

“Fenomenología Jurídica y Derecho Natural. Iusnaturalismo clásico y doctrina apriórica del derecho”.

Sebastián Antonio Contreras Aguirre*.

I

CUESTIONES INTRODUCTORIAS.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE ARGUMENTAR UNA TEORÍA APRIÓRICA DEL DERECHO.

*Designar las formaciones jurídicas como creaciones del derecho positivo,
no sólo es falso, sino –en último término– sin sentido (...)
el derecho positivo encuentra los conceptos jurídicos que emanan en él:
de ninguna manera los produce.
A. Reinach.*

Ciertamente que la *fenomenología*, o *filosofía fenomenológica*, ha sido entendida desde E. Husserl como una *ciencia de la conciencia*. Esto, que se ha perfilado como la nota distintiva de todo el *método fenomenológico*, para nada debe concebirse como una restricción en su objeto de estudio *a una pura investigación de los fenómenos abstractos y de los problemas generales de la ontología, la lógica y la ética*, sino más bien como la verdadera condición de posibilidad de un estudio *apriórico* de todo el pliego *actos y actitudes humanas*¹. Luego, bien podría proponerse un estudio fenomenológico *del problema de la justicia y del derecho*, temas fundantes de toda la teoría jurídica ya desde la filosofía clásica, estudio que se ha de presentar como un significativo aporte al alejamiento del *insano formalismo* provocado por el positivismo, tal y como ha sido atestiguado por W. Waldstein.

* Sebastián A. Contreras Aguirre, Bachiller en Derecho PUC; Tesista Derecho PUC, Profesor Programa de Ética DUOC-UC, Ayudante Derecho y Filosofía Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC); Santiago de Chile, E-Mail: sncontre@uc.cl.

¹ Cfr. SEIFERT, J., “Prólogo”, en, CRESPO, M. (2004), *El perdón. Una investigación filosófica*. Madrid: Encuentro, p. 21.

La existencia de una *fenomenología jurídica*, y en general de toda *iusfilosofía*, nos pone de frente a uno de los más *clásicos* problemas de la reflexión en torno a la justicia, a saber: *en el centro mismo de la filosofía del derecho aparece como insalvable la polémica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de lo justo*. Dicha discusión presenta al *partidario del derecho natural como un sujeto que requiere de valores (conceptos morales) para caracterizar al derecho; y al positivista, en cambio, como alguien que puede prescindir de tales conceptos para realizar esa misma tarea; es más, como alguien que debe prescindir de ellos*². Por eso es que el tema *de los valores* ha sido uno de los más antiguos y controvertidos dentro de la *meditación iusfilosófica*, aún cuando, y tal y como ha sido atestiguado por Vilanova, *no siempre se le haya designado con ese nombre*. Ahora bien, y no obstante que la meditación en torno a la *dikaiosyne* apareció en la historia humana mucho antes de Platón, es recién con Sócrates donde la filosofía comienza a volcarse de manera especial hacia los problemas capitales de la moral, y de aquellos temas que en la axiología jurídica hemos llamado, *propiamente*, “valores”: *la justicia, la paz, la seguridad, entre otros tantos*.

Así, si pensamos al Derecho como una *ciencia aséptica, que estudia normas positivas con prescindencia de todo elemento axiológico*, no puede parecernos extraño que conceptos como “*justicia*” o “*persona*” resulten, por ende, carentes de todo contenido real. Si a la inversa, lo concebimos como un orden que traduce ciertas exigencias implícitas ya en la misma *physis* humana, *estas mismas nociones se llenan de contenido y se alzan como instituciones claves alrededor de las cuales las normas positivas cobran un relieve especial y novedoso* (CORRAL TALCIANI: 1990; 318).

Finalmente, y siguiendo la propuesta de Stammler, toda filosofía jurídica procurará, entonces, el acceso a un conocimiento absoluto del derecho, es decir, *de lo que éste tiene de universal y necesario*. Y esto no es sino una lectura *apriórica* del mismo. Luego, un examen cuidadoso del derecho desde un prisma fenomenológico nos revelará que *la razón más profunda de la obligatoriedad de las normas debe ser buscada en el fondo de la corriente de la conciencia humana; es la conciencia moral, en tanto que pertenece a un sujeto capaz, el fundamento último de la normatividad*

² FARREL, Martín D., “Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico”, en, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 21, 1998, p. 121.

*jurídica*³. Todo esto ha de encaminarse, pues, al *conocimiento de las esencias jurídicas mismas*, única cuestión que nos permitirá recuperarnos de la *pauperización sufrida por la filosofía jurídica contemporánea*, siendo, asimismo, el objeto de estudio en el que hemos de profundizar, *sin importar que se nos mire como partidarios de una iusfilosofía que anda por las nubes*⁴.

En suma, nos adentraremos en la problemática jurídica apelando al método fenomenológico, dando cuenta, primero, de la importancia de centrar nuestro estudio en la dinámica de la persona humana y de la conciencia jurídico-moral, para luego, profundizar en el valor de la justicia como cuestión clave de la propuesta del derecho apriori. Sólo así podremos vislumbrar la relación existente entre persona consciente y justicia, y entre justicia y conciencia moral, pilares fundamentales de nuestra pretensión.

II

PERSONA HUMANA Y VALORES MORALES.

LA CONCIENCIA COMO FUNDAMENTO DE LA NORMATIVIDAD.

