

HENKEL, Henrich: *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*. Beck, Munich y Berlín, 1964. VII + 468 págs.

La introducción de la obra la dedica Henkel a exponer el objeto, fin y límites de su exposición. La ciencia dogmática del Derecho es una ciencia práctica, cuyo objeto lo constituye un orden jurídico determinado y cuyo fin es el de dar solución a problemas jurídicos concretos. La vida moderna ha hecho necesaria una enorme actividad legislativa; hoy en día no existe jurista que pueda abarcar todo el Derecho positivo. De ahí, escribe Henkel, derivan dos peligros: el de la especialización del jurista—lograda sacrificando la visión de conjunto—y el de la tecnificación del Derecho. Frente a la mera investigación dogmática de una determinada rama del Derecho positivo, la tendencia hacia lo general encuentra su expresión en dos campos de la ciencia jurídica: La teoría general del Derecho y la filosofía del Derecho. Uno de los principales cometidos de la primera consiste en desarrollar, partiendo de los distintos sectores del Derecho positivo, conceptos fundamentales generales (relación jurídica, Derecho subjetivo, antijuridicidad, responsabilidad, consecuencia jurídica, etc.) Sus otros cometidos son la exposición de la peculiaridad del pensamiento jurídico, la teoría de las fuentes del Derecho y la metodología jurídica.

Pero es un error en el que incidió el positivismo jurídico pensar que la teoría general del Derecho puede satisfacer el ansia por una fundamentación del Derecho. Sobre la esencia, el sentido y el fin del Derecho la teoría general no nos dice nada. De estas cuestiones es precisamente de las que se ocupa la filosofía del Derecho, que puede ser elaborada, expone Henkel, de dos diversas maneras. Una de ellas es considerar a aquella una rama de la filosofía general, como lo es la filosofía de la religión o de la historia; estamos entonces ante una filosofía construida sobre un determinado sistema filosófico que trata de realizar las teorías de este sistema en un campo determinado: el Derecho. Pero existe otra clase de contemplación iusfilosófica; una que no es ya una rama de la filosofía general, sino de la ciencia del Derecho. Aquí no se construye ya partiendo de un sistema filosófico determinado, sino de la contemplación del Derecho mismo. El libro de Henkel está dedicado a la elaboración de la filosofía del Derecho en este segundo sentido.

La Primera Parte de la obra lleva el título "Derecho y ser" y está dividida en tres apartados. El primero se ocupa del Derecho dentro de los diversos órdenes ontológicos, de cómo se acopla el Derecho, dentro de la totalidad del orden ontológico del mundo. El Derecho, afirma Henkel, pertenece a esa esfera del ser que es el orden espiritual, es un fenómeno espiritual. Para aprehender el ser espiritual del Derecho es preciso distinguir entre espíritu individual y espíritu común; este último es un espíritu suprapersonal; se caracteriza, no por contener el espíritu de todos los individuos de una determinada agrupación humana, sino por contener lo que—independientemente de las discrepancias concretas de los individuos—"se" piensa, persigue y valora en dicha agrupación. El espíritu común, en virtud de esta independencia frente al espíritu subjetivo de los individuos, se presenta como un

espíritu objetivo. Como espíritu vivo ha de ser concebido en una constante transformación. Este espíritu se exterioriza en obras; esto es: se plasma en objetos y encuentra en ellos su expresión. "El espíritu vivo se manifiesta en los objetos como espíritu objetivizado." Y el Derecho, escribe el autor, es un sector especial de la objetivización del espíritu común, es una "creación del espíritu común de la agrupación".

A continuación, Henkel se ocupa del Derecho como sector del orden social. Las relaciones sociales de los hombres no se desarrollan arbitrariamente, sino que están sometidas a determinados modelos de comportamiento, a determinados órdenes. La totalidad de estos órdenes constituyen el orden social. El Derecho es uno de los órdenes que integran el orden social, si bien no es el único: junto a él actúan otros órdenes normativos: costumbre, moral, etc.

El creador del Derecho, expone Henkel, es el espíritu común de la sociedad. Los que toman parte en el acto legislativo no pueden ser considerados como meros individuos, sino como representantes de la sociedad. Cualquier desviación por parte de estos representantes frente a las exigencias del espíritu común—especialmente: su entrega a intereses personales o de grupo—representa una infidelidad ante su mandante (la sociedad) y supone una disminución de la cualidad jurídica de la ley creada.

El párrafo 5 de este primer apartado de la primera parte, se ocupa del Derecho como objetivización del espíritu común, es decir, de la positivización del Derecho. Esta objetivización no supone que el espíritu común quede petrificado en la ley, sino que, en virtud de la labor interpretativa de los Tribunales, existe una "continua participación del espíritu objetivo y vivo en los productos espirituales que ha objetivizado". De ahí que el autor pase a estudiar en el siguiente parágrafo el "Derecho como un producto histórico y cambiante". Después de ocuparse del Derecho vivo (vigente) y del Derecho muerto, trata el autor de las relaciones entre Derecho y lenguaje; ello es preciso porque la característica de la positivización (objetivización) del Derecho es que se realiza mediante el lenguaje: "El Derecho está vinculado existencialmente al lenguaje".

