

CONCEPTO DEL DERECHO Y EXPERIENCIA JURÍDICA

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO,
profesor de la Universidad
de Salamanca, España

SUMARIO: 1. Dificultades que plantea la concepción del derecho. 2. Presupuestos filosóficos del concepto del derecho. 2.1. Presupuestos gnoseológicos; 2.2. Presupuestos ontológicos. 2.2.1. El contorno del derecho. 2.2.2. El dintorno del derecho. 2.2.2.1. Derecho y usos sociales. 2.2.2.2. Derecho y moral. 2.3. Presupuestos deontológicos. 3. La definición general del derecho: el derecho como experiencia jurídica.

1. *Dificultades que plantea la concepción del derecho*

Existen pocas cuestiones, en el ámbito de los estudios jurídicos, que hayan motivado tan amplio y, en apariencia, estéril debate como aquella que hace referencia a la pregunta *quid ius?*, ¿qué cosa es el derecho? En un conocido trabajo sobre la materia Herbert Hart ha puesto de relieve la carencia de una amplia literatura dedicada a la resolución del problema de ¿qué es la química?, o de ¿qué es la medicina?, como lógicamente debiera existir en correspondencia al interrogante *quid ius?* En general, unas pocas líneas en las primeras páginas de un libro de texto son todo lo que se propone a la consideración del estudioso de esas ciencias; y las soluciones que se ofrecen son muy diversas de las que se le brindan al investigador jurídico. Ninguno ha pensado nunca —observa Hart— que sea una posición aclaratoria o relevante sostener que la medicina consiste en “aquello que los médicos hacen en relación con las enfermedades”, o bien “una predicción de aquello que los médicos harán”. Sin embargo, en el campo del derecho se han realizado afirmaciones a primera vista tan extrañas como éstas, y sobre ellas se ha polemizado, en ocasiones, con violencia.¹

Es evidente que en nuestro tiempo todavía siguen teniendo valor las consideraciones de Leibniz y Kant² sobre la dificultad que entraña el arribo

¹ H. Hart, *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 1-2.

² “Juris et justitiae notiones —escribía G. W. Leibniz—, etiam post tot praeclaros scriptores, nescio an satis liquidae habeantur.” *De actorum publicorum usu atque de principiiis juris naturae et gentium primae codicis juris gentium diplomatici parti praefixa*, en *Opera omnia*, ed. de L. Dutens, Genève, 1768, vol. IV, III. Es bien conocida la máxima de I. Kant a tenor de la cual: “Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht”. *Kritik der reinen Vernunft*, en *Kants gesammelte Schriften*, ed. de la Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin, 1911, vol. III, p. 479 nota.

a una definición del derecho, hasta el punto de que el problema ha podido ser calificado, con razón, de paradigma de ambigüedad.³ Tengo para mí que de esta observación no hay por qué desprender conclusiones melancólicas a propósito de la esterilidad de las cavilaciones de los juristas en su secular tentativa de circunscribir el objeto de su propio estudio. Es probable que un médico, o un químico, no se hallarían en menos dificultades que un jurista si se les exigiera su definición de la medicina o de la química, y es posible que las respuestas que avanzaran fueran diversas, según el ángulo desde el que observasen el fenómeno por definir; sin que, en cualquier caso, faltaran las respuestas anodinas, retóricas o insignificantes, pecados de los que no se hallan exentas muchas de las nociones del derecho propuestas por los juristas.⁴ En favor de estos últimos debe también reconocerse la obstinada constancia con que han perseguido la delimitación del concepto del derecho, dando así prueba de su inquietud metódica por la aclaración de sus saberes. Por otra parte, no puede soslayarse que la problematicidad inherente a la investigación jurídica reside en que ésta se propone averiguar el *quid ius?*, el porqué intrínseco del derecho, no contentándose con el *quid iuris?*, la descripción de cómo existe esa realidad mediante la mera constancia empírica de los hechos jurídicos concretos. La diferencia entre ambas actitudes halló brillante expresión en el pensamiento de Kant, para quien, como es sabido, si no se desea caer en tautologías, o remitir a lo que las leyes disponen en un país y en una época, en lugar de ofrecer una respuesta de carácter general, la pregunta ¿qué es el derecho? tiene que sumir al jurista en la misma perplejidad que al lógico la pregunta ¿qué es la verdad? El jurista puede decirnos qué es derecho en un momento concreto (*quid sit iuris*), esto es, lo que las leyes prescriben o han prescrito en un lugar y tiempo determinados; pero para saber si lo que las leyes disponen es justo, y cuál es el criterio general para distinguir lo justo de lo injusto, deberá abandonar por algún tiempo los principios empíricos y buscar el fundamento de aquellos juicios en la razón —para lo que aquellas leyes pueden servirle perfectamente de guía—, a fin de sentar así las bases para una posible legislación positiva. “Una teoría del derecho meramente empírica —concluye Kant— es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso.”⁵

Conceptuar el derecho no es describirlo; implica además una explicación racional que procure abarcar todas las posibles acepciones del término, intentando delimitar el ámbito de toda experiencia jurídica posible. Es evidente que dicha experiencia deberá buscarse inicialmente en los diversos hechos

³ Así lo ha manifestado R. Sartorius al señalar que: “It is obvious —but important, seldom denied— but often disregarded, that the question What is law? is a paradigm of ambiguity.” “The Concept of Law”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1966, p. 161.

⁴ Cfr. G. Lumia, *Il diritto tra le due culture*. Giuffrè, Milano, 1966, pp. 169-170.

⁵ I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, vers. cast. e intr. de F. González Vicén. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pp. 78-79.

jurídicos de las distintas épocas y sistemas, pero teniendo presente la advertencia kantiana de que la descripción empírica del derecho no agota el ámbito de la juridicidad. Se hace preciso, por tanto, recurrir a ese proceso de abstracción y generalización que toda actividad definitoria comporta, de tal forma que ninguna experiencia relevante para el derecho se sustraiga al concepto de juridicidad. El concepto de triángulo —enseñaba Olgiati— no es una parte, un sector común a todos los triángulos pasados, presentes y futuros, pero no existió ni existirá jamás un triángulo que pueda evadir a su concepto. Asimismo, en el campo del derecho no existe, ni ha existido nunca el concepto de juridicidad en sí, si no en la mente de Platón y de los filósofos; lo que existe o ha existido es el derecho romano, egipcio, italiano, francés o alemán, y el derecho público y privado de un Estado, pero si estos hechos tienen realmente naturaleza jurídica, en cada uno de ellos deberá darse la nota de la juridicidad.⁶

Ahora bien, indagar el concepto del derecho en su compleja unidad, por encima de las parciales delimitaciones desde las que lo estudian las diversas disciplinas jurídicas particulares, es tarea que desde antiguo se asigna a la filosofía del derecho. Ésta tiene como principal misión la:

contemplación total del derecho, que se esfuerza en ahondar en su contenido esencial, para, sobre esta base, encontrar el lazo espiritual que vincula entre sí a todos los fenómenos individuales en el derecho.⁷

Tal exigencia de la filosofía jurídica ha hallado eco en una importante corriente doctrinal de nuestro siglo, que ha pretendido superar las identificaciones tradicionales del derecho con diversos aspectos parciales del fenómeno jurídico recurriendo a la noción de “experiencia jurídica”. No puede afirmarse que esta tendencia constituya un cuerpo de doctrina uniforme, ni menos aún una escuela;⁸ pero es fácil descubrir en quienes se remiten al término experiencia jurídica un anhelo común por arribar a una conceptualización unitaria del derecho a través de su significado concreto y completo. La idea de concreción ha conducido a los teóricos de la experiencia a investigar el derecho en su vida efectiva, esto es en su realidad histórica, antes que en conceptos abstractos y fórmulas ideales.⁹ Por otro lado, constituye un

⁶ F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso D'Aquino*, Vita e pensiero. Milano, 2ª ed., 1944, p. 6.

⁷ H. Henkel, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. cast. de E. Gimbernat, Taurus. Madrid, 1968, p. 18.

⁸ Así lo han puesto de relieve, entre otros: N. Matteucci, “Diritto e esperienza”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1953, p. 538; y E. Opocher, “Esperienza giuridica”, en *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè, Milano, 1966, vol. xv, pp. 735 ss.

⁹ Han insistido, de forma especial y desde diversas perspectivas, en la radical historicidad de la experiencia jurídica: G. Capograssi, “La esperienza giuridica nella storia”, en *Opere*. Giuffrè, Milano, 1959, vol. III, pp. 267 y ss; G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*. Giuffrè, Milano, 1953; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. Giappichelli, Torino, 2ª ed. 1963; F. Sander, “Rechtsdogmatik oder

leitmotiv de esta tendencia el afán de ofrecer una visión del derecho que abarque su entero desenvolvimiento desde su génesis en la conciencia individual, para, a través de su plasmación consuetudinaria y legislativa y su individualización judicial, arribar a su elaboración crítica por la doctrina.¹⁰

Es cierto que la teoría de la experiencia jurídica no ha cristalizado todavía en una formulación precisa y definitiva;¹¹ pero, en todo caso, la estimación de sus aportaciones abre una senda plena de posibilidades para abordar de forma sistemática el problema de la definición del derecho; y es, precisamente, a través de esa senda por la que quisiera avanzar esta investigación.

