

ÍNDICE GENERAL

<i>Palabras preliminares</i>	11
<i>Prólogo</i>	17

PARTE I

PANORAMA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y SU EVOLUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto de Filosofía.....	23
2. La Filosofía del Derecho.....	25
3. La enseñanza de la Filosofía del Derecho.....	26
4. Otras disciplinas que estudian el fenómeno jurídico.....	28

II. EL PENSAMIENTO ANTIGUO

1. Introducción.....	37
2. Filosofía Presocrática.....	39
3. Sócrates.....	44
4. El Sistema de Platón.....	50
5. El Sistema de Aristóteles.....	55
6. La Filosofía Helenístico-Romana. El engarce con el pensamiento cristiano.....	59
7. Corrientes postaristotélicas.....	61

III. EL PENSAMIENTO CRISTIANO

1. El cristianismo.....	69
2. San Pablo de Tarso.....	72
3. San Agustín de Hipona.....	73
4. Santo Tomás de Aquino. La escolástica	75
5. Decadencia del Tomismo. Duns Escoto y Occam.....	80

IV. EL DERECHO NATURAL MODERNO

1. Antecedentes históricos.....	85
2. La separación de los poderes y la libertad humana	102
3. Resumen de las teorías contractualistas sobre origen, fines y justificación del Estado.....	113
4. Evaluación de los resultados del Pensamiento Moderno	119

V. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DEL SIGLO XIX

1. La escuela de la Exégesis.....	125
2. El historicismo.....	128
3. El positivismo.....	136
4. Juspositivismo y jusnaturalismo.....	144

VI. DIRECCIONES JURÍDICAS EN LA FILOSOFÍA NEOKANTIANA (Fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX)

1. El concepto del Derecho en Kant.....	155
2. Las direcciones jurídicas neokantianas.....	161
3. La Escuela del Derecho Libre.....	180
4. La Escuela de la Libre Investigación Científica.....	183

VII. DIRECCIONES ACTUALES EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO

1. La Teoría Pura del Derecho.....	191
2. Algunos aportes doctrinarios en el pensamiento jurídico norteamericano.....	197
3. Realismo nórdico.....	205
4. Renovaciones del jusnaturalismo. El pensamiento contemporáneo.....	208
5. La teoría tridimensional del Derecho.....	218
6. Filosofía Jurídica Integrativa.....	220
7. Corrientes jurídicas existencialistas.....	221
8. Escuela Ecológica Argentina.....	224
9. La Filosofía de la Razón Vital.....	235
10. La controversia personalismo-transpersonalismo.....	241
11. Nacionalsocialismo.....	243

12. Fascismo.....	247
13. Régimen jurídico soviético.....	248
14. El Estructuralismo.....	252
15. La Escuela Analítica.....	270
16. El Pensamiento de Ronald Dworkin.....	274
17. Reflexiones en torno a la Tesis Rawlsiana de la Justicia.....	277
18. Las Ideas de Robert Nozick.....	284
19. Justicia Plena: Titularidad y Merecimiento.....	288

PARTE II

LOS CONTENIDOS DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

VIII. EL PROBLEMA ONTOLÓGICO JURÍDICO

1. Generalidades.....	301
2. La Teoría del Objeto. Clases de objetos.....	302
3. El objeto propio de una ciencia.....	304

IX. EL PROBLEMA LÓGICO JURÍDICO

1. Generalidades.....	317
2. Breve referencia histórica.....	319
3. La estructura lógica de la norma jurídica.....	319
4. El escepticismo ante las normas en Ross.....	327
5. La Teoría del Ordenamiento Jurídico.....	335

X. EL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

1. La Teoría del Conocimiento.....	355
2. Sujeto y Objeto de conocimiento.....	359
3. Las fuentes del Derecho.....	359
4. Clasificación de las fuentes.....	363

XI. EL PROBLEMA METODOLÓGICO JURÍDICO

1. Generalidades.....	373
-----------------------	-----

2. Metodología de la elaboración del Derecho.....	376
3. Reglas prácticas de la elaboración jurídica.....	381
4. Metodología del funcionamiento del Derecho.....	382
5. El Método de Interpretación.....	382
6. El Método de Aplicación.....	388
7. El Método de Integración.....	393

XII. EL PROBLEMA AXIOLÓGICO JURÍDICO

1. Generalidades.....	399
2. El contenido del término "Valor".....	400
3. La cognoscibilidad de los valores.....	401
4. Los valores jurídicos.....	403
5. Relaciones entre el Derecho y la Justicia.....	409
6. Derecho y paz.....	414

XIII. LA PROBLEMÁTICA DEL HOMBRE

1. Planteamiento de una Antropología Jurídica.....	423
2. El tema del hombre en Spinoza.....	426
3. La esencia de hominidad.....	430

<i>Advertencia sobre la Bibliografía</i>	441
<i>Bibliografía General</i>	443
<i>Bibliografía Especial</i>	445

PALABRAS PRELIMINARES

La filosofía es el ejercicio del pensamiento humano en función de una realidad absoluta.

Por ello es inseparable del acto creador del "filosofar" y sólo a través de él cobra autenticidad. De otro modo, esa tensa y febril actividad del espíritu se transforma en mero producto elaborado, letra muerta, fórmula dogmática vacía de sentido vital y consecuentemente inauténtica.

La filosofía, como actividad de gran importancia en la formación universitaria, se debe, en gran parte, a la tradición que tiene su origen en la época clásica de la cultura alemana, tradición que a través de algunas figuras importantes se prolonga hasta nuestros días.

Decía Jaspers que las cosas se están poniendo tan oscuras en el mundo actual, que la razón tiene que luchar constantemente contra diversos usurpadores que detentan su prestigio y su poder y realmente sólo se podrá seguir filosofando si se cuenta con el efectivo amparo de la universidad.

Sin embargo, la universidad incorpora profesores de filosofía y aún implícitamente los obliga a respetar las estructuras por las que se arrastra y desenvuelve su quehacer. En consecuencia, puesto que la filosofía no puede en sí misma reglamentarse, de algún modo se reglamenta la enseñanza de la filosofía, transformando al profesor en un expositor de temas del programa para exámenes académicos.

Triunfante esa tendencia, se logra una mecanización de la enseñanza según la cual los alumnos se limitan a creer que la filosofía es una disciplina integrada por distintos temas, sobre los cuales algún día serán interrogados por uno o varios profesores.

De esta forma, en vez de profundizar las preguntas, el alumno se alecciona en las respuestas, supuestamente correctas, trivializando el problema, que se convierte en una verdadera competición en torno a un acertijo.

La filosofía no es sino una inacabable pregunta acerca de sí misma. Es algo que los hombres no han podido dejar de lado desde que llegaron a la edad de la razón, ni parece que puedan dejar de hacerlo en un futuro inmediato, y cuando, de una u otra manera lo han intentado, respecto de algún tema en especial, los resultados siempre han sido desfavorables para el tema abandonado.

Estas pocas ideas justifican la tarea emprendida de escribir este libro integrado por una parte histórica y una parte sistemática. La primera pretende mostrar el desenvolvimiento del pensamiento humano, en la indagación de la problemática filosófico-jurídica. La parte sistemática, integrada por muy pocos temas, persigue el retorno -pero ahora con un plan de conjunto- al anticipo genético explicitado en la primera parte, profundizando en lo posible el sentido del interrogante.

Esta obra, pues, está determinada fundamentalmente por la sentida ausencia de un manual expositivo que responda a las exigencias actuales del desenvolvimiento de las direcciones jusfilosóficas, con sentido histórico. Sabido es que cada época se mueve con una determinada concepción del mundo, a cuya imagen toman cuerpo los objetos de la realidad. El derecho y su concepto no escapan a esta norma y por eso, a través de los siglos, el mundo circundante le ha otorgado modulaciones variables que responden a las características ideológicas del momento.

Persigo la finalidad de llenar un vacío, tantas veces denunciado por los alumnos de la materia, tratando de poner el acento de la sistemática expositiva en la histórica vinculación de los problemas tratados.

Es decir que no quiere contener este libro, en su primera parte, una ordenada exposición de las doctrinas de relieve en el mundo jurídico occidental. Solamente recogeremos las direcciones de más significativo realce, pero apuntando siempre a la localización histórica de los problemas, de tal forma que el estudio de las concepciones doctrinarias aparezca incardinado en la historia y no sólo se exhiba como una muestra caprichosa o arbitraria del talento. Las grandes obras no son nunca fruto exclusivo de la genialidad de sus autores, sino la armónica combinación de este factor esencial con las circunstancias históricas que condicionaron o por lo menos permitieron la elaboración de la doctrina.

Esta consideración de la historia a través de los problemas, y su recíproca, de los problemas a través de la historia, marginará la biografía de los grandes maestros, sólo referida en aspectos parciales, cuando esté tan directamente vinculada a la exposición de su doctrina, que su referencia se convierta en obligatoria.

Este es sin duda un aspecto que lamentamos, no sólo por estimar que es una consideración de singular importancia, sino fundamentalmente porque estamos convencidos de que la referencia biográfica es un valioso auxiliar en la fijación de los aspectos teóricos de las doctrinas.

Se equivocará quien pretenda encontrar alguna originalidad en esta obra. Hay sólo la pretensión de lograr un propósito de sistematizada organización de problemas, válido solamente para satisfacer las necesidades de aquellos a quienes va dirigida la obra.

Hay dos maneras de encarar este estudio. Mejor dicho dos enfoques, casi metodológicos, que atañen a la forma de la exposición. Los que hacen de la filosofía y su historia un saber abstruso y esotérico, reservado solamente para iniciados, manejando el desenvolvimiento de las doctrinas y de sus problemas con una terminología técnica especial -cuando no exclusiva-, y aquellos otros que consideran que la porfía filosófica puede presentarse casi en el lenguaje cotidiano, simplificando al máximo la utilización de giros científicos.

Entre los primeros podemos recordar a Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Kant, Hegel, Fichte, Schelling. Entre los segundos, a Sócrates, Platón, San Agustín, Descartes, Bergson, Ortega. Este último decía finalmente, que la **claridad era la cortesía del filósofo**.

Sin embargo, he enumerado deliberadamente en esas listas a muy grandes pensadores, cuyos escollos lingüísticos son a veces tan absolutamente necesarios para expresar la profundidad de su pensamiento, que rompen las tradicionales reglas del lenguaje expresado, simplemente porque tienen cosas tan importantes que decir, que las reglas gramaticales anteriores a ellos no les brindaban los canales adecuados de expresión.

Hay en estos casos que hacer un verdadero esfuerzo interpretativo para penetrar en profundidad la esencia de esos pensamientos, recordando sencillamente que no todas las piedras preciosas son transparentes.

Por lo demás, es importante señalar que una cosa es lo opaco, expresado en su auténtica opacidad, y otra muy distinta lo claro expuesto en términos sombríos.

Lo primero es la adecuada precisión de aquello que se expresa.

Lo segundo es ampulosidad, brillo superficial, cuando no auténtica oscuridad de pensamiento o diletantismo.

No tengo autoridad para señalar cuál de ambos sea el mejor camino, pero sí el derecho de optar en mi enseñanza por uno de esos sistemas. Me inclino por aquel que hace del saber filosófico algo, si no simple, por lo menos con la pretensión de simplificar al máximo su manejo expositivo. Estimo que los problemas de la filosofía del derecho son por sí demasiado complejos, para que los hagamos más difíciles todavía con una exposición barroca y una terminología rebuscada. Deseo poder prescindir un tanto de expresiones lingüísticas técnicas, de argumentaciones y disputas, para que los destellos de luz que despide la filosofía ilumine nuestro universo jurídico, e inclusive que los espacios de sombra que nos deje sugieran un misterio que suscite el interés de revelarlo. Puede haber por ello, en las páginas que siguen, falta de rigor en la utilización de expresiones no técnicas. Ello está determinado por el propósito de allanar el camino de esta dura disciplina.

Mi propósito, repito, es hacer de la filosofía una materia accesible. Se advierte que ella es generalmente ininteligible para un joven estudiante, pero no porque los raciocinios filosóficos sean más complicados que muchos otros que el alumno estudia durante su formación secundaria. En realidad, si se advierte detenidamente, no es el razonamiento filosófico el que se escapa al estudiante. No es que no entienda la solución. Lo que no comprende es el problema mismo, lo que no llega a entender es el planteo de la filosofía como conocimiento universal.

Deseo en definitiva que en la opción se sacrifique el rigor de la ajustada expresión formal de los problemas, dando preeminencia al contenido material de ellos. Pero, cuidado; habrá momentos en que será necesario preferir la verdad en su espinosa complejidad a una simplificación que nos conduciría a un artificio, cuando no a una mutilación.

En la primera parte, una historia de la filosofía del derecho o más limitadamente una historia de los problemas jusfilosóficos, nos pone frente a una ardua tarea. No vamos por cierto a intentarlo. Nos bastará una modesta propedéutica, una visión primaria, en suma, de la historia de la filosofía. A propósito de la *Historia de la filosofía* publicada por Julián Mariñas, escribía Ortega y Gasset: "En el postrer capítulo del texto de Mariñas, termina el pasado, y nosotros tenemos que seguir... No nos quedamos en ese continente en cuya costa aún estamos. Quedarse en el pasado es haberse ya muerto".

Esta frase feliz del maestro español nos pone frente a la evidencia de que la historia de la filosofía debe considerarse, no en su aspecto estático, sino en su consideración dinámica, para que se convierta en una verdadera catapulta que nos proyecte a los espacios aún vacíos del futuro.

Hacia una filosofía por venir. Nos atendremos al pasado, pero en la superación del tiempo intentaremos establecer un vínculo entre lo vivo de ayer y lo vivo de hoy.

Esta es sin duda la ventaja de la exposición histórica desde un punto de vista genético, ya que no seremos nosotros quienes debamos elaborar la crítica de los sistemas expuestos, sino que el devenir filosófico mismo se ocupará de construir las doctrinas que comienzan por denunciar el error de las precedentes.

La historia de la filosofía es, pues, y tal vez sin proponérselo, una exposición de los sistemas y una crítica de las doctrinas.

Erige una tras otra las teorías y las concepciones, y a medida que avanza las va destruyendo por obra de las siguientes.

Ello, en gran medida porque, refrescando un pensamiento de Bergson, el filósofo va entremezclando en la elaboración de su propio pensamiento ingredientes de su rechazo de una concepción precedente o dominante en su propio tiempo.

Y así, concluyendo con este pensamiento orteguiano, diremos que una historia de la filosofía nos muestra un pasado, como el mundo muerto de los errores, como el arsenal y el tesoro de los errores.

La historia de la filosofía requiere un singular tratamiento, ya que es sin duda diferente del estudio de cualquier disciplina particular, en la que encontramos un territorio claramente definido, a pesar de que en el transcurso del tiempo pueda sufrir algunas transformaciones.

La filosofía, pero más específicamente aún la filosofía del derecho, carece de un objeto común de investigación en todos los tiempos y es por ello entonces que no podemos encontrar la continuidad histórica en el común objeto de estudio.

Esta enorme expresión: "derecho en su realidad universal", no se sabe bien lo que es y su concepto ha variado sensiblemente en el curso de la historia. De manera que si el físico, por ejemplo, no tiene problema alguno en la delimitación de los perfiles del objeto de su disciplina, para penetrar luego su realidad esencial, el jusfilósofo encuentra su primera dificultad en la delimitación del objeto propio de su disciplina y su investigación desde el principio mismo.

Si sostenemos con Dilthey que la filosofía está anclada en el concreto vivir del hombre, se nos pondrá en evidencia que solamente vamos a entender los problemas de la filosofía del derecho a través de su historia.

Toda concepción filosófica generalmente comienza y muere con el pensador que la ha creado. Podrán continuar en boca de algunos de sus discípulos algunas estribaciones de su pensamiento hasta su total exterminio por el olvido. Por eso creemos que es menester estudiar filosofía con sentido de continuidad, a través de la historia.

La historia de los problemas jusfilosóficos debe en consecuencia cumplir las siguientes tareas fundamentales:

1. Establecer los orígenes y evolución de las doctrinas de los filósofos, fijando a la luz de sus fuentes los lineamientos esenciales de las teorías.
2. Reconstruir el proceso genético de las doctrinas, estableciendo una necesaria coordinación de semejanzas y desemejanzas con las doctrinas que le sucedan.
3. Justipreciar el valor de las teorías de ese modo fijadas.

Esto nos dejará, aunque fracasemos en nuestro propósito expositivo, por lo menos una enseñanza que estimamos valiosa. La historia de la filosofía del derecho, la historia del derecho natural, de ese derecho que es dado al hombre sin los ingredientes de su humana elaboración, nos ofrece una muestra más de la unidad del espíritu humano cuando se encuentra orientado hacia un objetivo concreto. Hay en este diálogo de la humanidad consigo misma que lleva ya veinticinco siglos, una significativa unidad histórica, una sorprendente continuidad de pensamiento, y cada generación cumple su misión, desarrollando el material recibido de su predecesora.

Este derecho natural, que es contemporáneo del desarrollo del espíritu humano, encuentra su explicación en la necesidad que tiene el hombre de someter a examen crítico todo lo que existe, tratando de determinar en definitiva cómo deberían establecerse las relaciones entre los hombres, para que sean cada vez más acordes a la verdad, al bien y a la justicia.

Ariel Álvarez Gardiol

PRÓLOGO

Este libro es la segunda versión del *Manual de Filosofía del Derecho* editado por Astrea en Buenos Aires en el año 1979 —que gentilmente cediera sus derechos de edición—, y cuyo tiraje original se agotó hace ya algún tiempo.

Está destinado, como el anterior, a servir de texto para la disciplina que dicto desde hace muchos años, tanto en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, como en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Mi primera intención fue agregar muy pocos temas, no porque no creyera que fuesen perfectibles, sino básicamente para no alterar demasiado la estructura del desarrollo de los cursos académicos anteriores, que se desarrollaron, naturalmente, siguiendo los tópicos expuestos en el manual, lo que ha servido para fijar algunos límites didácticos en los contenidos de una disciplina específicamente inagotable.

Sin embargo a poco que avanzaba en el intento revisor, surgieron algunas cuestiones que estaban ausentes en aquél manual y que son de consideración absolutamente obligada en nuestro tiempo.

Asistimos por estos días a una verdadera expansión del pensamiento estructuralista —la cual, en alguna medida, nos recuerda el dominio hegemónico del positivismo en el siglo XIX— y también al estallido existencialista reciente, del que tampoco puede, por cierto, detraerse el derecho; y como estoy absolutamente persuadido de que en el mundo de las inquietudes intelectuales, es menester estar siempre prontos para transitar cuantos caminos sean posibles, aún cuando al final del recorrido sea indispensable cambiar de derrotero, considero necesario incorporar una referencia a ello.

La investigación científica, para ser tal, debe ser una mezcla de pasión y de crítica, de sometimiento a los principios y de duda frente a todo. Cada vez que parece que hemos llegado al final, debemos permanentemente regresar al punto de partida, para recomenzar a otro nivel, pero nuevamente desde el inicio.

El estructuralismo significa tanto una metodología como una diferente concepción de la realidad, o por lo menos una diferente actitud frente a ella; maneja un instrumental propio, que lo supone idóneo para proporcionar una visión más completa e integral de la realidad sometida a su conocimiento, otorgando al investigador una gama de fertilísimas posibilidades.

No obstante que la primera edición en español de *A theory of Justice* de John Rawls se publicó un año antes que nuestro manual, su temática no fue desarrollada y es una ausencia que requiere su necesaria reparación, no tanto o no sólo por la importancia de este pensamiento, cuanto por la trascendencia que el mismo ha tenido en el ámbito de la filosofía jurídica y moral. La obra de Rawls, se ubica en la tradición más genuina de la filosofía analítica, y provoca particularmente dentro de ella y también entre los neocontractualistas y neoliberales, movimientos de aceptación, crítica y controversia, que he considerado necesario referir en esta obra.

Por fin afirmo que el conocimiento científico, que es un producto humano, no puede eludir la contingencia y la limitación propia de su condición de humanidad, limitación que, desde ese escorzo, también ciñe al conocimiento filosófico, puesto que todo conocimiento es, sin duda, del hombre. Creo entonces que algunas ideas alrededor de lo que podríamos considerar una antropología jurídica, deberían epilogar este trabajo.

Ariel Álvarez Gardiol

PARTE I

PANORAMA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y SU EVOLUCIÓN

I

INTRODUCCIÓN

1. CONCEPTO DE FILOSOFÍA

Desentrañar la esencia de la filosofía es y ha sido tal vez una de las más grandes aporías de la mente humana, tanto que puede afirmarse que el pensamiento aporético como tal es una de las formas fundamentales del pensamiento filosófico con sentido sistemático.

Si se tienen en cuenta las definiciones que en las distintas épocas y en los diferentes sistemas se han dado de la filosofía, fácilmente se concluirá que hay muchas filosofías, pero tal vez ninguna filosofía. Esta afirmación, no obstante, supone que para poder dilucidar el concepto de filosofía bastaría con examinar los aspectos comunes que presentan los hechos filosóficos: es absolutamente necesario un concepto de filosofía, y se retorna al punto inicial sin haber avanzado absolutamente nada en la tarea de la conceptualización de la filosofía.

Ello nos sugiere, en este momento expositivo inicial, señalar sólo algunas notas conceptualizantes, sin ninguna pretensión definitoria, y que subrayan los atributos más caracterizados de él. El concepto, pensamos, deberá surgir de la adición de estas notas conceptualizadoras con los restantes temas que se tratarán en esta obra y que deberán dejar un fértil sedimento que valdrá más que una definición libresca.

Ante todo diremos que la filosofía es una tendencia a la universalidad, y como tal huye de lo singular como de lo relativo. Decimos tendencia, como vocación, como predisposición, como búsqueda en suma, ya que una cosa es que la filosofía aspire a ser universal y otra diferente que llegue a descubrir esa totalidad infinita y apoderarse de ella. No obstante, ese sentido universalista que caracteriza a la filosofía, se compadece con la aserción de que los distintos sistemas filosóficos están anclados en el tiempo de su gestación. Los problemas y también sus soluciones,

de haberlas, son tal vez siempre los mismos, pero en cada instante se encuentra el sello peculiar de las verdades eternas, lo que hace que no sea difícil descubrir en cada sistema y aún en cada pensador ese conjunto de circunstancias témporo-espaciales que han proyectado en él la representación propia de las relaciones vitales, que atañen al diferente planteamiento de una misma problemática.

La filosofía, en cuanto modo absoluto de saber, se disuelve prácticamente en lo que es su historia, ya que el relato de la filosofía tiene un sentido de índole muy diferente al de las ciencias. En éstas tiene un carácter de fenecido; en aquélla, el pretérito tiene un sentido de vitalidad actual, que pertenece a su propia y específica estructura.

Se ha dicho y repetido asaz frecuentemente que la filosofía es un saber "sin supuestos". Creemos más bien que lo que se quiere decir es que la filosofía es un saber "de supuestos" y de los motivos en que éstos descansan, que no son, en último análisis, otra cosa que la realidad propiamente dicha.

En efecto, todos los distintos modos de saber científico parten de algunos supuestos que no son objeto de preocupación para ese saber específico que los recibe ya elaborados y a partir de los cuales construye el esquema científico particular de que se trate. La filosofía, en ese sentido, no recibe nada de ningún otro saber y nada tampoco es por ella aceptado despreocupadamente. Es, pues, la fuente de elaboración de los supuestos en que se fundamentan los saberes científicos particulares.

La filosofía es un producto, una obra del hacer humano. Es una función, tanto del individuo como de la sociedad, ya que se halla insita en la estructura humana y toda actividad tiende a llegar a la reflexión filosófica. Es por consiguiente un producto y resultado racional: sin un amor probado a la verdad no puede haber filosofía, pero sin un adiestramiento denodado de la razón, tampoco.

La filosofía persigue, en ese quehacer reflexivo, suministrar una concepción del mundo y de la vida como suma y compendio de la experiencia total, comprendiendo el doble propósito tanto de ser un saber que implica todo otro saber posible, como representar la máxima expresión válida posible de él. Y todo ello persiguiendo a través de lo múltiple lo uno y en lo mutable el eje inmutable. Sería ambición postrera de la filosofía -decía Ortega- llegar a una sola proposición en que se dijera la verdad. Así, las mil doscientas páginas de la lógica de Hegel no son más que una

preparación para poder pronunciar, con toda la plenitud de su significado, esta frase: "La idea es lo absoluto".

Esto nos permite concluir que la filosofía, más que un saber, más que una disciplina, constituye una "disposición", un "emplazamiento" del investigador frente a la realidad, y no es sino esta postura la que constituye la esencia fundamental de la realidad filosófica.

Si hemos dicho que la filosofía tiene una aspiración universal y pareciera obvio que "la totalidad de lo real" fuera algo mudable, huidizo, variable por las contingencias históricas, esto nos coloca frente a la grave encrucijada de que la filosofía, en cuanto especulación experiencial total, debería carecer o carece de un objeto propio y único por las indudables variaciones que la totalidad de lo real ha experimentado con el transcurso del tiempo y a través de la historia. El hombre y la situación histórica de la Atenas de Platón nada o muy poco tienen que ver con La Haya de Spinoza y menos aún con el París de Sartre o con la ermita de la Selva Negra de los últimos días de Heidegger. Sin embargo, el modo como cada uno de ellos acogió la realidad fue sustancialmente diferente de la de Einstein; la realidad de ambos se identifica fundamentalmente en cuanto a la "disposición" o "emplazamiento" de ellos frente a ésta, y esa idéntica actitud, como etapa en el proceso vital, es la característica más esencial de este peculiar saber. La filosofía, en cuanto busca una realidad única, absoluta e inalienable, transita por la realidad contingente y variable y es la distinta "disposición" del filósofo a su respecto, la que conduce al mundo de los *eidos*, como esencias conceptuales de lo real.

