

CAPÍTULO SEXTO

EN BUSCA DE UNA ÉTICA JURÍDICA MATERIAL O DE CONTENIDO NORMATIVO 199

I. Principios supremos y valores intemporales: Helmut Coing . 200

1. La inserción de los valores en el derecho 202

2. La idea del derecho y la naturaleza de las cosas 204

3. La justicia como idea del derecho 211

4. La idea del derecho como suma de los valores propios del derecho 214

5. La idea del derecho y el derecho natural 217

6. Un primer esbozo de la jurisprudencia de valores 219

II. Los valores como datos previos y como encomiendas u objetivos del derecho: Heinrich Henkel 221

1. Los valores como datos previos en la conformación del derecho 222

2. La aceptación del orden social de valores por el derecho 228

3. Los valores como encomiendas u objetivos del derecho 229

4. El problema del derecho recto o justo 234

III. En busca de un punto de apoyo en los valores como correctivo del positivismo jurídico 236

1. La actitud del positivismo normativista ante los valores: Hans Kelsen 236

2. Entre iuspositivismo y iusnaturalismo: Norberto Bobbio . 239

3. Una ruta segura hacia los valores: el problema de la relación de moral y derecho positivo: H. L. A Hart 244

IV. El acceso a la filosofía de los valores desde la doctrina tradicional del derecho natural 247

1. Los fines existenciales y los valores: Johannes Messner 250

2. La dignidad de la persona como valor supremo y como fundamento del derecho natural: Alfred Verdross 254

3. Los valores como contenido del derecho natural: John Finnis 257

CAPÍTULO SEXTO

EN BUSCA DE UNA ÉTICA JURÍDICA MATERIAL O DE CONTENIDO NORMATIVO

La superación del concepto positivista de ciencia, aplicado al derecho, llevó implícito el ocaso de la concepción positivista del fenómeno jurídico y el consiguiente resurgimiento de la filosofía del derecho en las primeras décadas del siglo XX. Pero además, este acontecimiento volvió a situar en el centro de atención del pensamiento filosófico-jurídico el problema, ya añejo, de si existen o no, en los distintos órdenes jurídicos que han surgido a lo largo de la historia, algunos elementos comunes y constantes que, al estar sustraídos al cambio histórico, sirven de referente, de norma esencial e inmutable, para considerar a un orden jurídico como verdadero derecho. O si, por el contrario, el derecho, como producto cultural humano, es esencialmente histórico, esto es, que las normas que regulan la conducta humana atienden simplemente a un contexto histórico-cultural determinado, responden y se enraizan en la historicidad del hombre, de tal manera que cualquier orden jurídico vigente para un determinado grupo de hombres, por el simple hecho de su vigencia, debe ser considerado derecho.

Esta problemática, que se encuentra también en el fondo de la tensión entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo y que ha sido abordada desde múltiples puntos de vista, toca el problema del valor cuando se considera que los elementos suprahistóricos, que se encuentran implícitos y sirven de referente a todo derecho, son en realidad aquellas entidades que la filosofía de los valores precisamente ha denominado *valores*. De esta tarea, es decir, de poner en el centro de la reflexión filosófica sobre el derecho el problema del valor, se encargó el neokantismo sudoccidental alemán. Pero, a pesar de los grandes frutos conseguidos, el punto de partida gnoseológico, anclado en la teoría del conocimiento kantiana, así como el relativismo axiológico que caracterizaron al neokantismo filosófico-jurídico de Baden, le impidieron llevar la reflexión sobre el valor

hasta sus últimas consecuencias. Por ello fue necesario que, frente a la profunda crisis y los trágicos acontecimientos vividos en la primera mitad del siglo XX, el pensamiento filosófico-jurídico acudiera a las nuevas corrientes y métodos, que en esa misma época se gestaron en el campo puramente filosófico, para que, profundizando en el problema del valor y sus relaciones con el derecho, intentara dotar al orden jurídico de un contenido material objetivo. Estos intentos tuvieron como base filosófica el pensamiento de Max Scheler y Nicolai Hartmann, quienes, al aplicar el método fenomenológico al problema del valor, lograron establecer la existencia de un reino de valores absoluto y objetivo.¹ Éste es el camino que en el campo de la filosofía del derecho recorren a la par Helmut Coing y Heinrich Henkel.

I. PRINCIPIOS SUPREMOS Y VALORES INTEMORALES: HELMUT COING

Helmut Coing (1912) no sólo se propone aplicar a la reflexión sobre el fenómeno jurídico el método fenomenológico, tal como lo comprendiera Max Scheler,² sino que, además, se esfuerza por llevar a la reflexión filosófica del derecho los postulados y resultados que alcanzara su ética material de los valores, así como algunos rasgos fundamentales de la ontología de Nicolai Hartmann.³ En el pensamiento de Coing subyace de manera acuciante la problemática que planteábamos al principio de este capítulo, ya que toda su obra filosófico-jurídica se centra en la siguiente pregunta: ¿Es el derecho, como producto cultural e histórico, una creación arbitraria de la libertad humana o, por el contrario, se entrecru-

¹ En este sentido, Hans Welzel afirma que, frente a la incapacidad de la filosofía del derecho neokantiana de impedir la reducción del derecho al poder, así como por el temor de recorrer, una vez más, la “ruta, ya cubierta de hierba”, del derecho natural, la “Ética material de los valores, fundada por Scheler y por Hartmann, apareció como el camino más adecuado para llegar a principios jurídicos materiales”. Cfr. Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951; hay traducción al español a cargo de Felipe González Vicén, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 231.

² Conviene recordar que Scheler entiende esencialmente la fenomenología como una nueva forma de ver el mundo, una nueva actitud ante la vida, mediante la cual se entra en una nueva relación con las cosas. Una relación que el propio Scheler denominó experiencia fenomenológica (*phänomenologische Erfahrung*) y que conduce a la intuición de esencias (véase *supra*, pp. 100-104).

³ Véase *supra*, p. 127.

zan en él conexiones esenciales, morales y objetivas, en cuyos límites debe quedar comprendido todo derecho positivo? Ya en su primera obra, *Die obersten Grundsätze des Rechts*,⁴ escrita justo al terminar la Segunda Guerra Mundial, Coing se inclina decididamente por la segunda alternativa que se contiene en la anterior pregunta. Pero, sin lugar a dudas, es en su obra *Grundzüge der Rechtsphilosophie*,⁵ donde, reformulando y ampliando los postulados de su primera obra, se propone demostrar decididamente que el derecho, aunque tal como lo entendiera el neokantismo sudoccidental es en efecto una creación humana, no es una creación arbitraria, carente de vínculos esenciales, sino que, además de tener que contemplar ciertas legalidades esenciales dadas en la materia jurídica que configuran su contenido, el derecho debe servir a ciertos fines objetivos, en los que encuentra su fundamento y su razón de ser. El conocimiento de estas legalidades y esos fines le permite establecer ciertos límites objetivos a todo derecho posible.⁶ Para demostrar su postura se apoya en dos elementos fundamentales, que a la vez constituyen las dos columnas centrales de su obra: el desarrollo de la idea del derecho, como la expresión de los valores objetivos y absolutos propios del derecho, y la naturaleza de las cosas (*Natur der Sache*), como forma del pensamiento jurídico.

Con el mismo fin divide su obra en tres grandes apartados. En el primero se propone, a través del método fenomenológico, desentrañar los rasgos esenciales y permanentes del fenómeno jurídico. Así, tras analizar el sentido y las formas de manifestación del derecho, sus fundamentos psicológicos y el lugar sociológico que ocupa, define al derecho como “un orden social pacífico de un determinado grupo humano, que decide sobre los conflictos sociales y se orienta tanto al establecimiento de la seguridad para la situación existente como a la realización de los valores morales de la justicia, de la honestidad y de la libertad”.⁷ Este primer

⁴ Coing, Helmut, *Die obersten Grundsätze des Rechts; Ein Versuch zur Neubegündung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947.

⁵ Coing, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, Walter de Gruyter, 1950; hay traducción al español de esta edición a cargo de Juan Manuel Mauri, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Ariel, 1961, 1971. En 1961 Coing publicó la segunda edición de su obra y con varias adiciones en 1969. Sobre ello véase Rodríguez Molinero, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, cit., nota 35, pp. 366-377.

⁶ *Fundamentos de filosofía del derecho*, cit., nota 5, p. 106.

⁷ *Ibidem*, p. 49.

apartado cobra especial relevancia para nuestra investigación, debido a que en él Coing se propone explicar el modo como los valores morales se introducen en el derecho. Sin embargo, la parte central de su obra, en cuanto a lo que la investigación sobre el valor concierne, es el apartado segundo, pues en él, además de explicar los dos elementos que constituyen la base de su pensamiento, a saber: la idea del derecho y la naturaleza de las cosas, intenta alcanzar un fundamento objetivo de los valores morales para hacer frente al nihilismo y al relativismo axiológicos. Además, analiza los valores propios del derecho que fundamentan la idea del derecho, para terminar proponiendo un derecho natural, entendido como la suma de los principios jurídicos ideales que, al conjugar el contenido de la idea del derecho con la naturaleza de las cosas proporciona el debido fundamento y medida al derecho positivo. Por último, en el tercer apartado reflexiona sobre el derecho positivo y la ciencia del derecho. En él, además de analizar algunos temas propios de la ciencia del derecho, como son las fuentes del derecho, la validez del orden jurídico, las lagunas de la ley y la aplicación del derecho al caso concreto, da un paso trascendental en la recepción de la filosofía de los valores en el campo del derecho; al tratar esos temas, hace un examen exhaustivo de la relación que guardan los valores con el derecho positivo y, en particular, estudia cómo operan los valores en la formación del derecho y qué papel juegan los valores en su aplicación. Todo ello supone, como apunta Karl Larenz, el primer esbozo serio de una fundamentación objetiva de la “jurisprudencia de valores”.⁸ Conviene por ello referirse con cierta amplitud a cada uno de estos apartados señalados, comenzando con el análisis de la inserción de los valores en el mundo del derecho.

1. *La inserción de los valores en el derecho*

Tomando como base la comprensión neokantiana del derecho, como un producto de la cultura, es decir, como una obra humana, y apoyándose en la antropología filosófica de Max Scheler y en los logros de la psicología moderna, Coing establece que el derecho no puede entenderse sino partiendo de la intencionalidad del hombre. Explica que, por más condicionado que pueda estar el hombre respecto de las circunstancias de su época, no se puede establecer una simple determinación causal en-

⁸ Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., nota 31, pp. 143 y 144.

tre las circunstancias objetivas de la realidad y su creación espiritual. Y es que, en su opinión, entre ambos hechos siempre existe una determinada intencionalidad, fundada en la voluntad y en las tendencias del hombre, lo cual implica que el derecho sólo pueda entenderse por su sentido teleológico, es decir, buscando la específica intencionalidad que con él persigue el hombre.⁹ Profundizando en el análisis de la intencionalidad, Coing distingue varias capas o estratos en la conciencia humana. El estrato superior corresponde a la personalidad humana en estricto sentido, es decir, aquella en la que el hombre es consciente de sí mismo y de su entorno, de su pasado, de su presente y de su futuro, y en la que es capaz de proponer los fines que determinan conscientemente su conducta. Los demás estratos se refieren a los diversos estados de conciencia del hombre, entre los que señala el estrato anímico o la vida del sentimiento, el estrato propio del instinto animal y el estrato de los actos inconscientes. Para él, el derecho está ubicado en el primer estrato de la conciencia, en cuanto afirma que, al ser una ordenación previsoras y valorativa de la vida social, se encuentra en el amplio ámbito de la configuración consciente de la vida y la existencia del hombre. El derecho se dirige al hombre consciente, pensante, al hombre que actúa con previsión y responsabilidad. Sin embargo, añade —y con ello conecta con una de las ideas fundamentales de la ética material de los valores de Max Scheler—, que el hecho de que el derecho pertenezca propiamente a la capa de mayor conciencia de la *psiqué* humana no excluye que en su configuración participen también otros estratos de la personalidad profunda del hombre, como es el del sentimiento o ámbito emocional.¹⁰ De hecho, Coing afirma que el contenido que el hombre da al orden social es en buena parte resultado del sentimiento y de las tendencias vivas que habitan en su alma, así como de la energía y la jerarquía de éstas. Incluso llega a decir que el orden jurídico no es del todo comprensible si no se toma en cuenta el ámbito sentimental y volitivo del hombre. A esta participación de la dimensión emotiva o sentimental en el derecho se le ha denominado senti-

⁹ Es importante mencionar aquí que la distinción que Max Scheler establece de fines y valores se refiere a que los valores son en última instancia el fundamento de los fines, es decir, que los fines de la conducta humana se dirigen en último término a la realización de valores (véase *supra*, p. 106).

¹⁰ Ya hemos visto también cómo Max Scheler, en su intento de rehabilitar la esfera emocional del hombre, asigna al sentimiento intencional la capacidad de intuir valores (véase *supra*, pp. 111 y 112).

miento del derecho o conciencia del derecho. Dejando a un lado la disputa terminológica, prefiere utilizar el concepto de conciencia del derecho, al que identifica íntimamente con la conciencia de los valores, a la que a su vez define como “un saber acerca de la existencia de determinados valores en la vida social, y una conciencia jerárquica que ordena y articula esos valores, los jerarquiza y fija así cuál es el lugar que cada uno debe ocupar en la vida social”.¹¹ Así pues, la conciencia del derecho, que se forma tanto por la actitud personal frente al valor como por la influencia que el propio individuo recibe de los valores del grupo en el que se desarrolla, adquiere la importante función de configurar los contenidos normativos del derecho. De esta manera explica cómo, a través de la conciencia del derecho, que no es en el fondo sino conciencia de valores, los creadores del derecho —entiéndase el legislador y el juez— van determinando con sus propias valoraciones, que a la vez son el reflejo de las valoraciones del grupo al que pertenecen, los contenidos normativos del derecho. Establece así una primera afirmación fundamental sobre la relación de los valores y el derecho, a saber: que, por medio de la intencionalidad humana, los valores llegan a constituirse en materia normativa del derecho. Sin embargo, la pregunta inicial de la que parte: ¿es el derecho un producto arbitrario de la libertad humana?, sigue obviamente sin resolverse, pues hasta ahora tan sólo ha podido demostrar cómo los valores conforman el contenido del derecho, pero no ha definido si estos valores proporcionan una legalidad objetiva e inmutable a todo derecho, o si, por el contrario, al ser meras expresiones de la subjetividad humana, subrayan su historicidad. Por ello para Coing el problema de la naturaleza de los valores, que subyace en el fondo de su noción de la idea del derecho, cobra una relevancia fundamental.

2. *La idea del derecho y la naturaleza de las cosas*

Coing explica que la doctrina de la idea del derecho se remonta a la filosofía platónica, en cuanto con ella las “ideas” se entienden como entidades ideales que se reflejan en el ser dado en la experiencia. Las ideas son prototipos de los seres reales, es decir, son el ser propio y verdadero, frente al cual la realidad empírica es mero reflejo. El hombre puede percibir estas ideas debido al recuerdo que de ellas tiene antes de empezar

¹¹ *Fundamentos de filosofía del derecho, cit.*, nota 5, p. 74.

su vida, de manera que a nuestras opiniones subjetivas subyace el recuerdo de las ideas como esencias.¹² La doctrina de las ideas de Platón —continúa Coing— fue recogida por la filosofía cristiana, mientras que la filosofía moderna separó el término de idea de su trasfondo metafísico. Explica que en este último sentido es como los juristas han entendido la idea del derecho, no sin advertir que esa interpretación constituye un error de principio, debido a que, a su juicio, la idea se desfigura fácilmente si se le desvincula de sus orígenes metafísicos. Sin embargo, lo que le interesa develar de la idea del derecho no es tanto su genealogía, sino si podemos obtener un concepto unívoco de su contenido, es decir, si es posible alcanzar un conocimiento objetivo de los valores en los que se funda. Con esta pregunta rebasa el campo propio de la filosofía del derecho para desembocar en la filosofía general.¹³

Prosiguiendo en esta búsqueda inquietante de la naturaleza de los valores, explica que a lo largo de la historia de la filosofía se han dado dos tipos de respuestas negativas a la pregunta sobre si es posible o no un conocimiento objetivo de los valores morales. Agrupa el primer grupo de respuestas bajo el título de nihilismo o escepticismo moral. Para este grupo, los juicios morales no tienen objeto real alguno, se mueven en el vacío, por lo que afirman que lo que comúnmente se identifica como valores morales en el fondo son sólo realidades de distinta índole, como son: los intereses económicos, la voluntad de poder o la autoafirmación, etcétera. El segundo tipo de respuestas lo agrupa bajo el título de relativismo axiológico o moral, que consiste en afirmar que los valores morales no pueden ser demostrados científicamente, lo que implica que su validez sea meramente subjetiva. Con ello distingue, como lo hiciera en su momento Emge, un relativismo ontológico y un relativismo gnoseológico de los valores, pues mientras las primeras teorías niegan la existencia misma de los valores, las segundas tan sólo niegan la posibilidad de conocer y de establecer juicios objetivos de valor.

Sobre las teorías nihilistas, Coing afirma que, desde sus inicios, siempre se han presentado a sí mismas como “teorías desenmascaradoras”, en el sentido de que sostienen que los supuestos valores morales, como es el caso de la justicia o la libertad, no son más que engaños, en los que se

¹² Platón, “Menón o de la virtud”, en *Diálogos de Platón*, trad. de Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1984, pp. 205-228, esp. p. 213.

¹³ *Fundamentos de filosofía del derecho*, cit., nota 5, pp. 108-110.

esconden intereses personales y afanes de poder. El núcleo de estas teorías ya había sido descrito por Platón en la persona de Trasímaco, que sostiene que la justicia no es más que “aquello que es ventajoso para el más fuerte”.¹⁴ Pero además señala que en la época moderna esta misma teoría ha sido sostenida de diversas maneras por varios filósofos de gran relevancia; tal es el caso de Marx, que en su análisis de la economía política deja muy claro que el verdadero cambio histórico no responde a la idea del derecho, sino al modo de producción de la vida material que condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general.¹⁵ En este mismo sentido, añade que Spencer, Nietzsche y Freud han sostenido un nihilismo axiológico: el primero, en cuanto afirma que en el fondo de las ideas de la justicia y de lo bueno se esconde el concepto de lo útil; mientras para Nietzsche el contenido de los valores de la cultura occidental no son sino la expresión del resentimiento y el deseo de poder de los débiles y los esclavos frente a los fuertes y los aristócratas;¹⁶ por último, Freud no ve en las concepciones valorativas de una sociedad más que “sublimaciones de los instintos”, es decir, transformaciones y desviaciones de los instintos primitivos de autoafirmación sexual, sublimaciones realizadas por la sociedad, en interés de su propia existencia.¹⁷ Esta misma actitud nihilista ante los valores la ve amortiguada en el positivismo jurídico, que, al sustituir la idea de la justicia por el poder coactivo como fundamento del derecho, reconoce cualquier norma puesta por la autoridad como derecho. Incluso señala que Kelsen en su *Teoría pura del derecho* logra expresar esta concepción de los valores morales, cuando afirma que la justicia es pura ideología, y que la verdadera aspiración del derecho apunta en realidad a la organización del poder, y que el contenido de la norma jurídica es indiferente a la validez del dere-

¹⁴ “En cada Estado —responde Trasímaco a Sócrates— la justicia no es sino el provecho de aquel que tiene en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte. De lo cual se sigue para todo hombre que sepa razonar, que dondequiera que sea la justicia y lo que aprovecha al más fuerte son una y la misma cosa”. Cfr. Platón, “La República o de lo justo”, en *Diálogos de Platón*, trad. de Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1984, libro I, pp. 435-454, esp. p. 444.

