencia del Derecho». Por ello los considera «*topoi* del Derecho correcto a encontrar».

Como *topoi* principales considera, en primer lugar, a los que, como *datos previos del Derecho*, pertenecen a los *factores reales de la formación del Derecho*. El primero de ellos es la determinación fundamental antropológica que, como *personeidad del hombre*, contienen algunos *topoi* básicos de la formación del Derecho. Tales son: la autodeterminación del comportamiento y la responsabilidad del sujeto, la titularidad de derechos y obligaciones, la pretensión originaria al ser del hombre y al respeto de una esfera propia como base del desarrollo de la personalidad (52). Es la presencia insoslayable del hombre en el Derecho: desde los sabios principios romanos: «*hominum causa omne ius constitutum est*» del *Digesto*, o la fórmula antropológica fundamentante del Derecho («*natura iuris ab hominis repetenda est natura*») de Cicerón, en todos los tiempos (si exceptuamos la fórmula zoológico-jurídica de Ulpiano, algunos errores medievales, renovados siglos después por el krausismo o la inadmisibile justicia subhumana de Spencer) solamente para el hombre y en consideración a él ha podido constituirse el Derecho. Y si no por esto convertimos al hombre, con Protágoras o el endiosamiento renacentista, en «medida de todas las cosas», sí es, sin duda alguna, una medida a la que se orienta la conformación del Derecho, un factor decisivo para el Derecho. Por eso Henkel considera que «el Derecho correcto» depende, en gran medida, «de la idea correcta del hombre» (53). Porque entre la «imagen del hombre» (como idea total del hombre) y el «orden jurídico» hay una relación indispensable, para cualquier consideración o estudio jurídico, científico o filosófico, que domina no sólo la creación del Derecho, sino su aplicación al caso concreto para regular, siempre, relaciones humanas.

Pero ¿cuál es—se pregunta nuestro autor—la idea del hombre que ha de calificarse de «correcta»? Aquí otra vez, como siempre que se trata del hombre (este «gran desconocido»), las posiciones son radicales: el pesimismo y el optimismo antropológicos se han dividido los campos desde Sócrates hasta el personalismo y el humanismo de nuestros días. ¿Es el hombre bueno o malo por naturaleza—como querían Rousseau y Hobbes—? El hombre es como es, ni esencialmente bueno, ni malo por naturaleza; y desde luego tal como *es* difiere de cómo *debería ser*; es decir, que el tipo ideal no se corresponde exactamente con el tipo real. ¿Cuál de estos dos tipos ha de tener en cuenta el Derecho al imponer sus exigencias de comportamiento? Una concepción del tipo

(52) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 680-81.

(53) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 279.

ideal del hombre, que sería una posición «extremadamente idealista», en el legislador que pretendiera guiarse únicamente por la idea de un deber-ser, sería desconocer la realidad del hombre y la realidad que le rodea en la que está inmerso y que tanto influye y configura su modo de ser y de comportarse. Además, que la finalidad del Derecho no es la «idealidad» de una exigencia de perfección, sino simplemente de exigencias de sociabilidad, la pretensión de un comportamiento socialmente conveniente en orden a la convivencia, bien común y paz social. En esto hemos visto siempre nosotros la distinción—y esencial distinción—entre la Moral y el Derecho. El Derecho no manda, como la Moral, los actos de todas las virtudes, sino las condiciones de alteridad y exigencia jurídica de un deber en consideración directa al bien común (aun cuando éste no puede dissociarse de la «perfección integral» del hombre). Unión, sí, del Derecho y la Moral, pero sin confusión; distinción, sí, de la Moral y el Derecho, pero sin separación.

El Derecho, pues, ha de partir de la imagen del hombre tal como es en la realidad empíricamente comprobable, pero con aspiraciones de obtener como tipo real del hombre un tipo general común; derivar el Derecho de la «naturaleza» del hombre. Pero aquí otra vez las concepciones contrapuestas de la naturaleza humana basadas en una imagen abstracta del hombre como tipo general, dentro de unas categorías psicológicas, morales, sociales, sin tener en cuenta la variedad del fenómeno «hombre». La conformación del Derecho, la determinación de su contenido y la delimitación de las normas jurídicas, dependerá esencialmente de la imagen del hombre habida en cuenta por el legislador y por el aplicador del Derecho. Porque de la idea del hombre dimana la idea del Derecho.

Pero ¿es posible obtener una imagen del hombre inmutablemente establecida, o considerar ésta únicamente como «compendio de los rasgos individuales de autoproyectos humanos cambiantes»? Para Henkel, tanto las direcciones *iusnaturalistas*, que parten de una «naturaleza del hombre intemporal-inmutable» y, por consiguiente, para el Derecho existe una imagen del hombre constante y general previamente dada y determinante de toda creación y aplicación del Derecho; como la concepción *existencialista*, para la que no existe una naturaleza esencial del hombre fija e inmutable, sino multitud de imágenes posibles, concretas y mutables, ajustadas a las «situaciones», intereses y expectativa, y que a ellas ha de orientarse también la contemplación jurídica, no satisfacen a Henkel porque «ambas sólo aprehenden aspectos parciales de la imagen del hombre», porque las dos «desconocen que en esta imagen se hallan con-

tenidas distintas categorías que figuran entre sí en una relación complementadora». Por esto, propugna él una imagen amplia del hombre que unifique en sí distintos componentes: un «elemento nuclear de rasgos esenciales, general-constante y de determinaciones fundamentales del hombre», pero también un «elemento de autoproyectos variables y cambiantes del hombre que se hallan en la situación histórica» (54). Únicamente esta síntesis ecléctica muestra al hombre en la multitud de sus condiciones ontológicas, como ser constante en ciertas bases y determinaciones y, como tal, inmutable; y como un ser diverso en sus rasgos fundamentales y proyectos finales, como un ser históricamente mutable.

En otros términos, la imagen del hombre, relevante para el orden jurídico, estará determinada, en primer lugar, por las leyes ontológicas del ser del hombre y del ser del mundo que le rodea y en el que está inserta su vida y que determina decisivamente la realidad del hombre, que pueden permitir un conocimiento de aquellos rasgos fundamentales estáticos de una imagen del hombre que sea básica también para la conformación del Derecho. La esfera cultural-antropológica en que, con sus cambiantes autoproyectos y decisiones humanas, podremos percibir aquellos productos sociales (orden social, instituciones, el Derecho como vida humana «objetivada», o como «vida humana viviente» o «conducta») en los que se exterioriza la actividad del hombre.

Sin esa visión ontológica y el conocimiento del puesto del hombre en el mundo (según terminología de Scheler) y en la vida social a ordenar y regular por el Derecho, no sería posible una determinación antropológica de la imagen del hombre que es, al mismo tiempo, imagen esencial y existencial. Esto es, contemplación total del hombre desde lo somático y psíquico a lo espiritual y teológico, porque todos esos aspectos se relacionan en el estudio del hombre. Una antropología jurídica de totalidad que sitúe las relaciones jurídicas de la vida y las normas jurídicas que las regulan, bajo el punto de vista de los datos biológicos y psicológicos y de la determinación espiritual del hombre, datos que no siempre son tenidos en cuenta por el Derecho cuando se trata de normar y enjuiciar la conducta del hombre, sobre todo si no se olvida—y no debe de olvidarse—que a todo acto de creación y de aplicación del Derecho precede (o debe preceder) una autocomprensión del hombre. Y no se opone a esta visión de totalidad antropológica el hecho de que, como campo de estudio propio, postulado por la división del trabajo, las ciencias humanas estudien aspectos parciales del hombre según su especiali-

(54) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 284 y 646 y ss. y 665 y ss.

zación. A una antropología filosófica corresponde fundamentar y profundizar esta contemplación total (y así lo hacen desde Max Scheler, Plessner, Rothacker, Hesatenberg, Gehlen y otros), y a una antropología filosófico-jurídica corresponde—si no quiere quedarse en parcialidades incompletas—una aprehensión del hombre en su totalidad y unidad como ser orgánico-corporal, psíquico y espiritual. A esto responde lo que Henkel llama una «estructura estratificada» del hombre, que va desde el estrato inferior (ser vivo en el que repercuten las leyes biológicas) que es el fundamento de todas sus exteriorizaciones vitales vinculadas a la existencia; el estrato psíquico, que si se halla sometido a leyes propias, está inseparablemente vinculado al ser y al modo de ser del estrato orgánico; sobre esos dos estratos, corporal y psíquico, está el espiritual como supremo ser propio únicamente del hombre, pero también descansa sobre los estratos que le sustentan y se halla vinculado a los modos de actuación de ellos.

Esta «estructura estratificada» del hombre responde, con ventaja, a nuestro juicio, para la tomista, al triple orden de «tendencias» o «inclinaciones» de la naturaleza humana que Santo Tomás señala en la *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 2: tendencia a la conservación del ser, a la perpetuación de la especie, y las propias del «animal rationale et sociale» (tendencia al conocimiento, a la verdad, sociabilidad, etc.), las que, en términos modernos llama Sauter (55) del orden *óntico cósmico, cosmo-vital, y propias* del hombre como ser racional y social. En este orden de «tendencias», «inclinaciones» o «estratos» del hombre como *ser, ser vivo* animado y *ser espiritual*, los estratos, si son indudablemente distintos, no pueden, sin embargo, considerarse separados e independientes, sin que ello lleve—y este es el gran error del naturalismo o el psicologismo, por ejemplo—a interpretar los acontecimientos psicológicos o las conexiones espirituales como datos orgánico-corporales, o a confundir las conexiones espirituales de sentido con realizaciones psicológicas de vivencias. Pero sí tiene cada estrato sus leyes y exigencias propias que no pueden ser modificadas por objetivos de la esfera superior.

En su aplicación al Derecho, las leyes naturales biológico-corporales del hombre, como todas las leyes naturales, son *datos previos inmutables* para las normas jurídicas de determinación que fijan la relación del Derecho con las mismas y que limitan su proceso de creación y aplicación que no podrá ser contrario a las leyes de la naturaleza, a las que tiene que acomodarse, so pena de ser absurdo e inútil. Pero, eso sí, el Dere-

(55) SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts.*

cho puede y regula aquellas relaciones que apoyan y favorecen el proceso biológico de la vida del ser natural del hombre, y previene y limita aquellos comportamientos que el peligro biológico podría suponer para la comunidad (prevención y protección de enfermedades infecciosas). Es decir, que forma parte de la imagen del hombre en el Derecho el aspecto del condicionamiento biológico en su conducta y del peligro biológico de su existencia.

Un segundo estrato, dentro de la «estructura estratificada» del hombre, es el *psíquico* que, si no es posible separar del biológico, proporciona mayores aportaciones a la formación de la imagen del hombre en el Derecho. El campo de lo psíquico en el hombre es de la mayor importancia para la conformación y aplicación del Derecho, sin que, tampoco aquí, el Derecho quede reducido a una mera *vivencia* psíquica, a un *sentimiento*, aun cuando no olvidemos que la estructura psicológica del comportamiento tiene interés especial para el Derecho cuya función consiste en regular el comportamiento interhumano y las normas jurídicas actúan determinadoramente sobre este comportamiento. Si el Derecho no es exclusivamente «conducta» como quiere Cossío (56), es regulación y normación de conductas; en uno y otro caso tiene que contar con el factor psicológico, máxime cuando las teorías psicológicas contemporáneas desde Watsson reducen la psicología al estudio del comportamiento y de la conducta, el *behaviorismo*. La vida psíquica tiene gran relevancia para el Derecho y abarca desde la esfera de lo vital a lo puramente espiritual, porque las *motivaciones* humanas responden a necesidades y aspiraciones que van desde las más elementales «primarias» o somatógenas a las psicógenas, culturales, sociales y espirituales; y los hechos psíquicos se extienden desde la sensación (común también a los animales) hasta el pensar y querer, propios solamente del hombre. Pero, naturalmente, no todos los componentes psíquicos del comportamiento del hombre tienen igual relevancia para el Derecho ni en todos los campos del Derecho si tenemos en cuenta que el Derecho se mueve en la esfera de exigencias exteriores, sociales del comportamiento (sin que por ello prescindamos del elemento interno que tiene todo acto humano y de tanta importancia en el Derecho penal). Si pensamos que el Derecho no existe sin la libertad—o por ser facultad libre, o por ser norma de conductas libres—, y la libertad psicológica o facultad de «elección» y «decisión» es la base de la libertad moral y jurídica, podremos ver la relación entre

(56) CARLOS COSSÍO, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires, 1954, *passim*.

el Derecho y el estrato psíquico en el que tiene lugar no sólo las acciones impulsivas o *motus primo primi*, sino las acciones voluntarias y libres que son las propias del hombre, que marcan las relaciones del Derecho con el dato previo ontológico, relación en la que se unifican la libertad y la vinculación.

Un último estrato estructural de la imagen del hombre es el *espiritual*, propio sólo del hombre y superior al orgánico-biológico y al psíquico. Ciertamente, si el hombre no puede sustraerse a las imposiciones y proceso de las leyes biológicas, y actúan en él fuerzas impulsivas psíquicas que presionan sobre su comportamiento en una forma determinada, unas y otros no llenan la totalidad de su ser, los factores del estrato biológico y psíquico contienen para el comportamiento humano sólo un complejo de determinantes incompletas que puede ser completado y que necesita una determinación superior y de otra índole, que es la espiritual. Aquí la naturaleza no señala la determinación y la realiza también, sino que únicamente le da la determinación, pero deja en sus manos la realización de la misma; el *cómo* debe actuar el hombre depende de su propia determinación, de su libertad la que, a su vez, no siendo omnímoda, está limitada en su ejercicio. El comportamiento del hombre es autodeterminado y esta determinación libre es la que hace posible el Derecho que da al hombre normas reguladoras de su conducta social, de su deber-actuar que se corresponde con su deber-ser. Solamente puede normarse un comportamiento que *pueda* o no realizarse y este poder decir sí o no a las normas únicamente del hombre en la esfera espiritual—como auténtico estrato humano—puede predicarse. Porque sólo el hombre puede conocer y prever, sólo él puede querer. Así el hombre, ser de fines, puede fijarse fines y elegir los medios a ellos conducentes. El Derecho posibilita, dirige y ordena la tendencia humana para alcanzar fines y valores.

La triple consideración del hombre como ser corporal, psíquico y espiritual nos dan la imagen ontológica del hombre en su totalidad, como *persona*, supraordenado a todos los demás seres del mundo y, como tal, objeto de especial consideración por el Derecho. El Derecho debe reconocer y garantizar al hombre, como persona, su dignidad, su actuación como sujeto (nunca como objeto) del Derecho, titular de derechos y deberes jurídicos. En la *personabilidad* se halla contenido el derecho del hombre sobre sí mismo en la medida y con las limitaciones de sus fuerzas y aptitudes naturales de índole corporal, psíquica y espiritual. El *derecho de la personalidad*, que comprende la libertad esencial y existencial del hombre, como posibilidad del cumplimiento de la determinación humana en el proceso de desarrollo que lleva a la persona a la

personalidad, se conforma, en sus diversos aspectos como derecho a la libre elección y ejercicio de las más variadas formas de autoconformación y de la autorresponsabilidad del hombre, tesis tachada de «idealística» y excesivamente liberal por las direcciones extremas de las ciencias biológicas, psicológicas y sociológicas de las que, por oposición, surgió una imagen del hombre totalmente «falto de libertad», obrando a merced de las necesidades y leyes naturales y sociológicas, y órgano ciego de ejecución de las fuerzas que actúan sobre él determinándole. esto es un hombre deshumanizado o una persona despersonalizada.

Claro es que la pretensión de apoyar el orden jurídico sólo en una imagen del hombre ficticia y discordante con la realidad, tenía que parecer condenada al fracaso. Fueron los mismos detractores cientifistas de la libertad los que pronto se dieron cuenta de que la idea del hombre como un producto de predisposición y mundo circundante no era la última palabra de la ciencia; de que el hombre como ser sumamente complejo no puede ser plenamente aprehendido por las ciencias naturales, sino que queda un sector de libertad y autodeterminación.

Aquí otra vez el ponderado eclecticismo de Henkel tercia en la disputa, reconociendo que para la imagen del hombre no puede prescindirse ya de las ciencias empíricas y de los resultados de sus investigaciones, por lo que ellas aportan a la creación y aplicación del Derecho, en el enjuiciamiento del comportamiento. Pero la imagen total del hombre surgida de todos los esfuerzos científicos recientes es la de su capacidad de autodeterminación dentro de los límites de su condicionamiento creatural y psíquico-biológico. Ahí se unifica—dice Henkel—la verdad de la realidad del hombre con la verdad de su idealidad en una verdad amplia de la relación de tensión existente entre ambas, tensión ínsita en el ser del hombre y que no puede ser eliminada de él y a la que ha de atenerse el Derecho en sus exigencias al hombre (57).

Como *topoi* de la formación del Derecho en el sector del mundo social humano, tiene en cuenta Henkel las *estructuras sociales*, esto es, las estructuras ontológicas de las formas humanas de asociación que constituyen la base ontológica de todas las relaciones sociales reales, inabarcablemente diversas y cambiantes, que tienen para el Derecho una significación estructural (58).

Si hombre y Derecho no pueden disociarse ni el Derecho puede prescindir del ser orgánico, psicológico y espiritual del hombre, el *ser social*

(57) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 327.

(58) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 681.

de éste es su modo de ser en la convivencia con los demás. El hombre aislado no existe, el hombre vive en relaciones sociales y esta comunicación con los otros es una condición existencial de su vida. Más arriba hemos aludido ya a la fundamentación ontológica de la sociabilidad.

