

---

---

SERGIO COTTA  
(Universidad de Roma)

**Perfil de una ontofenomenología del derecho\***

1. La perspectiva de filosofía del derecho que someto ahora, a grandes rasgos, a los lectores de los *Anales* es la que hace años vengo desplegando en mi docencia en la Universidad de Roma y ha encontrado acogida en otros ambientes universitarios italianos y extranjeros (1). La denomino «ontofenomenología del derecho», ya que esta expresión pone de relieve con bastante claridad sus esenciales bases teóricas y metodológicas. Son evidentes, en efecto, su referencia tanto al problema ontológico —central en la clásica «filosofía del ser»— como al método de análisis fenomenológico de la existencia, en la línea abierta por Husserl y Heidegger.

La integración de estos dos elementos (ontológico y fenomenológico) de la investigación en torno al derecho no responde a un empeño meramente sincretista, sino a la convicción de que de este modo es posible plantear e intentar dar solución satisfactoria al problema del *fundamento* del derecho. En relación a la teoría clásica que fundamenta el derecho en la naturaleza, la línea propuesta aspira a eliminar posibles huellas de naturalismo jurídico, como resaltaré particularmente en el último epígrafe. En relación a las teorías jurídicas contemporáneas, intenta ir más allá de su solución del problema del fundamento, que no ofrecí una justificación adecuada de algunos aspectos esenciales de la experiencia jurídica.

\* versión española de Andrés Ollero

(1) Recuerdo aquí los libros en los que he desarrollado esta perspectiva: *Itinerari esistenziali del diritto*, Napoli, 1972 (trad. española: *Itinerarios humanos del derecho*, Pamplona, 1974); *Perchè la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila, 1978; *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino, 1979 (3.ª); *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981; *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1985.

*Anales de la Cátedra F. Suárez*, n.º 25, 1985

Estas teorías se detienen, en efecto, en la constatación empírica, de hecho, de que el fundamento del derecho se encuentra en la autoridad política.

Estoy convencido de que es preciso ir más allá de ese hecho: el fundamento *último* del «ser-ahí» del derecho, entendido como una modalidad constante de la existencia humana, ha de buscarse en la estructura del hombre. Pero esta conexión del derecho con la estructura del hombre no cabe deducirla, a mi modo de ver, de definiciones *a priori* del derecho o del hombre, sino que ha de comprobarse mediante el análisis fenomenológico de la existencia.

A estas alturas resulta indispensable una breve precisión epistemológica. La distinción entre la *filosofía* jurídica y la *ciencia* del derecho se diseña con frecuencia del siguiente modo: mientras ésta sería una «ciencia normativa», en el sentido de que *estudia* las normas como *son*, la filosofía, por el contrario, sería una «ciencia normativa» en el sentido de que *pone* normas estableciendo que *deben* ser. Estoy persuadido de que es posible obtener de la filosofía del derecho *criterios* de valoración de las normas, aunque no normas; sin embargo, considero que estos criterios sólo pueden elaborarse y proponerse después y como consecuencia de una comprensión integral del derecho en su conexión con las condiciones mismas de la existencia humana. En otras palabras, la filosofía del derecho es —en mi opinión— una filosofía *teórica* y no *práctica*, una filosofía, que conoce el derecho, en vez de producirlo.

2. Reafirmada la naturaleza cognoscitiva de la filosofía del derecho, resulta preciso indicar bajo qué aspecto y por qué razón se distingue el enfoque que propongo del conocimiento del derecho propio de las teorías jurídicas más difundidas hoy. Considero arquetípicas al respecto las teorías de Kelsen, Hart y Ross, que representan del modo más claro dos grandes orientaciones contemporáneas: la *formalista* Kelsen y Hart (aunque de acuerdo con tradiciones culturales diversas), la *realista* Ross.

A pesar de sus diferencias, las teorías citadas tienen en común caracteres esenciales. En primer lugar, se basan sobre el derecho empírico (y esto es comprensible y aceptable), pero observado sólo a nivel *fenoménico*. La realidad del derecho resulta, por tanto, reducida a su apariencia (el fenómeno es lo que aparece) sin que se indague si la apariencia no es sino la manifestación de algo distinto.