2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Si con estas ideas acometemos la tarea de describir la filosofía del derecho, como fundamento básico y también objetivo final y último de la ciencia autónoma del derecho, el problema quedará resuelto mediante una transferencia reflexiva de las ideas que precedentemente hemos expuesto concernientes a la filosofía, teniendo en cuenta que la "realidad" aquí ha quedado sectorizada con respecto al "mundo de la juridicidad".

La filosofía jurídica será, pues, una aspiración a lo jurídico universal, que llevará implícita la eliminación de todo vestigio del objeto correspondiente a su real magnitud, desgajándolo de lo circunstancial y

¹ Ortega y Gasset, J. G., "Dilthey y la idea de la vida", *Obras completas*, secc. 1ª, p. 26

encadenándolo a lo absoluto. Su meta principal estará fijada por la explicitación única de los supuestos sobre los que descansa y se apoya el derecho para sus construcciones sistemáticas contingentes y de los fines que tiende a realizar en cada época y lugar para suministrar una respuesta singular y unitaria. Será una disposición del jurista que deberá abordar indiferentemente a la realidad absoluta y a las esencias únicas de juridicidad válidas con sentido universal.

La filosofía del derecho, ya se la considere como una rama de filosofía general o como el preludio y el postludio de la ciencia del derecho -como creemos nosotros-, tendrá como objeto de su reflexión especulativa el mismo derecho que preocupa al científico del derecho, pero variará en el investigador su "emplazamiento" respecto de esa misma juridicidad, que aquí, en cuanto filosofía, se exhibirá en su desnuda e integral presencia, desprovista de toda contingencia histórica.

Si es cierto, como hemos afirmado, que la filosofía en cuanto modo absoluto de saber se disuelve en su historia, la conceptualización de su problemática deberá resultar del engarce de estas pocas ideas en el desarrollo genético que a continuación encararemos. Sólo agregaremos aquí que son muchos los años de desenvolvimiento de pensamiento especulativo para que estas nociones esenciales, que comienzan a develarse en los albores de la filosofía helénica, cobren forma sistemática y organizada a partir de Hegel, que es quien por primera vez considera la filosofía del derecho como un disciplina relativamente autónoma.

No obstante, siendo la filosofía jurídica la resultante final de ese sutil proceso de destilación a que debe ser sometida la realidad jurídica, elevándose desde la realidad inmediata de la juridicidad contingente, a través de las realidades de todos los otros saberes, hasta llegar al rarificado clima de la filosofía, advertimos que esa realidad se ha transformado, paradójicamente, en una realidad indeterminada a fuerza de reflexionar, con la más rigurosa exactitud, sobre las realidades históricas que le anteceden.

3. LA ENSEÑANZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Los dos principios fundamentales que deben ser atendidos en la enseñanza de la filosofía del derecho, en cualquiera de sus niveles indican: el primero, que la enseñanza debe ser presentada como una investigación de la experiencia vivida y el segundo, que se debe estimular la lectura de

los textos considerados clásicos, para que el educando tenga así la expresión del filosofar, al repetir al lado de los pensadores representativos de la doctrina más autorizada, el camino de su filosofía.

Estos dos principios básicos, el de los textos y el de la investigación de la experiencia vivida, nos muestran dos diferentes dimensiones del problema: la del conocimiento de la filosofía y la del saber filosofar. El propósito es, indudablemente, enseñar a filosofar por intermedio de la filosofía y enseñar filosofía a través del filosofar.

Además de estos dos principios referidos, hay dos criterios para encarar la enseñanza: el histórico y el sistemático, que a veces se expresan u ofrecen solos en un contenido curricular y otras, menos frecuentes, combinados en forma sintética, complementando actividades de enseñanza con investigación.

Es por ello que entendemos -según lo afirmado en las palabras preliminares- que la disciplina debe estar integrada por una parte histórica y por una parte sistemática.

La parte histórica debe mostrar el desenvolvimiento del pensamiento humano en la indagación de la problemática filosófico-jurídica. La parte sistemática, integrada por muy pocos problemas, debe proponer un retorno -con un plan total y de conjunto- al anticipo explicitado con sentido genético-cronológico en la primera parte, profundizando en lo posible el sentido del interrogante.

La filosofía jurídica deberá ser una aspiración a lo jurídico universal, llevando implícita la eliminación de todo vestigio del objeto correspondiente a su real magnitud, desgajándolo de lo circunstancial y encadenándolo en lo absoluto. Su meta principal estará fijada por la explicitación única de los supuestos sobre los que descansa y se apoya el derecho para sus construcciones sistemáticas contingentes y por los fines que tiende a realizar en cada disposición el jurista, los que deberá abordar indiferentemente de la realidad circunstancial, para acceder reflexivamente a la realidad absoluta y a las esencias últimas de juridicidad, válidas con sentido universal.

Agotada la parte histórica, se abordará la parte sistemática que estudiará los mismos temas pero aglutinados como problemática. Se desarrollará, siguiendo ese criterio, la problemática ontológica y la gnoseológica, como así también el tema lógico, la cuestión metodológica, y se coronará ese estudio con una referencia detenida a la gran proposición de la estimativa jurídica.

Creemos además, que el programa oficial deberá ser muy sintético, cosa de permitir a cada cátedra y eventualmente a cada docente dentro de ella, un desenvolvimiento temático libre, sin la sujeción a un desarrollo programático demasiado pormenorizado.

Consideramos por fin, que teniendo en cuenta la especificidad temática de la asignatura, cada profesor titular deberá ejercer la facultad estatutaria de elaborar su propio programa y someterlo a las autoridades académicas para su aprobación y no pretender, frente a la existencia de cátedras paralelas, que haya un programa común sugiriendo una identificación doctrinal que rara vez se produce, casualmente por la naturaleza propia de la disciplina en estudio.

4. OTRAS DISCIPLINAS QUE ESTUDIAN EL FENÓMENO JURÍDICO

a) La introducción al derecho

La introducción al derecho, desde su implantación como asignatura en los planes de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el último cuarto del siglo pasado, ha sido encarada de distinta manera en su consideración didáctica y pedagógica y ha variado, a tenor de las distintas orientaciones doctrinarias, con respecto a su contenido. Originalmente, en efecto, esta disciplina fue considerada como mero nomenclátor jurídico, una exposición enciclopédica y sistemática de nociones básicas generales.

Quien pretendía llegar al conocimiento de lo jurídico, tenía que conocer el léxico que se aplicaba en este mundo del derecho y la introducción al derecho era por tanto una detallada y minuciosa exposición de los tecnicismos del lenguaje, imprescindibles para penetrar en la intrincada maraña de términos precisos. “El idioma del nuevo país que se va a recorrer”, decía Montes de Oca, el primer profesor de la materia en la Universidad de Buenos Aires², debía ser enseñado a quienes aspiraban en el futuro a visitar los ignotos territorios y problemas, en sus verdaderos límites y dimensiones. Aquel criterio fue ampliado y corregido por otras cátedras que, dando a la disciplina un marco enciclopédico, integraron la materia con elementos históricos y sociológicos.

² Montes de Oca, *Lecciones de derecho constitucional*.

La cuestión metodológica parece haber quedado circunscripta en estos momentos a la siguiente cuestión: la introducción al derecho es una disciplina autónoma con contenido propio o, por el contrario, es una disciplina auxiliar, para la elaboración científica del derecho, su formación y aprendizaje.

La literatura jurídica nos muestra varios intentos, realizados particularmente en el siglo pasado, para fundamentar la autonomía científica de la disciplina. Sin embargo, parece ser que las actuales tendencias pedagógicas no aspiran a tan ambiciosa respuesta, que conduciría a proclamar una autonomía que de algún modo haría perder a la disciplina su carácter introductorio como saber que permita la comprensión de los desarrollos de las materias especiales.

No compartimos el criterio que proclama la autonomía de la introducción al derecho como disciplina científica con contenido propio y definitivo. No creemos que constituya una rama autónoma de contenido específico dentro de la ciencia jurídica, sino que la estimamos una disciplina introductoria, como su nombre lo sugiere, absolutamente necesaria para quienes intenten llegar al conocimiento del fenómeno jurídico plenamente.

Creemos que el objetivo principal de la disciplina es suministrar los conocimientos necesarios para acceder al conocimiento sistemático de las distintas ramas del derecho positivo, brindando un saber realmente provisional, que se convertirá en definitivo cuando el estudioso transite por todas las ramas y pueda volver, en un movimiento de reflujo, de verdadero retorno científico, de aprehensión de segundo grado, a esas mismas nociones básicas, generales y fundamentales, pero llenas ya de todo el contenido que empíricamente ha ido acumulando.

Efectivamente, aprehender la estructura lógica de una norma jurídica y aun su contenido material, ejemplificando a ese efecto con normas aisladas de distintas ramas del derecho positivo, brindará sólo una noción provisional de lo que es una norma jurídica.

En posesión de ese conocimiento, el estudioso indagará luego cómo funciona esa norma jurídica abstracta cuya estructura formal le ha sido brindada dentro de las distintas ramas del derecho positivo, y deberá comprobar en cada una de ellas si estos conocimientos que le procuró la introducción al derecho fueron válidos o no. Integrará entonces esa noción abstracta con las concretizaciones empíricas que las distintas ramas le dan y podrá volver otra vez a las nociones básicas, en aquel movimiento de reflujo del que hablamos, para afianzar su concepto, para mejorar su

enunciado, para corregir vicios o errores, o para reflexionar sobre su descripción abstracta. Integrarán su contenido nociones básicas que proporcionará la ciencia jurídica y presupuestos esenciales, cuyo conocimiento sólo se logrará a través de los senderos de la filosofía.

La filosofía jurídica, pues, en relación con la introducción al derecho, deberá ser una proveedora de materiales por aquella revelados, y entregados a ésta en su versión primaria. La filosofía desgranará los fundamentos del saber jurídico e iluminará los fines últimos que éste debe realizar, entregándolos en una versión simplificada a la introducción al derecho, para que ésta pueda exhibirlos a quienes comienzan a transitar por este proceloso mundo de la juridicidad.

b) *La dogmática jurídica*

Del tronco original de la filosofía como saber totalizador y omnicompreensivo de la realidad se han ido desgajando paulatinamente, a través del tiempo, disciplinas que han ido recortando los perfiles del territorio de esa infinita e inagotable riqueza de la realidad, tanto física como espiritual. Surgieron así la física, fundamentalmente gracias a las investigaciones de Galileo y de Newton; la astronomía, merced a los esfuerzos de Copérnico; la química, por los trabajos de Lavoisier; la sociología, que encuentra su fundamento en Comte; la psicología, por los desenvolvimientos de Wundt y Fechner.

Planteado así el problema, podría creerse que ese enorme territorio que hacía de objeto del saber filosófico se hubiera ido reduciendo con los sucesivos desprendimientos operados para la formación de las distintas ciencias independizadas del tronco original, quedando éste exangüe, yermo, casi sin savia, mientras paralelamente se engrosaba el caudal de todos los canales que han formado el delta de la científicidad.

Sin embargo, el problema no es exactamente así, ya que dicho desgajamiento operado por el advenimiento de las ciencias, ha ido recortando con más rigor los perfiles de la problemática filosófica, que se ha fortalecido en su precisión temática, produciéndose así un regreso de científicos que han hecho abandono del saber filosófico y que, como sintiendo nostalgia de su origen, intentan volver a calcificar su saber procurándole la estructura sin la cual su conocimiento es inferior y limitado.

Ello nos hace pensar que, no obstante este antecedente genético concerniente al origen de las ciencias, la relación que podría subrayarse

hoy entre esas diferentes formas de saber, aquél particularizado y sectorizado, que corresponde al territorio del saber científico, y este otro generalizado y fundante, propio de la totalidad filosófica de la sabiduría, no es esencialmente una relación de parte a todo ni tampoco una relación de particular a general, como que es absolutamente imposible trazar una línea divisoria entre lo físico y lo metafísico, sin olvidar el enorme campo del misterio, del enigma, como usina generadora de toda ciencia y aun de todo arte legítimo. De ahí que la radical distinción no puede buscarse en el diferente "objeto" de cada una de esas formas de saber, sino más bien en la diferente situación o disposición del investigador con respecto al objeto de su preocupación.

Partiendo de las tres posibles formas de conocimiento: la revelación, la razón y la intuición, en un primer gran apartamiento, surgen respectivamente la religión, la filosofía y el arte. De esa filosofía, que es ya una forma de particularización, el Renacimiento produce la *nuova scienza*, separándose científicos a un lado y filósofos a otro. La evolución y el perfeccionamiento en el acontecer histórico siguen produciendo nuevas disciplinas científicas, que comparten en sectores cada vez más pequeños el todo de la realidad universal.

No obstante, la filosofía no ha hecho abandono de esas porciones de saber sino que regresa a ellas, desde una distinta "situación" o "disposición" y retoma el territorio cedido a la ciencia, para iluminarlo desde el ángulo propio de su saber.

Ello explica que la filosofía no haya quedado con un saber residual, como objeto empujado y sobrante de los desgajamientos de la ciencia, sino enriquecido por esas nuevas aportaciones que ensanchan la óptica de la filosofía, y explica también que podamos hacer ciencia de la naturaleza y filosofía de la naturaleza, como podemos hacer ciencia del derecho y filosofía del derecho.

Creemos que, llegados a este punto, es posible entender con mayor claridad por qué entre ambas formas de saber, la científica y la filosófica, no hay una fundamental distinción en cuanto al objeto, que, por ejemplo, en el caso de la ciencia del derecho y el de la filosofía jurídica es exactamente el mismo, sino esencialmente una distinta "situación" o "disposición" del investigador a su respecto.

Lo que tal vez no sea tan fácil decidir es si se debe llegar a la especulación filosófico-jurídica después de haber respirado el polvo de los archivos del derecho -para utilizar la pintoresca expresión de Stammler-

o si, al revés, la filosofía jurídica debe dar base y fundamento a ese tránsito protagónico por el orbe de la juridicidad positiva.

De uno u otro modo, lo importante tal vez sea, teniendo en cuenta a los principales destinatarios de esta obra, que en este mundo en que vivimos, tan propenso a identificar todo saber con una rica tecnología, la preocupación filosófica será la grieta a través de la cual los juristas podrán escrutar los principios fundamentales del derecho y vigorizarse con los zumos vitales de la justicia.

c) *La sociología jurídica*

El fenómeno jurídico, en cuanto realidad, es motivo de atenta consideración por una disciplina relativamente nueva en esta órbita del saber, disciplina que recientemente ha ido ampliando cada vez más las fronteras de su territorio hasta desplazar, en algunas consideraciones, las pretensiones de la dogmática y convertir esta disciplina en una nueva provincia de su dilatado país.

En su orígenes, la sociología jurídica pretendió perfilarse sólo como una rama de la sociología general, al modo de la sociología doméstica o la sociología económica.

Desde ese ángulo, la sociología era un importante auxiliar de la dogmática, como una colaboración, no pequeña, en la ejecución de los menesteres de la profesión jurídica.

Más recientemente se advierte un claro intento de mayor independencia de su tronco original y en estos mismos momentos se están recortando de la realidad sus imprecisos bordes, razón por la cual las breves nociones que a continuación ofreceremos tienen hasta cierto punto un sentido sólo provisional.

La sociología jurídica se interesa por el fenómeno jurídico en cuanto éste se presenta como un hecho social que se produce en el seno de la comunidad, tratando de establecer los orígenes del derecho en el plano causal y observando empíricamente cómo funciona el derecho en la realidad, condicionando o determinando la conducta de los hombres.

Bougle³, con una metáfora realmente feliz, afirma que los picos de los sociólogos y de los juristas, cavando cada uno de ellos desde su respectiva galería, han terminado por encontrarse.

Este encuentro, realizado en algunas corrientes del pensamiento jurídico y llevado al extremo en las formas del realismo nórdico y norteamericano, que han abjurado del aspecto dogmático y meramente reproductivo de la ciencia jurídica para considerar sólo la facticidad como contenido único de la disciplina, no representa por cierto la única expresión que puede brindarse en la materia.

En otras palabras, las reacciones contra el fetichismo de la ley a través de las encendidas páginas de François Gény o Hermann Kantorowicz; el alzamiento contra la absurda tiranía de la jurisprudencia mecánica, en las inmortales diatribas de Roscoe Pound; el clamor de la aproximación del derecho a la vida de Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo, y por fin la mera dimensión fáctica en Olivecrona, no dibujan la única consideración del problema sociológico jurídico.

Puede aceptarse que, paralelamente a estas teorizaciones que en definitiva han postulado una absorción total del derecho por la sociología, a tal punto que el derecho perdería como dogmática su pretensión científica absorbido por el género troncal de la sociología, existen otros aspectos menos extremistas que considerar.

Allí, lo que en realidad se hace no es una investigación sociológica del derecho, a partir de la cual se considere sólo el hecho jurídico como facticidad, sólo el derecho que "es" en la realidad, con prescindencia absoluta de que el derecho no atiende a lo que es, sino a lo que debe ser, sin perjuicio por cierto de que este "debe ser" se presente en la realidad de una manera determinada: ora coincidiendo con el requerimiento de la normativa, ora quebrantando la prescripción.

Tampoco debe agotarse el examen de la disciplina en una mera indagación genética de las normas o de las instituciones -único aspecto válido en las postulaciones sociológicas del siglo pasado- para determinar los motivos y factores del cambio social como fenómeno jurídico y concluir en las causas del desarrollo y decadencia de un determinado derecho positivo o de una institución determinada dentro de un sistema particular.

Menos todavía atender a la apariencia de un consenso general con respecto a los principios jurídicos, concluyendo algunos que el derecho es, desde esta perspectiva, tanto como una fuerza cohesiva de la estructura social -caso de Durkheim o Bredemeier- o meramente como un arma o instrumento que mantiene, confirma y en ciertos casos amplía las escisiones básicas en una sociedad, como lo plantea uno de los más destacados representantes de la tradición marxista en el derecho (Renner).

³ *cit. Gurvitch, Georges, Sociología del derecho, 1945.*

Gurvitch propone que se distinga y separe con claridad tres distintos problemas de la sociología⁴:

- a) El problema de la sociología sistemática, que estudiará las manifestaciones jurídicas en el plano de la realidad social.
- b) El problema de la sociología diferencial, que estudia esas mismas instituciones, pero como una forma de expresión de los grupos sociales.
- c) El señalado aspecto genético de las normas.

II

EL PENSAMIENTO ANTIGUO

⁴ Gurvitch, *op. cit.*, p. 68.

1. INTRODUCCIÓN

La temática del derecho natural fue sentida y planteada antes de que se verificase un análisis científico del derecho positivo.

Puede decirse, en cierto sentido, que la filosofía del derecho es más antigua que la ciencia del derecho. El nombre de filosofía del derecho es relativamente reciente, ya que la denominación antigua y clásica era la de "derecho natural".

Derecho natural, justicia y filosofía jurídica, fueron distintos rótulos al tema de la meditación filosófica sobre el derecho, de la especulación valorista sobre el tema de la justicia, de la reflexión hacia derechos válidos con prescindencia de su sanción por el Estado.

Hoy vuelve a ser éste un apasionante problema: la relación entre el derecho natural y el positivismo jurídico.

No hace más de medio siglo el positivismo jurídico imperaba con incuestionable soberanía. La limitación al derecho positivo y el rechazo de todo derecho natural que estuviera por encima de él, fue el punto de partida indiscutible de todas las generaciones de juristas del siglo XIX y comienzos del XX. La filosofía del derecho neokantiana consolidó el positivismo.

Por ejemplo, se escribía entonces en la década de 1920 a 1930 en Alemania, con todo orgullo, por juristas democráticos, que el derecho positivo podía ordenar cualquier contenido jurídico, aun cuando careciera totalmente de ética.

Con aquella formación jurídica, los juristas alemanes se enfrentaron con el III Reich, que tomando al pie de la letra al positivismo jurídico, lo llevó hasta sus últimas consecuencias.

“Siempre es justo obedecer la prescripción legal”, decía el neokantiano Fichte, y en su mérito se hicieron espantosa realidad frases como aquella que afirmaba que una orden de matar a todos los niños de ojos azules podía ser válida siempre que emanara del que ejerciese el poder supremo del Estado⁵.

Se observa, pues, aun en el pensamiento de los positivistas, la necesidad de afirmar la existencia de un derecho natural, superior a la ley, divino o racional, según el cual la injusticia será siempre injusticia, aun cuando se la vacíe en las formas de una ley.

El derecho natural es hijo del espíritu griego, que le dio para siempre sus rasgos esenciales. La forma del derecho natural en el cual pensamos ante todo, es decir el derecho natural idealista, es el producto de las ideas platónicas y de la teoría aristotélica de la entelequia. En el pensamiento helénico toma el derecho su universalidad, que perdura hasta nuestras reflexiones actuales.

Esto es lo que aquí abordaremos. La historia del derecho natural. Comenzamos nuestro estudio dejando a un lado el oscuro problema de la filosofía oriental, donde tal vez lo más problemático sea el sentido mismo de la palabra filosofía, y nos atendremos a lo que ha sido el desenvolvimiento de esa realidad en Occidente, en su primera etapa, en la filosofía de los griegos. Es por cierto sumamente discutido el origen de la filosofía helénica y sus íntimas conexiones con el mundo oriental.

No desconocemos las relaciones directas o indirectas, supuestas o reales que se han atribuido, inclusive entre los grandes sistemas filosóficos de Platón y Aristóteles, con los mitos de los caldeos, con la religión fenicia y con el pensamiento egipcio.

No postulamos la soberanía del llamado prejuicio clásico, que ha hecho suponer que la filosofía oriental recibió préstamos de la helénica, ni tampoco podemos atenernos meramente al aspecto cuantitativo de la cuestión que, partiendo de la agobiante y abrumadora mayoría de Oriente respecto de Occidente y de que lo más no puede provenir de lo menos, mostraría de cuál lado estaba aquella civilización que realizó aportaciones a la otra.

Creemos que no se podrá realmente negar que la filosofía griega tuvo la originalidad de presentar la problemática filosófica de modo sustancialmente distinto de la oriental. Como tampoco deberá negarse

⁵ Weizel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, p. 13, 1962

la influencia directa de Oriente, sobre todo en algunos periodos, como el alejandrino en Grecia o el árabe en la época medieval.

No subestimamos tampoco las últimas investigaciones arqueológicas, indudablemente fecundas, que vienen a demostrar esos vínculos indisolubles, de donde aparecería en alguna medida atenuada la originalidad del pensamiento griego o menguada la genialidad de sus reflexiones.

Pero como nuestro trabajo se encuentra temáticamente limitado al pensamiento filosófico-jurídico, la exclusión de aquellos aportes se produce únicamente por razones de índole material.

Dividiremos nuestra referencia al pensamiento antiguo en cuatro grandes subtítulos: la filosofía presocrática, Sócrates vinculado a los grandes sistemas de Platón primero y Aristóteles después, y las corrientes postaristotélicas.

2. FILOSOFÍA PRESOCRÁTICA

Esta etapa inicial del filosofar, que abarca un prolongado lapso, se distingue de las posteriores -como lo señala con acierto Julián Marías⁶- porque no tiene a sus espaldas ninguna tradición filosófica. La filosofía griega presocrática, en sus albores, emerge espontáneamente de la situación misma del hombre en el mundo, sin haber recepcionado o trasvasado en su pensamiento el ingrediente filosófico.

Probablemente sea éste el mérito más ponderable de la filosofía presocrática, no sólo desde el específico escorzo a partir del cual referimos su estudio, sino en su más amplia generalidad, ya que aquí, en este período histórico asistimos al germinar de la filosofía con una auténtica pureza virginal, que no podrá por cierto repetirse jamás en el curso de los tiempos.

La expresión “~~presocrática~~” tiene un sentido cronológico, ya que abarca un período que va desde el fin del siglo VII hasta el siglo V antes de Cristo y tiene también un sentido más profundo, ya que la sola referencia temporal no es válida, toda vez que muchos presocráticos fueron contemporáneos de Sócrates.

A aquellos primeros barruntos los llamamos filosóficos, porque después de ellos ha habido una filosofía plena e indudable. Ellos fueron los que prepararon el advenimiento de la filosofía propiamente dicha y esta sola circunstancia los sitúa en el nivel de los filósofos.

⁶ Marías, Julián, *Historia de la filosofía*; en “Revista de Occidente”, Madrid, 1964.

Es probable que las afirmaciones y postulaciones de los pensadores chinos, caldeos, fenicios o indios tengan grados de aproximación con las de los presocráticos. Estamos inclusive dispuestos a admitir que pudieran haberlos superado en su época, que hubieran calado más en profundidad los problemas, que hubieran visto con ojos más inteligentes y penetrantes la realidad que los rodeaba. En una palabra, que hubieran sido más filósofos que ellos. Sin embargo, la diferencia -como lo señala Marias⁷- es que después de los presocráticos vino Sócrates, mientras que a la balbuciente especulación oriental no siguió una plenitud filosófica, por lo menos en el sentido que esta palabra adquirió en Occidente.