2. Presupuestos filosóficos del concepto del derecho

Se ha dicho que la filosofía se caracteriza por suponer una determinada actitud o forma de pensamiento y un determinado tipo de saber; pues bien, estas peculiaridades se manifiestan también en la filosofía del derecho cuando indaga la definición de lo jurídico. Así, como actitud la filosofía jurídica deberá traducirse en una búsqueda incondicionada de la realidad jurídica en su universalidad, al tiempo que como forma de conocimiento deberá reflejar el carácter integral y problemático que distingue al saber filosófico.

La palabra derecho es evidente que no posee un sentido unívoco. Dejando a un lado su significación extrajurídica (idea de rectitud), en el ámbito estricto de lo jurídico asume una pluralidad de acepciones que, sin duda, responden a la diversidad de las perspectivas de enfoque desde las que se la contempla. En expresiones tales como “el derecho romano”, “el derecho francés”, “tengo derecho a recibir mi salario”, “no hay derecho a que se me haga víctima de este abuso”, la “ciencia del derecho”, “la carrera de derecho” etcétera, la idea del derecho viene expresada en distinto sentido y con dispar alcance.

Conviene tener presente que la variedad de definiciones que pueden predicarse de una realidad determinada depende necesariamente de un cambio en la propia realidad-objeto de definición, o bien, de un cambio en el punto de vista desde el que la misma viene estudiada.¹² Hay que convenir, por

Theorie der Rechtserfahrung?”, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1920-1921, pp. 511 y ss; “Der Begriff der Rechtserfahrung”, en *Logos*, 1923, pp. 285 y ss.

¹⁰ *Vid.* sobre ello: A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giudiziaria*. Giuffrè, Milano, 1957, pp. 184-185; G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Pedone, Paris, 1935, pp. 52 y ss; M. Reale, *O Direito como Experiência*, Saraiva, São Paulo, 1968, pp. 2 y ss; L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 1971, pp. 99 y ss.

¹¹ Con razón ha podido escribir E. Opocher al respecto que: “il concetto unitario del diritto come esperienza rappresenta una recente, faticosa, e non ancora del tutto incontrastata conquista...” *Lezioni di filosofia del diritto. Parte generale*. Cedam, Padova, 3ª ed., 1965, p. 152.

¹² *Cfr.* F. Carnelutti, *Metodología del derecho*, trad. cast. de A. Ossorio. UTEHA, México, 1940, pp. 62 y ss; O. Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Helbing-

ello, en que esa compleja y multiforme realidad a la que denominamos “derecho”, se ha visto sujeta a sensibles mutaciones a lo largo de su devenir histórico (las diferencias entre los ordenamientos jurídicos primitivos y los modernos sistemas de derecho son tan evidentes como notables). Pero, la pluralidad de definiciones no tan sólo se debe a una mutación en el objeto, ya que también las ópticas de enfoque de la realidad jurídica son numerosas y, por tanto, lo son las nociones de que de la misma pueden ofrecerse.

La realidad —escribía Ortega—, precisamente por serlo y hallarse fuera de nuestras mentes individuales, sólo puede llegar a éstas multiplicándose en mil caras o haces... Pero la realidad no puede ser mirada sino desde el punto de vista que cada cual ocupa, fatalmente, en el universo.¹³

La perspectiva juega, pues, un papel determinante en la actividad definitoria, y de igual modo que, tal como ejemplificaba Ortega, carecería de sentido la disputa de quien afirmara que la verdadera visión de la sierra del Guadarrama es la que se divisa desde Segovia, frente al que defendiera como exclusivamente cierta la que se vislumbra desde el Escorial, porque ambas vertientes de la misma realidad son distintas,¹⁴ también carecen de fundamento gran parte de las polémicas entre juristas empeñados en imponer absolutamente su visión de una realidad —el derecho—, que siendo única, asume en su plenitud una pluralidad de dimensiones. Tiene razón Bobbio cuando afirma que el término derecho puede revestir mayor o menor extensión según la disciplina jurídica desde la que se pretenda estudiar su significado. Así, para un civilista el derecho será exclusivamente el ordenamiento estatal; para un internacionalista lo será también el derecho internacional; para un canonista habrá que ampliar el concepto del derecho hasta abarcar en él al derecho canónico; para un filósofo del derecho o un sociólogo será derecho la regla de cualquier sociedad organizada; y, finalmente, para un historiador lo serán no tan sólo las reglas del derecho vigente, sino que se extenderá también a las que lo fueron en el pasado. Quien limita su campo de observación al Estado, tenderá a subrayar el elemento de la coacción, y a definir el derecho como el conjunto de normas impuestas por la fuerza; mientras que quien amplíe su perspectiva hasta incluir sociedades distintas de la estatal, se hallará inclinado a disminuir la importancia de la coacción y a insistir en otros elementos, tales como la organización, definiendo el derecho como el conjunto de reglas emanadas de cualquier grupo organizado.¹⁵

Estas consideraciones no deben conducir a la conclusión de que es imposible llegar a una noción unitaria del derecho. No hay que olvidar que entre

Lichtenhahn, Basel, 1970, pp. 7-8; E. García Máynez, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*. Universidad Veracruzana, México, 2ª ed. 1960, pp. 11 y ss.

¹³ J. Ortega y Gasset, “Verdad y perspectiva”, en *El espectador*, I. Espasa-Calpe, Madrid, 1966, p. 23.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ N. Bobbio, “Diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*. UTET, Torino, 1960, vol. v, p. 769.

el derecho como realidad social, como norma emanada del Estado, y como ideal ético de justicia, existe una trabazón profunda cuyo alcance deberá ser elucidado en adelante. Para ello, la referida teoría de la experiencia jurídica puede brindar un sólido punto de apoyo, máxime si, teniendo presente el carácter primordialmente filosófico de esta investigación, se avanza, de algún modo, en la construcción de una auténtica filosofía de la experiencia jurídica. De forma que, teniendo presente la larga tradición enraizada en el pensamiento platónico de concebir el filosofar como una reflexión acerca del conocer (gnoseología), el ser (ontología) y el deber ser (deontología), sirvan estos tres momentos de pautas de desglose para esta indagación conceptual del derecho.¹⁶

2.1. *Presupuestos gnoseológicos*

Para poder definir el derecho es preciso establecer de antemano el tipo de definición de que se quiere hacer uso. El planteamiento de este problema presupone, por tanto, una elección en sede definitoria. Debe hacerse notar, sin embargo, que la formulación de una teoría de la definición no se plantea sólo como preliminar con respecto al concepto del derecho, sino que es común a cualquier otro tipo de investigación o forma de actividad intelectual.¹⁷

El pensamiento del *Wiener Kreis*, tendiente a la reducción de la filosofía a la crítica del lenguaje efectuada mediante procedimientos lógicos,¹⁸ ha ejercido una poderosa influencia en toda la moderna indagación gnoseológica y, particularmente, ha repercutido en la teoría de la definición.¹⁹ Por otro lado, la impronta de este planteamiento se ha dejado también sentir en los dominios de lo jurídico.²⁰ Así, para Kantorowicz el método erróneo en

¹⁶ Cfr. E. Luño Peña, *Derecho natural*. La Hormiga de Oro, Barcelona, 5ª ed. 1968, pp. 66-67.

¹⁷ Cfr. I. Tebaldeschi, *La definizione del diritto*. Editoriale Arte e Storia, Roma, 1963, p. 17.

¹⁸ Vid. A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*. Golancz, London, 2ª ed. 1946; R. Carnap, *Philosophy and Logical Syntax*. Routledge, London, 1959; V. Kraft, *Der Wiener Kreis. Der Ursprung der Neopositivismus*. Springer, Wien, 1950.

¹⁹ Así, por ejemplo: K. Ajdukiewicz, "Three Concepts of Definition", en *Logique et Analyse*, 1958, pp. 115 y ss; C. G. Hempel, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*. Chicago University Press, 1952; R. Robinson, *Definition*. Oxford University Press, 1954.

²⁰ Vid., entre otros, los trabajos de: L. Bagolini, "Analisi del linguaggio e definizioni del diritto", en su vol. *Visioni della giustizia e senso comune*. Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 127 y ss; E. García Máynez, *Lógica del concepto jurídico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1959; H. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*. Clarendon Press, Oxford, 1953; *The Concept of Law*, cit.; D. Horn, *Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer Semantischen Kommunikationstheorie*. Duncker-Humboldt, Berlin, 1966; "Rechtswissenschaft und Kommunikationstheorie", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1967, pp. 573 y ss; E. J. Lampe, *Juristische Semantik*. Gehlen, Bad Hamburg-Berlin-Zürich, 1970; K. Olivecrona, "Legal Language and Reality", en el vol. *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Bobbs Merrill Co., Indianapolis, 1962, pp. 151 y ss; A. Ross, "Definition in Legal Language", en *Logique et Ana-*

el ámbito de las definiciones del derecho es el del *realismo verbal*, que en el terreno jurídico se ha traducido en la secular e infructuosa búsqueda de la esencia del derecho, de la noción que reflejase su *Wesen* absoluto, aquello que lo distingue del resto de las cosas. Partiendo de que entre el concepto del derecho y la realidad existe un nexo metafísico que no se puede desconocer. “Esto muestra —a juicio de Kantorowicz— que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la creencia antigua o, mejor, prehistórica en la magia verbal.”²¹ El método correcto que este autor propone para evadir el círculo vicioso del realismo definitorio es el del *pragmatismo conceptual*. A su entender, una definición debe ser una *proposición* sobre la forma de entender un término en un ámbito determinado, respetando las reglas de uso del lenguaje en el que es utilizado o las que regulan la composición de neologismos. “El valor de nuestras definiciones respectivas —afirma— debe juzgarse por su utilidad comparada.”²²