Entre las dos soluciones históricas, radicalmente antagónicas, de la sociabilidad natural del hombre y la opuesta de su condición asocial y egoísta. Henkel opta por una síntesis que, «superando la unilateralidad de las dos opiniones opuestas, ponga de relieve un antagonismo existente en la naturaleza humana». Para nuestro autor, el hombre ni está predispuesto exclusivamente a un aislamiento egocéntrico ni tampoco exclusivamente a la asociación; «más bien, están unificadas ambas cosas, contradictoria y tensamente, en su predisposición natural». El hombre es un ser dual, es más: dividido en dos cuyo antagonismo se proyecta en su forma de existencia: el *ser-para-sí* del individuo egocéntrico, y el *ser-con-otros* del *zoon politikon*; ambas formas de ser «existen yuxtapuestas y se hallan entre sí en relación recíproca». Si sólo tuviésemos que contar con la primera forma como base de la existencia humana, las relaciones sociales «serían entonces primariamente desordenadas y caóticas». Si, por el contrario, tuviésemos que partir de una sociabilidad natural del hombre, «podríamos contar entonces con un mundo social del hombre plena y ontológicamente ordenado, en el que sobrarían otras fuerzas ordenadoras adicionales y las instancias reguladoras de la Sociedad, incluso las del Derecho» (59). A nuestro juicio, no es aquí muy lógico el docto profesor hamburgués, ni nos convence la consecuencia a la que llega, si tenemos en cuenta—y no puede no tenerlo él después de lo que ha dicho sobre los «estratos» psicológico y espiritual del hombre—que la sociabilidad natural del hombre no absorbe a éste ni le priva de la libertad—la sociabilidad no es «alienación», sino perfección—, y donde hay libertad tiene que haber «instancias reguladoras» y Derecho. Y esto mismo lo reconoce seguidamente Henkel cuando después de su dicotomía radical y del antagonismo individual y social de la existencia humana, se ve obligado a afirmar que se «hace precisa una regulación complementaria en las relaciones sociales». Y en la relación del orden ontológico dado y la regulación complementaria y complementadora de la sociedad, reside, según él, el problema de la relación del Derecho con las estructuras sociales.

Como en la imagen del hombre, en general, una imagen de las relaciones sociales humanas comprende, asimismo, dos esferas o sectores:

(59) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 330.

una base constante, determinada por las leyes del ser que consiste en estructuras inmutables y de validez general de las formas de asociación humana; y un espacio libre de posible autoconfirmación según proyectos históricamente mutables en los cuales el hombre fija cada vez a sus relaciones sociales, en base a condiciones cambiantes, distintos fines (60). Interesa, por tanto, esclarecer el acervo ontológico fundamental de las relaciones sociales humanas y su influencia sobre el Derecho. Esto hará seguidamente Henkel al que seguimos.

Para la mayor parte de las relaciones sociales no basta la fuerza ordenadora de la regla ontológica del comportamiento recíproco, sino que los órdenes primariamente insertos en la ley ontológica son completados y coronados por los *órdenes de normas* creadas por la sociedad que imponen a las partes de las relaciones sociales determinados comportamientos mediante exigencias de deber ser en ellas dirigidas, como sucede con las normas de comportamiento de los usos sociales, de la Ética social, de las instituciones y del Derecho (61). Interesa aquí la relación del Derecho con las reglas sociales de juego básicas, esto es, con las reglas de comportamiento coordinadas y correspondientes a las distintas estructuras sociales. De éstas, únicamente se fija Henkel no en todas las estructuras sociales desarrolladas por la sociología, sino en las que entran en consideración para el Derecho como «datos previos»: la *comunidad*, la *sociedad*, la *organización* y la *relación de fuerza*.

En la *comunidad*, la vinculación, como estructura interna de la relación mutua, lo esencial es que existe una orientación a lo «común», a un valor o posesión comunes, que establece vinculación entre las partes y lleva a la unión de los miembros de la comunidad, en la que el individuo deja atrás su *yoidad* en todo a lo que alcanza la relación comunitaria. Como principio rector rige la orientación a lo «común» de todo comportamiento dentro de la esfera de la comunidad, y el interés propio retrocede ante las necesidades y fines de la comunidad.

En la *sociedad* por la que, como Max Weber (en *Wirtschaft und Gesellschaft*) entiende como aquel producto social («estructura social») que «descansa en un compromiso de intereses o en una vinculación de intereses racionalmente motivados, a diferencia de la comunidad, las partes se hallan internamente desvinculadas, no se han agrupado mediante un valor o posesión comunes en una unidad, sino que han ido aproximándose en el contacto social sólo por una convergente persecución de

(60) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 333.

(61) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 341.

finés y se hallan recíprocamente coordinadas únicamente para realizar su propio interés. Aquí la vinculación no es, como en la comunidad, en el «nosotros» en virtud de algo «común», sino como condición dirigida a un fin, sin modificar en nada el ánimo de las partes de preservar su individualidad y su *yoidad*, que es la que acuerda o estipula con los demás para lograr el provecho común, mediante el contrato, la relación de permuta, la agrupación societaria. El principio *do ut des*, la fidelidad al contrato o el «*pacta sunt servanda*» rigen aquí como «reglas de juego» de la sociedad en las que como principio de comportamiento predomina una consciente distancia con la intención de salvar la propia esfera (62).

La estructura social *organización*, como agrupación de una pluralidad de personas conforme a un plan general previamente tomado para el fin de una acción común, se conforma como agrupación, diferente de la comunitaria o societaria (si bien comparte con esta última ser una agrupación para alcanzar un fin) representa una «unidad de obrar» en la que la inserción del individuo dentro de la jerarquía de la organización se corresponde con el escalonamiento cualitativo de las funciones según su importancia para la obra. Aquí las correspondientes reglas de juego determinan el comportamiento conforme a la naturaleza y al fin del plan de la obra a cuyo cumplimiento se obliga cada uno de los miembros. Son relaciones de «servicio» determinadas por las exigencias materiales de su «función» y están limitadas a las relaciones de servicio (63).

La última estructura social básica considerada por Henkel es la de la *relación de fuerza*, esto es, el significado de la fuerza en la vida social (la fuerza de la Sociedad frente a sus miembros y a los grupos en ella contenidos, y la fuerza en la relación interna de los miembros de la sociedad y de sus grupos). Parte el autor de la afirmación hecha por algunos psicólogos como Adler y sociólogos como Emerson de que en todo hombre actúa, como impulso elemental, el impulso de la fuerza y que éste aparece muy a menudo en las relaciones sociales como facultad de dirigir voluntariamente el comportamiento de los otros como influencia o presión. Tanto en las relaciones de fuerza entre individuos, como en la fuerza agrupacional, los comportamientos no están determinados, en absoluto, ni «forzados» por la exclusiva arbitrariedad de los que en cada momento son titulares de la fuerza. Esto sería la afirmación del derecho de la fuerza, que es la negación de la fuerza del Derecho y no

(62) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 347.

(63) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 349.

podría hablarse de éste en tal caso. No es, sino que, por el contrario, las relaciones sociales, en circunstancias normales, consideradas incluso bajo el aspecto de la fuerza, están sometidas a reglas, «existen reglas de juego del ejercicio de la fuerza en las relaciones sociales». Y la formación de tales reglas se basa en el hecho de que toda fuerza lleva ya en sí su limitación con otras fuerzas y que, en definitiva, la fuerza es aplicada por los hombres, en los que la razón impone pautas de prudencia no sólo como exigencia ética, sino también como regla de juego.

Es de significar que las distintas estructuras sociales expuestas por Henkel no suelen darse puras en la realidad de las relaciones sociales humanas, sino que suelen ir vinculadas y mezcladas entre sí. En otros términos: se da un entrelazamiento en los productos sociales reales. Sin embargo, existe un elemento *dominante* que es el que da el nombre lingüístico (*comunidad* religiosa, *sociedad* mercantil, etc.) (64).

Pero ¿cuál es la relación del Derecho con las distintas estructuras sociales? O, de otro modo, ¿cómo las estructuras sociales, como datos ontológicos dados, contribuyen a la configuración del Derecho «correcto»? Este es el problema, que no admite una expresión unívoca igualmente válida para todas las estructuras, porque no todas contienen factores determinantes igualmente esenciales para el Derecho, ni es igual, por tanto, su influencia en la configuración jurídica.

Henkel resume en unas fórmulas básicas generales la significación que las estructuras ontológicas (comunidad, sociedad, organización y relación de fuerza) tienen como *datos previos del Derecho*. En primer lugar, entre el Derecho y las estructuras sociales ontológicamente dadas, se establece una relación porque, por un lado, «existen reglas de juego que prefijan determinadas actitudes o comportamientos a los hombres que participan en una integración social», y, por otra parte, porque «el Derecho se esfuerza en dar, mediante normas de deber-ser, una adecuada regulación a los productos sociales». El Derecho se entronca así en el orden ontológico y las reglas previamente encontradas de las estructuras. Pero cuando en los objetos de regulación va contenido un *orden del ser*, éste no influye directamente en el *orden normativo* del Derecho si no es aprehendido en su sentido por quien tiene que establecer o aplicar el Derecho y si este sentido es incluido en la regulación jurídica. Es esta la segunda fórmula presentada por Henkel, a quien seguimos casi literalmente porque en pocas palabras resume, y nosotros con él, lo que ocupa muchas páginas en su *Filosofía del Derecho*.

(64) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 354.

Cierto que existe la posibilidad de que en la creación del Derecho sean tenidos en cuenta los datos ontológicos de las relaciones sociales. Pero si las exigencias normativas del Derecho contradicen las reglas de juego de las estructuras sociales, la *resistencia de la realidad* se enfrentaría a las exigencias jurídicas del deber ser, las *leyes inmanentes del orden del ser* se afirmarían frente al orden jurídico de normas, y las estructuras terminarían haciendo imposible la aplicación o realización del Derecho porque éste sería ciego e ineficaz por vivir de espaldas a la realidad en una regulación absolutamente contraria a las estructuras (65). Pero esto no quiere decir que estas estructuras se integren automáticamente y sin más en el complejo jurídico de normas y de su contenido. Únicamente —dice Henkel— cuando la regla de juego ha adquirido ya el contenido normativo de una exigencia normativa o como «usos sociales», o como «Moral social» (que no son Derecho), es viable tal integración inmediata y su incorporación al Derecho mediante la remisión (66). Esto es, las reglas sociales de juego sólo pueden proporcionar *preformas de las normas jurídicas* y las «estructuras sociales» representan para el Derecho únicamente un terreno antepuesto a considerable distancia al sector jurídico de regulación. Es más, aun ejerciendo influencia sobre el establecimiento del Derecho, sigue existiendo para este establecimiento un «espacio libre fundamental» porque el Derecho no sólo se crea con referencia a una concreta relación social, sino que ha de ser orientado a las exigencias de la Sociedad y a sus principios valorativos y fines rectores. Aquí apunta Henkel a otro de los *topoi* de configuración del Derecho: el de los fines y valores, que pueden condicionar considerables modificaciones de las reglas de juego naturales de las estructuras ontológicas, y como éstas condicionan y limitan, ya lo hemos visto, importantes aspectos del Derecho. Una solución satisfactoria y practicable consiste en poner en consonancia los órdenes ontológicos con las tendencias ordenadoras valorativas y finalistas del Derecho.

Las estructuras de fin y de interés, si bien no fijan la formación del Derecho, sí que actúan sobre el Derecho condicionando una ponderación y control valorativos. La importancia de fin para las relaciones sociales humanas es fundamental si tenemos en cuenta que el hombre —para y por el que únicamente existe el Derecho— es un ser de fines y tiende a ellos empleando los medios que le son propios, racional y libre-

(65) Nuestro trabajo *Realidad social cambiante y progreso del Derecho*, Madrid, 1970.

(66) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 370.

mente, y que el Derecho es un medio para el mantenimiento y regulación de las relaciones sociales humanas en las que el hombre puede conseguir su «perfección integral» que es, por otra parte, en lo que consiste el bien común, fin de la sociedad y del Derecho.

Pero no solamente el hombre-individuo se propone fines en sus relaciones con los demás, sino las mismas estructuras sociales aparecen como estructuras finales típicas y el fin que las sirve de base y actúa en ellas entra en el campo de visión de un dato previo del Derecho ejerciendo, por tanto, influencia sobre la conformación del Derecho. Henkel emplea a este respecto los términos «fin» e «interés» como sinónimos en cuanto que el fin designa el contenido de la idea apetitiva del comportamiento. Y entonces, en base a sus fuerzas impulsivas y a su significación para el Derecho, lo que importa es cómo los intereses y fines que el formador del Derecho *encuentra previamente* en la realidad del mundo social humano ejercen efecto sobre el Derecho (subrayamos porque no se trata aquí de los fines—justicia, orden, bien común, seguridad—que deba perseguir el Derecho, lo cual será tenido en cuenta más tarde como un nuevo *topoi* conformador del Derecho). El efecto que el fin ejercerá en la creación del Derecho es el mismo que tienen en las creaciones de la voluntad humana: la causa final es la «causa de las causas», porque ella mueve a las demás causas, y, aunque sea la última en la ejecución, es la primera en la intención (son los clásicos *finis est causa causarum* o el *primum in intentione ultimum in executione*). El fin actuará como causa final sobre la voluntad de la norma y esta influencia psicológica de la causalidad iría, como relación causal de elementos que se condicionan recíprocamente, desde el fin dado, como causa primera, hasta la realización del fin en la norma jurídica. Pero esta sería una interpretación un tanto naturalística, como efecto de causa natural, siendo así que formación del Derecho es un acto espiritual de creación, sustraído a la necesaria vinculación de causa a efecto, que se realiza en la libertad de decisión conforme a criterios ideales. Por tanto, termina Henkel afirmando que por «mucho que el fin real sea el propulsor—efectivamente, lo es—del acto de establecimiento del Derecho, no puede actuar como *causa* de una norma jurídica» (67). A la jurisprudencia de los fines e intereses (contrapuesta a la jurisprudencia de conceptos) que subraya la importancia e influencia de la «ley causal» entre fin y norma—los intereses reales, dice Heck, son los que «causan» la norma jurídica, los «factores causales» de ésta—, hasta el extremo de que la norma jurídica repre-

(67) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 377.

senta un «producto de intereses», la «resultante» de los intereses en conflicto, la «diagonal de fuerza de los factores en lucha» (68), sucede la *jurisprudencia de valoración* para la que los intereses no pueden actuar sin más en la formación del Derecho, como las fuerzas de la naturaleza dentro de su ámbito, sino que sólo actúan cuando en un proceso de *selección y valoración* se les ha estimado dignos de ser protegidos por el Derecho (69). Entonces, el Derecho no sería «un interés jurídicamente protegido», según clásica definición de Jhering, sino la protección de un interés, lo cual es radicalmente distinto.

Pero también las consecuencias de la jurisprudencia de valoración, respecto al papel de los intereses reales como «dato previo» de la norma jurídica han de ser completadas y corregidas. Primeramente que no todos los intereses que se enfrentan en las relaciones sociales humanas aparecen como motivaciones de la creación del Derecho, ya que se realizan también en el espacio extrajurídico, en el sector de los órdenes «vivos» pero que, por ello, adquiere una cierta regularidad del comportamiento que ha de ser reglado, desarrollando en este caso un importante efecto, sin que los intereses mismos se conviertan en normas jurídicas; no son, por tanto, las estructuras ontológicas de intereses los factores que *crean* necesariamente el Derecho, pero sí son, como factores reales, «elementos de construcción» de la norma, que tienen mayor o menor influencia en unas u otras ramas del Derecho. Esto hace que el procedimiento de valoración o «ponderación de intereses» no puede hacerse únicamente teniendo en cuenta los intereses «vitales» reales, sino que han de «pesarse» los intereses considerando no sólo el peso real de su fuerza, sino su valor. Es decir, que los intereses reales adquieren significado para el Derecho o no, según *criterios de valor*; sólo entonces adquieren el carácter de «valiosos», «carentes de valor» o «contrarios al valor» respecto de la solución jurídica (70). Quedan así superadas las dos posiciones extremas respecto a la valoración del Derecho con los intereses reales: la que no tiene en cuenta la situación de intereses de la realidad al regular jurídicamente la vida, y, por otra parte, la de hacer depender totalmente los contenidos jurídicos de las normas de los inte-

(68) HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz; Interessenjurisprudenz Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, varias páginas, cita de H. HENKEL, pág. 378, nota 6.

(69) MÜLLER-ERZBACH, *Vohin führt die Interessenjurisprudenz?; Die Rechtswissenschaft im Umbau*, varias páginas, cita de H. HENKEL, pág. 379, nota 8.

(70) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 386. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, 1953, págs. 110 y ss., cita de H. HENKEL, pág. 385, nota 17.

reses dados. Como siempre, según venimos observando, Henkel se sitúa en un prudente eclecticismo.

Ahora bien, ¿en qué consisten esos criterios jurídicos de valor con arreglo a los cuales pueden ser enjuiciados los intereses sociales reales, y dónde pueden ser obtenidos esos criterios valorativos? Henkel afirma que éstos están dados, por una parte, en el orden valorativo dominante de la sociedad, surgido de sus ideologías; y, por otra parte, en la orientación a una idea de valor, a la idea del Derecho; y, por último, en las decisiones de valor conforme al «ideal social» de la comunidad jurídica (71).

En efecto, el orden social de valores, que surge de las ideologías de la Sociedad, ofrece un orden de bienes jurídicos que debe ser favorecido y protegido por el Derecho y, por otra parte, codetermina, como jurídico o antijurídico, las líneas directrices de la valoración del comportamiento socialmente relevante.

Gran importancia tienen también los *usos* y prácticas como modelos de comportamiento socialmente correcto, de los que recibe el Derecho, en gran medida, una orientación normativa—y algo análogo puede decirse de las exigencias de la «Moral social»—por las coincidencias estructurales de estos sectores que actúan como problemas de la norma jurídica, o porque se les inserta, a veces, plenamente en el Derecho por medio de la remisión legal (72).