El Derecho, escribe Henkel en el parágrafo dedicado al "orden jurídico", cumple su función de ordenar la vida social mediante el establecimiento de exigencias a los miembros de la comunidad. Pero esto sólo tienen sentido si se presuponen dos cosas: que el comportamiento del hombre no está determinado en su totalidad por leyes de necesidad, y que, mediante exigencias a su comportamiento, el hombre es determinable y accesible. La imagen del hombre que constituye, pues, la base de todo Derecho es la de un hombre provisto de la "capacidad de aprehensión espiritual del sentido y de la capacidad de autodeterminar, dirigido por el espíritu y la voluntad, su comportamiento". El último parágrafo del primer apartado de esta primera parte se ocupa del ensamble del Derecho en los restantes órdenes ontológicos. Una considerable parte del Derecho hace referencia a las cosas como objetos corporales del mundo orgánico o inorgánico. Para que el Derecho no suponga una

regulación ajena a la realidad, contraria al fin y al sentido, para ser "Derecho correcto" (1), es preciso que tenga en cuenta las leyes ontológicas de las cosas; no lo haría si en Derecho de cosas, por ejemplo, prescindiese de la diferencia entre cosas muebles y cosas inmuebles, o si en Derecho mercantil ignorase que existen mercancías que se estropean rápidamente, obligando al vendedor a tener disponibles esas mercancías durante un largo espacio de tiempo. Ajeno a la realidad sería también un Derecho que prescindiese de las estructuras sociales (el orden biológico de las relaciones familiares, las relaciones de dependencia y de poder, etc.) o de los otros órdenes normativos (ética, religión, etc.).

El apartado segundo de la primera parte está dedicado al estudio de las relaciones entre Derecho, poder y Estado. Henkel rechaza que el Derecho y el poder representen dos extremos antagónicos, la tesis, pues, que sostiene que el Derecho es el orden moralmente bueno y el poder algo malo en sí. Igualmente inoceptable es la tesis (sofistas, Nietzsche) que hace equivalente el poder al Derecho; es precisamente esta concepción la que lleva, como reacción, al anarquismo de un Tolstoi con su exigencia de suprimir el Derecho y sustituirlo por una vida social fundamentada en el mandamiento cristiano del amor. En opinión del autor, el Derecho positivo es poder, pero no sólo esto; el Derecho positivo representa un poder específico: el poder jurídico; de ahí que sea posible que, bajo determinadas circunstancias, surjan conflictos entre el mero poder y el Derecho. La coercibilidad, de la que Henkel se ocupa a continuación, es "una característica esencial y conceptual del Derecho positivo". Un Derecho que no pudiera imponerse no sería Derecho vigente. Esto no quiere decir que detrás de cada una de las normas del orden jurídico tiene que estar un aparato coercitivo: sólo quiere decir que el Derecho no es positivo cuando en su *totalidad* carece de característica de la coercibilidad. En la cuestión de la relación entre Derecho y Estado, el autor estima que aquél tiene una prioridad *temporal* frente a éste. Contra la tesis de la prioridad del Estado frente al Derecho hay que oponer, escribe el autor, que no puede explicar el Derecho internacional ni tampoco, dentro del campo del Derecho interno, el Derecho consuetudinario. La tesis del positivismo jurídico de que son los que tienen el poder estatal los que determinan lo que sea Derecho lleva a consecuencias inadmisibles en los Estados dictatoriales ("Ley es lo que el Führer ordena"). "Aunque ciertamente existe Derecho sin Estado", expone Henkel, "no es imaginable, en cambio, Estado sin Derecho; esto quiere decir que con el logro de la estatalidad se produce una situación en la sociedad que supone una, a partir de ahora, indisoluble vinculación entre Estado y Derecho".

En el último apartado de la primera parte se estudia la relación del Derecho en los otros órdenes sociales de normas. Por lo que se refiere a la relación entre Derecho y uso, Henkel destaca el efecto recíproco

(1) "Richtiges Recht". A pesar de estar consagrada la traducción de este término al castellano como "Derecho propio", el autor de esta reseña se aparta de ella por considerarla completamente inexacta. Es "richtiges Recht" y no "gerechtes Recht" la expresión alemana.