También G. L. Williams plantea el problema de la definición del derecho según las premisas de la moderna dirección analítico-lingüística. En su opinión, investigar sobre la naturaleza del concepto del derecho no es otra cosa que preguntarse sobre el uso de este término en un determinado lenguaje. Por lo que carece de sentido la pretensión de hacer corresponder a la definición de la naturaleza del derecho con hechos empíricamente verificables. Sólo la definición de un ordenamiento jurídico concreto puede ser cierta o falsa en relación con determinados hechos observables. Por el contrario, la definición del ordenamiento jurídico en general o la del derecho en sí o por sí, no pueden ser ni verdaderas ni falsas, porque no pueden ser controladas con base en datos particulares, en cuanto se presentan como nociones universales y omnnicomprensivas.²³

Las tesis de Kantorowicz y Williams nos permiten diferenciar con nitidez dos actitudes gnoseológicas abiertamente contrapuestas en el campo de la teoría de la definición:

a) La primera viene representada por quienes proponen una *definición real*; esto es, una expresión que recoja la esencia, lo que el objeto de la definición es en sí. En ella el *definiens* representaría la naturaleza esencial o atributos esenciales del *definiendum*. Esta forma de definición se halla estrechamente ligada a la tradición filosófica aristotélico-tomista.

lyse, 1958, pp. 139 y ss; U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano, 1955; “La definizione nel diritto”, en *Jus*, 1959, pp. 496 y ss; “Contributo alla semantica del linguaggio normativo”, en *Memorie dell’Accademia delle scienze di Torino*, 1959, pp. 1 y ss; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*. Il Mulino, Bologna, 1974; G. L. Williams, “International Law and the Controversy Concerning the Word ‘Law’”, en *The British Year Book of International Law*, 1945, pp. 146 y ss; “The Controversy Concerning the Word ‘Law’”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1949-50, pp. 50 y ss.

²¹ H. Kantorowicz, “La definición del derecho”, trad. cast. de J. M. de la Vega. *Revista de Occidente*, Madrid, 1964, p. 34.

²² *Ibid.*, p. 37.

²³ G. L. Williams, “The Controversy Concerning the Word ‘Law’”, cit., p. 69.

b) La segunda es la seguida por quienes defienden los postulados neopositivistas. Estos autores son partidarios de una *definición nominal*, la cual no se halla dirigida a individualizar el concepto “verdadero” del *definiendum*, sino simplemente a determinar las reglas de uso del mismo.

Un claro ejemplo de esta tendencia puede advertirse en los estudios de U. Scarpelli, que fiel a los postulados de la filosofía analítica subdistingue dentro de la definición nominal los siguientes tipos:

d') *Definiciones lexicales*, que son constataciones de usos lingüísticos y explicaciones de su significado a partir de cómo se aprecian en la praxis lingüística efectiva de las personas individuales y los grupos.

b') *Definiciones estipulativas*, entendidas como convenciones en torno a usos futuros del lenguaje. Se establece que en adelante, en cierto texto o cierto cuerpo lingüístico, una determinada expresión será empleada con un significado específico.

c') *Definiciones explicativas*, que se utilizan cuando se trata de conceptos que se hallan en los puntos claves de una cultura, sobre los que se condensan los planteamientos y orientaciones fundamentales constitutivos de la misma. Se trata de los conceptos sobre los que se proyecta, principalmente, el quehacer filosófico y en los que es preciso atenerse a aquello que con esos conceptos se entiende; entrar en el corazón de su significado en la cultura histórica a que pertenecen.²⁴

La definición explicativa supone una definición intermedia entre la definición lexical y la especulativa. En efecto, la definición explicativa pretende como la lexical corresponder al uso; pero a diferencia de ésta no se esfuerza por recoger toda la variedad y transformaciones del uso, sino que se dirige a aferrar en los significados usuales, condensándolos y eventualmente reelaborándolos, el núcleo de mayor importancia y valor operativo, para llegar a un instrumento semántico preciso y eficiente, capaz de ofrecer, en la situación cultural en que será empleado, claridad y precisión. Así, mientras la definición lexical se halla vinculada al pasado y la estipulativa se dirige al futuro, la definición explicativa parte de usos lingüísticos pasados para proyectarse a usos lingüísticos futuros, de tal manera que aun manteniendo los instrumentos semánticos del pasado, los mejora en su forma y en su función.

Dado que la definición lexical no resulta viable en la práctica, y la estipulativa es obviamente arbitraria, sólo la definición explicativa puede considerarse un instrumento útil. Sin embargo, el propio Scarpelli ha revelado la posibilidad de distinguir en el seno de la definición explicativa dos subespecies:

a'') *Definiciones explicativas en sentido histórico*, en las que se tenderá a una delimitación amplia del concepto, tolerando y aun pretendiendo cierta elasticidad e irresolución, de manera que pueda cubrirse así la casuística complejidad de las vicisitudes históricas.

²⁴ U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*. Edizioni di Comunità. Milano, 1965, pp. 12-14. *Vid.*, también, las obras de Scarpelli recogidas en la nota 20.

b") *Definiciones explicativas en sentido crítico*, en las que se pretenderá conseguir la mayor precisión y rigor, señalando los confines con la mayor nitidez, pues estas definiciones se dirigen a fundamentar la aceptación o el rechazo de concepciones, estructuras o modelos determinados.²⁵

La existencia en el campo de las definiciones nominales de definiciones explicativas en sentido histórico no es casual. Estimo que debe interpretarse como un progresivo acercamiento a la objetividad —al valor objetivo y concreto de la historia— en la actividad conceptuadora. Siendo éste un dato de indudable alcance sintomático a la hora de establecer un punto de encuentro entre las actitudes definitorias nominalistas y realistas. Ya que también desde la postura realista se ha venido advirtiendo la tendencia a concebir la correspondencia entre la definición y su objeto en términos de experiencia.²⁶ Con lo que puede soslayarse el peligro que entraña la remisión a esencias metafísicas trascendentes a la concreción de la historia.

En todo caso debe tenerse presente que la investigación gnoseológica no consigue darnos un concepto del derecho, a lo sumo nos proporciona una serie de directrices que tener en cuenta para su correcta obtención. No nos dice, por tanto, lo que es el derecho, sino que más bien tiende a aclarar cómo debe ser definido el derecho, teniendo presente que tal definición no es preliminar e independiente, por hallarse condicionada por la propia experiencia de lo jurídico.²⁷ En efecto, toda definición del derecho que no pretenda ser meramente verbal se dirige a suscitar en sus destinatarios un asentamiento práctico, y no meramente teórico sobre su contenido;²⁸ en otras palabras, si pretende poseer una dimensión pragmática debe convencer a sus destinatarios sobre la objetividad de sus presupuestos o las ventajas que con su adopción se derivarán para la vida jurídica. Con ello se avanza por el terreno de las relaciones entre el pensamiento y la realidad —*adecuatio rei et intellectus*—; y así la instancia gnoseológica desemboca en la ontología, en la medida en que a la indagación iusfilosófica le es necesario preguntarse por el ser del derecho: por su intrínseca realidad.

²⁵ *Ibid.*, pp. 18-19.

²⁶ Precisamente, en el terreno de la definición del derecho aconsejaba F. Olgiati: "Partire dall'esperienza giuridica per elaborare il concetto di giuridicità: ecco il metodo ed il programma della filosofia dell'essere, la cui natura verrebbe deformata da chi trascurasse l'uno o l'altro punto." *Il concetto di giuridicità in San Tommaso D'Aquino*, cit., p. 7.

²⁷ Refiriéndose a los procesos de conceptualización del derecho ha escrito V. Frosini: "El error de algún pensador ha sido precisamente éste: creer que fuese necesario proporcionar un 'concepto' que sirviese de luz y guía en la búsqueda. Por el contrario, es la búsqueda la que asume los caracteres estructurales necesarios tan pronto como éstos emergen de la experiencia en que aquélla se sustancia." "La estructura del derecho", ed. cast. de A. E. Pérez Luño. *Publicaciones del Real Colegio de España*, Bolonia, 1974, p. 65.

²⁸ *Cfr.* L. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., p. 162. Bagolini entiende por asentimiento práctico aquel que se dirige directamente a mover la acción, a suscitar una disposición de actuar (*ibid.*, pp. 67-68).

2.2. *Presupuestos ontológicos*

El tema central de toda ontología jurídica es el de la determinación del concepto del derecho.²⁹ Ahora bien, el camino por el que la ontología se dirige a la determinación conceptual de lo jurídico es muy diverso del que ofrece la investigación gnoseológica.

Toda ontología —enseñaba Heidegger— ... resulta en el fondo ciega y una desviación de su mira más peculiar, si antes no ha aclarado suficientemente el sentido del ser, por no haber concebido el aclararlo como su problema fundamental.³⁰

La investigación ontológica comienza por una pregunta en torno al ser, y como advertía el propio Heidegger:

Todo preguntar es un buscar. Todo buscar tiene su dirección previa que le viene de lo buscado. Preguntar es buscar conocer “qué es” y “cómo es” un ente.³¹

Ese preguntarse por la realidad desemboca, en última instancia, en una peculiar forma de definir las cosas. Éstas, según Ortega, pueden definirse por su *contorno* o perfil externo y por su *dintorno* o frontera del mundo exterior que delimita su ser.³² La investigación jurídico-ontológica se articula, por tanto, en dos momentos diferenciados, aunque complementarios:

1º El de la investigación del contorno de lo jurídico, de su situación en el ámbito de las categorías de la realidad.