*En la conciencia
se hace presente al conocimiento del hombre
aquel deber que se le impone para la libre configuración de su vida.
K. Hörmann.*

“*La persona es el lugar donde nacen los valores: el hombre en cuanto hombre, es decir, en cuanto ser espiritual o persona, es el lugar y la ocasión del surgir de los valores*”⁵. Tal y como lo ha resuelto Scheler en su propuesta de la ética material, todos los problemas centrales de la filosofía se dejarían reducir a la pregunta por el hombre. Y

³ COFRÉ, J., “Sobre la naturaleza del discurso jurídico: Análisis fenomenológico”, en, Revista de Derecho vol.1 n°1, 1990, pp. 19-34.

⁴ Cfr. COSSIO, C. (1944), *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Losada, p. 397. A juicio de Hernández Gil, a pesar de que en las bases de la Teoría Ecológica se encuentran las reflexiones de la fenomenología, *Cossio no sólo no la seguiría por completo, sino que incluso llegaría a contradecirla*.

⁵ Cfr. DERISI, O. (1979), *Max Scheler: Ética material de los valores*. Madrid: Magisterio Español, p. 62. *La cursiva es nuestra*.

claro, toda la especulación humana ha tenido que presentar, tarde o temprano, *al hombre mismo como su objeto de reflexión*. Ahora bien, sin lugar a dudas que este problema del hombre ha ido adoptando nuevos bríos en los últimos tiempos. Se ha pretendido, primero, abandonar de una vez y para siempre aquella antigua y tradicional concepción *substancialista* de la persona, acentuando en su naturaleza de *centro dinámico de actos*. Asimismo, se ha buscado incluir entre las actividades humanamente relevantes aquéllas de carácter puramente volitivo o emocional, *tanto o más importantes que las racionales*. Es lo que sucede, en efecto, en la propuesta de Max Scheler⁶.

Si nuestra pretensión ha sido, pues, el dar cuenta de las significativas aportaciones dadas por la fenomenología jurídica al mundo de la filosofía del derecho, es, entonces, de suma necesidad resolver primero el problema de la *persona humana* como *fuerza y cumbre de la realidad jurídico-social*. En este contexto, y siguiendo la propuesta de G. Husserl, *para nada pensamos al Derecho como una ciencia aséptica, sino como un saber encaminado a la verdad, un arte de lo justo que se pone al servicio de la plenificación humana*. Así, sólo en la ética material de los valores podremos encontrar *ese* camino adecuado para llevar a principios jurídico-materiales el problema de la realidad personal humana.

Ahora bien, y conforme a la exposición que los clásicos han hecho de la *dikaiosyne*, vemos como ésta ha sido presentada como *voluntad* por el jurista Ulpiano [de dar a cada uno lo suyo], y como el *hábito de hacer y querer lo justo*, en el caso del Filósofo (Cfr. EN V, 1). Y esto, que ha sido el cimiento de toda la *Teoría del Derecho en Occidente*, conecta sin problemas con la renovada propuesta scheleriana de la *persona*, que ya no es únicamente *cogito*, sino, y fundamentalmente, *volo* y *ago*. De ahí que para la filosofía moral la pregunta por la *virtud completa*, que es la *dikaiosyne* a juicio del megárico Teognis, supone la reflexión en torno a aquello que hace al hombre *excelente en la práctica moral*⁷. Así, *la virtud humana es aquello que hace bueno al acto humano y al hombre mismo, y esto es lo propio de la justicia* (II-II, 57,3).

⁶ CORRAL TALCIANI, H. (2007), *Derecho Civil y Persona Humana. Cuestiones debatidas*. Santiago: LexisNexis, pp. 12-13.

⁷ CONTARDO EGAÑA, S., “La Justicia como virtud”, en, FACULTAD DE DERECHO PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (1977), *Derecho y Justicia. III Jornadas Chilenas de Derecho Natural*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 167-ss.

De esta visión “*renovada*” del hombre como *cogito, volo* y *ago*, se nos presenta como necesaria la cuestión del carácter inminentemente responsable de la persona humana: *sólo el sujeto que conoce un valor, y que al conocerlo busca realizarlo en un acto libre de su voluntad, es capaz de responder moralmente por él*. Y esta condición de *sujeto responsable* se explica solamente por el problema de la conciencia moral – *convicción implícita o explícita de lo que es bueno y justo*– como médula de la realidad jurídica. De esta manera, *el problema del orden jurídico nos enfrenta a uno mayor, el de la conciencia del derecho en el hombre*⁸. Luego, el reconocimiento del hombre como sujeto responsable dotado de conciencia moral, es *conditio sine qua non* para profundizar en el problema jurídico.

Respecto de esta conciencia moral, médula de de la realidad jurídica, hay, a nuestro juicio, una cuestión fundamental: *la función directiva de la conducta nos sugiere que el agente no puede prescindir de una toma de posesión valorativa*⁹, es decir, de un sustrato valórico que dé contenido y orientación a su actuar moral. Por ello es que la conciencia ético-jurídica del hombre mismo, *le enseña a éste los fundamentos de las relaciones humanas y del orden social*, cuestión que sólo es posible de entender bajo el alero de la ley moral natural. Así, la conciencia moral no es solamente una conciencia de deberes y valores, *sino que tiene el sentido estricto de una conciencia jurídica*¹⁰.

“Se habrá podido observar que considero la conciencia (en tanto realidad fenomenológica) como el núcleo esencial de la realidad humana, punto de partida y de llegada de todo conocimiento y condición auto y totofundante de toda realidad, efectiva o presunta. No hay, pues, un mundo desvinculado de la conciencia (...) es en la conciencia donde encuentran su fundamento todas las cosas” (COFRÉ: 1990; 19-34).

⁸ LUYPEN, W. (1968), *Fenomenología del Derecho Natural*. Buenos Aires: Carlos Lohlé Ediciones, pp. 45-46.

⁹ BETTI, E. (2006), *La interpretación jurídica*. Santiago: LexisNexis, p. 57.