¹⁵ Marx, Karl, *Zur Kritik der politischen Oekonomie*, 1859; hay traducción al español a cargo de Javier Pérez Royo, *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política*, Barcelona, Crítica, 1978.

¹⁶ Nietzsche, Friedrich, *Más allá del bien y del mal. Preludio de una filosofía del futuro*, trad. de Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 1997.

¹⁷ Freud, Sigmund, *Das Unbehagen in der Kultur*, 1930; hay traducción al español por Ramón Rey Ardid, *El malestar en la cultura*, Madrid, Alianza, 2000.

cho.¹⁸ En la crítica de estas posturas, y en especial de la alusión al poder, señala que, aunque no se puede ignorar que el derecho se adapte a determinadas condiciones materiales, tampoco se puede negar que en todo derecho se expresa una especial tendencia del espíritu, lo que indica la necesidad de reconocer que el derecho persigue fines propios, y que incluso se propone regular una situación dada según sus propios criterios axiológicos.¹⁹

Respecto del relativismo axiológico, Coing señala que éste no niega la existencia de tendencias y valores morales, ni tampoco las aspiraciones de justicia, sino que lo que niega es el conocimiento unívoco y objetivo de los valores morales, así como la superioridad de unos valores morales sobre otros. Distingue a su vez diversas posturas. La primera de ellas es el relativismo de origen kantiano, que identifica con el formalismo de Stammler, y que descansa en la idea de que toda vida sentimental del hombre depende en su contenido de estímulos sensibles, esto es, de la acción de objetos empíricamente dados, y de que el mundo de los sentimientos, incluidos los sentimientos éticos, no muestran ni un contenido descriptible ni una articulación determinada, de tal forma que las proposiciones morales universales sólo pueden ser formales. Observa que esta concepción, que ha penetrado en la concepción neokantiana del derecho, debe considerarse superada por las investigaciones de la fenomenología y de la psicología modernas.²⁰ El segundo tipo de relativismo lo atribuye a Max Weber, que, como ya hemos apuntado, es el que ha tenido mayor influencia en el pensamiento jurídico, y consiste en afirmar que existe una pluralidad de valores que se encuentran enfrentados entre sí, a lo que el propio Weber llamó gráficamente “politeísmo de los valores”. Pero además, al sostener que todos los valores comparten una misma dignidad, impide que podamos distinguir objetivamente una jerarquía entre ellos, de forma que la elección que de ellos hacemos responde a una mera convicción personal, que de ninguna forma puede avalarse científicamente.²¹ También Radbruch —señala Coing— aceptó este relativismo weberiano, aunque corrigiéndolo mediante el reconocimiento de la justi-

¹⁸ Véase *supra*, pp. 248-251.

¹⁹ *Fundamentos de filosofía del derecho*, cit., nota 5, pp. 111-116.

²⁰ Sin lugar a dudas Coing se está refiriendo directamente a la filosofía de los valores de Scheler, en la que se apoya para demostrar, frente al formalismo kantiano, que un a priori material es posible (véase *supra*, p. 107).

²¹ Weber, Max, *La ciencia como profesión. La política como profesión*, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Espasa-Calpe, 1992 (véase *supra*, p. 83).

cia como valor formal, pero universalmente vinculante y, como tal, constitutivo del derecho. Sin embargo, advierte que Radbruch, al analizar el problema del “fin del derecho”, señaló los posibles valores a los cuales puede tender el derecho: persona, comunidad y cultura, lo que significó el reconocimiento de que en el reino de los valores existen amplias conexiones, que limitan la libertad de decisión del hombre. La última forma de relativismo valorativo la ve Coing en el historicismo, en cuanto enseña que los valores son relativos a una determinada cultura desarrollada en una época histórica específica, es decir, que, al conformarse las ideas y valores morales de los hombres en una situación histórica determinada, sólo pueden tender validez para dicha situación concreta.

Al igual que lo hiciera Max Scheler en el campo de la ética y en concreto frente a la ética formal kantiana, Coing intenta demostrar que la idea del derecho se fundamenta en valores de naturaleza objetiva, lo que le otorga un contenido material normativo. A este respecto, sostiene que, independientemente de las diferencias existentes entre los distintos tipos de relativismo, existen cuatro hechos que sirven de apoyo a todo tipo de pensamiento relativista. Son estos: la dificultad de fijar objetivamente los contenidos morales; la vinculación de las exigencias éticas con la situación histórica; la lucha irresoluble de los diversos ideales éticos, y el supuesto conflicto de valores. Para refutar estos argumentos relativistas, apela a algunos de los principales postulados que Scheler sentara para combatir el formalismo kantiano y demostrar la objetividad de los valores morales. Así, partiendo del postulado de que todo conocimiento moral tiene que apoyarse en “la experiencia de los valores, que tiene lugar en el sentimiento y en los actos de preferencia”,²² sostiene que los valores pertenecen al ámbito del ser ideal. Son esencias que se presentan independientes a nuestra conciencia. Por lo tanto, no son meros fenómenos de la conciencia ni productos de la subjetividad, pues se distinguen tanto de nuestras representaciones como de nuestros sentimientos. El hombre no crea los valores, tan sólo los reconoce mediante el sentimiento y la experiencia que tiene sobre ellos. Ésta es una clarísima aceptación de los dos postulados básicos de la filosofía de los valores desarrollada aplicando el método fenomenológico, pues, por una parte, reconoce que los valores existen con plena independencia del conocimiento de los hombres, y, por otra parte, que los hombres aprehenden los valores me-

²² Ésta es una cita expresa que Coing hace de la obra de Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertethik*, cit., nota 44, p. 338.

diante el sentimiento que tiene de ellos o, como indicaba Scheler, a partir del sentir intencional.²³ Ahora bien, como también lo había hecho Hartmann, Coing advierte que este tipo de conocimiento, que tenemos de los valores, ofrece mayores dificultades y un mayor margen de error que otro tipo de “saberes”, basados en los métodos científico-naturales o en la construcción lógica, como puede ser el conocimiento matemático. Y es que el conocimiento que tenemos de los valores, al estar fundado en última instancia en la intuición del sentimiento del valor, no puede ser comprobado por el método experimental, ni siquiera tenerse por verdadero según el clásico *consensus omnium*. Sin embargo, estas limitaciones no aniquilan la posibilidad de una “intelección general y universalmente válida del contenido de los valores morales”,²⁴ pues aunque es imposible despojar nuestra intelección moral de las vivencias subjetivas, no se puede negar la posibilidad de atisbar la verdad sobre el contenido de los diversos valores morales. De no ser esto así, concluye Coing, sería simplemente imposible una comprensión entre los hombres, especialmente entre los hombres de diversas culturas.

Frente al segundo argumento del relativismo axiológico, consistente en afirmar que es imposible una demostración científica de la superioridad de un valor sobre otro, Coing sostiene —al igual que lo hiciera Max Scheler—, que en el reino de los valores existe una jerarquía objetiva, que establece un rango distinto para cada uno de los valores que integran ese reino. Afirma incluso que, de un análisis profundo de la historia de las culturas, podemos deducir a grandes rasgos la existencia de esa jerarquía.²⁵ Por lo que respecta al argumento historicista, de que los valores sólo tienen vigencia para la determinada situación histórica y cultural en la que fueron creados, señala que, aunque es verdad que nuestra conciencia moral se encuentra condicionada de forma importante por la situación en la que vivimos, no podemos perder de vista que la vida humana

²³ Véase *supra*, pp. 111-114.

²⁴ *Fundamentos de filosofía del derecho, cit.*, nota 5, p. 121

²⁵ En una breve referencia que hace al problema de la jerarquía de los valores, Coing parece ceñirse a la jerarquía dada por Scheler. Sin embargo, en otros pasajes destaca la enorme dificultad de establecer una jerarquía objetiva, que sirva de base a la diversidad de valores. En este punto parece seguir más bien a Hartmann, quien —como hemos visto— niega que se pueda establecer una jerarquía de valores tomando como partida un valor, por lo que, más bien, propone que por medio de un estudio concreto de cada valor se desvelen y se resuelvan las aparentes antinomias que se presentan en el reino de los valores (véase *supra*, p. 132).

es de tal naturaleza, que en las distintas épocas históricas y culturales hay fenómenos fundamentales que se repiten siempre de forma constante. En la historia —observa Coing— hay una tópica, que nos ayuda a describir el contenido de los valores morales trascendiendo su situación histórica particular. Esto nos permite determinar el concepto de justicia al menos en su núcleo esencial. Por último, en lo referente al argumento del conflicto de valores, advierte que éste no implica subjetividad o relatividad, pues, el que no podamos abarcar todos los valores a la vez, sino que tengamos que decidimos por uno de ellos excluyendo el resto, no conduce, como pensaba Weber, a que todos los valores merezcan una misma consideración y rango, sino que manifiesta tan sólo nuestra limitación en la elección y realización de los valores, sin que esto suponga que los valores excluidos dejen de tener vigencia, o que nosotros seamos los que subjetivamente fijamos un mayor o menor rango a los valores. Y es que los valores —concluye Coing siguiendo fielmente la filosofía de los valores desarrollada por Scheler y Hartmann— “valen por sí mismos y se ordenan según su propia jerarquía objetiva”.²⁶

Conviene advertir, como observación muy personal, que, aunque Coing apunta a una concepción objetiva de los valores, que se basa fundamentalmente en el reconocimiento de la existencia propia e independiente de los valores como esencias ideales, no por ello afirma que nuestro conocimiento de los valores sea pleno y absoluto, sino que más bien, de nuevo con Scheler y Hartmann, reconoce una importante limitación en nuestra aprehensión de los valores objetivos. Una limitación que se debe tanto a la vía por la que el hombre accede a los valores, que es el sentimiento del valor, como por el hecho de que conoce e interpreta los valores desde un contexto histórico y cultural concreto. La conciencia de esta limitación es clave para no desvirtuar su pensamiento, ya que, aunque indica que la idea del derecho fundada en valores objetivos constituye el contenido objetivo que todo derecho histórico debe respetar para poder ser considerado como derecho, también advierte que la idea del derecho nunca es algo acabado y absoluto, que se presenta a los hombres fuera de la historia y de manera evidente. Me parece que en este punto concreto, a diferencia de algunos críticos de la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann, supo captar fielmente la concepción que estos dos filósofos tuvieron del problema del valor.

²⁶ *Fundamentos de filosofía del derecho, cit.*, nota 5, p. 123.

3. *La justicia como idea del derecho*

Una vez sentada su concepción objetivista de los valores, Coing se propone extraer de ella las importantes consecuencias que se derivan para la conceptualización del derecho. Coincidiendo con G. Radbruch, fundamenta la idea del derecho en el valor de la justicia. Explica que si entendemos al fenómeno del derecho como un orden social, el primer valor que aparece es el valor de la justicia, pues mediante él se reconoce al otro como un ser de iguales derechos. La justicia, como valor objetivo, “se orienta a nuestra actitud y a nuestras relaciones con el prójimo, ella nos exige que reconozcamos al prójimo del mismo modo que deseamos nosotros ser reconocidos, vivir y desarrollarnos”.²⁷ Siguiendo de nuevo a Radbruch, afirma que la nota esencial de la justicia es la igualdad, lo que implica tratar igualmente lo igual y de manera diferente lo desigual.

Ahora bien, como antes apuntamos, la justicia como idea del derecho, y precisamente por su carácter de valor, encuentra limitada su realización por un material previo. Está atada a ese material —nos dice Coing—, tal como la idea del artista no puede realizarse sin tomar en cuenta las características del material en el que va a trabajar. La primera limitación de la justicia se refiere a que tan sólo se puede referir a las acciones humanas socialmente relevantes. Pero además, al ser el derecho un orden abstracto que sólo regula casos “típicos”, la justicia no puede abarcar la totalidad de la persona humana, limitándose a su consideración general y abstracta. En este sentido, distingue la justicia propia del derecho de la justicia personal o de la equidad, en la que se mira a la persona concreta y precisamente en lo que ella tiene de particular. Otra limitación de la justicia es la tendencia del derecho a la seguridad, pues la justicia del derecho siempre se mueve en el marco de un determinado orden de poder. En este aspecto percibe la tensión que existe entre la idea de justicia y la que denomina justicia del derecho. Explica que la segunda responde a un determinado orden social y se afana por protegerlo y conservarlo, mientras que la primera muchas veces va más allá de un determinado orden, se vuelve crítica e incluso amenazadora de un orden establecido. En el fondo, Coing se refiere aquí a la antinomia entre el valor de la justicia y

²⁷ *Ibidem*, p. 124. En su concepción del valor de justicia, Coing reconoce expresamente que se apoya en las consideraciones que Nicolai Hartmann realizara sobre este valor en su *Ethik*. Cfr. Hartmann, Nicolai, *Ethics*, traducción inglesa por J. H. Muirhead (Londres, George Allen & Unwin, 1967).

el valor de la seguridad, que ya Radbruch había tratado con profundidad. Observa además una tercera tensión o antinomia, que se encuentra en el núcleo mismo del valor de la justicia y que se refiere a la contradicción entre la exigencia de igualdad de la justicia y la exigencia de una justicia individual. La nota de igualdad de la justicia exige que se dé a cada uno lo suyo, e implica la exclusión de una serie de notas individualizadoras, para no apresarse más que el contenido típico de las acciones. Sin embargo, cuando estamos ante un caso individual, “lo suyo” no puede medirse más que individualmente, es decir, tomando en cuenta todas las particularidades del caso concreto. Para salvar esta antinomia, indica que la exigencia de igualdad en la justicia no dice rígidamente “a todos lo mismo”, sino “trata igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Pero es consciente de que, aunque por el momento esto supera la supuesta antinomia, esta fórmula lleva a plantearnos el espinoso problema de establecer cuál es el criterio para determinar cuándo una persona es un igual y cuándo es un desigual. Como lo hiciera en su momento Radbruch, reconoce que la justicia por sí misma no nos puede dar un criterio material y objetivo, por lo que tenemos que acudir a otra instancia que nos permita establecer, con toda seguridad, qué es lo que a cada quien le corresponde. Esta instancia tan sólo la podemos encontrar —apunta Coing— en las cosas mismas, en su naturaleza. Así, se plantea un nuevo problema que le conduce al otro elemento en el que funda su concepción del derecho: la naturaleza de las cosas (*Natur der Sache*). A este respecto, pregunta si en la naturaleza de las cosas podemos encontrar un complemento a la idea del derecho, un criterio de la justicia que nos permita dar respuesta a las cuestiones que ésta deja abiertas.

La primera advertencia que nos hace sobre el concepto de naturaleza de las cosas es que no podemos limitarlo a su sentido literal, pues este concepto, que evoca fundamentalmente “el orden del ser de las cosas”, presenta diversos aspectos. Entre ellos sobresalen estos: la naturaleza misma de los hombres; la estructura del mundo que circunda al hombre; los diversos ámbitos de la actividad jurídica; la propia ley estructural que se desprende de los distintos ámbitos de la vida, así como las determinaciones que se desprenden de la naturaleza de cada institución jurídica. Si tomamos en serio esta amplitud del concepto de naturaleza de las cosas, veremos que abarca casi todas las dimensiones de la vida jurídica y social. Con lo cual parece que hemos encontrado el criterio que la justicia necesitaba para dar a cada uno lo que le corresponde, pues tan sólo ten-

dríamos que develar aquello que la propia naturaleza de cada cosa establece en cada caso concreto para poder determinar lo que le corresponde a cada uno.²⁸ Sin embargo, advierte que nuestro conocimiento de la naturaleza de las cosas es limitado, al punto que se hace simplemente imposible la pretensión del legislador de derivar todo un orden jurídico apoyado en su conocimiento de la naturaleza de las cosas, lo que no excluye, por otra parte, que el pensar según la naturaleza de las cosas, al ser utilizado como complemento de la idea del derecho, sea fundamental en la formación del derecho. Y recuerda la máxima de Franz Böhm: “tenemos que escuchar a las cosas antes de disponernos a ordenarlas”.²⁹

En definitiva, Coing reconoce que, si bien mediante el recurso a la naturaleza de las cosas no podemos obtener una “intelección del concluso orden, que nos resolvería definitivamente los problemas dejados abiertos por el estudio de la idea del derecho”, sí nos ofrece elementos de ordenación, nos muestra que el derecho no parte de la nada, sino que atiende a una realidad previa, determinada por ciertas estructuras que tienen que tomarse en cuenta. Sin embargo, el reconocimiento de estas estructuras no exime de la tarea de intervenir nosotros mismos, valorando y ordenando la realidad dada. Y es que la naturaleza de las cosas, concebida como mera propiedad de las cosas y del hombre, como legalidad interna de los procesos sociales, no agota la normatividad del derecho. Es decir, el derecho no sólo describe el ser de las cosas, sino que las valora, emite un juicio de valor sobre lo que debe ser. Coing explica esto mediante un ejemplo que se refiere a la propia posición del derecho ante la persona. El derecho —dice— tiene que empezar por aceptar al hombre tal como es y contar con todas sus propiedades. Pero no puede de ninguna manera limitarse a eso, pues el derecho no puede dar vía libre a todos los instintos y a todas las pasiones del hombre; más bien tiene que poner un freno a ciertas cualidades humanas, promover algunas y dejar vía libre a otras. Para hacer todo eso, tiene necesariamente que valorar. Esto implica que la naturaleza de las cosas no agota el problema de la justicia, no aporta el criterio definitivo para establecer qué es lo suyo de cada uno. Para ello

²⁸ En este sentido, afirma: “Si pudiéramos penetrar y abarcar todo el orden de la naturaleza, la justicia consistiría entonces en ordenar a los hombres y a los procesos sociales conforme el lugar que ya ocupaban por el eterno orden del ser. La tarea del legislador justo se convertirá en una tarea científica, y no de decisión, en una tarea de conocimiento, pues el conocimiento del verdadero ser pondría al legislador en situación de dar a cada uno lo suyo”. *Cfr. Fundamentos de filosofía del derecho, cit.*, nota 5, p. 135.

²⁹ *Ibidem*, p. 139.

—reconoce ahora— es necesario volver a abordar el problema del valor, lo que implica reconocer que, además de una referencia a la naturaleza de las cosas, que nos orienta sobre lo que el propio orden del ser establece como lo suyo de cada uno, la idea del derecho, fundada en el valor de la justicia, exige que nos remitamos a una dimensión axiológica anclada no sólo en el ser de las cosas, sino también en el deber ser. La apelación a esta dimensión del derecho, que responde esencialmente al mundo de los valores, es lo que denomina “moralización del derecho”.