entre ambos órdenes normativos: El uso muestra una tendencia a la positivización jurídica; el Derecho, por su parte, tiene que remitirse muchas veces a los usos. La originalidad de la investigación henkeliana sobre las relaciones entre Derecho y moralidad reside en que dentro de esta última distingue tres diversas esferas. La primera es la moralidad autónoma; el centro de ésta se halla en la conciencia del individuo; el hombre experimenta la llamada del deber-ser moral en la voz de su conciencia; cómo debe obrar no se algo que deduzca de un orden de comportamiento establecido heteronomamente, sino que se lo indica su propio sentido del valor y del deber. Junto a la esfera de la moralidad autónoma, sitúa Henkel los sistemas religiosos y profanos de ética superior. El origen de esta ética es el mismo que el de la moralidad autónoma, pues estos sistemas (cristianos, budismo, humanismo clásico, estoicismo, etc.) han nacido del impulso moral de grandes personalidades. La diferencia reside en que dichos sistemas quieren vincular no sólo el comportamiento moral del dador de la norma, sino el de muchos o el de todos los hombres. No obstante, la aplicación de las reglas de estos sistemas a las concretas situaciones de la vida es a veces oscura, por lo que siguen desempeñando un papel las decisiones autónomas de los partidarios del sistema. Por último, se ocupa Henkel de lo que llama la moral social; consiste ésta en el "conjunto de exigencias morales de comportamiento que la sociedad dirige a sus miembros". Aunque no de modo absoluto, lo cierto es, escribe Henkel, que el centro de gravedad de la moral autónoma reside en la esfera interna, mientras que el del Derecho se halla en la esfera externa. En general, se puede decir que una acción es moralmente valiosa cuando emana de un motivo moral; para que sea conforme a Derecho basta, en cambio, que el comportamiento externo se ajuste a las exigencias de la ley. La limosna a un pobre es sólo moral si obedece a la compasión, no si obedece al deseo de vanagloriarse ante los demás. Por lo que se refiere a la relación entre el Derecho y los sistemas religiosos y profanos de ética superior, Henkel advierte, dado el pluralismo de las sociedades occidentales, del peligro que representa fundamentar el orden jurídico exclusivamente en uno de dichos sistemas. El centro de gravedad de la moral social reside, como en el Derecho, en el comportamiento externo; se trata aquí también de modelos de comportamiento en los que suele ser indiferente el móvil al que responden. Socialmente, es moral el comportamiento del que mantiene la palabra dada, aunque lo haga únicamente por temor a la reacción de sus conciudadanos. La consecuencia más importante de la distinción henkeliana entre las distintas esferas de la moralidad es la de que el Derecho cuando se remite al campo moral (a las "buenas costumbres", por ejemplo) se refiere a la moral social. En ello se apoya Henkel para criticar dos famosas sentencias del Bundesgerichtshof que estimaron que constituye delito de lenocinio grave el comportamiento de los padres de una muchacha que consientan que ésta tenga comercio sexual con su prometido dentro del domicilio familiar; la base de esta doctrina del BGH la constituye su declaración de que el coito fuera del matrimonio es "deshonesto". En opinión de Henkel, esta doctrina es errónea,

pues deduce lo que es deshonesto de un sistema de ética superior, y no, como debiera hacerlo, de la moral social vigente hoy en día en Alemania.

La segunda parte de la obra de Henkel trata de los datos previos (Vorgegebenheiten) del Derecho; de aquello que al legislador le viene previamente dado. Henkel nos ofrece aquí el estudio más completo y profundo que ha aparecido hasta ahora sobre la significación para el Derecho de la llamada "naturaleza de las cosas". Sobre el dualismo metódico, sobre la separación entre la esfera del ser y la del deber-ser en la contemplación jurídica, escribe Henkel: "Si lo que este dualismo afirma fundamentalmente es que las proposiciones normativas sólo pueden ser inferidas deductivamente de otras proposiciones normativas, si lo que afirma es que no pueden ser basadas en hechos ontológicos, entonces el rigor de esta tesis necesita una atenuación; por lo menos, en el sentido de que es preciso reconocer una 'preformidad de la idea en la materia', esto es: de la solución jurídica en la materia de regulación. Pero esta 'visión de la idea en la materia' no debe suponer una mera 'carambola de la intuición', sino que, para que sirva a la contemplación jurídica, ha de ser desarrollada en un método planificado de conocimiento. Para ello es preciso distinguir en los objetos de regulación jurídica la 'naturaleza de las cosas' y concebirla como dato previo del Derecho, estableciendo sus límites y fijando su alcance, dedica Henkel jurídica." A superar la mera intuición y a penetrar en los datos previos del Derecho, estableciendo sus límites fijando su alcance, dedica Henkel la segunda parte de este libro. El primer dato previo del que se ocupa Henkel es el hombre, estudiando aquellos rasgos fundamentales del sector ontológico de la "imagen del hombre" que tienen relevancia para el Derecho. El que exista una imagen del hombre para la medicina, otra para la sociología, otra para la psicología, otra para el Derecho, etc., no significa una ruptura de la unidad; lo que sucede es que las distintas ciencias precisan una imagen del hombre específica adecuada a la dirección de su investigación y a su sistemática interna. La visión total de la imagen del hombre es tarea de la antropología filosófica. Por lo que se refiere a la imagen del hombre que interesa al Derecho, Henkel comienza estudiando al hombre como ser vivo, llegando a la conclusión de que las leyes de la naturaleza de la esfera corporal-biológica del hombre son datos previos inmutables para las normas jurídicas; una norma jurídica que hiciese caso omiso de alguna de esas leyes sería una norma absurda. Así, en una regulación jurídica sobre la duración de la gestación no es posible prescindir, si no se quiere establecer normas carentes de sentido, de lo que la experiencia nos indica sobre la duración del período de tiempo que el feto se desarrolla dentro de la madre. A veces, la relación del Derecho con estas leyes naturales no se limita a una actitud pasiva de mera aceptación, sino que aquél pretende apoyar y promover el desarrollo biológicamente prefijado de los acontecimientos (ejemplo: con la legislación laboral protectora de la madre que trabaja). Otras veces, en fin, el Derecho interviene para impedir que entren en juego leyes biológicas perjudiciales para el hombre; por ejemplo: para