¹⁰ Cfr. WALDSTEIN, W. (2007), *Lecciones sobre Derecho Natural: en el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la Antigüedad hasta hoy*. Santiago: Universidad Santo Tomás, p. 153. Téngase presente que ya para los primeros teólogos cristianos la conciencia moral fue entendida como la matriz de la normatividad. Así, para San Agustín la *lex naturalis* ha sido presentada como la *transcripción de la ley eterna en el alma humana, en la razón y en el corazón del hombre*. Por ello la llama también *ley íntima*, por medio de la cual Dios habla al hombre en la *conciencia*. Misma cuestión ya había sido planteada por Orígenes, para quien la conciencia, en consonancia con el término bíblico “corazón”, es el lugar donde el hombre decide y regula la bondad de su obrar.

Con todo, y siguiendo la tesis de la fenomenología jurídica, toda la Teoría del Derecho puede ser presentada como una *teoría de la conciencia*¹¹. Es por ello que en opinión de Welzel *todo obrar justo debe responder a la voz de esa conciencia interior que rige nuestro actuar*¹². En este sentido, “la conciencia moral es la última instancia subjetiva del obrar humano, de tal suerte que ella decide sobre el valor de la acción desde el lado moral-subjetivo; *ningún mandato de un superior, sea eclesiástico o secular, debe ser obedecido, si la conciencia lo tiene por ilícito*¹³”.

Por último, y en cuanto ser moral, “yo soy el que se orienta, se sostiene y se mantiene en el espacio moral; y la conciencia, al menos en este nivel, no es otra cosa que esta orientación, este sostén y este mantenimiento”¹⁴. Por tanto, sólo las personas podrán ser *originariamente buenas y malas, justas e injustas, y todo lo demás es bueno y malo únicamente en relación con esas mismas personas, por mediata que sea esa relación*¹⁵. Entonces, los actos de la voluntad y las acciones son también buenos o

¹¹ Cfr. STELLA, G. (1990), *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, pp. 55-63. En atención a la propuesta de Hommes, la cantidad de teorías sobre la naturaleza de la conciencia humana del derecho, *es desalentadoramente grande*. Por una parte, las teorías objetivistas de la conciencia han demostrado una particular sensibilidad ante la innegable cuestión de que en el orden jurídico existente se contiene asimismo la facticidad de la sociedad. Por su parte, las tesis subjetivistas, no son ya una explicación “desde abajo” del problema de la conciencia humana del derecho, sino que una propuesta que concentra su atención, casi exclusivamente, en la espontaneidad y en la inspiración del sujeto actuante. Así, lo que fue el punto débil del objetivismo, la consideración del sujeto, ha sido la fortaleza del subjetivismo. Luego, a juicio de Hommes, el éxito del subjetivismo, se debe al fracaso del objetivismo.

¹² Cfr. WELZEL, H. (2005), *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Buenos Aires: B de F Ediciones, p. 322. Respecto de la conciencia, señala Husserl que esta es esencialmente *conciencia de algo: pertenece a la esencia de todo acto de conciencia la referencia a un objeto*. En esto, nos parece, seguiría al Filósofo, al plantear a la conciencia como *intencionalidad*.

¹³ La significación que reviste en Santo Tomás la cuestión de la conciencia se pone plenamente de manifiesto en su teoría de la conciencia errónea: incluso *la conciencia errónea, siempre que yerre sin culpa, posee fuerza subjetiva vinculante*, señala. Así, en estrecha conexión con el problema de la conciencia se encuentra, entonces, el de la cognoscibilidad del derecho natural. La doctrina sostenida por Cicerón del derecho natural como idea innata, cuya ignorancia no exime de culpa, así como las palabras de San Pablo de la ley de Dios escrita en el corazón humano, habían provocado el grave peligro de que se sostuviera que el derecho natural entero era una verdad inmediatamente evidente a todo hombre. Aquí, Santo Tomás, tiene el mérito de haber limitado la evidencia inmediata del derecho natural a sus principios supremos, reconociendo, respecto a las conclusiones, la posibilidad de un error no culpable.

¹⁴ Téngase presente que, no obstante el privilegiado lugar que Ricoeur le asigna a la conciencia, señala el autor que ésta no es otra cosa que la obediencia íntima a la ley en cuanto ley, por puro respeto a ella y no por mera conformidad al enunciado de la regla. La palabra decisiva, dice, es *respeto*. En esto, no hay dudas, sigue al filósofo de Königsberg, para quien el respeto es el único móvil de la vida moral, el único sentimiento que la razón, con su sola autoridad, inscribe en nosotros. A juicio de Ricoeur, Kant hace eco de las enseñanzas de Rousseau, en especial, de su célebre “elogio de la voz de la conciencia”. A este respecto: RICOEUR, P. (1997), *Lo justo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 208-ss.

¹⁵ En opinión de Scheler, nunca la persona puede ser *agradable* o *útil*. Tales valores, señala, son esencialmente valores de cosas y sucesos. En este sentido, *no existen cosas ni sucesos moralmente buenos*

malos únicamente en cuanto realizados por un sujeto determinado, *responsable* y *consciente*, capaz de dar cuenta de las consecuencias de su obrar. En fin, y tomando las palabras de D. Mieth, *sólo la persona, en tanto que dotada de conciencia moral, es la instancia central de la normatividad y del problema jurídico*

o malos. Sobre esto: SHELER, M. (2001), *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un nuevo personalismo*. Madrid: Caparrós, p. 150.

III

APRIORISMO JURÍDICO Y JUSTICIA.

EL DERECHO NATURAL FRENTE AL POSITIVISMO JURÍDICO.