2º El del estudio del dintorno del derecho, es decir, de aquellos sistemas normativos de la conducta humana que sin ser jurídicos contribuyen a configurar su significación.

En las líneas que siguen va a abordarse el acercamiento ontológico al derecho a tenor de esta dúplice perspectiva.

2.2.1. *El contorno del derecho*

La ontología jurídica comienza por interrogarse acerca del contorno del derecho en su intento de adscribirlo a la esfera de la realidad a la que, por sus especiales características, corresponde. Recaséns Siches ha evidenciado

²⁹ Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità. Milano, 1965, p. 59; A. Kaufmann, “Die ontologische Struktur des Rechts”, en el vol. col. *Die ontologische Begründung des Rechts*, ed. a cargo de A. Kaufmann, Hermann Gentner, Bad Homburg v. d. H., 1965, p. 470.

³⁰ M. Heidegger, *El ser y el tiempo*, trad. cast. de J. Gaos. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed. 1962, p. 21.

³¹ *Ibid.*, p. 14.

³² J. Ortega y Gasset, “Obras completas”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1964, vol. VII, p. 120.

las premisas iniciales de cualquier tipo de investigación ontológico-jurídica, al enseñar que:

Toda empresa de conocimiento —y superlativamente la del conocimiento filosófico— tiene algo de pesquisa policiaca. Por lo tanto, lo que primariamente urge es que nos orientemos acerca de dónde hemos de encontrar lo que buscamos. Lo que buscamos es el derecho en su radical esencialidad; pues bien, hemos de comenzar inquiriendo en qué parte o zona del universo habita eso que se llama derecho.³³

A esa apremiante cuestión ha pretendido dar cumplida respuesta Cossio, que inspirándose en las “ontologías regionales” de Husserl, ha distinguido cuatro tipos de objetos:

a) *Objetos ideales*. Son irreales, carecen de existencia, no se dan en la experiencia ni en el tiempo y son ajenos a la idea del valor (objetos de las matemáticas, la geometría y la lógica).

b) *Objetos naturales*. Son reales, tienen existencia, se dan en la experiencia y en el tiempo, pero son también neutros al valor. De ellos se ocupan las llamadas ciencias naturales.

c) *Objetos culturales*. Son creados por el hombre y, por ello, están en la experiencia, pero, además, implican la referencia a un valor que los estima positiva o negativamente.

d) *Objetos metafísicos*. Son reales, pues de ellos puede predicarse una existencia espacio-temporal (así, Dios es eterno y se halla en todas partes), pueden ser objeto de valoración, pero no están en la experiencia.

Los objetos culturales se subdividen, en el sistema de Cossio, en mundanales y egológicos. Los primeros son vida humana objetivada, parcelas de la naturaleza sobre las que se proyecta la acción del hombre o vida humana salida de sí misma, extravertida y hecha mundo, dejando algo de sí —un rastro— afuera. Los objetos egológicos son la propia conducta humana, de la que puede predicarse un sentido, el de su bondad, malicia, justicia, injusticia etcétera. De estas consideraciones concluye Cossio que el derecho no es otra cosa que un objeto egológico; es la propia conducta humana en interferencia intersubjetiva.³⁴

Discurriendo por otros derroteros, la filosofía de la experiencia jurídica ha llegado a una conclusión similar. En sus premisas el contorno del derecho viene a coincidir con la acción, con la actividad humana en que se resuelve la realización del hombre con los demás hombres y con las cosas. Desde la óptica doctrinal de la experiencia jurídica el derecho es visto como praxis, o, como se ha dicho, como morfología de la praxis, esto es, como un conjunto de acciones que asumen una estructura peculiar.³⁵ Se ha insistido en que

³³ L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed. 1945, p. 35.

³⁴ C. Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Losada Buenos Aires, 1944, pp. 28 y ss.

³⁵ V. Frosini, *La estructura del derecho*, cit., pp. 45 y ss.

al ser el derecho una forma de la experiencia, debe entenderse como un principio de vida y de organización y, como tal, como algo vivo que se traduce en formas que caracterizan el completo desenvolvimiento de la historia;⁸⁶ con lo que la historicidad se convierte en rasgo definidor del entero alcance de la experiencia jurídica.⁸⁷

2.2.2. *El dintorno del derecho*

El derecho no es el único cauce por el que se manifiesta la experiencia humana. Si se tiene esto presente se plantea como tarea inmediata distinguir este sector de la praxis de los demás productos de ésta que no son derecho.

No es suficiente haber trazado el contorno del derecho, sino que se hace también preciso, para que su configuración sea satisfactoria, diferenciarlo de otros sectores de la experiencia humana que, siéndole afines, no son derecho, aunque contribuyan a delimitar su ser; justo el viejo axioma *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*.

Ahora bien, cuando se aborda la delimitación del dintorno del derecho y se acomete la siempre ardua labor de distinguirlo de aquellas categorías a las que tradicionalmente se ha visto vinculado, suele incurrirse en un error metodológico. Tal error surge de la persuasión de que las varias formas de la experiencia práctica se desarrollan con absoluta independencia, según un criterio estricto de distinción. Se confunde, de este modo, el plano concreto de la experiencia con el teórico de la reflexión sobre la experiencia. La acción humana que, como se ha dicho, es el elemento conformador de la experiencia jurídica, no es nunca puramente jurídica, moral, social o política. Sus manifestaciones, así como los estímulos que la suscitan, se entrecruzan, de forma indisoluble, en el plano efectivo de la praxis; y, por ello, tan sólo en el plano teórico de la reflexión es posible trazar unas líneas divisorias que ayuden a una comprensión más cabal de la especificidad de la experiencia jurídica, en relación con las demás formas de la experiencia humana.⁸⁸ De la pluralidad de expresiones de la acción dotadas, en mayor o menor grado, de cierta estructura organizativa o normativa: la economía, la política, la religión, los usos sociales, la moral..., se limitará aquí el estudio a considerar sólo las dos últimas, por entender que son las que más decisivamente contribuyen a configurar el dintorno de lo jurídico.

⁸⁶ G. Capograssi, "Il problema della scienza del diritto", en *Opere*, cit., vol. II, pp. 383 y ss.

⁸⁷ G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, cit., pp. 10-12 y 150-151.

⁸⁸ "L'uomo kantiano che agisce per la pura morale è una mera astrazione al pari dell'uomo oeconomicus di tanti economisti o dell'uomo giuridicus di tanti giuristi. Se dunque si pone il problema della posizione dell'esperienza giuridica in seno all'esperienza pratica, non bisogna mai dimenticare che tale problema è legittimo ed, anzi, necessario, solo sul piano della riflessione che implica, appunto, la distinzione, la definizione." E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 164.

2.2.2.1. *Derecho y usos sociales*

El hombre, al desenvolver socialmente su personalidad, halla vinculada su conducta por unas normas de naturaleza incierta y que reciben diversas denominaciones: usos sociales, reglas del trato, costumbres del grupo etcétera. Las reglas de la decencia, el decoro, la urbanidad, la indumentaria... constituyen otros tantos ejemplos de esas formas de la praxis social.

Estas reglas del trato comunitario se suelen manifestar en forma consuetudinaria, en la medida en que surgen de una práctica constante en las relaciones interhumanas. El comportamiento recíproco de los hombres se presenta en la vida cotidiana con caracteres de regularidad en las relaciones y acontecimientos socialmente típicos, a los que se sujetan los miembros de un determinado grupo.

Dentro de la heterogénea variedad de usos es necesario distinguir, en especial cuando se quiere confrontar estas reglas con las jurídicas, dos importantes tipos en orden a la obligatoriedad que respectivamente comportan. El almorzar a determinada hora, pasear por determinados lugares, dedicarse a determinados deportes o juegos, son prácticas que no entrañan en sí una pretensión normativa y no suelen implicar una sanción por parte del grupo en cuyo seno se realizan. En todo caso, el círculo advertirá la anomalía del comportamiento, pero sin que de ello se deriven ulteriores repercusiones. Sin embargo, la omisión del saludo, el menosprecio de costumbres profesionales que atañen al decoro de una determinada actividad y otros actos de similar carácter, llevan aparejada una reacción social, que, en ocasiones, puede acarrear penosas consecuencias, llegando incluso a desembocar en la exclusión del grupo. Nos encontramos aquí ante unas reglas que suponen un auténtico orden social de normas de mucho mayor significado que el anterior. Los ingleses llaman al primer tipo de reglas *habits*, hábitos individuales que no entrañan la idea de normatividad; mientras denominan *custom*, a la costumbre social normativa que implica una obligatoriedad.³⁹ La distinción de los hábitos de las normas jurídicas no ofrece dificultad, por cuanto aquéllos carecen propiamente de normatividad; por el contrario resulta muy ardua la tarea de diferenciar la normatividad jurídica de la normatividad de la costumbre social.