impedir la propagación de enfermedades infecciosas. También aquí sería absurda una regulación que prescindiese de los conocimientos y experiencias respecto de la transmisión de tales enfermedades. Dentro ya de otra esfera del hombre (la psíquica), Henkel hace referencia a aquellos componentes del comportamiento que, como datos previos ontológicos, pueden ser de subida relevancia para el Derecho; el saber y el no saber, el prever y el no prever, el querer y el no querer las consecuencias de la acción conducen, por ejemplo, a la distinción entre dolo e imprudencia. En la estructura psicológica de la acción humana fundamenta Henkel una clasificación de los distintos comportamientos. Niega que exista una voluntad finalista actual en las acciones instintivas y en las acciones de experiencia; la niega también en las acciones impulsivas y en las automatizadas (por ejemplo: el pedaleo del que monta en bicicleta). En los movimientos reflejos ni siquiera hay acción. Según cuál sea la rama jurídica que entra en juego tendrá trascendencia el que estemos en presencia de una acción o de un mero acto reflejo. El Derecho de policía, por ejemplo, puede intervenir para impedir una perturbación del orden público, aunque el perturbador haya causado la situación en base a un acto reflejo. En cambio, el presupuesto de cualquier tipo penal es que haya una acción humana. Pero Henkel discrepa de Welzel y de su teoría finalista; en opinión de Henkel, los esfuerzos de Welzel por fundamentar una finalidad en las acciones impulsivas y en las automatizadas son completamente insatisfactorios. A continuación, el catedrático de Hamburgo se ocupa del hombre como ser espiritual y de su capacidad de autodeterminación: porque tiene esa capacidad es sujeto responsable de sus hechos. Por último, y tomando por base la imagen ontológica del hombre en su totalidad, Henkel expone que el Derecho reconoce en el hombre el único ser del mundo que es persona, considerando a los demás seres objetos del Derecho; sería una infracción de esta característica del hombre y, con ello, del orden del mundo, tratarle como objeto y permitir, por ejemplo, la propiedad y la posesión sobre él.

El siguiente dato previo del Derecho que investiga Henkel es el de las estructurales sociales, exponiendo la base ontológica de las relaciones sociales humanas y su influencia en el Derecho. Dentro de esta conexión, se estudian la comunidad, la asociación y la relación de poder, así como su estructura y las reglas de comportamiento que son inmanentes a estas formas fundamentales de agrupación (las relaciones recíprocas entre los miembros de una comunidad religiosa, por ejemplo, son fundamentalmente distintas, por corresponder a otra estructura, de las que existen entre los participantes en una empresa mercantil).

También el fin (interés) que el legislador encuentra dado en la realidad del mundo social humano es contemplado por Henkel desde el punto de vista del dato previo. El autor muestra sus reservas frente a la tesis que sostiene que toda norma jurídica responde a un conflicto de intereses. Ello no es siempre cierto en Derecho civil; y lo es aún menos en Derecho penal. En el caso normal, estima Henkel, el dador de la norma tiene una cierta libertad frente a los intereses reales, pudiendo valorarlos de muy distinta forma. Pero, a veces, las necesidades

vitales tienen tal fuerza que el intento del legislador de impedir su realización representaría una derrota para el Derecho, pues excluiría su vigencia fáctica. Piénsese, por ejemplo, en que el legislador quisiera prohibir las ventas a plazos.

El parágrafo 22 está dedicado a estudiar hasta qué punto las estructuras valorativas de la vida social constituyen un dato previo del Derecho. No podemos entrar aquí en lo que Henkel expone sobre la teoría filosófica de los valores; especialmente, sobre la teoría material de los valores (Scheler, Hartmann) y sobre el subjetivismo valorativo (Sartre, nihilismo valorativo). Ninguna de estas doctrinas, estima Henkel, puede constituir la base de una contemplación jurídica. La base la constituye, más bien, el orden social de valores, esto es: aquellos valores que han pasado a formar parte del "espíritu común" de una sociedad determinada. Henkel no desconoce el pluralismo valorativo que actualmente existe dentro de las sociedades occidentales; pero cree que dentro de ellas se puede encontrar algo relativamente unitario, que es lo que constituye el orden social de valores. Las relaciones entre este orden y el Derecho se manifiestan, en primer lugar, en la recepción que en éste encuentra aquél; el Derecho constitucional y el catálogo de tipos de un Código Penal son un ejemplo de esta recepción. Henkel subraya que a la pregunta de cuáles son los valores que pueden influir, como dato previo, en el Derecho, hay que responder que sólo los del orden valorativo social, y no, por ejemplo, los de una ética superior religiosa o profana, a no ser, naturalmente, que estos valores hayan pasado a formar parte ya del orden social. Concretizando, afirma Henkel que, por no constituir socialmente un desvalor en la actual sociedad alemana, debe ser impune el aborto efectuado para salvar la vida de la madre o para impedir el nacimiento de una criatura engendrada en ocasión de un delito contra la honestidad cometido contra la madre. En estos casos el sistema valorativo social debe prevalecer sobre el de los grupos (religiosos, políticos, económicos, etc.); lo contrario sería imponer a la sociedad la concepción valorativa de un grupo que no es, al mismo tiempo, la de la total comunidad jurídica; ello estaría en contradicción con un Derecho que ha de ser expresión del "espíritu común" de una sociedad y que ha de ser conformado de acuerdo con la concepción valorativa de ésta. Henkel destaca, de todas formas, que el que el orden social de valores sea un dato previo del Derecho no quiere decir que éste pueda extraer de aquél el contenido terminado de sus normas, pero sí que representa un elemento constructivo para la creación y la aplicación del Derecho.