¿Qué es lo que queda de los esfuerzos realizados a lo largo de dos mil quinientos años por la teoría del derecho natural, a fin de lograr un conocimiento de la justicia material?

H. Welzel.

“Los valores son cualidades de valor o esencias axiológicas. Se justifican o valen por sí mismos, por su contenido: *su valor está en lo que ellos significan*. No son cosas ni conceptos abstractos, sino algo dado inmediatamente y en sí. *No pertenecen a la experiencia sensible, sino a la experiencia fenomenológica*”¹⁶. Ya hemos dado cuenta de la importancia de la persona en cuanto sujeto *consciente* para la especulación de la teoría jurídica. En base a ello, hemos ahondado también en el cómo la cuestión de la *normatividad* debe ser resuelta apelando a la *corriente de la conciencia*. Ahora, hemos de profundizar en el problema de *lo justo como aquello que se adecua a una conciencia verdadera*, esto es, a aquella que, de acuerdo al Angélico, *sigue y se orienta según los mandatos de la ley moral natural*.

Abordando el problema de la justicia [en tanto que valor], lo primero que debemos constatar es que para Scheler, cuatro son los grandes sistemas de cualidades de valor, a saber: i) los valores de lo *agradable* y lo *desagradable*; ii) los valores de lo *noble* y lo *vulgar*; iii) los valores de lo *bello* y lo *feo*, de lo *justo* y lo *injusto*, y los del *puro conocimiento de la verdad*; y iv) los valores de lo *santo* y lo *profano*. Sin perjuicio de ello, encontramos además valores de carácter positivo y negativo. Sobre esto último, sostendrá la tesis scheleriana que *la existencia de un valor positivo es, en sí misma, un valor positivo; mientras que la existencia de un valor negativo es, en sí misma, un valor negativo*. Ahora bien, en lo que respecta a los valores de justicia, incluyen, en su ser dados, *una separación peculiar de la esfera del cuerpo y del entorno*, que se percibe claramente en el hecho de que varían con independencia de los estados vitales y

¹⁶ CRUZ PRADOS, A. (1991), *Historia de la filosofía contemporánea*. Pamplona: EUNSA, p. 153. La *cursiva* es nuestra.

sensibles en general. Así, “*una acción justa es tal con un valor positivo; la no existencia de una acción justa, que debía haber existido, es un valor negativo; la existencia de una injusticia es un valor negativo; la inexistencia o impedimento de una injusticia es un valor positivo*. Todo deber se funda en los valores: *solamente los valores pueden deber ser y deber no ser*. Así, es justo todo ser de algo debido –positivamente–, e injusto todo ser de algo no debido; es injusto el no ser de algo debido, y justo el no ser de algo no debido”¹⁷.

A este respecto, ya hemos dispuesto que lo fundamental en la reflexión de la justicia no es el conocimiento de lo que *en abstracto* deba entenderse por tal, sino la *práctica de la virtud*. Por ello es que *el valor realmente se da en la conducta valiosa, en la conducta justa concreta*. Pero esta justicia se encuentra también en la persona justa, esto es, en aquella que *hace lo justo, obra justamente y quiere lo justo*, para seguir la idea aristotélica. De esta forma, sostendrá H. Hernández, *el valor de justicia o injusticia de mi conducta está obviamente en mi propia conducta*.

Con todo, toda *fenomenológica jurídica*, y en general, toda *iusfilosofía*, debe desarrollar o utilizar una teoría *metaética* que indique *si podemos saber, y cómo, qué es lo justo*, así como un modelo normativo que nos ofrezca la manera en cómo –a la luz de dicha teoría metaética– *deben resolverse los desacuerdos sobre qué es lo justo y lo injusto*. En este sentido, todos los juristas, en sus distintas versiones, han tenido, a fin de cuentas, que *moverse en su estudio por el problema de los valores jurídicos y de la justicia como virtud fundamental de la vida política y social*. Ahora bien, y en esta cuestión de los valores morales, hemos de profundizar en el valor de *lo justo*, y sólo en él, por una cuestión capital: *no podemos hacer una enumeración a priori de cuáles o cuántos son los valores jurídicos; en algunas exposiciones tradicionales se ha señalado solamente a la justicia, en otras, en cambio, se han incorporado la seguridad y el*

¹⁷ Cfr. SCHELER, *op. cit.*, p. 146. Las *cursivas* son nuestras. Frente al problema del deber ser y del deber no ser, surge la reflexión sobre la responsabilidad moral, que radica en el saber inmediato de la autoactividad y de su relieve de valor moral. Ahora bien, en el plano jurídico estricto, no hablamos ya de responsabilidad moral, sino más bien de imputabilidad: *sólo los actos exteriores son imputables*. A este respecto: DERISI, *op. cit.*, p. 94.

*orden*¹⁸. No obstante ello, es la justicia el valor central, el cual, en último término, otorga sentido y alcance a todo otro valor de naturaleza jurídica. Así, dirá Vilanova, *sólo la justicia y su relación con el hombre consciente es el problema medular de toda la filosofía moral*.

Desde una perspectiva fenomenológica, la justicia ha sido presentada como *la creación de igualaciones de libertad*. De esta manera, y en cuanto razón de existencia, *la justicia es libertad*, toda vez que bien puede decirse que la existencia humana y la coexistencia social son, sin más, manifestaciones de esa libertad. En cuanto razón de esencia, *la justicia es creación*, ya que es esto lo que caracteriza a la libertad, por oposición a la pura necesidad. Finalmente, como razón de verdad, *la justicia es igualdad*, puesto que la igualdad señala lo idéntico, y lo idéntico es el principio supremo de la razón: *el principio de identidad*. A este respecto *si lo injusto es desigual, lo justo será lo igual* [esto es, un término medio entre el exceso y el defecto], *y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio, consistente en una cierta forma de igualdad*¹⁹.