Con el fin de abordar con cierto orden esta cuestión conviene recurrir a unos criterios diferenciadores que respectivamente aludan: *a*) al contenido (criterio material); *b*) a la sanción (criterio formal), y *c*) al fin (criterio teleológico).

a) Desde algunas perspectivas doctrinales se ha defendido la existencia de una neta distinción entre el significado intrínseco de las normas del trato social y las jurídicas. Así, Henkel parece proclive a reconocer esta diferencia de contenido, cuando señala que mientras el derecho se nos presenta como una

³⁹ Cfr. L. Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho*. Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1961, p. 426; L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, cit., pp. 185 y ss.

estructura de la acción cuyas exigencias de comportamiento han encontrado expresión en proposiciones normativas formuladas lingüística y conceptualmente, e incluso en textos fijados por escrito, las reglas de los usos existen en la opinión pública del grupo, en un sentimiento dominante de su obligatoriedad o conveniencia y en la voluntad de su ejercicio. Estas últimas carecen, por tanto, de la formulación precisa de sus exigencias y, por ello, existe una gran indeterminación para su aplicación a situaciones excepcionales y límites.⁴⁰

Sin embargo, como acertadamente señala Recaséns Siches, la diferencia entre las reglas del trato y las normas jurídicas no puede referirse a una diversidad esencial de contenido entre unas y otras. El contenido de ambas varía en el curso de la historia y en los diversos pueblos. De forma que lo que en otra época constituía materia de mera regulación por las reglas del trato, es hoy objeto de preceptos jurídicos; y, viceversa, también muchos aspectos de la conducta, que antes estuvieron sometidos a una norma jurídica, han quedado luego relegados a meros usos.⁴¹ Por tanto, no se puede decidir *a priori* dónde comienza el sector material de los usos susceptibles de juridificación, pues todas las reglas sociales son derecho en potencia. Así, el vestido, que parece materia reservada a las reglas del trato, ha sido en ocasiones reglamentado jurídicamente. El motín de Esquilache fue motivado por una reglamentación gubernativa sobre el atuendo clásico español, y en el derecho turco contemporáneo, bajo las directrices de Kemal Atatürk, se prohibieron ciertos indumentos tradicionales obligando a su sustitución por prendas occidentales. Por otra parte, el traje constituye objeto de reglamentación jurídica para los funcionarios uniformados. Las fórmulas de estilo en nuestras comunicaciones escritas son objeto de mera regla del trato, pero en las relaciones con la administración responden a normas jurídicas. El duelo constituyó un medio de prueba judicial en el medievo, para ser luego un uso entre determinados estamentos...

La coincidencia material entre el derecho y los usos se plantea con especial problematismo cuando se advierte la existencia de costumbres jurídicas manifestadas, al igual que los usos, a través de formas repetidas de comportamiento colectivo. La norma jurídica consuetudinaria posee igual estructura ontológica e idéntica pretensión formal de validez que las reglas sociales del trato. Por otra parte, y frente a lo defendido por Henkel, existen usos elevados a forma escrita y codificada (los códigos de honor, los manuales de comportamiento social...); y, sin embargo, tales reglas no pasan a ser derecho, pese a haber sido formuladas por escrito y en forma de artículo.⁴²

b) Dada la ineficacia del criterio material se hace inevitable recurrir a otro criterio diferenciador. Gran parte de quienes se han ocupado de este

⁴⁰ H. Henkel, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 209.

⁴¹ L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, cit., pp. 192-193.

⁴² Cfr. L. Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 442 y ss.; L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, cit., p. 199.

problema se inclinan a situar la diversidad entre ambos órdenes de normas con base en el criterio formal o de la sanción. En efecto, se arguye que mientras la infracción de la norma jurídica hace que se produzca de inmediato una consecuencia tipificada por el derecho (punición del comportamiento, indemnización del daño...), la lesión de los usos supone, por lo general, una reacción amorfa del grupo; una desaprobación genérica cuyos efectos son, en principio, difícilmente determinables.⁴³

Ahora bien, como se ve, no se niega el carácter coercitivo de los usos, sino que se ponen de relieve las diferencias estructurales que distinguen a las sanciones jurídicas de las meramente sociales. En este sentido, lo primero que hay que dejar bien sentado es que, contra lo que en principio pudiera parecer, no siempre la sanción jurídica será más grave y efectiva que la que acarrea la infracción de determinados usos. Quien conculca una norma penal puede quedar sujeto a penas pecuniarias o de privación de libertad, pero la transgresión de algunos usos sociales puede implicar la propia exclusión del estamento o grupo al que se pertenecía. Por otra parte, las sanciones sociales son, en muchas ocasiones, más implacables y difíciles de evadir que las sanciones jurídicas, pues mientras la imposición de éstas viene atribuida a determinados funcionarios, la de los usos queda a merced de la totalidad de los miembros del grupo al que ha afectado. Lo que suele ocurrir es que las sanciones de los grupos se presentan perfiladas con menor claridad que las jurídicas. Éstas, en principio, presentan mayor seguridad en su determinación y aplicación, aunque no pueda soslayarse, al respecto, la existencia de códigos de honor en los que tales extremos aparecen minuciosamente detallados.

En todo caso, es inexacto creer que los usos sociales carecen de sanción, y el hecho de que la misma sea más o menos eficaz o determinada no afecta a su existencia, sino a su estructuración técnica.

En ocasiones se ha visto la diferencia entre ambos tipos de sanción en la posibilidad de la ejecución forzada de la conducta prescrita, que se considera nota característica y esencial de lo jurídico; en tanto que la inobservancia del uso puede ser sancionada con censuras, reprobaciones o exclusiones, pero jamás puede acarrear la imposición forzada de la conducta debida.⁴⁴ Este criterio, sin embargo, no puede predicarse con carácter absoluto para todos los usos. Por el contrario, la finalidad directamente perseguida por determinadas sanciones sociales es precisamente la de reparar el bien protegido por la norma social conculcada, y a cuyo forzoso cumplimiento mira todo el sistema coercitivo del grupo social. Bien elocuentes son, en este sen-

⁴³ Cfr. E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*. Taurus, Madrid, 1971, pp. 27 y ss.; M. Réglade, "Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la conduite humaine et les lois de la réalité", en el vol. col. *Droit, Morale, Moeurs*, II Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de la Sociologie Juridique. Recueil Sirey, Paris, 1936, pp. 176 y ss.

⁴⁴ Vid. L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, cit., pp. 196-197.

tido, las normas reguladoras de la reparación de determinadas faltas contra la dignidad personal de quienes se sienten vinculados por determinados códigos de honor.

c) Se han examinado los criterios de diferenciación material y formal, y se ha intentado evidenciar cómo de los mismos no puede extraerse una conclusión satisfactoria. Por ello, me parece más oportuno recurrir a un tercer criterio, el teleológico, que con base en la distinta finalidad que las normas jurídicas y los usos sociales persiguen, puede servir de punto de partida para la distinción.

Es evidente que la finalidad perseguida por las reglas del trato social es meramente de oportunidad y conveniencia, teniendo como principal meta el hacer la vida, de quienes imponen los usos, más agradable.⁴⁵ Frente al carácter convencional de los usos surge el carácter necesario del derecho. El derecho no aparece por meras razones de oportunidad o conveniencia, no se dirige a hacer la vida humana más llevadera, sino que su fin es el de posibilitarla. La norma jurídica se dirige antes que nada a crear aquel conjunto de condiciones mínimas en las que la vida social puede desarrollarse pacífica y ordenadamente. Así, para Ihering, mientras los usos surgían por motivos de utilidad social teniendo como fundamento la diferenciación de los intereses (*Verschiedenheit des Interesses*),⁴⁶ el derecho tenía como finalidad primordial la de asegurar las condiciones de la vida social (*sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft*).⁴⁷ De tal forma que ambas esferas de normatividad quedaban nítidamente diferenciadas.

Es cierto que algunos autores han aludido a la necesidad de la cortesía:

Quien haya tenido que vivir temporalmente —nos dice Henkel— en grupos humanos que desconocen las reglas de la urbanidad, apreciará el enorme valor que le corresponde precisamente a la cortesía, como amabilidad meramente externa de las formas del trato: representa para todo grupo humano la base imprescindible de todo desarrollo cultural superior.⁴⁸

⁴⁵ Así, G. Ambrosetti ha definido a los usos como: “una normatività di carattere intellettuale istintivo, avente a base immediatamente una visione della vita, che ha come oggetto materie sociali puntuali e immediate che si lasciano interpretare con un criterio di convenienza e di opportunità”. *Contributi a una filosofia del costume. Problemativa e storia*. Zanichelli, Bologna, 1959, p. 87. Es conveniente recordar que el carácter convencional y accesorio de los usos no supone el que éstos sean espontáneos. Los usos en la sociedad contemporánea suelen ser fruto, muchas veces, de manipulaciones dirigidas a establecer determinadas modas o comportamientos en el seno de los grupos sociales. De ahí, que también sea discutible la autenticidad con que contribuyen a hacer más grata la vida comunitaria. *Cfr.*, sobre el particular, entre una copiosa bibliografía, el conocido libro de H. Marcuse, *One Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*. Routledge-Kegan Paul, London, 1964, pp. 1 y ss. y 56 y ss.

⁴⁶ R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*. Breitkopf und Härtel, Leipzig, 5ª ed. 1916, vol. II, p. 191.

⁴⁷ *Ibid.*, vol. I, p. 345.

⁴⁸ H. Henkel, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 204.