4. *La idea del derecho como suma de los valores propios del derecho*

Para Coing, el dar a cada uno lo que le corresponde como mandato de la justicia, además de exigir una mirada al orden del ser proporcionada por la naturaleza de las cosas, exige sobre todo reconocer al otro como persona, reconocer el valor del otro como persona moral.³⁰ Esta consideración le lleva a plantearse un nuevo problema concerniente al valor mismo de la persona. Para el humanismo helénico —explica— cada hombre tiene que realizar los valores que se le hacen accesibles para constituirse a sí mismo en persona moral, mientras que para el cristianismo el valor de la persona se funda sobre una metafísica más profunda, que reconoce el valor del hombre en el hecho de que ha sido creado por Dios a su imagen y semejanza, de lo cual concluye que el humanismo helénico y el cristianismo han conformado históricamente la imagen valorativa de la persona presente en los órdenes jurídicos de la cultura occidental, concepción que además ha introducido la dimensión moral del derecho,³¹

³⁰ En este sentido, afirma textualmente que “si la justicia es ante todo un valor moral, que tiene por objeto la relación del hombre con los demás hombres, exige reconocer en definitiva el valor del otro como persona”. *Ibidem*, p. 160.

³¹ No debemos pensar que, al preconizar la moralización del derecho, que en resumidas cuentas se refiere a la inclusión de los valores de justicia, libertad, igualdad y dignidad de la persona como fundamento de la idea del derecho, confunde el derecho con la moral, pues lo que en realidad intenta es plantear la relación entre el derecho y la moral como dos circunferencias que se entrecruzan, siendo su punto de interconexión precisamente aquellos valores objetivos que constituyen la idea del derecho. “El derecho —explica Coing— penetra en el ámbito de lo moral por su zona ideal. Pero no reabsorbe totalmente este ámbito”. Esto implica que en el derecho no se pueden realizar todos los valores éticos, sino tan sólo aquellos valores que responden a la naturaleza del derecho, es decir, de un orden social externo. Por ello el derecho no puede abarcar todos los ámbitos de la vida del hombre ni convertirse tampoco en la única forma de convivencia humana. El derecho más bien “es la forma más elemental de convivencia humana”. *Idem*.

pues al reconocer en la persona un valor en sí misma, establece la necesidad de reconocerla como el “punto de penetración de los valores en la realidad”.³² Es decir, que la persona es el único sujeto que puede realizar los valores, el único que al escuchar la llamada de los valores se torna responsable de su realización. Pero además esta responsabilidad del hombre ante los valores es la que le confiere la especial dignidad de persona humana, la que lo determina como un ser moral.

Hemos visto cómo para Coing el valor de la dignidad de la persona humana entra en el derecho en el momento en que la justicia, como valor moral, exige el respeto del prójimo, de su dignidad personal. Sin embargo, aún queda pendiente el problema de cómo el derecho puede realizar el valor de la dignidad humana y qué relación tiene el derecho con este valor. La respuesta a estas preguntas le llevan a señalar otros dos valores que fundamentan la idea del derecho, pues el derecho, como orden impersonal, como orden abstracto y general, tiene la posibilidad de servir al valor de la dignidad humana en tanto en cuanto es un instrumento capaz de reconocer y proteger la libertad de la persona.

En el orden jurídico —afirma Coing— se realiza la dignidad humana cuando el derecho asegura a los hombres una esfera en la que pueden obrar como seres independientes y autorresponsables moralmente, una esfera en la cual el hombre no esté sometido a la decisión de poder de otros hombres, ni convertido en un mero instrumento al servicio de los fines de la comunidad, sino que es un hombre libre y responsable.³³

Resulta de ello que la libertad es también un valor del derecho, que se deriva de la necesidad de garantizar al hombre las condiciones necesarias para realizar los valores a los que está llamado, de manera que pueda cumplir con la específica dignidad que posee. Pero además, la idea de li-

³² Ya hemos destacado, en la primera parte de este trabajo, que Hartmann, al abordar el problema de la realización de los valores en la realidad, destaca que la persona es el único vehículo para la realización de los valores en el mundo del ser real. Lo que le confiere su especial dignidad, que lo eleva sobre cualquier otra realidad existente (véase *supra*, p. 129) En este mismo sentido, también cobran especial significado las reflexiones que Max Scheler hace sobre la vocación de la persona humana de ser la realizadora de valores. La llamada, que cada uno siente, a realizar los valores y su personal respuesta (véase *supra*, p. 171). Especialmente su bella obra: *Ordo Amoris*, trad. de Xavier Zubiri, Madrid, Caparrós, 1998.

³³ *Fundamentos de la filosofía del derecho*, cit., nota 5, p. 114.

bertad, bien entendida, exige que todos los hombres sean libres y responsables, que todos los hombres sean respetados en su libertad, y no sólo unos cuantos. Lo que indica que, junto al valor de la libertad, sea imprescindible reconocer el valor de la igualdad como fundamento de la idea del derecho. De esta manera, Coing afirma que los valores de la justicia, la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, junto con otros valores, como son la fidelidad, la honestidad y la confianza, más presentes en el derecho civil, constituyen en conjunto el contenido normativo de la idea del derecho. En este sentido, afirma que la idea del derecho es “la suma de los contenidos morales que están esencialmente ligados al desarrollo del derecho”.³⁴

También conviene anotar que Coing sitúa la idea del derecho en el ámbito del ser ideal, con lo cual queda sustraída del devenir histórico. Así, explica que obra como el “objetivo ideal, a cuya realización debe orientarse todo orden jurídico”,³⁵ lo que implica que todo orden jurídico histórico que pretenda ser derecho y no mero poder estabilizado debe proponerse realizar la idea del derecho como su fin último.³⁶ Esta caracterización de la idea del derecho, como suma de todos los valores propios del derecho, conduce a reconocerla, en último término, como un valor en sí misma. Es una especie de esencia ideal, que tiende a realizarse de manera más o menos perfecta en los distintos ordenes jurídicos, y que constituye “el elemento que nos permite superar proposiciones meramente formales para indicarnos determinados contenidos materiales como contenido moral necesario del derecho”.³⁷ Sin embargo, no se cansa de advertir a este respecto que nuestro conocimiento es limitado e imperfecto, tanto en el orden del deber ser, al referirse a los valores absolutos, como en el orden del ser, al tratar de descubrir la naturaleza de las cosas, por lo que la percepción que los hombres podemos tener de la idea del derecho siempre será imperfecta e inconclusa, lo que implica que no podamos deducir de ella un sistema de derecho absoluto y acabado.

³⁴ *Ibidem*, p. 158.

³⁵ *Ibidem*, p. 162.

³⁶ En este sentido, afirma que “todo juez justo debe llevar en el corazón la idea del Derecho, como todo buen legislador debe orientar hacia ella su actividad”. *Ibidem*, p. 161.

³⁷ *Ibidem*, p. 159.

5. *La idea del derecho y el derecho natural*

Apoyado en la relación de complementariedad que guardan la idea del derecho y la naturaleza de las cosas, Coing da un paso más para conectar con el problema del derecho natural. Para él, el derecho natural, a diferencia de la idea del derecho, no pretende ser tan sólo un objetivo moral al que todo orden jurídico debe dirigirse, sino, además, un “sistema de principios jurídicos de determinado contenido, en los que la idea del derecho cobra su configuración concreta y resulta aplicable”.³⁸ En este sentido, el derecho natural tiene su punto de partida en el contenido normativo, que se desprende de los valores morales ínsitos en la idea del derecho. Pero además, tomando en cuenta la naturaleza de las cosas y, en especial, la propia naturaleza humana, debe trascender el campo meramente ético, para traducirse en un sistema de principios jurídicos concretos, que, aplicados a la vida social, puedan servir como modelos para la legislación y la jurisprudencia.

Coing presenta su concepción del derecho natural respondiendo a las tres objeciones que Karl Bergbohm vierte contra todo derecho natural en su obra *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892). Frente a la primera objeción, que consiste en afirmar que no existen principios fundamentales atemporales de naturaleza moral, sino sólo juicios de valor social e históricamente condicionados, que atienden a opiniones personales y subjetivas, Coing esgrime el mismo argumento que ya formuló para demostrar que existen ciertos valores morales cuyo contenido material es posible de intuir y cuyas exigencias poseen validez supraindividual. Sin embargo, vuelve a aludir a la limitación del conocimiento de los valores y en especial a la incapacidad de discernir, con toda evidencia, una jerarquía objetiva de valores, para indicar que el derecho natural no puede ser desarrollado como un sistema concluso y acabado, sino tan sólo como un sistema parcial.³⁹ Respecto a la segunda objeción de Bergbohm, que alude a la condicionalidad histórica de todo derecho positivo, lo que hace imposible la supuesta existencia de un derecho universal de vigencia absoluta, reconoce que no sólo el derecho, sino también nuestras valoraciones morales, se encuentran condicionadas por el contexto histórico y cultural al que pertenecen. Sin embargo, resalta que, a pesar de la gran diversidad de situaciones históricas y de contextos culturales que se han

³⁸ *Ibidem*, p. 162.

³⁹ *Ibidem*, p. 168.

sucedido a lo largo de la historia, podemos aprehender “ciertas relaciones sociales típicas, que se repiten constantemente en la historia, incluso fuera de los límites de una determinada época o una determinada cultura”. Estos elementos típicos, que se repiten una y otra vez de forma esencial en el acontecer histórico, y que constituyen los fundamentos que hacen posible las ciencias sociales e incluso el derecho positivo, descansan en última instancia —según Coing— en ciertas estructuras básicas y en ciertos factores constantes, que se presentan en el orden del ser. El reconocimiento de estos elementos típicos cobra especial relevancia, debido a que, precisamente, de la relación que guardan estos elementos con los contenidos axiológicos que se derivan de la idea del derecho, Coing deduce la posibilidad de un derecho natural como conjunto de principios jurídicos generales. Por último, frente al tercer argumento de Bergbhom, que niega la posibilidad de que existan simultáneamente un derecho positivo y un derecho natural, lo que en el fondo remite al principio positivista de que sólo es derecho el derecho positivo vigente, Coing afirma que este argumento encubre dos errores de apreciación. El primero es que entiende al derecho natural como un sistema completo y acabado, que busca sustituir al derecho positivo, pretensión, que —a su juicio— muy pocos iusnaturalistas han apoyado. Mientras que el segundo se debe a que no reconoce que la supuesta completitud del derecho positivo es tan sólo una ilusión, que ya se ha demostrado ser irreal, puesto que el derecho positivo tiene muchas lagunas, que no puede llenar recurriendo a las propias fuentes del derecho positivo, sino que tiene que recurrir a otras instancias, como son los principios generales del derecho y los principios del derecho natural. Insiste además en que Bergbhom se equivoca al plantear la imposibilidad de la existencia simultánea de los dos derechos, debido a que no toma en cuenta que la existencia del derecho natural es una existencia ideal, y que por lo tanto no afecta a la existencia real del derecho positivo. Es más, destaca que precisamente, “debido a su particular existencia ideal y en la medida en que se refieren a los valores contenidos en la idea del derecho, los principios generales del derecho natural son el fundamento de todo derecho positivo”.⁴⁰ Además, esos principios sirven de criterio para apreciar en qué medida un derecho positivo realiza las exigencias de la idea del derecho. De forma que un derecho que contradiga o no tome en cuenta esos principios se aleja irreme-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 176.

diablenamente de la idea del derecho, y debe ser superado, e incluso combatido si la omisión o la contradicción ha sido voluntaria.⁴¹

En suma, podemos afirmar que para Coing el derecho natural es la suma de principios jurídicos ideales que, al desprenderse de los contenidos axiológicos de la idea del derecho y atender tanto a la naturaleza de la cosa como a los elementos típicos, que se presentan recurrentemente en todos los órdenes sociales históricos, constituye, por una parte, el fundamento de todo derecho positivo y, por otra parte, un criterio o norma material, que nos indica en qué medida un orden jurídico determinado realiza la idea del derecho.

6. *Un primer esbozo de la jurisprudencia de valores*

Respecto de la última parte de la obra de Coing, que dedica al derecho positivo y a la ciencia del derecho, tan sólo pretendemos analizar la relación que establece entre los valores y el derecho positivo, así como la relevancia que otorga a los valores y a los juicios de valor o valoraciones en la aplicación del derecho. Dice a este respecto que “la aplicación de la ley es esencialmente una valoración de los hechos según los juicios de valor contenidos en el derecho”.⁴² Esta afirmación implica dos suposiciones: primera, que el contenido normativo del derecho positivo está impregnado de juicios de valor; y, segunda, que la decisión del juez es esencialmente una valoración acorde con el juicio de valor contenido en la norma jurídica.

Ya hemos apuntado que, para Coing, la idea del derecho y los principios del derecho natural se relacionan con el derecho positivo en tanto constituyen su fundamento y su criterio último. Esto le lleva a afirmar que los valores, en los que se funda el contenido de la idea del derecho y de los que se desprenden los principios del derecho natural, son realizados en mayor o menor medida por los diversos órdenes jurídicos positivos, lo que indica que tengamos que reconocer que todo derecho positivo se encuentra impregnado de diversos valores o juicios de valor.⁴³ Ya he-

⁴¹ *Ibidem*, p. 177.

⁴² *Ibidem*, p. 274.

⁴³ En este sentido, afirma textualmente: “Todo derecho positivo se basa en ciertas ideas valorativas, que constituyen una conexión histórica en sí mismas, y que, como espíritu de una nación o de una época, como concepción de la idea del derecho, forman una totalidad histórico-concreta”. *Ibidem*, p. 281.

mos podido señalar también que, según él, los valores se introducen al derecho en virtud de la intencionalidad humana, la cual, apoyada en la conciencia del derecho, es capaz de dotar a la norma jurídica de contenidos axiológicos. En este sentido, explica que la inserción de valores en el derecho se produce en la formación de los conceptos jurídicos. Y es que, para él, la conceptualización jurídica se distingue esencialmente de la formación de conceptos de las ciencias naturales, en tanto no se propone describir una realidad, sino más bien valorar las conductas e intereses, que se observan en la realidad social, según los contenidos axiológicos que se derivan de la idea del derecho. En este sentido, rechaza que el pensamiento jurídico se guíe exclusivamente por las leyes de la lógica, pues en realidad atiende también a criterios axiológicos y teleológicos para construir sus propios conceptos.⁴⁴ De manera que el legislador, al establecer una ley, está realizando un juicio de valor sobre el interés que tiene que prevalecer en una situación dada.⁴⁵

Ahora bien, una vez demostrado que todo derecho positivo se encuentra impregnado de juicios de valor o valoraciones, que atienden en último término a los contenidos axiológicos que se desprenden de la idea del derecho, se puede explicar fácilmente que “decidir un caso según el derecho positivo, significa decidirlo sobre la base de las valoraciones y fi-

⁴⁴ Coing incluso realiza una clasificación de los distintos tipos de conceptos jurídicos. Distingue dos grandes tipos de conceptos: los conceptos generales empíricos, que se basan en la forma fenoménica común a muchos objetos sin contemplar su esencia, y los conceptos esenciales, que apresan y reproducen la esencia del objeto considerado. Los conceptos generales, a su vez, se dividen en conceptos empíricos generales de objetos y hechos importantes en la vida social (predio, sueldo, domicilio, etcétera), y conceptos empíricos generales de tipo técnico-jurídico (sujeto de derecho, obligación, bien inmueble, etcétera). Este tipo de conceptos no tienen valor normativo y, por lo tanto, en ellos no se puede apoyar una decisión judicial. En cambio, a los conceptos esenciales, que a su vez se dividen en conceptos esenciales basados en valores morales (lealtad, confianza, libertad de expresión, etcétera), y conceptos esenciales penetrados por elementos valorativos (comunidad vital conyugal, persona, propiedad privada, etcétera), al estar relacionados directa o indirectamente con contenidos axiológicos, les reconoce un valor normativo, por lo que pueden fundamentar de decisiones jurisdiccionales. *Ibidem*, pp. 276-279.

⁴⁵ “Los efectos de un determinado acto jurídico, las posiciones jurídicas que fundamentan ese acto, dependen siempre de puntos de vista valorativos y teleológicos. Ya se conceda al acreedor un derecho real o un derecho obligacional, el problema que se soluciona con una de esas dos decisiones no es para el legislador un problema de coherencia lógica, sino de protección de determinados intereses por una decisión, que se orienta según la valoración de los mismos”. *Ibidem*, p. 61.

nalidades según las cuales se ha constituido ese mismo orden jurídico”.⁴⁶ En franca oposición a la concepción positivista, que ve en la actividad jurisdiccional una mera subsunción lógica de un supuesto práctico a una norma y en el juez, un mero ejecutor de la ley, Coing sostiene que la decisión judicial es más bien un acto de voluntad basado en valoraciones y en objetivos prácticos, y no una mera operación lógica.⁴⁷ El juez, al emitir un juicio sobre un caso concreto, tiene que preguntar cuáles fueron las valoraciones de las que partió el legislador, tiene que identificar los intereses que estaban en juego cuando el legislador dictó la norma, e identificar el sentido de la valoración que realizó, para preferir un interés sobre otro. De esta manera se produce una verdadera “comprensión” de la ley por parte del juez, pues penetrando en los contenidos axiológicos que constituyen el aspecto material del orden jurídico, realiza una valoración del caso concreto. Decidir jurídicamente “no significa sin más subsumir, pero tampoco significa decidir libremente, sino decidir según los valores y los objetivos morales del derecho. La ciencia jurídica tiene por tanto que elaborar y desarrollar claramente esos valores y esos objetivos, que constituyen el contenido del orden jurídico”.⁴⁸

II. LOS VALORES COMO DATOS PREVIOS Y COMO ENCOMIENDAS U OBJETIVOS DEL DERECHO: HEINRICH HENKEL

Tratando de situarse en una posición más conciliadora entre derecho natural y derecho positivo, en su extensa obra, titulada *Einführung in die*

⁴⁶ *Ibidem*, p. 257.

⁴⁷ Coing afirma también que, a pesar de que es cierto que los juicios de valor que realiza libremente el juez están condicionados, como todo auténtico juicio o decisión moral, por la vida sentimental, no se sigue de ello necesariamente que las decisiones judiciales sean arbitrarias e irracionales. La conciencia jurídica del juez, que se ubica en el ámbito emocional y que, como antes vimos, se identifica con la conciencia de los valores, lleva implícita una legalidad propia, que se va formando en la medida en que el juez y, en general, el jurista, vive la experiencia de los valores jurídicos. La conciencia jurídica del juez tiene que formarse en relación con los valores contenidos en el propio orden jurídico, así como, en última instancia, con los valores en los que se expresa la idea del derecho. “El juez decide así en base a su sentimiento moral, pero se trata de un sentimiento refinado y preformado por la educación jurídica y la ‘comprensión’ de la ley. De tal manera que su decisión se vincula por las mismas valoraciones en las que descansa el derecho”. *Ibidem*, p. 257.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 274.