Se ha calificado siempre este largo periodo de la meditación filosófica por su naturalismo o propiamente por su acento cosmológico, entendiendo la cosmología en sentido escolástico como la investigación relativa al "sistema del mundo". En otras palabras, el comienzo de la preocupación filosófica helénica se dirige al examen de la naturaleza como problema, entendiendo por naturaleza el elemento generador de las cosas a partir del cual se pone orden en el cosmos o en la realidad universal toda.

Ha preocupado, como dijimos al principio, establecer sus visibles o invisibles comunicaciones con el mundo oriental. Sin embargo, sin negar esas relaciones, el examen de ese ingrediente naturalista del reflexionar presocrático es lo que nos pone en la pista con respecto al griego.

¿Qué es lo que determina fundamentalmente el sentido cosmológico de la preocupación presocrática, qué es lo que hace a los griegos preguntarse por el ser de las cosas, por la sustancia esencial generadora del cosmos? El griego se sorprende del cambio temporal, sustancial y generacional de las cosas. Se sorprende del movimiento entendiendo por tal no sólo el de traslación de las cosas, sino también el cuantitativo y el cualitativo, o alteración de las cosas. Se preocupa y le maravilla que algo sea primero de una forma y luego de otra, que tenga en determinado momento ciertas características sensoriales que varían, que algunas cosas cambien de posición y de lugar, que crezcan y se reduzcan.

¿Qué es lo esencial de esas cosas, por encima de sus alteraciones circunstanciales? La respuesta a esta pregunta es el motor del reflexionar presocrático y casi todas las que se ensayan tienen una tonalidad cosmológica, lo que por cierto no significa excluir la consideración moral, política y los humanos intereses sobre la vida, presentes en su meditación.

⁷ Marias, *op. cit.*, p. 11.

El interrogante formulado sobre las bases apuntadas tiene siempre como respuesta una sustancia que se convierte en el elemento y principio de todos los seres, variable en los distintos pensamientos recogidos, pero a través de la cual se establece la asociación entre la naturaleza, la vida, el hombre y la sociedad.

En este periodo presocrático nos interesa destacar dos movimientos por sus vinculaciones con la temática de nuestro trabajo; la escuela itálica o pitagórica y el pensamiento de la sofística.

a) *La escuela pitagórica*

Así llamada por su fundador, **Pitágoras de Samos** (580 a 500 a. C.) o itálica, como denominó Aristóteles a esta fecunda emigración, por la prolongación de la influencia del Egeo en la Italia meridional, la conocemos a través de fuentes platónicas y aristotélicas, ya que la enseñanza del maestro y de quienes siguieron las disciplinas fue oral, lo cual hace que tanto la vida de Pitágoras como las doctrinas por él enseñadas, estén envueltas en una bruma de leyenda que ha llevado a algunos autores a negar incluso la existencia misma de Pitágoras.

El ser, la sustancia esencial de las cosas, el principio de todas ellas son los números, que son anteriores y superiores a la realidad tangible. Superiores porque gobiernan y explican las cosas, y anteriores porque existen antes que los seres se sometan a ellos.

No nos interesa aquí referirnos a las doctrinas fundamentales de la escuela, de una tonalidad eminentemente religiosa o mística, como, por ejemplo, su teoría de la inmortalidad y transmigración de las almas, que tuvo fecundas proyecciones sobre el pensamiento jurídico.

Los pitagóricos hacen de la justicia una relación aritmética de retribución o contracambio, que no sólo se aplica a la adjudicación de penas a los reos sino también a relaciones de cambio y donde se ha creído encontrar el germen de lo que más adelante habría de desarrollar Aristóteles como justicia conmutativa.

La justicia pitagórica es una ecuación, una igualdad o proporción aritmética. En moral, lo justo exige retribución, intercambio, entre el hecho y la conducta consecuente. En política, lo justo se exhibe como una armonía de la conducta de los ciudadanos integrantes del Estado.

A la "justicia" la representaron con el número cuatro, por ser el producto de dos factores iguales, o con el número cinco, por ser la mitad

de los números simples, o con el ocho, integrado por dos factores idénticos y también con el nueve, por ser el primer cuadrado del primer número impar, pero siempre, la simbolización es numérica, en razón del atributo que a los números otorgaban.

El conocimiento informativo que nos llega a través del pensamiento de Aristóteles es de crítica a esta interpretación cuantitativa del universo, donde se ha prescindido del pensamiento y la voluntad. Sin embargo, oportuno es destacar que muchos siglos antes de Galileo, de Copérnico y de Kepler, y cuando todos afirmaban que la tierra era el centro del mundo, Filolao, continuador de Pitágoras, nos dice que en el centro de universo está el fuego (el sol) y que la Tierra es sólo un astro que gira en derredor de él, produciendo con ello la noche y el día. Esta sola afirmación, aunque intuitiva, que niega al concepto de la Tierra como centro inmóvil de un mundo que gira, esbozando con ello la idea de la infinitud universal, nos sugiere un grado de reflexión digno de ser destacado.

b) Los sofistas .

Su conocimiento nos es dado a través de **Platón** y de **Jenofonte**, maestros de cultura, traficantes de enseñanza y conocimientos. Este movimiento está rodeado por circunstancias históricas y políticas, que si no lo determinan, por lo menos lo condicionan grandemente. Triunfante Atenas sobre los persas en las guerras médicas, se da en Grecia un clima propicio al cultivo de la filosofía por el esplendor institucional y bonanza que inspiraron las reformas democráticas de Pericles.

Este hecho, sumado a la circunstancia de que la organización política ateniense estaba edificada sobre bases democráticas, que daban gran oportunidad a los jóvenes para ingresar en la función pública electiva, impulsaron a éstos a cultivar el arte de hablar y persuadir, para utilizar la oratoria como vehículo de sus apetencias políticas. Y nadie como los sofistas supieron explotar ese interés, canalizándolo en las filas de discípulos, que engrosaban según el prestigio y la popularidad del maestro.

Así nos lo muestra la historia. Sin embargo, siguiendo el intento de rehabilitación de Hegel y Bertrand Russell, pretendemos reivindicar la posición e influencia filosófica de este grupo de pensadores que localizamos aproximadamente en el siglo V antes de Cristo.

De Sócrates nos habla Platón, su amado discípulo, en sus diálogos y es tan honda la admiración del escritor por su maestro, que autorizadas

opiniones han asegurado que en su generosidad de discípulo, llegó a atribuirle en más de una oportunidad pensamientos que le pertenecían.

En contra de los sofistas nos habla Sócrates, su más enconado enemigo, a través de los diálogos de Platón. Ello hace que la historia haya recogido a un Sócrates insuperable y a un grupo de maestros de retórica, individualistas y subjetivistas, más proclives al poder, la gloria y el dinero que al conocimiento de la verdad, marginando en ocasiones el problema ético. Traficantes en sabiduría aparente, al decir de Aristóteles.

Sin embargo, tal vez por haberse opuesto a todo cuanto fuera considerado doctrina dominante, en materia política, social o jurídica, lo cierto es que la meditación filosófica hace un giro sensible, del naturalismo más crudo hacia los problemas del hombre. Se ataca la institución de la esclavitud, considerada por cabezas fecundas como de derecho natural casi hasta las puertas del siglo XVIII, y se cimentan los orígenes de la sociedad y de las leyes sobre bases esencialmente distintas, que florecen muchos siglos después en el pensamiento jusnaturalista moderno.

Con los sofistas se comienza a delinear la distinción entre el mundo de la naturaleza y el mundo de la cultura⁸, mundos que entre los filósofos antiguos se hallaban confundidos. De esta oposición resulta que el mundo de la cultura es el resultado de una "convención", opuesta al mundo de la naturaleza, de donde la mayor parte de lo que es justo conforme a las leyes del Estado, es injusto y está en conflicto con las leyes de la naturaleza.

Esta oposición entre lo justo legal y lo justo por naturaleza -entre *nomos* y *physis*-, resuelta luego por Aristóteles, es planteada contra Sócrates, oponiéndole a la justicia natural la injusticia de la legalidad convencional, debiendo primar sobre ésta aquella, que vale igualmente en todo país y en todo tiempo. El teatro, valiosa fuente informativa de la doctrinas de la época, en ausencia de los escritos sofistas, recoge y nos da en muchos de los dramas del teatro clásico, pensamientos y actitudes que no pueden haber tenido otro origen que las enseñanzas de la sofística.

Esta ya insinuada distinción entre lo justo legal y lo justo natural aparece magistralmente planteada por Sófocles, el más grande poeta trágico de la Grecia clásica, cuando Antígona, hija de Edipo, reclama ante el rey Creón su derecho a enterrar el cadáver de su hermano Polinice, rebelde y traidor, expuesto a no recibir honra fúnebre alguna y condenado a pudrirse al sol por decreto real.

⁸ Mondolfo, Rodolfo, *El pensamiento antiguo*, t. I, p. 144, Losada, Buenos Aires, 1964.

Las creencias religiosas enseñaban que si no se arrojaba sobre el cadáver un poco de tierra con la fórmula del sacerdote, el alma del muerto estaría condenada a deambular errante permanentemente y aquella creencia mueve a Antígona, no obstante la prohibición legal, a violar la ley, reclamando el derecho a enterrar el cadáver de su hermano en cumplimiento de una ley no humana, pero que estaba por encima de todo lo humano y que ella acataba. Las motivaciones de Antígona están insertas en un código que excede a la ley del Estado y cuya evaluación no puede ser intentada desde ésta.

Eurípides, que corona la tragedia ática, pone en boca de los personajes de sus obras muchas de las que fueron tesis defendidas por los sofistas, y por ello no nos sorprende encontrar en ellos la crítica a los privilegios, la exaltación de la democracia, el ataque a la esclavitud, la oposición a la arbitrariedad de la tiranía, en un momento histórico en que todas estas instituciones eran, no sólo normales, sino de derecho natural.

El saldo de nuestro pensamiento con respecto a la sofística, no obstante la dificultad propia del acceso a sus doctrinas, tanto por la falta de unidad sistematizada de una escuela, cuanto por la discutida autenticidad de sus fuentes, es decididamente favorable.

Favorable, porque en la época de los sofistas y a causa de su indudable influencia, se da un giro decisivo a la especulación filosófica. Del problema cosmológico, centro de la preocupación helénica presocrática, ingresamos al periodo antropológico, donde la consideración del "hombre" aparece como objeto de la preocupación reflexiva.

3. SÓCRATES

Vinculado temáticamente a los grandes sistemas, aunque más contemporáneo de la sofística, su adversaria eterna, Sócrates nace en el año 470 a.C., hijo de Sofronisco, escultor, y Fenarètes, partera, de quien afirmaba había heredado su condición de alumbrar las ideas al mundo, como su madre alumbraba los hijos de las parturientas.

"¿No sabes, que me dedico al mismo oficio que mi madre?... El arte de alumbrar es igual, sólo que me ocupo de hombres y del alumbramiento de sus almas y de distinguir si lo que han dado a luz es verdadero o no, realidad o fantasía" (*Teeteto*, 150).

No hay en Sócrates un desenvolvimiento sistemático que interese esencialmente a nuestra específica disciplina, como no sea la ciega

obediencia y acatamiento a las leyes del Estado, inclusive a las no escritas y aún a las que trasuntan una clara idea de injusticia. Tal vez esta excesiva fe en el derecho y en la obediencia a las ordenaciones del Estado, no son sino una necesaria consecuencia de su actitud frente a la vida, atribuyéndole la historia, el merecido título de fundador de la ética.

Se abre en Sócrates la ancha vía para la especulación idealista, censurando la postura escéptica e individualista de algunos sofistas, ya que por encima de las cosas singulares, debemos tener una visión universal de conjunto.

Por ello, lo que importa no es la justicia singular de la norma, sino que, sobre esa individualidad aparentemente injusta, es necesario ponderar la justicia en sí misma que se quebranta con la desobediencia.

Como ya tuvimos oportunidad de señalarlo, la noticia de su pensamiento nos llega a través de los escritos de sus discípulos: de los diálogos platónicos, en los cuales Sócrates es su personaje obligado, y de Jenofonte a través de las *Memorables*, obra en la que recuerda a su maestro. Sócrates nada dejó escrito.

Discurre Sócrates de una muy sencilla manera, multiplicando las preguntas y obteniendo de las respuestas sencillas consecuencias. Dos etapas tiene su argumentación. La ironía o sistema de preguntas con que abrumaba a su interlocutor, exigiéndole respuesta tras respuesta, y la mayéutica o alumbramiento de la verdad, que era la necesaria consecuencia de las contradicciones que surgían de esas respuestas.

El principal objetivo del filósofo no era imponer un determinado sistema ético, con respuestas válidas para todo tiempo y lugar, sino fundamentalmente estimular en su interlocutor el advenimiento de su propio ideal, creando las circunstancias que hicieran ello posible en su espíritu. Persigue un enfrentamiento del hombre consigo mismo, para que asuma frente a los problemas de la vida las actitudes que sean el resultado de una determinación consciente y no la consecuencia de la inercia y el conformismo.

Se propone, en suma, la determinación autónoma, libre de todo determinismo externo y hasta íntimo de la personalidad. El doloroso y humilde alumbramiento de las ideas que subyacen en el alma humana.

No hay en su método imposición de ideas heterogéneas, sino que el diálogo es un dirigirse a su interlocutor sin fórmulas preconcebidas apriorísticamente, sin preconceptos de autoridad, sino con una simple actitud de comprensión.

Luegfinitivo establecimiento en Atenas, donde había nacido, en plena madurez, Sócrates se dedica a propagar sus enseñanzas. Muchos discípulos y continuadores. Sin duda el más relevante de ellos fue, fundador del primer gran sistema filosófico helénico.

Sin embargo, no queremos dejar de mencionar otros discípulos que, si bien sumas no alcanzan -ni siquiera se aproximan- a la talla del pensador ateniense, limitándose al simple desarrollo de las enseñanzas recibidas y adaptándolas en algunos casos a algunas doctrinas naturalistas precedentes, sin embargo, el antecedente de algunas doctrinas posteriores que oportunamente desarrollaremos.

Nos referiremos esencialmente a la escuela cirenaica, fundada por Aristipo de Cirene sobre la base de principios hedonistas o fenomenológicos y donde la realidad es reducida a grupos de sensaciones, siendo éste el camino del conocimiento y la verdad, y que será el precedente del pensamiento epicureísta. También a la escuela cínica, fundada por Antistenes de Atenas que no deriva su nombre de la acepción peyorativa de la expresión en nuestro idioma, sino tal vez de la circunstancia de que sus secuaces se reunían en el Gimnasio de Cinosargea, más probable, de su dirección materialista, individualista y antihegemonía, que los llevaba a la exaltación de la vida natural, buscando como meta de los animales, por lo cual aceptaban gustosos el nombre de perros). Esta corriente, sensual y materialista, que negaba las ideas y la subjetividad individual a lo real, es el antecedente de la filosofía posterior del estoicismo.

El proceso a Sócrates

Herido en las palabras preliminares de este libro que nuestra consideración de la historia de la filosofía a través de los problemas y sus respectivos problemas de la historia, obviaría necesariamente toda referencia a la vida de los grandes maestros, y que sólo nos remitiría aspectos parciales, cuando estos estuvieran tan directamente relacionados a la exposición de la doctrina, que su referencia se convirtiera en obligatoria.

Este proceso está destinado a futuros abogados y en consecuencia, la referencia al proceso penal a que fue sometido Sócrates se convierte

⁹ Apologías: en *Diálogos socráticos*, p. 111 y sigs., Madrid, 1927.

aquí en una cita casi obligatoria, particularmente, porque de este proceso sólo ha quedado algún vestigio en los manuales de consulta filosófica, menoscabada la atención por él, un poco más allá de la Modernidad.

Tenemos entonces la intención de rememorar algunos detalles de aquél proceso, que tiene algunos puntos comunes con el proceso a Jesús, aún cuando consideremos que son mucho más significativas las diferencias que las concordancias.

El caso comienza con la acusación de Meleto, que se conserva en un pergamino como uno de los documentos más conmovedores de la historia: "Sócrates comete un crimen al no adorar a las divinidades que la ciudad adora y al introducir, en cambio, novedades en materias divinas. También ha cometido un crimen al corromper a la juventud. Se pide para él la pena de muerte".

Este pergamino, colgado en la puerta del Arcón Basileo, que actuaría como juez instructor y como Presidente del Tribunal en caso de que el proceso continuase, fue el requisito inicial de la conjura, de la cual Meleto, era sólo un instrumento mediocre. Los acusadores contaban entre sus filas con el prestigio de Anito, uno de los hombres más poderosos de Grecia, gestor económico e ideológico de la acusación de Meleto y también del orador Licón que lo respaldaba con su verba. Contaban también con la formidable soberbia de Sócrates, cualidad que los había convencido de que éste no se presentaría al llamado de la Corte: ¡cuántas veces lo habían oído mofarse de los jueces, mercaderes que integraban los jurados! Contaban asimismo, con la posibilidad de la fuga del filósofo, tantas veces sugerida, antes y después del proceso. Se contentaban, en suma con una débil condena de destierro.

Sin embargo, el sol tibio de una mañana de mayo, reflejado en los niveos mármoles de la Acrópolis ateniense, fue el primer testigo de la lenta marcha de Sócrates, que encaminaba sus pasos hacia los estrados de la sala de Justicia Azul, la mayor de la ciudad, pero sin duda pequeña para albergar aquel juicio extraordinario.

En el centro presidía la audiencia el Arcón Basileo. A la izquierda, en la plataforma de la acusación, el poeta Meleto, quien iniciaría el combate, rodeado de sus secuaces: Anito y Licón. En la plataforma opuesta, a la derecha de la Presidencia, el acusado. Solo él, porque había despreciado los servicios de un abogado que alegara en su defensa y tampoco había utilizado una práctica constante en estos juicios, que era la de llevar consigo a esposa e hijos, los que con sus ruegos y lamentos lograban

conquistar con frecuencia la benevolencia del Tribunal o cuanto menos la simpatía de la multitud, que tan importante rol desempeñaba en los procesos griegos.

Allí, entre la multitud, estaban también los amigos de Sócrates.

Separados por cuerdas de la muchedumbre, estaban los bancos de los quinientos treinta y seis jurados que deberían decidir la suerte del acusado, portadores de una gruesa vara de roble como atributo de su dignidad, y de una tablilla de cera donde deberían consignar el veredicto.

“Odio a Sócrates. Mi padre le odió, mis hijos le odiarán”. Con estas terribles frases, exigidas por el ritual protocolar formalista del proceso, para que no hubiera dudas de que el acusador público procedía contra el acusado por precio, comenzó el poeta Meleto con su acusación. La historia registra vagamente el discurso de la acusación, pero Platón en su *Apología de Sócrates* y muy especialmente en el más famoso de sus diálogos, el *Fedón*, nos ha legado la formidable respuesta de Sócrates a la acusación.

Sócrates comienza su discurso cuando el Herald del Tribunal, obedeciendo a una orden del Arcón Basileo, señala con su báculo pintado en laca roja, la cabeza de Sócrates. Así se concedía la palabra en el Tribunal y así también se condenaba, ya que cuando ese mismo báculo se posara sobre su cabeza, indicaría el final. Pero aún estaba en lo alto, aún la muerte pendía sobre la gallarda cabeza del filósofo, a una palma de su magnífica testa. Avanzó Sócrates hacia el frente del estrado, insinuando su rostro feo y barbado, una tenue sonrisa. Sócrates estaba sereno, imperturbable. Casi se diría distraído. Su discurso es una de las piezas oratorias más exquisitas que la historia nos puede brindar. No deberíamos empalidecer su brillo refiriéndonos a él sólo de manera resumida, pero como su transcripción excede la cita histórica que intentamos plasmar en este recuerdo, transcribiremos sólo sus frases finales: “No abrigo pues ningún resentimiento contra mis acusadores, ni contra aquellos que me han condenado, aunque su intención no haya sido causarme un bien, sino que han tratado de perjudicarme, cosa en que no me faltaría motivo para quejarme de ellos. Pero sólo he de pedirles una gracia; y es que, para cuando mis hijos sean mayores, os ruego los atormentéis como yo he atormentado a los vuestros, si veis que prefieren las riquezas a la virtud y que se figuran ser algo no siendo nada; ni dejen de abochornarles si no se aplican a aquellas cosas que merecen todos sus cuidados; porque así es como he procedido yo con vosotros. Si esa

gracia me concedéis, solo aplausos podremos tener, así mis hijos como yo para vuestra justicia. Pero es tiempo ya de que nos retiremos, cada cual por su lado; yo a morir; a vivir vosotros. ¿A quién corresponde la mejor parte, a vosotros o a mí? Cosa es esta de nadie conocida, salvo de los dioses”¹⁰.

Esta colosal y legendaria apología es el primer alegato que la historia registra acerca de la necesidad del libre pensamiento, pronunciada con la arrogancia viril del primer mártir, de la primera víctima de la causa que tantas vidas se cobraría después. Esas fueron las palabras finales del filósofo, luego del veredicto de condena, por un escasísimo margen de seis votos. Esos quinientos hombres eran demasiado pequeños para comprender la orgullosa actitud nacida del brillante talento del condenado. El tono magistral, la altanera negativa a la súplica, la sutil inspiración de su ingenio, fueron las determinantes de una sentencia de muerte que ninguno de sus jueces quería realmente pronunciar.

Después de la lección de su postura pujante en el proceso, viene el ejemplo de su muerte. También la pluma brillante de Platón nos ha brindado en el *Fedón* una de las páginas más sublimes de la literatura universal: el boceto del retrato moral de Sócrates que, en su muerte, no hace sino dar una prueba vívida e insobornable de los principios que sustentara en sus setenta años de vida pública y privada.

Dijimos, al comenzar el recuerdo de este proceso histórico, que había semejanzas suficientes como para entablar un paralelo entre Sócrates y Jesús. Ambos atacaron la falsa devoción: Jesús contra los fariseos, Sócrates contra los sofistas; ninguno dejó nada escrito, se valían del diálogo y de la conscripción de adeptos y discípulos a través de su enseñanza oral; ambos se atrajeron el odio de la multitud por su profundo amor a la verdad: uno y otro fueron públicamente condenados a muerte. Sócrates y Jesús sufrieron sus condenas con profunda resignación. Ambos perdonaron a sus jueces y a quienes los habían acusado.

Sin duda hay elementos para formular una comparación. Sócrates fue uno de los pocos hombres capaces de despojarse dignamente de la última túnica del alma, que es el amor a la honra, como de él dijera el emperador Juliano. Y que decir de Jesús...

Tal vez la semejanza más pavorosa sea la de haber sucumbido por designio de su propia voluntad, para poder enrostrarle al mundo la

¹⁰ San Mateo, *Nuevo Testamento*, cap XXVII, vers. 30.

flagrante injusticia de la sentencia y dar así testimonio absoluto de su misión. Los dos sabían, sin duda por distintos caminos, del profundo secreto de la vida. Los dos sabían que el hombre yace en ella, en el más desasosegado desamparo, entre el nacer y el morir, las dos experiencias más genuinas de inefable soledad. Un algo oscuro, una ley o un designio inescrutable, como el mismo misterio del ser, impide y obstaculiza al hombre el muelle sendero. Su destino es la lucha, más allá de la fatiga, más allá del desfallecimiento de su cuerpo y de su espíritu.

Sin embargo, es en la muerte y en el perdón final donde encontramos la esencial diferencia entre Jesús y Sócrates. Sócrates perdona, como una consecuencia inevitable de su talento. Es un perdón alimentado de soberbia y de inteligencia. Jesús perdona, en el momento mismo de padecer el más bestial de los castigos, por un sentimiento de infinita misericordia. La muerte de Sócrates es la consecuencia de la condena de una infima mayoría. Por el contrario, todo un pueblo enfurecido reclama por la liberación de Barrabás el asesino y por el suplicio del Salvador. Reniegan de él hasta sus más fieles discípulos. Sócrates bebe la cicuta rodeado de sus amigos, quienes reciben con su muerte, la última y más tremenda lección de su sabiduría moral. Jesús es azotado, salvado, flagelado y crucificado, recibiendo la pena más infamante y el suplicio más doloroso que la historia registra, con el único apoyo moral de su madre, del evangelista Juan y de unas pocas mujeres que le lloran al pie de la cruz. Sócrates muere con escalofriante serenidad, Jesús expira con un alarido de dolor¹¹.

Tal vez sea por eso que de todos los Cristos que la plástica universal ha brindado a la humanidad, siempre nos hayan parecido falsos los rostros dulces de Murillo o los limpiamente estáticos como los de Goya y aun los de Velázquez. Preferimos el agresivo dolor de El Greco y más aun los de aquellos que, como el de Dalí, no dejan ver el rostro del Salvador.

4. EL SISTEMA DE PLATÓN

Seguimos este desarrollo lógico en el pensamiento de Platón, insistiendo en el carácter lógico de la exposición, ya que la referencia a las doctrinas así expuestas podría hacernos suponer una vinculación cronológica que, como ya tuvimos ocasión de destacarlo, sería desacertada.

¹¹ Mondolfo, *op. cit.*, p. 180.

Muchos presocráticos fueron contemporáneos de Sócrates y hasta le sucedieron. Las escuelas socráticas menores convivieron con el pensamiento del maestro y fueron mucho más allá de los desarrollos platónicos. Muchos postaristotélicos fueron contemporáneos del Estagirita. Esto nos evidencia que no hay en este desarrollo una vinculación temporal sino lógica, guardando con ello el tradicional método expositivo sobre la materia.