Es indudable que en todo comportamiento humano juega un papel importante el momento valorativo (aunque sucede a veces que los fines motivadores—que se dan en todo orden de vivencias—no sean contrarios al valor), y esta contemplación valorativa no sólo se da en la vida del individuo, sino en sus relaciones con los demás en las que desempeñará una función de primer orden. Por eso Henkel va a demostrar cómo las *estructuras valorativas* que fundamentan la vida social representan, al igual que las estructuras finalistas del comportamiento social, un dato previo para el Derecho.

Conocer, querer y valorar son características fundamentales del ser del hombre. Frente al contorno ontológico que le rodea, el hombre «valora», positiva o negativamente, y, en base a la vivencia valorativa, se forma un juicio de valor sobre el ser valorativo de los objetos contemplados que, por eso, los llamamos sustentadores de valores (valores personales, de cosas, de comportamientos), en una jerarquía ascendente

(71) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 682, 492 y ss. y 386.

(72) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 681.

de valores en la que sujeto valorante y objeto valorado se corresponden porque «valorar» es valorar «algo».

La dificultad está en encontrar la base segura para la solución de los problemas de valor respecto al Derecho, y, ciertamente, la filosofía de los valores no ofrece, con sus divergentes y opuestas posiciones, esas garantías. Rechaza Henkel a este respecto la solución a que conduciría la *teoría material de los valores* de Max Scheler y Nicolai Hartmann, como repudia, asimismo, por unilateral, el *subjetivismo valorativo* que tiene su expresión en el «nihilismo valorativo» (73), para exponer su punto de vista propio que él llama «*relacionismo valorativo objetivo*» en el que «la cuestión del "ser-en-sí" de los valores podemos dejarla a un lado, pues lo que importa es el *ser real de los valores*», y este ser «resulta de las *relaciones esenciales* que vinculan a los valores con los fenómenos reales ontológicos» (74).

Estas «relaciones esenciales» de los valores lo son: en primer lugar, para con el *sujeto valorativo*, porque los valores existen «para alguien» que los puede vivenciar y valorar, bien entendido que ese «para alguien» no ha de ser necesaria y únicamente el individuo, sino que pueden serlo «para» todos los hombres (la sociedad, la humanidad también valoran); en segundo término, una relación esencial vincula al valor con un *sustentador valorativo*, porque un valor sólo puede llegar a ser real cuando es «sustentado» por algún objeto de la realidad; la relación esencial de los valores a una *situación de la vida*, que condiciona el nacimiento de un valor y muchas veces determina su rango jerárquico, y sin la cual no se realizaría un ser valorativo real. Después de esto, el hombre en su comportamiento, y en base a la relación valorativa dada, toma *decisiones valorativas* sobre el orden jerárquico de valores, y según estas decisiones orienta su actuación, mediante la elección valorativa, a fines. Pero este aparente subjetivismo no es un «relativismo valorativo», sino un «*relacionismo objetivo*», porque la existencia ontológica y el orden jerárquico de los valores, estimados por el sujeto se ha hecho independiente, con el nacimiento de una concepción valorativa dominante, del sentir y de la consciencia de los individuos. Pero no por eso el orden de valores colectivos es absoluto, sino relacionamente condicionado y determinado por el ser valorativo para el grupo dentro de la situación vital de éste, y como un sector de la realidad, un factor real de la convivencia humana. Sin embargo, existe también siempre, dentro de los órdenes colectivos y

(73) Sobre esto, nuestra recensión al libro de RISIERI FRONDI, *¿Qué son los valores?*, en ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, tomo XII (1967).

(74) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 404.

de un orden social de valores sujetos a mutabilidad y transformación de la historicidad de la sociedad, un amplio sector de *valores estables* que representan la base del orden social de valores.

La relación entre el Derecho y el orden social de valores, y la función que ha de cumplir aquél respecto a éstos, son muy diferenciadas. Pero interesa más aquí ver de qué modo actúa el orden social de valores como factor real en la *formación del Derecho*. En primer lugar—y tras rechazar Henkel las concepciones iusnaturalistas de que las soluciones jurídicas pueden inferirse de un orden de valores natural o absoluto—, afirma que únicamente los valores del orden social de valores—y no los de cualquier otro sistema colectivo de valores—pueden ejercer influencia como dato previo del Derecho, ya que, de otro modo, la concepción valorativa de un grupo, que no es compartida al mismo tiempo por la comunidad jurídica, le era impuesta a ésta. Es más, el Derecho ha de atenerse a aquellas valoraciones vigentes en la sociedad, reconocidas y observadas de modo predominante. De las tendencias de preferencia dadas en los contenidos de valor y de las tendencias contrarias de repulsa, al Derecho no le está fijado más que un punto de orientación; no recibe contenidos acabados de normas, sino elementos de construcción para la creación y aplicación del Derecho; para determinar en la proposición jurídica o en la sentencia judicial el contenido normativo del comportamiento se necesita una ulterior actividad esencial de actos de conformación y de decisión (75). Pero tanto una como otra son muy complejas. Así, la situación del que tiene que determinar el Derecho se ve dificultada porque en los hechos a regular entran en juego varios momentos valorativos, y la dificultad aumenta si se presenta un conflicto de valores en los que uno ha de ser sacrificado; precisamente en este caso de colisión de valores se pone de manifiesto claramente cuál es la relación del que establece el Derecho con el dato previo de los valores, y se patentiza que la norma de comportamiento no puede ser encontrada según preferencia de valores en conflictos, ni la consideración jurídica puede tomar por base un orden jerárquico abstracto de valores, sino también otros puntos de vista y circunstancias. Si la norma jurídica fuese una suma resultante de valores previamente encontrados, y se tuviese que atener, sin más, a los modelos valorativos fácticos tal como se presentan en la actitud valorativa de determinados círculos, ello sería, según Henkel, un «peligroso positivismo valorativo». Si la existencia del valor es dudosa habría que ver si una determinada estimación valorativa corresponde

(75) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 422.

a la de todos los que piensan equitativa y justamente en la Sociedad» (76). Lo mismo puede decirse del que aplica el Derecho, ya que si puede atenerse generalmente a las valoraciones positivadas en la ley, mediante una interpretación—e interpretación valorativa—de la ley, cuando faltan valoraciones legalmente positivadas, ha de participar, junto al legislador, en la búsqueda de los valores correspondientes a la estructura total del sistema social de valores, valiéndose de una investigación del contenido fundamental de ese sistema.

Como vemos, el orden social de valores no representa, para Henkel, un dato previo supratemporal-inmutable, sino que está sometido al cambio constante por un orden a conformar por el hombre. Sin embargo, para el Derecho positivo representa «un complejo prejurídico cuya influencia sobre el contenido de las normas jurídicas es y será siempre de la mayor importancia cuando se busque el camino que conduce al Derecho correcto» (77). Y de esto trata Henkel, al que seguimos en su exposición rigurosamente lógica.

Lentamente pero *more philosophico*, esto es, acercándose a las ultimas que conforman el Derecho, Henkel considera como *topoi* esenciales de la conformación del Derecho las *instituciones*, «que son ya casi siempre productos prejurídicos», y que surgen o mediante comportamientos típicos consuetudinarios, o por exigencias de ideas rectoras y, a veces también, por necesidades y fines de la cambiante sociedad y convivencia humana.

La teología, la sociología y la ciencia del Derecho, cada una en sus respectivos aspectos, se ocupa de las instituciones de la convivencia humana. Para la primera, las instituciones adquieren un trasfondo trascendente, basado en la interpretación según creencias religiosas; pero «no es posible ni admisible derivar de ahí deducciones racionales para la solución de las cuestiones institucionales actuales de la vida social», y «debe evitarse una confusión entre la contemplación teológica y la jurídica de las instituciones porque no beneficiaría a ninguna de ellas». La sociología se mueve en la dirección de diferenciar características descriptivas de la génesis, estructura y significación de las instituciones, viendo en ellas un elemento básico y decisivo ordenador de la Sociedad que, como algo supratemporal, al objetivarse, forma parte de la estructura de la sociedad como tal (es el elemento objetivo que «perdura» más allá de la voluntad de los individuos, según terminología del autor de la teoría de la institución, M. Hauriou), y a ellas se debe un orden

(76) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 425.

(77) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 426.

de la vida social orientado para durar. La tendencia a la institucionalización, como el actual proceso de socialización, proceden de la tendencia natural del hombre a la sociabilidad, de la cual son formas, necesarias o voluntarias. Las relaciones sociales cimentadas en la estabilidad y continuidad de las instituciones, se mantendrán o discurrirán uniformemente y los comportamientos realizados dentro de las mismas corresponderán a los esquemas de comportamiento señalados por las instituciones, sin que esto quiera decir que con el proceso de institucionalización no se cierra definitivamente el proceso de conformación de las relaciones sociales, ni pensar que la «estructura de estabilización» de las instituciones es algo rígido y estático en el que están fijados inmutablemente los tipos de relación y asociación de la vida social, y si bien el desarrollo dinámico de la vida continúa en las instituciones que han ganado forma, éstas no agotan ni petrifican la vida social total.

Pero el entronque e inserción del individuo en las instituciones sociales hace que surja necesariamente la vinculación dentro de los cauces del comportamiento prefijados por las instituciones y no sólo en las necesarias, sino en las que el hombre entra libremente en las que no puede modificar el modelo prefijado de comportamiento, sin que por eso se niegue una libertad de movimientos que deja abierta la regulación institucional; la dialéctica vinculación-libertad debe ser resuelta por las propias instituciones sociales mediante un adecuado equilibrio.

La relación del Derecho con las instituciones es una conexión fundamental. El concepto del Derecho positivo sin la ayuda del concepto de institución se presentaría, en una visión de conjunto, como una «pluralidad de proposiciones jurídicas que tendrían el aspecto de una masa inarticulada de normas»; no podríamos aprehender el Derecho en una estructura ordenada porque las instituciones confieren al material jurídico su estructura de orden, el sistema y la articulación necesarias. Sabida es la importancia que, después de Savigny, concede Ihering a las instituciones y a los «sistemas» en la construcción del Derecho, y su influencia para encontrar el sentido en la interpretación de la norma. Pero las instituciones son un importante *dato previo del Derecho*; esto es, las instituciones sociales pasan a tomar la forma de instituciones jurídicas (78); tienden a la *juridificación* con el correspondiente complejo de normas. Correlativamente en el proceso de formación del Derecho ha de recurrirse al acervo social de las instituciones que suministran, en gran medida, los *contenidos* sustanciales de las normas jurídicas. Así, de

(78) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 442-43.

esta mutua reciprocidad entre la realidad social vivida en las instituciones y el Derecho positivo cuya misión es regular la vida social, hay una ininterrumpida corriente de integración que lleva a la juridificación y que proporciona al Derecho nuevos sectores y nueva vida, porque el Derecho mediante el acto legislativo y en la formación de la jurisprudencia—es decir, en la creación y aplicación de las normas jurídicas—transforma, en la forma y en la norma jurídica, las preformas institucionales o las instancias constantes de la vida social. Por esto, para la interpretación y aplicación del Derecho positivo, ha de recurrirse al contenido de sentido de las instituciones, es decir, a las bases de formación del Derecho. En otros términos: en esta relación de complemento recíproco entre instituciones y Derecho, si «los productos sociales institucionales reciben, en la juridificación, su decisiva conformación, las normas jurídicas, por su parte, reciben su orientación en el sentido de las instituciones producidas por la vida y que han de servir a la existencia y al mantenimiento de la Sociedad» (79), sin que el hecho de que haya instituciones jurídicas que deban su nacimiento a un proceso de conformación «intrajurídico», se oponga a esa reciprocidad.

En el orden social de valores y en las instituciones de la vida social encuentra Henkel elementos fundamentales de construcción del orden jurídico. Pero, además de los contenidos cambiantes de los *topoi* comprendidos en el orden social de valores y en las instituciones, se encuentran también las *estructuras lógico-reales* que determinan la relación de sentido y la coordinación de los objetos jurídicos de la regulación (80). Es preciso—dice Henkel—reconocer la importancia que tienen estas estructuras para el Derecho y explicarla con la mayor atención (81).

Las estructuras lógico-reales no hay que buscarlas en el sector de la lógica formal ni en la lógica material, sino «en el campo que se extiende delante del Derecho»; por lo que el problema consiste, para nuestro autor, en si estas estructuras lógico-reales representan *datos previos* que influyan en el Derecho. Sin duda alguna. Pero es de significar que mientras la lógica formal se ocupa de las reglas de los procesos del pensamiento, deducciones, discursos, aquí se trata de la *lógica de las cosas*, «lógica del objeto» la llama Henkel, que «se propone llegar a conocer la lógica contenida en los objetos mismos, esto es, la «estructura de sus

(79) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 447.

(80) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 682, 480 y 449 y ss.

(81) Es mérito de WELZEL haber llamado la atención sobre el hecho de que algunos objetos de regulación del Derecho encierran «estructuras lógico-reales» que influyen esencialmente en el contenido de las normas jurídicas.

leyes», la «estructura categorial» o su «relacionalidad». O, en otros términos, se trata de «descubrir mediante aprehensión del sentido qué leyes, determinaciones y elementos ordenadores se encuentran previamente en los objetos y de utilizar en la contemplación individual de las ciencias las «estructuras» de esta forma averiguadas de los objetos» (82). Las «estructuras lógico-reales, pertenecen a la esfera de las *leyes ontológicas*, designan la constitución ontológica de los objetos tomados en consideración». En este sentido—subraya Henkel—las concibe Welzel como «datos ontológicos fundamentales». Lo cierto es que «lo lógico» supone e impone una necesidad relacional entre los objetos; y lo «lógico real» quiere decir que esa relación ni la creamos nosotros con nuestro pensamiento, sino que mediante la aprehensión de sentido y la penetración en su relación ontológica de correspondencia, descubrimos esa relación en los objetos mismos y la hacemos consciente al pensamiento. Así es cómo las «estructuras lógico-reales» quedan delimitadas frente a los conceptos que no descansan en estructuras ontológicas.

Por lo que se refiere a la relación de las estructuras lógico-reales con el Derecho, Henkel sigue, como hasta aquí, con paso lento y seguro, sin precipitaciones que no serían filosóficas; se limita a señalar con ejemplos ilustrativos, aplicados sobre todo al Derecho penal y al Derecho civil, su influencia en la configuración del Derecho como *datos previos* (según su terminología) que tienen unos límites más allá de los cuales empieza el campo de conformación dogmático-sistemática libre del material jurídico, es decir, queda un amplio espacio de decisiones normativa-jurídicas libres; y como estas estructuras lógico-reales pueden ser descubiertas en la contemplación de los objetos, el jurista deberá averiguar en éstos ese límite entre el sector de las estructuras y el de los conceptos y relaciones sistemáticas lógico-jurídicas. Y al hacerse relevantes para la regulación jurídica determinados objetos del ser, «las leyes del ser en ello contenidas desarrollan su acción sobre el Derecho». Esto indica que las estructuras lógico-reales «señalan ahora a la solución jurídica una determinada dirección que ha de ser aprehendida y mantenida en la regulación concreta» (83). Las estructuras lógico-reales son firmes *puntos de apoyo* para la regulación jurídica que pueden *orientar* también al que aplica el Derecho. Nuevamente subrayamos nosotros, porque «puntos de apoyo» y «orientación», no quieren decir vinculación obligatoria para el conformador y aplicador del Derecho; no son «principios apriorísticos» con contenido de deber-ser (como entiende Adolf Reinach sus «le-

(82) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 451.

(83) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 462.

yes apriorísticas de la esencia» en los objetos del Derecho). No se trata, para Henkel, de una nueva transformación del contenido apriorístico en la proposición jurídica; admitir esto—dice—sería ontologismo, es decir, «una inadmisibles transferencia de una categoría del ser a otra distinta, a la categoría de lo normativo». Y esto no se realiza directamente, sino mediante un *acto de determinación del creador del Derecho*, que no sólo *constata* una relación del ser, sino que *ordena* un deber ser conforme a las categorías determinantes y específicas de valor y fin del Derecho; el paso del ser al deber-ser sólo puede verificarse aquí mediante el acto de determinación conformador de la norma; ambas esferas «se hallan vinculadas de tal forma que la esfera del ser constituye el "subsuelo" del sector normativo» (84). Las estructuras ontológicas son elementos básicos de conformación para la regulación jurídica que el legislador, en su acto de determinación, ha de incluir en el contenido de la norma, y tienen, además, un valor orientador. Esta vinculación del legislador a las estructuras del ser es, para Henkel, una *relación condicional*: «Si teniendo en cuenta las estructuras, se esfuerza en establecer la necesaria armonía entre ser y deber-ser, ello le dará la oportunidad de crear *Derecho correcto*; en cambio, si arbitrariamente excluye las estructuras lógico-reales, o no las llega a conocer o las interpreta erróneamente la consecuencia será *Derecho incorrecto*» (85).

No obstante esta importante función «limitativa» y «orientadora» que Henkel atribuye a las «estructuras lógico-reales», ve sólo en ellas datos previos, elementos de construcción de las normas jurídicas ya que quedan abiertas a las decisiones normativas todas las decisiones jurídicas del Derecho, el contenido normativo definitivo de las proposiciones jurídicas. Y así es cierto también que en la conformación del Derecho los detalles ya no están estructurados ontológicamente (porque las estructuras ontológicas se limitan a lo básico general), es, precisamente merced a esa generalidad que se extiende a lo amplio de toda regulación jurídica, de tal forma que con ellas quedan determinadas las ideas jurídicas rectoras del Derecho positivo. Y porque fundamentan «lo amplio» del Derecho positivo, su influencia—dice Henkel—se manifiesta en una variedad inabarcable de fenómenos y casos jurídicos y sobre la estructura individual de los preceptos positivos (86).

