

por ejemplo, el fondo moral creado por el cristianismo en todo Occidente es de tal envergadura que el *ethos* del Derecho y el orden de Derecho, si bien estructuralmente diferentes, mutuamente se trascienden. Tan es así que se puede hablar de un orden como valor de la razón de Derecho y del *ethos* del Derecho como de dos mundos que luchan contra la desvalorización material del orden concreto. Esta orientación filosófico-jurídica de A. Wimmer se distingue de las teorías del Derecho natural, así como de los racionalistas del Derecho, porque considera exclusivamente los caracteres jurídicos del Derecho positivo, sosteniendo que éste, de uno u otro modo, al fin constituye el único Derecho.—VICENTE MARRERO.

EBBINGHAUS (J u l i u s): *Positivismus, Recht der Menschheit - Naturrecht - Staatsbürgerrecht*, en «Archiv für Philosophie». Heft 4/3, julio 1952 (páginas 225-242).

Es trivial afirmar que el positivismo carece de medios para fundar un Derecho de la humanidad frente al poder del Estado, bajo cuyo mando todos los hombres están sometidos, sin resistencia posible. Bajo este presupuesto pueden los hombres tener un derecho, o sea, una limitación del albedrío de unos y otros diferente de la de todos, según las leyes de distribución de las fuerzas naturales distributivas en relación con las otras libertades correspondientes. Es trivial afirmar que no puede darse una limitación jurídica de la voluntad que posibilite primeramente una limitación jurídica de cualesquiera voluntades. Ante el hecho de que los juristas y estadistas parecen haberle vuelto las espaldas al positivismo se levanta una multitud de cuestiones insólitas, ahora que ellos quieren renovar el maltratado Derecho natural. Pero no pueden liberarse de las cargas positivistas cuando intentan dar un concepto del contenido y fuentes de este Derecho natural. El positivismo tiene, tal vez, más fuerza de la que ellos le suponen. Esta fuerza radica en la indudable imposibilidad de dar al Derecho realidad independiente de cualquier poder dado bajo condiciones de experiencia. Sería de hecho imposible que las posibles fuerzas dominadoras naturales del hombre fueran sometidas a un ordenamiento, cuyo concepto fuera independiente

de las anteriores experiencias de ordenamientos objetivos o efectivos de las citadas fuerzas. «Al decir, con los positivistas, que bajo el nombre de Derecho el mencionado ordenamiento de la libertad externa de los hombres consiste en ser realizado por la voluntad de un soberano, resulta que un tal ordenamiento no es tal, de modo que contenga una ley de posibles limitaciones de poder de toda posible libertad en el uso exterior del albedrío». Pues la libertad de aquellos cuyo albedrío es dependiente, configura el fundamento de posibilidad de este presunto ordenamiento, que, por su parte, no puede ser sometido. El concepto positivista de Derecho no está en contradicción con uno que exija la independencia de todas las posibles limitaciones de la libertad exterior como carácter decisivo del Derecho. Esto no significa que el positivismo impute al capricho del soberano —individuo no necesariamente físico— la necesidad de un ordenamiento. Los intereses del soberano no tienen el carácter jurídico. El Derecho es, en sentido objetivo, la idea de una limitación de la libertad exterior de todos bajo la condición de una concordancia de todos según leyes. Tal idea no ha sido del todo realizada. Pero queda la esperanza de los positivistas de encontrar el Derecho en su imagen originaria en alguna comunidad. Se ha dicho que pertenece a la esencia del Derecho natural un ordenamiento que protege los intereses individuales. Muchos de los sistemas jusnaturalistas han tomado su punto de partida en las necesidades de la vida individual, en vez de las necesidades de la vida de los pueblos. Pero la limitación de la libertad de todos no está en los intereses de cada hombre o grupo, sino en la idea de la unión de todos los hombres en relación con su posible libertad exterior. De ahí: el Derecho es aquella ley bajo la cual la voluntad de todos los hombres, en relación con las posibles acciones libres, puede ser concordada en la unidad de una única voluntad. La humanidad misma, sujeto de esta voluntad general, hace necesaria para todo hombre la limitación de su libertad bajo las condiciones de su concordancia legal con los otros. Aquí surge el tema del Derecho como derecho de la humanidad. Este derecho, para todos obligatorio, tiene el carácter de Derecho objetivo. El fundamento está en que todo hombre es un po-