Platón fue un apasionado discípulo de Sócrates, reconocimiento que le tributa al hacerlo el protagonista triunfal en la mayoría de sus diálogos y proclamando en su famosa frase: "Doy gracias a Dios por haberme hecho griego y no bárbaro, libre y no esclavo, hombre y no mujer, pero sobre todo, doy gracias a Dios por haberme hecho nacer en la época de Sócrates".

La muerte de Sócrates -dijimos- provocó una profunda huella en el espíritu de su discípulo, y tal vez aquella circunstancia, mucho más que su cuna y su aristocrático linaje¹², influyó en su desprecio a la democracia, que debía ser sustituida por un sistema selectivo de la inteligencia.

Platón no se satisface con las respuestas hedonistas o sensualistas de la realidad, que no dan cuenta más que de una apariencia de ella.

Platón quiere llegar a los intermediarios de las apariencias visibles, a los generales de las realidades inteligibles, en suma a los tipos generales que todos los seres particulares contienen o sugieren. Quiere llegar a la realidad eterna, a ese algo esencial en el que se fundan las leyes a que está sometido el mundo sensible.

Nos cuenta Platón, en el libro VII de *La República*, descrito por Marías sin restar la fuerza sobrecogedora de la narración platónica¹³, el mito de la caverna, que señala con elocuente objetividad la insuficiencia de la sensación fenoménica para alcanzar el conocimiento de la realidad.

El contenido del mito se reduce en lo esencial a lo que sigue.

Platón imagina unos hombres que se encuentran desde niños en una caverna, que tiene una abertura por donde penetra la luz exterior; están sujetos de modo que no puedan moverse ni mirar más que al fondo de la caverna. Fuera de ésta, a espaldas de ellos, brilla el resplandor de un

¹² Se atribuye a la madre de Aristocles, nombre propio de Platón -cambiado por este seudónimo en razón de su dilatado tórax y la amplitud de sus espaldas- estar vinculada familiarmente a uno de los treinta tiranos (Critias); su alcurnia se remontaba hasta el mismo Solón.

¹³ Marías, *op. cit.* p. 48.

fuego encendido sobre una eminencia del terreno, y entre el fuego y los hombres encadenados hay un camino con una pequeña tapia; por ese camino pasan hombres que llevan todo género de objetos y estatuillas, que rebasan la altura de la tapia, y los encadenados ven las sombras de esas cosas, que se proyectan sobre el fondo de la caverna: cuando los transeúntes hablan, los encadenados oyen sus voces como si procedieran de las sombras que ven, para ellos la única realidad. Uno de los encadenados, liberado de su sujeción, sale al exterior de la caverna y contempla la realidad exterior; la luz hace que le duelan los ojos, y apenas ve; el sol lo deslumbra dolorosamente y lo ciega. Poco a poco se va habituando; consigue ver primero las sombras; luego las imágenes de las cosas, reflejadas en las aguas; después, las cosas mismas. Vería el cielo de noche, las estrellas y la luna; al amanecer, la imagen reflejada del sol, y por último, tras un largo esfuerzo de entrenamiento, podría contemplar el sol mismo. Entonces sentiría que el mundo en que había vivido era irreal y desdeñable; y si hablara con sus compañeros de aquel mundo de sombras y dijera que no eran reales, se reirían de él, y si tratase de salvarlos y sacarlos al mundo real lo matarían.

Habíamos visto que la formidable aporía del mundo helénico era el ser de las cosas. Encontrar lo que acaso haya de inmóvil y eterno en las cosas mudables y perecederas.

Platón da a la cuestión un giro decisivo.

Platón descubre nada menos que el mundo de las ideas.

¿Qué quiere decir esto?

Platón encuentra -como sus predecesores- que las cosas propiamente no son. Si tomamos una hoja de papel blanco -que llamamos blanco-, encontramos que no es absolutamente blanca, que hay en ella también algo de gris o amarillo; si decimos que es rectangular, tampoco es exactamente rectangular, ya que sus lados no son totalmente rectos, ni lo son sus ángulos.

Por otra parte, esa hoja no ha existido siempre; hace algunos años no existía y probablemente dentro de un tiempo dejará de existir. Por lo tanto, *es* blanca y *no es* blanca. *Es* rectangular y *no lo es*. *Es* y *no es*, es decir que no “*es*” plena y verdaderamente.

Pero si consideramos ahora que *es* blanca y *no es* blanca, ¿qué queremos decir con eso? Que *es casi* blanca. Pero al decir que *es casi* blanca, le negamos su absoluta blancura, por comparación con lo que es blanco sin restricción alguna; pero para ver que una cosa no *es totalmente*

blanca, necesitamos saber qué es la “blancura” absoluta. Pero como ninguna cosa visible es *absolutamente blanca*, ya que no lo es la nieve, ni las nubes, ni la espuma, ello nos remite a algo distinto de toda cosa concreta, que será la *blancura* total.

Ese ser verdadero y distinto de las cosas es lo que Platón llama “*idea*”.

Si afirmamos algo acerca de una vaca, por ejemplo, nos encontramos con que hay muchas vacas, y que esas vacas que hoy encontramos no son permanentes, es decir, que no existían hace cincuenta años, ni existirán dentro de otros cincuenta. Si hablamos de una vaca blanca, esto no es absolutamente cierto, ya que tiene zonas negras, oscuras, patas de otro color, orejas pardas, etcétera.

Puede decirse, por tanto, que *predicamos unas “casi” propiedades de unas “casi” cosas*.

Platón se da cuenta de ello y esa es su genialidad; se desentiende entonces de la vaca negra, que es y no es, para buscar la *vaca verdadera*, ya que el hecho de que haya vacas aproximadas supone que debe haber alguna vaca verdadera.

Platón entonces pasa a realizar una doble tarea. Encontrar la *vaca verdadera*, y a partir de ella, dar cuenta de las vacas concretas, de las *casi* vacas, que ha predicado anteriormente.

“*Idea*”, pues, en lenguaje platónico, es figura, aspecto, forma, especie. *Idea* es lo que veo cuando veo algo. Cuando veo un caballo, lo veo como tal en la medida en que previamente tengo la idea de lo que es un caballo.

Este descubrimiento del modelo viviente, del ejemplar eterno de las cosas, es la *idea* con atributos de eternidad, es el principio que hace posible el concepto de humanidad y el que hace posible el de justicia, como cualquier otra cosa, y que no es sino la humanidad en sí misma o la justicia en sí misma.

Siendo la idea eterna e inmutable, siendo el principio de la existencia y del conocimiento, ya que conocer es ver todas las cosas en su unidad, en su pureza, podemos llegar a través de esta dialéctica a la “*idea de la unidad suprema*”, que consistiría en el enlace de todas las ideas. Por ello estimamos oportuno la consideración de este tema, sin aparentes conexiones con nuestro desarrollo expositivo. Porque a través de la suma de las ideas en sí mismas, como la idea de la Belleza eterna y la Justicia eterna, llegamos al conocimiento de la Idea de las ideas. La ética no es en Platón sino la aplicación de la “*Idea*” a la vida humana y por ello adquiere este tema relevancia para nuestro interés.

Los diálogos más importantes para nuestra disciplina son *La República* y *Las leyes*. Aquél, el trazado utópico de un Estado justo, libro de la juventud del sabio, en el cual sistematiza su doctrina jurídica y política. Éste, *Las leyes*, compuesto en la vejez del filósofo, que esbozando una reelaboración crítica de su propia doctrina, no traza ya el esquema de un ideal puro, sino que describe la transferencia de ese ideal a la realidad histórica en sus caracteres contingentes.

En *La República* expone un concepto virtuoso de la justicia. El utópico Estado allí trazado por Platón es un macrocosmos, en el cual sus diversas partes deben estar armónicamente ordenadas, como en el individuo, estableciendo un tránsito de la teoría del alma a la teoría del Estado.

A las tres fases, facultades o potencias del individuo (razón que domina, coraje que obra y sentidos que obedecen) corresponden tres estamentos en el Estado: los sabios que gobiernan, los guerreros que defienden el organismo social y los artesanos y agricultores que lo nutren.

Estas tres categorías o estamentos -como lo hemos denominado- no son ni clases sociales en nuestro concepto actual de ellas, ni menos aún castas hereditarias, sino grupos humanos abiertos, donde el cambio social, ascendente y descendente, se produce en razón de los méritos individuales. Es, como lo hemos dicho ya en alguna otra oportunidad, una verdadera aristocracia del talento, donde es posible llegar a estamentos superiores con inteligencia, estudio y esfuerzo.

Toda la construcción del utópico trazado platónico está elaborada teniendo en cuenta un fundamental primado de la colectividad sobre el individuo, lo cual lleva, tal vez impensadamente, a una a veces exagerada restricción de las libertades individuales. Sin embargo, donde más se advierten esas limitaciones, a causa de la ordenada programación de las actividades, es en la categoría de los sabios o magistrados, cuya vida está total y absolutamente regulada, razón por la cual puede afirmarse que el tan comentado comunismo de Platón es sólo un colectivismo de sentido político, determinado en razón del Estado y no en función de las actividades económicas de éste, donde la idea comunitaria se limita a los estamentos superiores que integran la vida pública, pero donde nada se regula respecto de los artesanos y labradores, que se desenvuelven libremente en el sector privado.

A cada uno de estos estamentos corresponde una virtud esencial -la ciencia o sabiduría para los sabios, la fortaleza o valor para los guerreros, la prudencia o templanza para artesanos y agricultores- y la justicia es la

que queda en el Estado y ofrece a todas las demás virtudes la posibilidad de nacer y que, nacidas, sobrevivan y actúen mientras ella exista.

En suma, la justicia es una virtud armonizadora, que permite la realización última del Estado por el cumplimiento de todas las otras virtudes que corresponden a los distintos estamentos que lo integran. Este sentido virtuoso de la justicia, que consiste en poseer y hacer lo que es propio de cada cual, está profundamente enraizado en el sentido idealista de toda la construcción del filósofo de la Academia.

La definición de la ley que se puede extraer del diálogo *Las leyes*¹⁴ se compone de dos elementos: de una parte, la ley debe ser “distribución racional” y de la otra debe serlo “por decisión común del Estado”.

5. EL SISTEMA DE ARISTÓTELES

No empece la dificultad de acceso a las fuentes de información directa y a las distintas fases que ha experimentado el desarrollo del pensamiento del filósofo hasta la exposición de un sistema maduro y definitivo; no obstante las notorias divergencias internas en el estudio de las obras producidas -señaladas especialmente por Jäger¹⁵-, es indudable que la filosofía helénica llega con Aristóteles a una altura en la especulación que no volverá a alcanzar jamás. No es capaz siquiera Grecia de mantener la reflexión filosófica a la altura que fuera llevada por el Estagirita, faltándole ya después comprensión para penetrar los problemas en la dimensión profunda en que habían sido analizados por Aristóteles, trivializándose en las escuelas postaristotélicas menores.

Es Aristóteles probablemente la figura más grande de la filosofía, no sólo por haber sido el creador de la lógica, que se mantiene hoy en los límites por él señalados, salvo dos o tres intentos de posterior talento en Occam, Bacon y Stuart Mill, sino por haber sido su genio inquieto el que, recorriendo casi todas las ramas de lo cognoscible, abrió el mayor número de caminos, por los que después de él transitó el conocimiento humano.

Nació Aristóteles en Estagira, el año 384 a.C., hijo de Nicómaco, médico del rey de Macedonia, y por cierto que se señala el hecho de la dominación de la filosofía griega por un Macedonio como el reflejo de la

¹⁴ cit. Mondolfo, *op. cit.*, p. 265.

¹⁵ Jäger, Werner, *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual*, trad. José Gaos, Fondo de Cultura Económica, 1946.

influencia de los pueblos del norte en contraste con la declinación y decadencia de Atenas. Veinte años fue discípulo de Platón, cuya influencia tiñe su formación filosófica hasta la formulación de su propio sistema.

Muere Aristóteles en el 322 a.C., el mismo año de la muerte de Alejandro y de Demóstenes, circunstancia que ha hecho decir a un historiador que en el mismo año Grecia perdió a su mayor gobernante, a su más extraordinario filósofo y a su más elocuente orador.

Vinculadas a nuestro tema, nos interesan la *Ética a Eudemo*, la *Ética a Nicomáco*, la *Política* y por último la *Gran Ética* o *Magna moralia*, obra esta última cuya autenticidad no se discute ya y se atribuye a un peripatético discípulo del maestro, pero que contiene un extracto de las obras anteriores. Jäger¹⁶, por su parte, ha demostrado la autenticidad de la *Ética a Eudemo*, atribuida por algunos a Eudemo de Rodas, discípulo de Aristóteles.

Distingue Aristóteles una justicia en concepto general, a la manera platónica, como una virtud perfecta, pero no en sentido amplio, sino relativo; relatividad que está enmarcada en la nota de alteridad, señalada por el filósofo: "Por eso resulta claro, en qué difieren la virtud y esta justicia: porque ésta es la misma, pero no idéntica por su esencia; sino que, en cuanto es relativa a otro, es justicia, y como un hábito determinado, es virtud"¹⁷.

Esta justicia en sentido amplio o general nos enseña que lo justo es el medio entre el hacer y el recibir injusticia.

En su significación particular, distingue Aristóteles una justicia distributiva, que se aplica a todo lo que se puede dividir en un Estado -las riquezas, los honores, las cargas- y que está basada en un criterio de igualdad entre desiguales. Partiendo de la base de la humana desigualdad, es necesario distribuir igualmente entre los desiguales, encontrando lo justo en una proporción geométrica.

Lo justo está en una relación entre cuatro términos por lo menos, y la relación debe ser la misma, porque deben diferir igualmente las personas y las cosas. Entonces, como *A* es a *B*, así debe *C* ser a *D*, y alternando, como *A* es a *B*, así *B* es a *C*¹⁸. De modo que la unión de *A* con *C* y de *B* con *D* proporcionan la justicia distributiva.

¹⁶ Jäger, *op. cit.*, p. 262 y sigs.

¹⁷ Mondolfo, *op. cit.*, t. II, p. 72.

¹⁸ Mondolfo, *op. cit.*, t. II, p. 73.

La justicia conmutativa surge de los cambios voluntarios o involuntarios, basada en una proporción aritmética. Esta justicia es sinalagmática y reguladora de las relaciones de cambio, debiendo encontrarse cada una de las partes de la relación en un mismo e idéntico pie de igualdad.

Advertimos en Aristóteles la colocación del tema de la justicia en el plano ético y no en el político, donde la había situado Platón. La justicia es algo entendido como propiamente ético, como un problema estrictamente jurídico, destacándose por primera vez la nota de alteridad, que luego será considerada como un dato diferencial en el mundo de la normación jurídica.

Incursiona también Aristóteles en el campo de la aplicación a lo concreto y real de las leyes abstractas y genéricas, señalando la necesidad de recurrir a un enmendador de la justicia, que es la equidad. La equidad es en Aristóteles un correctivo, idea ésta que no se mantiene en el pensamiento posterior, pero cuyo concepto mantiene, cuando enseña que es el criterio que debe regir la aplicación de las leyes genéricas adaptándolas a las singularidades de los casos particulares. Las leyes son formales y abstractas y en su aplicación requieren una maleable adaptación que permita atender a las específicas particularidades casuísticas. Compara este correctivo con la regla lesbiana, usada por arquitectos y escultores para medir las sinuosidades de los capiteles y objetos que querían mensurar. Así, la equidad es el corrector que permite la adecuación de la norma genérica al caso particular.

El pensamiento político de Aristóteles parte de la afirmación de que la sociedad es naturaleza, no convención. El Estado no es la resultante de un acuerdo voluntario -como esbozaran los sofistas, afirmaran los epicúreos y desarrollara luego el pensamiento moderno-, sino naturaleza.

El origen de la sociedad es la familia, cuya coalición integran las aldeas y la unión de éstas la polis, entendida como forma suprema de la comunidad. El fundamento original de la aldea es el vínculo de sangre, mientras que el germen de la polis es autárquico, bastándose a sí misma, derivándose de ello la famosa afirmación de que el hombre es un animal político (*zoon politikón*).

Es decir que, por encima de la común referencia a la sociabilidad en general, como imperativo de la naturaleza animal -trae Aristóteles el ejemplo de las abejas en la colmena-, el hombre es, no sólo social, sino también político y esto es una cualidad esencial de lo propiamente humano. En la autarquía de la polis, en su autosuficiencia, está la distinción

cualitativa entre la familia y la aldea, refutando allí el pensamiento platónico de la República, en cuyo trazado no se advirtió la diferencia y se dibujó al Estado como un macrocosmos.

Entre el Estado y el individuo levanta Aristóteles la vigorosa personalidad de las asociaciones y entidades intermedias, como las corporaciones y la familia. Acepta la esclavitud, como forma necesaria en razón de circunstancias ambientales y temporales; pero "si las cosas hicieran solas las cosas, el hombre no necesitaría esclavos".

Para finalizar con esta sintética referencia al pensamiento jurídico-político de Aristóteles, queremos hacer una mención del planteo polémico entre lo justo legal y lo justo por naturaleza en el Estagirita, tema este bastante intrincado, que no ha sido aún aclarado por los comentaristas de Aristóteles. Ante todo, es necesario destacar que no es ésta una idea genuina del filósofo, puesto que ya, en función de ella, los sofistas habían pretendido destruir la ingenua creencia en la pristina justicia de la ley.

Los sofistas contraponían a la justicia de la polis otra, invariable y natural: la justicia de la naturaleza.

La justicia no era para el griego el fundamento de la ley, sino que, a la inversa, era justo el hombre que adecuaba su comportamiento a las leyes.

La ley, según los sofistas, no era fruto de la razón, sino de la convención y nada tenía de racional. Así como para los griegos era repugnante comer el cadáver de los propios padres, para otros pueblos era repugnante la costumbre griega de incinerarlos.

Platón recoge en definitiva la actitud socrática de que es mejor padecer la injusticia que cometerla, proclamando con ella la supremacía de la ley (*Las leyes*).

Aristóteles acepta la distinción, pero esta supuesta antinomia no es tal, ya que la expresión naturaleza tiene en el filósofo un sentido sustancialmente diferente. Naturaleza es fin y la naturaleza de cada cosa es lo que esa cosa es después de su generación. Por tanto, hay en ella un logos, un principio inmanente que guía a la cosa. En consecuencia, la polis es también naturaleza, en cuanto es lo que es y, siendo la única comunidad autosuficiente y perfecta, es también naturaleza.

Esta concepción aristotélica encubre una ideología eminentemente conservadora, ya que intenta quitar a la distinción lo que de fermento revolucionario tenía en el pensamiento de la sofística. Un apólida (sin polis) es una bestia o un dios. ¿Qué clase de justicia es ésa que aspira a sustituir la de la polis, siendo que la polis es una organización política

natural? Admite en esencia la distinción, pero siempre que no se excluya de la ciudad lo justo por naturaleza.

No obstante las señaladas diferencias de sistemas, entre el pensamiento jurídico de Platón y el de Aristóteles, no hay duda alguna de que ambos estuvieron vinculados por la continuidad básica que significa el hecho de haber sido Aristóteles el más iluminado discípulo de Platón y haber nutrido ambos su pensamiento en la fuente común de inspiración de la Hélade.

El absolutismo de la moral, concebida en un mundo ideal ajeno a la razón, la jerárquica preeminencia del Estado al que subordinan todos los aspectos de la humana individualidad y la falta total de localización histórica de las doctrinas, elaboradas fuera del tiempo y del espacio, son caracteres comunes que muestran la marca indubitable del espíritu ateniense.

6. LA FILOSOFÍA HELENÍSTICO-ROMANA. EL ENGARCE CON EL PENSAMIENTO CRISTIANO

Aristóteles fue el maestro de Alejandro Magno. En su época se desborda la cultura griega de su cauce nacional y se incorpora a la corriente avasalladora que va creando una común vida del espíritu.

Helenismo, romanismo y cristianismo, son las tres etapas en las que, partiendo de la antigüedad, se ha desarrollado la cultura del devenir.

La ciencia griega constituye el elemento intelectual dominante de esta fusión. Se convirtió en el bien común de la antigüedad. Grecia pagó la realización de esa enorme tarea con la pérdida de su independencia política, dejándose absorber por el Imperio de Roma: al dispersarse por la cuenca del Mediterráneo, los griegos se convirtieron en los maestros del mundo.

La marca distintiva de la época helenístico-romana es la constitución y enseñanza de las ciencias particulares.

El aspecto teórico de las realizaciones de la filosofía griega encuentra en este período una significación práctica de la filosofía. La urgencia de una doctrina científica acerca de los objetivos de la vida humana y de un arte que garantizara la felicidad del individuo, llegó a convertirse en necesidad apremiante en una época en que la unidad de la vida humana griega se corroía, la religión se relajaba, la quebrantada organización política no impulsaba ya al sacrificio y el individuo se sentía abandonado a su propia suerte. Este predominio de la orientación práctica (no interesaba ya el saber por el saber mismo, sino la aplicación del saber a

la solución de los problemas para resolver el difícil arte de vivir) trajo consigo la dependencia de la filosofía respecto de las corrientes culturales de la época.

La pérdida de la supremacía política de Atenas, después del bloqueo y la rendición de Esparta (fines del siglo V a.C.) provocó la declinación del vigor de la filosofía griega, que tenía su asiento en Atenas.

Con la muerte de Sócrates (399 a.C.) el alma de Atenas casi murió con él, prolongándose sólo en su discípulo Platón.

La independencia de Atenas, en cuanto al gobierno y en cuanto al pensamiento, había sido irrevocablemente destruida. La dominación de la filosofía griega por el macedonio Aristóteles refleja el dominio en la política griega de los viriles y jóvenes pueblos del norte.

La muerte de Alejandro (223 a.C.) precipitó aquel proceso de decadencia. El sueño del joven emperador había sido desparramar la cultura griega por todo el Oriente. Pero no había contado ni con la apatía y la solidez del espíritu oriental, ni con la anchura y profundidad de la cultura de Oriente. No pasó de ser una jactancia juvenil creer que una civilización tan inmadura y titubeante como la de Grecia pudiera imponerse a una civilización inmensamente más extendida y enraizada en honorabilísimas tradiciones.

La cantidad de Asia se mostraba más opulenta que la calidad de Grecia. El propio Alejandro fue conquistado por el espíritu de Oriente. Se casó -entre otras esposas que tuvo- con la hija de Darío; acogió la corona y el atuendo real de los persas; introdujo en Europa la noción oriental del derecho divino de los reyes, y finalmente dejó atónitos a los griegos al anunciarles que él era un dios. Grecia se echó a reír y Alejandro se dio a la bebida hasta matarse¹⁹.

Esta sutil infusión del alma oriental en el fatigado cuerpo de Grecia halló campo propicio y fructífero en las bajas poblaciones de la Hélade, encontrando un suelo preparado en la Grecia decadente y desalentada.

La introducción de la filosofía "estoica" por el mercader fenicio Zenón no fue sino una de las tantas infiltraciones orientales.

Tanto el estoicismo como el epicureísmo, la apática aceptación de la derrota y el esfuerzo por olvidarla en el placer, eran sólo teorías para demostrarse a sí mismos que se podía ser feliz, aunque fuera bajo el yugo y la esclavitud; así como el pesimista estoicismo oriental de

¹⁹ Durant, Will, *Historia de la filosofía*, p. 19, Buenos Aires, 1961.

Schopenhauer y el desalentado epicureísmo de Renan fueron en el siglo XIX símbolos de una revolución fallida y de una Francia destrizada.

Los discípulos de Sócrates se dividieron en "cínicos" y "cirenaicos", bajo la dirección de Antístenes y de Aristipo respectivamente, y enalteaban los unos la escuela de la apatía y los otros la de la felicidad.

Perdida la gloria política de Atenas, ésta estaba ya madura para los sistemas de Zenón y Epicuro. Zenón fundó su filosofía de la apatía en el determinismo que casi no se distingue del fatalismo oriental. Aquella filosofía reclamaba su contraria, y aunque Epicuro fue en vida tan estoico como Zenón, se encargó de proporcionarla.

Los romanos, que fueron a despojar a la Hélade (146 a.C.), encontraron aquellas dos escuelas rivales dividiendo el campo filosófico y llevaron estas filosofías a Roma junto con los demás despojos.

Los grandes organizadores, como los esclavos, se inclinaron por las maneras estoicas. Es difícil ser amo o siervo cuando se tiene sensibilidad. Por eso casi toda la filosofía que adoptó Roma fue la de Zenón. Marco Aurelio, el Emperador, Epicteto, el esclavo y hasta Lucrecio, expusieron el epicureísmo en términos estoicos.

7. CORRIENTES POSTARISTOTÉLICAS

Estoicismo

Dentro del período que hemos denominado antiguo, estudiaremos esencialmente dos corrientes postaristotélicas, a partir de las cuales, como ya lo hemos señalado oportunamente, comienza el ocaso de la filosofía helénica, que no logra mantener la altura de la reflexión especulativa en los niveles a los que la habían llevado los grandes sistemas de Platón y Aristóteles.

El estoicismo, concepción que arranca del pensamiento de Zenón de Citia (pueblo de la isla de Chipre) y que recibe su nombre del hecho de haberse desarrollado su escuela en la *Stoa poikile* o Pórtico de las pinturas, está vinculada al cinismo y a las ideas moralistas de Sócrates. En la evolución de más de medio siglo de la escuela, desde su fundación en el año 308 a.C. hasta el siglo II d.C., se distinguen en la Stoá tres periodos: el antiguo, fundamentalmente ético y directamente vinculado a las concepciones socráticas; el medio, más sincrético, y el nuevo, en el que el estoicismo adquiere ya más los caracteres de una religión que los

de una tendencia filosófica. Cleantes de Asos es el más prominente discípulo de Zenón y Crisipo la cabeza más fecunda de la escuela.