De esta justicia, en tanto que valor, es posible añadir dos notas distintivas. Mientras que para Scheler la justicia debe ser entendida como *el poder o capacidad vivida inmediatamente de hacer algo debido*, para Luyen, esta es concebida como *la disposición humana para actuar en consonancia con las exigencias de los derechos y obligaciones*. Así, y desde el prisma fenomenológico, *querer-hacer lo justo se ha*

¹⁸ Téngase presente que para la tesis egológica-jurídica de Cossio, los valores jurídicos son siete: *seis valores parciales y un valor totalizador que es la justicia* (es el valor que armoniza y da lugar a los seis valores parciales). Luego, los seis valores parciales propuestos por Cossio, se darían en virtud de las diversas maneras en que se aparece el otro sujeto interfiriendo en la conducta, esto es, por las diversas formas en que se presenta la coexistencia. A este respecto: Cfr. VILANOVA, J. (1973), *Filosofía del Derecho y Fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, pp. 256-262.

¹⁹ En esto se muestra una evidente coincidencia con la propuesta aristotélica, en virtud de la cual es posible distinguir tres tipos de *igualdad*, cada una de ellas caracterizando una especial *clase de justicia*., a saber: i) entre particulares hay una igualdad de tipo aritmético, *que iguala lo dado con lo debido* y da lugar a una *justicia conmutativa, con base en una igualdad de las contraprestaciones*; ii) en las relaciones de *justicia distributiva*, la igualdad se mide en función de las personas que se han de repartir los bienes y cargas que pertenecen a la colectividad social, operando un criterio de igualdad *geométrica o proporcional*; iii) la *justicia legal o general* requiere el cumplimiento de las normas que llevan a la realización del bien común; el criterio de *igualdad* que se debe tener presente es el de la *adecuación entre lo dispuesto por las normas jurídicas y el comportamiento del individuo*.

perfilado como un modo de coexistir, como una manera de ser *junto con otros* en el mundo.

Por todo lo antes expuesto, sólo la fenomenología nos permitiría alcanzar *aquellos contenidos eidéticos y valores independientes de la experiencia inductiva determinativos de lo justo*, que, manteniendo el carácter apriórico, no se reducen a las puras formas de la actividad constructora del pensamiento, sino que se remiten más bien a un mundo objetivo de un valor absoluto, *a ese mundo de esencias inmutables cuya intuición apriórica sería la verdadera condición real de posibilidad de toda la experiencia inductiva*²⁰. Luego, habiendo dado cuenta de esta naturaleza apriórica del valor de la justicia, se nos presenta una cuestión principal: *quien investiga la esencia de la justicia y de su correlato, los derechos (naturales), abandona el positivismo jurídico*²¹. Y claro, y tal y como lo ha evidenciado H. Welzel, *sin problema alguno podríamos decir entonces que el derecho natural se ha presentado a este objeto como el problema fundamental de la ética jurídico-material de corte fenomenológico*²². De la misma manera, ya hemos sugerido que el asunto de la normatividad jurídico-moral debe ser analizado únicamente con base en *la corriente de la conciencia*, mas de aquella que se ajusta a los contenidos y mandatos de la ley moral natural.

Desde la perspectiva iusnaturalista, la justicia ha sido presentada como la *voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo* (II-II, 58, 1), en donde “lo suyo” debe entenderse como *aquello a lo que cada cual está destinado de acuerdo con sus tendencias naturales hacia la perfección*. Por ende, “lo suyo” no está *fundamentalmente determinado por el derecho positivo sino por las inclinaciones de la propia naturaleza humana*. De esta forma, si un orden jurídico positivo viola lo que naturalmente corresponde al hombre por ser tal, merece el apelativo de *injusto* de frente a la ley natural. Ahora bien, todo esto último bien puede ser predicado, asimismo, de la teoría fenomenológica del derecho o apriorismo jurídico. Y esto es incontestable, al menos en tanto que se le presente como reacción en contra del positivismo. Por ello es que el propio Reinach temió ser tildado de iusnaturalista, básicamente porque mientras la propuesta del derecho natural piensa en un derecho distinto y superior al positivo, la

²⁰ SANTAMARÍA GARAY, M. (2002), *Acción, Persona, Libertad. Max Scheler-Tomás de Aquino*. Pamplona: EUNSA, p. 20.

²¹ LUYPEN, *op. cit.*, p. 162.

²² WELZEL, *op. cit.*, p. 1.

fenomenología habla de simples leyes del ser, también superiores y rectoras de las normas [solamente] codificadas²³.

Apoyando nuestra pretensión, de que, guardando las debidas proporciones, puede darse un tratamiento igualitario a la teoría del derecho natural y a la teoría del derecho apriori, es que invocamos las palabras de Radbruch: “*la ciencia del derecho tiene que meditar, de nuevo, sobre la verdad milenaria de que hay un derecho superior a la ley, un derecho natural... medido con el cual la injusticia sigue siendo injusticia, aunque revista la forma de ley, y ante el cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es derecho, sino lo contrario del derecho*”²⁴. Asimismo, y siguiendo a D’Agostino, las notas distintivas del derecho apriori, que se identificarían, a nuestro juicio, con las derecho natural, son: i) *se trata de un derecho suprapositivo (metapositivo)*; ii) *se trata de un derecho intrínsecamente válido*; iii) *se trata de un derecho axiológicamente superior al positivo* (se le considera como su modelo ideal; iv) *se trataría de un derecho dotado de una obligatoriedad superior*. Por esto es que Waldstein ha agradecido que el autor (D’Agostino) haya confirmado, del algún modo, este asunto²⁵.