De ello, deduce la función socialmente necesaria de las reglas del trato, las cuales se presentan continuamente bajo nuevas formas de manifestación, constituyendo una estructura básica para el orden y la estabilidad social. Sin embargo, conviene insistir en que esa necesidad social de los usos es puramente adjetiva, frente a la intrínseca perentoriedad de la normativa jurídica para la reglamentación del vivir colectivo. Como se desprende de las propias palabras de Henkel, caben agrupaciones humanas desconocedoras de las reglas de la urbanidad; pero tales grupos, en cuanto constituyan auténticas entidades sociales humanas, tendrán necesariamente que recurrir a un sistema jurídico-normativo, por rudimentario que éste sea.

2.2.2.2. *Derecho y moral*

Al abordar la temática de la distinción entre la moral y el derecho se penetra en una de las cuestiones más complejas de la investigación iusfilosófica. Con razón la denominó Ihering el Cabo de Hornos, o de las tempestades, de la ciencia jurídica y glosando estas palabras Croce propuso que se la denominase el Cabo de los naufragios, aludiendo al fracaso de gran parte de las tentativas teóricas de trazar una clara delimitación entre el significado de la experiencia jurídica y las reglas de la moral. Por otra parte, como ha puesto de relieve Battaglia, cualquier innovación sustancial en el modo de entender el derecho repercute en el modo de entender la moral; así como, recíprocamente, el profundizar en la específica naturaleza de la moral va siempre seguido de la necesidad de proponer un peculiar modo de concebir el derecho.⁴⁹ De ahí, que si el intento de hallar un principio diferenciador entre el derecho y los usos era trabajoso, la articulación de las relaciones moral-derecho se presenta todavía más ardua y problemática. Las concomitancias entre ambos órdenes son tan estrechas que Celso pudo definir el derecho como *ars boni et aequi*,⁵⁰ si bien vale como contrapunto la afirmación de Paulo a tenor de la cual *non omne quod licet honestum est*.⁵¹ Por ello, y a fin de dotar a estas reflexiones de cierta sistematicidad recurriré, también aquí, a los criterios ya utilizados para establecer las relaciones entre el derecho y los usos.

a) Desde el punto de vista material o del contenido es corriente cifrar la distinción entre el derecho y la moral con base en el carácter externo e interno respectivamente implícito en el significado de ambos términos. Este criterio se halla estrechamente vinculado al pensamiento de Thomasio⁵² y

⁴⁹ Vid. F. Battaglia, *Corso di filosofia del diritto*. Foro Italiano, Roma, 4ª ed. 1962, vol. II, p. 372. Donde se alude expresamente a las tesis de Ihering y Croce aquí reseñadas.

⁵⁰ *Digesto*, I, I, 1.

⁵¹ *Ibid.*, L. XVII, 144.

⁵² Ch. Thomasio, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, se cita por la rep. anastática de la ed. de Halle de 1730, de *Scientia*, Aalen, 1963, I, v, 17-21.

Kant,⁵³ en quienes encontró acabada expresión. Se afirmaba que mientras la acción jurídica genera una obligación externa o responde a ella, la acción moral se refiere a una obligación estrictamente interna, de conciencia; que en cuanto tal no puede caer bajo los dominios del derecho, que tan sólo tiene en cuenta las acciones que se exteriorizan.

Este criterio pudo, en su día, hallarse plenamente justificado como medio para sustraer de la progresiva ingerencia del Estado absoluto la esfera de la conciencia, afirmando su inviolable autonomía. Criticando esta postura se ha recordado acertadamente cómo desde su dimensión externa la acción jurídica se remite necesariamente a su momento interno o psíquico. De forma que si no se tiene presente esa continuidad será imposible arribar a un conocimiento integral de la acción. Del mismo modo, las acciones morales no se limitan a tomar sólo en consideración el elemento psíquico, la intención o el motivo del obrar, sino que se extienden también a los procesos en que se concreta su realización externa.⁵⁴

La distinción de Thomasio y Kant sobre el fuero interno y el fuero externo conduce a una ulterior diferencia entre la moral y el derecho, mantenida generalmente desde posiciones doctrinales neokantianas, y que parte de la unilateralidad y bilateralidad respectivamente predicada de ambos términos. Se afirma que mientras la moral da normas a un solo sujeto, calificando las acciones de ese sujeto, y siendo, por tanto, unilateral; el derecho confronta acciones de diversos sujetos y regula su conducta de forma que a la facultad o pretensión de cada uno de ellos corresponda el deber del otro.⁵⁵ Partiendo de tales premisas los neokantianos han terminado por considerar la bilateralidad como el elemento característico del derecho. Ahora bien, si se tiene presente que en sus construcciones el término bilateralidad equivale de hecho al de intersubjetividad o al de relacionalidad, se aprecia que esta nota no basta para circunscribir el ámbito de la experiencia jurídica. En efecto, debe tenerse presente que la intersubjetividad y la relacionalidad no sólo se dan en el derecho, sino en toda la vida práctica del hombre, que en cuanto *ethos* se desarrolla en un marco social. La hipótesis del hombre que vive en la soledad es una abstracción, incluso desde el punto de vista de la moral. El hombre histórico es social, y en la sociedad actúa y promueve su humanidad formando parte de una serie de entes sociales y políticos en los que realiza su vida, dentro de un sistema de relaciones intersubjetivas. Se ha dicho, con razón, que no se precisa ser marxista para reconocer que

⁵³ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Einleitung*, en *Kants gesammelte Schriften*, cit., vol. vi. pp. 214 y ss.; *Kritik der praktischen Vernunft*, *ibid.*, vol. v, p. 71.

⁵⁴ Cfr. G. Capograssi, *Incompiutezza dell'esperienza giuridica*, en *Opere*, cit., vol. III, pp. 310 y ss.; G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*. Giuffrè, Milano, 7ª ed., 1950, pp. 213 y ss.

⁵⁵ Esta tesis fue sostenida, entre otros, por: A. Bartolomei, *Lezioni di filosofia del diritto*. Alvano, Napoli, 1912, vol. I, pp. 129 y ss.; G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 212 y ss.; B. Donati, *Il principio del diritto*. Cedam, Padova, 1933. pp. 103 y ss.

no es posible negar el carácter social de la moral sin caer en el error de la ideología individualista. La tesis de la unilateralidad de la moral se entronca inescindiblemente en la ética individualista y, por ello, parte de una errónea concepción ideológica de la naturaleza de la acción. Pero es necesario tener presente que la acción, siendo por su misma naturaleza social, se ejercita siempre en el seno de relaciones interindividuales.⁵⁶

b) La dificultad de elaborar una diferenciación entre el derecho y la moral con base en el criterio material o de la significación de ambos términos ha hecho surgir otros criterios, entre los que se halla muy difundido el formal, que ve en la sanción un elemento básico para establecer un deslinde entre ambas esferas.

Así, Del Vecchio afirmó que siendo propio del derecho el instituir una relación bilateral, por la que a la obligación de un sujeto corresponde la facultad de otro para exigir que la obligación se realice, la coercibilidad, entendida como posibilidad de obligar al cumplimiento de la conducta debida, es característica esencial y específica del derecho.⁵⁷

Recaséns Siches prefiere denominar a esta nota impositividad inexorable y señalar que la moral liga normativamente la voluntad, pero no trata de cohibirla porque la moral sólo puede ser cumplida en la libertad; el derecho no se detiene ante la voluntad del sujeto, sino que alienta el propósito de forzarla, si ello es menester, para que el comportamiento debido se produzca.⁵⁸

Es bien conocida también la actitud de Kelsen, para quien sólo es posible distinguir la moral del derecho si se concibe éste como un ordenamiento coactivo, esto es, como un orden de normas que intenta producir un comportamiento humano determinado estableciendo para el comportamiento opuesto un acto coercitivo de la organización social. Por el contrario, la moral es un ordenamiento que no puede prever este tipo de sanciones, un ordenamiento cuya sanción consiste sólo en la aprobación del comportamiento conforme a la norma y en la desaprobación del comportamiento que la contradice: un ordenamiento en el que ni siquiera se toma en consideración la posibilidad de aplicar la coacción física.⁵⁹

Tampoco este criterio parece convincente, ya que si la coacción se entiende como posibilidad de aplicar la fuerza empírica, el derecho queda reducido

⁵⁶ E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 169. También M. Reale ha reconocido el carácter bilateral de todos los planos de la vida ética, si bien señala que: "do ponto de vista da valoração do ato, o direito é *axiológicamente bilateral*, como consequência de ser a valoração do ato, sob o prisma jurídico, transubjetiva; e que a moral é *axiológicamente unilateral*, uma vez que o juiz último do ato moral é a consciência mesma do agente: *ontológicamente*, todavia, como atividades espirituais, bilateral é tanto a moral como o é o direito". *O Direito como Experiência*, cit., p. 269.

⁵⁷ G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 214.

⁵⁸ L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, cit., p. 166.