La ética estoica, como la de sus predecesores los cínicos, es netamente sensualista, y el bien supremo que predicán es la felicidad, que consiste en la virtud, no en el placer, lo cual implica una incuestionable afirmación de generosidad.

El precedente aristotélico influye sobre el estoicismo en la concepción del alma, cuya esencialidad se manifiesta en la capacidad racional, gracias a lo cual pueden ahogarse las pretensiones impulsivas. En los impulsos ven los estoicos el antinaturalismo y en la razón la naturaleza, no sólo del hombre sino del universo en general. Las exigencias de la naturaleza, idénticas a las de la razón, están en conflicto con las de los sentidos.

Toda la moralidad estoica está enmarcada en la idea de lo bueno, que no es más que la armonía con la naturaleza. Lo bueno es una ley de valor normativo, entendida como principio universal.

La ética estoica no es, pues, otra cosa que la obediencia a la ley natural, el acatamiento al curso cósmico de la naturaleza. Si tenemos en cuenta, además, que la razón universal de los estoicos es la divinidad, tendremos que la obediencia a Dios y a sus leyes no es más que la sumisión a la naturaleza, de donde se infiere que sólo es buena la conducta de quien obra de acuerdo con la naturaleza humana, es decir, con la esencia del hombre.

No obstante las derivaciones que haya experimentado con el correr del tiempo la filosofía estoica, hay coincidencia en estos aspectos fundamentales: la vida debe orientarse en armonía con la razón y la naturaleza; es éste un deber que el sabio debe cumplir, una ley a la que debe someterse a pesar de sus inclinaciones sensoriales.

Y es casualmente este sentimiento de responsabilidad, esta estricta conciencia del deber, este reconocimiento de un orden superior, lo que constituye la espina dorsal de la doctrina y de la vida de los estoicos. Todo lo que no responda a estos principios será moralmente neutro. Lo que no se prescribe ni se prohíbe, es éticamente indiferente. Sólo lo bueno se exige incondicionalmente, y la maldad reside en querer lo prohibido. Pero, ello no obstante, se insertan algunas escalas de deberes intermedios. Puede quererse sencillamente "lo aconsejable, lo digno de desearse", aunque no esté imperativamente mandado.

Por este camino los estoicos han profundizado, partiendo de la conciencia del deber, la valoración del querer y el obrar humanos, llegando

a inyectar en el filosofía jurídica el concepto del deber. La comunidad humana es un imperativo racional (contra los epicúreos) y sólo en contadas ocasiones se la puede posponer al perfeccionamiento individual. El estado de comunidad es natural, donde también se advierte la influencia del precedente aristotélico.

El hombre es un ser social por naturaleza y el más inmediato de los vínculos sociales es la amistad.

El Estado ideal de los estoicos es cosmopolita (Zenón lo planea en paralelo polémico con Platón), rechaza todas las barreras de la nacionalidad o las que establecen los Estados históricamente constituidos, es una comunidad racional de vida de todos los hombres, un reino ideal de alcance universal.

Ello explica, a la vez, el poco interés de los estoicos en la política propiamente dicha.

Aunque el sabio puede participar en la vida estatal concreta, deben serle indiferentes todas las formas estatales conocidas y los Estados particulares históricamente dados.

Frente a la diversidad de Estados mantienen su idea de cosmopolitismo, consecuencia inmediata de aquel sentimiento de comunidad moral de vida de todos los hombres. Reclaman que se imparta justicia y filantropía a las clases más bajas, lo cual replantea la abolición de la esclavitud, postulada por la sofística y defendida por los grandes sistemas helénicos.

Es oportuno, por su vinculación temática con el cristianismo, separar el cosmopolitismo estoico de la unidad de los hombres que afirma Cristo, ya que la raíz de ambos planteamientos es totalmente diferente.

La hermandad de los hombres postulada por el cristianismo tiene su fundamento y principio en la paternidad común, en la circunstancia de que todos los hombres somos hijos de Dios y hechos a su semejanza e imagen.

No es éste el principio de unidad que vincula a los hombres en el predicado cosmopolitismo de los estoicos, sino solamente la naturaleza humana, que es común, y la superación de la ciudad como unidad política.

Cierto es, como lo han señalado algunos autores, que el estoicismo no concibió un derecho natural con validez universal y opuesto al positivo; sin embargo, aquella idea del deber que señalamos, que importaba afirmar que la esencialidad de la moral no estaba en su compatibilidad con los fines externos de la voluntad, sino en la concordancia con una ley, importa haber calado en profundidad en la idea del deber.

b) Epicureísmo

Vinculada a la escuela socrática de los cirenaicos, como la Stoá lo estaba a los cínicos, estas dos corrientes del pensamiento postaristotélicos, no obstante las diferencias que señalaremos, reconocen una fundamental identidad.

Aristipo de Cirene se encuentra enraizado desde sus orígenes en el pensamiento de Epicuro, orientando desde ese punto de vista toda su concepción sensualista del placer.

Aunque la opinión alemana más autorizada lo hace nacer en Samos, lo importante es que en Atenas, aproximadamente en el 306 a.C., fundó **Epicuro** la escuela que lleva el nombre de su jardín.

Fue un maestro de exquisito trato y el ideal de la urbanidad ateniense. La sensación es, para Epicuro, la única fuente del conocimiento y por tanto su sistema entroniza la belleza como principio de vida, inaugurando así una lógica sensualista, materialista. En esta comunidad de vida así fundada, aparece el principio hedonista como norma de comportamiento.

La felicidad, y por tanto la virtud, es la ausencia de necesidades, entre las que distingue las naturales, cuya satisfacción es absolutamente imprescindible para la existencia, y el hombre virtuoso debe satisfacerlas o no, según las circunstancias. Sólo eludiendo las tormentas de las pasiones es posible gozar del deleite de los bienes placenteros y alcanzar con ello la plena beatitud.

Nos interesa señalar, por su vinculación con nuestra disciplina, la negación epicúrea de que la comunidad de los hombres existe por naturaleza.

Todas las formas de asociación humana se fundamentan en los intereses utilitarios de los hombres, e inclusive las referencias epicureístas a la amistad, que es tan celosamente cultivada, carecen de la grandiosidad que tuvieron en Aristóteles y aún en los estoicos, y se reduce al aspecto egoísta del placer de cultivarse cada cual a través de la comunidad de trato.

El Estado político tiene para Epicuro origen en el interés individual, lo cual vincula este pensamiento con las ideas desarrolladas en la sofística, que van a culminar en el desenvolvimiento de las teorías pactistas del origen del Estado, en las escuelas clásicas del derecho natural, hasta racionalizarse en Rousseau y en Kant, dando origen al nacimiento del Estado liberal.

El Estado no existe por naturaleza, sino que es una creación

convencional de los hombres, que tiene como sustrato las ventajas que la asociación aporta. Se origina en un convenio basado en el deseo de no dañarse recíprocamente, lo que nos recuerda las ideas que más adelante expondremos de Hobbes y Pufendorf.

La sociedad estoica es una necesaria consecuencia del tránsito apresurado del hombre hacia la civilización, y las leyes nacen de la particular convicción del beneficio que se puede obtener en cada caso específico. No hay por tanto un pensamiento de justicia o injusticia en sí, sino que las leyes son sólo un vínculo para alcanzar la máxima dosis posible de placer y la mínima suma de dolor.

Ambas corrientes muestran la declinación del vigor de la filosofía helénica.

Terminamos nuestra referencia a este período helenístico-romano, fin de la antigüedad, con una mención de Marco Tulio Cicerón, no por la originalidad o profundidad de su pensamiento, ni siquiera por haber sido un fecundo transmisor de la filosofía helénica al patrimonio filosófico de la latinidad, sino sólo por haber sido elocuente orador, paradigma de los abogados de todos los tiempos.

Las fuentes de acceso a la información del pensamiento de **Cicerón**, en lo relacionado a nuestro tema, provienen fundamentalmente de su tratado *De Republica*, descubierto a comienzos del siglo XIX en un palimpsesto vaticano.

No hay en su doctrina la adhesión definida a ninguna de las direcciones hasta aquí expuestas, sino más bien la recepción de varias manifestaciones de pensamiento. La ley no es para Cicerón la resultante de la genialidad de un legislador, ni la consecuencia de la voluntad de los pueblos, sino que detrás de ella está la soberana razón de Dios, lo que nos ratifica la acentuación estoica de su formación.

III

EL PENSAMIENTO CRISTIANO

1. EL CRISTIANISMO

Si intentásemos una gráfica histórica, trazada por el pensamiento filosófico, podríamos señalar, hasta ahora, varios momentos culminantes en los cuales el resplandor es de tal intensidad, que alcanza a colorear toda una época.

La primera abscisa de nuestra gráfica se inicia con el escudriñamiento curioso sobre el mundo, “¿cuál es su esencia?”, y surgen las explicaciones cosmogónicas (fuego, aire, agua), hasta llegar a las doctrinas heraclitianas y de ~~pitagóricos~~ **pitagóricos**. No siendo el tiempo quien marque el eje de las coordenadas, a la brillantez del período presocrático, que tiene el ya señalado mérito del despertar original de la reflexión filosófica, le sucede la chispeante crisis de la sofística. Ya no es el mundo, sino el hombre, el objeto de la preocupación filosófica (subjetivismo e individualismo).

Sócrates colapsa la crisis, sienta las bases del bien y de la moral, anuncia la inmortalidad del alma y predica la obediencia a la ley. En la alternativa que se le ofrece, de obedecer u oponerse a la aplicación de la ley injusta, adopta el camino de la obediencia.

Los grandes sistemas de Platón y de Aristóteles cierran el ciclo sobresaliente del helenismo, llevando la gráfica a un abscisa pocas veces alcanzada por la filosofía hasta nuestros días. De allí se inicia su declive en las concepciones de los moralistas.

Se inaugura una nueva época para la vida humana, para la moral y el derecho, que nace en el mismo instante de la Redención. El nacimiento, o más precisamente, la muerte de Jesús dividió la historia. La cruz se alzó sobre el mundo como un púlpito de amor y desde entonces es posible hablar, como se ha dicho, de dos épocas: antes y después.

Esta división que marca el cristianismo en la historia de la humanidad, nos determina a considerar finalizada allí la primera etapa de la filosofía

occidental, no porque los inicios del pensamiento cristiano estén en la Edad Media.

El pensamiento medieval propiamente dicho comienza en San Agustín, que es el verdadero maestro de la Edad Media, y de su doctrina surge la filosofía de la Iglesia cristiana, que a través de su pensamiento, se nutre en la herencia de la filosofía griega. Por ello consideramos al cristianismo como una unidad espiritual doctrinaria, prescindiendo de las tradicionales divisiones históricas.

El cristianismo importa el nacimiento de un tercer término, en razón de que si bien con anterioridad habían existido otras religiones, todas ellas eran de carácter estatal y en consecuencia no podían surgir divergencias entre la moral religiosa, es decir, la voluntad de los dioses, y la voluntad del Estado a través del derecho positivo. El cristianismo sitúa a Dios por encima de los reyes y se dirige, sin su mediación, directamente al alma humana, como certeramente lo señala Du Pasquier²⁰.

La antigüedad griega y romana sólo habían conocido dos términos: el Estado y el individuo. El advenimiento de ese tercer factor da toda una fisonomía al período, que se pone en evidencia en el “dualismo”, en todos los aspectos de la vida. Desde el dualismo planteado por Agustín entre Roma y Babilonia (la ciudad del bien y la ciudad del mal), todas las manifestaciones de la cultura se exponen a través de una concepción dual. El alma y el cuerpo, la razón y la revelación, la legislación civil y la legislación canónica.

El problema que había sentido el griego y había determinado su filosofía era el “movimiento”. Platón lo traslada a las “ideas”. Y así como el eje de la filosofía helénica había sido por tanto la naturaleza cósmica del mundo, la sofística lo “individualizó”. El cristianismo va más allá y del hombre como naturaleza humana, la Creación atiende al aspecto de la “conciencia del hombre”.

Hay un aspecto más que queremos destacar en el desenvolvimiento de las ideas de este período que abarcamos en la genérica denominación del cristianismo. El retorno que sugiere desde las ideas filosóficas hacia el pensamiento religioso.

²⁰ Du Pasquier, Claude, *Introducción a la teoría general del derecho y la filosofía jurídica*, p. 257, Lima, 1944.

Todo el helenismo puede caracterizarse como un alejamiento de la reflexión filosófica de la religión. El período helenístico-romano y la declinación o decadencia de los grandes sistemas griegos, nos muestran claramente este proceso.

Allí se nos exhibe una escuela -el epicureísmo-, en la que se ha llegado a la mayor separación posible entre religión y filosofía, y también allí aparece otra doctrina -el estoicismo- que inicia el acercamiento hasta producir una simbiosis sumamente difícil de disolver, llegando al extremo de pretender absorber toda la filosofía en el seno de la religión, en las formas externas de las doctrinas del escolasticismo.

Surge, a través del cristianismo, una idea nueva y original, expuesta vigorosamente, que incide también en las concepciones naturalistas del pensamiento antiguo.

Nos referimos a la doctrina de la creación, origen y existencia del mundo y del hombre por obra de Dios, pero no de un dios a la manera platónica, mero principio activo del mundo, mediador entre lo finito y lo infinito; ni tampoco un dios consejero, al modo del Apolo del templo de Delfos.

Este Dios del cristianismo, legislador eterno y creador del universo, ha creado de la nada y ha legislado estableciendo la definitiva separación entre lo justo y lo injusto.

Es tradicional dividir el pensamiento cristiano en dos etapas. La primera de ellas, usualmente denominada de la “patristica”, que representa el movimiento especulativo de los Padres de la Iglesia, desde los comienzos de nuestra era aproximadamente hasta Carlomagno, comprende los ocho primeros siglos siguientes a la muerte de Jesús.

A este período, a su vez, se lo divide generalmente en dos épocas, separadas por el Concilio de Nicea, celebrado en el año 323. En la primera de ellas encontramos la personalidad de San Pablo de Tarso. En la segunda a San Agustín.

La segunda etapa, propiamente medieval, es la de la “escolástica”, en la que se destaca la personalidad de Santo Tomás de Aquino.

Creemos que las razones que han determinado esta clásica división son válidas desde un punto estrictamente teológico y aun desde una óptica generalizada de la filosofía, pero, a partir de nuestro interés, estrictamente jurídico-filosófico, nos cautiva más destacar los valiosos aportes del pensamiento de estas tres figuras estelares de la doctrina: San Pablo, San Agustín y Santo Tomás.

2. SAN PABLO DE TARSO

Es ésta una de las personalidades más extraordinarias del cristianismo y no en vano considerado como uno de sus hombres más geniales. Fue escritor fecundo e inspirado, autor de las epístolas a los romanos, a los corintios, a los gálatas, a los efesios, a los filipenses, a los colosenses, a los tesalonicenses, a Timoteo, a Tito, a Filemón y a los hebreos.

De la primera de ellas, la *Epístola a los romanos*, obtenemos su concepción acerca de la ley y los temas de nuestro estudio.

Cuatro son las distintas acepciones de la ley mencionadas en sus epístolas. La ley de Dios o ley eterna (*Romanos*: VII, 22-25), la ley de la razón o ley natural (*Romanos*: II, 14-15), la ley como norma de conducta o concepto general de ley positiva, y por último, la ley del pecado (*Romanos*: VI, 14). La ley natural es un reflejo de la ley eterna, radicada en la naturaleza racional del hombre y perfectamente separable de la ley positiva o del Estado.

En el pensamiento de San Pablo y en la doctrina desarrollada en sus epístolas, se encuentran sin duda las raíces del nominalismo expuesto en la alta Edad Media por Duns Escoto y por Occam. San Pablo es el apóstol de la libertad absoluta inmotivada de Dios, ha dicho Welzel²¹, y esta afirmación que enseña que la voluntad de Dios no tiene otro fundamento para querer lo que quiere que la sola circunstancia de que así lo quiere Él, no señala tampoco el camino de la arbitrariedad divina, sino la posibilidad de mostrar un Dios misericordioso para con la criatura humana.

Es imposible con estas ideas pretender fundamentar una explicación intelectual del obrar de Dios: es absurdo tratar siquiera de encontrar los cimientos valorativos del obrar divino. La justicia de Dios no tiene apoyos axiológicos susceptibles de humana ponderación: son decisiones inmotivadas cargadas de justicia, por la sola circunstancia de emanar de la voluntad divina.

Este -aún débilmente esbozado- primado de la voluntad sobre la razón en la doctrina pauliana, encuentra desarrollo en las doctrinas agustinianas y servirá más adelante de sostén a las corrientes franciscanas inglesas de la alta Edad Media, para fundamentar su posición de ataque al pensamiento de la escolástica aristotélica.

²¹ Welzel, *op. cit.*, p. 38.

3. SAN AGUSTÍN DE HIPONA

San Agustín (354-430) importa la síntesis de todo el pensamiento de la antigüedad, que de alguna manera incorpora su doctrina, influyendo decisivamente sobre las formulaciones de la escolástica. Por ello se ha dicho y repetido con razón que San Agustín fue el último hombre antiguo y el primer hombre moderno, indicando con ello que su vida y su pensamiento constituyen un trascendente hito de separación entre los desenvolvimientos de la antigüedad y su tránsito a la modernidad medieval.

Es, en suma, la respetuosa amalgama de lo antiguo y lo nuevo en un intento por conducir a un más esperanzado futuro. Toda su niñez y juventud estuvieron animadas de un acentuado paganismo. Sin embargo, se destaca en él una inteligencia clara y un espíritu inquieto, que en contacto con el neoplatonismo de Plotino y las predicaciones de San Ambrosio, lo llevan a la conversión (386), dedicando desde entonces su vida y su inteligencia a la defensa de la fe.

Fue, sin duda, una de las figuras más interesantes de su tiempo y del cristianismo. Toda la filosofía y la teología medieval ostentan la marca inconfundible que él les imprimió. Todo el espíritu cristiano está influido por él y los movimientos de la Reforma y la Contrarreforma recurrieron a su pensamiento y abrevaron en la fuente agustiniana.

San Agustín era africano -importante detalle-, como Tertuliano, hijo de aquella África romanizada y cristianizada del siglo IV, salpicada de herejía. En su formación educacional concurren dos influencias bien distintas. Su padre, magistrado pagano, hombre violento e iracundo, de encendida sensualidad, y su madre, a quien adora, de gran virtud y hondo espíritu cristiano.

Dos son los grandes temas de la filosofía agustiniana: Dios y el alma, siendo su tratamiento el primer intento de penetrar en la humana individualidad. Su siglo ve un mundo en crisis, pero en el que subsiste aún el Imperio romano. Nutre su pensamiento de la cultura helénica, ve el mundo con ojos paganos: pero lo encara desde una posición cristiana. Conoce y abarca ambos mundos, el pagano y el cristiano, y los penetra en lo más profundo y significativo de ambos. Este último hombre antiguo es el comienzo de la gran etapa medieval europea.

Entre sus obras destamos sus famosas *Confesiones*, expuestas no como biografía sino como un itinerario psicológico, y su obra maestra *De civitate Dei*, que contiene la esencia de su pensamiento político y jurídico.

A través de las lecturas de Plotino, incorpora a su doctrina la teoría de las ideas de Platón, considerando a éstas como conceptos eternos e inmutables de las cosas del mundo, de conformidad con los cuales ha realizado Dios la Creación. Estas ideas supracelestes platónicas, son situadas por San Agustín en la mente de Dios, hacia donde Él dirigió su mirada para realizar la Creación.

Toma del estoicismo y también de la doctrina paulina la célebre clasificación de la ley en ley eterna, ley natural y ley humana o temporal. “La ley eterna -*ratio divina vel voluntas Dei*²²-, razón o voluntad divina”, nos manda observar el orden natural y nos prohíbe perturbarlo²³.

Dios, en la Creación, da la ley eterna como principio regulador eterno e inmutable. La diáfana construcción de la ley eterna que asigna a cada individuo su finalidad, coordinando el todo armónico del universo, aparece referida en un bello pasaje de la *Ciudad de Dios*, el cual transcribimos en la nota²⁴.

La “ley natural” es la participación del hombre como criatura racional en el orden divino, equiparable al principio subjetivo de la justicia. Hay aquí un valioso tránsito del panteísmo estoico a un jusnaturalismo teocrático, principio que se desarrollará en esa línea, en el posterior desenvolvimiento cristiano del tema de la justicia. La ley natural es una reflexión de los eternos e inmutables principios regulativos de Dios.

La “ley humana o temporal”, que es el concepto de ley positiva mudable en razón de las circunstancias de tiempo y lugar, vale en la medida en que se ajuste a los principios de justicia establecidos por la ley eterna y sólo en tal caso tiene fuerza obligatoria.

La ley temporal es, pues, una consciente derivación de la ley natural,

²² Welzel, *op. cit.*, p. 64; donde se cita este concepto de la obra de San Agustín, *De libero arbitrio*, I-6, 14 y sigs., que es uno de los más importantes diálogos de la juventud de San Agustín juntamente con *De ordine*.

²³ Welzel, *op. cit.*, p. 64; aquí cita el autor otra obra de la vasta producción literaria de San Agustín, *Contra Faustum manicheum*, XXII, 27: “*ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari jubens perturbari vetans*”.

²⁴ San Agustín, *La ciudad de Dios*, cap. II del libro V: “El sumo y verdadero Dios, con su Verbo y el Espíritu Santo, cuyas tres divinas personas son una esencia, un solo Dios Todopoderoso, Creador y Hacedor de todas las almas y de todos los cuerpos, por cuya participación son felices todos los que son verdadera y no vanamente dichosos: El que hizo al hombre animal racional, alma y cuerpo. El que, en pecado el hombre, no le dejó sin castigo ni sin misericordia. El que a los buenos y a los malos les dio también ser con las piedras, vida vegetativa con las plantas, vida sensitiva con las bestias, vida intelectual

siendo consecuencia justa cuando sea una auténtica derivación de ella.

La clasificación expuesta nos muestra una escala descendente de los principios de eternidad e inmutabilidad, consagrados en la ley eterna, que racionalmente se derivan por participación humana en la ley natural, y que deben reflejarse en la ley temporal, para que ésta sea legítima.

Desde el punto de vista político, la tesis agustiniana importa una continuación de las ideas desenvueltas por Aristóteles y proclamadas enfáticamente después en la actitud cosmopolita de los estoicos.

El hombre es social por naturaleza, y es esta sociabilidad natural lo que lo conduce a la formación de la familia y a los agrupamientos de éstas en la formación de los Estados. El hombre tiene una natural tendencia a la sociabilidad que lo lleva a agruparse para asegurarse el orden y la justicia. Está superada hoy la interpretación pesimista del pensamiento político de San Agustín hecha por Jellinek y von Gierke, según la cual la agrupación de familias era un producto del pecado y el Estado casi una maldición bíblica. Actualmente, la interpretación válida del pensamiento político de San Agustín, es la que atribuye el Estado a la natural sociabilidad humana y que, aún conectada con la idea del pecado, pone el acento en la condición antes mencionada, que vincula más estas ideas con el jusnaturalismo moderno de las escuelas clásicas.

4. SANTO TOMÁS DE AQUINO. LA ESCOLÁSTICA

La escolástica -que debe su nombre al surgimiento y actividad de las escuelas conventuales y catedráticas- alcanza su máximo apogeo a través de la doctrina de Santo Tomás de Aquino (1224-1274).

sólo con los ángeles; de Quien procede todo género, toda especie y todo orden, proviene todo lo que naturalmente tiene ser, de cualquier género, de cualquiera estimación que sea; de Quien resultan las semillas de las formas y las formas de las semillas; y sus movimientos; El que dio igualmente a la carne su origen, hermosura, salud, fecundidad para propagarse, disposición de miembros, equilibrio en la salud; y El que, asimismo, concedió al alma irracional memoria, sentido y apetito, y a la racional, además de estas cualidades, espíritu, inteligencia y voluntad; y El que no sólo al cielo y a la tierra, no sólo al ángel y al hombre, pero ni aún a las delicadas telas de las entrañas de un pequeñito y humilde animal, ni a la plumita de un pájaro, ni a la florecita de una hierba, ni a la hoja del árbol dejó sin su conveniencia, y con una quieta posesión de sus partes, de ningún modo debe creerse que quiera estén fuera de las leyes de su providencia los reinos de los hombres, sus señoríos y servidumbres”.

Hasta ya bien entrado el siglo XII toda la formación escolástica era de rancia estirpe agustiniana, continuando y repitiendo con ello la tradición jusnaturalista inspirada en el platonismo.

Después de la mitad del siglo, el cristianismo se pone en contacto con la obra aristotélica, enterrada bajo las brumas de la antigüedad, que se convierte de pronto en una iluminación intelectual que provoca un cambio verdaderamente revolucionario de las ideas, en el que no faltan por cierto, como en todo cambio, los conservadores que se mantienen fieles a las tesis tradicionales y los reformadores que ven ahora al cristianismo iluminado a través de la nueva lente intelectual del aristotelismo.

Santo Tomás, a partir de cuyo pensamiento se dibujan los lineamientos definitivos de la doctrina cristiano-católica, que importa la más completa elaboración teológica realizada y la suma de la reflexión filosófica de su época, se proyecta en el tiempo, legando a las generaciones futuras hasta la actualidad, un verdadero sistema que ha gravitado profundamente sobre la humanidad. No hay en ese sistema, fuerza es admitirlo, genial originalidad. Hay sí una portentosa capacidad de síntesis y sistematización.