Rechtsphilosophie, de 1964,⁴⁹ Heinrich Henkel aborda el problema de los valores en el derecho desde dos perspectivas distintas: una primera en la que, desde una consideración empírica, reconoce en los valores o juicios de valor dominantes en una sociedad determinada un dato previo para la formación del derecho; y una segunda perspectiva en la que, trascendiendo una consideración meramente empírica y dando un salto del mundo del ser real al mundo del ser ideal, reconoce que los valores son una especie de encomienda o recomendación o, más bien, los objetivos a alcanzar por el derecho. Esta doble perspectiva que hace del problema de los valores coincide plenamente con la reflexión sobre los dos elementos fundamentales en los que basa la conformación del derecho positivo en su intento por constituirse en lo que el mismo denomina “derecho *recto* o derecho *justo*” (*richtiges Recht*)

Antes de abordar de lleno la forma en que Henkel contempla a los valores en el derecho, conviene resaltar que, como él mismo confiesa, su filosofía del derecho no se apoya en ninguna doctrina filosófica concreta, a partir de la cual desarrolle su reflexión sobre el derecho —como hasta ahora había ocurrido con los filósofos del derecho pertenecientes al neokantismo sudoccidental y con H. Coing, que sigue la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann—; antes bien, Henkel afirma expresamente que su reflexión iusfilosófica parte del fenómeno jurídico mismo hasta elevarse a una consideración filosófica sobre los principales problemas del derecho, siendo plenamente autónoma e independiente de cualquier sistema filosófico concreto, aunque no niega, por otra parte, que en ciertos puntos se apoya en algunos de los postulados de la ontología de Hartmann, de la teoría de las ideas, e incluso de la filosofía de los valores de Max Scheler, aunque, como veremos más adelante, también los critica seriamente.⁵⁰

1. Los valores como datos previos en la conformación del derecho

Partiendo de una perspectiva empírica, Henkel inserta, desde un primer momento, la reflexión sobre los valores en el conjunto de lo que él

⁴⁹ *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rect.*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964; hay traducción al español a cargo de Enrique Gimbernat Ordeig, con el título *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, Madrid, Taurus, 1968. Esta importante obra fue después totalmente reelaborada y ampliada en su segunda edición, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977, de la que por desgracia no existe traducción española.

⁵⁰ *Introducción a la filosofía del derecho*, *cit.*, nota 49, pp. 19-21.

mismo denomina datos previos del derecho. Éstos, además de los valores, son: la estructura óptica del hombre, que comprende tanto sus determinaciones biológico-corporales como sus determinaciones espirituales; la estructura social, que establece reglas sociales de comportamiento, ofreciendo a la normación jurídica modelos de influencia determinante; los fines o intereses expresados sobre todo en las relaciones económicas de intercambio; las instituciones de la vida social, en las que se manifiestan los tipos reales de las relaciones humanas, y las estructuras lógico-objetivas, que determinan la relación de sentido y la coordinación de los objetos jurídicos de la regulación. Henkel considera a todos estos elementos como factores reales del derecho y los engloba en el concepto general de naturaleza de las cosas, estimando que el problema central de éste consiste en si es posible o no extraer, de los factores reales que lo conforman, una fuerza normativa que afecte a los contenidos de las normas del derecho; si es posible, en definitiva, derivar del ser de la realidad ciertos elementos orientadores en la conformación del derecho, vinculando, además, esta problemática a la relación entre la realidad y el valor, entre el ser y el deber ser. Sin traicionar el principio de la no inferencia del deber ser del ser real, estima que el concepto de la naturaleza de las cosas implica una cierta atenuación del dualismo metódico, en cuanto permite reconocer en los factores reales, también denominados datos previos del derecho, ciertas conexiones de orden, que pueden co-fundamentar el contenido de una norma jurídica de deber ser, sin que, por otro lado, de ellos se pueda deducir la norma jurídica en su totalidad, quedando así un espacio de libertad para la acción creadora del espíritu.⁵¹ En este punto afirma textualmente que “en la naturaleza de las cosas habrá que ver únicamente elementos ordenadores y estructuras como preformas del derecho, las cuales influyen determinadamente en el proceso de conformación del derecho, pero dejan abierta, con mayor o menor amplitud, la normación jurídica en referencia a factores conformadores de otro tipo”.⁵² Ahora bien, Henkel distingue también dos tipos de factores reales: los que se desprenden de las leyes del ser, es decir, que responden a la estructura ontológica de las cosas, y aquellos que el hombre mismo crea en la vida social con base en la actuación de su razón y de su sentimiento, datos previos que no son ya del orden del ser, sino del mundo cultural

⁵¹ *Ibidem*, p. 273.

⁵² *Ibidem*, p. 478.

humano. Este tipo de datos previos no le llegan prefijados al hombre, sino que los produce él mismo; por ello, a diferencia de los datos previos del orden del ser, como lo son la naturaleza humana o las estructuras sociales, no son supratemporales e inmutables, sino que están sometidos, en su contenido, a los cambios del espíritu humano. Puntualiza que no son datos previos del hombre, pues es él quien los crea, pero sí son datos previos del derecho e influyen determinadamente en su conformación. Estos datos previos correspondientes al mundo de la cultura son para Henkel el orden de valores vigente en cada sociedad y las instituciones de la vida social.

Con estas connotaciones básicas, cabe decir que el punto de partida de Henkel, en lo referente al problema de los valores, consiste en que, además de reconocer una estructura teleológica de la conducta humana, contempla también una dimensión axiológica en la vida del hombre, a la que denomina momento valorativo, y con la que se refiere al hecho de que, en último término, los actos humanos se dirigen a aquellos objetos o situaciones que se estiman valiosos.⁵³ Adscribe al sentimiento la capacidad del hombre de aprehender los valores, y estima que, en virtud de éste, dispone de una dimensión especial del mundo, en la que los objetos reales se le muestran bajo el signo del valor o del desvalor. A través del juicio de valor realizamos un acto de estimación, por el que atribuimos a un objeto una cualidad referida a un valor, ya sea positivamente valioso, contrario al valor o incluso carente de valor. Los hombres no sólo tenemos experiencia de los valores y no sólo asignamos un determinado valor a los objetos que nos rodean, sino que, además, en nuestra conciencia nos sentimos llamados a realizarlos. Aunque en este aspecto parece seguir muy de cerca a la filosofía de los valores de Max Scheler, en realidad construye su propia teoría de los valores, al intentar evitar los errores que, en su opinión, incurre la ética material de los valores. Antes de iniciar su crítica, afirma incluso que el problema del origen de los valores rebasa el campo del conocimiento científico para caer en el campo de la creencia. Esto le lleva a limitar su estudio a las vivencias reales y empíricas de los valores, sin ocuparse del problema del ser en sí de los valores. En este sentido, señala que la ética material de los valores de Scheler y Hartmann se apoya en tres ideas fundamentales: la primera consiste en asignar una naturaleza a priori a los valores, un ser ideal que implica su

⁵³ *Ibidem*, p. 391.

independencia respecto del mundo del ser real, dotándolos por ello de una naturaleza absoluta y objetiva; la segunda idea consiste en afirmar que el conocimiento de los valores es intuitivo y, por lo tanto, evidente; mientras que la tercera idea consiste en afirmar que en el reino de los valores existe una jerarquía, que ordena las relaciones de todos los valores y que comparte la misma naturaleza que el valor, es decir, es absoluta, objetiva y se conoce intuitivamente. Con cierta ironía observa que de ser esto así, la ética material de los valores tendría un alcance práctico inusitado en la vida jurídica, pues todos los órdenes jurídicos estarían vinculados y fundados en el mismo sistema de valores; además, se podría tener plena certeza y derivar del sistema de valores todo un sistema de derecho absoluto y objetivo. Sin embargo, declara que esta pretensión no puede ser más contraria a la realidad jurídica, por mucho que tanto Scheler como Hartmann intentaran matizar su posición atribuyendo los grandes cambios históricos en las concepciones del valor, no al ser en sí de los valores, sino al conocimiento que los hombres tenemos de ellos. Advierte, además, que los argumentos sobre la ceguera ante el valor, o el conocimiento gradual y parcial del reino de los valores, no son suficientes para justificar el hecho de la diversidad de órdenes valorativos y de apreciaciones del valor que se han dado en la historia, puesto que un simple examen del desarrollo histórico de los órdenes jurídicos pone de manifiesto la diversidad de valoraciones y de sistemas de valores que aparecen en las regulaciones jurídicas positivas. De todo lo cual deduce que “la tesis de un orden de valores de validez general, evidente y apriorístico no representa una base sólida para la contemplación jurídica”.⁵⁴

Esta oposición a una concepción absoluta de los valores no implica que opte por una actitud subjetivista, pues también se opone al subjetivismo axiológico, en el sentido de que, aunque le reconoce el gran acierto de no desvincular los valores del sujeto que valora, así como del contexto en el que éstos se presentan, le recrimina el no atribuir al contenido de la vivencia valorativa ninguna significación fuera de la esfera individual; es decir, critica que el subjetivismo afirme que el ser del valor se agota con la valoración del individuo, sin advertir que el contenido axiológico es independiente de la valoración subjetiva. Con ello, el subjetivo

⁵⁴ En este sentido, afirma también que fue un grave error que la sentencia del Gran Senado de lo Penal del Bundesgerichtshof (BGHSt, 6, pp. 46 y ss.) se apoyara en la tesis de un orden moral de valores, que para el hombre es evidente y absoluto. *Ibidem*, p. 400.

vismo ignora que no sólo existen vivencias subjetivas diversas, sino que existen un número considerable de valoraciones coincidentes, que por ese hecho tienen una significación supraindividual. Esta negación de valores supraindividuales tiene consecuencias más serias en el campo del derecho que en los campos de la ética, de la religión o del arte, por la sencilla razón de que las decisiones normativas sólo pueden basarse en una actitud valorativa objetiva, en los valores supraindividuales vigentes en un grupo determinado.⁵⁵

Tomando como base esta certera crítica, Henkel desarrolla su propia teoría de los valores, a la que denomina *relacionismo valorativo objetivo*, y cuyo núcleo esencial radica en reconocer que los valores se encuentran determinados por las relaciones concretas que existen en la esfera del ser real.⁵⁶ Estas relaciones se refieren esencialmente a tres instancias: a su relación con el sujeto valorativo, en el sentido de que los valores siempre valen para alguien en concreto; la relación con su soporte valorativo, que se refiere a que un valor solamente es real cuando puede llegar a ser sustentado por un objeto de la realidad, ya sea éste una cosa, una persona, un grupo de personas o una relación humana, y, por último, la relación del valor con una situación de la vida, que implica que la situación vital, en la que se presenta el valor, condiciona el ser del valor, la forma en que los hombres lo aprehenden, e, incluso, en algunas ocasiones, la posición jerárquica de ese valor. Estas tres relaciones, que se entrelazan unas con otras y constituyen el ser valorativo real, determinan que los valores se encuentran esencialmente referidos a la realidad; es decir, que el hombre, en su comportamiento, no reacciona en torno a valores o ideas abstractas, sino que lo hace de tal manera que sus decisiones valorativas las toma con base en una relación valorativa dada, a la situación real y concreta en la que los valores se le presentan en su experiencia. Acentuando la relacionalidad de los valores, Henkel intenta desmarcarse aún más de la concepción absoluta e inmutable de los valores que, a su juicio, sostiene

⁵⁵ “Hasta qué punto es imposible el subjetivismo valorativo para el derecho, es algo —afirma Henkel— que se comprende muy bien si pensamos que el derecho se ocupa, muchas veces, de la colisión de valoraciones subjetivas de las partes litigantes y que sólo puede decidirse sobre estos intereses contrapuestos, tomando como base criterios objetivos de valor”. *Ibidem*, p. 402.

⁵⁶ Más adelante analizaremos la excelente acogida que tuvo el relacionismo relativo objetivo de Henkel entre los filósofos del derecho iberoamericanos, en especial E. García Máynez (véase *infra*, p. 294).

una parte de la ética material de los valores; pero con ello también desvincula a los valores de su esfera ideal, para estudiarlos como meras situaciones de hecho, que se producen en una sociedad determinada y, por tanto, abandona la perspectiva puramente filosófica, que pregunta qué es el valor, para adoptar una perspectiva, que podríamos calificar de sociológica, en la que, más bien, se interroga cómo se manifiestan los valores en la sociedad y cómo se relacionan con el derecho.

Ahora bien, con el relacionismo valorativo no se resigna a una posición subjetivista ante los valores, en la que los valores se reducen a meras expresiones de las preferencias de los sujetos de un determinado grupo humano, sino que, mediante él, intenta acercarse a una posición objetivista. Para ello se apoya en un concepto que es clave en su concepción de los valores: el orden de valores. Explica que en la realidad no sólo hay valoraciones individuales o subjetivas discrepantes unas con otras, sino que también existen campos enteros de valoraciones unitarias, supraindividuales e intersubjetivas, pues sobre la base de muchos actos coincidentes de valoración de un determinado grupo humano se pueden extraer decisiones valorativas típicas, que terminan constituyendo un mismo espíritu valorativo en un determinado *collectivum*, lo que hace posible la comprensión y el acuerdo en las relaciones interhumanas sobre la cualidad valorativa de los objetos. “Como contenidos espirituales —afirma textualmente— los contenidos vivenciales materializados en valores forman parte del espíritu objetivo del grupo. Se ensamblan formando un tejido de estimaciones, un sistema de valores con una jerarquía valorativa, un sistema al que llamamos orden de valores”.⁵⁷ Este orden de valores, que predomina en una sociedad determinada, se hace independiente de las valoraciones subjetivas que le dieron origen, subsiste en la conciencia colectiva del grupo e influye incluso sobre las conciencias particulares de sus miembros. Sin embargo, aunque de este modo el orden de valores alcanza una objetividad intersubjetiva, niega que pueda considerarse un orden absoluto, pues insiste en que su vigencia no depende de sí mismo, sino del hecho de que sea reconocido como tal por un sector dominante de la sociedad. Por todo ello, estima que el orden de valores, aunque es objetivo respecto a las valoraciones subjetivas, es relativo a la sociedad concreta en la que se ha generado.

⁵⁷ *Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, nota 49, p. 403.

2. *La aceptación del orden social de valores por el derecho*

Una vez aclarado el concepto de orden de valores, Henkel considera que, para poder entender los valores como un dato previo del derecho, el primer paso será el de identificar qué valores en concreto son los que deben tenerse en cuenta en la conformación del derecho. A este respecto, explica que en una unidad política, es decir, en un Estado, coexisten un sinnúmero de órdenes de valores relativos a los distintos grupos sociales que lo integran, de manera que el problema consiste en identificar un orden de valores que sea común a todos los grupos sociales y que pueda resumir, en una sola unidad de valores, el pluralismo axiológico inherente a toda sociedad. A este conjunto de valores lo denomina *orden social de valores*. Y señala que se conforma al identificar aquellos valores que tengan relevancia social, para después intentar encontrar en los diversos sistemas de valores un acervo común de contenidos valorativos, lo que exige una comprensión de los distintos sistemas, así como un acuerdo entre los que participan en la conformación de un acervo fundamental unitario de valores. Sobre esto advierte que cuanto más disparidad exista entre los sistemas valorativos, más necesario será retornar a los contenidos humanos fundamentales, pues la única forma de salvar la pluralidad de valores consiste en que aquellos valores que conformen el orden social de valores sean básicos y que se encaminen a posibilitar la convivencia de la sociedad, requiriendo además que la constitución de ese orden de valores sea libre e incluya a todos los miembros de la sociedad. “Solamente así se puede alcanzar un verdadero orden social de valores, y no cuando un sistema totalitario de dominio de la sociedad impone el orden valorativo emanado de una ideología”.⁵⁸

Una vez identificado al orden social de valores como el conjunto de valores susceptible de servir como factores reales y datos previos en la conformación del derecho, Henkel señala tres tareas que el propio derecho cumple respecto de los valores: la primera consiste en la protección de los valores sociales, incluyendo en ella la defensa de los bienes jurídicos, así como la sanción frente a comportamientos contrarios a éstos; la segunda tarea se refiere a la función conciliadora de valores, que hace el derecho en los conflictos jurídicos, y que denomina *ponderación de valores*; por último, la tercera tarea se dirige a la promoción del impulso

⁵⁸ *Ibidem*, p. 416.

valorativo. A través de estas tres tareas los valores que se contienen en el orden social de valores se ven reflejados en el orden jurídico, sin que esto signifique que agoten la totalidad de la norma; y es que, como datos previos del derecho, Henkel los considera tan sólo preformas y elementos orientadores en la conformación del derecho, pero que, por su particular naturaleza, son relativos, mudables e históricos. En este sentido, concluye que, para el derecho positivo, “el orden social de los valores de una sociedad determinada representa un complejo pre-jurídico, 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 recto o justo”.⁵⁹

3. *Los valores como encomiendas u objetivos del derecho*

Apuntamos al comienzo que Henkel trataba el problema del valor desde dos perspectivas distintas: una empírica, que presenta a los valores como hechos sociales que conforman el orden social de los valores, y otra en la que considera a los valores como esencias ideales, que exigen ser plasmados en la realidad y que, al constituir un deber ser, se manifiestan como objetivos a cumplir por el derecho. Esta doble perspectiva de los valores coincide plenamente con la concepción que Henkel tiene del derecho, pues si por una parte sostiene que para no errar en su camino, el derecho no debe dejar de contemplar la estructura que presenta la naturaleza de las cosas, observamos también que reservaba un espacio de libertad en la creación del derecho, de manera que es la voluntad dirigida por el espíritu la que, en última instancia, debe tomar la decisión a favor de lo que tiene sentido y constituye el fin del derecho. En este segundo aspecto considera que

la libertad de conformación puesta en manos del hombre, como posibilidad y tarea para el establecimiento del derecho, no le concede la facultad de llegar a cualquier solución, ni mucho menos aún a una solución arbitraria. Más bien exige constantemente, como libertad en la vinculación, tomar nuevas decisiones conforme a principios espirituales vinculantes, que determinan que algo sea calificado como Derecho.⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem*, p. 426.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 132.