En la perspectiva fenomenica, la característica esencial del derecho es su *coercitividad*. La coercitividad es la que determinaría la *obligatoriedad* de las

prescripciones jurídicas. Aclaro de inmediato, aunque sin extenderme, que la coercitividad determina obediencia pero no necesariamente obligatoriedad: cabe obedecer un imperativo que no se considera obligatorio. De ahí que el elemento de la coercitividad no permita una rigurosa distinción entre el derecho y otras formas prescriptivas. Respecto a la moral cabe decir que permite distinguir —por lo menos a primera vista— entre el derecho y la moral *subjetiva* (cuyas prescripciones son obligatorias pero no coercitivas), pero no entre el derecho y la moral *social*, también ella coercitiva como el derecho, si bien no de modo idéntico sino análogo. Pero, sobre todo, la coercitividad no permite distinguir entre el ordenamiento jurídico y el de una organización criminal, definible también como «ordenamiento coercitivo» (Kelsen y Ross lo admiten).

Los elementos empíricos a los que suele acudir —como la mayor extensión o eficacia de los ordenamientos jurídicos, o su estabilidad— no son válidos para establecer una diferencia conceptual rigurosa. Por empíricos, son siempre discutibles y variables. Pero tampoco resultan válidos los elementos *formales*, como la norma fundamental (Kelsen) o la regla de reconocimiento (Hart), ya que estas normas —no reales sino sólo lógicamente *presupuestas*, como reconoce Kelsen— sostendrán cualquier ordenamiento, incluidos los criminales. De ahí que tampoco otro principio formal —el de la *autorización*, propuesto por Kelsen y Hart— sirva para distinguir con rigor el uso jurídico de la fuerza coercitiva del uso antijurídico. También en el ámbito de un ordenamiento criminal rige el principio de la autorización.

No niego, naturalmente, que el derecho implique uso de la fuerza coercitiva. El problema es si la coercitividad determina la obligatoriedad del derecho, o más bien la obligatoriedad es el presupuesto de una coercitividad que le serviría sólo de apoyo. En el primer caso, el derecho no tendría una fisonomía propia y *sólo* podría distinguirse de otros ordenamientos por el *contenido* de sus prescripciones, lo cual es empíricamente falso. En el segundo caso, si la obligatoriedad es independiente de la coercitividad, es preciso dar razón de ella, lo que no hacen las teorías aludidas. El fundamental problema de la obligatoriedad del derecho queda, pues, sin solución.

Hemos de señalar ahora una segunda limitación de la consideración puramente fenoménica del derecho. La coercitividad del derecho resulta justificada —más o menos abiertamente— de manera teleológica. El fin del derecho resulta concretado —sobre todo por Kelsen y Ross— en el «control social», que exige obviamente coercitividad. Pero no se profun-

diza en la noción de «control social», que se considera intuitiva: una constatación pura y simple que no es necesario especificar (¿qué «control» es *jurídico*?) ni justificar existencialmente.

En realidad la expresión «control social» no es adecuada para definir la razón de ser del derecho, e incluso implica una paradoja. De una parte, en efecto, tanto un amplio sector del derecho privado (el derecho de personas y el negocial) como el derecho internacional no responden al concepto de «control social»; de otra, cabe atribuirlo sin dificultad a las organizaciones criminales. Por tanto el «control social», a la vez que no abarca *toda* la experiencia jurídica, se extiende a experiencias *no-jurídicas* no teniendo, pues, un riguroso carácter definitorio.

En síntesis: las teorías jurídicas hoy más difundidas no clarifican la obligatoriedad del derecho y su fundamento de modo teóricamente satisfactorio.

3. Las críticas sumarias expuestas atestiguan la insuficiencia de una consideración meramente *fenoménica* del derecho y empujan hacia la búsqueda del *sentido* del fenómeno jurídico, utilizando la lección fenomenológica de Husserl.