Toda la labor del Aquinatense es de un equilibrio extraordinario, que le permite acoger elaboraciones de las más variadas fuentes y hacerlas armonizar en un sistema sólo comparable a los grandes sistemas antiguos y modernos. Varias y fecundas son las fuentes para conocer los aportes de Santo Tomás a nuestra disciplina: sus famosos tratados *De la ley* y *De la justicia y el derecho*, y la no menos famosa *Summa theologiae*.

a) La teoría de la ley

Este aspecto de la doctrina del Aquinatense, desarrollado en su trabajo *De legibus* contenido en la *Summa theologiae*, tiene singular interés, habiendo hecho decir a Balme²⁵ que es un trabajo tan logrado, que a quien lo haya comprendido a fondo, nada le queda por saber en cuanto a los grandes principios que debe seguir el legislador en su tarea.

No se plantea Santo Tomás el problema de la necesidad de la existencia de las leyes, tema que sólo ligeramente es referido por el iluminismo jurídico y definitivamente planteado en las doctrinas científicas a partir de Savigny.

²⁵ Balme, Jaime L., *El protestantismo comparado con el catolicismo en sus relaciones con la civilización europea*, t. III, p. 53, 1843

Encuentra el origen etimológico de la ley, no en la expresión latina *legere* (leer), de donde la había hecho derivar Cicerón, ni en el *deligere* indicado por San Agustín, sino que sin desprestigiar esas etimologías, exige para la ley la del verbo latino *ligare* (ligar u obligar), estableciendo así el carácter vinculatorio o ligante de la ley.

Ley -dice Santo Tomás- "es una ordenación de la razón tendiente al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad", donde estarían señalados, inclusive en un orden de prelación jerárquica, los elementos razón y voluntad, que se debatirán durante la decadencia de la escolástica (*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgate*, I-II-9-90, art. 4º).

En las distintas especies de ley, donde se advierte la vinculación de Santo Tomás con los antecedentes cristianos antes mencionados -San Pablo y San Agustín-, se destaca, por su importancia y significación, la ley eterna, que importa, al decir de Cathrein²⁶, para el universo, lo que la gravitación newtoniana vino a ser después para el sistema planetario.

La ley eterna es la razón sabia de Dios, en cuanto dirige toda acción y todo movimiento, recurriendo en su conceptualización al "todo en el universo está ordenado" de la *Epistola a los romanos*, donde -dijimos- está lo más importante del pensamiento de San Pablo.

La ley natural es una participación de la ley eterna en la criatura racional, en virtud de la cual siente ésta una tendencia espontánea hacia su fin y su operación.

Es, usando otra expresión del doctor Angélico, la impresión en nosotros de la luz divina, que nos permite discernir claramente lo bueno de lo malo. Esta idea de ley natural, indisolublemente vinculada al concepto de ley eterna, importa un traslado de aquellos principios despojados de la idea de eternidad propia de Dios e incardinados en seres inteligentes y dotados de razón, lo cual señala asimismo, el sentido imperativo y obligatorio de la ley natural.

Esta ley natural es, para Santo Tomás, universal, cognoscible, inmutable e indeleble.

Ley humana no es término sinónimo de ley positiva, ya que si bien toda ley humana es positiva, no opera el principio contrario, en cuanto la ley positiva connota idea de contraposición a ley natural, mientras que la ley humana, además, señala el origen de la disposición.

²⁶ Cathrein, V. *Filosofía del derecho*. 5ª ed., p. 41, Madrid, 1950.

Hay, por tanto, leyes positivas que tienen su autor en Dios, aunque use al hombre para su promulgación; mientras que la ley humana emana directamente del hombre, revestido éste de poder civil o eclesiástico.

Hay una absoluta relación de derivación de la ley humana respecto de la ley natural, careciendo de valor las leyes humanas que sean discordantes de los principios de la naturaleza, ya que debiendo la ley ser expresión de la recta razón, tal rectitud se pone de manifiesto por su vinculación con la naturaleza. En cuanto a la obligatoriedad de la ley humana, Santo Tomás se plantea la posibilidad de determinar pautas objetivas para determinar su justicia o injusticia, en razón de su finalidad, de su origen y de su forma. Concluye que aquellas que no reúnan los requisitos de justicia establecidos, y sean en consecuencia injustas, carecen de obligatoriedad en el foro de la conciencia. Se abre en él, por tanto, el espinoso camino de la resistencia a esas leyes en cuanto violen los derechos de Dios o de la conciencia, no sólo admitiendo el derecho, sino imponiendo el deber de resistirlas, aun fuera de los límites de la pasividad.

b) *La teoría de la justicia*

En la teoría de la justicia de Santo Tomás es donde más se advierte la recepción del pensamiento aristotélico que mencionamos y donde se evidencia también el esfuerzo de sistematización ecléctica de Aristóteles, con la aplicación práctica de la jurisprudencia romana, prolijamente sintetizada por Santo Tomás.

Define la justicia, siguiendo la fórmula expresada por Ulpiano, débilmente modificada, como el “hábito por el cual con perpetua y constante voluntad es dado a cada uno su derecho”²⁷. En el enfoque de la justicia particular, es decir cuando la justicia ordena a otro, pero considerado individualmente, sigue las líneas ya señaladas en el pensamiento aristotélico, distinguiendo una justicia conmutativa, cuando la relación se da entre individuos dentro de una comunidad, y una justicia distributiva cuando se trata de la relación del cuerpo social con los miembros asociados. Esta justicia particular aristotélico-tomista, tiene, como precedente, la nota de “alteridad” como su característica esencial, y el principio de la “igualdad” como base de las relaciones vinculatorias.

²⁷ Santo Tomás, *Summa Theologica*, 2^o, 2^a ae., q. 58, art. 1^o, cit. Tomás Casares, en *La justicia y el derecho*, p. 32, Buenos Aires, 1945.

La originalidad o el aporte del Aquinatense al tema de la justicia es su desarrollo de la justicia legal o social, es decir, en cuanto la justicia ordena a otro, pero en cuanto lo considera no individualmente sino como miembro de una comunidad a la que sirve, donde, para utilizar el esquema elaborado por Cossio²⁸, se cierra el triángulo de la justicia.

“La justicia -dice Santo Tomás²⁹- tiene por objeto regular nuestras relaciones con otro considerado socialmente, en cuanto servidor de una sociedad y, por lo mismo, de todos los hombres que forman parte de ella. Es evidente que quienes viven en sociedad están con ella en la misma relación que las partes con el todo. Ahora bien, la parte, en cuanto tal, es algo del todo. De donde resulta que el bien de la parte debe estar subordinado al bien del todo. Es por eso, que el bien de cada virtud de las que nos conciernen personalmente, o de las que conciernen a nuestras relaciones con otras personas, debe ser referido al bien común, al cual nos subordina la justicia. Y según esto, los actos de todas las virtudes pueden pertenecer a la justicia, según que ordene al hombre al bien común”.

Distingue en la justicia, para lograr su plenitud, las partes subjetivas o especies de justicia -que son las analizadas precedentemente-, las partes integrales o integrantes de la justicia, que son hacer el bien y evitar el mal, y las partes potenciales o virtudes anexas a la virtud de la justicia.

Estas virtudes dependientes también se refieren “a otro”, pero en las cuales no se realiza plenamente la idea de la igualdad, integran casi un “derecho moral” paralelo al “derecho legal”. Imposible será “devolver” a nuestros padres sus desvelos, más difícil aún a Dios los atributos brindados. Allí se refiere Santo Tomás a la religión, a la piedad, a la veneración, a la gratitud, a la afabilidad y a otras virtudes que en la teoría moderna estudiaríamos en muchos casos como convencionalismos sociales.

La equidad, magistralmente explicada y expuesta por Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*, es considerada por Santo Tomás como la última puerta de acceso a la plenitud de la justicia. “Aunque acontezca que en algunos casos haya una falta por parte de la ley, con todo la ley es recta, porque aquella falta no se origina de parte de la ley, pues fue propuesta

²⁸ Cossio, Carlos, *Panorama de la teoría egológica del derecho*; en “Revista de la Facultad de Derecho” N° 13, p. 85 y sigs., Buenos Aires, 1949.

²⁹ Santo Tomás, *Summa Theologica*, 2^o, 2^a ae., q. 58, art. 5^o, loc. cit.

racionalmente, ni por parte del legislador, que habló conforme a la condición de la materia, sino que la falta proviene de la naturaleza del asunto. Pues tal es la materia de las cosas operables humanas que no guardan universalmente el mismo modo, sino que en algunos pocos casos cambian; como devolver lo depositado en sí es justo y bueno en la mayoría de los casos; con todo, en algún caso puede ser malo, si se devuelve la espada a un loco³⁰.

La equidad ordena dejar a veces las palabras de la ley, siguiendo lo que demanda la razón de la justicia y la utilidad común.

5. DECADENCIA DEL TOMISMO. DUNS ESCOTO Y OCCAM

Al finalizar el siglo XIII se inicia la decadencia de la filosofía escolástica, comenzando un largo período de languidecimiento que abarca los siglos XIV y XV.

Varias y de diferente origen son las causas que condicionan esta declinación, desde causas externas que no tienen su origen en la reflexión filosófica escolástica -como el Cisma de Occidente, las luchas entre el pontificado y el Imperio, la agitación social de Europa por las guerras entre Francia e Inglaterra y la peste que azotó un vasto territorio hacia el final del medioevo-, hasta causas íntimas que nacen del debate filosófico mismo dentro de la escuela.

Las dos figuras más importantes de este período, que jalonan este borde histórico entre el esplendor de la escolástica del siglo XIII y su decadencia, son las de los padres franciscanos ingleses, profesores de la Universidad de Oxford, Juan Duns Escoto y Guillermo de Occam.

El primero de ellos, fundador de la nueva escuela franciscana, genio dialéctico y crítico, nutre su concepción en la filosofía agustiniana y en las enseñanzas de San Anselmo, con las que se opone a la recepción aristotélica en el pensamiento tomista.

Este discípulo de San Francisco, que es llamado el filósofo del amor cristiano, inaugura una actitud religiosa que parte de la idea del amor a Dios. Esta doctrina, sin duda ajena a nuestra disciplina, es la raíz de su pensamiento en cuanto a la idea del derecho, la ley y la justicia.

Santo Tomás, acogiendo las ideas de Aristóteles, importa la consagración del intelectualismo griego, en oposición al voluntarismo ya

esbozado en Pablo y definitivamente postulado en Agustín. En el intelecto divino están las ideas prototípicas de lo que existe en el mundo de la creación, dando a la razón un papel definitivo en el conocimiento y solución de la problemática metafísica.

Para Santo Tomás, el decálogo de la ley mosaica es derecho natural, ya que todo el decálogo puede inferirse de principios supremos, participando en consecuencia de los caracteres esenciales del derecho natural, que son la invariabilidad, y su ilimitada validez.

Fiel a la tesis defendida, las soluciones que da el doctor Angélico a las contradicciones bíblicas que importan la abrogación individual de algunos de los mandatos de la ley mosaica, importa la ratificación de la tesis idealista.

La voluntad de Dios está indisolublemente vinculada a Su Sabiduría, y ésta, que es la sede de la ley eterna, es absolutamente invariable, tanto como su Voluntad, ya que siendo Dios la justicia, se negaría a sí mismo si derogara el orden de Su Justicia.

Entonces cuando el Antiguo Testamento nos trae la orden impartida por Dios a Abraham de sacrificar a su hijo Isaac, o el mandato a los judíos de llevarse consigo propiedades egipcias o a Oseas el de unirse a una prostituta, la contradicción es magistralmente resuelta por Santo Tomás, que demostrando la estirpe aristotélica de su lógica, ratifica la invariabilidad de la ley, señalando que en esos casos no ha habido mutación alguna del principio general, sino un cambio o mutación en el objeto de la acción.

La ley o el mandato no se aplican al caso singular, porque éste no es apto para recibir el precepto.

La escuela franciscana objeta agudamente la solución señalada por el escolasticismo a las contradicciones bíblicas, sosteniendo que no se había sustituido el precepto general por una orden particular, emanada de la voluntad divina, válida para el caso singular de que se trataba.

La violación del derecho natural queda por tanto desplazada del hombre a Dios, que sería su violador, pero ello nos enseñaría que el mandato divino está por encima de la ley eterna, más allá del derecho natural, consagrándose el triunfo del voluntarismo sobre el intelectualismo.

Duns Escoto significa la restauración de las doctrinas agustinianas, del primado del amor sobre el intelecto, e introduce en su concepción del derecho natural la noción voluntarista del Dios de San Agustín y de San Pablo.

³⁰ Santo Tomás, *Summa Theologiae*, 2^a, 2^a se., q. 120, art. 1^o, *loc. cit.*

Hay en Dios una coincidencia de justicia y poder con idéntica extensión, siendo la voluntad la que manda al intelecto, con una localización axiológicamente superior.

En realidad, el antitético pensamiento desarrollado podría circunscribirse a la fórmula que expresa, para Santo Tomás, que Dios quiere lo bueno, no existiendo en consecuencia incompatibilidad entre lo que quiere la voluntad y la idea de la bondad de Dios, mientras que para Escoto lo bueno es tal porque Dios así lo quiere, razón por la cual no se concibe ningún obstáculo a la infinita voluntad del Creador.

Sin embargo, es menester tener presente, que si bien la polémica voluntarista se debate en los términos expuestos, no menos cierto es que la tesis intelectualista de Santo Tomás no suprime la voluntad, sino que ambos son motores que mueven el obrar de Dios de conformidad con el fin propuesto.

La tesis del amor y la primacía de la voluntad determinan el rechazo, por impertinente, de toda cuestión que pretenda indagar acerca de la justicia del obrar Divino.

El decálogo, pues, que para Santo Tomás era integrativo del derecho natural, queda en ese carácter reducido sólo al precepto que prohíbe odiar a Dios, ya que el mandato de amor se opone a la realidad, en cuanto no resulta posible mandar a amar incesantemente y por doquiera a Dios. Sólo la primera tabla del decálogo es derecho natural: el resto de los preceptos por él mandados son mandatos sociales, susceptibles de alteración por la voluntad de Dios.

La estructura medieval que sustituye al paganismo antiguo, se instituyó penetrando sus profundas raíces más hondo que en la superficie aparente de las cosas, y su fecundo horizonte fue marco adecuado para la elaboración jurídico-política de los tiempos sucesivos. Allí se sientan algunas premisas germinales de un verdadero racimo de instituciones sociales, jurídicas y eclesiásticas, sobre las cuales se alzó el edificio de Europa, que, prácticamente, es tanto como decir del mundo occidental moderno.

IV

EL DERECHO NATURAL MODERNO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Muy sumariamente pretendemos esquematizar los antecedentes históricos de este movimiento doctrinario, para circunstanciar temporalmente ese grupo de corrientes de pensamiento abrazadas con la convencional denominación que hemos utilizado para titular el capítulo; movimiento que también ha sido llamado escuela clásica del derecho natural, derecho natural profano, o concepción iluminista del derecho.

La escuela clásica del derecho natural es un producto de la Edad Moderna y este tránsito temporal a una nueva era en la civilización humana nos permite un instante de detención en otro intento de sintética retrospectiva histórica.

Nos precede en el tiempo toda la civilización filosófica de la Hélade, que comenzando con la indagación curiosa sobre el mundo, a través de respuestas de carácter cosmogónico, alcanza una magnitud impresionante en los sistemas de Platón y Aristóteles, cerrando este ciclo deslumbrante las formas del estoicismo y del epicureísmo. Aquí -como acertadamente lo señala Marías³¹ en su *Historia de la filosofía*- asistimos al germinar de la filosofía con una pureza virginal que nunca se repitió ni podrá jamás repetirse, porque esta etapa inicial, de más de mil años, no tiene a sus espaldas ninguna tradición filosófica. La filosofía griega emerge de la situación concreta del hombre al que no le ha sido dado el ingrediente filosófico.

El segundo ciclo de la reflexión filosófica se inicia en el momento mismo de la Redención.

³¹ Marías. *Historia de la filosofía*. loc. cit., p 9.

Durante toda la Edad Media, el conocimiento manaba de las fuentes del dogma cristiano, y fue la Iglesia el centro de la vida europea.

Esta pretensión totalizante de la Iglesia es la que en alguna medida va signando la crisis de la teología. El protestantismo afirma el dogma de que Dios gobierna el mundo, pero creando la levadura del individualismo, ya que permite al hombre formar su propia opinión acerca de las leyes y principios con arreglo a los cuales Dios dirige los destinos de la humanidad.

Este ataque contra la jerarquía, iniciado en el siglo XVI, dirigido en lo teológico contra la Iglesia pontificia a través de la Reforma, encuentra en lo político su oposición al feudalismo, enfrentando al Imperio con los principados. En el campo económico arrasa contra el sistema feudal y todas las formas de coacción medieval (servidumbre, gremios). En materia política, ataca los fueros y privilegios de la nobleza feudal.

El poder del Imperio se quiebra, empiezan a nacer las naciones, y comienza la preocupación teórica por el Estado. Se destruye, por fin, el sentido de universalidad de la cristiandad política y emerge la concepción de las ciudades.

Y así como la teología protestante aceptaba el camino de la humana razón para descubrir los senderos trazados por Dios, en el terreno del jusnaturalismo los juristas sostienen que se puede descubrir el derecho por la razón y sólo por ella.

Así como el signo que marca el tránsito de la antigüedad al medioevo fue la motivación religiosa, que dibuja una imagen supranatural de la realidad a través de la Divinidad, el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna importa una inversión de este enfoque. El principio ordenador de la naturaleza es aquí “la razón”, pero una razón que no puede desprenderse de la trascendencia de las ideas tan arraigadas en el medioevo, y es entonces una “razón absoluta”, una “razón que es todo lo que es”.

Estamos en el Renacimiento. Aparece el humanismo con su amor por lo antiguo, por lo griego y lo romano. Este humanismo se enlaza con el nuevo sentimiento de religiosidad, en la reforma luterana.

El interés por la naturaleza trasciende de su propia esfera y el hombre busca en ella la respuesta que en el medioevo le brindara la teología. Busca un derecho natural, una religión natural, una moral natural, un naturalismo humano que le pertenezca por el sólo hecho de ser hombre. Un materialismo, en suma, que esté más allá de la gracia. La actitud renacentista fue sin duda un renacer del individuo que negó toda tutela o

vinculación con algo que pudiera ampararlo, proclamando su derecho a dictarse su propia norma de vida, adecuarse a su propia ley y agotar su propio destino frente a la eternidad.

El hombre no es ya el eslabón de una cadena que lo hacía obligado miembro de algo, sino que arma su propio yo para enfrentarse a la elaboración de su propia dicha.

Y en esta afanosa búsqueda, el hombre se contenta con la última satisfacción de ser solamente hombre; quiere ser hombre, bastarse a sí mismo y mandarse solo.

Difícil será situar con claridad el sentido de la especulación jusnaturalista del clasicismo, sin clarificar la idea de “naturaleza”, distinta del concepto con que nos manejamos en la actualidad. Cassirer -citado por Sebastián Soler¹²-, en una de sus más penetrantes observaciones, nos enseña que naturaleza, en el pensamiento iluminista, no significa el ámbito del mero ser físico, del cual se deba distinguir lo que es psíquico-espiritual. A la naturaleza pertenecen todas las verdades susceptibles de una motivación puramente immanente que no tienen necesidad de una revelación trascendental, sino que son por sí ciertas y evidentes. La naturaleza de las cosas de que habla Montesquieu, existe tanto en lo posible, como en lo real, en lo pensado como en lo efectivamente existente, en lo físico como en lo moral.

El Renacimiento se nos aparece, por tanto, como un ataque a la construcción cultural medieval; la restauración, el renacimiento de la antigüedad. Y tal vez sea a causa de esa posición conflictiva del movimiento renacentista, que en la apresurada búsqueda de lo antiguo y lo griego en las hermosas páginas del estoicismo, llenas de dignidad y de nobleza, olvidaron el Aristóteles que latía en la escolástica, y es por ello que el juicio de la historia les imputa falta de precisión y de rigor.

Hay también un aspecto que considerar, paralelo a esa actitud de ataque a la Edad Media, menos visible, pero más auténtico y de más profundas raíces y que, en gran medida va a condicionar el sentido filosófico de la modernidad: Descartes, que no rompe, sino que continúa la íntima dialéctica de los problemas filosóficos medievales.

Será a la luz del cartesianismo, y no a través del antiescolasticismo de la Ilustración, que podremos juzgar la concepción del clasicismo jusnaturalista, ya que todos los pensadores que han construido la moderna

¹² Soler, Sebastián. *Ley, historia y libertad*. 2ª ed., p. 56, Abeledo-Perrot, 1957.

filosofía, Leibniz, Bacon, Hobbes, Locke, Grocio, Pufendorf, sin olvidar, por cierto, ni a Descartes ni a Galileo, habían recibido una formación escolástica y aunque se vuelven violentamente contra la enseñanza recibida, mantienen una indudable conexión de ideas con el escolasticismo.

Por eso es correcto afirmar que ninguno de los representantes de esta escuela, calificados de defensores del derecho natural racional, encuentran que la razón sea el único camino para la exploración del derecho natural, rechazando los caminos de la revelación.

Hay una más estrecha concordancia entre el derecho natural católico y el derecho natural protestante. Hay concordancia y coincidencia en la afirmación de reglas jurídicas eternas e inmutables, creadas por Dios y reveladas al hombre, cognoscibles por medio de la razón. Sólo que, mientras el catolicismo cree en la interpretación auténtica que de las Sagradas Escrituras formula la Iglesia, el protestantismo proclama el libre examen.

Tal vez sea por razones didácticas más que por otras causas que vamos a distinguir, con Bodenheimer³³, tres períodos en el desenvolvimiento del derecho natural moderno.

En la primera época, que coincide con esa postura de emancipación de la teología medieval y del feudalismo, inmediatamente después de la Reforma y el Renacimiento, encontramos como sus representantes más destacados a Grocio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Tomasio, Wolf.

Una segunda época, que corresponde a las opiniones de Locke y Montesquieu, cuya dominante fue la tendencia a garantizar los derechos naturales de los individuos contra las indebidas invasiones del absolutismo gobernante.

Y en las postrimerías de la escuela, que según Bodenheimer caracterizan el tercer período, se pone el acento en el elemento racional, con Rousseau en lo político, que importa el antecedente de Kant, aunque ya esta época está presidida por la razón como el máximo valor del individuo y de la humanidad y marca el advenimiento de una concepción más racionalista como base de la humana naturaleza, desprovista de los ingredientes empíricos y contingentes que apreciábamos en los anteriores períodos.

Finalizada esta introducción, en la que hemos pretendido circunstanciar históricamente el nacimiento de esta corriente de pensamiento y dividido

su evolución, nos referiremos sucintamente a los que pueden considerarse como sus postulados esenciales y genéricos, sin perjuicio de referirnos después, también brevemente, a los aportes de cada uno de los más destacados representantes de la escuela, en lo que tengan de valioso para la evolución de la ciencia jurídica.

En líneas generales, ¿en qué consistía ese derecho postulado por la escuela, eterno y natural?

El auténtico derecho es el “derecho natural”, y el derecho positivo, de humana fabricación y que el hombre recibe históricamente, debe ceder frente a aquél, que es descubierto por el camino de la razón.

Para encontrar ese “derecho natural” es imprescindible hallar lo auténticamente humano en estado de pureza, ya que se cree que el proceso histórico ha transformado al hombre degenerándolo. Hay, por lo tanto, que encontrar la esencia de la naturaleza humana, antes de que la historia hubiera puesto sobre ella sus pecadoras manos. Hay que encontrar al hombre en estado de naturaleza.

Y aquí, en esta búsqueda de la naturaleza humana pura, sin agregados ni artificios, proyectada absolutamente hacia una “idealidad”, se “materializa” la concepción, en la creación de una supuesta situación histórica, en la que el hombre no había sido todavía deformado.

Aquella magnífica edad de oro, en la que el hombre vivió en una época previa a la existencia del Estado, donde, sin leyes ni autoridad, estuvo librado a sí mismo, como en un estado extralegal o prelegal, es su “estado de naturaleza”.

No hay coincidencia entre los autores sobre las características de ese estado de naturaleza, descrito de las formas más variadas y con un pretendido trasfondo histórico, para que adquiriera visos de realidad con todos los aportes que pueda brindar una fecunda imaginación y una pródiga fantasía.

Pero en un momento determinado, este estado natural fenece y los hombres resuelven abandonarlo, para entrar en el estado societario, tránsito que se opera merced a un pacto o contrato social, por el cual los hombres se obligan a una convivencia pacífica y de mutuo respeto y se subordinan al gobierno que ellos mismos designan. Este doble pacto, de “unión”, entre ellos y de “sujeción” al gobierno por ellos designado exalta la personalidad del ciudadano, que pasa al primer plano en la vida política del Estado, y se pone de relieve que el poder político es emanación del pueblo.

Se gesta entonces en lo político la teoría del “contrato social”, de la que se encontraban algunos gérmenes en la sofística y en el sentido utilitario del pacto epicureísta, teoría que adquirirá un lugar preponderante en la filosofía del derecho, especialmente hasta fines del siglo XVIII.