Por lo tanto, reconoce que, además de las “preformas” que se desprenden del orden del ser, las normas jurídicas se encuentran dirigidas a una idea, a una instancia ideal, que no puede ser otra más que la idea del derecho. A este respecto, distingue dos aspectos en la conformación del derecho: por un lado, la obtención de aquellos elementos ordenadores, que han de ser aprehendidos con base en las cosas y en sus leyes o estructuras, y que denomina datos previos, y, por otro, aquellos elementos de conformación de la norma que hacen posible una ordenación hacia las metas, valores y fines del derecho, en cuanto son exigencias de la idea del derecho, y que denomina *objetivos a cumplir*.⁶¹

De la idea del derecho Henkel deduce que éste debe realizar ciertos valores, que sobrepasan el mero momento ordenador, valores jurídicos que se expresan en la positivación del derecho, siempre que los datos de la realidad social permitan la normatividad jurídica. Estos valores no existen como factores reales, sino que, en cuanto pautas valorativas de la conformación del derecho, establecen un fin y, con ello, una tarea que ha de ser cumplida en el acto de creación y de aplicación del derecho. Estos valores, que se manifiestan con la idea del derecho, no se refieren ya a los datos previos del derecho, sino a los objetivos a cumplir por el derecho, a sus metas y a sus fines. A diferencia de los factores reales, cuyo cumplimiento no era necesario u obligatorio, pues su inobservancia tan sólo acarrea una corrección de rectitud del derecho respecto del orden del ser, la idea del derecho, como idea de valor, contiene, además, una obligación nacida del *ethos* del derecho, a la que está necesariamente vinculado aquel que tiene que establecer y que aplicar el derecho. Además, la idea del derecho no debe confundirse con un mero principio formal, que recibe su material del mundo del ser, pues por sí misma establece “líneas directrices materiales” para la formación y aplicación del derecho, y designa un principio rector al que ha de orientarse tanto el derecho positivo como el derecho a positivizar. De manera que frente al derecho positivo funciona como principio de enjuiciamiento, develando las expectativas de rectitud, si no las ha alcanzado; mientras que, respecto de la creación del derecho, constituye en sí una tarea infinita, que nunca será plenamente plasmada en la realidad. En este sentido, la idea del derecho establece una escala gradual entre el nivel de rectitud del orden jurídico, y pasa de ser un principio crítico de valoración a ser un princi-

⁶¹ *Ibidem*, p. 485.

pio de conformación para el derecho nuevo o a renovar. En resumen, la idea del derecho viene a ser una fuerza espiritual constitutivamente activa en el proceso de formación del derecho.

Con respecto al contenido de la idea del derecho, Henkel estima que no hay un solo valor al que tienda la idea del derecho, como puede ser el caso de la justicia, sino que el contenido de la idea del derecho comprende varios valores, entre los cuales tres son fundamentales: la justicia, la oportunidad o finalidad y la seguridad jurídica. Opina que la justicia es el valor prioritario, tal como lo son en otros órdenes la belleza, la verdad o la bondad. Si bien, la problemática sobre la justicia se ha movido en torno a la disputa sobre si constituye un concepto material, del que se puede deducir un contenido capaz de solucionar una cuestión jurídica, o si más bien se trata de un concepto formal que, al no tener un contenido determinado, puede admitir cualquier solución, el fallo de ambas tesis estriba en colocar la determinación del *summ cuique* ante la alternativa del todo o nada, con lo que se pasa por alto que entre la opción de afirmar el contenido material y la completa carencia de contenido de la “fórmula vacía” existe una tercera posibilidad, que consiste en aprehender a la justicia como un valor abierto, cuyo contenido no basta por sí solo para decidir el problema jurídico concreto, pero que es capaz de proporcionar ciertas indicaciones orientadoras. De esta manera, Henkel reconoce en la justicia un principio regulador, que, al serle inherente un contenido material directivo, actúa sobre la conformación del derecho y sirve de control y corrección al derecho positivo.⁶² Respecto del concepto de la oportunidad o finalidad (*Zweckmässigkeit*), reconoce que el primero en referirlo a la idea del derecho fue G. Radbruch, aunque por otra parte critica el que haya vinculado la oportunidad con el fin del derecho, concibiéndolo como idea final debida o como valor último del derecho. Por oportunidad entiende conformidad con el fin, es decir, correspondencia con los fines previamente fijados. De modo que la oportunidad, como elemento de la idea del derecho, significa propiamente la adecuada realización del fin mediante el derecho y, por lo tanto, se presenta como una idea rectora en la conformación y aplicación al derecho.⁶³ Por último, la seguridad jurídica implica una doble exigencia al derecho positivo, pues si desde su aspecto negativo se opone a la incertidumbre, al azar, a la ar-

⁶² *Ibidem*, pp. 523-525.

⁶³ *Ibidem*, pp. 540-544.

bitrariedad y al desamparo respecto de una situación de regulación, en el aspecto positivo exige certeza jurídica, así como también estabilidad normativa y constancia en su verificación.⁶⁴

Sobre la relación existente entre estos tres valores que integran la idea del derecho, Henkel opina que se complementan entre sí y que se encuentran mutuamente vinculados, sin que se pueda dejar de tener en cuenta ninguno de ellos. Por ello, reconoce también que entre ellos se producen algunas tensiones e incluso contradicciones y antagonismos abiertos, lo que llama *polaridad de la idea del derecho*. Estima que este es uno de los problemas más hondos de la filosofía del derecho, y reconoce que nadie lo ha tratado tan bien como G. Radbruch. Para su solución recurre a las soluciones que el propio Radbruch propuso para solventar la necesaria complementación de los tres elementos de la idea del derecho y la imposibilidad de establecer una jerarquía objetiva, que decida qué elemento debe ser preferido sobre otro. Sin embargo, no comparte su manera de interpretar las contradicciones entre los tres elementos de la idea del derecho, pues señala que al emplear el término de *antinomias* para describir la contradicción entre los tres valores, Radbruch quiso expresar que entre ellos existe una esencial e insalvable contraposición, lo que, a su juicio, es incorrecto, pues entiende que a pesar de que existe cierta tensión entre ellos, ésta es susceptible de armonizarse consiguiendo así grandes ventajas para el desarrollo del derecho, con lo cual Henkel estima que si la tensión entre los tres elementos de la idea del derecho no destruye su unidad básica, se debe preferir el término de *polaridad* al de *antinomia*, para referirse a la tensión existente entre los tres valores que conforman la idea del derecho.⁶⁵

Ahora bien, aunque Henkel estima que los tres valores que constituyen la idea del derecho coinciden con los fines a los que se dirige el derecho, considera que no pueden constituir el fin último del derecho, por

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 544-553. Lo que Henkel no termina de aclarar al desarrollar los tres valores es si también se les puede aplicar su teoría sobre el relacionismo objetivo valorativo, o si más bien los entiende como esencias ideales al modo de la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 570. Es preciso advertir que, con el término *antinomias*, Radbruch no expresa que la tensión entre los elementos de la idea del derecho sea irresoluble; antes bien, afirma que la tensión entre los valores constituye precisamente la posibilidad de encontrar una armonía en el derecho. Conviene recordar que a Radbruch le gustaba ilustrar su concepción del derecho como una catedral gótica, que alcanzaba su armonía y perfección en el juego de pesos y contrapesos (véase *supra*, p. 178).

la sencilla razón de que el derecho no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio orientado a otros fines superiores, como es el caso del buen orden del comportamiento interhumano en la sociedad. Por ello estima que tiene que dirigirse hacia una idea valorativa suprema, que resida fuera y por encima del sector jurídico, es decir, a una meta o fin de la vida y del orden social en general,⁶⁶ por lo que deduce que el valor supremo al que debe dirigirse el derecho no puede ser otro que el bien común. En este concepto se resume y se alcanza un equilibrio perfecto entre el bien particular y el bien de la colectividad, pues, si por una parte, exige que el bien individual no se pueda entender sin referirlo al bien de la colectividad, es decir, al bien de los otros que integran el núcleo social, por otra parte exige que el bien colectivo no se pueda entender de forma independiente y sin referencia al bien particular de cada uno de los miembros de la sociedad. Existen dos dimensiones desde las que se tiene que entender el valor del bien común: una primera, que presenta al bien común como una meta ideal, que sobresale por encima de la realidad de la vida social, constituyéndose en criterio de toda actuación social y en el objetivo de toda sociedad que se esfuerce por alcanzar la perfección, y otra, que se refiere al bien común concreto que se realiza en cada sociedad, y que viene determinado por el contenido particular e histórico de lo que se entiende por “bien”, es decir, por las concepciones valorativas y las circunstancias históricas de la sociedad concreta correspondiente. Desde esta perspectiva, el bien común representa, al pasar de la esfera trascendente de la idea a la esfera real, y al ser insertado, con ello, en el incesante proceso de cambio de la sociedad, un concepto dinámico, que recibe un contenido distinto en las diversas épocas de la historia de las sociedades. Por lo tanto, en su doble dimensión, el bien común representa un fin trascendente, un ideal de solidaridad social, que, al estar determinado en su contenido por las valoraciones concretas dominantes en ca-

⁶⁶ Henkel reconoce que tanto Stammler como Radbruch han planteado la problemática del valor supremo o el fin último del derecho. Respecto a Stammler, afirma que, aunque se propuso plantear la existencia de un fin último de validez universal, privó a ese fin de todo contenido a priori, asignándole una naturaleza meramente formal. En cambio, confiesa que el gran mérito de Radbruch fue su intento por mostrar la posibilidad de un fin o valor supremo del derecho con contenido material. Sin embargo, observa que, al dejar la elección entre los tres posibles valores a una decisión personal, relativizó el problema del fin último del derecho. *Cfr. Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, nota 49, pp. 602 y 603.

da sociedad, constituye un verdadero “contenido directivo orientador para la conformación del orden social y, en especial, para la regulación jurídica”.⁶⁷

4. *El problema del derecho recto o justo*

En la última parte de su obra, Henkel se propone superar la contraposición entre derecho positivo y derecho natural, mediante lo que denomina el *derecho recto o justo* (*richtiges Recht*). Reconoce que el gran mérito de la contemplación positivista del derecho fue el de destacar, de una vez para siempre, la historicidad del derecho, de la que se derivaron dos consecuencias fundamentales: la primera, que no existe orden jurídico dado apriorísticamente al hombre, sino únicamente un derecho que está encomendado a su acción conformadora; y la segunda, que no existe un derecho absoluto y general por encima de la realidad de la vida social que sea independiente de las agrupaciones humanas, sino sólo un derecho histórico concreto, creado con base en el espíritu común de grupos o de uniones de grupos concretos. Sin embargo, observa que el gran fallo de esta concepción del derecho consiste en que al basar la validez del derecho en su mera vigencia o positividad, olvidó otra dimensión que es esencial al derecho, que no es otra que la referencia a los valores que dan contenido a la idea del derecho. En este sentido, afirma textualmente que “cuando el positivismo jurídico fundamenta el derecho únicamente en base a su vigencia, desconoce que al derecho le hace falta, además de la existencia, la esencia, esto es, una determinada cualidad esencial y valorativa, a la que vamos a llamar *rectitud*”.⁶⁸

Respecto del derecho natural, reconoce que existe una enorme diversidad conceptual de doctrinas, aunque todas ellas se unifican en lo que él describe como la idea del derecho natural. Ésta consiste en entenderlo como un orden jurídico de normas dado previamente al hombre, sustraído a su voluntad y a su disposición, de forma que sin más ha de ser aceptado por él; pero, además, posee las notas de supratemporalidad, inmutabilidad y absolutez, de tal manera que cumple una doble función: el servir de pauta para todo establecimiento y aplicación del derecho positivo, y el servir de criterio con el que ha de ser examinado su carácter o su

⁶⁷ *Ibidem*, p. 609.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 637.

esencia jurídica. El derecho natural aparece así como “un orden de normas de validez general, supratemporal, dado previamente al hombre, que le es evidente y que puede y debe servir de modelo inmutable para todos los órdenes jurídicos positivos”.⁶⁹ Frente a este aspecto positivo, el error fundamental del derecho natural consiste precisamente en pretender erigirse como un derecho supratemporal e inmutable, que se eleva sobre el derecho positivo como pauta o criterio de corrección, siendo así que para él todo derecho, por su determinación y función, es un fenómeno de la realidad social, que sólo existe para y en las sociedades humanas. El derecho, afirma Henkel, sólo es imaginable realmente como derecho histórico-concreto. Sin embargo, la verdad que se contiene en la idea del derecho natural consiste en proclamar que a la esencia del derecho pertenecen ciertos contenidos de validez general, elementos constantes de contenido permanente que, como criterios de validez general, impulsan al derecho positivo a configurarse como derecho recto o justo.

Así pues, el derecho positivo y el derecho natural no constituyen una disyuntiva irresoluble frente a la cual se debe elegir necesariamente un camino. Rescatando los aciertos de cada uno, formula lo que para él debe ser el derecho recto o justo. Así, entiende que un derecho positivo que pretenda constituirse en derecho recto o justo debe hacerlo con base en la combinación entre los datos previos y los objetivos a cumplir por el derecho, en cuanto éstos representan las líneas directrices, los puntos de apoyo y los contenidos ideales; en suma, los elementos de construcción o preformas que, en su determinación histórica, nos conducen a la concreción de un derecho recto o justo. A estos datos los denomina ahora los *topoi*. Y explica que no constituyen principios a priori, de los cuales se puedan deducir lógicamente las normas jurídicas, sino que, más bien, son puntos directivos que deben ser empleados según el caso concreto y de acuerdo con la dimensión de la realidad que corresponda. También indica que, a pesar de que en la gran mayoría de los casos confluyen una pluralidad de *topois*, que deben ser tomados en cuenta y armonizados, no hay un orden jerárquico entre ellos, sino que, en el sopesar y ponderar la relevancia de cada uno de los factores reales e ideales en referencia al caso concreto, se va conformando lo que denomina como el arte de descubrir el camino hacia el derecho recto o justo. En esta labor, la idea valorativa del bien común realiza una función fundamental como valor

⁶⁹ *Ibidem*, p. 647.

supremo y meta rectora de toda regulación jurídica, de manera que “la solución encontrada en una situación jurídica determinada, teniendo en cuenta los *topoi* determinantes y sobre la base de consideraciones de bien común, puede ser calificada de derecho recto o justo”.⁷⁰

En resumen, en la pretensión de constituirse como derecho justo, Henkel estima que el derecho positivo se relaciona con los valores en dos aspectos diversos: como datos previos del derecho, en el que los valores son entendidos desde una perspectiva empírica, como las aspiraciones y juicios de valor dominantes en una sociedad determinada (orden social de los valores), y en su segundo aspecto como objetivos a cumplir por el derecho, en los que los valores son el contenido de la idea del derecho y establecen fines y metas ideales, que todo derecho positivo debe propo- nerse alcanzar.

III. EN BUSCA DE UN PUNTO DE APOYO EN LOS VALORES COMO CORRECTIVO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Una vez introducido en el campo de la filosofía del derecho bajo las bases de la filosofía de los valores, el concepto de valor ha sido adoptado por diversas corrientes del pensamiento jurídico, que, aunque lo han do- tado de un carácter diverso en consonancia con sus propios principios y postulados, se han apoyado en él para matizar o enriquecer su concep- ción del derecho y de la filosofía jurídica. Un ejemplo de esto lo propor- ciona el positivismo jurídico, en virtud de que con posterioridad a la Se- gunda Guerra Mundial algunos de sus mejores exponentes han buscado en los valores un punto de apoyo para matizar algunos de los postulados positivistas. Presentamos aquí algunos de los ejemplos más significativos.

1. *La actitud del positivismo normativista ante los valores:* *Hans Kelsen*

Como primer paso, conviene hacer una breve referencia a la forma en que el positivismo jurídico normativista aborda del problema de los valo- res. Al respecto, hay que referirse a Hans Kelsen (1881-1973), conside- rado con razón el mejor exponente de los argumentos relativistas contra todo tipo de derecho natural desde el punto de vista del normativismo

⁷⁰ *Ibidem*, p. 689.

positivista.⁷¹ La teoría pura del derecho elaborada por Kelsen afronta el problema de los valores en tres temas puntuales: al plantear su objeto de estudio, al establecer la relación que guardan la moral y el derecho, y al determinar el fundamento de validez del orden jurídico. Respecto del primer problema, especifica claramente que el objeto de estudio de la teoría pura del derecho es la norma jurídica, sus elementos y su configuración, así como el orden jurídico en su totalidad, su estructura y la relación entre los diferentes órdenes jurídicos,⁷² con lo cual, lo que propone es una teoría sobre el derecho positivo que intente dar respuesta solamente a las preguntas de qué es y cómo es el derecho, y no, en cambio, a la pregunta de cómo debe ser el derecho desde el punto de vista de un determinado juicio estimativo.⁷³ Con ello pretende, además, excluir del estudio del derecho toda consideración acerca de su justicia o de cualquier otro valor moral que pueda servir como criterio para emitir un juicio axiológico sobre el derecho.⁷⁴ El tema de la relación de la moral y el derecho lo centra en el problema de si un orden jurídico debe o no contener un mínimo de moralidad para poder ser considerado como derecho. Sobre ello, estima que la pretensión de que un conjunto normativo sólo puede ser reconocido como derecho en tanto realiza algunos valores morales responde a la creencia —para él, del todo infundada— de que existe una moral absoluta, a la cual todo orden jurídico debe acomodarse. De manera que, como para Kelsen la moral es relativa, resulta que la consideración de una norma o conjunto de normas como derecho es completamente independiente de su correspondencia con un sistema moral.⁷⁵ Íntimamente ligado a éste, se encuentra el problema del fundamento de la

⁷¹ Rodríguez Molinero, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, cit., nota 35, p. 402.

⁷² Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945; hay traducción al español de Eduardo García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, 5a. ed., México, UNAM, 1949, 1995, p. V.

⁷³ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1960; hay traducción de la segunda edición a cargo de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 15.

⁷⁴ En este sentido, afirma textualmente: “La teoría pura del derecho presenta al derecho como es, sin defenderlo llamándolo justo, ni condenarlo llamándolo injusto. Investiga el derecho real y posible, no el derecho perfecto. En este sentido, es una teoría radicalmente realista y empírica. Se rehúsa a juzgar axiológicamente al derecho positivo”. Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., nota, 73, p. 121, y *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., nota 72, p. 16.

⁷⁵ *Teoría pura del derecho*, cit., nota 73, pp. 71-80.

validez del derecho, el cual Kelsen resuelve de forma enteramente independiente respecto del contenido o el valor intrínseco que pueda tener la norma jurídica,⁷⁶ pues, como es ampliamente conocido, hace depender su validez del hecho de pertenecer a un orden jurídico determinado; lo que implica que es posible referirla a otra norma jurídica, la que a su vez se encuentra referida a otra norma superior, y así hasta llegar a lo que denomina norma fundamental, la cual sencillamente se presupone como válida.⁷⁷

Con esta postura, en la que elude por principio todo planteamiento axiológico, la teoría pura del derecho pretende desplazar “a la filosofía del derecho de su amplio campo y reducirla a la pequeña parcela del problema de la justicia”.⁷⁸ Pero lo que aquí nos interesa constatar especialmente es lo que se encuentra en el fondo de la postura de la que deduce Kelsen este punto de partida ante los valores. Para ello, es preciso recurrir a su otra obra que, como apéndice de la *Teoría pura del derecho*, dedica al problema de la justicia, y que titula *Was ist Gerechtigkeit?*⁷⁹ En esta pequeña obra expone con toda su fuerza su concepción relativista de los valores,⁸⁰ la cual pretende defender a través de tres argumentos distintos: un argumento historicista, con el que constata la enorme disparidad y variabilidad de los juicios de valor a lo largo de la historia;⁸¹ un ar-

⁷⁶ “La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello”. *Cfr. Teoría general del derecho y del Estado*, cit., nota 72, p. 133.

⁷⁷ En este sentido, reconoce que la teoría pura del derecho no busca la razón de su validez en un principio metajurídico, sino en una hipótesis jurídica, es decir, en una norma básica que debe establecerse por medio de un análisis lógico del pensamiento jurídico real”. *Ibidem*, p. VII.

⁷⁸ Rodríguez Molinero, Marcelino, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, p. 95.

⁷⁹ Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien, F. Deuticke, 1953; hay traducción al español a cargo de Ernesto Garzón Valdés: *¿Qué es Justicia?*, 2a. ed., Córdoba, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1962.