El dato fenoménico más relevante de la experiencia jurídica es, sin duda, la regla de comportamiento; esta constituye, pues, el *signo* del que partir para captar el sentido de la experiencia jurídica. Lo propio de la regla (de toda regla de comportamiento, y no sólo de la jurídica) es establecer una relación objetiva entre sujetos: el respeto común a la regla sustrae a los comportamientos del arbitrio subjetivo, que hace imposible una relación estable y cierta. Además —siempre en el plano empírico— la regla jurídica aparece como diversa de otras (las vigentes entre amigos o dentro de una sociedad política o incluso criminal), ya que se presenta dotada de una amplitud indeterminada. La regla jurídica puede abarcar, en efecto, tanto la relación más reducida, dual (como en el contrato o en el ámbito penal de las ofensas personales), cuanto una relación tan extensa como la internacional (piénsese en la regla que determina universalmente cuáles son los sujetos del derecho internacional). Se trata de una regla extensible: un contrato o un tratado pueden extenderse indefinidamente por adhesión. Brevemente, la regla jurídica es potencialmente universal, o sea, universalizable. Sus límites son meramente empíricos, *de facto* y no *de iure*; en sí y por sí no tiene límites espacio-temporales dentro del universo del discurso (como se dice en lingüística) «hombre».

De esta capacidad empírica de universalización —que corresponde al principio formal de razón enunciado por Kant— es posible obtener el sentido de la regla jurídica, y por tanto del derecho. Veamos cómo. Mediante la regla jurídica (universal/universalizable) es posible reconducir el actuar humano —diversificado y contradictorio en el plano empírico— a la unidad de un único mundo (del actuar) dotado de sentido. Aplicando a la actividad práctica lo que ha clarificado Husserl a propósito de la actividad cognoscitiva, es lícito afirmar que sin esta unidad habría tantos mundos del actuar como acciones y tipos de acciones y, por tanto, tantos otros sentidos del mundo del actuar. De ahí se deriva que toda acción, o al menos todo tipo de acción, sería en sí legítimo, con lo que resultaría legitimada la contradictoriedad: el actuar humano sería conflictivo por principio y no sólo de hecho. Pero si la conflictividad es el principio informante del actuar, entonces la muerte se convierte, paradójicamente, de hecho natural o casual en el principio que informa la existencia: la vida. En síntesis; la pluralidad de sentidos del mundo del actuar significa la carencia de sentido de tal mundo. Por el contrario, el mundo sensato del actuar es el que tiene como principio informador no el conflicto y la muerte, sino la paz y la vida; o sea, la coexistencia y no el «ser-ahí» -con como mero «ser-ahí»-junto-a. Precisamente la regla jurídica —en cuanto universal/universalizable— es capaz de conferir unidad de sentido al mundo del actuar. Por ello, el sentido del derecho —obtenido del análisis fenomenológico de su regla— es la *coexistencia universal*.

Se hace ahora necesario un nuevo paso adelante. Una coexistencia no parcial —como la que se da entre amigos o entre conciudadanos— sino universal, presupone una condición básica: la superación de las diferencias existenciales que dividen a los hombres entre sí. Si y donde estas diferencias (personales, de clase, raza o cultura) no encuentran límite y se absolutizan, habrá formas parciales de coexistencia, pero no su forma universal. Por tanto, la coexistencia universal presupone el reconocimiento de la paridad de todo ser humano: la paridad ontológica, que no niega en absoluto las diferencias existenciales, sino que las reconduce a la particularidad que les es propia, impidiendo su absolutización.

Así pues, considérense las pilastras sobre las que se construye el edificio del derecho empírico: el reconocimiento a toda persona de la capacidad de ser sujeto de relaciones jurídicas —directamente o por representación—, la igualdad ante la ley, la imparcialidad del juicio procesal. La razón teórica no encuentra dificultad para comprender que estas pilastras, como las he llamado, son otras tantas expresiones empíricas de la paridad ontológica, que constituye su fundamento y les confiere su plenitud

de sentido existencial. Es también la paridad ontológica la que constituye el fundamento de los derechos del *hombre* y no del simple *ciudadano*.

En síntesis: la especificidad de la regla jurídica (universal/universalizable) da razón del *sentido* fenomenológico del «ser-ahí» del derecho en la existencia humana: la coexistencia universal. A su vez, este sentido presupone el dato ontológico de la paridad estructural (y no meramente fenomenológica) de los hombres. Esta paridad es la que da origen a la regla jurídica en su forma específica.