Por dicho contrato el hombre transfería a la sociedad cierta parte de sus derechos y de su libertad, para que la sociedad le asegurara la protección de su vida y de su propiedad frente a los demás. Pero los derechos básicos del individuo -vida, libertad, propiedad- no podían ser disminuidos por la sociedad, ya que esos derechos los había dado Dios, anteriores a toda sociedad, insitos a la humana naturaleza e inalienables. Conforme a lo anticipado, veamos los aportes de los más destacados representantes de la escuela en los dos primeros períodos señalados.

a) Grocio

Huig de Groot, Hugo Grotius o Grocio (1583-1642) ha disputado sin ventajas, con Francisco de Vitoria (1486-1546) el mérito de ser el fundador del derecho internacional. Como pretendido innovador en la disciplina del derecho de la navegación, ha merecido del algún autor estas palabras: “no tiene sino el valor de un estudio hecho de segunda mano, tomando a préstamo de la sabiduría española” (refiriéndose a Vazquéz de Menchaca), cuya fama de ser el padre del derecho natural ha empalidecido hoy decididamente. En su obra más famosa, *Derecho en la paz y en la guerra* (*De jure belli ac pacis*, 1625), prepara el terreno para el advenimiento de la doctrina, separando la ciencia del derecho de la teología y de la religión y postulando la existencia de un derecho natural que tiene su fuente en la naturaleza humana y que existiría aunque no hubiese Dios o Él no cuidase de las cosas humanas.

El rasgo más saliente de la naturaleza humana era la tendencia del hombre a convivir pacíficamente impulsado por su apetito de sociedad, que importa la búsqueda de una comunidad pacífica y racionalmente ordenada y donde algunos han querido encontrar un último residuo de la metafísica teológica del derecho natural escolástico.

El derecho natural es definido por Grocio, en la obra citada, como el “dictado de la recta razón, que nos indica que una acción, por su conveniencia o no conveniencia con la misma razón natural, es mala moralmente o posee una necesidad moral y que por ello Dios, como autor de la naturaleza, la ha prohibido o la ha ordenado”.

Esta noción, ónticamente vinculada a la noción de moralidad, está teñida de una concepción más individualista, y el derecho natural tiene vigencia aun suponiendo la inexistencia de Dios o la despreocupación de la divinidad por las cosas humanas. El derecho natural se nos muestra así como algo conceptual, donde la contraria voluntad divina nada puede hacer, como tampoco podría hacer nada para cambiar que la suma de los ángulos de un triángulo equivalga a dos rectos. Opone al derecho natural un “derecho voluntario”, cuyas reglas no podían inferirse de principios inmutables por mecanismos de razonamiento, sino que era derivado de una voluntad -divina o humana- y por lo tanto variable con ella.

Este derecho voluntario que carece de la inmutabilidad y autonomía del derecho natural, tiene dos fuentes distintas: Dios o los hombres. Cualquiera de ellos, al arbitrio de su voluntad, puede modificarlo. El derecho divino obliga a quienes se encuentran voluntariamente sometidos a Dios. El derecho humano comprende el derecho de la ciudad o positivo interno emanado del poder civil; el derecho de gentes, al que dedica los más fecundos aportes de su originalidad, y una tercer forma híbrida originada de fuentes diversas que reúne grupos de derechos y preceptos paternos.

b) Hobbes

Tomás Hobbes (1588-1679), parte de un supuesto empírico totalmente diferente, ya que según él, el hombre no es naturalmente social y gregario, sino egoísta y malvado, y en estado de naturaleza el hombre es el lobo del hombre, y más lobo aún que los lobos puesto que ni siquiera tiene las condiciones de gregariedad que caracterizan a esta raza animal (*bellum omnium contra omnes*); la única medida de lo justo era el provecho; pero el instinto de la conservación humana lleva a los hombres a buscar y encontrar medios para acabar con ese desgraciado estado de naturaleza. Los principios no son otros que los postulados del derecho natural y son definidos por Hobbes como “el dictado de la recta razón que hay en nosotros, acerca de las cosas que hay que hacer u omitir para la conservación constante de la vida y los miembros”. El Estado es para él, una institución colectiva nacida del temor, destinada a reprimir las fuerzas destructoras del hombre. Su meta es proteger a todos contra todos; porque tiene el deber de proteger al individuo, posee el derecho de mandarlo¹⁴.

¹⁴ Weizel, Hans, *Derecho natural y justicia material*, p.147, Madrid, 1957.

Se nos muestra así Hobbes como un teórico del autoritarismo, por lo cual no faltó quien agradeciera que después de Hobbes surgiera en Inglaterra un Locke.

Sin embargo, todo el propósito de Hobbes está orientado a probar que la violación de las leyes positivas no puede quebrantarse ni menos aún disculparse bajo pretexto alguno, y así lo declara en su *Leviathan*.

La preocupación de Hobbes, que nutre su pensamiento en el nominalismo aprendido en Oxford, es encontrar a través del derecho natural un derecho positivo que cumpla una efectiva función ordenadora y evite el permanente peligro de un retorno al estado de naturaleza y con él a la lucha y la guerra.

El derecho positivo debe asegurarnos un orden coactivo que supere por lo menos el caos del estado de naturaleza y ello puede lograrse sólo a través de la fuerza. Hobbes, en su incansable búsqueda de los conceptos básicos de la justicia y del Estado, parte de la esencia misma del ser humano. Negado el supuesto altruismo natural del hombre, caracteriza a éste como un ser belicoso, en una actitud conflictiva contra todos, rapaz y dañino. El orgullo y la vanidad son los motores que mueven las acciones humanas, que necesitan de otros hombres, respecto de quienes deberá hacerse temer o estimar. Estas son las bases esenciales del pacto:

“La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados), es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica, es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra, que tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya, y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de la naturaleza... Las leyes de la naturaleza son por sí mismas, cuando no existe el temor hacia un determinado poder que motiva su observancia, contrarias a nuestras pasiones naturales, las cuales nos inducen a la parcialidad, al orgullo, a la venganza y a cosas semejantes. Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre en modo alguno”³⁵.

³⁵ Hobbes, Thomas, *Leviatán o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, parte II, cap. XVII, p. 137; Fondo de Cultura Económica, México, 1940.

c) Spinoza

Baruch Spinoza (1632-1677), o Benedicto Spinoza como trocó su nombre después de su expulsión por los dignatarios de la Sinagoga, circunstancia esta que apuntamos solamente para entender que, no obstante la aparente tranquilidad con que fue acogida por el filósofo, creemos que la desconsoladora soledad en que sumió su vida fue una de las causas condicionantes de su postura filosófica.

Los términos del naturalismo de Spinoza, a quien Renan llamó el más grande judío de los tiempos modernos y uno de los más destacados filósofos de la época, la realidad subyacente en su sistema, tan básicamente distinto y que cala con una profundidad metafísica a la que no llegó ninguno de los representantes del clasicismo jusnaturalista, por ello nos detendremos un instante más en su estimación, es la “sustancia”.

“Sustancia” no se refiere a la materia que constituye una cosa -como cuando afirmamos que el mármol es la sustancia de una estatua-, sino que tiene un sentido más próximo al escolasticismo identificado con el ser íntimo, esencial de las cosas. La sustancia es “lo que es”, eterno e inmutable, siendo todas las otras cosas, sólo modos o formas de ésta.

La sustancia, identificada con la naturaleza y hasta con Dios, es concebida a la manera de los maestros medievales, en un doble aspecto o función: como *natura naturans*, o proceso activo y vital de la naturaleza, con un sentido productor; y como *natura naturata*, o proceso pasivo, resultado, producto de la anterior. Aquella, la productora, importa una total y absoluta identificación entre “sustancia”, “naturaleza” y “Dios”. Esta segunda no se identifica en el proceso creador con aquéllas.

Estos principios inciden fundamentalmente en su sistema ético, afirmando gracias a esa dicotomía previamente establecida, en un párrafo de su *Ética*, que el bien y el mal no “importan nada positivo en las cosas en cuanto consideradas en sí mismas”; no son sino modos de pensar o nociones que formamos al comparar unas cosas con otras. Porque una y la misma cosa puede ser al mismo tiempo buena y mala, incluso indiferente; por ejemplo, la música es buena para el melancólico, mala para el afligido, y para el sordo ni buena ni mala”³⁶.

³⁶ Esta afirmación, que importa un enjuiciamiento ético de una manifestación estética, tal vez no sea el más destacado acierto de Spinoza, pero es válido para señalar un avance en el pensamiento desarrollado hasta la época.

Del *Tratado político* de Spinoza, donde encontramos sus más preclaros aportes a la teoría del derecho natural y del Estado, inconcluso por haberlo sorprendido la muerte durante la redacción del capítulo de la democracia, que queda así trunco con el solo débil esbozo de algunas ideas, extraemos el párrafo que a continuación transcribimos: “La ley y la ordenación de la naturaleza bajo las cuales han nacido todos los hombres y viven en su mayoría, únicamente prohíben lo que nadie desea ni es capaz de hacer y no se oponen a la lucha, al odio, a la cólera, a la traición o en general a lo que requiere el apetito”.

Ello fuerza al hombre a la asociación por medio de Estado, donde se advierte una limitación de los derechos individuales, de forma tal que el ejercicio de sus respectivos poderes esté limitado por la igual libertad de los demás. Se pierde así el derecho a la violencia, pero nos aseguramos definitivamente contra la violencia que los demás puedan ejercer sobre nosotros. Aparece así la finalidad del Estado, no como el cumplimiento de un imperativo de dominación. “El fin último del Estado no consiste en dominar a los hombres, sino en librar a cada uno del temor y hacer que pueda vivir y obrar con toda seguridad y sin daño para sí mismo y para sus semejantes”.

Se han comparado ha menudo las teorías políticas y jurídicas de Hobbes, de quien dijimos que se lo había señalado como el teórico del autoritarismo, con las de Baruch Spinoza. Hay ciertamente alguna semejanza, pero hay también profundas divergencias. La coincidencia teórica estaría en la descripción del estado prelegal de naturaleza, en que el derecho de un individuo se extiende hasta donde llega su poder. El odio, la envidia y la guerra son las características de ese estado natural que el hombre debe intentar superar. El poder de la razón lleva a los hombres a abandonar ese estado de naturaleza y a constituir un estado que ordene sus vidas de modo racional y pacífico, otorgándoles a cambio de autoridad, paz y seguridad.

Hasta aquí la similitud es indudable, pero el sendero de Hobbes lo separa de Spinoza, en cuanto a los fines del Estado y a las formas de gobierno. La función del Estado, según Spinoza, no se agota, como en Hobbes, en el mantenimiento de la paz y la seguridad, sino que agrega, como ingrediente necesario de la finalidad del Estado, la libertad. El soberano de Spinoza está limitado por el derecho natural y si deja de lado un dictado de la razón, viola una ley de la naturaleza, la que le ha dado su propia existencia.

d) Locke

John Locke (1632-1704), nació en Wrington, condado de Bristol, al sur de Inglaterra, y se educó en el colegio de Westminster en Londres, ingresando en el Christ Church, uno de los más afamados colegios de la Universidad de Oxford, donde, finalizados sus estudios, continuó en él sus enseñanzas y amplió su formación estudiando medicina e investigación científica. Locke fue siempre un creyente sincero, considerando a la fe un complemento de la razón. Su obra fundamental fue, sin duda, el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, cuya primera impresión en tres volúmenes reconoce patria en Londres en 1714 y ha completado sólo allí más de cien ediciones.

La múltiple y variadísima actividad de Locke, que ha hecho que sus obras abarquen los más diversos campos de la producción intelectual, impide reproducir en esta cita un catálogo detallado de ellas. Mencionaremos, sólo por su importancia y por su vinculación al tema de nuestro estudio, *Dos tratados sobre el gobierno*, obra aparecida en forma anónima; el primero de ellos, en respuesta al Patriarca de Filmer; el segundo, como un estudio histórico político, dedicado principalmente a defender el cambio de dinastía y esencialmente, a echar las bases de la doctrina liberal del Estado. La concepción política de Locke está edificada fundamentalmente en la idea de libertad, lo que lo convierte en el apóstol del liberalismo y es a partir de esa concepción que arrastra todas las virtudes y los defectos del sistema.

Para poder comprender con certeza en qué consiste el poder político, será absolutamente necesario que consideremos cuál es la condición en que se encuentran naturalmente los hombres, la que es descrita por Locke como un estado de plena y absoluta libertad, tanto para ordenar sus actos como para disponer de lo que poseen, estado este de naturaleza que implica una situación de igualdad, en la que absolutamente nadie tiene más que otro, puesto que a todos se los supone nacidos para participar sin ventajas del bienestar de lo natural. Esta igualdad es la base de la obligatoriedad del recíproco amor que los hombres se profesan, del cual se infieren las máximas esenciales del obrar humano: la justicia y la caridad.

El hombre adviene al mundo con un patrimonio que le da derecho a la libertad absoluta y al disfrute ilimitado de los derechos de la ley natural. El hombre tiene, en consecuencia, no sólo el poder de defender lo que es

suyo, su propiedad -con todo aquello que el concepto de propiedad lleva implícito en Locke: vida, libertad y bienes-, sino que tiene a la vez el poder de juzgar y castigar los quebrantamientos a esa misma ley natural cometidos por otros hombres, en el grado y el tiempo que a su convencimiento merezca la culpabilidad, pudiendo incluso castigarla con la muerte, cuando la entidad ominosa de los crímenes perpetrados así lo exija en su opinión.

Por tanto, el problema de la justificación moral del castigo es para Locke, un tema resuelto en el plano utilitarista en el sentido de que la sanción del crimen tiende a dificultar, cuando no a evitar, la comisión de otra falta igual. Cada transgresión puede ser castigada en el grado y con la severidad que sea suficiente para que el responsable salga perdiendo con su acción y tenga motivos y posibilidad de arrepentirse, e inspire entonces en los demás hombres, miedo a obrar del mismo modo.

El respeto a la persona, el sentido de la igualdad y la medida del poder, importan una vehemente defensa de la libertad personal, de modo que, el verse libre de un poder absoluto y arbitrario deviene tan necesario para el hombre, que el mismo resulta imposible sin renunciar a la salvaguardia de su propia vida. El hombre que carece de poder sobre su vida, no puede alienarse a otro ya que nadie le puede dar una cantidad de poder superior a la que él mismo tiene.

Ahora bien, si el hombre es realmente tan libre en el estado natural prolijamente descrito, hacedor de su vida y señor absoluto de su propia existencia con el control de su razón, ¿por qué motivo iría a renunciar a todo esto, para someterse a una autoridad, y al dominio de otro poder?

La respuesta a este interrogante que se plantea en el sistema de Locke, se explica por el hecho de que la asociación civil constituye el origen de los poderes de la sociedad civil, ya que siempre que un número de hombres se unen en sociedad, renunciando cada uno de ellos al poder individual de ejecutar la ley natural, cediéndolo a la comunidad, entonces y sólo entonces, se constituye una sociedad civil o política.

Este examen de la relación de dependencia que se entabla entre gobernados y gobernantes, también es sugerido por Locke en el plano familiar. Aquí existe el deber de velar por el hijo que carece de la necesaria capacidad de dirigirse a sí mismo en los comienzos de su estructuración vital, lo que admite una sumisión absoluta de los hijos y un correlativo poder ilimitado de los padres, el cual tiene como único fundamento la protección de los hijos y como garantía total el afecto que Dios puso en

el corazón de los hombres; sumisión distinta de la que se plantea en el poder político, donde se establece un derecho por el libre consentimiento de los hombres, el de dirigir los destinos de la comunidad política, conforme a los intereses generales y respetando los derechos naturales.

Su teoría de la libertad se proyecta en su doctrina de la propiedad, que se explica como un corolario de aquella, puesto que es una derivación del trabajo y consecuentemente una prolongación de la personalidad, subrayando así el valor eterno y absolutamente universal de su doctrina.

Locke es quizás uno de los representantes más genuinos y de personalidad más noble de ese denso período de la historia de la humanidad que abarca los siglos XVI y XVII, plasmando el pensamiento político de la modernidad en los siglos que le suceden. El desenvolvimiento económico y comercial que se produce entonces en Europa, importa el advenimiento a la civilización occidental de un nuevo mundo que comenzará a gravitar en los destinos de la historia, cada día más intensamente.

En el plano político asistimos al nacimiento efectivo de las nacionalidades, que perfiladas aún débilmente, se fortalecen al amparo de las ideas que fluyen de ese pensamiento político. El fracaso del absolutismo inglés abre las puertas a la primera solución política de tipo liberal, que sin duda encuentra en Locke a su expositor más fecundo.

Más allá de todas las críticas que en el plano político produjeron los excesos en la proyección política del liberalismo, casi como una consecuencia preterintencional, no puede dejar de aceptarse en el orden espiritual, la liberación del individuo de todo tipo de autoridad y la afirmación de la suficiencia de la razón, hecho que conduciría a un enorme desarrollo de la ciencia y que abriría las puertas, desde este período, a la culminación de la técnica como característica de nuestro tiempo. Las indudables virtudes del liberalismo fueron paliadas por las miserias del sistema, derivadas en lo económico de la misma libertad proclamada.

Estamos persuadidos de que la civilización de nuestros días irá universalizando lentamente los principios feraces de este pensamiento, los que, unidos a la solidaridad, podrán establecer un nuevo fundamento para la democracia, dando así un paso positivo en el avance de la humanidad.

Para John Locke, fundador del empirismo inglés, inspirado en el derecho natural, la construcción del Estado significa el punto de partida de la doctrina liberal, que con algunas modificaciones, en razón de circunstancias temporales, tiene vigencia hoy en el mundo occidental.

En Locke comienza el movimiento de la Ilustración en Inglaterra. Este sutil empirista, que volcaba su pensamiento de manera fluida y razonable, preocupado esencialmente por la problemática de la posibilidad del conocimiento y para quien el alma humana no era sino una tabla rasa en la que se escribía la percepción sensible, dándole contenido de conciencia, propugna con toda vehemencia la separación de la Iglesia y del Estado. Sólo a través de la tolerancia hacia todas las confesiones podría llegarse al bien de la religión verdadera. Este sentimiento de tolerancia es un ingrediente indispensable para la armónica convivencia de todos los estamentos sociales en Inglaterra, impidiendo así la destrucción del Estado por las luchas intestinas.

La mención de Locke en este trabajo está determinada en mayor medida por su significación como precursor de las ideas de Rousseau, las que van a cristalizar en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución francesa, que por su significación en nuestra disciplina específicamente, ya que sus aportes fueron sin duda volcados a la filosofía general.

Sin embargo, oportuno es destacar que una de sus obras, que vio la luz en 1690, con influencias del pensamiento de Grocio, Pufendorf y su información teológica, es, de alguna manera, la apología y moraleja de la revolución de 1688, que encabezada por Guillermo de Orange dio por tierra con el arbitrario y despótico sistema de Jaime II.

La idea del pacto, en Locke, que por cierto no es nueva, tiene una causa contingente original, distinta que en su contemporáneo y compatriota Hobbes. No es ya el hombre que hacha en mano espera la agresión de su enemigo congénere, sino un estado de naturaleza presidido por la ley de la razón. Transcribimos al respecto un párrafo de la obra antes mencionada y que no es otra que el *Ensayo sobre el gobierno civil*, donde describiendo el estado de naturaleza nos dice de él que: “aunque sea éste estado de libertad, no lo es de licencia. Por bien que el hombre goce en él de libertad, irrefrenable, para disponer de su persona o de sus posesiones, no es libre de destruirse a sí mismo, ni siquiera a criatura alguna en su poder, a menos que lo reclamara algún uso más noble que el de la mera preservación. Tiene el estado de naturaleza ley natural que lo gobierna y a cada cual obliga, y la razón, que es dicha ley, enseña a toda la humanidad, con sólo que ésta quiera consultarla, que siendo todos iguales e independientes, nadie deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones; porque hechura todos los hombres de un Creador

todopoderoso e infinitamente sabio, servidores todos de un dueño soberano, enviados al mundo por orden de Él y a su negocio, propiedad son de Él y, como hechuras suyas, deberán durar mientras Él y no otro gustare de ello”³⁷. El mito imposible del *homo homini lupus* es trocado por la ley de la razón como base para el pacto. En contra, pues, de la afirmación del *Leviathan*, los derechos a la libertad, a la propiedad, la vida y los bienes en general, no son creación del Estado merced al pacto, sino cualidades propias intangibles de la humana naturaleza, de donde resultará que el pacto no podrá jamás mutilar ni restringir esos derechos. No cree Locke, como creyera Hobbes, en la monarquía como forma de gobierno permanente; mitigando esa posición, opta por la monarquía de las formas de gobierno propuestas por Aristóteles, pero por su rancia estirpe y no por su mayor perfección.

e) Pufendorf

El extraordinario filósofo luterano Samuel Pufendorf (1632-1694), no hace mucho reivindicado por la historia, que en gran medida lo había sumido en el olvido subestimando sus aportaciones al problema jus-naturalista, considera que el principio supremo del derecho natural es la *socialitas*, principio regulativo racional con el que el hombre supera la primera condición de su humana naturaleza (la *imbecillitas* o debilidad). El principio sobre el cual se apoya Pufendorf respecto del derecho natural en su intento de formular los contenidos materiales del programa del derecho natural esbozado por Grocio, es la observación empírica de la naturaleza humana, en la que encuentra como rasgo más saliente la *imbecillitas*, o el desamparo del hombre entregado a sí mismo.

De este elemento contingente característicamente humano se deriva el principio regulativo supremo del derecho natural, la *socialitas* o necesidad del hombre de vivir en sociedad. Esta *socialitas*, que es sólo el principio y no aún el derecho natural, alcanza carácter jurídico y fuerza obligatoria al prescribir Dios la necesidad de la observancia de la *socialitas*, de donde se derivan los postulados materiales básicos del derecho natural, que son la idea de la “libertad” y de la “igualdad” de todos los hombres.

³⁷ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, p. 4, Fondo de Cultura Económica, México, 1941.

Hay una coincidencia con Hobbes en las motivaciones egoístas del hombre y una mayor inspiración en Grocio acerca de la necesidad del hombre de asociarse para convivir en humana y pacífica sociabilidad. De allí se derivan sus dos postulados esenciales: la conservación de la vida y el aseguramiento de la sociedad.

En Pufendorf, el contrato, fundado en esa humana condición natural, necesario para mantener la sociedad y garantizar la aplicación del derecho, es un pacto doble: en el primero el hombre abandona el estado de naturaleza y penetra en una comunidad permanente con el propósito de garantizarse mutua seguridad; luego tiene que entronizarse la forma de gobierno y de ahí proviene el segundo pacto entre el gobierno y los ciudadanos, en el cual el gobernante asegura el cuidado de la seguridad común y los ciudadanos prometen obediencia y someten su voluntad a la autoridad de aquél en todo lo que él disponga para la seguridad del Estado. El soberano está obligado por el derecho natural, pero esa obligación aparentemente imperfecta, ya que no hay tribunal ante el cual pueda enjuiciarse al príncipe y es sólo Dios el vengador del derecho natural, admite en casos extremos el derecho a la resistencia al soberano.

f) Tomasio

Christian Thomasio o Tomasio (1655-1728), discípulo, contemporáneo y compatriota de Pufendorf, que tiene como elemento contingente en su concepción pactista el afán de dicha, cimenta las bases del moderno derecho natural y establece, aunque en forma rudimentaria, una de las notas diferenciales entre derecho, moral y convencionalismos sociales, con el uso de aquellas famosas palabras: *justum* para el derecho, *honestum* para la moral y *decorum* para los usos sociales; las cuales, aunque vagamente, son tomadas y precisadas después en Kant bajo la forma de la interioridad de la moral y de la exterioridad del derecho, hoy ya sin mayor rigor diferencial y en crisis, como la mayoría de las notas que pretenden separar el mundo moral del mundo jurídico.

No podemos terminar nuestra referencia personalista a este primer y segundo período de la escuela sin citar al menos la doctrina jusnaturalista de Gottfried Leibniz (1646-1716), quien desarrollará una concepción de pureza y consecuencias casi perfectas, y a Christian Wolff (1679-1754), que aunque carece de especial originalidad, realiza un apreciable esfuerzo de sistematización de las concepciones anteriores de Pufendorf y Leibniz.

g) Rousseau y Montesquieu

En el tercer período señalado, ya casi confundidos con la concepción racionalista del derecho natural, Rousseau, polemizando con Grocio en la suposición de un impulso social originario en el hombre, participa de la concepción de Hobbes, atribuyendo al hombre en estado de naturaleza un egoísmo no activo sino pasivo.

Para Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) la libertad es también un derecho innato y natural del hombre y trata de encontrar también en la faz política, como lo hiciera su contemporáneo Montesquieu, la solución de su garantía. Para ello era menester poner el derecho natural bajo la potestad de la mayoría, pero no de la mayoría de un cuerpo legislativo que podría no ser tal, sino bajo la potestad de la mayoría del pueblo. Es menester -dice en *El contrato social*- encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca sin embargo más que a sí mismo, y quede tan bien como antes³⁸.

Por el contrato, el hombre transfiere sus derechos naturales a la comunidad y ésta se los devuelve en forma de derechos civiles, quedando en consecuencia subordinado, no a ningún individuo, sino a la voluntad general (*volonté générale*), que se convierte en su verdadero soberano.

Vinculado temáticamente con el pensamiento de Locke se encuentra el de Charles de Secondat, barón de Montesquieu (1639-1755)³⁹, y ambos constituyen el período clásico de la escuela. Montesquieu dedica especial atención a la organización de un sistema político que asegure la observancia del derecho natural, tratando de postular un sistema donde se establezcan las barreras que impidan los abusos de autoridad a los que son tan proclives quienes están investidos de poder, como se lo propone en su obra cumbre.