sible miembro de la humanidad. La posibilidad de que el hombre sea portador de posibles derechos subjetivos está en que la humanidad está en la persona de cada hombre. La idea de humanidad es la fuente de todo posible derecho de los hombres. Con ayuda de la razón el hombre configura la idea de la unión de la humanidad. Se llega con esto al jusnaturalismo racionalista del siglo XVIII. ¿Qué es un Derecho natural y cómo se relaciona con el concepto de un Derecho de la humanidad? Al Derecho natural pertenecen todas aquellas leyes de posibles limitaciones de la libertad exterior de los hombres, sin que esta libertad exterior pueda estar ligada, bajo ninguna posible condición humana, a las otras leyes. El Derecho natural es posible porque depende de una voluntad que, a su vez, es posible por la concordancia de toda voluntad humana y de las condiciones naturales de su querer. Nuestra teoría dice que el Derecho de todo poder de dominación está limitado por la idea del establecimiento de aquellas condiciones que son necesarias para la efectividad del Derecho de unos frente a otros, es decir, para la constitución de una justicia pública. En este terreno se cruzan los conceptos de Derecho natural y de Derecho según el positivismo como Derecho de la humanidad. Nuestra tarea consiste en la tarea que ha determinado la historia, o sea, la organización de la paz mundial, de acuerdo con los conceptos de Derecho de la humanidad.—RAFAEL GUTIÉRREZ GIRARDOT.

KAFKA (Gustavo E.): *Autorität und Norm*, en «*Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*». Band IV. Heft 3. Marzo 1952 (págs. 291-330).

La función de la norma que Kelsen llama fundamental no es otra que la del establecimiento de una autoridad que delega las otras autoridades. «El Derecho es (expresado en normas) la ordenación del poder». Pero la diferencia esencial consiste en que Kelsen señala la norma fundamental, o sea, la más alta autoridad, como fundamento justificativo del material que «se supone es empíricamente dado y que se presenta como Derecho»; lo cual está estrechamente ligado con su teoría de que la esencia de la ciencia jurídica está en la descripción de aquello que

producen las autoridades creadoras del Derecho sobre el material empíricamente dado. Esto lo hemos dicho en el artículo anterior a éste sobre la misma cuestión. Kelsen dice que una norma, en cuanto norma, nunca puede darse empíricamente. Pues la norma sólo es norma cuando y porque hay una autoridad a la cual puede ser ella referida. Empíricamente no se puede dar una norma, sino la afirmación de una norma. En sentido kantiano, el concepto de autoridad es una condición trascendente del conocimiento jurídico, pues entre el concepto de norma y el concepto de autoridad existe una íntima dependencia, la cual, empero, no es empírica. La «efectividad» de la norma, como condición de la normatividad de la norma, puede permitir que del pensamiento de Kelsen se concluya una identificación del Derecho y la conducta. Tal es el camino que ha seguido el argentino Carlos Cossio. Su teoría se llama egológica, porque, a diferencia de Kelsen, Cossio no contrapone el Derecho a la Naturaleza, como deber ser y ser, sino que su contraposición está basada en la polaridad de la Naturaleza y cultura. La tarea que se han impuesto Cossio y su escuela consiste en aclarar el sentido de Derecho en cuanto es un hecho cultural. La discusión del tema de la norma y la autoridad depende de este punto de partida, del cual diferimos nosotros. El reconocimiento de una autoridad es algo muy distinto al reconocimiento de un derecho. El reconocimiento de una autoridad y el de un derecho nos ponen de presente que el concepto de reconocimiento es un concepto fundamentalmente jurídico, y que, envuelto en él, viene a cuento el problema de la libertad, que Cossio ha solucionado valiéndose del axioma de que todo cuanto no está prohibido está permitido, a base de la frase de Nietzsche: «todo está permitido». De la discusión de estos problemas con Kelsen y Cossio puede resultar un esquema de las formas normativas, relacionado con el problema de la autoridad, y cuyos resultados nos apartan de uno y otro. El esquema es: 1) Según la forma de participación en el poder: a) Poder inmediato. Por ejemplo: luz roja: alto, o prohibido fumar. b) De poder a poder: una autoridad superior indica a una autoridad inferior la expulsión de un extranjero. c) La autorización concedida por un poder: una autoridad superior in-