Las instituciones de la vida social, como la compraventa, la permuta, el matrimonio o la familia, son independientes de sus sujetos casuales; se trata de algo suprapersonal que ha pasado a formar parte de la estructura de la sociedad. Las instituciones son los canales por los que discurre la actividad de los hombres en sus relaciones sociales; son, al mismo tiempo, una coacción para el individuo, quien tiene que adaptar su comportamiento social a tales esquemas; si bien es cierto que la regulación institucional se limita sólo a las líneas generales, por lo que,

junto a la coacción, subsiste también una libertad de movimientos. Las instituciones surgidas espontáneamente en la vida social tienden a ser positivizadas jurídicamente, esto es: a tomar la forma de instituciones e institutos jurídicos con su correspondiente complejo de normas. Contemplado desde el lado del Derecho, ello quiere decir que éste acude constantemente a las instituciones sociales para extraer de ellas el contenido de sus normas. Para evitar malentendidos advierte Henkel que, si bien las instituciones existenciales fundamentales presentan en su proceso de institucionalización ciertas leyes ontológicas, no debe olvidarse que en su mayor parte descansan sobre una aportación creadora de la sociedad, esto es: sobre una obra humana. Ello no impide que sean, en gran medida, un dato previo al Derecho positivo.

El párrafo 24 lleva por título "Las 'estructuras lógico-reales' como dato previo del Derecho" (2). Henkel estima que constituye el mérito de Welzel el haber llamado la atención sobre las estructuras lógico-reales contenidas en algunos objetos de regulación jurídica. De todas formas, la pretensión de Welzel de hacer que tales estructuras lleguen a desempeñar un papel incluso en los detalles de la dogmática y de la sistemática jurídica ha producido la lamentable consecuencia de que algunos hayan puesto en duda la significación de estas estructuras para el Derecho. Así, Welzel piensa que la accesoriadad extrema (esto es, exigir, para que haya complicidad o inducción, que el autor directo haya cometido un acto antijurídico y culpable) constituye una contradicción de la estructura lógico-real de la participación delictiva; para Welzel sólo es adecuada a la estructura lógico-real de la codelincuencia la accesoriadad limitada: basta que el autor haya ejecutado un acto antijurídico inculpable (inculpable, por ejemplo, por tratarse de un demente). También rechaza Henkel la tesis finalista de que el dolo, como elemento ontológico de la acción, pertenece al concepto de ésta, así como las conclusiones que Welzel pretende sacar de las estructuras lógico-reales para fundamentar su teoría del error jurídico-penal. Las estructuras lógico-reales, afirma Henkel, pueden ser descubiertas mediante la mera contemplación del objeto; no se precisa una especial operación del pensamiento: se hacen evidentes a una contemplación dirigida a la aprehensión de la esencia. Como datos previos del Derecho tienen la siguiente significación: En el proceso de creación del Derecho no se encuentran nunca al principio; lo que se encuentra al principio es un plan de regulación. La creación de un tipo delictivo, por ejemplo, presupone una decisión jurídica sobre el contenido criminal de desvalor, sobre la necesidad de castigo del comportamiento en cuestión; entran en juego asimismo una decisión valorativa conforme a los criterios del orden social de valores y consideraciones político-criminales. Ahora bien, una vez que determinados objetos ontológicos se han hecho relevantes para la regulación jurídica empiezan a desplegar las leyes ontológicas que les son propias. La vinculación del legisla-

---

(2) El término que se suele emplear para traducir "sachlogische Strukturen" es el de "estructuras lógico-objetivas". Al autor de esta reseña le parece más exacto hablar de estructuras lógico-reales (de res = cosa).

dor a las estructuras lógico-reales no consiste en la obligación normativa de orientarse a ellas, al modo como existe la obligación de atenerse a las líneas directrices de la idea del Derecho. La vinculación a las estructuras lógico-reales se caracteriza por ser una relación condicional: si el legislador se orienta a dichas estructuras creará Derecho correcto; si no, Derecho incorrecto.