⁸⁰ Como es sabido, Kelsen estima que en la base de todo sistema democrático se encuentra el relativismo axiológico, pues a su juicio es el único punto de partida que, al negar toda pretensión a la verdad o a la justicia absolutas, permite el respeto de cada una de las posturas axiológicas que concurren en la sociedad. A este respecto, se le ha objetado que, en contradicción con su propia postura, él mismo presenta a la tolerancia como un valor absoluto. Véase Kelsen, Hans, *Von Wessen und Wert der Demokratie* (1920); hay traducción al español a cargo de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002.

⁸¹ *¿Qué es justicia?*, cit., nota 79, pp. 27-37.

gumento lógico, con el que, al afirmar que de lo que *es* no puede deducirse lo que *debe ser*, pretende demostrar la imposibilidad de deducir de la naturaleza humana valores objetivos, que señalen la conducta recta de los hombres;⁸² y, por último, un argumento gnoseológico, con el que intenta demostrar que aunque todos los hombres tienen la pretensión de que sus juicios de valor son objetivos, éstos realmente no son más que proyecciones de su propia subjetividad, sentimientos e intereses, que no constituyen más que juicios subjetivos, válidos únicamente para aquel que los formula.⁸³ Con estos argumentos Kelsen reafirma la relatividad de los valores y, por lo tanto, la imposibilidad de justificarlos racionalmente, así como de dirimir los conflictos que se suscitan entre ellos o de fijar su jerarquía.⁸⁴ Por ello juzga necesario que la teoría pura del derecho excluya toda relación posible entre los valores y el derecho. Esta misma postura la adopta también ante el valor de la justicia, pues, al identificarlo con el deseo de felicidad en el ámbito social, en el sentido de que todo orden social aspira a la justicia, como todo hombre aspira a la felicidad,⁸⁵ Kelsen la reduce a un sentimiento subjetivo, a una fórmula vacía, que de ninguna manera puede constituir una pauta objetiva a partir de la cual se pueda emitir un juicio crítico y valorativo del derecho.

2. *Entre iuspositivismo y iusnaturalismo: Norberto Bobbio*

En sus estudios sobre el positivismo jurídico, y principalmente sobre la relación que éste guarda con el iusnaturalismo, Norberto Bobbio (1909-2004) llegó a apoyarse en los valores para matizar su posición positivista. Esto se manifiesta en dos aspectos de su pensamiento: el primero, en que admite la necesidad de ejercer una crítica valorativa sobre el

⁸² En este sentido, afirma: “La naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad alguna y, por lo tanto, no puede prescribir ninguna conducta humana determinada”. *Ibidem*, p. 71.

⁸³ *Idem*. Véase también su *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*, nota 72, p. IX.

⁸⁴ “Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos —afirma textualmente—, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podamos aprender de la experiencia espiritual del pasado, es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos”. *Cfr.* *¿Qué es justicia?*, *cit.*, nota 79, p. 75.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 9-17.

derecho positivo, y segundo, en que reconoce que el derecho es válido en cuanto realiza ciertos valores, como son los de orden, paz y seguridad jurídica. Esto no supone que Bobbio reniegue del positivismo jurídico para abrazar la doctrina del derecho natural, pues este correctivo lo aplicó tan sólo al positivismo jurídico entendido como ideología, ya que, como es sabido, considera que el positivismo jurídico puede ser examinado bajo tres aspectos diversos: como modo de aproximarse o de abordar el estudio del derecho, como teoría del derecho, y como ideología, sin que entre ellos exista una relación lógica de identidad y complementariedad, en el sentido de que se puede perfectamente, sin incurrir en contradicción alguna, adoptar un aspecto del positivismo jurídico y rechazar los otros dos, o bien rechazar uno de ellos y adoptar los dos restantes.⁸⁶

En cuanto al modo de acercarse al derecho, considera que el rasgo esencial del positivismo jurídico es la neutralidad valorativa, la cual consiste tanto en la distinción rigurosa de los juicios de hecho y los juicios de valor como en la exclusión de estos últimos del horizonte científico. En este sentido, afirma que el positivismo jurídico asume una actitud científica frente al derecho en tanto se ocupa exclusivamente del derecho tal como *es* y excluye toda valoración sobre el derecho que debiera ser.⁸⁷ Es necesario destacar en este punto que la distinción de hecho y valor, de ser y deber ser, es fundamental en el pensamiento de Bobbio, pues, entre otras cosas, en ella se apoya para distinguir ciencia y filosofía. Otro elemento fundamental que emerge de la separación de hecho y valor es que excluye a los valores de toda consideración científica, en el sentido de que no pueden ser objeto de un conocimiento científico. Esto se debe a que, apoyado tanto en un argumento historicista como en un argumento logístico, por el que entiende que los juicios de valor no se pueden fundamentar en los juicios de hecho, asigna a los valores una naturaleza relativa y subjetiva.⁸⁸ Por eso afirma que mientras los juicios de hecho

⁸⁶ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Grepí, Madrid, Debate, 1993, pp. 141-143.

⁸⁷ Bobbio, Norberto, "Sul positivismo giuridico", *Rivista di Filosofia*, 1961, pp. 14-34; hay traducción al español a cargo de Ernesto Garzón Valdés, incluida en *El problema del positivismo*, México, Fontamara, 1991, pp. 37-65, esp. p. 41.

⁸⁸ Tras un amplio estudio de la teoría de los valores en N. Bobbio, Alfonso Ruiz Miguel llega a la conclusión de que la postura de Bobbio respecto a los valores se puede calificar de relativismo no escéptico, ya que se sitúa en una postura intermedia entre aquellos que niegan toda la posibilidad de razonar en materia de valores, y de aquellos que

describen la realidad, es decir, aportan un conocimiento acerca de lo que *es*, adquiriendo con ello un carácter científico, los juicios de valor constituyen una toma de posición frente a la realidad, por lo que carecen de carácter científico y son asignados al campo de la filosofía.⁸⁹ Bajo estos supuestos, establece una distinción radical entre ciencia y filosofía, que en términos jurídicos se traduce en la división de la teoría del derecho, a la cual le reconoce carácter científico y le asigna la misión de estudiar la estructura formal del derecho positivo, y la filosofía del derecho, la cual identifica con la teoría de la justicia, en tanto su objeto es el estudio de la justicia entendida como el valor propio del derecho.⁹⁰ Por lo tanto, en cuanto al modo de aproximación al derecho no encuentra antagonismo entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, pues aunque éste, apoyado en criterios axiológicos, adopta una actitud crítica frente al derecho, realmente los planos en los que cada uno se ubica son distintos, pues mientras el positivismo jurídico propone estudiar el derecho que *es* desde el plano de la ciencia, el iusnaturalismo se preocupa por el derecho que *debe ser* desde el plano de la filosofía, por lo que, incluso en su artículo titulado “Giusnaturalismo e positivismo giurididco”, llega a afirmar que, en la forma de acercarse al derecho, iusnaturalismo y positivismo jurídico son complementarios.⁹¹

El verdadero enfrentamiento entre iusnaturalismo y positivismo jurídico lo ve Bobbio en el aspecto ideológico de cada uno, pues entiende que,

creen que sus valoraciones están asistidas por una razón superior, objetiva e indiscutible, que debe imponerse a los adversarios que la ignoran. *Cfr.* Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 347.

⁸⁹ “Filosofia del diritto e teoria generale del diritto”, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I (1950), pp. 43-64; hay traducción al español a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, incluida en Bobbio, Norberto, *Contribuciones a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 71-89, esp. 87. También véase Bobbio, Norberto, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1948.

⁹⁰ Bobbio, Norberto, “Nature et fonction de la philosophie du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1962, pp. 1-11; hay traducción al español a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, incluida en *Contribuciones a la teoría del derecho*, *cit.*, nota 89, pp. 91-101. En este sentido, afirma que, como teoría de la justicia, la filosofía del derecho se divide en una fenomenología de la justicia, cuyo objetivo es la descripción del valor de lo justo, y una ideología de la justicia, cuya misión es proponer un determinado criterio de valoración y de transformación de la sociedad. *Ibidem*, p. 86.

⁹¹ Bobbio, Norberto, “Giusnaturalismo e positivismo giurididco”, *Rivista di Diritto Civile*, 1962, pp. 503-515; hay traducción al español a cargo de Ernesto Garzón Valdés en *El problema del positivismo jurídico*, *cit.*, nota 87, pp. 67-90.

a diferencia del aspecto teórico, en el que se presentan un conjunto de juicios de hecho que informan de manera neutral sobre un ámbito determinado de la realidad, “una ideología es la expresión de una actitud valorativa, que el hombre adopta frente a la realidad, y consiste en un conjunto de juicios de valor sobre ella, que se basan en el sistema de valores de quien los formula y que tiene la pretensión de influir sobre la realidad”.⁹² En este sentido, reconoce también que el positivismo jurídico puede ser considerado como ideología, la cual, en su manifestación más extrema, se puede resumir en la pretensión de prestar una obediencia absoluta al orden jurídico en cuanto tal, sin que importe su contenido o los valores que realiza. Mientras que, en el polo opuesto, el iusnaturalismo, como ideología, también en su versión más radical, postula que sólo puede ser derecho aquel que realiza el valor de la justicia, es decir, el derecho justo. Bobbio analiza este enfrentamiento de la mano de los conceptos de valor y validez, y estima que, mientras esta última hace referencia a la existencia de la norma jurídica como parte de un orden jurídico determinado, el concepto de valor se refiere a la conformidad de una norma jurídica con un supuesto derecho ideal. Así, en tanto el iusnaturalismo afirma que una norma para ser válida necesita ser valiosa, por lo que reduce el concepto de validez al concepto de valor, el iuspositivismo extremo subsume el concepto de valor en el de validez, afirmando que toda norma válida, es decir, existente, es valiosa.⁹³ En estos términos, y dado que —como hemos visto— Bobbio juzga que el conflicto entre valores, o, lo que es lo mismo, entre diversas posturas ideológicas, no puede ser resuelto científicamente, sino a lo sumo argumentado lógicamente y apelando a la razonabilidad humana, parece que el antagonismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico es insoluble.⁹⁴ Frente a ello apela a

⁹² *El positivismo jurídico, cit.*, nota 86, p. 227. Sobre el concepto de ideología véase el estudio de Rodríguez Molinero, Marcelino, “Génesis, prehistoria y mutaciones del concepto de ideología”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1977, pp. 103-131.

⁹³ *El positivismo jurídico, cit.*, nota 86, pp. 146 y 147. Véase también “Sul principio di legittimità”, en *Scritti in memoria di Antonio Falchi*, Milán, Giuffrè, 1964, pp. 51-61; hay traducción de Alfonso Ruiz Miguel en *Contribución a la teoría del derecho, cit.*, nota 89, pp. 307-316.

⁹⁴ Alfonso Ruiz Miguel insiste en que el relativismo axiológico de Bobbio es matizado, en tanto éste acepta la posibilidad de argumentar lógicamente la idoneidad de ciertos valores y de utilizar la retórica como fórmula de argumentación valorativa, que apela a la

que históricamente son muy pocos los pensadores iuspositivistas o iusnaturalistas que han presentado sus doctrinas con ese grado de radicalidad, e indica también que existe una postura moderada en cada una de esas dos corrientes de pensamiento jurídico.

Nada tiene de extraño, por tanto que, enlazando con el concepto del valor, Bobbio suscriba personalmente esta posición moderada del positivismo jurídico en su aspecto ideológico. En su opinión, esta postura defiende básicamente que, aunque el derecho es un valor en sí mismo, no se le debe considerar valioso por el hecho mismo de su vigencia o positividad, como pretende la actitud extrema, sino en cuanto es necesario para realizar ciertos valores, como son los de orden, paz y seguridad jurídica,⁹⁵ con lo cual quiere indicar que el derecho no constituye un valor absoluto, sino un valor instrumental, en el sentido de que encuentra su justificación última en la realización de otros valores, que, para él, en consonancia con los postulados del positivismo jurídico, son los de orden, paz y seguridad, sin que esto suponga negar que, para otras doctrinas, e incluso en otros momentos históricos, puedan ser otros los valores a los que el derecho ha de orientarse. No obstante, Bobbio, anclado en un relativismo axiológico, deja abierta la discusión sobre los valores a los que ha de servir el derecho. Lo que queda muy claro es que con ello reconoce que es posible e incluso necesario establecer una crítica al derecho positivo basada en criterios axiológicos.⁹⁶

razonabilidad humana. Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, cit., nota 88, pp. 343-347.

⁹⁵ *El positivismo jurídico*, cit., nota 86, p. 233; véase también *El problema del positivismo jurídico*, cit., nota 87, p. 53.

⁹⁶ En este sentido, cobran especial significado las palabras que N. Bobbio escribe en la introducción de su ensayo *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, y que de alguna forma resumen lo que aquí se ha querido expresar. Dice, en efecto: “Más que un contraste entre generaciones y entre concepciones del derecho, la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre. Pues sólo aceptando el método de investigación utilizado y recomendado por el positivismo se logra aproximarse a aquel ideal de rigor sin el cual no hay ciencia en el sentido tradicional de la palabra, sino tan sólo opinión. Y, sin embargo, sólo la apelación a valores últimos, que trascienden todas las leyes positivas, impuestas o justificadas por quienquiera que sea, salva, en última instancia, la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de nuestra vida moral”. Cfr. Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Di Comunità, 1977; hay traducción al español a cargo de Ernesto Garzón Valdés, en *El problema del positivismo jurídico*, cit., nota 87, p. 9.

3. *Una ruta segura hacia los valores: el problema de la relación de moral y derecho positivo: H. L. A. Hart*

Bajo el marco de una reflexión analítica del concepto del derecho, también H. L. A. Hart (1907-1992) sometió a revisión algunos postulados del positivismo jurídico, entre los cuales resulta de especial interés el problema de la conexión de moral y derecho. En concreto, analiza la separación que J. Bentham y J. Austin establecieron del derecho y la moral, y que explicaron mediante la distinción del derecho que *es* y el derecho que *debe ser*.⁹⁷ Apunta que la razón última por la que adoptaran esta postura responde a la necesidad de evitar dos situaciones peligrosas: por una parte, que el derecho pudiera disolverse en la concepción subjetiva que tiene el hombre del derecho que debe ser, y, por otra, que el derecho vigente pudiera reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica. Por ello, considera que en realidad Bentham y Austin no negaron el hecho histórico de que los sistemas jurídicos se hayan visto poderosamente influidos por las convicciones morales y, a la inversa, que los patrones morales han sufrido cambios importantes por influjo del derecho, de manera que implícitamente reconocieron que el contenido de muchas normas jurídicas refleja principios y valores morales. Más bien, lo que se limitaron a sostener firmemente fueron tan sólo dos principios: “que del hecho de que una regla violase pautas de moralidad, no podría inferirse que no fuese una regla de derecho; y que del mero hecho de que una regla fuese moralmente deseable, no podría inferirse que fuese una regla de derecho”.⁹⁸

⁹⁷ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 1958, pp. 593-629; hay traducción al español a cargo de Genaro R. Carrió, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-65. En este punto Hart cita a Austin, quien escribe textualmente: “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra. Hay una investigación sobre si existe o no existe; otra investigación diferente, sobre si está o no está de acuerdo con una pauta asumida. Una ley que realmente existe es una ley, aunque suceda que no nos guste, o que no concuerde con el texto según el cual regulamos nuestra aprobación o desaprobación”. Cfr. Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Library of Ideas, 1954, pp. 184 y 185, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, cit., nota 97, pp. 6 y 7.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 12

Es, sin embargo, en su obra capital, *The Concept of Law* (1961),⁹⁹ donde tras analizar las semejanzas y las diferencias entre derecho y moral, reconoce que entre ambos pueden darse al menos seis posibles conexiones. La primera de estas conexiones se refiere a la influencia que ha ejercido la moral sobre el derecho, de la cual afirma que ningún “positivista” podría negar, pues es un hecho que “los valores de la moral social aceptada, así como los ideales más amplios, penetran en el derecho por la vía legislativa y por la vía judicial”.¹⁰⁰ La segunda conexión la sitúa en la dicotomía que versa sobre si la obligatoriedad de un sistema jurídico se puede apoyar simplemente en el poder coactivo o es necesario que se le reconozca un valor moral intrínseco. A lo que responde que, aunque desde el punto de vista interno del sistema jurídico es conveniente para su mayor estabilidad que un sector considerable de la sociedad coopere voluntariamente aceptando sus reglas, debido a que reconoce en él un valor moral, estima que, para considerarlo jurídicamente obligatorio no es necesario reconocer su valor moral.¹⁰¹ Íntimamente ligada a ésta se encuentra la tercera conexión, que se refiere a la posibilidad o imposibilidad de juzgar la bondad de un sistema jurídico con base en los valores morales que en él se contienen. La postura que acepta Hart deja entrever su no cognoscitivismos respecto de los valores morales, pues sostiene que, al no poder determinar con base en qué conjunto de valores —los de la moral vigente en ese momento dado, los de una moral individualista o los de una moral colectivista, etcétera— se debe emitir ese juicio, se hace imposible juzgar un sistema jurídico según los valores que realiza.¹⁰² A pesar de que en estos dos últimos casos Hart niega la posible conexión

⁹⁹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 9a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1961, 1979; hay traducción al español a cargo de Genaro R. Carrió, *El concepto del derecho*, México, Editorial Nacional, 1980.

¹⁰⁰ *The Concept of Law*, cit., nota 99, pp. 199 y 200. Es necesario apuntar que aquí Hart se refiere a los valores en un plano empírico, es decir, como el conjunto de convicciones morales que de hecho sostiene una sociedad determinada, mas no se refiere a los valores como ideales o fines, a los cuales se tiene que orientar todo derecho.

¹⁰¹ Para un estudio más detenido sobre la obligación jurídica y la obligación moral véase Hart, H. L. A., “Legal and Moral Obligation”, en *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, pp. 82-107; hay traducción al español a cargo de Javier Esquivel y L. Alfonso Ortiz, *Obligación jurídica y obligación moral*, México, UNAM, 1977.