⁵⁹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 2ª ed., 1960, pp. 64-65. "Das Recht kann von der Moral nur dann wesentlich unterschieden werden, wenn man... das Recht als Zwangsordnung, das heisst als eine normative Ordnung begreift", *ibid.*, p. 64.

a un fenómeno de fuerza, y quedan relegados a segundo término los elementos valorativos que en mayor medida contribuyen a perfilar la acción jurídica; en tanto que si tal fuerza no se entiende como *vis ab extra*, sino como presión de orden psicológico que conforma la íntima adhesión del sujeto al ejercicio de su acción jurídica, su alcance ya no es peculiar de lo jurídico por extenderse también a la norma moral. Se ha dicho, con razón, que nadie que tenga experiencia de la vida moral puede ignorar la presión de la norma ética.⁶⁰

c) La insuficiencia de los criterios mencionados conduce aquí, al igual que ocurría con la confrontación entre los usos y el derecho, a recurrir al elemento teleológico. En efecto, a mi parecer es también el fin lo que, en última instancia, permite delimitar las respectivas áreas que a la moral y al derecho corresponden.

El derecho, como se ha dicho, tiene como principal misión la de posibilitar la vida comunitaria. Se ha apuntado que la experiencia humana, que no trascienda con la propia humanidad a la historia, es forzosamente experiencia de vida intersubjetiva y, por ello, social. Por lo que puede con razón adoptarse, confiriéndole significado absoluto, el antiguo y repetido adagio según el cual *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*.⁶¹ La moral, por su parte, tiende al logro de la perfección absoluta del individuo, en sus dimensiones personal (ética individual) y social (moral social).⁶² El derecho se fija de antemano unas metas más modestas, aunque no por ello menos importantes; su propósito no se cifra en la consecución del perfeccionamiento último de los individuos que integran la sociedad, sino que promueve las condiciones mínimas que permitan la existencia de ésta. El derecho se nos presenta, por tanto, como una rigurosa necesidad social. La normativa jurídica aparece como una necesidad y las conductas que regula se ofrecen también como necesarias. Necesidad que, sin embargo, no debe ser confundida con la coactividad. Se ha escrito con razón que: "La conducta del derecho no es necesaria, porque, caso de no verificarse, se imponga por la

⁶⁰ "Nessuno che abbia vera esperienza di vita morale —son palabras de F. Battaglia—, e della morale senta la legge, ignora la pressione della norma etica." *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 381.

⁶¹ Cfr. G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, cit., p. 98; *Società, legge e ragione*. Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 75 y ss.

⁶² Santo Tomás supo ver con toda nitidez la distinta finalidad que el derecho y la moral persiguen al afirmar: "Lege humana non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosí abstinere, sed solum graviora, a quibus possibile est majorem partem multitudinis abstinere et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine quorum prohibitione societas humana conservari non posset." *Summa Theologica*, I-II, q. 96, a. 2. También se basó en el criterio teleológico para la distinción entre moral y derecho, W. Schuppe, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, cito de la rep. anastática sobre la ed. de Breslau de 1881, de *Scientia*, Aalen, 1963, pp. 276 y ss. y pp. 315 y ss. Sobre las relaciones entre el pensamiento de Schuppe y la teoría de la experiencia jurídica, vid. R. Treves, *Il problema dell'esperienza giuridica e la filosofia dell'immanenza di G. Schuppe*. Giuffrè, Milano, 1938.

fuerza, sino que, *contrariamente*, se impone por la fuerza precisamente en virtud de su necesidad.”⁶³ La imperatividad inexcusable a la que se refería Recaséns recibe así su verdadero sentido, que no es el de la imposición coactiva y externa de la fuerza física, sino el de la necesidad racionalmente sentida de establecer unas bases que hagan posible la coexistencia entre la pluralidad de individuos y sin las cuales ni siquiera se podría imaginar la sociedad.

Las reflexiones precedentes se han encaminado a delimitar el alcance de la experiencia jurídica teniendo presente sus conexiones con otros sectores de la experiencia. Es preciso recordar que en las sociedades primitivas esos sectores de la experiencia forman una unidad, y que en la actualidad existe un trasvase mutuo y constante que conduce a un recíproco condicionamiento. La coincidencia material de las conductas que pueden ser objeto de regulación moral, jurídica y meramente social, confirma el ya apuntado carácter integral de la experiencia humana de la que la moral, los usos y el derecho no son sino manifestaciones que, aun poseyendo rasgos ontológicos diferenciales en lo referente a sus fines, se hallan íntimamente entrelazadas.

2.3. Presupuestos deontológicos

La investigación ontológica ha permitido situar el derecho en el ámbito de la experiencia humana. Ahora bien, lo que caracteriza a los procesos de la acción, en especial en el terreno de la cultura, es que en ellos “está incorporado algún valor, reconocido por el hombre y en atención al cual el hombre lo produce o, si ya existen, los cuida y cultiva”.⁶⁴

De las distintas manifestaciones de la acción se pueden predicar diversos órdenes de valor y disvalor. Así, por ejemplo, en el terreno estético el valor-guía es la belleza, en el económico la utilidad, en el ético el bien, etcétera, en tanto que en el jurídico el valor supremo es la justicia. Este valor se halla ya implícito en el propio significado lingüístico del término derecho, en sus diferentes versiones idiomáticas. En el seno de nuestra cultura jurídica palabras como *Ius*, *Recht*, *diritto*, *droit*, *direito*, *dret*, *derecho*... evocan desde sus propias raíces etimológicas la idea de la justicia en la que secularmente se entroncaron. Porque la idea de justicia tiene para el derecho carácter constitutivo y fundamental. Su existencia es lo que permite calificar de jurídica cierta forma de la experiencia humana, precisamente por poder predicar de ella un sentido de justicia o injusticia.

El positivismo jurídico moderno ha insistido en la necesidad de trazar una neta separación entre las nociones de justicia y derecho, cuando se pretende definir a éste. Contra dicho enfoque ha puesto de relieve Bagolini cómo, en definitiva, la justicia es el elemento intencional implícito en cual-

⁶³ J. Guasp, “Exactitud y derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1957, p. 132.

⁶⁴ H. Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. cast. de M. García Morente. Espasa-Calpe, Madrid, 1922, p. 23.

quier definición del derecho que no sea puramente verbal. El acto merced al cual una forma de la experiencia humana es reconocida como experiencia jurídica, implica una valoración en términos de justicia. Por ello, no puede prescindirse de la justicia como dimensión vertical del derecho entendido en su propia positividad y eficacia. De ahí que toda reflexión sobre el derecho se realice implicando una reflexión sobre la justicia.⁶⁵

La consecución de la justicia, que para la tradición iusnaturalista ha constituido siempre un ingrediente necesario de la juridicidad,⁶⁶ se presenta como dimensión teleológica fundamental de cualquier definición del derecho. Esta observación no debe conducir necesariamente a negar el carácter de la juridicidad a las normas injustas, pero sí debe inducir a considerarlas como un hecho excepcional, como la forma imperfecta de una realidad que por sí misma nace para reglamentar las relaciones entre los hombres con justicia.

En la metodología jurídica de Carnelutti se enseña que para la cabal consideración de cualquier instituto jurídico, conviene estudiar sus aspectos funcional y estructural. Es preciso inquirir: ¿para qué sirve?, y ¿cómo está hecho?, el sector de la realidad jurídica objeto de investigación.⁶⁷ Pues bien, si la ontología jurídica puede responder a esta última pregunta, la deontología se dirige al esclarecimiento de la peculiar función que al derecho corresponde. La dimensión deontológica, el deber ser del derecho, no representa sino un paso más en el proceso indagatorio del concepto general del derecho. En efecto, la gnoseología plantea la necesidad de hallar una definición mediadora entre el derecho como hecho empírico y como necesidad lógica. La ontología conduce al orden de objetos al que el derecho por su ser pertenece, diferenciándolo al propio tiempo de otras categorías afines. Pero la ontología, al indagar el ser del derecho en su significación plenaria, desemboca forzosamente en la deontología; del mismo modo que, como se ha visto, la investigación gnoseológica terminaba planteando el problema ontológico. Así, Kaufmann ha afirmado que desde la perspectiva de la estructura ontológica del derecho el derecho natural, entendido como derecho objetivo justo, se identifica con la noción misma del derecho; es más, a su entender, la propia noción de derecho justo constituye un pleonismo, ya

⁶⁵ L. Bagolini, *Visión della giustizia e senso comune*, cit., p. 182.

⁶⁶ Bien elocuentes son sobre el particular las palabras de Santo Tomás glosando el pensamiento de San Agustín: "Sicut Agustinus dicit, in I de *Liberio Arbitrio*, non videtur esse lex, quae iusta non fuerit. Unde in quantum habet de iustitia, in quantum habet de virtute legis... Unde omnis lex humanitus posita in quantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio." *Summa Theologica*, I-II, q. 95, a. 2. Para la actitud del moderno iusnaturalismo sobre la cuestión, vid. mis trabajos: "El iusnaturalismo ante los años 70", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1970, pp. 295 y ss.; a Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna, *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia, 1971, pp. 123 y ss. y la bibliografía allí reseñada.