La "naturaleza de las cosas", afirma Henkel, no es más que un concepto general con el que se puede designar a todos y cada uno de los datos previos del Derecho. En la naturaleza de las cosas, escribe el catedrático de Hamburgo, hay que ver solamente elementos ordenadores y estructuras que constituyen pre-formas del Derecho; actúan determinadamente en el proceso de formación del Derecho, lo que no impide que otros factores de conformación influyan también, en mayor o menor medida, en la regulación jurídica. El desprecio de la naturaleza de las cosas, repite Henkel, supone un fallo; su observancia, la posibilidad de llegar a crear Derecho correcto.

La tercera parte de la obra de Henkel trata de la "Aufgegebenheit", del dato a cumplir por el Derecho. Con los datos previos del Derecho tenemos sólo una de las partes que entran en juego en el proceso de creación del Derecho correcto: ellos nos permiten obtener aquellos elementos ordenadores que hemos de aprehender desde las cosas y desde sus estructuras: tenemos la base que nos ofrece la realidad. La otra parte consiste en algo que le esté encomendado al Derecho, en la orientación del Derecho hacia un fin, hacia una idea: la idea del Derecho. Al Derecho le está encomendada la realización de la idea del Derecho.

La idea del Derecho, afirma Henkel, se manifiesta en tres tendencias fundamentales: la justicia, la oportunidad y la seguridad jurídica.

La justicia no deriva de otras ideas (de la idea de lo bueno o de lo verdadero, por ejemplo), sino que representa una idea de valor originaria. El mejor modo de llegar a su contenido es seguir un método descriptivo. El punto de partida de la investigación lo forman dos proposiciones fundamentales: *suum cuique tribuere*, y: lo igual ha de ser tratado de modo igual; lo desigual, desigualmente. Henkel niega que con la ayuda exclusiva de estas dos fórmulas sea posible alcanzar soluciones de concretos problemas jurídicos; pero rechaza también la opinión de los que afirman que estas fórmulas son fórmulas vacías carentes de contenido. Para Henkel han de ser concebidas como conceptos "abiertos", que, si bien no bastan por sí solos para decidir un problema, sí que pueden proporcionarnos ideas orientadoras. A continuación Henkel se ocupa detenidamente del estudio de la justicia conmutativa y de la justicia distributiva.

Al estudiar la equidad, Henkel previene de la tendencia a ver en ella algo extrajurídico que introduce en la solución de los problemas jurídicos el factor de la clemencia y de la blandura; la equidad aporta, muy al contrario, un punto de vista específicamente jurídico. La relación entre las normas jurídicas generales y la equidad es, piensa Henkel, una relación dialéctica; la situación de tensión se resuelve al llevarnos la equidad, correctoramente, pero sin afectar a la validez de la norma

general, más allá de ésta, haciendo posible así un "Derecho mejor". La equidad no es algo esencialmente distinto a la justicia ni mucho menos algo en contradicción con ella: es la justicia del caso concreto.

Después de ocuparse brevemente de la oportunidad, el autor nos habla de la seguridad jurídica; seguridad que ha de regir no sólo para el ciudadano, sino también para el que aplica el Derecho. Elementos de la seguridad jurídica son la claridad e inequívocidad de las normas jurídicas y la seguridad de que el Derecho se cumplirá. Otro elemento lo constituye la estabilidad del Derecho; cierto que el Derecho está sometido a un constante proceso de cambio y que, por ello, estabilidad no quiere decir inmutabilidad del Derecho. Significa, más bien, la exclusión de un cambio rápido, frecuente y brusco; significa, pues: continuidad en el proceso de desarrollo. La seguridad jurídica, expone Henkel, no debe limitarse al Derecho positivo, sino que ha de abarcar también a la jurisprudencia: el contenido de la decisión judicial ha de ser previamente calculable; la jurisprudencia debe mostrar unidad y continuidad.

La relación entre las tres tendencias fundamentales de la idea del Derecho—justicia, oportunidad y seguridad jurídica—constituye, escribe Henkel, uno de los problemas más difíciles de los que tiene planteados la ciencia del Derecho. En el Estado absoluto dominó la idea de la oportunidad; en la Epoca de las Luces y en la del positivismo jurídico, la de la seguridad jurídica; actualmente, las modernas corrientes iusnaturalistas apuntan al valor de la justicia como fin primordial del Derecho. En opinión de Henkel, no existe entre aquellos tres aspectos de la idea del Derecho ningún rango jerárquico; más bien, se complementan entre sí. No es posible dar reglas generales para los casos de conflicto entre ellos; la correcta dosificación de justicia, oportunidad y seguridad jurídica pertenece al arte de la legislación y de la aplicación del Derecho, y no permite una sujeción a reglas, salvo a la regla de que habrá que decidir en base a las exigencias del problema material en cuestión.