¹⁰² Bayles, Michael, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht/Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 121 y 122.

entre moral y derecho, llega a reconocer que dondequiera que la conducta humana es controlada mediante reglas generales se realiza un mínimo de justicia, pues entiende que el concepto mismo de regla (*rule*) implica algunas características, como la generalidad y la imparcialidad, que son las mismas que ostenta el valor de la justicia.¹⁰³ A este respecto, L. Fuller señala que Hart reconoce una moral interna en el derecho —*an internal morality of Law*—;¹⁰⁴ sin embargo, él prefiere tan sólo reconocerlos como principios de legalidad. Aunado a este punto, conviene, aunque sea tan sólo señalar, que Hart también llegó a reconocer un contenido mínimo de derecho natural, que extrae de la necesidad de supervivencia del ser humano, así como de algunas características que reconoce en la naturaleza humana.¹⁰⁵ Aunque en la formulación de estos dos postulados, un mínimo de justicia y un contenido mínimo de derecho natural, Hart deja algunos cabos sueltos, lo cierto es que le proporcionan los argumentos suficientes para refutar la tesis positivista de que “el derecho puede tener cualquier contenido”.¹⁰⁶

Pero en realidad el punto crucial del estudio de Hart sobre la conexión entre moral y derecho en relación con los valores se refiere al problema de si una norma jurídica injusta puede ser considerada derecho o si solamente pueden serlo las normas justas; es decir, si la justicia o moralidad de una norma pueden ser consideradas criterio de validez, o bien si la validez de una norma jurídica es independiente de su contenido axiológico. La importancia de este problema es obvia, en cuanto considera que las relaciones entre moral y derecho, analizadas en los puntos anteriores, son contingentes, es decir, pueden suscitarse o no, sin que esto afecte a la determinación del concepto de derecho. Mientras que es consciente, como destaca Orrego Sánchez, que la afirmación de que una norma jurídica no deja de ser derecho por el hecho de ser injusta, conlleva la pretensión de que la referencia a la justicia o a otros valores morales no forma parte del concepto de derecho.¹⁰⁷ Por ello, lo que con este problema plantea es si

¹⁰³ *The Concept of Law*, cit., nota 99, pp. 153-162.

¹⁰⁴ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

¹⁰⁵ *The Concept of Law*, cit., nota 99, pp. 181-195. Sobre este punto véase Rodríguez Paniagua, José María, “Los fines del derecho y el contenido mínimo de derecho natural en H. L. A. Hart”, en *Funciones y fines del derecho. Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia, Universidad de Murcia, 1992, pp. 325-334.

¹⁰⁶ *The Concept of Law*, cit., nota 99, p. 195.

¹⁰⁷ Orrego Sánchez, Cristóbal, *H. L. A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, pp. 73 y 74. En este libro, cuyo contenido representa una amplia

la conexión entre moral y derecho es conceptualmente necesaria o no. No obstante, formula este problema en un plano lógico-conceptual; su respuesta la sitúa en un plano práctico o pragmático, pues aduce que negar el carácter de derecho a una norma injusta no ayuda en nada a combatirla, además de que suprime considerablemente la variedad de cuestiones morales a que ello da lugar, por lo que propone que la mejor actitud para combatir el abuso del poder es reconocer el carácter de derecho también a las normas inicuas, para después juzgar si su iniquidad es de tal magnitud que es preferible, e incluso moralmente aceptable, su desobediencia.¹⁰⁸ Con lo anterior Hart mantiene la separación de moral y derecho tal como la propugnaron Bentham y Austin, lo que ante todo se manifiesta en el hecho de excluir cualquier elemento axiológico del concepto de derecho, reduciéndolo a la conjunción de reglas primarias y reglas secundarias. Por lo tanto, aunque llega a reconocer en algunos puntos la relación y la influencia recíproca entre moral y derecho con lo que habilita la posibilidad de ejercer una crítica moral al derecho e incluso el deber de desobedecerlo, no parece dispuesto a aceptar que los valores morales puedan constituir criterios de validez del derecho.

IV. EL ACCESO A LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES DESDE LA DOCTRINA TRADICIONAL DEL DERECHO NATURAL

La renovación de la doctrina tradicional del derecho natural, iniciada a principios del siglo XX bajo el auspicio de la encíclica *Aeterni Patris* (1879), de León XIII, que recomendaba volver al estudio de la *Philoso-*

crítica a la manera en que Hart intenta rehabilitar el positivismo jurídico, el autor pone en evidencia que cuando Hart se refiere al concepto de derecho, realmente se está refiriendo al derecho positivo, con lo cual su planteamiento se torna confuso y ambiguo, pues si de lo que se trata es del derecho positivo, realmente no existiría ninguna contradicción entre iusnaturalistas y iuspositivistas, pues los primeros nunca han negado la existencia de un derecho positivo injusto; en tanto que, si se tratara del derecho en sentido amplio, el argumento de Hart, de que en la historia han existido sistemas jurídicos injustos, no tendría ninguna validez para demostrar la separación conceptual entre derecho y moral.

¹⁰⁸ En este sentido, escribe textualmente “La idea de que fuera del sistema jurídico hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho”. *Cf. The Concept of Law, cit.*, nota 99, p. 206.

pia perennis de Santo Tomas de Aquino, y que alcanzó su expresión más acabada a mediados del siglo pasado por obra de autores tan relevantes como son J. Messner, A. Verdross, J. Maritain, J. Leclercq, M. Villey y A. Truyol, no puede ser concebida de forma absolutamente autónoma, en el sentido de que su elaboración y desarrollo fueran completamente ajenos al resto de las corrientes o doctrinas filosóficas, que de un modo u otro volvieron atentamente su mirada al viejo problema del derecho natural.¹⁰⁹ Así, podemos afirmar que, a pesar de las profundas diferencias que las separan, entre ella y la aplicación que de la filosofía de los valores se hizo a la filosofía del derecho existen puntos de comunicación y denominadores comunes muy significativos, tales como la crítica a la unilateralidad del positivismo jurídico, que niega cualquier elemento trascendente al derecho positivo, la búsqueda de un elemento material de validez, la fijación de ciertas pautas objetivas que puedan orientar la elaboración y aplicación del derecho, así como el reconocimiento de la historicidad del derecho y el consiguiente rechazo de la idea de un código de normas acabado e intemporal. Todas estas coincidencias bien pueden ser resumidas en el principal elemento que comparten ambas doctrinas y que Franz Wieacker ha denominado la “lucha por una justicia material por encima de la ley”.¹¹⁰ Incluso se puede constatar que este objetivo último a la vez les lleva a compartir una misma problemática: la determinación del criterio material y objetivo que permita establecer un juicio sobre la validez del derecho positivo y, por consiguiente, la posibilidad y la forma de aprehenderlo.¹¹¹

¹⁰⁹ Sobre los puntos en común que comparten las diversas corrientes iusnaturalistas de la primera mitad del siglo XX véase Recaséns Siches, Luis, *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1970, pp. 25-54. Más rigurosamente, a partir de 1930 hasta 1970, la importante obra, tantas veces citada, de Rodríguez Molinero, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, cit., nota 35, cap. II, pp. 105-208.

¹¹⁰ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 532 y 533.

¹¹¹ En este mismo sentido, E. Wolf escribe textualmente que, a pesar de sus diversas manifestaciones, “en el fondo del problema del derecho natural se expresa la necesidad de dar un fundamento justificador y una norma crítica a todas las normas, instituciones y concepciones jurídicas de causal vigencia, a menudo contradictorias, siempre en transformación y frecuentemente deficientes, con objeto de distinguir lo esencial de lo accidental, lo permanente de lo perecedero”. Wolf, Erick, *Das Problem der Naturrechtslehre*, Friburgo, 1955, 1958; hay traducción al español a cargo de Manuel Atienza, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960.

Sin embargo, es precisamente la forma de resolver estos problemas la que diferencia la doctrina tradicional del derecho natural y la filosofía de los valores, pues el hecho de que la primera encuentre el criterio material para juzgar la validez del derecho en los fines que persigue la naturaleza humana, y la segunda lo encuentre en los valores a los que se orienta el derecho, indica que su punto de partida es radicalmente distinto. Siguiendo el pensamiento de Santo Tomás, la doctrina del derecho natural niega la separación del ser y el deber ser y, por lo tanto, considera que del ser inscrito en la naturaleza de las cosas se pueden deducir racionalmente los principios normativos que deben ser realizados para alcanzar la propia perfección y plenitud, lo cual implica que los valores no son concebidos como instancias que existen en una esfera ideal independiente de la realidad, sino más bien como cualidades del ser, que se encuentran esencialmente determinadas por los fines inscritos en la naturaleza.¹¹² En cambio, ya hemos constatado que la filosofía de los valores parte, desde sus orígenes, de la separación del ser y el valor, y también que M. Scheler coincide con Kant en la crítica que éste hace a toda ética de bienes y de fines en tanto niega que del ser se pueda derivar el deber ser, por lo que concluye que el criterio de moralidad de la conducta humana no puede ser otro que el de la realización de valores, los cuales son aprehendidos mediante el sentimiento intencional y constituyen un a priori material.¹¹³

Sin embargo, este importante distanciamiento inicial no implica que tanto la doctrina tradicional del derecho natural como la filosofía de los valores hayan dejado de aprovechar algunos postulados comunes a una y a otra, para desarrollar algunos de sus propios principios; tal es el caso, por dar un ejemplo, de la idea de la naturaleza de las cosas, la cual, una

¹¹² Una crítica a la filosofía de los valores, basada en el pensamiento de Santo Tomás, se puede encontrar en la obra de Engelbert, Gutwenger titulada *Wertphilosophie* (1952); en ella intenta demostrar la imposibilidad de la existencia de un reino de valores, colocado sobre el mundo del ser, afirmando que los valores tienen su origen en el ser, y que están determinados por los fines a los que éste tiende. También distingue entre los valores entendidos como cualidades del ser y las ideas de los valores —amor, justicia, santidad, etcétera—, para afirmar que el error de Scheler y Hartmann consistió en hipostasiar las ideas de los valores, convirtiéndolos en seres ideales. Sobre esta obra véase Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1983, pp. 315-318.

¹¹³ Véase *supra*, p. 111.

vez revitalizada por G. Radbruch,¹¹⁴ desempeñó un importante papel en el desarrollo de la filosofía del derecho basada en la filosofía de los valores, como es el caso de H. Coing y H. Henkel, al grado de que en ella se puede encontrar un puente de comunicación entre el derecho natural y la filosofía de los valores. Por su parte, la doctrina tradicional del derecho natural también contempló en cierta forma algunos de los postulados de la filosofía de los valores, y en especial de la ética material de los valores de M. Scheler, aunque terminó por subrayar algunos de los problemas que lleva implícita la adopción del término de *valor*, para decantarse por recuperar los términos más tradicionales de *bienes* y de *finés*. Como muestra significativa merece la pena analizar brevemente el pensamiento iusnaturalista de J. Messner, de A. Verdross y de J. Finnis en su relación con la filosofía de los valores.

1. *Los fines existenciales y los valores: Johannes Messner*

En el caso de Johannes Messner (1891-1984), el punto de mayor acercamiento de su concepción del derecho natural y la filosofía de los valores lo constituye sin duda el concepto de fines existenciales, el cual, además, representa la clave para entender correctamente su doctrina iusnaturalista.¹¹⁵ Él mismo reconoce expresamente que, con independencia de las diferencias terminológicas entre los conceptos de valor y fines existenciales, entendidos como criterios para juzgar el orden jurídico existente y los fines que éste trata de alcanzar, hay dos importantes coincidencias.¹¹⁶ La primera de ellas se refiere a que ambos conceptos

¹¹⁴ Con la expresión de naturaleza de la cosa, Radbruch intentó atemperar la radical separación entre el ser y el deber ser que está implícita en el dualismo metódico, así como profundizar en la relación que se establece entre la realidad y el valor, abandonando la tesis de los dos mundos incomunicados al reconocer que entre valor y realidad hay una relación de determinación mutua. Véase su artículo “Die Natur der Sache als juristische Denkform”, *Festschrift für R. Laum*, Hamburgo, 1948, pp. 157-176, en el cual desarrolla ampliamente las ideas que ya había escrito en un artículo publicado en italiano: “La natura della cosa come forma giuridica di pensiero”, en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1941; hay traducción al español a cargo de Luis Villar Borda, “La naturaleza de la cosa como forma de pensamiento jurídico”, *Relativismo y derecho*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 53-69.

¹¹⁵ Así lo destaca Rodríguez Molinero, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, cit., nota 35, p. 169.

¹¹⁶ “Cuando hoy en día, al volver a la idea del derecho natural —afirma textualmente—, se busca apoyo en gran medida en la filosofía de los valores y se hace referencia a

pretenden erigirse en el criterio para juzgar la moralidad de la conducta humana, en el sentido de que la bondad o maldad de los actos depende, o bien de si realizan o no ciertos valores, o de si coinciden o no con los fines existenciales. En este sentido, destaca que tanto la filosofía de los valores como la doctrina tradicional del derecho natural —de la que se considera heredero y continuador— entienden ambos conceptos como principios morales a priori, y que su conocimiento es evidente e inmediato, lo que no quiere decir que no se apoye en la experiencia.¹¹⁷ La segunda coincidencia se refiere a que en ellos se constata un vínculo indisoluble con los impulsos y las tendencias primarias de la naturaleza humana; así lo constata en el caso de la filosofía de los valores, en tanto considera que el orden jerárquico de los valores establecido por M. Scheler refleja fielmente la gradación de las tendencias humanas;¹¹⁸ mientras que, por su parte, los fines existenciales se encuentran inscritos en las tendencias e impulsos corporales y espirituales de la naturaleza humana.¹¹⁹ Aunque Messner no lo dice explícitamente, conviene apuntar, como tercera coincidencia, que tanto los valores como los fines existenciales aspiran a presentarse como principios morales de contenido determinado.

los valores evidentes por sí mismos, a los principios e ideales de valor, que han de servir de criterio para juzgar sobre el orden jurídico existente y sobre los fines que se trata de alcanzar, nos parece que en ello residen muchos puntos de coincidencia con la doctrina iusnaturalista tradicional”. Cfr. Messner, Johannes, *Das Naturrecht; Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Innsbruck-Wien, 1950, 1960; hay traducción al español a cargo de José Luis Barrios Sevilla, José María Rodríguez Paniagua y Juan Enrique Díez, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967, p. 350.

¹¹⁷ Así, mientras M. Scheler llegó a determinar los valores como esencias a priori, Messner concluye que los fines existenciales, en su calidad de principios morales, llegan a representar verdaderos juicios sintéticos a priori. Cfr. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, cit., nota 116, p. 359.

¹¹⁸ En efecto, Scheler vincula íntimamente los valores con las tendencias humanas al reconocer que en cierto modo los valores vienen dados en las tendencias y en las inclinaciones. Con ello pretendía tanto refutar la idea del caos en las inclinaciones que llegó a sostener Kant como armonizar las inclinaciones e impulsos primarios del hombre con la esfera de los valores y la Moral. *Ibidem*, pp. 79-96.

¹¹⁹ En este sentido, afirma que “la moralidad consiste en la coincidencia de la conducta del hombre con los fines que han sido trazados en su naturaleza, en sus instintos espirituales y corporales o, más concretamente, en la conformidad con los instintos”. *Ibidem*, p. 36.

No obstante reconocer las anteriores coincidencias, Messner no deja de percibir importantes diferencias entre ambos conceptos, las cuales le llevan claramente a preferir el concepto de *finés existenciales* para fundamentar su *Ética social política y económica*.¹²⁰ La primera de ellas se refiere a que, a pesar de que coincide con la ética material de los valores en reconocer que el conocimiento de los principios morales es intuitivo y evidente, discrepa de ella en tanto entiende que su conocimiento no se puede limitar a la esfera del sentimiento, como propone Scheler al recurrir al sentir intencional, pues estima que al sustraer el conocimiento de los principios morales del ámbito de la razón humana se impide fijar el criterio sobre su verdad, con lo que naufraga todo intento de alcanzar un conocimiento objetivo de ellos. En estrecha relación con ello, la segunda objeción consiste en que la radical separación del ser y el valor de la que, desde sus orígenes, parte la filosofía de los valores, impide aclarar la relación existente entre los valores y la naturaleza del hombre y de las cosas, con lo cual se origina una ruptura entre el orden del ser y el orden de los valores, que impide establecer un criterio objetivo para fijar el contenido de la moral y del derecho.¹²¹ Para él, estos dos supuestos han hecho en gran medida inoperante a la filosofía de los valores, desarrollada por Scheler y Hartmann, con vistas a la solución de las cuestiones fundamentales y de los problemas concretos de la vida social, política y económica.¹²²

Evitando incurrir en estos mismos equívocos, al afirmar que los fines existenciales se encuentran inscritos en la naturaleza humana misma,

¹²⁰ Entre las razones por las que adopta el concepto de fines existenciales, señala que con él se acentúa que la experiencia constituye el punto de partida del conocimiento, y que así se evita concebir al hombre como un ser racional abstracto, para entenderlo como un ser histórico concreto, de manera que la idea de *fin* sigue constituyendo el punto central del derecho natural. *Ibidem*, p. 45.

¹²¹ *Ibidem*, p. 350. Estas dos objeciones, la unilateralidad de la esfera del sentimiento en el conocimiento de los valores y su total o parcial desvinculación con el orden del ser, han sido comúnmente presentadas a la filosofía de los valores por parte del pensamiento neotomista. Véase Linares Herrera, Alejandro, *Elementos para una crítica de la filosofía de los valores*, Madrid, Instituto “Luis Vives” de Filosofía, 1949, y especialmente sobre la obra de Max Scheler, véase Wojtyła, Karol, *Max Scheler y la ética cristiana*, trad. de Gonzalo Haya, Madrid, BAC, 1982.

¹²² En este mismo sentido, H. Welzel objeta a la ética material de los valores que “los contenidos de las acciones morales —la materia ética— no se extraen de valores abstractos, sino de la relación viva con otros hombres; es decir, de la inserción real del hombre en unidades sociales supraindividuales”. Welzel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, cit., nota 1, pp. 232 y 233.

Messner enlaza el orden de los fines y el orden del ser, lo que le permite derivar, de la necesidad que el hombre encuentra de realizar sus propios fines inscritos en su naturaleza, exigencias normativas para el campo de la moral y del derecho. Desde esta perspectiva, afirma que el derecho tiene su origen en los fines existenciales del hombre, en cuanto que con ellos “se promueven las condiciones necesarias para que cada persona se haga responsable de la realización de sus fines”.¹²³ En su dimensión jurídica, los fines existenciales constituyen principios jurídicos supremos —dar a cada quien lo suyo; no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti mismo; hay que obedecer a la autoridad legítima; los delincuentes han de ser castigados, y los convenios y los contratos han de ser respetados—, de los que, aplicados a una circunstancia histórica concreta, se pueden derivan derechos y obligaciones, que a su vez exigen un orden que los garantice.¹²⁴ En síntesis, para Messner el fundamento del derecho son los fines existenciales inscritos en la naturaleza humana.¹²⁵ Que estos fines existenciales tengan o no una conexión directa con lo que pudiera considerarse fines esenciales y que éstos pudieran ser vistos como una denominación anónima de los valores es algo que queda sometido a discusión en cuanto el autor no se pronuncia claramente al respecto.

Conviene, por último, destacar algunas consecuencias que de alguna manera coinciden con algunas de las conclusiones de quienes han intentado aplicar la filosofía de los valores al derecho.¹²⁶ Desde esta perspectiva, la primera de ellas se refiere a la afirmación de que un derecho positivo es verdadero derecho siempre y cuando corresponda al orden de los fines inscritos en la naturaleza humana y a las exigencias que se fundan en ellos, por lo que cuando una ley positiva se opone frontalmente a los

¹²³ *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, cit., nota 116, pp. 244 y 245.

¹²⁴ En este sentido, define al derecho como “el orden social de las relaciones sociales, que se encuentra en armonía con los fines existenciales humanos”. *Ibidem*, p. 248.