Con base en nuestra propuesta, hemos de plantear que a juicio de Reinach *todas las formaciones jurídicas existen independientemente del derecho positivo*, aún cuando sean presupuestas y utilizadas por éste. A este respecto, *claro está que sin derecho positivo no hay humanidad posible, pero el propio derecho positivo puede encarnar lo inhumano*²⁶. Todo esto nos hace suponer que el derecho positivo debe tener, forzosamente, un fundamento sólido que lo sustente, que no es otro que *el derecho*

²³ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A. (1971), *Metodología de la ciencia del derecho I. Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión*. Madrid: Gráficas Uguina-Meléndez-Valdés, p. 321. Téngase presente que admite Reinach la existencia de reglas no codificadas; pero las deriva de “la naturaleza de las cosas” y son inteligibles por sí mismas; aunque, al mismo tiempo, no se priva el autor de reconocer que “*con harta razón pensaban los iusnaturalistas*” en la existencia de conexiones jurídicas independientemente de la existencia del Estado y de sus determinaciones positivas.

²⁴ Cfr. WELZEL, *op cit.*, p. 296. Las *curativas* son nuestras.

²⁵ Cfr. WALDSTEIN, *op. cit.*, p. 165. La tesis de Waldstein, tomada de su estudio de los juristas latinos, reflexiona, pues, en torno al uso del derecho natural y del derecho apriori como dimensiones igualmente importantes en la formación del derecho de ley. Así, a juicio de Waldstein, bien puede decirse que gran parte de lo que los juristas latinos han entendido como *natura rerum*, se correspondería con estos presupuestos apriorísticos del derecho propuestos por Reinach. A este respecto: Cfr. SEIFERT, Josef, “Is Reinach’s “Apriorische Rechtslehre” more important for positive law than Reinach himself thinks?”, en, *Aletheia. An International Journal of Philosophy*, n° 3, 1983, pp. 197-230.

²⁶ LORCA NAVARRETE, J. (1978), *El derecho natural, hoy. A propósito de las ficciones jurídicas*. Madrid: Pirámide, p. 76.

natural. Y este es el mérito de los iusnaturalistas, el reconocer esta ineludible necesidad. En este sentido, y a tenor de lo planteado por Lorca Navarrete, la positividad del derecho –para muchos la única razón de su eficacia– *jamás puede empañar el sentido y el contenido de aquellos eternos principios del Derecho y la Justicia: un sistema jurídico en que sus normas aparezcan desvinculadas de aquellos principios, no será ni un sistema normativo, ni mucho menos justo.*

“Designar las formaciones jurídicas como creaciones del derecho positivo, no sólo es falso, sino –en último término- sin sentido, exactamente tan sin sentido, como sería llamar a la fundación del imperio alemán –o a otro suceso histórico–, creación de la ciencia histórica. En verdad, lo que se discute con tanto celo es esto: el derecho positivo encuentra los conceptos jurídicos que emanan en él: de ninguna manera los produce”²⁷ (REINACH: §1).

Finalmente, *el ser del derecho no es construido por el derecho positivo, sino que éste lo encuentra: las pretensiones y obligaciones tienen un ser independiente, anterior a toda construcción de derecho positivo*²⁸. En suma, y tal y como ha sido atestiguado por Reinach, las figuras jurídicas como las pretensiones, obligaciones, o la propiedad, *tienen un ser lo mismo que los números, los árboles o las casas; este se es independiente de que los hombres lo aprehendan o no, y particularmente es independiente de todo derecho codificado*²⁹. Lo fundamental de todo esto es que los conceptos específicamente jurídicos tienen, siempre e ineludiblemente, un ser *metajurídico*. En fin, no sólo en la obra de Reinach, sino que en toda la propuesta fenomenológica, *cobran auténtico sentido [algunas de] las tendencias fundamentales del derecho natural*³⁰. Así, *el derecho natural encuentra su plenitud en la doctrina apriorística del derecho*.

²⁷ REINACH, A., *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*. Edición y estudio preliminar de Mariano Crespo, Traducción de José Luis Álvarez, p. 4. En base al contenido de la propuesta de Reinach, se le ha designado como representante de una corriente fenomenológica material, frente a las direcciones formales de la fenomenología de F. Schreier y Kaufmann. Ahora bien, las diversas propuestas fenomenológicas (de Reinach, Kaufmann, Husserl, entre otros), que sin lugar a dudas son representación de una sola cepa especulativa, bien pueden ser consideradas como interpretaciones distintas de una misma cuestión. A este respecto: Cfr. STELLA, *op. cit.*, p. 27.

²⁸ AGUINSKY DE IRIBARNE, E. (1971), *Fenomenología y ontología jurídica*. Buenos Aires: Pannedille, p. 47.

²⁹ LARENZ, K. (2001), *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, p. 134.

³⁰ Cfr. ÁLVAREZ M. TALADRIZ, J., “Prólogo”, en, REINACH, A. (1934), *Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, pp. 16-ss. Ahora bien, y en opinión de Álvarez M. Taladriz, la investigación de Reinach no aspira a ser un criterio normativo para la valoración del derecho positivo o para marcar sus ideales, ni menos la noción de un factor que sea la causa de los preceptos positivos.

IV

CONSIDERACIONES FINALES.

FENOMENOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHO NATURAL: DOS CARAS DE LA MISMA CUESTIÓN.