El segundo apartado de la tercera parte trata extensamente del tipo y de la individualidad en el Derecho. En principio, escribe Henkel, el Derecho no aprehende las relaciones sociales que tiene que regular en su inabarcable peculiaridad como fenómenos concretos y determinados, sino en su tipicidad como pertenecientes a una determinada especie o género. No obstante, y a pesar de que reside en la naturaleza de las cosas que la norma jurídica no puede contemplar la individualidad del caso, sí que existe la posibilidad de, por lo menos, permitir al que aplica el Derecho que tome en consideración las particularidades del caso concreto. Ello lo logra el legislador mediante la aplicación de conceptos indeterminados y de cláusulas generales.

El último apartado de la tercera parte lo dedica Henkel al "bien común" como valor fundamental del Derecho. El Derecho no es un fin en sí mismo, sino que está ordenado a un fin superior: al buen orden del comportamiento en la sociedad. "De ahí deriva—escribe Henkel—, que los fines inmanentes a la idea del Derecho y en ella contenidos—justicia, oportunidad, seguridad jurídica—no pueden ser, a pesar de

la extraordinaria importancia que tienen, los últimos fines del Derecho." Fuera y por encima del campo jurídico se halla el fin de la vida y del orden sociales: el bien común. El bien común representa, en primer lugar, un fin trascendente al que está ordenado toda actividad jurídica reguladora: *salus publica suprema lex esto*. En segundo lugar, la idea del bien común actúa como fuerza inmanente en los esfuerzos del Derecho, convirtiéndose así en elemento constitutivo de toda positivización jurídica. Por último, el contenido de todas las normas jurídicas encuentra en la idea del bien común su último sentido, por lo que representa un importante factor en la interpretación de las disposiciones jurídicas.

El libro de Henkel concluye con el estudio del problema del Derecho correcto. En primer lugar, se estudia el fallo y la aportación del positivismo jurídico. La aportación consiste en haber promovido el conocimiento del aspecto existencial del Derecho. La positivización es un elemento constitutivo del Derecho; el Derecho surge en un proceso histórico y real. De ahí deriva: primero: que no existe ningún orden jurídico que le venga dado *a priori* al hombre, sino que sólo existe un Derecho encomendado al actuar conformador del hombre; segundo: que no existe un Derecho absoluto y general por encima de la realidad de la vida social, sino sólo un Derecho histórico-concreto creado en base al "espíritu común" de grupos concretos; tercero: la "corrección" objetiva de un orden jurídico pensado no fundamenta, por sí sola, el carácter de Derecho existente. Sin el proceso real de la positivización quedan todas las ideas jurídicas en el estadio de "proyecto". Sólo mediante la positivización adquiere el Derecho la positividad, y esto es lo que designa el modo de ser específico del Derecho: su vigencia. El mérito del positivismo reside, pues, en su interpretación del aspecto existencial del Derecho. Su fallo, en el desconocimiento de los elementos esenciales del Derecho; en la idea de que el Derecho se agota en las reglas de comportamiento realmente practicadas. Al Derecho pertenece, junto a su existencia, su esencia, esto es: una determinada cualidad esencial y valorativa que llamamos "corrección". Ciertamente que la falta de corrección no tiene siempre como consecuencia, sin más, la invalidez de la norma jurídica. Pero el positivismo jurídico se equivoca cuando cree que la validez jurídica es independiente de la corrección del Derecho: Es imaginable una falta tal de esencia del Derecho que, en un caso límite, pueda llevar consigo su falta de existencia como Derecho, esto es: su falta de validez.

Henkel inicia el estudio del Derecho natural llamando la atención sobre el hecho de que no existe una, sino muchas doctrinas del Derecho natural. El mérito del iusnaturalismo reside, en opinión de Henkel, en haber resaltado que existen contenidos permanentes y criterios de validez general que son los que hacen del Derecho positivo Derecho verdadero; estructuras o factores permanentes que han de ser tenidos en cuenta en el proceso de creación del Derecho para que pueda surgir Derecho en sentido esencial. Dichos elementos los ve Henkel en las estructuras lógico-reales, en las leyes ontológicas y, también, en los contenidos orientadores supratemporales de la idea del Derecho y de

la idea del bien común. Junto a esta aportación, la teoría del Derecho natural contiene el fundamental error de creer que poseemos en un orden evidente y que consta *a priori* un Derecho vigente—y, además, vigente con preferencia frente al Derecho positivo—. Un Derecho supra-positivo, contrapuesto al positivo, es utópico, pues carece de las condiciones reales esenciales del Derecho. El Derecho es un fenómeno de la realidad; sólo existe un Derecho para y en las sociedades humanas. Como Derecho existente, es decir, vigente, ha de ser un Derecho dado históricamente y aplicable en la sociedad.