4. El análisis fenomenológico nos ha conducido a los umbrales del análisis ontológico. La paridad no es, en efecto, el único elemento de la estructura ontológica humana: parejos en el ser, los hombres no lo son en el actuar. Esto es evidente, no sólo en el plano empírico sino también en el teórico: la paridad en el actuar significaría, de hecho, la reducción del hombre a ente necesitado deterministamente, o sea, la negación de su especificidad ontológica. La diversidad en el actuar (que comprende también aquella modalidad de actuar que es el pensar) no es, sin embargo, por sí el signo de una perversión o degradación del ser del hombre; es consecuencia del ejercicio de la *posibilidad*, que es un segundo elemento de la estructura ontológica humana. Como ha revelado Heidegger, la existencia es el ejercicio de la posibilidad, pero ésta no sería posible si no fuese consentida por la estructura misma del hombre.

La posibilidad tiene realmente su origen en otro, y más profundo, elemento constitutivo de la estructura ontológica humana, que no es simple sino compleja. El hombre es unidad sintética de finito e infinito, según una precisión filosófica que enlaza a Kierkegaard con San Agustín: es finito en su naturalidad biológica, es infinito por su capacidad de comprender la propia finitud, lo cual sólo es posible situándose más allá de ella. Es esta capacidad la que hace que el hombre advierta la propia finitud como carencia de ser, o *indigencia*. Por ello, la conciencia de la indigencia orienta el ejercicio de la posibilidad hacia el logro de aquella plenitud de ser que la participación en lo infinito deja entrever.

Pero la exploración de la estructura ontológica del hombre no termina con el reencuentro de los tres elementos indicados: paridad, posibilidad, unidad sintética. Nos vemos empujados a seguir adelante con el análisis de un dato de hecho indiscutible: el hombre es, sin duda, el autor de sus propios actos, pero no de su propia estructura de ser. En otras palabras, no es *causa sui*, sujeto autoproducido, o sea no es *sujeto absoluto*, y esto implica que, junto a él, hay otros entes finitos. Es el ser-en-el-mundo como «ser-ahí»-con, diseñado por Heidegger en *Sein und Zeit*.

Esta situación innegable permite alcanzar el último elemento de la estructura ontológica del hombre; último, claro es, si prescindimos —como hago aquí— de la cuestión metafísica primera de su origen, que bajo otros aspectos no es sin duda irrelevante ni falta de sentido. Una vía limpia para llegar a este elemento ulterior nos la ofrece el penetrante análisis del proceso de autoconciencia del yo, desarrollado por Husserl en sus *Meditaciones cartesianas* (en la quinta, para ser exactos).

Me limito a lo esencial. En el proceso de autoconciencia, el yo descubre en primer lugar, a la vez, lo que le es propio (la yoidad) y lo que le es extraño, el no-yo. Pero, penetrando más en este universo de lo extraño (aparente), el yo descubre la presencia de un no-yo que es más que eso; a pesar de su diferencia específica, es un yo que resulta reconocido como un *alter-ego*. Reaparece así, por otra vía, el elemento de la paridad ontológica. El reconocimiento es recíproco; si no, se daría el desconocimiento recíproco de la humanidad del *ego* y del *alter ego*, cayendo así en la irrealidad de una alucinación narcisista.

Pero si, en la más profunda adquisición de la conciencia de sí, el yo no puede prescindir del reconocimiento de la humanidad del *alter-ego*, esto significa que el yo no es nunca él mismo sin el otro yo. En otras palabras, el hombre es un *yo-en-relación*. La relacionalidad emerge como el ulterior elemento de la estructura ontológica del hombre.

En el cuadro así trazado (a grandes rasgos), la paridad y la relacionalidad vienen a señalar los límites del ejercicio de la posibilidad existencial. Esta no puede traspasarlos, si no es a costa de degradar al yo a cosa material, a simple objeto de un fantástico super-hombre.

Podemos volver ahora, con plena conciencia, al problema del derecho. Del análisis desarrollado emerge cuál es el fundamento ontológico de su «ser-ahí» en la experiencia humana. Si su sentido fenomenológico es —como he intentado mostrar— la coexistencia universal, ésta a su vez se revela expresión y proyección de la relacionalidad en la paridad ontológica. Aquí es rastreable el fundamento ontológico del derecho que, realizando en lo posible la coexistencia, garantiza la salvaguardia de la persona en su calidad de yo-en-relación. Se explica así la presencia constante e insuprimible del derecho en la historia del hombre, resultando así justificada en línea de principio la obligatoriedad, más allá de sus falibles determinaciones empírico-normativas.