*¡Oh, si los juristas renunciasen a su menosprecio de la filosofía
y comprendiesen que sin filosofía
la mayor parte de los problemas de su jus son laberintos sin salida!
Leibniz.*

“Fenomenología significa simplemente “filosofía”, aunque esta filosofía sea de un tipo especial. Por lo tanto, queda excluida la posibilidad de hablar de fenomenología del derecho e ignorar, al mismo tiempo, los principios fundamentales de la filosofía fenomenológica”³¹. Sin perjuicio de que la *orientación fenomenológica*, en cuanto visión filosófica de la conciencia, surge como un saber *estricto* hacia el primer cuarto del siglo XX, no es posible obviar o desconocer las importantísimas repercusiones que ésta ha tenido en el plano de las ciencias jurídicas.

De acuerdo con ello, hemos ahondado en la problemática jurídica apelando a este prisma fenomenológico, fundamentalmente por tratarse de una teoría que buscará contrarrestar la *sequedad* dejada por el positivismo en la esfera social. Para ello, al buscar la *esencia de lo jurídico*, hemos seguido de cerca la propuesta de G. Husserl, para quien toda la realidad jurídica debe ser explicada con base en la estructura de la persona humana, en tal manera que el derecho sólo se refiere al hombre que *actúa* y, que, por ende, ha de responder moralmente por su obrar. De esta forma, si toda conducta humana se cimenta sobre la *intuición moral*, toda Ética, y por ello, toda Iusfilosofía, debe también remontarse a los hechos del conocimiento moral y jurídico y a sus relaciones *apriori*³². Así es como nos hemos detenido ante la reflexión de la filosofía moral y de la doctrina del derecho natural.

³¹ Cfr. LUYPEN, *op. cit.*, pp. 115-116

³² Cfr. SCHELER, *op. cit.*, pp. 128-129.

La filosofía del derecho, en sentido amplio, existe desde muy antiguo. Y existe desde que algunos pensadores comenzaron a preguntarse *por la esencia de las relaciones e instituciones jurídicas*, que desde un principio estaban asociadas con los conceptos de ley, derecho y poder político³³. Luego, toda la reflexión jurídica occidental, desde la Grecia Clásica, pasando por la filosofía latino-medieval, y hasta el siglo XVIII, se realizó, como han dicho los positivistas, *bajo el paraguas de la doctrina del derecho natural: filosofía del derecho y derecho natural eran, sin más, una misma cosa*. De esta manera, si la filosofía del derecho se ha presentado como equivalente a la doctrina del derecho natural, y ésta, a su vez, como equiparable a la propuesta del derecho apriori, dos serían, a nuestro modo de entender, los objetivos o temas fundantes de toda meditación filosófica del problema de la justicia. El primero, que bien puede ser nombrado como sistemático, metafísico, o simplemente gnoseológico, tiene por objeto explicar los conceptos jurídicos esenciales y sus categorías, en términos tales que *se propone analizar el aspecto ontológico de los diversos valores y elementos con que trabaja la ciencia jurídica*. El segundo, de mayor importancia que el anterior, *tiende a referir la realidad vigente del derecho a un tribunal superior que debe valorarlo y juzgarlo de acuerdo con los eternos principios de justicia*. Y esta valoración es la clave misma de la evolución constante del derecho, y de su perfeccionamiento a través de la historia³⁴.

En efecto, y en contra de la opinión sostenida por Aginsky de Iribarne, no creemos que la fenomenología jurídica y la iusfilosofía deban abandonar su referencia al derecho natural a fin de lograr acercarse a la *esencia* misma de lo justo. Muy por el contrario, la propia tradición del derecho natural nos ha mostrado que ya para los clásicos éste se presenta como un derecho de mayor valor que busca dar sentido y orientación al derecho de ley. De esta forma, lo mismo que el iusnaturalismo, *la fenomenología jurídica cree posible un absoluto metafísico (...) por eso no llega a ser tan explicable que desde la fenomenología se rechace rotundamente cualquier*

³³ LÓPEZ HERNÁNDEZ, J. (2005), *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*. Murcia: Universidad de Murcia, p. 7.

³⁴ BONILLA, A. (1957), *Introducción a una axiología jurídica*. San Salvador: Departamento Editorial del Ministerio de Cultura de El Salvador, p. 33.

*manifestación del derecho natural que, en definitiva, es algo dado y primario*³⁵. En esta cuestión es donde podemos vislumbrar las razones que hacían que Reinach temiera que su apriorismo jurídico fuera comprendido como una tesis más de aquellas doctrinas que pueden ser llamadas iusnaturalistas, básicamente porque no sólo el derecho natural, también el derecho apriori, se sustenta en el propósito de proyectar un derecho material con validez incondicionada³⁶. En este sentido, la pretensión de todo derecho superior (natural o apriori) no es otra que *la de ser un derecho verdadero, y no sólo la de ocuparse de las lagunas dejadas por el derecho de ley*.

Ya hemos dado cuenta del carácter axial que la fenomenología jurídica le atribuye a la conciencia. En esta misma línea hemos comprendido, a su vez, que esta *conciencia* puede ser presentada como causa de la *normatividad*, sólo en cuanto se corresponda con los imperativos de la ley moral natural. Así, el derecho apriori no sería sino un afluente de aquella gran corriente iusnaturalista que ha estado presente en la especulación humana ya desde Aristóteles, e incluso antes. En efecto, desde la primera especulación griega, hasta nuestros días, subyace la idea de la existencia de una legalidad trascendente expresiva del orden armónico de la naturaleza, orientadora de nuestra conducta, y encauzadora de nuestros actos en pos de la justicia. Esto, ni es contario ni no aplicable a la teoría fenomenológica del derecho. Muy por el contrario, bien puede predicarse de ella, sea que se exhiba a la fenomenología jurídica como criterio rector y hermenéutico de la ley natural, o sea que se le considere como una corriente de expresión de una pretensión iusnaturalista. Lo anterior, básicamente por una cuestión principal: *la búsqueda de un derecho superior al puramente positivo es una cuestión innata del espíritu humano*³⁷.