(84) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 464-65.

(85) H. HENKEL, *Ibid.* WELZEL dice que en este último caso el legislador «daría entonces una regulación que, contemplada desde sus propios presupuestos, sería falsa».

(86) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 470.

Hasta ahora en el primer grupo principal de los *topoi* que, como *datos previos del Derecho*, pertenecen a los *factores reales de la formación del Derecho*, ha hecho desfilar Henkel factores muy diversos que adquieran la influencia determinante, que hemos venido viendo, en la formación del Derecho: las *determinaciones naturales* contenidas en las cosas; los *datos y determinaciones antropológicas* (corporales y espirituales) que ejercen su influencia en los fundamentos del Derecho; las *estructuras sociales* (comunidad, sociedad, organización, relación de fuerza) que con sus estructuras ontológicas y exigencias sociales, llevan a reglas sociales de comportamiento que ofrecen modelos a la normación jurídica; las *estructuras de fin y de interés* que juegan papel tan importante en las relaciones económicas y jurídicas; el *orden social de valores* y las *instituciones* de la vida social en las que se encuentran fundamentales elementos de construcción del orden jurídico; y, por último, las *estructuras lógico-reales* que determinan la relación de sentido y la coordinación de los objetos jurídicos de la regulación, porque también las cosas tienen su lógica—la «lógica de las cosas» o «lógica de los objetos»—que imponen sus exigencias.

La naturaleza y carácter de éstos *topoi* o datos previos del Derecho es diversa como lo es su influencia sobre el Derecho. No obstante esta diversidad, Henkel encuentra un concepto general de todos los datos previos determinadores del Derecho en la «naturaleza de las cosas» como concepto colectivo de los datos previos del Derecho.

Con unas consideraciones críticas sobre el concepto y significado y, sobre todo, función de la «naturaleza de las cosas» en la formulación del Derecho, termina el autor el estudio de los *topoi* o criterios rectores «que nos pueden ayudar a llegar a un Derecho correcto».

En el lenguaje, en las discusiones, en las corrientes del pensamiento jurídico, la significación «naturaleza de las cosas» sigue siendo actualmente muy discutida. Desde el pensamiento positivista para el que se trata de un «concepto carente por completo de contenido», hasta quienes le atribuyen una «significación básica en el pensamiento jurídico»; desde quien nada espera de la «naturaleza de las cosas», hasta quien en ella fundamenta un «Derecho natural concreto». Por eso, dice Henkel, que es preciso «dar al objeto de esta problemática una mayor precisión, tanto respecto del concepto como de su significación y forma de actuar en el Derecho». Por «cosas» entiende nuestro autor «todo objeto posible sometido a la regulación jurídica, esto es, todas las relaciones de la vida que contienen relaciones sociales humanas y, como tales, son ordenadas (o deben serlo) por el Derecho». En este concepto amplio se comprenden

«cosas» en sentido estricto, personas, situaciones, acciones humanas sociales y «lo que interesa es el sentido objetivo a inferir de las relaciones de la vida y el sentido que se deduce del dato mismo en referencia a las relaciones sociales» (87).

Pero las discrepancias, mayores que respecto al concepto, se acentúan sobre el problema de la función que la «naturaleza de las cosas» desempeña dentro del Derecho y, concretamente, en los tres momentos de la vida del Derecho: su creación, interpretación y aplicación. Desde quienes ven en ella una fuente del Derecho, «una fuente extralegal del Derecho junto a la ley», una «fuente preeminente del Derecho», hasta quienes negándole este carácter y la calificación de «ideas rectoras para el legislador que éste debe tener en cuenta», la consideran como un «medio de interpretación» y complemento de la ley (integración de lagunas). Para Henkel el problema está en sí «en la naturaleza de las cosas hemos de ver solamente una *fuentes de nacimiento del Derecho o una fuente de conformación del Derecho*». En el primer caso, «sólo significa que contiene un elemento del que es posible desarrollar en un proceso de conformación, en cooperación con otros elementos, la futura norma jurídica»; es un factor que *contribuye* al nacimiento de una norma, pero que *no produce ésta* (subrayamos nosotros) mediante una conformación independiente. En el segundo sentido, «la naturaleza de las cosas lleva ya en sí el contenido de la norma y produce, en base a sí misma, Derecho aplicable» (88). Este segundo sentido «ha de ser rechazado», dice Henkel, porque «va demasiado lejos en las consecuencias de su significación para el Derecho». Para él, en la naturaleza de las cosas, «habrá que ver únicamente *elementos ordenadores y estructuras o preformas del Derecho*» que, ciertamente, «influyen determinadamente en el proceso de conformación del Derecho», pero que «dejan abierta, con mayor o menor amplitud, la normación jurídica en referencia a factores conformadores de otro tipo». Con razón, pues, ha podido Henkel considerar el concepto de «naturaleza de las cosas» como concepto colectivo de todos los datos previos determinadores del Derecho, de los elementos ordenadores y estructuras contenidas en las relaciones de vida, que ofrecen al Derecho diversos puntos orientadores, modelos sociales de comportamiento, momentos valorativos, instituciones a las que el Derecho puede (y debe) atenerse en su conformación de la norma como elementos de construcción o preformas (89).

(87) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 475 y 474.

(88) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 478.

(89) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 481 y 479-80. En apoyo de este punto de

Por eso concede Henkel fundamental importancia a que se distinga claramente «los dos lados del proceso de formación del Derecho»: la obtención de los *elementos ordenadores* que han de ser aprehendidos en base a las «cosas» y a sus leyes y estructuras; y los momentos de *conformación de la norma* (volvemos a subrayar nosotros) que hacen posible una ordenación hacia las metas, valores y fines del Derecho, una orientación a las exigencias de la vida del Derecho. En otros términos, según Henkel, hay que distinguir entre aquellos componentes de la formación del Derecho que derivan de la naturaleza de las cosas y aquellos criterios de regulación que emanan de la idea del Derecho. Para que el Derecho aparezca como una regulación «correcta» es preciso: 1.º, que esté de acuerdo con los *datos previos* que provienen del lado del ser y de la realidad histórica y se hacen sentir como «naturaleza de las cosas»; 2.º, que esté dirigida a una idea a la que llamamos la *idea del Derecho*. Al primer grupo pertenecen los *topoi* que, como datos previos del Derecho, forman los factores que actúan en relaciones reales de la vida—«factores reales del Derecho»—determinantes de la formación del Derecho. Al segundo, aquellos factores que provienen del sector de las ideas y forman el grupo principal de los *topoi* decisivos para la obtención de contenidos del Derecho: lo constituyen los puntos de vista orientadores y los grupos rectores contenidos en las ideas valorativas del Derecho.

Del primer grupo de *topoi* ha hablado hasta ahora Henkel. Al grupo segundo, verdaderamente «decisivo» para encontrar el contenido del De-

vista, recoge HENKEL el parecer terminante de otros autores de nuestros días, que ven en la naturaleza de las cosas: «preformas» del material jurídico, «elementos ordenadores, pero no el orden mismo», «ciertas estructuras con las que puede y debe enlazarse el orden jurídico», pero que hacen preciso el hecho jurídicamente ordenador (H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, páginas 119-127, 128); «líneas rectoras para la interpretación y ulterior desarrollo del Derecho» (DAHM, *Deutsches Recht*, 1963, pág. 32); ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, 1953, se pronuncia en los mismos términos que ha expuesto HENKEL (nota anterior). Según FECHNER, *Rechtsphilosophie*, la naturaleza de las cosas no ofrece «soluciones inequívocas», deja en pie un «factor de incertidumbre»; K. LARENZ, *Festschr. f. Nikisch*, 1958, ve sólo en la naturaleza de las cosas el «esbozo y el proyecto de un orden dispuesto en el ser», que únicamente proporciona los «rasgos fundamentales de un orden»; y, para STRATENWERTH, en su conocido trabajo *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957, las «conclusiones en base a la naturaleza de las cosas sólo puede fijar las conexiones reales esenciales, pero no prejuzgar su valorización jurídica individual» (H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, págs. 478-79, nota 20).

recho, dedica ahora la tercera parte de su libro para llegar a la «meta» —dice él— del Derecho «correcto».

La «idea del Derecho» quiere decir, para Henkel, que el Derecho debe realizar ciertos valores—los *valores jurídicos*—que sobrepasan el mero momento ordenador, que se expresan en la positivación del Derecho y que como *ideas valorativas* de la conformación del Derecho establecen un fin y una tarea que han de ser cumplidos en el acto de la creación y aplicación del Derecho. La *idea del Derecho* no es un dato previo, sino un *dato a cumplir del Derecho*, su dirección hacia un fin. Aquí ve Henkel la diferencia entre los factores reales y los factores ideales en el proceso de formación y aplicación del Derecho, pues mientras los primeros únicamente establecen una *condición del Derecho correcto*, no son obligatorios y su no observancia lleva a la incorrección del Derecho, la idea del Derecho, como idea de valor, contiene, además, una *obligación* nacida del «ethos» del Derecho, a la que se halla vinculado aquel que tiene que establecer y aplicar el Derecho (90).

Pero la idea del Derecho, como directriz en la conformación del Derecho, no es, para Henkel, un mero «principio formal» (como lo es en el formalismo neokantiano en el que aparece como «vacío» que ha de llenar el contenido material de aplicación—por ejemplo, los «Derechos justos» de Stammler—), sino que la idea del Derecho ha de proporcionar los fines determinados en su contenido, para la conformación del Derecho y *líneas directrices materiales* para la formación y la aplicación del Derecho; una *fuerza espiritual constitutivamente activa*, y un principio rector al que ha de orientarse el Derecho positivo y el Derecho a positivar. Respecto al Derecho positivo, la idea del Derecho, como principio de enjuiciamiento, «examinará si satisface las expectativas de corrección o si aún no las ha alcanzado», y de aquí resultarán las diferencias entre el Derecho «correcto» debido y la situación correspondiente de un concreto Derecho positivo, impulsando a éste a su mejoramiento posible. Así la idea del Derecho «pasa de ser principio crítico de valoración a ser *principio de conformación* para el Derecho nuevo o a renovar» (91). Y es esta función conformadora la que interesa especialmente a Henkel.

Por lo que se refiere al contenido de la idea del Derecho, frente al monismo valorativo que considera como único fin u objeto del Derecho la justicia, Heinrich Henkel considera que esta concepción no es «co-

(90) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 490.

(91) En este mismo sentido y con idénticos términos, llama VON DER HEYDTE al Derecho natural «principio de conformación del Derecho positivo» (*Gestaltungsprinzip*) en su trabajo *Vom Wesen des Naturrechts* (1957).

rrecta», puesto que falta en ella una amplia contemplación de otras «tendencias fundamentales» que, además de la *justicia*, son la *oportunidad* y la *seguridad jurídica*. Pero entendidos estos tres fines, contenidos en la idea del Derecho, no separados o antagónicos (como presentaba el Radbruch de la primera época la justicia y la seguridad jurídica), sino en una conjunción armónica que «se complementan entre sí y están mutuamente referidas y vinculadas, sin que se pueda dejar de tener en cuenta ninguna de ellas en la solución jurídica del problema», aun cuando se produzcan algunas «tensiones que deben nivelarse con la consideración de todas ellas atribuyendo pesos distintos a cada una de esas tres tendencias en una contemplación que no deje caer en el olvido «la unidad superior de la idea del Derecho» (92).

Es decir, para Henkel, la idea del Derecho contiene tres elementos o partes integrantes: *justicia*, *oportunidad* y *seguridad jurídica*. De cada una de ellas va a mostrar su relación y conexión recíprocas.

Justicia.—A las ideas valorativas del Derecho pertenece, en primer lugar, el contenido material de línea orientadora que se encierra en el *principio de justicia*, cuya temática—la palabra, el concepto, los problemas—abren un campo inconmensurablemente amplio de contemplación por lo que es preciso delimitar los distintos sectores para eludir una temática ilimitada y evitar la confusión, ya que a pesar de partir de un concepto unitario, la justicia desarrolla en los distintos sectores un diferente contenido de significación. Henkel, y nosotros que pretendemos seguirle en la exposición de su doctrina, se va a referir aquí a la justicia en la relación de los hombres entre sí, *la justicia de las relaciones humanas* que, como tal, representa una necesidad fundamental de toda vida social de la que es virtud de alteridad que abarca las tres clásicas exigencias: *honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere*.

Pero no es este concepto subjetivo de la justicia el momento primario, sino el momento objetivo, ya que todo comportamiento subjetivo debe estar orientado a un orden de las relaciones interhumanas que, a su vez, debe ser justo, como exigencia y contenido de un *orden social justo* en el que cada uno obtenga su participación proporcionada, lo suyo—el *das suum*—(93).

Distingue a este respecto Henkel entre *justicia social* y *justicia jurídica*. En la primera—más amplia y que precede a la justicia jurídica—se unifican todas las exigencias de justicia que surgen en la solución de

(92) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 492-97, 553 y ss.

(93) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 683 y 495-96.

problemas sociales; la justicia jurídica, que en su esencia no se diferencia de la justicia social, es más limitada que ésta en su sector y en sus tareas que son el sector del Derecho y las tareas de índole peculiar de significación específica, si bien exigencias del sector de la justicia social (por ejemplo, seguridad social) repercuten sobre el Derecho (tal, por ejemplo, la creación del Derecho laboral, etc.) (94).

Si es imposible—dice Henkel—definir *a priori* el concepto de justicia, nada se opone, sin embargo, a elaborar *descriptivamente* su contenido de significado valiéndose para ello del método de la articulación y de la diferenciación. Para ello ha de partirse de los «dos principios nucleares en los que se han basado, desde siempre, los empeños por resolver el problema: *Dar a cada uno lo suyo, y trata lo igual de igual manera y lo distinto de modo distinto*» (95). Todo intento de descripción de los contenidos de justicia deben construirse sobre el fundamento de estos dos principios.

Pero si todos están de acuerdo, afirma nuestro autor, en el principio conceptual del *sumum cuique* como constitutivo de la justicia, las discrepancias—y discrepancias irreconciliables a veces—surgen cuando se trata de determinar en qué consiste «lo suyo». En otros términos, cuál es el contenido que se atribuye al principio *sumum cuique*. Y aquí está, sin duda alguna, el problema más importante y de difícil aceptación común por los iusfilósofos y los juristas. Y de aquí también el «relativismo» axiológico de la justicia al que apelan unos y otros (sobre todo entre los neokantianos y los positivistas).

Se trata del problema *maximalista* o *minimalista* del contenido de la justicia (como ocurre con idénticas posiciones respecto al contenido del Derecho natural), pues mientras unos la atribuyen demasiado, otros demasiado poco. Están entre los «maximalistas» quienes creen poder deducir de un contenido excesivo el correspondiente *sumum* y las soluciones «correctas» a los problemas y cuestiones jurídicas concretas (96), que, en realidad, «no pueden ser encontradas sin decisiones políticas fundamentales según un determinado orden social de valores» y porque «no

(94) Nuestro trabajo *Realidad social cambiante y progreso del Derecho*, en el que exponemos cómo las realidades sociales postulan una regulación jurídica.

(95) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 498.

(96) Entre estos señala HENKEL a HELMUT COING en *Die obersten Grundsätze des Rechts* y, también añadiríamos nosotros, en *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, puesto que en una y otra obra intenta COING derivar directamente de consideraciones de justicia una serie de principios del Derecho.

es posible tampoco obtener la solución en base exclusivamente a la fórmula misma de la justicia» (97).

Una dirección opuesta la representan quienes califican a la justicia como un *concepto formal* considerando—en su posición extrema—el principio del *sumum cuique* como un «principio meramente formal», es decir, completamente vacío de contenido y que puede admitir cualquiera (98). Esto nos llevaría—dice él—a una «filosofía relativa de la justicia», puesto que el juicio con el que algo se declara justo no podría pretender nunca excluir la posibilidad de estimar justo también el comportamiento opuesto. En tal caso, el principio del *sumum cuique* como fórmula vacía, sólo podría pretender significación especulativa dentro de una teoría «pura» del Derecho, pero para la práctica jurídica (legislativa y judicial) sería completamente indiferente y, con ello, inutilizable. Por eso—crítica Henkel—«hay que oponerse con todo vigor a esta concepción, pues es posible oponer razones contundentes que demuestran que existe un contenido fundamental material de la fórmula» (99).

Así, partiendo de esa idea de la «fórmula vacía» de la justicia, el positivismo jurídico afirmará que es justo lo que el Derecho positivo determina como justo; y según esto—decimos nosotros—no podría existir Derecho injusto. Por su parte, para el positivismo sociológico, lo justo sería lo que la Sociedad—que según Erlich (*Grundlegend der Soziologie des Rechts*) es el exclusivo factor determinante para el establecimiento del *sumum*—determinase en la fijación de un orden de vida; es el Derecho «vivido» que, si bien puede ejercer una función crítica sobre el Derecho positivo vigente en cada momento, «no obstante también aquí la falta el rango y la significación de una idea del Derecho que represente algo más que una idea «vacía» y que contenga *líneas directrices materiales y de validez general* para la conformación del Derecho (100).

Tampoco acepta Henkel la interpretación iusnaturalista que distingue la constatación del *sumum*, de «lo que corresponde» a alguien, del acto del *tribuere* que concede a cada uno lo que le corresponde, porque al acto del dar debe preceder el corresponder, el tener derecho a ello; a la justicia precede el Derecho. El *sumum cuique* presupone un orden que es el Derecho natural que es el que atribuye a cada uno lo suyo y el *tribuere*

(97) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 499.

(98) Aquí comprende HENKEL a M. E. MAYER, *Rechtsphilosophie*; GRAFZU DOHNA, *Kernprobleme der Rechtsphilosophie*, y Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* ¿Y por qué no aquí también a RADBRUCH?