¹²⁵ Conviene aclarar que los fines existenciales no agotan todo el contenido del derecho; tan sólo constituyen principios básicos, que tienen que ser adecuados a un momento histórico concreto, así como completados y realizados por el derecho positivo. De modo que, aunque establece ciertos principios inmutables inherentes a la naturaleza humana, no deja de reconocer la historicidad del derecho.

¹²⁶ En concreto, Messner se refiere a H. Coing, con el que aunque coincide en varios supuestos de su filosofía del derecho, estima que “si quiere basar el contenido moral del derecho y de la justicia en el conocimiento del valor, es indispensable la vuelta a la aspiración al valor propio de la naturaleza humana, o dicho con otras palabras, a los instintos que aspiran a su satisfacción”. *Ibidem*, p. 378.

finés existenciales no existe la obligación moral de obediencia, y la resistencia está moralmente justificada; la segunda indica que la naturaleza personal y social del hombre determinan el contenido fundamental del orden jurídico, así como su obligatoriedad; la tercera implica que hay una esfera nuclear del derecho que, al coincidir con la “naturaleza de las cosas”, se encuentra sustraída al juicio subjetivo individual y al arbitrio del poder estatal; la última consecuencia apunta a que el fin último del derecho y la sociedad no puede ser otro que el bien común, entendido como la cooperación y ayuda recíproca que se exige de todos y cada uno de los miembros de la sociedad para la realización de sus fines existenciales,¹²⁷ con lo que de nuevo queda en la penumbra la conexión de éstos con los fines esenciales y la identificación o no de estos últimos con los valores.

2. *La dignidad de la persona como valor supremo y como fundamento del derecho natural: Alfred Verdross*

Siguiendo muy de cerca los pasos de J. Messner, pero ya en un plano estrictamente jurídico-filosófico, Alfred Verdross (1890) aborda el problema de los valores al intentar determinar el modo de conocimiento y la esencia de las normas jurídicas fundamentales, que preceden y constituyen la base del derecho positivo, y a las que juzga conveniente denominar *derecho natural objetivo* o *ley jurídica natural*.¹²⁸ En su opinión, el conocimiento filosófico de los valores puede escindirse en dos grandes direcciones: la primera, que cree posible un conocimiento inmediato de ellos, y la segunda, que remite a un conocimiento mediato. En cada una de estas direcciones contempla a su vez dos vías distintas; una racional y otra emocional. En la primera dirección estarían pensadores como F. Vázquez de Menchaca o Kant, al decir que la ley moral puede ser deducida inmediata y directamente de la razón, así como otros que opinan que se realiza inmediatamente por el sentimiento. Ahora bien, a su juicio, por ninguna de estas vías se ha podido acreditar la objetividad de los valores. En la segunda dirección estarían aquellos pensadores que, como Brenta-

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 304-306.

¹²⁸ Verdross, Alfred, *Abendländische Rechtsphilosophie; Ihre Grundlage und Hauptproblem in geschichtlicher, Schau*, Wien, 1958; hay traducción al español cargo de Mario de la Cueva, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, México, UNAM, 1983, p. 357.

no, Meinong, Scheler y Coing, estiman que el sentimiento es tan sólo un medio para el conocimiento de valores objetivos, y aquellos otros que, tomando como punto de partida a Aristóteles, ven en la razón el medio idóneo para conocer, mediante la contemplación de la naturaleza, los fines supremos del hombre y, consecuentemente, la ley moral. Siguiendo esta última dirección, Verdross considera que una filosofía de los valores basada en la tesis del conocimiento mediato de los valores a través del sentimiento ha sido incapaz de determinar con claridad qué debemos entender por mundo del ser ideal, en el que se pretende ubicar a los valores, y que, por tanto, no se ha podido establecer un criterio de veracidad acerca del contenido de los valores, que permita obtener de ellos principios jurídicos concretos. En este sentido, explica cómo Coing tuvo que recurrir al pensamiento de la naturaleza de las cosas, para poder complementar su filosofía del derecho basada en la filosofía de los valores.¹²⁹ Si en cambio aceptamos la concepción teleológica e intelectualista, heredada de la tradición aristotélico-tomista, podemos llegar a determinar que los valores éticos y jurídicos son aprehendidos por la razón mediante el conocimiento de los fines a los que la naturaleza humana tiende,¹³⁰ por lo que es necesario ligar el valor moral de la conducta humana a la realización de los fines inherentes a su propia naturaleza; es decir, es preciso supeditar los valores a los fines previamente establecidos en el orden del ser; a diferencia de M. Scheler, quien, como hemos visto, considera que los valores sirven de fundamento a los fines de la conducta humana, y que, en último término, éstos se encaminan a la realización de valores.¹³¹

Con estos presupuestos, y con la firme convicción de que el hombre ocupa el punto central de la problemática del derecho natural, Verdross ve el fundamento de la ley jurídica natural o derecho natural objetivo en la dignidad de la persona humana, a cuya aprehensión podemos llegar por dos vías distintas: con un argumento teocéntrico, formulado de manera acabada por la doctrina cristiana, que entiende al hombre como imagen de Dios, y con un argumento antropocéntrico, que se apoya en la necesidad inherente del hombre de realizar los valores que se enraizan en

¹²⁹ *La filosofía del derecho del mundo occidental, cit.*, nota 128, pp. 327-330.

¹³⁰ En este sentido, afirma textualmente que “el hombre, mediante el conocimiento de su propia naturaleza, sabe que está encuadrado en un orden objetivo del ser, que le orienta hacia determinados fines, es decir, que los fines humanos brotan de la naturaleza misma del hombre y se traducen, tanto para los individuos cuanto para las comunidades, en normas objetivas que otorgan derechos e imponen deberes”. *Ibidem*, p. 367.

¹³¹ Véase *supra*, p. 113.

su personalidad ética y social.¹³² Al poner el fundamento del derecho natural en la dignidad humana, surgen importantes exigencias jurídicas, que se refieren a dos dimensiones del ser humano: por su dimensión individual, establece que todo orden jurídico debe reconocer y garantizar al hombre una esfera en la que pueda actuar como ser libre y responsable, exigencia que se concreta en los derechos del hombre; mientras su dimensión social exige tanto la cooperación mutua en la realización de los fines personales de cada miembro de la comunidad como la obligación de la autoridad social de procurar y facilitar los bienes necesarios para que los miembros de la sociedad puedan realizar sus fines existenciales, lo que se resume en el concepto de bien común.

Estas exigencias básicas, que se derivan de la dignidad humana, corresponden tan sólo al elemento inmutable de la ley jurídica natural. Puesto que Verdross distingue en ella un elemento inmutable, al que corresponden algunos principios, que son inherentes a la naturaleza racional del ser humano y que, por lo tanto, permanecen idénticos en el devenir de la historia, y un elemento mudable, que atiende a la manifestación del hombre como ente histórico individual y concreto, miembro de una época y una cultura determinadas. Esta distinción, con la que pretende presentar una concepción dinámica de la ley jurídica natural, que logre armonizar derecho natural e historia,¹³³ le lleva también a reconocer no sólo que entre el derecho positivo y el derecho natural no existe contraposición alguna, sino que incluso son elementos complementarios de todo orden jurídico concreto, pues estima que tanto el derecho natural exige ser completado y concretizado por el derecho positivo, como éste requiere del derecho natural como fundamento de su fuerza obligatoria.¹³⁴

¹³² Aunque Verdross entiende que estos dos argumentos son válidos para defender la dignidad de la persona humana, e incluso advierte que en una sociedad pluricultural debe ser esgrimido únicamente el argumento antropocéntrico para alcanzar en el derecho natural una base valorativa común, no deja de reconocer que la diferencia entre ambos argumentos consiste en que, mientras en el teocéntrico la dignidad de la persona humana tiene un fundamento absoluto, en la concepción antropocéntrica tiene una base hipotética y relativa, insuficiente para asegurar la dignidad de la persona en todo momento. *Ibidem*, p. 368.

¹³³ Sobre el problema de derecho natural e historia en A. Verdross véase Rodríguez Molinero, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, cit., nota 35, pp. 194-198.

¹³⁴ Apoyado en esta exigencia recíproca de derecho natural y derecho positivo, Verdross afirma que su concepción del derecho natural puede ser perfectamente armonizada con la teoría pura del derecho elaborada por Kelsen. *Cfr. La filosofía del derecho del mundo occidental*, cit., nota 128, p. 401.

3. Los valores como contenido del derecho natural: John Finnis

La plena adopción del término de valor en la doctrina del derecho natural se debe a la corriente iusnaturalista denominada *New School of Natural Law*, que en las últimas tres décadas del siglo XX y partiendo de una reinterpretación exegética del pensamiento de Santo Tomás de Aquino ha logrado revitalizar la doctrina del derecho natural en el ámbito cultural anglosajón.¹³⁵ Junto a Germain Grisez, Joseph Boyle, Robert P. George y William May, es, sin duda, John Finnis quien en su obra principal titulada *Natural Law and Natural Rights*¹³⁶ mejor ha desarrollado los principios que definen y dan forma a esta corriente del derecho natural. El punto de partida de Finnis consiste en demostrar, como ya lo había hecho Germain Grisez,¹³⁷ fundador de la escuela, que el conocido argumento de David Hume, mejor conocido como *falacia naturalista*, y que consiste básicamente en demostrar la irracionalidad e improcedencia de inferir de una proposición descriptiva una proposición normativa, es decir, de inferir del *ser (is)* un deber *ser (ought)*,¹³⁸ realmente no fue pensado por Hume para refutar la doctrina clásica del derecho natural, sino en concreto para desautorizar los escritos de Samuel Clarke, un pensador iusnaturalista del siglo XVIII que, a juicio de Hume, pasaba con enorme facilidad y sin el mínimo de seriedad de la descripción de una determinada situación fáctica a inferir de ella consecuencias de deber ser.¹³⁹ Pero, además, Finnis se encarga de subrayar que a pesar de la veracidad del argumento de Hume, éste realmente no puede ser utilizado para destruir los cimientos sobre los que Santo Tomás construyó su doctrina del derecho natural, pues según la reinterpretación que Finnis hace del pensamiento del aquinate éste nunca propuso que el criterio para determinar el bien y el mal pueda ser inferido de la naturaleza humana, es decir, de una realidad que corresponde a la dimensión del *ser*, pues constata que, más bien, Santo Tomás estableció la base del derecho natural no en la natura-

¹³⁵ Massini Correas, Carlos I., "The New School of Natural Law; Some Approaches", *Rechtstheorie*, Berlín, vol. 30, núm. 4, 1999, pp. 462-478.

¹³⁶ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

¹³⁷ Grisez, German, "The first Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2", *Natural Law Forum*, Notre Dame-Indiana, núm. 10, 1965, pp. 168-201.

¹³⁸ Hume, David, *A Treatise of Human Nature* (1740), libro III, parte I, sección I (véase *supra*, p. 33).

¹³⁹ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, nota 136, pp. 36-49.

leza humana en su manifestación empírica e histórica, sino en lo que él mismo denominó “primeros principios de la razón práctica”, los cuales, señala Finnis, no son deducidos ni de los hechos ni de la naturaleza humana, ni de preposiciones metafísicas, ya que considera que éstos son en sí mismos evidentes (*self evident*); es decir, que para todo hombre que alcance la edad de la razón resultan evidentes, por lo que no requieren de ninguna demostración posterior.¹⁴⁰ De esta manera, resalta que Santo Tomás nunca incurrió en la falacia naturalista, pues al entender que el criterio de lo bueno y malo no se infiere de las proposiciones descriptivas de la naturaleza humana, sino de los primeros principios de la conducta que, al ser evidentes, constituyen en sí mismos una proposición normativa, no cometió el error lógico y epistemológico de inferir el deber ser del ser.¹⁴¹

Con independencia de la veracidad o falsedad de la interpretación que hace Finnis del pensamiento de Santo Tomás, lo cierto es que desde la perspectiva de nuestra investigación el profesor de Oxford toma como base para la construcción de su doctrina del derecho natural exactamente el mismo punto de partida de la filosofía de los valores, a saber: la separación entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor. Por ello, no debe extrañar que una vez que Finnis hace estas aclaraciones preliminares, en el desarrollo de su obra, termine por identificar los primeros principios de la conducta con lo que él mismo denomina “valores básicos de la existencia humana”. Este paso aparece un tanto confuso en cuanto Finnis emplea indistintamente los términos de *principios*, *bienes* y *valores*.¹⁴² Sin embargo, la idea fundamental que intenta presentar es que a

¹⁴⁰ En este sentido, John Finnis afirma textualmente lo siguiente: “On the contrary, Aquinas asserts as plainly as possible that the first principles of natural law, which specify the basic forms of good and evil and which can be adequately grasped by anyone of the age of reason (and not just by metaphysicians), are *per se nota* (self evident) and indemonstrable. They are not inferred from speculative principles. They are not inferred from facts. They are not inferred from metaphysical propositions about human nature, or about the function of a human being... They are not interposed or derived from anything. They are underived”. *Cfr. Natural Law and Natural Rights*, cit., nota 136, pp. 33 y 34.

¹⁴¹ Así, afirma: “The way to discover what is morally right, is not to ask what is in accordance with human nature, but rather what is reasonable. And this ascertainment shall lead us towards the underived first principles of practical reasonableness, principles which do not make reference to all to human nature, but only to human good”. *Ibidem*, p. 36.

¹⁴² Finnis prefiere emplear el concepto de valor sobre el concepto de bien, pues afirma que este último tiene por lo menos dos acepciones: la primera, que se refiere a un objetivo particular o meta que se considera deseable alcanzar, y la segunda, que, en un sentido más general se refiere al bien del que se puede participar o realizar de muchas

pesar de las enormes diferencias culturales existentes entre los hombres, que en ciertas ocasiones nos llevan a asentir que existe un verdadero caos en el mundo de los valores y, por lo tanto, en el campo de la ética, si miramos con mayor atención y nos preguntamos por aquello que es bueno para el ser humano, resulta que los hombres de todas las épocas han demostrado una igual preocupación por ciertos valores básicos de la vida humana.¹⁴³ Identificando estos valores con los distintos aspectos o dimensiones de la vida humana que son necesarios para el desarrollo y perfeccionamiento del ser humano, Finnis afirma que son en sí mismos evidentes, por lo que no pueden ser inferidos o deducidos de un hecho o conjunto de hechos, lo que no quiere decir, por otra parte, que todos los hombres los entiendan y los realicen históricamente de la misma manera y con igual intensidad, sino tan sólo que estos valores son universales y fundamentales.¹⁴⁴ Él mismo identifica siete clases de valores básicos que se corresponden con las diversas dimensiones de la existencia humana; éstos son: la vida, el conocimiento, la sociabilidad, la experiencia estética, la razonabilidad práctica, el juego y la religión. Considera que todos estos valores tienen un carácter fundamental, en el sentido de que no derivan de ningún otro valor y cualquier otro valor, que pueda pensarse puede ser comprendido en el ámbito de uno de ellos. Por esa misma razón, afirma que no existe una jerarquía objetiva entre ellos, de manera que reconoce que cada persona puede estimar subjetivamente uno de ellos como de mayor importancia para su vida, reservando la razón de esa decisión a una cuestión de temperamento, oportunidades y capacidades de cada persona concreta.¹⁴⁵

maneras y en muchas situaciones. Ante esto, se inclina por emplear el término *valor*, pues afirma que se identifica exclusivamente con la segunda acepción de bien. *Ibidem*, p. 61

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 81-83.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 85. Véase también su artículo “Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 28, 1993, pp. 9-27. No obstante a lo largo de su obra, John Finnis no hace referencia alguna al pensamiento de Max Scheler. No podemos dejar de señalar que entre la filosofía de los valores del filósofo alemán y la concepción de los valores que presenta John Finnis existen grandes semejanzas, con la excepción de que este último niega que los valores se estructuran en un orden jerárquico objetivo.

¹⁴⁵ *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, nota 136, pp. 92-94. No obstante, Finnis reconoce que cada persona es libre de elegir cuál de estos siete tipos de valores es el más importante en su vida, es decir, de establecer su propia tabla jerárquica de valores. Apun-

Ahora bien, el problema que aquí nos ocupa es cómo llegó Finnis a vincular estos valores básicos del ser humano con los conceptos de ley natural y de derechos naturales. Respecto a la ley natural, lo primero que hay que destacar es que Finnis entendió, sobre cualquier otra interpretación, que los valores constituyen buenas razones para actuar. De manera que al colocarlos en la base de lo que Santo Tomás denominó “primeros principios de la conducta humana”, concluyó que el contenido fundamental de la ley natural, así como la racionalidad que ésta expresa, viene dada por los valores básicos del ser humano.¹⁴⁶ Mientras que en lo referente a los derechos naturales estimó que como contrapartida del deber que surge de respetar y promover el desarrollo de los valores básicos del ser humano, en el sentido de que “nadie puede de forma directa atacar en su propia persona o en la persona de los que le rodean alguno de estos valores”,¹⁴⁷ se derivan varios derechos (*claim-rights*), que pueden ser considerados naturales o absolutos, entre los que destaca, por ejemplo, el derecho de que la vida personal no sea tomada directamente como un medio para un fin distinto y externo; el derecho de no ser privado sin que medie la voluntad propia de la facultad de procrearse, o el derecho de ser tomado en cuenta para cualquier asunto relacionado con el bien común.¹⁴⁸

Por último, en lo referente a la relación que guarda la ley natural con la ley positiva, Finnis señala, en un sentido similar al de Tomás de Aquino

ta que la elección de unos valores sobre otros debe ser realizada racionalmente, característica que viene dada siempre y cuando se cumplan los siguientes nueve requisitos que Finnis plantea en su obra: “Armonía en los propósitos, reconocimiento de los bienes y valores, ausencia de arbitrariedad entre las personas, desapego de nuestra forma particular de realizar el bien, fidelidad a nuestros propósitos y compromisos, eficiencia en la esfera técnica de la realización de los valores, respeto a todos los valores básicos, es decir, inviolabilidad de los valores básicos, ver por el bien común al momento de actuar y escuchar nuestra conciencia moral”. *Ibidem*, pp. 100-133.

¹⁴⁶ En este sentido, escribe literalmente: “The basic values, and the practical principles expressing them, are the only guides we have. Each is objectively basic, primary, incommensurable with the others in point of objective importance”. *Ibidem*, p. 119.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 225.

¹⁴⁸ “To choose directly against any basic value, whether in oneself or in one’s fellow human beings. And the basic values are not mere abstractions; they are aspects of the real well-being of flesh- and blood-individuals. Correlative to the exceptionalness duties entailed by this requirement are, therefore, exceptionalness or absolute human claim-rights- most obviously, the right not to have one’s life taken directly as a means to any further end”. *Idem*.

no, pero con una terminología propia, que la ley natural no agota todo el contenido de la ley positiva, sino que tan sólo le sirve de guía en sus lineamientos básicos, es decir, le proporciona una racionalidad particular sin que pueda prever y agotar toda la realidad que la ley positiva se propone ordenar. De modo que concluye que a la ley positiva le corresponde determinar los principios y valores contenidos en la ley natural, realizándolos en concordancia con la circunstancia histórica concreta.¹⁴⁹

¹⁴⁹ *Natural Law and Natural Rights*, cit., nota 136, pp. 281-290.