Finalmente, sea la fenomenología el principio rector de una adecuada interpretación de la ley natural, o sea ésta una manifestación de las teorías del derecho natural, el principal error positivista, a nuestro entender, ha consistido en creer que la

³⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A. (1971), *Metodología de la ciencia del derecho II. Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia jurídica*. Madrid: Gráficas Uguina-Meléndez-Valdés, p. 24.

³⁶ Cfr. EZCURRA, C. (1992), *Fenomenologia e diritto. L'ontologia giuridica di Adolf Reinach*. Romae: Facultate Philosophiae Pontificiam Universitatem Lateranensis, pp. 125-126.

³⁷ Cfr. BONILLA, *op. cit.*, pp. 127-128.

filosofía del derecho, *sensu stricto*, ha nacido recién en la época contemporánea, a partir de una forma de hacer filosofía al estilo de los juristas, en contra del antiguo y obsoleto estilo de los filósofos (para usar los términos de Bobbio). He ahí la *ultima ratio* de su inconsistencia. Por tanto, el componente último de lo jurídico no son las normas codificadas, sino los valores, *pero no valores aleatorios o coyunturalmente derivados de una voluntad personal, sino preexistentes*. Así, *el buen legislador se caracterizará, entonces, por su capacidad para captar esos valores y traducirlos a enunciados legales*³⁸.

Por último, hemos querido ahondar en el problema jurídico con base en la propuesta fenomenológica por una importantísima cuestión: “la fenomenología jurídica parte de una visión *integral* de lo jurídico, que bien puede ser llamada filosofía de la experiencia jurídica relativa, la del hombre medio y la del científico, desde la experiencia jurídica absoluta, la del fenomenólogo”³⁹. En este sentido, y tal y como ha sido atestiguado por Larenz, para la metodología jurídica, el movimiento jurídico-filosófico representado por la fenomenología del derecho, ha supuesto una importante aportación al pensamiento iusfilosófico contemporáneo, ya que nos ha permitido superar aquél *trastocado e insuficiente* concepto positivista de *ciencia jurídica estricta*, para ser reemplazado por una filosofía jurídica con ansias de una ley superior, de un derecho con validez incondicionada. Con todo, y al cierre de nuestra reflexión, *hemos preferido quedarnos con una “teoría jurídica al estilo de los filósofos”, sin temor a ser tildados de juristas que viven buscando al derecho en las nubes, de pensadores que no piensan sino en una pura idealidad; sin temor a ser tildados de iusnaturalistas a ultranza*.

V

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL.

³⁸ GARCÍA AMADO, J., “Sobre la interpretación constitucional”, en CALVO GONZÁLEZ, J., MONEREO ATIENZA, C. (2005), *Filosofía jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*. Málaga: Universidad de Málaga, pp. 124-125.

³⁹ Debe tenerse presente que si bien es cierto en Scheler la cuestión jurídica no fue tratada de manera sistemática en ninguno de sus trabajos, no puede desconocerse que sí es posible encontrar variadas referencias al fenómeno jurídico y político, de tan diversa naturaleza que incluso pueden parecerse contradictorias. Sobre esto: ALBERT MÁRQUEZ, M. (2004), *Derecho y Valor: Una filosofía jurídica fenomenológica*. Madrid: Encuentro, p. 17. De la existencia de un orden jurídico fundado en el valor de *lo justo*, y de la conexión entre la realización de la moral y la realización de los valores superiores que preside la ética de Scheler, cabría esperar *una cierta subordinación del derecho a la moral*.

FUENTES.

- AGUINSKY, E.: *Fenomenología y ontología jurídica*. Buenos Aires: Pannedille; 1971.
- ALBERT M., M.: *Derecho y Valor: Una filosofía jurídica fenomenológica*. Madrid: Encuentro; 2004.
- LUYPEN, W.: *Fenomenología del derecho natural*. Buenos Aires: Carlos Lohlé; 1968.
- REINACH, A.: *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*. Edición y estudio preliminar de Mariano Crespo. Traducción de José Luis Álvarez. *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*. Barcelona: Bosch; 1934.
- SAINZ M., J.: *Fenomenología elemental de la estructura jurídica*. Madrid: Marsiega; 1978.
- VILANOVA, J.: *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales; 1973.

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA.

- BONILLA, A.: *Introducción a una axiología jurídica*. San Salvador: Departamento Editorial del Ministerio de Cultura de El Salvador; 1957.
- COSSIO, C.: *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Losada; 1944.
- CRUZ P., A.: *Historia de la filosofía contemporánea*. Pamplona: EUNSA; 1991.
- DERISI, O.: *Max Scheler: Ética material de los valores*. Madrid: Magisterio Español; 1979.
- HERNÁNDEZ, A.: *Metodología de la ciencia del derecho I-II*. Madrid: Gráficas Uguina-Meléndez-Valdés; 1971.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel; 2001.
- LÓPEZ H., J.: *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*. Murcia: Universidad de Murcia; 2005.
- SCHELER, M.: *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un nuevo personalismo*. Madrid: Caparrós; 2001.
- STELLA, G.: *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*. Milano: Giuffrè Editore; 1990.
- WALDSTEIN, W.: *Lecciones sobre Derecho Natural: en el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la Antigüedad hasta hoy*. Santiago: Universidad Santo Tomás; 2007.
- WELZEL, H.: *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Buenos Aires: B de F Ediciones; 2005.