⁶⁷ F. Carnelutti, *Metodología del derecho*, cit., pp. 64-65.

que pueden existir leyes injustas, pero no un derecho injusto.⁶⁸ Se han invertido así los términos en que, desde un prisma rigurosamente iuspositivista, Bergbohm había aludido a la cuestión, al afirmar que el empleo del adjetivo positivo para la calificación del derecho no era más que un pleonismo, dada la imposibilidad de concebir un derecho que no fuera positivo.⁶⁹ Pero lo más cierto es que si bien pertenece al concepto de derecho justo el ser positivo, es también cometido del derecho positivo el ser sustancialmente justo,⁷⁰ si se considera que el derecho positivo tan sólo puede tener validez a través de su participación en la justicia.⁷¹

3. La definición general del derecho: el derecho como experiencia jurídica

En las páginas precedentes se ha trazado una somera exposición de las aportaciones que la reflexión filosófica puede ofrecer en el enfoque del problema definitorio del derecho. Preciso es ahora inferir algunas consideraciones que sinteticen la labor hasta aquí realizada. En este sentido se puede estimar que la teoría de la experiencia jurídica supone un apreciable avance en cada uno de los niveles en los que se ha desglosado el *approach* filosófico al concepto del derecho. Así, en el plano gnoseológico la experiencia jurídica supone una invitación a la objetividad —al valor objetivo y concreto de la historia— en la actitud conceptuadora, mediando, de este modo, entre el radicalismo de las posturas nominalistas y realistas. En el ontológico sitúa el problema del concepto del derecho en el terreno de la acción, delimitando su especificidad en relación con otros sectores de la experiencia. Por último, en el plano deontológico concibe a la acción jurídica en su relación necesaria con la justicia, entendida como la propia experiencia histórica de racionalidad tal como se manifiesta en las concretas exigencias del vivir social.

Este itinerario permite arribar aquí a una noción muy general del derecho que puede venir entendido como la experiencia de la acción humana en su plenaria relación con la justicia.⁷²

⁶⁸ "Denn der Ausdruck —escribe A. Kaufmann— *richtiges Recht* ist ja im Grunde ein Pleonasmus. Es kann *unrichtige Gesetze*, aber nicht *unrichtiges Recht* geben." *Die ontologische Struktur des Rechts*, cit., p. 477.

⁶⁹ K. Bergbohm había señalado expresamente: "Die präzisierung des Rechts als *geltendes* oder *positives* enthält ohne Zweifel einem Pleonasmus." *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cito de la rep. anastática sobre la ed. de Leipzig de 1892, de Detlev Auvermann, Glashütten im Taunus, 1973, p. 49.

⁷⁰ "Es gehört —nos decía G. Radbruch— ebensoschr zum Begriffe des richtigen Rechts, positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein." *Rechtsphilosophie*, ed. a cargo de E. Wolf. Koehler, Stuttgart, 5ª ed., 1956, p. 169.

⁷¹ "... positives Recht ist nur gültig durch seine Partizipation an der Gerechtigkeit." A. Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, cit., p. 479.

⁷² La definición propuesta, cuyos términos sólo tienen sentido en relación con los supuestos que le han servido de base, quisiera, en lo posible, eludir el doble peligro que amenaza a las definiciones del derecho en términos de experiencia jurídica. Consiste el primero en proponer una noción tan amplia, ambigua o sincrética de lo jurídico que en

Al afirmar que el derecho es experiencia de la acción humana se quiere insistir en la visión omnicomprendiva del término, de forma que abarque la totalidad de manifestaciones de la experiencia jurídica. El derecho en su acepción integral no puede resolverse en el hecho, la norma o el valor. Porque si bien se mira el derecho es siempre una realidad humana (hecho), que necesariamente debe ser estructurada en formas que actúen como cauces de la acción (norma), y con las que se pretende instaurar una determinada visión de la justicia (valor). El hecho, la norma y el valor no son sino aspectos en los que se manifiesta la experiencia jurídica, o si se prefiere, momentos de la dialéctica de su conformación; pero en modo alguno agotan, por separado, la juridicidad. El derecho no se disuelve en ninguna de estas nociones parciales, sino que es el resultado del proceso de articulaciones y conexiones en las que se concreta la experiencia. Por ello, se ha insistido en que la experiencia jurídica comprende el desenvolvimiento integral del derecho desde su génesis en la conciencia de los individuos, a su plasmación consuetudinaria y legislativa, su individualización jurisprudencial y su elaboración crítica por la doctrina. Y así, ha podido señalarse que la experiencia jurídica aparece como un movimiento de la iusfilosofía contemporánea en el que convergen una serie de perspectivas doctrinales ligadas entre sí por la común exigencia de captar el fenómeno jurídico en su completo desarrollo.⁷³

Pero además la praxis humana, para devenir experiencia jurídica, precisa hallarse en tensión dialéctica con la justicia. Los presupuestos ontológicos del concepto del derecho han permitido observar que no todas las relaciones del hombre con sus semejantes o con las cosas, en que se resuelve su acción, constituyen experiencias relevantes para el derecho. Tales formas de la acción pasan a ser jurídicas en cuanto tienden a hacer posible la convivencia social, según los modelos históricos de racionalidad en que se concreta la exigencia de la justicia. La experiencia jurídica no es arbitraria. Como enseñaba Capograssi, el déspota con su norma caprichosa no crea experiencia jurídica; da vida a un episodio, que es posible en cuanto se realiza en una experiencia jurídica ya formada. Por otra parte, en la calificación de "déspota", y en la resistencia de los súbditos a su capricho, se halla implícito aquel juicio crítico que nace de la voluntad que da vida a la experiencia jurídica.⁷⁴ Y ello, porque la experiencia jurídica no es ajena al valor; no se basa en el puro empirismo de los fenómenos sensibles, ya que no es posible "entender el derecho, ni producir derecho, ni vivirlo, si nos encerramos

nada ayuda al esclarecimiento y delimitación conceptual del derecho. En tanto que el segundo peligro consiste en ofrecer una fórmula apriorística y puramente especulativa, que pretende cristalizar la noción del derecho en un concepto abstracto y estático, que representa la misma desnaturalización de la experiencia.

⁷³ Cfr. A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, cit. p. 184; E. Opocher, *Esperienza giuridica*, cit., p. 744.

⁷⁴ G. Capograssi, "Il problema dell'esperienza giuridica", en *Opere*, cit., vol. II, pp. 256-257.

dentro de un exclusivo empirismo sensorial".⁷⁵ Ya Gurvitch supo captar la doble tensión existente en el seno de la experiencia jurídica entre la experiencia de lo espiritual y de lo sensible, y entre la experiencia de la moral y la de las ideas lógicas.⁷⁶ De ahí que la experiencia jurídica en cuanto valor, se desenvuelva en continua lucha con las tendencias irracionales y arbitrarias que amenazan su propia existencia. De este modo, al igual que la estructura ontológica del derecho coincide con la noción de derecho natural, también la experiencia jurídica finaliza reclamando e incluso identificándose con el derecho natural, en cuanto éste supone la exigencia constitutiva de cualquier experiencia jurídica, siendo el modelo inspirador, el fundamento y el criterio último de valoración de toda realidad jurídico-positiva. Se ha dicho con razón que el derecho natural en su significación originaria y original no es otra cosa que la propia experiencia jurídica en su estricta racionalidad, concretada en ordenamiento desde su posibilidad ideal cuya única fuerza constitutiva es la razón.⁷⁷ Pero esa racionalidad inherente a la idea del derecho natural, precisamente por informar el contenido de la experiencia jurídica, no puede buscarse en un orden de valores indiferente para con la historia; antes bien, se presenta como una exigencia que acompaña el entero desenvolvimiento histórico de la vida colectiva. No en vano Vico pudo considerar a la historia en su *Scienza nuova* como *diritto natural delle genti*⁷⁸.

El derecho natural actúa, a la vez, como elemento informador de toda experiencia jurídica concreta y como crítica definitiva de la misma; es a un tiempo el fundamento de todas las construcciones de la experiencia y la

⁷⁵ L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, cit., p. 190.

⁷⁶ G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, cit., pp. 63 y ss.

⁷⁷ G. Capograssi, "La esperienza giuridica nella storia", en *Opere*, vol. III, p. 284. Vid. también M. Reale, *Filosofia do Direito*. Saraiva, São Paulo, 4ª ed. 1965, en donde afirma que el derecho natural "equivale ao conjunto das condições transcendental-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível", p. 510.

⁷⁸ G. B. Vico, "Scienza nuova prima, con la polemica contro gli 'Atti degli eruditi' di Lipsia", en *Opere*, ed. a cargo de F. Nicolini, Laterza, Bari, 1931, vol. III, capov. 20 y 49. Esta misma idea se ha visto reflejada en G. Capograssi quien señalaba: "Il diritto naturale accompagna tutta la storia dell'esperienza giuridica perchè è proprio l'affermazione consapevole del destino unitario che regge la vita e tutte le forme dell'esperienza che ne sono la determinazione." *La esperienza giuridica nella storia*, cit., pp. 287-288. Esta idea fue también una constante en el pensamiento de G. Fassò para quien: "la storia è pervasa da giuridicità... essa è il diritto: il diritto concreto, veramente vivente, veramente naturale." *La storia come esperienza giuridica*, cit., p. 97. Para Fassò el derecho natural era el orden "che nasce dalla storia, e nel quale l'uomo non può non essere inserito proprio per la sua dimensione storica, che è la sua dimensione essenziale". *Società, legge e ragione*, cit., p. 8. También desde la perspectiva del iusnaturalismo católico el jesuita S. Lener ha recordado que "i principi del diritto naturale sono immanenti nell'esperienza giuridica concreta, sono nella storia, non fuori di essa". "Stato di diritto e giustizia sociale", en *La Civiltà Cattolica*. 1963, II, p. 329.

demostración de la inconsistencia de cualquier forma concreta de la experiencia que se aparte del valor objetivo de justicia que el derecho natural supone. De este modo, la experiencia jurídica halla en la realización histórica de su objetivo proyecto de justicia su propia razón de ser, y el cabal cumplimiento de su cometido.