El párrafo 36 lleva por título “El camino hacia el Derecho ‘correcto’”. En su intento de buscar un nombre común que designe, tanto a los datos previos del Derecho como a los puntos de orientación contenidos en la idea del Derecho, Henkel cree que el más acertado es el de *topoi*. Los *topoi* son los puntos de vista directrices que han de ayudar para alcanzar un Derecho correcto; tónica es la dirección científica de pensamiento que trabaja con estos *topoi*. Para llegar al Derecho correcto, la tónica actúa escalonadamente. En primer lugar, se plantea el problema material; para la solución de este problema material, que siempre contiene varios aspectos, se ofrecen no uno, sino varios *topoi*; es casi imposible, por ejemplo, que en una regulación jurídica haya sólo que considerar el *topos* de la oportunidad o sólo el de la justicia; es preciso, pues, poner en relación los diversos *topoi*; cuál sea esta relación no puede determinarse en base a un orden jerárquico previo entre los *topoi*: la relación se deduce, más bien, de las exigencias del problema material concreto; por último, hay que tener en cuenta que el ensamble de los diversos *topoi* no da, por lo general, una solución única, sino que suele quedar un campo libre, más o menos amplio, de posibilidades de regulación: es en este escalón cuando se hace precisa la elección y la decisión (por ejemplo, en la regulación de la edad que señala el comienzo de la capacidad de obrar entran en juego el *topos*—contenido en la naturaleza de las cosas—de que se debe fijar el límite conforme a la capacidad del individuo en concreto y el *topos* de la seguridad jurídica que tiende a establecer una edad uniforme para todas las personas independientemente de su individualidad).

¿Cuál es la relación entre el Derecho correcto y el positivo? Se trata, dice Henkel, de la relación entre el Derecho que debe ser y el que es, se trata de una tensión dialéctica. El Derecho correcto representa la esencia del verdadero Derecho; el positivo, la validez existencial del Derecho. Desde el punto de vista del concepto del Derecho, cada uno de ellos se nos presenta como algo incompleto: El Derecho correcto inválido es un producto conceptual que no desarrolla ninguna efectividad en la realidad; por otra parte, una norma de comportamiento que tiene vigencia no es Derecho si carece de toda esencia jurídica. El fin del Derecho correcto es llegar a ser Derecho positivo; el del Derecho positivo, llegar a ser Derecho correcto; el fin se alcanza con la positivización del Derecho correcto. De todas formas, siempre hay que contar con una discrepancia entre Derecho positivo y Derecho correcto; pues

toda positivización es un intento—que puede fracasar—de llegar a ser Derecho correcto.

El último párrafo del libro de Henkel se ocupa de la validez del Derecho y de los límites de validez del Derecho incorrecto. ¿Cuáles son los motivos, pregunta Henkel, que fundamentan la obediencia jurídica frente al Derecho vigente? El positivismo sociológico se equivoca cuando intenta buscar el motivo normativo de validez en un *factum* del mundo real. El que fácticamente sea observada una regla de comportamiento no fundamenta su vinculabilidad, el deber de su observación: de su ser no puede derivarse un deber ser, o, como dice Burckhardt: “El que suceda algo no puede ser nunca el fundamento de que deba suceder.” La norma jurídica, escribe Henkel, tiene su fundamento material de vinculabilidad en que el contenido de lo que exige ha de responder a la esencia del Derecho. Al ocuparse de los límites de validez del Derecho positivo, Henkel llama la atención sobre el hecho de que en todo Derecho vigente se encuentran siempre normas incorrectas; además, la concurrencia de diversos *topoi* hace a veces dudosa la cuestión de si estamos o no ante una norma incorrecta. El problema se plantea cuando la norma está orientada a un injusto jurídico; esto es: cuando los *topoi* que concurrían no sólo no han sido observados, sino que han sido despreciados; la norma no contiene entonces esencia jurídica de ninguna clase: es un no-Derecho, es un injusto. La posibilidad de que se presente un caso de positivización de lo injusto en forma legal depende de lo alejado que esté un sistema estatal del principio del Estado del Derecho. Como ejemplos de desprecio de los *topoi* jurídicos fundamentales, menciona Henkel los siguientes: Una ley degrada a la persona a una cosa; o establece la responsabilidad penal familiar; o está empeñada en no observar la justicia, en no evitar la arbitrariedad o en no tratar lo igual de modo igual. En tales casos, escribe Henkel, la norma no es válida jurídicamente: carece de la cualidad de norma jurídica y es inaplicable. Una parte del problema que aquí se plantea puede ser solucionado en base al Derecho positivo, cuando los *topoi* jurídicos fundamentales han sido recogidos en la Constitución al regular los derechos fundamentales y las garantías institucionales. El camino es entonces acudir a una instancia controladora de las normas: al Tribunal Constitucional. Otra parte del problema, en cambio, es insoluble desde el punto de vista del Derecho positivo. En especial, no es factible encontrar una norma claramente delimitada que posibilite, mediante la subsunción, decidir sobre los límites de validez de las normas abiertamente incorrectas.

La obra de Henkel es un acontecimiento iusfilosófico. El catedrático de Hamburgo no ha rehusado tomar posición ante las cuestiones vitales que tiene planteadas la filosofía jurídica alemana de la postguerra. La doctrina de la naturaleza de las cosas experimenta un fundamental progreso con el libro de Henkel. Su estudio sobre el positivismo jurídico, el Derecho natural y el Derecho correcto es magistral. Henkel ha sabido llegar al núcleo de los problemas y explicar el porqué, el cómo y el hasta qué punto. El libro es, en verdad, un acontecimiento.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG