

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

La revista IUS de México, en su número 72, correspondiente a Julio de 1944, trae las siguientes colaboraciones: *Naturaleza jurídica del fideicomiso*, por el Lic. ROBERTO MOLINA PASQUEL, cuyos antecedentes estudia a través de su evolución civil en las antiguas substitutiones y que resurge actualmente bajo el influjo de formas y necesidades comerciales, bancarias y financieras, sociedades trustificadas, leyes de bancos y leyes de títulos y operaciones de créditos.

La reseña es suscita para una materia tan importante y tan vasta. Analiza la naturaleza del fideicomiso como mandato irrevocable, se refiere a la obra de ALFARO, y a los tres órdenes de elementos que abarca el fideicomiso: a) los personales o sujetos de la relación; b) materiales, cosas o bienes fideicometidos; y c) psicológicos, o fines perseguidos. Asignándoles a estos últimos tal importancia que debe definirse el fideicomiso: por la declaración de voluntad del fin propuesto respecto a la cosa y su transmisión.

Crítica la teoría del fideicomiso mandato, en el derecho civil, porque sus diferencias y caracteres exceden los elementos que integran esta relación jurídica; la extensión de facultades que acuerda son mayores a las del régimen del mandato, las que enumera; y así en el derecho anglosajón, esta institución no tiene semejanza con el mandato.

Estudia luego la ley de México y concluye que es necesario unificar el concepto del fideicomiso suprimiendo la idea del mandato y contraponiéndole la del destino o afectación.

Otra colaboración es la del Lic. Dn. JOSÉ FUENTES MARES sobre “*Apuntaciones críticas a la doctrina kantiana del Derecho*”, que es anticipo de una obra del mismo autor, titulada “*Kant, filósofo del estado moderno*”; la mejor recepción para que se conozca el pensamiento del autor es la reproducción del artículo:

APUNTACIONES CRITICAS A LA DOCTRINA KANTIANA DEL DERECHO

1.— Sobre el problema de la autonomía.

(*) La tesis kantiana que funda el criterio distintivo entre derecho y moralidad mediante la polarización que efectúa entre los principios autonomía-heteronomía de la voluntad es, como ya lo sosteníamos antes, perfectamente congruente, lógicamente impecable. Pero su congruencia estriba en que se admita **exclusivamente** la noción kantiana de **autonomía**.

Con lo anterior no se pretende afirmar ni una verdad de perogrullo ni tampoco un disparate conceptual, sino que pensamos que es lógica y lícitamente concebible la misma noción de autonomía volitiva desde dos diversos puntos de vista: en **sentido estricto**, cuando es el mismo sujeto quien crea y se da espontáneamente la norma de su conducta; en **amplio sentido**, cuando el sujeto **reconoce**, aprueba y acepta **libremente** una norma dada en instancia cualquiera, ajena a su intimidad.

El Profesor de la Universidad de Riga Lotars Sules, en su precioso estudio “*El Problema Autonomía —eteronomía nel Diritto*”— que citamos antes (1), nos refiere hasta cinco posibles concepciones diversas en torno al problema autonomía-heteronomía de la voluntad. Sigámosle:

- a) Norma autónoma es aquella en la que se identifican las personas de legislador y ejecutor (Kant, Kelsen).
- b) Norma autónoma es aquella que, aun cuando derivada de una fuente extraña a la intimidad del sujeto, es aceptada por éste libremente, por considerarla dotada de valor. El hecho del reconocimiento, convierte en autónoma a una norma originariamente heterónoma (Th. Bohlin).
- c) Se designa como norma autónoma a la que es poseedora de un contenido considerado como universalmente válido; cuando al imperativo postulado en una norma se incorporan valores absolutos, la norma es autónoma y la voluntad que la adopta goza de la misma calificación (Nicolai Hartman).
- d) Se conceptúa como norma autónoma a aquella que se guía por un valor absoluto, hacia cuya idea tiende constantemente. La norma y

(*) El presente ensayo forma parte de una obra, de próxima aparición, titulada: “*Kant, Filósofo del Estado Moderno*”, compuesta por tres capítulos; I.—La Ética Formal. II.—La Doctrina del Derecho. III.—La Teoría del Estado.

(1) Aparecido en la “*Riv. Internazionale de Fils., del Diritto*”. Luglio. —Ottobre, 1936, págs. 355-384.

la voluntad que se dejan conducir por fines relativos merecen la calificación de heterónomas (Rodolfo Stammler).

- e) Finalmente, norma autónoma es aquella que desprende de sí misma su validez, su fuerza obligatoria. Autonomía, pues, no es sino un equivalente de autarquía (G. Gurvitch).

Como se ve, sólo dentro de la primera de las anotadas concepciones cabe la exclusiva determinación heterónoma del derecho. Conforme a todas las demás consideraciones del problema, el derecho **puede ser heterónimo, pero puede no serlo.**

Algunos autores alemanes han supuesto que Kant llegó a considerar al derecho como disciplina estrictamente autónoma, confundiéndolo con la eticidad (2). Sin embargo, ningún texto decisivo puede ser aducido para el caso, en tanto que la totalidad de la doctrina del filósofo, aún en sus aspectos secundarios, se nos ofrece como plenamente heterónoma en relación con el derecho.

Por otra parte, piensa Sules que Kant confunde frecuentemente las nociones de Derecho Natural y de Derecho Positivo, razón ésta por la que frecuentemente las nociones de Derecho Natural y de Derecho Positivo, razón ésta por la que frecuentemente se atribuyen al primero —sólo al primero—, las cualidades propias de la modalidad y, fundamentalmente, la **autonomía**. Nosotros pensamos que no es correcta ni la tesis de los autores alemanes arriba sustentada, ni tampoco la que nos ofrece el erudito profesor de Riga. Admitimos que Kant ha confundido frecuentemente las nociones de Derecho Natural (Racional) y Derecho Positivo, confusión de la cual, como dice Stammler, deriva de no haber diferenciado el **concepto** de la **idea** del derecho (3). Estamos seguros también de que el error de Kant, como quiere Goldschmidt, consistió, asimismo, en aplicar a la moral el mismo concepto de lo a priori sustentado en la teoría del conocimiento. Pero estimamos, apartándonos de tan doctas opiniones, que el error básico del pensamiento filosófico-jurídico kantiano **estriba en la contradicción en la que constantemente incurre a base de manejar equivocadamente el concepto de "exterioridad"**.

- 2.—La Función equívoca del concepto de "Exterioridad" en el Jus-naturalismo Racional de Kant.

Trataremos de demostrar, con apoyo en textos directos, que Kant da, sin pretenderlo, significaciones diversas al concepto de EXTERIORIDAD. Y pensamos que estas equivocaciones conceptuales fueron llevadas a efecto **sin pretenderlo** porque, habiéndose percatado de ello, simultáneamente se habría dado cuenta de las contradicciones en las que incurriría.

Escribe Kant: "La legislación moral es la que **no puede ser externa** aun cuando los deberes pudieran serlo siempre. La legislación jurídica es la que **puede ser externa también**" (4). Lo antes asentado por el filósofo parece ser el fundamento —y lo es sin duda— del que echan mano los juristas que dicen ver en Kant al pensador que identifica al derecho natural y la eticidad. Porque si la legislación moral **no puede ser externa**, y

- (2) R. Dunnhaupt: "Sittlichkeit Staat und Recht bei Kant"; K. Lisser: "Der Begriff des Rechts bei Kant", mencionados por Sules, Op. Cit.
 (3) "Filosofía del Derecho", Trad. W. Roces, Cap. V, Págs. 45-46. Madrid, 1930.
 (4) "Principios Metafísicos del Derecho", III, Pág. 33, Edic. Cit.

la legislación jurídica, **también** puede ser externa, convendremos en que éste “**también**” incluido en la frase, implica la posibilidad real de que esta última legislación —la jurídica—, **no sea externa**, en cuyo caso se habrá de concluir lógicamente la identificación entre derecho y moralidad.

Sin embargo, no creemos que sea ésta la interpretación que corresponde al párrafo kantiano antes transcrito. Nos parece indudable que Kant hace referencia en dicho párrafo tan sólo a la distinción entre **Derecho Natural** y **Derecho Positivo**. Y es en función de este criterio como puede explicarse el dicho de que la legislación jurídica “puede ser externa también” (bajo la forma de una legislación positiva), dando por supuesto que existe un orden jurídico **que no es externo** (Derecho Natural o Racional).

Desde el enunciado punto de vista, insistimos, sí sería correcta la tesis de tantos filósofos del derecho en el sentido de que Kant identifica las **nociones de moralidad y derecho ideal, regulativo o racional**.

Lo anterior, sin embargo, pese al apoyo que le brindan tan doctas opiniones, y pese también al aparente fundamento que le prestan algunos textos kantianos —como el que acabamos de transcribir—, es una pura imposibilidad. Resulta imposible esta identificación porque implica la primera de las grandes confusiones en las que incurrir Kant por causa del empleo equívoco de la noción de EXTERIORIDAD.

Escribe el filósofo: “En general, las leyes obligatorias susceptibles de una legislación exterior se llaman **leyes exteriores**. A este número pertenecen aquellas cuya obligación puede concebirse a priori por la razón, **sin legislación exterior, las cuales no por ser exteriores pierden su carácter de naturales**. Por el contrario, las que no obligan sin una legislación exterior real (sin la cual no serían leyes) se llaman **leyes positivas**” (5).

Como se desprende del texto anteriormente transcrito, las leyes que no se encuentran incluidas en una legislación exterior, sino que sólo son susceptibles de ella, las leyes que pueden ser concebidas a priori por la razón sin necesidad de legislación real alguna; es decir, **el Derecho Ideal, el derecho racional puro**, cuyas son aquellas notas, **está constituido por leyes externas**. Este es el motivo, sin más, por el cual Derecho Natural racional y moralidad se encuentran separados por causa de la tajante distinción kantiana que nos habla de la **exterioridad** del derecho y de la **interioridad** de la moral.

Mas, se nos preguntará: si en el primero de los párrafos relacionados se habla de un derecho natural racional **susceptible** de legislación exterior, ¿cómo es que en la citación última afirma Kant que ese mismo derecho racional, **aunque no se exteriorice** en legislaciones positivas, está constituido por **leyes exteriores**? O, en otras palabras: ¿cómo es que al derecho en general corresponde necesariamente la nota de **exterioridad** si es que el propio filósofo afirma que sus legislaciones respectivas **pueden ser exteriores aunque pueden no serlo** (derecho positivo y derecho natural, respectivamente)?

El problema no puede solucionarse buscando la diversa clase de **deberes** en los que, respectivamente, se apoyan las exigencias de la moral y del derecho. Porque ya hemos visto que para Kant todos los deberes, por el solo hecho de serlo, pertenecen al dominio de la moralidad (6). En este punto insistimos nuevamente en nuestro punto de vista: la aparente con-

(5) “Principios Metafísicos del Derecho”, IV, Págs. 38-45-55. El subrayado nos pertenece.

(6) “Principios Metafísicos del Derecho”, III, Pág. 32, Edic. Citada.

tradicción entre los dos textos kantianos relacionados deriva solamente del uso equívoco que el filósofo aplica a la noción de EXTERIORIDAD.

Veamos. En el primer caso, cuando el filósofo nos dice que la **legislación moral no puede ser externa**, se está refiriendo a una exterioridad que nosotros denominamos **volitivo-metafísica**; es decir, quiere afirmar que la legislación moral no puede ser heterónoma, que no puede provenir de una instancia exterior a la del yo que libremente quiere.

Cuando, en cambio, en el párrafo citado en segundo término, Kant afirma que el derecho puede ser externo o no serlo —según se exteriorice o no mediante ordenamientos positivos—, no está identificado al derecho (ni aún el que dice Kant que “no se exterioriza”) con la moralidad. Y no verifica tal asimilación —magüer las apariencias—, porque cuando el filósofo habla de la exterioridad o interioridad del Derecho Natural no se refiere a estos caracteres considerándolos desde el punto de vista moral (volitivo-metafísico, como decíamos nosotros), sino ateniéndonos a su estricta portada jurídica: a una exterioridad o interioridad **práctico-real**.

A través de un criterio **práctico-real**, el derecho puede ser o no exterior, estableciéndose aquí la diferencia entre un **derecho racional** carente de efectividad empírica y un **derecho positivo** acompañado por una real vigencia.

Ahora, salvada ya la congruencia de la tesis kantiana, puesta en entredicho por causa de la confusa acepción dada al concepto de exterioridad, nos encontramos ante la consecuencia indudable de su tesis filosófico-jurídica: Un sistema de normas jurídicas puede ser o no positivo; es decir, que puede encontrarse exteriorizado o no por medio de un sistema de preceptos legales codificados o consuetudinarios. Pero en uno y en otro caso, dotados o no con exterioridad práctico-real, (positividad), los sistemas normativos jurídicos jamás podrán abandonar el signo de la exterioridad **volitivo-metafísica**. O, dicho sea con términos más precisos: El Derecho Natural racional, carente de formulación positiva por faltarle exterioridad **práctico-real**, carece también de interioridad **volitivo-metafísica**: El Derecho Natural, racional, magüer su carencia de exteriorización positiva, se encuentra marcado por el signo de la heteronomía, en oposición a la autonomía de la moralidad.

Creemos que es ésta la expresión congruente de la tesis kantiana; lógicamente no es posible adoptar conclusiones diversas. Mas creemos, también, que la congruencia lógica de la tesis, en este aspecto al menos, implica su perdición por lo que toca a sus consecuencias finales. Creemos, dicho sea, que todos los fundamentos teóricos de la filosofía kantiana del derecho se resquebrajan ante la indudable afirmación, por parte del filósofo, de la **heteronomía del Derecho Racional**. Porque ahora se plantea el problema, última aporía a la que conduce la equivoicidad conceptual planteada por el propio Kant, de saber cómo es posible conciliar las nociones de heteronomía y de **Derecho Racional**.

3. — Heteronomía y Racionalidad en el Derecho.

De la confusión kantiana entre el concepto y la idea del derecho, se desprende la carencia de un oportuno distingo entre las nociones de Derecho Natural y Derecho Positivo. Y, decimos ahora, al proclamar la radical heteronomía del Derecho Natural, Kant viola las premisas de su filosofía práctica, situación ésta que trataremos de demostrar.

Kant, al llevar a cabo la división general de la ciencia del derecho, supone, por una parte, la existencia de un Derecho Natural, al que llama

también “Derecho Ideal”, constituido a base de “principios regulativos” extraempíricos, determinables exclusivamente a priori por la razón. Por otra parte, comprueba la existencia de un derecho reglamentario, positivo, que se diferencia del primero, fundamentalmente, en razón de su origen: éste se origina a posteriori, como resultado de la actividad legislativa de un individuo o de un grupo de individuos facultados para el caso (7).

Pero, ahora preguntamos nosotros: ¿cómo es posible que este Derecho Ideal, con fundamentos aprióricos, merezca el calificativo de heterónimo? ¡Ah!, porque Kant, violando sus premisas filosóficas-morales, se propone que lo sea al ocuparse del problema de su origen.

Kant, enfrentado a situaciones idénticas, asentado en premisas idénticas también, ha resultado no en forma idéntica —como sería de esperarse—, sino opuesta, el problema de los orígenes del derecho y de la moralidad. Recordemos ahora brevemente la solución kantiana al problema del origen de la moralidad: la moral, sustentada a través de una ley categórica, se origina en la propia razón práctica del ser humano. La razón se da a sí misma la ley moral, de donde resulta que, al someterse a ella, en realidad se somete a sí misma; es decir, que es autónoma. La autonomía, ya lo hemos dicho antes, se reduce a unconvertirse, al mismo tiempo, en creador y ejecutor de la ley moral, punto de vista éste desde el cual emprende Kant la crítica de todos los sistemas morales que le antecedieron. La ley moral —expresión esencial de la moralidad—, es autónoma porque siendo incondicionada, racional y a priori, cobra origen no en una razón extraña, sino en la propia del sujeto actuante.

Mas ahora pasemos al problema del origen del Derecho Natural. Los principios de este derecho, su Idea, son para Kant exclusivamente racionales (8); son principios que se expresan a través de una ley obligante a priori e incondicionalmente en virtud de la legalidad absoluta de nuestra propia razón. Mas ¿cuál es el origen de esos principios constitutivos de la idea del derecho, cuál la fuente de esa ley incondicionada, racional y a priori? La respuesta, conforme a las premisas sustentadas por el filósofo tanto en la “Crítica de la Razón Práctica” como en la “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres” no podría ser sino ésta: su origen no es otro que la propia razón legislativa que expresa en forma igualmente autónoma la ley natural del derecho y la ley natural de la moralidad.

Pero la respuesta de Kant es muy otra. Escuchémosla: “La ley (se refiere al derecho), que nos obliga a priori e incondicionalmente por nuestra propia razón, puede también considerarse como procedente de la voluntad de un legislador supremo que no tiene más que derechos y ningún deber por consiguiente, de la voluntad divina. Pero esto no implica más que la idea de un ser moral cuya voluntad hace ley para todos, sin considerar por ello a esta voluntad como causa de la ley” (9).

Ahora bien; si tratándose de la moralidad, los principios que nos obligan a priori e incondicionalmente cobran origen autónomo en la propia razón humana, ¿por qué —insistimos—, los mismos principios incondicionados, racionales y a priori, pero referidos al derecho, deben cobrar origen

(7) “Principios Metafísicos del Derecho”, Inc. B, División Gral. del Derecho, Pág. 55, Edic. Cit.

(8) Véase el Cap. I del presente estudio: “El Tránsito del Derecho Natural al Derecho Racional”.

(9) “Principios Metafísicos del Derecho”, IV, Pág. 42, Edic. Cit. El subrayado nos pertenece.

no en la propia voluntad humana, sino en esa "voluntad de un legislador supremo que no tiene más que derecho... etc."?

La situación no puede explicarse sino a través de la ruptura que Kant efectúa a costa de la congruencia de su sistema de filosofía práctica. Kant **quiso** que el Derecho Ideal, racional, fuese tan heterónomo como el derecho positivo. Esto es todo. Porque, si volvemos al revés la aseveración kantiana, con igual razón podríamos hablar de la **heteronomía de la moral** y, para ese caso, sólo nos tomaríamos el trabajo de situar el origen de los postulados racionales a priori de la ley moral y no en la **razón humana**, sino —por qué no?—, en la razón de ese "legislador supremo que no tiene más que derechos y ningún deber".

Ya antes rechazamos la supuesta falta de originalidad que se atribuye a la Filosofía kantiana del Derecho. Insistimos ahora, en cambio, en su radical incongruencia.

4.— Sobre la Heteronomía del Derecho Positivo.

Hemos combatido la tesis kantiana que sustenta la heteronomía del Derecho Ideal o racional, situándonos absolutamente **dentro del punto de vista** adoptado en filosofía práctica por el propio Kant. Hemos buscado rechazar sus afirmaciones con sus propios argumentos; nos aventuramos en contra de su sistema apoyados en su propio sistema. Mas no podemos hacer otro tanto al ocuparnos del carácter también heterónomo que asignó al derecho positivo.

Porque colocándonos **dentro** del punto de vista kantiano, su tesis sobre la autonomía de la voluntad nos conduce a la negación del carácter autónomo del derecho positivo. Pues si autónoma es la legislación en la cual se confunden en una misma persona las de **creador** y **ejecutor** de la ley, convendremos en que en cualquier ordenamiento jurídico positivo no es posible exista, en sus términos, identificación semejante. Todo sistema de normas positivas es dado para que **sele sometan**; sólo en un democratismo poético —mas nunca político y efectivo—, sería posible confundir, en una sola, a las personas del que manda y del que obedece.

Para intentar la crítica de la doctrina kantiana que proclama el heteronomismo de toda legislación positiva, es necesario, en principio, negar la concepción de la autonomía que ha sostenido el filósofo: a su concepción **estricta**, oponemos una concepción **amplia**; creemos que existe la autonomía volitiva frente a una norma cualquiera cuando, a pesar de no haber sido originada por dicha voluntad, se la considera tan ampliamente dotada de valor que se la admite y libremente se le somete.

A este respecto, conviene recordar la muy interesante tesis sustentada por Rudolf Laun en el curso de su Disertación Rectoral (10). Sostiene el jurista alemán la inconsecuencia de Kant para con sus propias tesis sustentadas en el campo de la filosofía moral. En la Ética, piensa Laun, Kant distingue con toda precisión el mundo de los hechos frente al mundo de las normas; en la esfera del derecho, en cambio, el pensador de Koenigsberg mezcla arbitrariamente ambos criterios distintivos, confundiendo el **ser** (Sein) con el **deber** (Sollen). Kant debió haber concluido, según Laun, que el derecho positivo, en cuanto se funda en el Natural, implica una legislación fundada exclusivamente en deberes, haciendo abstracción de los elementos que corresponden al mundo del ser.

(10) "Recht und Sittlichkeit", Hamburg, 1924.

Nosotros creemos, empero, que la crítica de Laun se funda —como no podría ser de otro modo, en una más amplia admisión del concepto de **autonomía**. Porque desde el estricto punto de vista en el que Laun funda su crítica, convendríamos en que la **nota coactiva** —que estimamos inseparable del derecho positivo—, da por resultado necesariamente que el mundo del ser convierta en uno de los pilares que lo sustentan, lo cual parece no reconocer el antigua Rector de la Universidad de Hamburgo. Dificilmente podría concebirse la noción del derecho positivo en plena independencia del mundo del ser, dado que la coacción se acepta como nota esencial de este derecho. Claro es, por otra parte, que la tal nota coactiva no requiere de una existencia **real**, sino tan solo potencial; no sabríamos cómo comprender un sistema jurídico positivo que se encontrase privado de toda posibilidad coactiva que garantizase la fiel observancia de sus normas.

Leun —colocado en un punto de vista no kantiano, que corresponde a una concepción amplia de la autonomía—, piensa que los imperativos del derecho positivo son autónomos. Quien presta obediencia a un deber jurídico, en realidad no obedece a una obligación, a un **tener que ser**, (Müssen), sino a una ley que él se ha dado a sí mismo, por lo que hace a su contenido, en cada uno de los casos de aplicación (11).

Kant —seguimos a Laun—, no distinguió suficientemente, al elaborar la doctrina de sus imperativos, el imperativo en cuanto forma de conocimiento del imperativo como puro medio de expresión ideomática. Mas, lo que desde este punto de vista se manifiesta como absoluto, como condicionado e incondicionado, nada tiene que ver con la cuestión jurídica (12).

El derecho positivo heterónomo representa para Laun una muda manifestación de fuerza; un ordenamiento jurídico carente de apoyo en la autonomía volitiva de quienes le prestan obediencia. carece de todo contenido normativo, representa siempre un **tener que** condicionado. Del puro **poder**, nunca es posible derivar un **deber**, aun cuando al poder se le designe con el nombre de **derecho** (13).

Sin embargo, en donde se aprecia con máxima fidelidad la postura no kantiana de Laun, es en su concepción **autónoma** del derecho positivo. Su tesis parte de una consideración **amplia** —exagerada y falsamente amplia, pensamos nosotros—, del concepto de **autonomía**. Así, por ejemplo, el individuo se encuentra situado frente al derecho positivo. Leyes o contratos políticos, en dos diversas aptitudes: o lo aprueba, viviéndolo como un **deber ser**, como íntima necesidad de su conciencia moral o sentimiento del derecho, en cada uno de los casos de aplicación que se le presenten, en cuyo caso este individuo se encontraría ante un auténtico derecho. O bien se encuentra con que el ordenamiento positivo carece de esa aprobación interna, que siempre es posible, en cuyo caso presentaría ante su conciencia exclusivamente como **poder**, sin existir otra tercera posibilidad (14).

Pensamos que la tesis de Laun es exagerada, aun cuando creemos que coincide —abstracción hecha de sus exageraciones—, con toda esa corriente jurídica contemporánea que, incluido Stammler, se han apartado de la cerrada concepción kantiana de la autonomía.

Por este camino, empero, el jurista germano llega a una situación que él cree consecuencia lógica de la doctrina de Kant —y que nosotros ni estimamos así ni tampoco juzgamos aceptable—. Del autonomismo que consi-

(11) "Recht und Sittlichkeit". Pág. 4, Edic. Cit.

(12) Op. Cit. Pág. 5.

(13) "Recht und Sittlichkeit", Pág. 9, Edic. Cit.

(14) Op. Cit. Págs. 15-16.

dera ser inseparable del derecho positivo, desprende la identificación absoluta entre éste y la moralidad; ambos se encuentran conceptuados, en su tesis, como expresiones unitarias del **deber ser** como vinculada totalidad de las vivencias del deber. Por ello también son una y la misma cosa la conciencia del deber y el sentimiento del derecho (15).

No hay que confundir el planteamiento **causal** del problema con su formulación **imperativa**. Conforme a la primera de estas fórmulas se preguntaría: ¿Serán los ordenamientos positivos realmente seguidos y exigidos? Conforme a la segunda, en cambio, la única pregunta posible sería: Esos ordenamientos positivos ¿serán efectivamente vividos por alguien como deber ser, como derecho? A la primera de las preguntas podrá convenir tan sólo un derecho positivo heterónimo, identificado con el **poder**. A la segunda, en cambio, convendrá la consideración autónoma, moral, de la positividad jurídica (16).

Es evidente que Laun lleva su tesis, —como ya lo decíamos antes—, a consecuencias que hacen inoperante a la juridicidad frente a la moralidad. Su identificación, por ejemplo, del **bien moral** y del **bien jurídico** demuestran una insensata ceguera frente al enorme cúmulo de problemas **vigentes** que plantea el derecho positivo.

Por no ser éste lugar adecuado para ventilar el hondo problema de Filosofía del Derecho arriba soslayado, nos concretaremos a sustentar nuestro criterio en el sentido de que la tesis de Laun, correcta en su punto de partida, no puede convencernos en sus consecuencias. Estas se nos entregan, poéticamente formuladas, en los últimos cuatro renglones de la Disertación Rectoral: “El Derecho no se encuentra en leyes y en contratos; tampoco en los castigos penitenciarios o en las penas del infierno. El derecho es la moralidad; el derecho está en el corazón de los hombres” (17).

Laun comete, al revés, el mismo error que tanto ha reprochado a la filosofía jurídica de Kant. Porque es evidente que Kant no distinguió con la amplitud que fuera de desearse entre las esferas propias del Derecho Natural y del Derecho Positivo, violando el carácter normativo (de deber ser Sollen) que a ambos corresponde, arrojándolos en el puro dominio del ser (Sain).

Mas, también es evidente que Laun no se preocupó demasiado por precisar los perfiles propios del jusnaturalismo y de la positividad: ha unificado en forma arbitraria los caracteres propios del Jus Naturae, del derecho positivo y de la moralidad, pensando, sin razón para ello, que de otra manera el llamado derecho positivo se convierte en desnuda manifestación de fuerza. Al idealismo de Kant —entendido en sentido filosófico—, no se le puede superar —cual es el caso de Laun—, con un juridicismo romántico.

5. — Kantismo y Liberalismo.

Cada época se ensaya filosóficamente a través de varios pensadores, hasta que llega el momento en que autoverifica su síntesis teórica por medio de la obra genial de alguno de ellos. Kant es el filósofo que realiza la unidad de todo ese mundo conceptual que flotaba disperso desde los días de la Reforma; en él coinciden los últimos espasmos creadores de su tiempo; en él se cumplen las posibilidades y las imposibilidades de la modernidad.

Todos los mitos jurídico-políticos que labraron la ruina del individua-

(15) “Recht und Sittlichkeit”, Loc. Cit. Edic. Cit.

(16) Op. Cit. Págs. 15-16.

lismo liberal, se dan cita en las páginas de Kant. En otro lugar de este ensayo hemos identificado los conceptos de **liberalismo** y **modernidad**; ambas, unidos, difieren tanto del medievalismo como de la antigüedad. Difieren como la lucha y la paz; como el dogma y la duda; como el orden y el caos. Son caracteres históricos inconfundibles que se plasman en la mente de los hombres: “El hombre antiguo escribió José Ortega y Gasset—, parte de un sentimiento de confianza hacia el mundo, que es para él, de antemano, un Cosmos, un Orden. El moderno parte de la desconfianza, de la suspicacia, porque —Kant tuvo la genialidad de confesarlo con todo rigor científico—, el mundo es para él un Caos, un desorden” (18).

La actitud caótica, desconfiada, de la modernidad, no corrió con suerte idéntica en los diversos campos que invadió. Porque si en el orden gnoseo lógico fué la causa de una dirección filosófica genial —la duda de Cartesio y la síntesis de Kant—, en la esfera de lo concreto, del derecho y de la ciencia social, se tradujo en liberalismo—masónico—político—, contrapuesto tanto a la vitalidad del mundo antiguo como a la unidad de conciencia medieval.

La modernidad es víctima del masoquismo político de sus hombres; su individualismo no fué sino la expresión teórica de mentalidades poseídas por el delirio de persecución. Porque, ¿en qué se traduce políticamente la modernidad? En “garantías formales”, en “derechos innatos” y en “seguridades formales de libertad”. Todo el politicismo moderno —liberal—, es negativo, es hipócrita defensa en lugar de franco atacar.

Espejo del espíritu kantiano, el liberalismo proclamó libertades, igualdades y fraternidades **formales**, mas se volvió agresivo tan pronto surgieron intentos en pro de la **materialización** de aquellas garantías; por ello declaró la guerra tanto a la Primera Internacional Comunista como a la Iglesia Católica, ambas poco dispuestas a malabarismos **formales**. Mas eso sí; en defensa de la libertad, fué aniquilada la libertad, que nunca pudo ser **individual**, sino **personal**; en defensa de la igualdad, se le cortó la cabeza a Babeuf que la exigía, y se retrocedió ante las prédicas también igualitarias —ahora **materiales**—, de Marx y de Proudhon; en defensa de la fraternidad, desprovista de su esencia cristiana y convertida en el emblema de la revolución de los comerciantes, se pretendió ocultar la eclosión de bajas pasiones, que surgieron azuzadas por el espíritu de luero.

Para la consecución de propósitos liberales, ningún instrumento más hábil que la filosofía de Kant. Con ella se realiza la completa disección de los conceptos; sin la materia, queda la forma; sin lo orgánico, el esqueleto.

La libertad, la igualdad y la fraternidad se convierten en puras “garantías formales”; en esqueletos que cada quien llena con lo que le da la gana. Una vez que a la tesis kantiana se la despoja de su pathos moral —tarea llevada a cabo en páginas anteriores—, nos queda “una construcción jurídica reducida a la mecánica de la seguridad” (19). Es decir, que nos queda lo que son el liberalismo y la concepción burguesa de la vida: una mecánica de la seguridad.

La ruina del kantismo político —que ya apunta vigorosamente con He-

(17) “Das Recht ist nicht in papierenden Gesetzen und Vortrage, auch nicht in Zuchthaus —und Hollenstrafen. Das Recht ist die Sittlichkeit das Recht ist in den Herzen der Menschen”. Op. Cit. Pág. 29, in fine.

(18) “Kant”. Pág. 89. Revista de Occidente. Madrid. 1936.

(19) Arturo Enrique Sampay: “La Crisis del Estado de Derecho Liberal Burgués”. Pág. 156, Buenos Aires, 1942.

gel—, corresponde a la destrucción de esa “actitud mental” burguesa que hizo de la defensa de las garantías individuales formales un lugar común. La cosmovisión político social de Liberalismo moderno, sintetizada por Kant, es el resultado de una concepción atomista de la sociedad; es, como escribe Sules, la dirección que impide el camino hacia la auténtica fuente del derecho, que es un producto orgánico de la comunidad social y en el cual cada individuo —nosotros preferimos decir *persona*—, colabora con su autonomía creadora (20).

Respondiendo a criterios exclusivamente económicos, el liberalismo construyó una cosmovisión jurídico-política fundada sólo en la economía. Cosmovisión semejante sería reductible al siguiente único principio: “Desde el punto de vista económico yo haré lo que me dé la gana con tal de lograr la felicidad, que es de este mundo, y que se logra con apoyo exclusivo en el dinero”. Esta fué la trampa, perfectamente disimulada. Los grilletos que se encontraban dentro de dicha trampa se llamaron “garantías formales de la libertad individual”.

N. A. P.

(20) “Il problema Autonomía-Eteronomia nel Diritto”, Riv. Internazionale de Filosofia del Diritto; Luglio-Ottobre, 1936, Pág. 358.