(99) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 500.

(100) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 501.

es el cumplimiento o ejecución del Derecho natural. Pero—objeta Henkel—en el acto de justicia «hay que determinar primero qué es lo que corresponde, y para determinarlo, las consideraciones de justicia, si bien no son las únicas que entran en juego, sí que son codeterminantes» (101).

Tanto las posiciones formalistas como las iusnaturalistas «fallan en que colocan la determinación del *sum cuique* ante la alternativa del «todo o nada» y todas esas interpretaciones «pasan por alto que, junto a la solución «absoluta» de concretos problemas de justicia y a la completa carencia de contenido de la «fórmula vacía», existe todavía una tercera posibilidad: su aprehensión como *concepto abierto* cuyo contenido no basta por sí sólo para decidir el problema, pero es capaz de proporcionar, en las correspondientes *conexiones* orientadoras» (102). Sólo en las relaciones sociales fundamentales se desarrolla el contenido de la justicia, como idea de valor, y en ellas adquiere especificación la fórmula del *sum cuique*

El principio «*lo igual ha de ser tratado de igual manera, y lo desigual, de modo desigual*», es el segundo fundamento sobre el que se basa la justicia. Pero este principio plantea, según Henkel, las siguientes cuestiones: ¿Qué es igual y desigual? ¿En qué consiste el trato igual y la regulación desigual? Aquí, como en el *sum cuique*, halla interpretaciones erróneas que atribuye a la fórmula excesivo o escaso contenido. En el primer caso, cuando la solución de un problema jurídico concreto se cree poder determinar, en base a la fórmula, qué objetos de la regulación jurídica son iguales y en qué consisten los correspondientes tratos iguales. Están en el segundo supuesto quienes consideran a la fórmula «carente de contenido» y que nada puede aportar para decidir si un problema jurídico ha de ser resuelto mediante regulación igual o desigual.

Quienes entienden—crítica Henkel—los dos principios fundamentales como «fórmulas vacías» desconocen que dichos principios contienen *líneas directrices hacia el lado negativo*, que excluyen, por ser opuestas a la justicia, determinadas soluciones. Esto es, que estas líneas directrices resultan de que ambas fórmulas de justicia exigen un tratamiento conforme a *reglas* y conforme a una *medida material* (103). Por esto es injusto un trato en las relaciones sociales «que no esté vinculado a regla alguna» (aquí estaría, en el Derecho público el trato arbitrario desde el «*sic volo sic jubeo, sit pro ratione voluntas*» cesarista romano hasta las

(101) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 502.

(102) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 503.

(103) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 505.

más brutales manifestaciones totalitarias de nuestros días). Porque ordenación justa significa *exclusión de la arbitrariedad*. Las exigencias de los dos principios, el *summum cuique* así como la fórmula «igualdad de trato», exigen la vinculación a una *medida material* adecuada a la relación social a regular; por eso sería injusta la desmedida actuación individual (por ejemplo, inspirada en el instinto de venganza) o la abusiva regulación carente de criterios materiales.

Con esto refuta Henkel, en primer lugar, la tesis relativista kelseniana que afirma que al declarar que algo es justo, no se puede «pretender nunca excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto»; y, en segundo lugar, la afirmación de la total carencia de contenido de las fórmulas de la justicia. Porque—dice bien Henkel, haciendo suya la crítica de Arthur Kaufmann—si estas fórmulas fuesen en realidad «fórmulas vacías», no podrían hacer la delimitación radical—con un contenido absolutamente preciso y con un alcance general para cualquier solución, tanto del legislador como del aplicador del Derecho—entre el trato justo y la injusticia (104).

Pero el aspecto negativo—lo que no es justo—de las líneas directrices no nos daría todavía el criterio de regulación, que ha de ser positivo. Hacen falta unas *ideas positivas directrices* para la ordenación justa de las relaciones sociales, elaborándolas a partir de las categorías más generales de las relaciones sociales a las especiales, surgiendo así cada vez con mayor especialidad los contenidos de las fórmulas de la justicia aplicables a los casos concretos, «sin que ello quiera decir que determinen por sí solas la solución». El principio de la justicia adquiere en las distintas situaciones sociales fundamentales un sentido distinto y, por ello, las tendencias de justicia se desarrollan distintamente, tanto en el contenido de *summum* como en el de la «igualdad». Los *modelos fundamentales* que, según la doctrina aristotélica, se repiten siempre en las relaciones sociales humanas, consisten: en una *relación de supraordenación y de subordinación*, y en una *relación de yuxtaordenación*, a los que corresponden, respectivamente, la justicia *distributiva* (cuyo criterio y medida es la «proporción») y la justicia *commutativa* (regida por la medida de la «igualdad»); a estas dos especies de justicia se añade la «justicia general o legal» que ordena las relaciones sociales al bien común y obliga a obedecer a las leyes de la comunidad.

Partiendo, pues, de las posiciones sociales fundamentales llega Hen-

(104) H. HENKEL, *Ob., cit.*, pág. 506, y ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pág. 16.

kel a constatar dos diversos contenidos y criterios de actuación de la justicia que se expresen en el *principio de distribución* y el *principio de conmutación*, cuyos principios están coordinados a la posición fundamental que se corresponde con ellos. Esto quiere decir que la especie de justicia que entra en juego se determina por la índole de la relación fundamental, no por el punto de vista del enjuiciador sobre la cuestión de la igualdad o desigualdad de las partes (errónea interpretación ésta que quiere deshacer aquí Henkel); y que no es posible vincular las distintas clases de justicia con determinados sectores del Derecho o determinadas materias jurídicas (otro error que afirmaba que la justicia distributiva tiene su dominio en el Derecho público y la conmutativa en el Derecho privado).

Respecto a la justicia distributiva y a las líneas directrices de su regulación que pueden obtenerse de ellas, entiende Henkel que esto depende de las respuestas que se den a estos interrogantes: ¿Es posible formar *grupos* en base a los objetivos de cuya distribución se trata? ¿Es posible elaborar puntos de vista directrices para la determinación detallada del criterio de esta justicia: la dignidad (*dignitas*)? En efecto—dice—, es posible, en ambos aspectos, obtener en atención a una contemplación de grupos, un *contenido material orientador de la justicia distributiva* (105). Indudablemente, la decisión sobre el igual trato de todos los hombres o la diferenciación de grupos no es un problema de justicia, sino que depende de las ideas dominantes sobre las determinaciones y situaciones antropológicas, es decir, sobre la «imagen del hombre» que tenga el que distribuye, la Sociedad creadora de la norma, que, a su vez, estará condicionada por el desarrollo de la estructura sociológica y fáctica de la Sociedad. Aquí entrarían la concesión de un *status*, reconocimiento de la *capacidad jurídica*, *atribución de derechos* de miembro—derechos políticos—y de *posiciones jurídicas especiales*. Asimismo, la concesión de derechos de *protección* contra la desmesurada posición o abuso de fuerza; es la *iustitia protectiva* o «protectora»—noción tan cara a Coing—, cuyo campo de aplicación es tanto el Derecho público como el privado, y que únicamente puede garantizar un auténtico «Estado de Derecho», o mejor, un verdadero «Estado de justicia». Pero la justicia distributiva no sólo atribuye *derechos*, sino también impone *deberes*, cargas y limitaciones, según las condiciones y capacidad de los obligados.

Por lo que se refiere al contenido de la justicia conmutativa, la idea directriz de la «igualdad» aparece incluso en un contenido de significa-

(105) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 511.

do muy distinto según cual sea la posición social fundamental dada: la relación de intercambio, la *restitutio* o indemnización por daños ocasionados, la justicia correctiva por desplazamiento patrimonial, la responsabilidad del favorecido.

Sin embargo, advierte Henkel, en algunos problemas jurídicos la coordinación a una u otra justicia—distributiva y conmutativa—presenta dificultades, y en ciertos casos su separación es imposible; existen problemas jurídicos en los cuales ambas clases de justicia no sólo actúan la una junto a la otra, sino que están «entendadas» entre sí (por ejemplo, en el Derecho laboral colectivo—protección a los grupos de ambas partes sociales y conformación de contratos o convenios colectivos sometidos a la justicia de intercambio en el Derecho privado—responsabilidad por riesgos, etc.).

Lo cierto es que el principio *summum cuique tribuere* en conexión con la «fórmula de la igualdad», permite tanto el trato justo del caso concreto («a cada uno» lo suyo) como la regulación justa respecto a una pluralidad de casos que Henkel, con frase de Bötticher (*waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im Kollektiven Arbeitsrecht*, 1956) llama trato justo «en serie», en el que es de significar que no se exige igual trato de todos los casos, sino trato con igual medida, cuyo enjuiciamiento resulta sólo dentro de la conexión del correspondiente problema. Sin embargo, «es dudoso si el principio de justicia no lleva en sí mismo una cierta tendencia al trato igual o al trato desigual, ya que cuando la justicia se dirige al caso individual, tiende a la consideración de su individualidad frente a otros casos; pero en la regulación de una pluralidad de casos se estima justo un trato igual que allane las desigualdades de las individualidades». Por eso «se puede hablar—dice Henkel, respecto de estas tendencias—de una *justicia generalizadora* y de una *justicia individualizadora*, según que se manifieste en la una o en la otra forma de actuación contenida en la tensión de su esencia». Pero cuándo ha de preferirse en la regulación jurídica una u otra tendencia de la justicia «es algo que no se puede decidir según una regla general, sino sólo dentro de la conexión del problema» (106). Esto presenta dos cuestiones de gran importancia en el «camino» hacia el Derecho «correcto»: hasta qué punto puede abrirse paso la justicia individualizadora como *equidad*, frente a una regulación rígida y generalizadora, y hasta qué punto puede ser tenido en cuenta la individualidad del caso en la regulación jurídica general-tipificadora.

(106) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 523 y 522.

Lo expuesto acerca de la justicia, como *idea valorativa del Derecho*, es sintetizado por el propio Henkel, afirmando primero que los dos principios de justicia no son fórmulas normativas, cuyo contenido baste, por sí sólo, para la solución de problemas jurídicos concretos; esto es, que no representan una norma suprema de las que nos podamos servir para tomar decisiones en los concretos casos jurídicos ni de la que pueda deducirse lógicamente un sistema jurídico ideal iusnatural. Y esto porque sólo en las relaciones sociales a enjuiciar es posible obtener un contenido de esos principios, y de esas relaciones sociales derivan puntos de vista propios que se funden en una unidad con las consideraciones de justicia. Pero esto no quiere decir—subraya rotundamente Henkel—que las fórmulas de justicia «representen» meras «fórmulas vacías» que, como tales, serían meros «principios reguladores» (que son distintos de las normas) sin contenido propio y que únicamente remiten a otros principios de orden. Por el contrario, la exposición de Henkel muestra que a las dos fórmulas de la justicia les es inherente un *contenido material directriz* que influye, con un sentido orientador, en la solución del correspondiente problema jurídico, pero que, no obstante, «deja una gran apertura para la concreta decisión», con una remisión a los contenidos surgidos de las relaciones sociales dadas. Por eso, en sentir de Henkel, puede calificarse a ambas fórmulas de justicia—tanto al *suum cuique* como a la fórmula de «igualdad»—de *principios reguladores con contenido normativo directriz*. En la concreta solución jurídica entran siempre en juego aquellos momentos de enjuiciamiento que, limitados temporal y espacialmente, están vinculados a las circunstancias históricas y a las condiciones mutables (107).

Así la justicia como idea valorativa orientadora actúa sobre la conformación del Derecho nuevo; como *crítica* (subrayamos nosotros, porque ésta es una misión importante de los criterios valorativos respecto al Derecho positivo), sirve de *control* y corrección o reforma del Derecho en el sentido de la orientación al Derecho «correcto». Por eso, para Henkel, la justicia está preordenada y supraordenada al Derecho positivo. Pero no por ello el principio de la justicia es el momento único y exclusivamente condicionante de la corrección del Derecho positivo, sino que hay otros elementos de la idea del Derecho que, como la oportunidad y seguridad jurídica, de los que depende la adecuación de la correspondiente solución jurídica y que sus exigencias pueden hacer a veces que pasen a segundo plano exigencias de justicia, por lo que no

(107) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 225.

siempre—al menos no totalmente—coinciden justicia y «corrección» de la solución jurídica. Si se quisiera exigir la justicia del caso concreto para toda relación humana, «se insertaría con ello en la sociedad un elemento anárquico que tendría que hacer saltar el correspondiente orden en vigor», porque «es imposible practicar en todas las relaciones sociales humanas la justicia perfecta». Esto quiere decir que una regulación de las relaciones humanas en base exclusivamente a las exigencias de la justicia puede llevar a grandes rigores. Es el *summum ius summa iniuria*. De aquí los «complementos» de la justicia (tenemos en preparación un trabajo sobre «Los complementos jurídicos»): *Iustitia sine misericordia crudelitas est* que decía Santo Tomás (108); la convivencia humana saludable no es posible—dice Henkel—sin el amor al prójimo, que, por otra parte, puede atenuar los frecuentes rigores que surgen en una regulación basada en el principio de la justicia. Es la *humanidad*, en definitiva, la que debe constituir el fundamento primero en las relaciones humanas. Pero si la justicia no representa el último y exclusivo valor orientador de la vida social, no obstante es, por otra parte, «imprescindible en un orden de las sociedades humanas digno, especialmente, para el ejercicio del dominio estatal: *iustitia fundamentum regnorum* (109).

¿Pero hasta qué punto podrá abrirse paso la justicia individualizada? Esto nos lo dirá la doctrina de la *equidad* de la que Henkel, con ese rigor lógico que caracteriza a todo buen filósofo, va a tratar elaborando el concepto de equidad como un *concepto jurídico* que cumple una *función necesaria* en todo orden jurídico desarrollado. Al considerarla como concepto jurídico se opone Henkel expresamente a la afirmación de que la equidad introduce en la solución jurídica tendencias extrajurídicas (por ejemplo, la dulzura, indulgencia, benevolencia, etc.). Sin embargo, atribuye a la equidad la función tradicional de «corregir» la ley donde ésta, por su generalidad, se presenta defectuosa para resolver el caso concreto (*in his quod deficit propter generalitatem* que decía Santo Tomás siguiendo a Aristóteles).

Pero ¿cuál es la relación de la equidad con el Derecho?, ¿cuál es su relación con la justicia? Ya ha advertido Henkel que, en su opinión, en la equidad estamos ante un «principio jurídico» y no ante un principio impuesto al Derecho desde fuera, porque «lo equitativo es un Derecho», pero «es mejor que un cierto Derecho, aunque no mejor que el Derecho en su totalidad». Este es el texto completo de Aristóteles y en

(108) Santo Tomás de Aquino, cita de HENKEL, pág. 527 y nota 16, pero también *Misericordia sine iustitia mater est dissolutionis*.

(109) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 527.

él se excluye la contraposición radical entre la equidad y el Derecho positivo en su totalidad. Si así fuese, la equidad lejos de «corregir» y «ayudar» (como interpretación y como aplicación) al Derecho, sería una negación del Derecho para «sustituirle».

Entendemos nosotros que es fundamental, a este respecto, afirmar que la equidad, según la doctrina tradicional, entra en juego en el caso y junto (no fuera) al Derecho firmemente formulado, esto es, «cierto», y únicamente en cuanto éste es defectuoso, por su generalidad que no puede llegar a la solución de casos peculiares. Luego diremos también que, siempre según la doctrina clásica, la equidad no es la corrección «justa» de un Derecho injusto, porque, como es sabido, éste (para la doctrina tradicional iusnaturalista) no es Derecho. Así, pues, la equidad es un *principio jurídico* que juega su papel junto al Derecho positivo «cierto» y al Derecho justo.

Por lo que se refiere al primer problema, interesa investigar el contenido de sentido de la relación de tensión entre equidad y Derecho general como conjunto de normas abstractas. No es relación de *contradicción*, sino de *complemento*; es—dice Henkel—una «relación dialéctica» entre Derecho de normas y equidad en la que ésta «correctoramente» lleva más allá (hasta los rincones del caso concreto) a la norma general, sin afectar por ello a la validez de ésta, haciendo posible el Derecho «mejor»: «la equidad dirige al Derecho» (110).

Pero el problema interno, «sin el cual quedaría incompleta la discusión de la esencia de la equidad», se manifiesta al estudiar la tensión-relación entre equidad y justicia, que es, precisamente, el terreno donde son más fuertes los desacuerdos en la controversia iusfilosófica. Quienes afirman la identidad entre equidad y justicia o, por el contrario, su oposición, «ignoran el sentido de relación existente entre ellas: la primera, al desconocer el contenido de tensión de la relación; la segunda, al elevar este contenido de tensión a una relación contradictoria» (111). También aquí se trata, para Henkel, de una *relación dialéctica* que resuelve lo contradictorio en una síntesis superior; es una relación de polaridad en que la tendencia individualizadora, en tensión con la generalizadora de la norma abstracta, acaba venciendo con un tratamiento adecuado al caso concreto. Esto significa la actualización de la polaridad de la idea de justicia, dentro de la cual deja pasar al primer plano *una* de las dos tendencias contrapuestas (la justicia individualizadora), según

(110) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 532.

(111) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 533.

la especial situación problemática del caso concreto. La equidad—resume Henkel—«no es, pues, algo esencialmente distinto de la justicia (como dice Stammler) o contrapuesto a ella (como quiere Binder y más radicalmente Schopenhauer); antes bien, es sólo la expresión de una de las dos tendencias contrapuestas de la justicia: es expresión de la justicia del caso concreto» (112). La equidad es una *especie* de la justicia, un principio regulador con contenido directriz.

De esta consideración de la equidad surgen—y esto es lo más importante para la vida del Derecho—sus *funciones*: en primer lugar, una *función reguladora* que remite, al que ha de aplicar el Derecho, a la contemplación del caso, y en base a ésta habrá de conformarse el *Derecho concreto*. Pero el contenido concreto de la decisión, según equidad, ha de encontrarse si no sólo en el principio de equidad, sí partiendo de la base directriz de la equidad y llegando a las consideraciones de valor y de fin. Intimamente relacionada con esa primordial función, la equidad tiene un significado metódico en el Derecho, que se hallará mediante una conclusión concreta extraída de la contemplación del caso por una estimación racional del enjuiciador y la intuición de las circunstancias, que es como el Derecho se relaciona con la individualidad de los casos concretos. En definitiva, el «Derecho de normas», exigido por la garantía ordenadora del orden jurídico y por el «Derecho de equidad». La justicia generalizadora (con sus tendencias al tratamiento igual «en serie») precisa del complemento del «Derecho de equidad» al que corresponde en el orden jurídico la función de mejorar (relajando el Derecho de normas) el Derecho firmemente formado, allí donde falte la adecuación de la decisión al caso concreto.

Las formas de manifestación histórica del principio de equidad aparece en el Derecho romano en la contraposición entre *ius strictum* e *ius aequum* y en el Derecho inglés en la yuxtaposición de *common-law* y *equity-law*. En el Derecho europeo posterior se trata no de contraposición ni de yuxtaposición, sino de una «infiltración» de elementos del Derecho de equidad en el Derecho abstracto de normas, en parte como *normas individuales* con carácter de equidad, y en parte como *principios reguladores* de equidad, actuando complementaria, modificadora o diferenciadoramente en la justicia del caso concreto (113).

Aun cuando la equidad y sus exigencias se dirigen al *aplicador* del Derecho que es quien ha de adaptar la norma general al caso concreto, sin embargo, el *legislador* puede incorporar la idea de equidad a la mis-

(112) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 534.

(113) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 537.

ma regulación jurídica, o bien añadiendo una norma *especial* que deja en manos del que aplica el Derecho el admitir, al enjuiciar individualizadamente el caso concreto, un supuesto de hecho productor de consecuencia jurídica, incluso fuera y en contradicción con la regla establecida. Es el caso del *arbitrio judicial* para admitir un supuesto de hecho (teniendo en cuenta las «circunstancias del caso», así suele enunciarse ya en la ley) y determine en concreto—en atención a esas circunstancias—los límites de derecho y obligaciones. Otras veces existe la posibilidad de establecer, mediante *cláusulas generales*, la adaptabilidad de la regulación legal abstracta a un número imprevisible de casos de aplicación. Por último, puede el legislador también dejar al juez que, según el «arbitrio equitativo», determine la consecuencia jurídica.

Pero con todas esas concesiones o «autorizaciones» que hace el legislador al juez «liberándole» de la normal coerción subsuntiva en el Derecho de normas establecido, «ordenándole o facultándole para encontrar el Derecho concreto adecuado al caso en cuestión», constituyendo una parte de la *jurisprudencia de equidad*, queda otra parte constituida por la práctica de los tribunales que, «sin estar legalmente facultada», se desarrolla merced a la propia obligación del que aplica el Derecho frente a la idea de la equidad y que lleva a una clara *ruptura de la norma reguladora* al servicio y con el fin de la justicia del caso individual, sirviéndose para ello la jurisprudencia de las cláusulas generales no previstas por el legislador para los casos objeto de enjuiciamiento (cláusulas de «buena fe», «buenas costumbres»), con el fin de excluir, para ciertos casos individuales o grupos de casos, el Derecho de normas que se estima inadecuado. Pero otras veces la misión práctica de la jurisprudencia es *interpretativa* de la norma jurídica individual conforme al sentido incorporándola cláusulas reguladoras o principios de equidad generales (114).

En esta tensión bipolar—generalización e individualización de la norma—la jurisprudencia de equidad adquiere una función creadora de Derecho cuando, al convalidarse en el *Derecho judicial*, lleva, a su vez, a la formación de reglas.

Dentro de las tendencias de regulación y realización del Derecho en que se traduce el contenido de la idea del Derecho, están las tres, llamadas por Henkel *tendencias fundamentales*: la justicia (de la que, con él, hemos tratado ya más arriba), la oportunidad y la seguridad jurídica.

(114) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 539.

Entiende Henkel por *oportunidad* la conformidad con el fin o correspondencia con fines previamente fijados. Es, pues, un elemento de la idea del Derecho que «tiende» a la adecuada realización del fin mediante el Derecho y representa la *idea rectora* de toda conformación y aplicación del Derecho. A la sociedad le ha sido dado el Derecho como un orden o elemento ordenador del que, si no puede disponer a voluntad, sí dentro de las orientaciones y límites de las ideas vinculantes, para adaptarle, como *regulación final razonable* a los propios intereses vitales de la sociedad, que la idea rectora de la oportunidad presupone. Estos fines forman, según Henkel, «tres categorías de fines»: 1) los fines dados realmente y contenidos en las relaciones sociales a regular jurídicamente. Esto exige que el Derecho—ordenación de la vida social—concuere en lo posible con los fines reales de los hombres en las relaciones sociales, promoviendo y sirviendo a las necesidades y fines del tráfico social; son los que Henkel ha llamado «datos previos» que actúan sobre el Derecho, si bien éste se reserva una valoración de estos intereses y un control de sus efectos. 2) Los *fines encomendados* para su realización jurídica a las normas e instituciones jurídicas. En contraposición a los anteriores, estos fines encomendados son *fines debidos* por el Derecho a los que éste, en su función ordenadora, debe corresponder al conformar las normas e instituciones jurídicas. 3) El fin de *practicabilidad del Derecho* en su aplicación a los casos de la vida; esto es, la *utilidad del Derecho* en su aplicación a los casos de la vida, lo cual exige que las normas jurídicas estén concebidas con la mayor claridad posible, sean fácilmente comprensibles y adaptables al caso a decidir (115). ¡Cómo nos recuerda toda esta doctrina de un autor alemán de nuestros días a la que hace trece siglos expusiera con toda «claridad» un ilustre jurista español, San Isidoro, al señalar las condiciones y requisitos de la ley positiva!

Cierto que de las condiciones sociales y naturales resulta ya, como exigencias al Derecho, ciertas estructuras de orden. Pero estas estructuras sociales, previamente dadas, no bastan para garantizar la seguridad de orden sin la cual no es posible la vida social. Por eso al elemento ordenador dado por las leyes de la vida el Derecho ha de añadir una *seguridad ordenadora específica* y propia: la *seguridad jurídica* como exigencia dirigida al Derecho positivo de crear, dentro de su campo y con sus medios, *certeza ordenadora*. La seguridad jurídica es distinta de la justicia y de la oportunidad e incluso, según Henkel, «puede entrar en

(115) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 541.

relación de tensión con ellas» (si bien no llega Henkel a afirmar la radical «antinomía» justicia-seguridad tan subrayada por el Radbruch de la primera época). La seguridad jurídica es una tendencia y fin del Derecho contenida en la idea del Derecho, que cumple, respecto de ésta, una *función necesaria* en su aprehensión y realización.

Las exigencias de la seguridad jurídica, como exigencia de la certeza del orden, se oponen a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y a la falta de protección y garantía respecto de una situación de regulación. Pero junto a estos aspectos negativos, la seguridad jurídica comprende elementos positivos respecto al Derecho de normas establecido, y exigencias dirigidas a los actos de realización o aplicación del Derecho. En primer lugar, la *certeza del Derecho* debe existir tanto para el *sometido* como también para *el que aplica el Derecho*. No cabe duda que la positivación del Derecho, estableciendo lo que *sea Derecho*, crea la primera base de la seguridad jurídica. En este sentido decía Radbruch (cuyo ídolo, como sabemos, era la seguridad jurídica) que «en la misma medida en que es tarea del Derecho positivo el ser correcto en el contenido, en la misma medida pertenece al concepto del Derecho correcto el ser positivo» (116). Ya establecido el Derecho, la seguridad jurídica exige *certidumbre jurídica* como claridad y cognoscibilidad del contenido jurídico (a esta certidumbre la llama Henkel—con palabras de Geiger—«seguridad de orientación»), ya que si el Derecho es norma imperativa con un contenido, fines y destinatarios, es preciso que sea conocida por éstos que han de cumplirla o aplicarla. Como medios de que dispone el dador de la norma para conseguir esta certidumbre jurídica señala Henkel la *claridad y sencillez* y abarcabilidad de la regulación en su conjunto; la certidumbre del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, sobre todo, respecto a la proposición jurídica individual, no dejando al que aplica el Derecho el *arbitrio del supuesto de hecho* (son estas exigencias, por ejemplo, las «garantías» criminal, penal y procesal en el Derecho penal y procesal) o el *arbitrio de la consecuencia jurídica*.

Además de la certeza del Derecho, que se refiere al contenido de la regulación normativa, la seguridad exige la *seguridad de la verificación del Derecho* que comprende la inquebrantabilidad e imponibilidad del Derecho». Si a la certidumbre jurídica la llama Henkel «*seguridad de orientación*», a esta de ahora la llama «*seguridad de realización*» (terminología que acepta de Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, pág. 64), que debe garantizar la organización, competencia y

(116) GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, citado por HENKEL, *Ob. cit.*, página 546, nota 5.

actuación de los órganos de aplicación del Derecho, los procedimientos jurídicos, requisitos formales, concesión de acciones y recursos.

Otro elemento de la seguridad jurídica es la *estabilidad del Derecho*, que no puede confundirse con la petrificación o inamovilidad del Derecho si tenemos en cuenta que el Derecho «comparte el destino de la historicidad» y sigue las vicisitudes de transformación, progreso y desarrollo de la Sociedad. Lo que la estabilidad del Derecho, como exigencia de la seguridad jurídica, postula es la exclusión de un cambio rápido, frecuente y brusco (117) en el establecimiento de las normas, una inflación legislativa que crearía desconfianza en los sujetos de Derecho y desorientación en las relaciones jurídicas (118). Como elementos de estabilización «enormemente importantes» son, para Henkel, las instituciones creadas por el Derecho o adoptadas en el Derecho establecido (119).

Otras exigencias de la seguridad jurídica se refieren a los medios jurídicos individuales en la aplicación del Derecho (sentencias judiciales—irretroactividad—y actos de la Administración—validez fundamental del acto administrativo aun cuando sea defectuoso—) a los que sirve una unidad y continuidad de la jurisprudencia.

Los tres elementos o partes integrantes de la idea del Derecho, *justicia, oportunidad y seguridad jurídica*, no están, para Henkel, en la radical autonomía que el escepticismo de Pascal veía entre la fuerza y la justicia, o en la que el pesimismo antropológico de Hobbes veía entre el hombre, esencialmente malo, y la omnipotencia creadora de un orden absoluto que sancionara su conducta (*auctoritas, non veritas facit legem*), ni la subrayada por Radbruch entre justicia y seguridad, o las imposiciones del moderno totalitarismo. Lo que sí asegura Henkel es que esos tres elementos «representan algo *diverso*, es decir, algo que no se puede hacer coincidir en el contenido». Pero, si diversos, están, sin embargo,

(117) Al principio de estabilidad se opone el Derecho revolucionario; pero si la revolución tiene éxito se va imponiendo la necesidad de aceptar, por la certeza del orden y de salvaguardia de la paz, las nuevas valoraciones y soluciones de intereses establecidas por la fuerza revolucionaria que han encontrado expresión jurídica.

Sobre esto: R. STAMMLER, *Origen del Derecho*, y JELLINEK, *La fuerza normativa de lo fáctico*.

(118) La abundancia de las leyes, ya criticada en sus días por Tácito y Luis Vives, es ironizada actualmente por CARL SMITH cuando dice que «el decreto es una ley motorizada», y la «orden, un decreto aerotransportado».

(119) Sabido es que en el concepto de «institución» la *duración* es un elemento esencial (en esto coinciden los autores de la «teoría de la institución»: Maurice Hauriou, su fundador, y Renard y Delós, sus mejores expositores).

relacionados entre sí (para Radbruch constituyen una «trinidad» dentro del «producto complejo» de la idea del Derecho), aunque esa relación «es uno de los problemas más difíciles que se le plantea a un conocimiento profundo del Derecho».

Cierto que entre justicia, oportunidad y seguridad jurídica se dan tensiones, que existen también dentro de cada una de ellas, pero esta tensión de polaridad de la idea del Derecho es la que permitirá un estudio filosófico del Derecho en el que su estructura lógico-real y deontológica «comprenderán» la noción de «totalidad» iusfilosófica. Por eso, decimos en otro lugar (120), que «estructuralismo» y Filosofía del Derecho no sólo no se oponen (niegan expresamente algunos estructuralistas que el estructuralismo sea filosofía), sino que un estudio del Derecho, hecho *more philosophico*, tiene que llegar a esos «elementos de composición», a esas «estructuras de opuestos» que constituyen una «totalidad», que es «universal»—y, por tanto, filosófica—y no sólo suma «general» de factores.

No admite, por tanto, Henkel la argumentación de Radbruch, «sugestiva pero no sólida», que diferencia entre sí los principios de la forma (justicia), del contenido (oportunidad) y de la vigencia (seguridad jurídica), sino que es precisa una «necesidad recíproca de complemento» de las tres tendencias de la idea del Derecho, y «no se puede prescindir de ninguna de ellas en el esfuerzo por aprehender plenamente el contenido de sentido y las diversas exigencias de la idea del Derecho». No hay una fundamental separación de funciones, según forma, contenido y validez, de los tres principios jurídicos (ni aún como aplicación del principio de «división del trabajo» como afirma Radbruch), sino una «articulación por competencias conforme a materias y problemas jurídicos». En este sentido, puede ser que algunos sectores jurídicos estén determinados predominantemente por la oportunidad, y otras normas lo estén por las exigencias de la seguridad jurídica. Pero de ninguna forma—subraya Henkel—puede hablarse de que los sectores especiales de actuación de los principios vengan delimitados por los distintos sectores jurídico-positivos de regulación. Es más, aún en las soluciones concretas sólo muy raras veces se tratará de la aplicación de un único principio y sí, en cambio, «de la *conurrencia* de dos o de los tres principios», porque las tres tendencias de la idea del Derecho «dominan en común el Derecho en todos sus aspectos» (121).

(120) *Estructuralismo y Filosofía del Derecho* (en preparación).

(121) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 556.

Pero como consecuencia de sus distintas tendencias de actuación, pueden entrar en *conflicto* entre sí, y entonces surgen, según Henkel, dos problemas: 1) Si el conflicto puede ser resuelto mediante un *orden jerárquico general de los principios*, y 2) ¿cómo han de interpretarse las *contradicciones* entre las tres tendencias de la idea del Derecho? Por lo que se refiere al orden jerárquico que, de aceptarse, obligaría a dar preferencia absoluta en la solución concreta al principio de superior jerarquía, esto «presupondría que la decisión anticipada sobre el rango se tomaría conforme a un principio de valor supraordenado a las tendencias de la idea del Derecho». Y la historia nos permite (por lo que se refiere a Europa) percibir cada vez la «posición preeminente de un principio» en los sistemas jurídicos estables que se han sucedido como consecuencia del «valor fundamental ideológico-político dominante», produciéndose con el cambio de las épocas un cambio también del «principio» al que se conceda preferencia. Así, la *idea de oportunidad* es propia del Estado absolutista de policía (la «razón de Estado», pasando a un segundo plano las exigencias de la seguridad jurídica, certidumbre y estabilidad jurídicas. La *seguridad jurídica* prima sobre las demás tendencias en el Iluminismo, individualismo y Estado liberal de Derecho y el positivismo jurídico que exigen garantizar al ciudadano posiciones jurídicas seguras. La *justicia* como principio supremo del Derecho es la evidencia de todo el iusnaturalismo clásico desde Sócrates (que prefirió la justicia a su propia seguridad) hasta las renacidas corrientes iusnaturalistas de nuestros días, que proclaman la justicia «material», con contenido, como fundamento y valor a realizar por el Derecho.

En esas preeminencias históricas cambiantes se ven las distintas posibilidades de actuación de la idea del Derecho, pero se descubre también la unilateralidad que, con la preferencia de uno u otro principio, actúa en la conformación y aplicación del Derecho. Descarta Henkel las «antinomias» señaladas por Radbruch entre justicia y seguridad y afirma su posición armónica conciliadora entre los tres principios de la idea del Derecho (no obstante ser éstos distintos), se adhiere a la conclusión del Radbruch de la postguerra de que «los tres lados de la idea del Derecho son de igual valor y en los casos de conflicto no existe más decisión entre ellos que la de la conciencia individual», y termina nuestro autor diciendo que, respecto al pensamiento jurídico mismo, «no es posible deducir una sucesión jerárquica de principio entre justicia, oportunidad y seguridad jurídica dentro de la idea del Derecho» (122).

(122) H. HENKEL, *Ob. cit.* pág. 562.

Ahora bien—y este es el segundo problema—, ¿cómo han de interpretarse las contradicciones entre las tres tendencias de la idea del Derecho?

Sabido es que para Radbruch existen insolubles e inderogables contradicciones entre justicia y oportunidad porque la primera tiene que «generalizar» y la segunda «individualizar». Pero esta afirmación del Radbruch—dice Henkel—«se halla en contradicción con el hecho de que tanto la justicia como la oportunidad presentan una tendencia que unas veces es generalizadora y otras individualizadora», según sea el problema de regulación, y «existe la posibilidad de que ambos principios coincidan en esas tendencias» y, desde luego, en amplios sectores del Derecho ambos principios se encuentran en absoluto de acuerdo en sus exigencias, tanto en la tendencia generalizadora como en la individualizadora (sobre todo en el Derecho de equidad). Pero aun cuando justicia y oportunidad se contradigan, no estamos—subraya Henkel—ante una contraposición inderogable, sino ante «una *relación de tensión* que se puede *solventar* en gran parte. Lo mismo puede decirse de la relación justicia y seguridad jurídica. La doble tendencia generalizadora de la justicia e individualizadora de ésta en cada caso, que da lugar a Derecho de equidad, armonizan las contradicciones del derecho estricto exigido por la seguridad jurídica con las decisiones concretas de equidad que aseguran también la certidumbre, estabilidad y unidad del Derecho. Porque una seguridad injusta nos parece un contrasentido, lo mismo que una justicia no asegurada.

Tampoco admite Henkel la contraposición, afirmada por Radbruch, entre oportunidad y seguridad jurídica. «No es cierto—dice—que la oportunidad sólo se presente individualizadamente y que con ello tenga que contradecir a la seguridad jurídica con su tendencia de establecer los límites generalizadores y precisos». También aquí una regulación complementadora y de compromiso «desvanece las tensiones y conflictos».

No existen, pues, antinomias ni contradicciones insolubles entre los tres principios de la idea del Derecho. En cambio, «la designación de *polaridad* de la idea del Derecho les es plenamente aplicable» (123). Pero entendida la polaridad como «separación de una y la misma esencialidad en dos cualidades, fuerzas, direcciones contrapuestas pero inseparables a las que se llama polos» (R. Hamerling); como «la determinación de la relación de necesidad entre dos Distintos que son Uno»

(123) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 56^o

(Hegel); o como «comportamiento contrapuesto, desenvolvimiento de una esencialidad en dos direcciones contrapuestas que, no obstante, se condicionan y complementan recíprocamente» (Schmidt-Streller); «contraposición, no obstante, la unión esencial» (Metzke); o «disgregación de una fuerza en dos grupos de actuación contrapuestos y que tienden a la reunificación, y se condicionan, completan o neutralizan recíprocamente» (Hoffmeister) (124). Así entendida la polaridad, la idea del Derecho se descompone en diversas exigencias y efectos que presentan tensiones, contradicciones y autonomías (lo cual es muy distinto a la radical oposición del Radbruch de la anteguerra). Pero los términos o polos no quedan desvinculados entre sí, sino que «se buscan y se exigen recíprocamente como complemento y nivelación». Y, no obstante, su multilateralidad y posible contradicción «no destruyen la amplia unidad de la idea del Derecho». Lo que ha de hacerse—y esta es labor de procedencia política-jurídica—(125) es delimitar y ponderar entre, según las exigencias del correspondiente problema material, las distintas tendencias reguladoras, de armonizarlas en lo posible y, en todo caso, de ponerlas en la relación adecuada. «Encontrar este reparto correcto de pesos forma parte—dice Henkel—del arte de la legislación y aplicación del Derecho.» Las condiciones y necesidades objetivas de la materia y del método de la regulación indicarán dónde ha de recaer el acento entre las distintas tendencias, sobre todo entre la generalizadora y la individualizadora (126). Pero no sólo esas condiciones serán las indicadas, sino también un valor último «extrajurídico», una idea valorativa suprema que resida fuera y por encima del sector jurídico, a saber: la meta o *fin* de la vida y del orden social.

Pero ¿qué valor supremo es este para Henkel? ¿Es posible determinar este valor directriz de tal forma que le corresponda una significación general y supratemporal o, por el contrario, le falta toda universalidad y constancia, siendo mudable en sus formas de manifestación? Y, en todo caso, ¿es posible dar a ese fin-valor del orden social un *contenido* determinado o tenemos que limitarnos a una referencia formal?

A través de algunas observaciones críticas de las posiciones fundamentales adoptadas hasta ahora, Henkel trata de «aproximarse al esclarecimiento» de los problemas que presentan esos interrogantes en los que los esfuerzos iusfilosóficos realizados no han dicho, a su juicio, la

(124) *Ibid.*, nota 22.

(125) Con esto queremos indicar el doble arte de legislar y de aplicar el Derecho.

(126) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 570.

última palabra. Así, la interpretación universal-formal del valor directriz último dado para el Derecho por Stammler para el que el «ideal social», como idea unitaria y formal que ha de servir de pauta para todas las tendencias empíricas de la vida social, no tiene un «contenido *a priori*», sino que es sólo una «idea formal» orientadora sobre todos los fines sociales individuales, representa, para Henkel, una «insoluble contradicción», porque un fin que ha de ser orientador para todos los esfuerzos individuales, «tiene que estar necesariamente *lleno de contenido*, tiene que presentar, por lo menos, un *contenido de línea directriz* apto (y necesitado) de una determinación concreta de contenido». Y en este aspecto, la idea stammleriana de un punto orientador «formal» y de validez general para todo el Derecho «nos deja—dice Henkel—en la estacada» (127).

Tampoco el relativismo de Radbruch merece, sin más, la aprobación de nuestro autor, pues si el profesor de Heidelberg intentó mostrar la posibilidad de un fin *material* y supremo del Derecho, éste fin «no tenía la validez general e incondicionada de un *fin determinado*, «sino que presentaba varios principios materiales directrices entre los que elegir dentro de un orden de valores (individual, colectivo y de obra), y como entre estos valores no existe un orden jerárquico previo, hay que decidirse entre ellos, y según sea la elección tomada quedará establecido el valor directriz social supremo. No obstante, algunos aspectos «a primera vista sugestivos en esta concepción», si se siguiera esta opinión—crítica Henkel—, no habría, ni siquiera para la concreta comunidad jurídica en una determinada situación histórica, un principio rector vinculante y último de su conformación del Derecho, sino que todo titular de funciones jurídicas reguladores (legislador, juez, funcionario administrativo) tendría que constatar el fin rector de su actividad por su propia decisión mediante elección de uno de los posibles puntos de vista valorativos (esta es la posición relativista de Radbruch). Pero la desintegración de los puntos de vista valorativos a que lleva el sistema de Radbruch «no consigue resistir una contemplación ontológica que tiene que llevar forzosamente a una síntesis», y se quedaría en la nada «la fatal y antinómica necesidad de elegir entre distintas calamidades a las que conduce aquel esquema de pensamiento» (128). Sin embargo, justo es decirlo, el Radbruch de la segunda época, de la postguerra, busca una solución armónica y superadora de su antiguo relativismo axiológico.

(127) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 596.

(128) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 600.

Tampoco acepta Henkel como principio rector vinculante y último de conformación del Derecho el concepto subjetivo y empírico de la utilidad o el interés, ni el utilitarismo individual, social o el jurídico, ni los *intereses* dominantes en una concreta sociedad. La utilidad y los intereses sociales que la oportunidad del Derecho y la prudencia política no pueden olvidar, no representan, por ello, el valor supremo del Derecho, ya que la satisfacción de intereses individuales y entre éstos y los de los grupos sólo puede ser resuelta mediante las limitaciones de uno en favor de otros. Pero, no obstante, a la utilidad y a los «intereses» se les puede dar un giro hacia el *interés general*, y ahí reside, en efecto, su núcleo válido». En el concepto de *bien común* tenemos—dice Henkel—uno que posee la suficiente apertura para expresar el valor fundamental amplio del orden social. Y este concepto «desempeña desde antiguo, desde la doctrina del *bonum commune* de Santo Tomás de Aquino, un papel central en las discusiones social-filosóficas y iusfilosóficas» (129).

Tanto la esencia del bien común como su relación con el Derecho «se presenta como muy compleja», y para su plena aprehensión es importante «darse cuenta de que el concepto de bien común sólo puede interpretarse en distintas dimensiones». Porque, en primer lugar, el concepto de «bien» abarca no solamente el bienestar material de la sociedad y de sus miembros, sino todos los presupuestos y relaciones de todo orden (espiritual, moral, cultural, nacional e internacional), sin los cuales no podría la persona humana encontrar su «perfección integral» (130). En segundo lugar, el bien común, como la justicia absoluta, no serán nunca alcanzados plenamente por la sociedad, pero esta «meta ideal», la «idea promotora» y el «ideal social» al que ha de aspirar, sin renunciar, la sociedad y todos sus miembros, y como tal idea directriz es para la Sociedad criterio de toda actuación social y, por tanto, de la ordenación jurídica de las relaciones sociales humanas, que será lo «socialmente correcto» o «socialmente adecuado».

Pero ni esa «dimensión» de extensión, ni ésta de altura o aspiración resuelven cuál es el contenido concreto de lo «correcto» *hic et nunc*. Pasa aquí lo que sucede con el *sumum* de la justicia, la dificultad de determinar «lo suyo» concreto en cada caso y situación determinada. Pero, no obstante, existe ahora la posibilidad de obtener del concepto de bien común, en base a la investigación de sus ulteriores dimensiones, al menos contenidos orientadores. Para esto y acudiendo a la «imparcial

(129) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 603.

(130) Este es el concepto omnicompreensivo que tiene el «bien común en las encíclicas de los últimos Papas y en el Concilio Vaticano II».

contemplación del ser», podemos descubrir *leyes ontológicas del bien común* y obtener de ellas ciertas bases de contenido. La consideración de estas leyes ontológicas se opone a la concepción individualista material para la que el bien común es la suma aritmética del bien de todos los individuos cuyas aspiraciones, valoraciones y distinta orientación y colisión, no pueden ni siquiera proporcionar un bien conjunto y menos un «bien común» en el que se «integran» el bien individual y el bien común en relación inescindible entre ambos. Tanto la concepción individualista como la colectivista del bien común desconocen que un bien individual—pensado aislada y autárquicamente—, o un bien colectivo, imaginado separadamente del bienestar de los individuos, es un absurdo y en uno y otro caso no existirían ni bien individual ni bien colectivo, y, desde luego, no habría bien común, que resulta de la conjunción armónica de ambos. Este «recíproco condicionamiento» y «recíproca penetración de bien individual y bien común» son subrayados por Henkel para quien el bien común, en un sentido que tenga en consideración las leyes ontológicas, «exige una relación equilibrada entre el interés general y el individual», con preordenación del primero, pero del que el segundo reciba su participación proporcional en el acervo común de bienes materiales, espirituales, etc., resultantes de la cooperación social, o «solidaridad social» como, con palabras de Duguit, llama a esta actitud Heinrich Henkel.

Como bien de la sociedad, el bien común representa un valor que está supraordenado y es independiente frente al bien privado de los individuos, pero que sólo puede realizarse en el bien humano. El bien común concreto en una determinada situación histórica de una determinada sociedad, surge de decisiones concretas que, no obstante basarse en los rasgos esenciales previamente dados en las leyes ontológicas, han de tomarse según las concepciones valorativas y las circunstancias históricas (necesidades, situaciones económicas, *status* cultural, constitución moral-espiritual) de la correspondiente Sociedad, así como las condiciones del mundo circundante en relación con las de otras sociedades. Todos estos factores son los que, según Henkel, determinan la *concretización del fin directriz social* que, como *idea trascendente*, penetra en el sector real de la Sociedad en cuestión, convirtiéndose ahí en una fuerza motriz, en el *factor inmanente de la conformación social*. Por esa relación y dependencia el bien común concreto respecto a las condiciones reales externas e internas de la Sociedad, está orientado a éstas y sometido a modificaciones constantes; adquiere un carácter dinámico que recibe un contenido distinto en las distintas épocas y presenta considerables diferencias

de nivel en la relación de las correspondientes sociedades entre sí, y, también, en la historia de cada Sociedad. Del mismo modo, por estar referido a la idea del bien común, es diverso el valor de los órdenes estatales y jurídicos. Así, «si en una comunidad se ha alcanzado un determinado grado de madurez espiritual, determinándose, con ello, la altura valorativa del ideal social, una recaída en una idea de bien común que no responda ya a la que, conforme al desarrollo, es la socialmente correcta en concreto, significará para la comunidad en cuestión, una lamentable pérdida valorativa».

Al servicio y para la consecución del bien común y para que éste se convierta en «fuerza motriz» y factor conformador del orden social, son precisos los medios que la sociedad crea con la pluralidad de sus *instituciones*, siendo «la más amplia» el Estado que, precisamente, tiene su justificación, forma esencial y dirección final en la idea del bien común. Y si el Estado está al servicio del bien común y éste al del individuo, está claro que «el individuo no existe para el Estado, sino el Estado para el individuo» (tal vez—nos permitimos aquilatar aquí nosotros—hubiese sido más conveniente decir la «persona» en el sentido maritainiano y tomista del término para evitar una interpretación «individualista» del bien común de la que, por supuesto, está bien lejos la idea que de él tiene Henkel). El Estado, pues, como las instituciones estatales y formaciones jurídicas son instrumentos para la realización del bien común. Y siendo éste tan complejo y tan amplia la dimensión de la idea del bien común, así lo son las instituciones de todo orden que deben crearse para la atención de las exigencias que esos aspectos del bien común postulan. Aquí juega gran papel el Derecho en relación con el bien común. El bien común es *fin directriz trascendente, fuerza inmanente y elemento constitutivo* del Derecho. El Derecho, como el Estado, tienen como fin el bien común. Este es una idea promovedora y predominante en la que está orientada toda actividad jurídica reguladora. Como ideal social, la idea del bien común existe anteriormente a toda conformación jurídica a la que sirve de punto directriz y de convergencia. Como fuerza inmanente en la ordenación jurídica, se convierte en elemento constitutivo de toda positivación del Derecho. El cambio de la situación histórica de la Sociedad, de las ideas y de las necesidades del bien común, «llevan al mismo Derecho a un proceso inacabable de transformación y desarrollo», y de la concretización del contenido del bien común en cada momento, «obtiene el Derecho la sustancia básica de su orden actual, así como las tendencias de reforma hacia el futuro». La exigencia del bien común es la que como idea valorativa obliga al que

ha de encontrar el Derecho a tener en cuenta los distintos *topoi*: a tenerlos en cuenta aun cuando éstos no tengan por sí mismos carácter obligatorio, sino que sean solamente—como subraya reiteradamente Henkel a través de toda su obra—meras condiciones del Derecho correcto (131).

Para Henkel las consideraciones del bien común son las que determinan el reparto de influencias entre los *topoi* concurrentes, cuya significación relativa dentro de la conexión de regulación sería imposible averiguarla de otra manera; así, alcanzan una solución, por ejemplo, las tendencias, a menudo contradictorias, de la idea del Derecho y la tensión polar entre justicia, oportunidad y seguridad jurídica. Precisamente la solución encontrada teniendo en cuenta los *topoi* determinantes y sobre la base de consideraciones de bien común puede ser calificada de «*Derecho correcto*».

Claro es que esa solución, con arreglo a los *topoi* determinantes y a las consideraciones de bien común, no es necesariamente única, sino que hay «pluralidad de soluciones» defendibles del problema concreto de regulación, que muchas veces resultan «correctas», y la pretensión de haber establecido Derecho correcto la puede recabar cualquiera de ellas que se mantenga dentro de los límites señalados por los contenidos directrices de los *topoi* determinantes y de las consideraciones de bien común. Pero, es de significar, que la solución hallada de este modo no es «subjetiva» ni resultado de la opinión personal del que establece el Derecho, sino que es caracterizada por Henkel, por el contrario, como Derecho objetivamente correcto, y esto porque los datos previos que se derivan de la «naturaleza de las cosas», las determinaciones antropológicas fundamentales, las leyes naturales de las cosas, las estructuras sociales y las lógico-reales, son de significación supraobjetiva. No es Henkel, ya lo hemos afirmado a lo largo de este trabajo, un subjetivista o relativista jurídico, sin perjuicio de que entienda que en las decisiones jurídicas valorativas no pueda quedar excluida del todo, en última instancia, la aportación personal del sujeto valorador (132). Como él dice, «en la estructura del Derecho se hallan fundidos entre sí *absolutidad y relatividad, permanencia y mutabilidad* en una inabarcable variedad de elementos» (133).

(131) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 613 y 687. El bien común no tiene, para HENKEL, significación de un «principio» o de una «norma jurídica».

(132) Es la posición valorativa ecléctica, sostenida por RIZIERI FRODIZI, *¿Qué son los valores?* (F. C. E., 1962), entre el subjetivismo y objetivismo extremo de los valores.

(133) Es la polaridad dialéctica señalada por ARTHUR KAUFMANN, a quien cita

III. DERECHO «CORRECTO» Y DERECHO POSITIVO

En este camino hacia el Derecho «correcto», que es en lo que consiste la obra de Henkel, advierte éste que «en una contemplación iusfilosófica fundamental» lo que importa es la obtención de los contenidos jurídicos básicos, esto es, «de aquellos que hemos calificado de hallazgo del Derecho correcto». Pero queda sin realizar la conformación de las normas en concreto, su coordinación y su inserción en la totalidad de un orden jurídico positivo, la estructuración de las normas y los sectores de normas del Derecho positivo en conexiones más amplias, en un sistema en el que aparecen los conceptos sustentadores, los criterios de clasificación y los principios jurídicos. Con esto, se complementa el pensamiento de la tópica con los medios de la sistemática y de la lógica.

Esta inserción y coordinación de las normas en un sistema de Derecho positivo lleva a Henkel a estudiar brevemente la «relación del Derecho correcto con el Derecho positivo», esto es, la relación de un Derecho que debe ser con el Derecho existente (que, para el autor, es igual al Derecho válido). El Derecho correcto no es, pues, siempre el Derecho positivo y, viceversa, éste tampoco se identifica en todo caso con aquél. Pero, bien entendido—y así lo subraya Henkel—que esta distinción no es contraposición antinómica ya que el Derecho positivo puede coincidir—y, normalmente, así sucede—con el Derecho correcto, con el deber-ser del Derecho. El Derecho correcto—aquilata nuestro autor—«incorpora la esencia del Derecho verdadero; el Derecho positivo, la vigencia existencial del mismo»; el Derecho correcto sin vigor es y seguirá siendo un producto del pensamiento, «un Derecho deseado que no desarrolla ninguna clase de efectividad en la realidad». Por otra parte, un Derecho que rige fácticamente (que es observado y aplicado) «no es Derecho si carece de toda esencia jurídica». Así aparece en el pensamiento de Henkel la coordinación y complementación de ambos Derechos derivada de su respectiva imperfección considerados aisladamente. La meta del Derecho—dice—«es la de llegar a ser Derecho positivo y adquirir vigencia real; la meta del Derecho positivo es la de ser Derecho correcto, esto es, incorporarse la esencia del Derecho verdadero». Ambos objetivos—añade—sólo pueden realizarse «deviniendo una misma cosa Derecho correcto y positivo». Y esto sólo se alcanza cuando se unifican esencia y

aquí HENKEL, en su notable trabajo *La estructura ontológica del Derecho*, y más recientemente por N. LÓPEZ CALERA, en *La estructura lógica de la norma jurídica*.

existencia mediante *positivación del Derecho correcto*, es decir, cuando corrección y positividad «coinciden en el Derecho conformado» (134). Pero esta coincidencia entre Derecho positivo y Derecho correcto, no excluye la posibilidad de discrepancia y hasta de ruptura entre el contenido de ambos Derechos. Toda positivación jurídica es sólo un intento de llegar al Derecho correcto, dice Stammler; todo Derecho positivo —afirma Recaséns—es un intento de realizar la justicia aun cuando, a veces, no lo consiga; todo Derecho—corroborra Legaz, en frase que ha tenido gran aceptación—es «un punto de vista sobre la justicia»; y hasta el positivista radical Kelsen—que excluye, como sabemos, del «concepto» del Derecho la idea de justicia—, no niega que el Derecho positivo pueda y deba realizar la justicia (aunque Kelsen incida en un relativismo axiológico).

Y esa posibilidad de disociación entre el contenido del Derecho correcto y positivo, se percibe en la aplicación del Derecho y en las reacciones que suscita, a veces, violenta y revolucionariamente, en los sometidos a las normas jurídicas; lo «correcto»—dice Henkel con palabras de Ryffel (*Das Problem des Naturrechts heute, Sommerband*) y de A. Kaufmann (*Naturrecht und Geschichlichkeit*), se convierte entonces en el «explosivo del Derecho». El Derecho «correcto», o lo «correcto» del Derecho tiende a la reforma o modificación del Derecho establecido. Por otra parte, la modificación de las circunstancias sociales no sólo hace posible esa discrepancia de contenido y contenido jurídico positivado, sino que, en gran medida, la hace aparecer como probable o segura en una perspectiva futura. Y, además, el hecho de que el Derecho correcto y el positivo devengan una misma cosa en el acto concreto de establecimiento del Derecho, no representa, según Henkel, una solución única y definitiva, sino una «tarea permanente» que exige, en el proceso histórico de la vida jurídica, la nivelación constante de la tensión polar dialéctica entre corrección y positividad del Derecho (135). Es la polaridad tradicional entre lo que «debe ser» y lo que «es», entre esencia y existencia, entre «iusnaturalidad» e «iuspositividad» (en términos de Kaufmann), y que Heinrich Henkel, filósofo y metafísico, no quiere, sin embargo, siguiendo a Stammler, llamar por su nombre.

Pero no termina aquí Henkel el «camino» hacia el Derecho «correcto». El proceso de conformación del Derecho correcto no se cierra definitivamente con el acto de establecimiento de la norma, sino que «es

(134) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 694.

(135) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 696.

preciso continuar, también dentro del Derecho positivo, la tarea de la búsqueda del Derecho correcto de la mano de otros *topoi* que nos puedan ayudar como medios para la obtención del Derecho.

Por eso estudia seguidamente Henkel el sentimiento jurídico, la conciencia y conciencia jurídicas como medios para la obtención del Derecho, haciendo atinadas precisiones sobre el sentido y significación de cada uno de ellos.

No es que Henkel pretenda obtener de la psicología los «datos» o «factores» determinantes del Derecho correcto que, como hemos visto, ha buscado en la Metafísica y en la Filosofía del Derecho, sino que estos hechos o fenómenos psíquicos son únicamente «medios» para la obtención del Derecho, reveladores y no creadores del Derecho.

Empezando por el «sentimiento jurídico», descarta Henkel del «caos terminológico» y de sus «varios significados», el sentimiento jurídico entendido como intuición judicial y como motivación jurídica de respeto al Derecho vigente o «lealtad ante el Derecho». Por *sentimiento jurídico* entiende «el sentimiento de lo que es o debiera ser Derecho», esto es, «*el sentimiento del Derecho correcto*»; es una sensibilidad emocional de lo que está mandado y permitido jurídicamente; se trata de una «vivencia jurídica» que desencadena esa reacción sentimental que actúa sobre el proceso intelectual. Rechaza también Henkel las «teorías del nativismo» que afirman la existencia de un órgano especial, innato al hombre, que le capacita para encontrar la solución jurídica correcta. El sentimiento jurídico es un «sentimiento valorativo en relación a supuestos de hecho y consecuencias jurídicas» que da respuestas espontáneas que afectan al contenido jurídico valorativo de las situaciones vividas o representadas, que pueden manifestarse como satisfacción o reacción ante el cumplimiento o lesión del Derecho en situaciones jurídicas concretas de regulación. Pero lo interesante es que se convierte en la «fuerza impulsora hacia el Derecho correcto» que puede llevar a la formulación de la proposición jurídica o de la sentencia y que «estimula» a que se actúe en el sentido de la realización del Derecho correcto. Como factor relevante para el hallazgo del Derecho, el sentimiento jurídico sólo puede ser empleado cuando se da un alto grado de madurez de la personalidad y una amplia experiencia de la persona en la que se produce la reacción, excluyendo las reacciones sentimentales extrañas al Derecho. Lo cierto es que tanto esas reacciones del sentimiento jurídico, individuales y colectivas, forman «un acervo de valoraciones jurídicas sentimentalmente fundamentadas con el que hay que contar como factor jurídico básico y sustentador». El sentimiento jurídico, para Henkel, se limita,

dentro del complejo de los *topoi* jurídicos sustentadores, a los «momentos valorativos contenidos en el Derecho» y a los «problemas valorativos que surgen de aquéllos».

La aportación del sentimiento jurídico para la obtención del Derecho es sólo parcial y fragmentaria. No es el sentimiento jurídico, para Henkel, como no lo es tampoco para Kelsen (*Le Droit Naturel*, P. U. F., 1959), fuente del Derecho, ni menos el sentimiento jurídico determina el contenido de *todo* el Derecho, e incluso dentro de su campo de actuación, sólo tienen una «significación fragmentaria» para la conformación del Derecho. En la obtención del Derecho dirigida a normas abstractas, el sentimiento jurídico, como sentimiento de justicia, «sólo es capaz de suministrar el subsuelo de la conformación de la norma», pero no es capaz de aportar, por sí sólo, el contenido pleno de una norma jurídica a formar. Es sólo «fuerza motriz hacia el Derecho correcto», pero no encierra en sí, todavía, el valor cognoscitivo definitivo apto para sustentar la regulación normativa en su totalidad (136).

Otro medio para la obtención del Derecho es, para Henkel, la *consciencia jurídica*, que no ha de confundirse con la conciencia jurídica. La consciencia jurídica «sustenta el acontecimiento psíquico que aporta los *elementos cognoscitivos* de la obtención del Derecho». Se distingue de los demás acontecimientos de la consciencia en que está referida a objetos jurídicamente relevantes sobre el contenido de las normas jurídicas o de decisiones jurídicas concretas. La consciencia jurídica puede presentarse como consciencia jurídica «positiva» (dirigida al Derecho positivo en el que encuentra sus criterios), o como consciencia jurídica «ideal» referida a un Derecho debido, «correcto», siendo en este caso la misma consciencia normativa la que forma los criterios de los «debido». A esta última es a la que se refiere Henkel en la contemplación de los fundamentos de la obtención del Derecho. La consciencia jurídica puede recoger y elevar las reacciones del sentimiento jurídico a reflexión consciente y fines pensados. Pero el contenido del Derecho, sino «todo el fundamento del Derecho accesible a la formación cognoscitiva» comprende (como consciencia de la realidad) «todos los factores reales del Derecho», y, como consciencia valorativa del Derecho, todos los «factores ideales» del Derecho. La consciencia jurídica puede así aportar «una contribución decisiva y amplia para el proceso de obtención del Derecho». Como el sentimiento jurídico, la consciencia jurídica surge de una gran diversidad de factores determinantes (reales e ideales). No obstante, la coincidencia

(136) H. HENKEL, *Ob. cit.*, pág. 706.

fundamental de los contenidos de la consciencia, forma una *consciencia jurídica general* que resulta de la comunicación y mutua influencia e intercambio de opiniones de los contenidos individuales de consciencia, que dan lugar—y esto es lo más importante en la conformación del Derecho—a concepciones comunes sobre el Derecho (regulaciones jurídicas, ideas valorativas, oportunidad y practicabilidad).

Además del sentimiento y de la consciencia jurídicas, menciona Henkel la *consciencia jurídica* que consiste, para él, en una «llamada a la actuación correcta que vincula a la voluntad humana»: la voz interna, como consciencia religiosa, exige la observancia de los mandatos divinos; como consciencia moral, la exigencia del bien moral; como consciencia científica, el esfuerzo por llegar a conocer la verdad. La consciencia jurídica obliga al individuo al comportamiento jurídicamente correcto; el hombre es sometido a un deber—como exigencias del Derecho correcto—que ha de cumplir con su comportamiento jurídico. Pero la consciencia jurídica «no le ofrece contenidos y soluciones, sino que únicamente le vincula mediante su voluntad a la idea del Derecho correcto; que ha de esforzarse en conocer y en realizar con las fuerzas cognoscitivas de que dispone». Sin embargo, la consciencia jurídica, para quien tiene que establecer la norma, es una llamada para la obtención del Derecho correcto; para quien aplica el Derecho, se trata de encontrar la decisión correcta a inferir de la norma jurídica abstracta (137).

El camino que Henkel ha emprendido, a través de toda su obra, «hacia el Derecho correcto» ha ido por pasos filosóficos y con la fuerza lógica de un buen discurrir. Ha partido de los *datos previos del Derecho* (los factores reales de la formación del Derecho): la determinación fundamental antropológica; las leyes naturales y las estructuras ontológicas de las cosas; las estructuras sociales (que son las estructuras ontológicas de las formas humanas de asociación) y, como consecuencia de las relaciones sociales, el elemento teleológico (estructura de fin e interés) presente siempre en toda actividad humana; las otras formas de conducta no jurídicas (Moral, usos sociales, Moral «social») de las que distingue las normas jurídicas; el orden social de valores cuya protección y realización es el fin del Derecho; las instituciones, como «productos prejurídicos», de gran influencia en la conformación del Derecho; las estructuras lógico-reales que son conexiones de sentido o correspondencias permanentes y ontológicas, que ofrecen a la conformación y regulación jurídica puntos de apoyo y posibilidades de orientación; otras «realida-

(137) H. HENKEL, *Ob. cit.*, págs. 711-12.

des» diversas y cambiantes de la vida social (circunstancias económicas de la Sociedad, condiciones técnicas de vida, y otras), cierran ese primer paso lento, pero seguro, que da el filósofo Heinrich Henkel en su «camino» hacia el Derecho «correcto».

Las *ideas valorativas del Derecho* que contienen los puntos orientadores y los grupos rectores son, para Henkel, decisivos para la obtención y contenidos del Derecho. El principio de justicia, la dignidad, la seguridad jurídica y, sobre todo, el bien común que es, para nuestro autor, la idea que se manifiesta como el valor fundamental de toda conformación de relaciones sociales y, por ello, como amplio «valor directriz» y «suprema meta rectora de toda regulación jurídica»; y es, precisamente, la exigencia del bien común la que, como idea valorativa rectora, obliga al que ha de encontrar el Derecho a «tener en cuenta los distintos *topoi*, aun cuando éstos sean meras condiciones del Derecho correcto. Por eso, para Henkel, el «Derecho correcto» es la solución encontrada teniendo en cuenta los *topoi* determinantes y sobre las bases del bien común».

Pero todos esos factores e ideas valorativas—los *topoi* en la terminología de nuestro autor—pueden, deben y de hecho concurren en el Derecho positivo. ¿Puede, por ello, decirse que el Derecho positivo es el «Derecho correcto» o que éste se identifique con aquél?

Como ha hecho respecto al Derecho natural—que no es para Henkel tampoco el «Derecho correcto»—, tampoco aquí identifica, sin más, Derecho positivo y Derecho correcto. Pero sí hay, eso sí, una conexión o relación del «Derecho correcto» con el Derecho positivo, o, de otro modo, una relación de un Derecho que debe ser con el Derecho existente que, según Henkel, es el Derecho válido (mejor nos parecería que dijese «vigente», porque el Derecho «válido» en nuestra concepción iusnaturalista, no positivista, es siempre el Derecho que debe ser, por lo que, en este caso no se hablaría de «relación» entre el Derecho que debe ser y el Derecho «válido», sino de «identificación» entre uno y otro). Pero no cabe duda que el Derecho «existente» puede estar en discordancia, más o menos acentuada, con el Derecho que debe ser, lo que impide equipararlos conceptualmente o afirmar la identidad de Derecho «correcto» y Derecho «positivo». Ni todo Derecho correcto es Derecho positivo ni viceversa. Pero tampoco—advierte Henkel—ha de admitirse una necesaria contraposición antinómica, porque ello sería afirmar que el Derecho que *es* no podría nunca llegar a ser el Derecho que *debe ser*. La relación entre Derecho correcto y Derecho positivo es de distinción y hasta «posible» (no necesaria) oposición por parte del Derecho positivo; pero

distinción no es separación, sino que lo deseable es la «coordinación en una tensión dialéctica». En esta coordinación o tensión dialéctica entre Derecho correcto y Derecho positivo, el Derecho correcto incorpora la *esencia* (subrayamos nosotros) del Derecho; el Derecho positivo, la *vigencia existencial* del Derecho (volvemos a subrayar). Pero ambos representan, para Henkel, algo imperfecto, «el Derecho correcto sin vigor es y seguirá siendo un producto del pensamiento, un Derecho deseado que no desarrolla ninguna clase de efectividad en la realidad». Cierto, comentamos nosotros, ¿pero es que necesariamente hay que concebir al Derecho correcto como no vigente? ¿Es que se queda sólo en «producto del pensamiento» o «Derecho deseado»? Aun así, todavía tendría una función importante orientadora—de *iure condendo*—en la creación del Derecho positivo como *desideratum* o deber ser del Derecho. Por otra parte, una norma de comportamiento que rige fácticamente—que tiene «vigencia existencial» y es observada y aplicada, «no es Derecho—afirma con razón nuestro autor—si carece de toda esencia jurídica». Por ello, «el Derecho correcto y el positivo dependen el uno del otro para la perfección del concepto de Derecho, y cada uno actúa sobre el otro para que se realice esa perfección». «La meta del Derecho correcto es la de llegar a ser Derecho positivo, esto es, adquirir vigencia real; la meta del Derecho positivo es la de ser correcto, esto es, incorporarse la esencia del Derecho verdadero». Y termina Henkel afirmando que ambos objetivos sólo pueden realizarse «deviniendo una misma cosa Derecho correcto y positivo.» Esto es, cuando «se unifican esencia y existencia mediante positivación del Derecho correcto», es decir, cuando corrección y positividad coinciden en el Derecho informado. Entonces el Derecho existente—eficaz y aplicado—es el mismo derecho válido (en nuestra acepción de validez intrínseca, de esencial, de deber ser).

Ese Derecho intrínsecamente válido (no en el sentido de la «validez fáctica» de Henkel) por responder a las exigencias de la justicia—ser la justicia misma—, enraizado en la esencia misma de las cosas y del hombre, ha tenido un nombre en la tradición milenaria, que le ha llamado «Derecho natural», porque responde y se fundamenta en la naturaleza racional y social humana que, junto con sus elementos constitutivos permanentes, es esencialmente *mutabilis et difformis*, variable e histórica. Henkel le llama «Derecho correcto».

Y así explicamos nosotros y todas las concepciones iusnaturalistas, en las que destacan matices antropológicos, historicistas y sociológico-culturales (en los que se tienen en cuenta todos esos «factores» o elementos (datos previos e ideas valorativas del Derecho) tan estudiados por

Henkel y llamados por él *topoi*); la compatibilidad de los «principios» permanentes e inmutables, con la «mutabilidad» de las circunstancias contingentes, con la «materia» de aplicación de esos principios. La modificación de las circunstancias sociales—dice Henkel—no sólo hace posible una futura discrepancia de contenido concreto y contenido jurídico positivado, sino que la hace aparecer como probable o segura. Pero el Derecho correcto aprehendido en la idea sigue siendo siempre—afirma nuestro autor con Mittels—«la conciencia del Derecho positivo, que indica cuándo se ha producido un divorcio entre ambos contenidos y que apremia para que se acabe con esa situación». Pero que Derecho correcto y Derecho positivo devengan una misma cosa en el establecimiento del Derecho, «no es una solución única y definitiva, sino una *tarea permanente* que exige, en el proceso histórico de la vida jurídica, la nivelación constante de la tensión polar entre corrección y positividad del Derecho».

Como es, decimos nosotros, una tarea permanente—y de aquí su perenne actualidad—, la del Derecho natural como «principio de conformación» (Fr. von der Heydte) del Derecho positivo, su fundamento y límite, «criterio de su validez» (von Hippel), «rasero y medida» (Radbruch) de su justicia.

EMILIO SERRANO VILLAFANE.