Más estrecha es aún la afinidad entre Hobbes y Rousseau en el concepto del Estado, al que llegan también con el recurso del pacto social, no ya como hecho histórico realmente acaecido, sino como simple principio regulador. Toda la teoría jusnaturalista posterior a Hobbes limita el concepto de la soberanía del Estado y es en Rousseau donde regresa a su omnipotencia, frente al cual el individuo no tiene el más absoluto derecho. Rousseau no era, como tampoco lo fue Hobbes, un totalitarista.

³⁸ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, trad. F. de los Ríos, libro I, cap.6.

³⁹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. 4.

Rousseau no pretendía aniquilar la libertad individual, sino que para asegurarla funda la institución del Estado y le da el poder absoluto frente al individuo. Pero ese aparentemente omnímodo poder del soberano se diluye cuando se afirma que es sólo una comisión para ejecutar la voluntad general, susceptible de revocación, limitación o modificación por la voluntad soberana del pueblo (*volonté générale*). Y es aquí donde se evidencia que el sistema puro, preconizado por el ilustre ginebrino, tiene la posibilidad de conducirnos al absolutismo democrático, en la omnipotencia de la voluntad general, que contiene la semilla de un nuevo despotismo que Tocqueville denominó “la tiranía de las mayorías”.

2. LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES Y LA LIBERTAD HUMANA

El principio de la separación de los poderes, incorporado como precepto fundamental en la casi mayoría de los ordenamientos institucionales contemporáneos supone, en el pensamiento de Montesquieu, un sistema de división de funciones entre los distintos órganos del estado -que constituyen los poderes en la terminología del principio- consideradas en función de la materia.

Estrictamente, en razón del contenido, se atribuyen los distintos actos de la estructura jurídico-político de un Estado a la jurisdicción de uno de los predeterminados órganos o poderes del mismo, todo, sin perjuicio de las evidentes conexiones entre algunos de ellos, de las tareas de participación, vinculación y colaboración.

Llamamos especialmente la atención con respecto a esa atribución de jurisdicción por contenido, es decir en razón de la materia, ya que ese será indudablemente el punto de partida para formular con respecto a la teoría en sí, una observación que considero fundamental.

Este principio, científico y teórico, inspirado o no en una práctica constitucional vigente a la época en que el autor formuló su teoría y comenzó su extraordinaria tarea de difusión, gracias a la cual podemos considerarla incorporada -como dijimos- a la mayoría de los ordenamientos institucionales modernos, no se aplica idénticamente en todos los casos. Algunas estructuras constitucionales ponen el acento en la función legislativa -caso del Parlamento Británico- y otros lo trasladan al Poder Judicial, conformando lo que conocemos como sistema judicialista, propio de nuestra organización política y de la de los Estados Unidos. Es más,

aparte de esa falta de uniformidad con que vemos aplicarse el principio en el sistema de organización de los poderes del Estado, hay dentro de idénticas estructuras teóricas, diferencias prácticas fundamentales, derivadas de un mayor o menor grado de eficacia en su aplicación.

Lo que sí puede considerarse incuestionable, es que el principio, incorporado a las constituciones modernas, ha sido considerado siempre como una garantía a la efectiva libertad natural y una defensa indestructible contra el despotismo y el abuso de poder.

Sabido es que en el Estado descrito por Montesquieu, la independencia de los órganos del mismo y la división de las funciones especiales de cada uno, no es absoluta sino sólo relativa.

Cada uno de los distintos órganos del Estado, es titular de funciones específicas y la ciencia constitucional estudia toda la serie gradual de funciones intermedias, ubicadas entre cada uno de ellos. Distinguimos en un estado moderno, funciones propias y específicas dentro de cada órgano y encontramos también, en su mismo seno, otras funciones características de él y propia de los otros órganos del Estado (El Ejecutivo como co-legislador, funciones judiciales del poder ejecutivo, funciones ejecutivas del poder legislador, etcétera).

No realizaremos aquí una exposición crítica del principio de la separación de los poderes, en la que necesariamente debería tener cabida el pensamiento de sus iniciadores (Blackstone, Locke, Harrington, Bolinbroke y otros); no aspiramos a contener el desarrollo de la tesis de Montesquieu y su correcta hermenéutica legal en los distintos textos constitucionales, temática ésta con una copiosa bibliografía, así como la exhaustiva doctrina relativa a la personalidad del autor. Señalaremos solamente aquellos principios fundamentales en los que se entronca la idea de la garantía de la libertad, como consecuencia necesaria de la aplicación del sistema auspiciado.

No nos interesa tampoco en este momento determinar con precisión si la descripción del corifeo del sistema de la división de poderes fue fruto de la especulación abstracta del autor -como lo sostienen Carré de Malberg y Esmein entre otros, aún cuando el primero de los nombrados admite la directa vinculación con el sistema inglés- o si, por el contrario, fue un reflejo de la realidad política inglesa de la época, como lo han afirmado Duguit y Hauriou, entre otros.

Esta polémica de la doctrina interpretativa es ajena a nuestro objetivo, ya que lo que cabe determinar con más o menos precisión aquí, es si el

sistema descripto llevado a sus más puros extremos y tal como lo manifestara su principal expositor, tiene vigencia como postulado político y como verdad teórica y si el mismo puede significar *per se* una garantía efectiva de la libertad individual.

Se ha dicho, por la mayoría de los comentaristas de la obra de Montesquieu, que el régimen de la separación de los poderes en el orden constitucional, implica necesariamente libertad para el individuo.

Esta máxima, repetida sin mayor análisis o con un análisis ligero con respecto a su contenido, se viene repitiendo en forma dogmática y sugiere un estudio más detenido para verificar el aserto o la falacia contenida en ella. Cabría primeramente aclarar, si el concepto de libertad a que se refiere Montesquieu, es el vigente a esta altura de la evolución del pensamiento jurídico.

No podemos afirmar que *El espíritu de las leyes* contenga explícitamente una definición de la libertad, pero sí podemos asegurar, que toda la obra está teñida de una concepción de la misma, típica por otra parte de la doctrina liberal propia del romanticismo francés, del cual Montesquieu era uno de sus oráculos.

Los aportes de la filosofía contemporánea han producido indudablemente la quiebra de ese principio de la libertad natural. La concepción vigente va más allá del simple acatamiento a la ley como suma total del principio de libertad. La esencia del pensamiento de Montesquieu respecto de este problema podemos resumirla de la siguiente manera: la experiencia de los siglos ha demostrado que todo aquél que tiene poder ha abusado o pretendido abusar de él, poniendo en serio riesgo aquel concepto de libertad que expresara. Es necesario poner vallas al mismo y la solución feliz es dividir funcionalmente el poder único en varios poderes, para que éstos, como masas físicas, se compensen y moderen entre sí recíprocamente. Sin embargo, una total separación de poderes o mejor aún de funciones, acarrearía consigo una desmembración del poder en tres poderes absolutamente independientes.

Y en esta hipótesis, la quiebra del principio de libertad, aparece aún más evidente, ya que, siendo de la esencia del sistema, el hecho de que las decisiones de los poderes no tengan igualdad valorativa, es indudable que solamente podrá subsistir y dar efectividad a sus mandatos, aquel poder que se encuentre jerárquicamente ubicado en el nivel superior, mientras que él o los otros subordinados o más débiles, habrán perdido, en sus efectos, la facultad de decisión.

Si bien es discutible que en el pensamiento de Montesquieu esta noción de la graduación jerárquica de las funciones estuviese claramente establecida, la verdad es que la mayoría de los sistemas políticos estructurados en consecuencia con la teoría la respetan, diluyéndose así ilusoriamente la pretendida garantía de libertad. En la conformación de "La constitución d'Angleterre" (Cap. VI, Tit. XI, de L'Esprit de Lois), la ilimitación de funciones del legislativo en la confección de normas -aun de normas de tipo constitucional- como en el modelo de la constitución inglesa que tenía a la vista, se enfrenta con la subordinación jerárquica de la magistratura, limitada a dirimir las controversias del derecho civil (en una expresión en la que incluye también algunos dominios del Derecho Público) con sujeción precisa al texto de la ley (los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley).

¿Adónde quedaría relegado entonces el principio de libertad, si la prevalencia del legislativo está amalgamada como rasgo que caracteriza la infalibilidad parlamentaria?

Podrá decirse en estricta verdad, que en aquellos sistemas constitucionales que han aceptado el dogma de Montesquieu, más que un acatamiento a la función legislativa, hay una obediencia incuestionable a la Constitución, en la medida que los poderes que ejecutan y aplican la ley -respectivamente- pueden vetar o negarse a aplicar aquellas disposiciones que consideren contrarias a la esencia constitucional o lesivas a los derechos por ella consagrados.

Ello no obstante y a fuer de estrictos con el pensamiento en recuerdo, es oportuno destacar que la observación señalada, no puede en absoluto jugar como una atenuación del riguroso principio teórico, ya que la Constitución no es más que una manifestación del poder de crear normas, y en la teoría de la división de los poderes, no hay diferenciación entre Poder Legislativo y Poder Constituyente.

La idea fundamental de Montesquieu no es la creación de varios poderes, sino la organización constitucional de un poder estatal dividido en sectores con independencia funcional relativa. Prescindimos de la consideración teológica que como referencia a la doctrina aportan algunos estudiosos⁴⁰, ya que lo que en esencia interesa, es el efectivo cumplimiento de la garantía de libertad. Esta referencia que apunta sin duda a una pauta valorativa, debe ser resuelta con criterio axiológico.

⁴⁰ Duguit, León. *Traité. t. II*, p. 669 y sigs.

El problema debe ser encarado únicamente con relación a su solución estimativa y en consecuencia podrá afirmarse que el principio de división de los poderes, es una efectiva garantía de libertad, cuando tal división de estructura formal del poder del Estado, vaya dirigida hacia un criterio valorativo del ideal de libertad.

Es más, cabría preguntar, en qué medida una cuestión estrictamente formal, como lo es sin duda la división del poder del Estado y la determinación de la esfera de la competencia de cada uno de los órganos, puede concluir en la determinación de un valor de libertad.

Concretando más aún este aspecto de la cuestión, observamos que la solución formal, cualquiera que ella sea, queda vacía de un contenido de valor, de tal suerte que será necesario agregar siempre y en cualquier supuesto, a la forma vacía un contenido ideal de libertad y recién entonces precisar si la estructura trazada responde o no a las exigencias de aquel valor.

Es decir, el postulado de Montesquieu, o cualquier otro que en su reemplazo pueda elaborarse, no podrá significar *per se* una garantía de la libertad, sino en la medida en que su estructura formal pueda ser llenada de un contenido axiológico. Recién entonces podremos establecer si esa forma, plena de contenido de libertad, satisface las exigencias de este ideal e importa una efectiva garantía para la realización del valor.

Encarado el problema en estos términos, el análisis del principio de Montesquieu y su crítica, relativa a otras estructuras formales -la cual ha tratado de desplazar o superar aquel enfoque del ilustre pensador francés- sólo puede realizarse una vez agotada la instancia valorativa previa.

Admitido sea que de ninguna solución formal de la cuestión puede derivar como corolario necesario, la satisfacción plena de un ideal de libertad como garantía individual de la persona humana: la postulación política debe formularse evidentemente, de manera distinta y con referencia al valor cuya protección se persigue.

Llegados a esta altura, creemos oportuno destacar que si bien este aspecto de la cuestión, fundamentalísimo a nuestro criterio, no ha sido ponderado por la muy abundante doctrina sobre la materia, es impostergable su consideración. Nos excusamos aquí de hacer cita o referencia alguna a la postulación kantiana que sirve de aval a la afirmación que precede, dispensa motivada por la difusión incuestionable y la vigencia indubitable que tiene la célebre distinción entre materia y forma, concepto e idea, en la doctrina del filósofo de Königsberg.

Afirmamos solamente lo que es tema pacífico en filosofía, que la instancia valorativa, debe resolverse solamente en atención a valores y que despojando las formas de todo contenido tético o axiológico, la ausencia de tales referencias valorativas campeará con señorío en cualquier estructura formal que se trace.

Con este agregado indispensable que nos proporciona la estimativa, estamos en condiciones de ponderar debidamente si el trazado institucional de Montesquieu, al que agregamos el contenido indispensable de libertad, significa una efectiva garantía de libertad individual, y si con referencia a esa misma pauta valorativa, otra estructura formal puede reemplazar a aquella, de manera tal que signifique una más seria y efectiva garantía de libertad.

Queda solamente agregar que si bien la preocupación de los juristas en la materia ha estado dirigida a la protección del valor libertad, tal afirmación no debe interpretarse como una preferencia hacia uno de los valores cuya concreción persigue el derecho, ya que despreciable sería aquel sistema que, garantizando la libertad, prescindiera del enaltecimiento de otros valores cuya satisfacción es tal vez más exigente que la misma libertad, como la justicia, el orden y la seguridad, dado que en la realización de la libertad se dan por supuesto, todos aquellos otros valores jurídicos que directa o indirectamente tienen relación con éste.

Por ello, tal vez genéricamente aunque sin precisión técnica, todas las referencias están vinculadas a la garantía efectiva de la libertad, pero entendiéndolo nosotros en cumplimiento de esa garantía, la realización de otros "valores menores", cuya garantía y realización, es por cierto tan ponderable como el de la misma libertad.

El postulado de la separación de los poderes hace una atribución "ratione materiae" de funciones, en virtud de la cual otorga determinada competencia relativa a cada uno de los órganos del Estado.

Hemos ya señalado oportunamente, que la determinación del contenido material de las normas y los actos son insuficientes para calificar y tipificar la actividad funcional.

La organización constitucional de cualquier régimen estructurado a la luz del principio de Montesquieu, está preñada de ejemplos que evidencian la insuficiencia de tal criterio clasificador.

Infinidad de actos administrativos están incorporados a esa rama orgánica en que se ha dividido el poder del Estado, por expresa determinación legal, supeditados en cuanto a la integración de esa órbita del

mismo, por el arbitrio legítimo del poder legislador. Idéntica afirmación cabría hacer en cuanto a la determinación de la competencia del poder judicial.

Sin pretender por cierto, haber hecho un desarrollo de la teoría de Montesquieu sobre este tópico, aparece notorio que el criterio esencial de distinción, en función del cual se estructuran los tres distintos órganos, con distintas funciones, como característica de ese sistema tripartito de poderes, es una distinción “*ratione materiae*”.

Será función de uno u otro poder, en la medida que el conflicto planteado en razón de la materia caiga dentro de la esfera de la competencia de uno u otro de los órganos del Estado.

Esta distinción es sólo relativa en todos los casos e indudablemente falsa en algunos, ya que el sustrato material de la lesión está presente, por ejemplo, en la protección del honor que hace la legislación penal en el caso de ser injuriado y en la protección a la seguridad en las carreteras, al sancionar al infractor que excede la velocidad límite permitida, ejemplo éste que refiere Kelsen (*Reine Rechtslehre*, 80) y que evidencia con toda claridad que el contenido material de ambas disposiciones es idéntico, no obstante estar una en la órbita del órgano legislativo y la otra en la esfera de competencia de la administración pública.

Con ánimo de buscar ejemplos que ratifiquen la claridad de esta afirmación de Kelsen -que demuestra en definitiva que la pretendida separación de poderes, no puede realizarse en función de la materia que como contenido integra cada uno de los actos de realización de los poderes- podríamos encontrar cientos de disposiciones que atribuyen a los órganos del Poder Judicial o al Poder Administrador, atribuciones de semejante, y a veces, idéntico contenido, por arbitrio y decisión del Poder Legislativo.

En todos los casos que por delegación legislativa, el Poder Administrador establece normas con carácter general, está realizando un acto de creación y aplicación jurídica general, que por razón del contenido material, no puede distinguirse de lo propio y típicamente legislativo. Asimismo, cuando por igual delegación, el Poder Administrador toma una decisión en un caso particular (Cámaras Paritarias de Arrendamiento, Cámaras de Alquileres, Departamentos Provinciales del Trabajo, etc.), está realizando un acto de contenido judicial, aún cuando la atribución nominal, lo siga calificando como acto propio de la Administración Pública.

Este breve desarrollo, sumado a la sutil y penetrante observación de

Duguit⁴¹, refiriéndose a la metafísica y misteriosa concepción de la trinidad unitaria del Estado, nos acerca paulatinamente a la idea de que el criterio de Montesquieu, para fundar su teoría de la separación de poderes en función de la materia de las decisiones, no resiste un análisis lógico.

En la revisión que plantea Kelsen, el jurista vienés opone a la separación de los poderes, *la distribución del poder como garantía efectiva de la libertad*.

No hace al fondo del asunto la distinción del nombre y creemos más bien que ha sido modificado con el ánimo de establecer una tajante diferencia entre ambas teorías. Sí es fundamental la distinción del criterio para atribuir competencia a uno u otro de los poderes u órganos del Estado en cada caso.

Kelsen⁴², fundador de la teoría pura del derecho y Merkl, postulando uno de los corolarios esenciales, fundamentan la normodinámica, como un sistema integral y completo de normas generales e individuales, que partiendo de una norma fundamental -vértice de toda la gradación descendente- establece la arquitectura jurídica, abarcando los problemas de unidad del orden normativo y de jerarquía de las distintas normas del mismo.

Este orden jurídico, estructurado en función de la validez derivativa de todas las normas que integran la pluralidad de normas de un ordenamiento jurídico positivo, tiene una característica esencial y típica.

La dinámica de su gradación determina que las normas jurídicas no puedan ser extraídas de la norma fundamental que corona la pirámide, por un proceso intelectual, ya que estableciendo ésta solamente un principio de autoridad, las normas fundadas en aquélla, son creadas por actos de voluntad de los individuos (o de los órganos, para seguir con la terminología utilizada hasta ahora), autorizados por la norma fundamental o por una norma fundante, para crear normas jurídicas.

A diferencia de los ordenamientos estáticos, en los que la validez de las norma es evidente, ya que entre la norma fundada y la norma fundante hay una relación de contenido, se prescinde en la normodinámica de tal vinculación, ya que cualquiera puede ser el contenido de las normas, importando sólo el hecho de que las fundadas, fueron creadas de acuerdo

⁴¹ Duguit, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 2, París, 1921.

⁴² Kelsen, Hans, *Teoría general*, p. 541.

con la fundante, por un proceso de derivación formal. Ello no implica, por cierto, que se haga abstracción del contenido o de que éste no interese, ya que muy a menudo entre las distintas normas de un ordenamiento jurídico hay vinculación de ese tipo, pero lo que determina el proceso de derivación en la normodinámica, es que no se hace atendiendo a ese contenido, sino en virtud de un aspecto formal de autoridad.

Pues bien, este aspecto de la doctrina del maestro de Viena no queda solamente en el campo de la construcción teórica, y el principio de la gradación ha sido importante instrumento de investigación, irradiando sugerencias infinitas en el campo de la problemática jurídica, proporcionando también un nuevo enfoque al problema que nos ocupa.

Interesa recordar a este respecto que, por aplicación de la teoría de la gradación, desaparece el dualismo de la ciencia tradicional entre proceso de creación y de aplicación del derecho, culminando en la identificación de ambos aspectos, en todas las escalas de la pirámide jurídica. Todo acto de creación (la ley por ejemplo) es también un principio de aplicación de la norma fundante (en el caso, aplicación de la constitución en la que debe fundarse el precepto legislativo) y paralelamente toda aplicación (el reglamento) es también un acto de creación jurídica.

Todos los infinitos peldaños que se recorren en la construcción piramidal de Kelsen desde la norma fundamental, crean y aplican derecho.

Mediante el empleo de la teoría de la gradación, puede afirmarse que el principio de Montesquieu no significa una garantía de la libertad individual, ya que ésta puede quedar reducida a la voluntad del poder ejecutivo, mediante el correcto empleo de normas emanadas de la legislatura.

Es técnicamente imposible concebir un poder u órgano administrador, totalmente desvinculado de la intención de la legislatura. En efecto, si entendemos que la función ejecutiva tiene como principal atributo aplicar los mandatos derivados de la legislatura, tal pretendido divorcio de funciones es inconsecuente con el fundamento mismo de la doctrina.

Idéntica admisibilidad lógica se presenta, cuando nos esforzamos por desvincular la función del órgano judicial con las atribuciones derivadas del órgano creador de la norma.

Aún cuando técnicamente fuese posible estructurar un Estado donde los distintos órganos del poder estuviesen divididos y desvinculados, con las únicas tangentes funcionales que postula la teoría tradicional, ya que tal independencia podría aceptarse, en la medida que las acciones de

cada uno estuvieran encuadradas dentro de la esfera de su propia determinación, sería absolutamente inadmisibile comprender la independencia de la función, ya que es indudable que la teoría tradicional afirma que el órgano ejecutivo ejecuta las normas del legislador y el judicial decide las controversias entre los particulares en función de esa misma norma de la legislatura.

Kelsen opone a la teoría de la división, la teoría de la distribución del poder, la que fundamenta en la teoría de la gradación, según la cual, el derecho surge genéticamente de algo que es derecho y que todo proceso de aplicación es a la vez proceso de creación jurídica y viceversa, que toda creación es también un acto de aplicación del derecho.

Sobre esta postulación y prescindiendo entonces de factores de contenido como determinantes de las diferentes funciones de los órganos, tal diferencia se encuentra de manera técnica y formal.

Si las funciones de los distintos órganos del Estado, son a la vez actos de creación y aplicación del derecho, en el proceso de su concretización no habrá ninguna diferencia material de contenido en virtud de la cual pueda atribuirse la competencia a uno u otro de los órganos del Estado.

La teoría de la gradación en cuanto determina distribución del poder del Estado en función de su condicionamiento formal, rompe con esa relación de distintos poderes coordinados e independientes. En el Estado, sólo hay un conjunto de funciones distribuidas, no en razón de contenido, sino en relación con un criterio de jerarquía formal.

Distinguir entonces, dos cualesquiera de los órganos o las funciones del Estado, no importa establecer dos tipos diferentes de contenido material, en razón de los cuales, cada uno de los actos sea atributivo de la jurisdicción de cada uno.

La distinción debe buscarse, en la distinta posición en que cada uno de los actos cumplidos por los órganos del Estado ocupa en la estructura total del derecho.

Ello implica que la función de cada órgano, no está supeditada a la determinación o revisibilidad de otro, ya que cada uno de ellos, legislativo, ejecutivo y judicial, no son más que grados en el proceso de concretización del derecho.

El derecho en su realización puede pasar y generalmente pasa por todos o algunos de esos grados. Se colige en consecuencia, que la función de cada uno estará determinada formalmente por la posición que ocupa en la estructura jurídica.

Desaparecen entonces, las preeminencias de un poder sobre otro y las características de sistemas parlamentaristas, ejecutivistas y judicialistas, subordinando en cada uno de ellos, la decisión de los órganos a la revisión del poder ubicado jerárquicamente en un nivel superior de decisión.

Ningún poder tiene con respecto a los otros, mayores o mejores facultades resolutorias, ya que no hay diferencia jerárquica entre poderes sino entre funciones con respecto a la estructura. El poder ejecutivo, en cuanto dicte normas generales actuará como legislativo y sus actos tendrán ese valor. Igual resultado daría la aplicación de la regla, a los otros poderes del Estado. Todos actúan jerárquicamente en un mismo nivel, dependientes solamente del imperio constitucional.

No obstante admitir que ese imperio constitucional deberá ser declarado por algún órgano -y en consecuencia el órgano que ejercite esa función de oráculo, tendrá indirecta preeminencia sobre los otros-, es indudable que esa hipótesis debe limitarse solamente al margen posible de interpretación del texto constitucional, territorio éste mucho más acotado que en la doctrina tradicional, ya que la revisión de los actos puede ser realizada en todos los casos y aún cuando no esté comprometido el interés constitucional.

Concluimos afirmando entonces que toda referencia a la libertad humana deberá hacerse con relación a una pauta valorativa, ya que toda estructura formal, está por definición desprovista de todo sentido axiológico. Integrando ese valor libertad en las estructuras formales trazadas para dividir o distribuir el poder del Estado, en varios órganos que signifiquen una valla infranqueable al despotismo, entendemos que la moderna concepción de la Escuela de Viena, debe desplazar el brillante pensamiento de Montesquieu, ya que el contenido material de los actos y las decisiones gubernamentales, no es un medio idóneo para determinar jurisdicción.

La clara distinción formal de Kelsen, atribuyendo jurisdicción, no ya en razón de la materia o del contenido de los actos, sino entendiendo en todo acto de aplicación una creación jurídica y viceversa, en todo acto de creación una aplicación del derecho, todos los actos de los distintos órganos del Estado, no son más que grados en el proceso de la realización del derecho, grados entre los que no existe una diferenciación jerárquica.

La distinción de órganos y funciones, insustituible paliativo del poder absoluto de los soberanos, se diluye entonces en un proceso de construcción jurídica escalonada.

Todos los actos de los órganos, cada uno de los escalones de esa estructura, son grados en el proceso de concretización del derecho.

Sin embargo, insistimos, aún considerando formalmente superada la doctrina de Montesquieu, la garantía de libertad no será la necesaria consecuencia de la aplicación teórica del principio enunciado, ya que en cualesquiera de las estructuras trazadas, puede estar ausente la ansiada garantía de la libertad humana. Demasiados ejemplos de esta afirmación nos brinda la historia política. Por ello, creemos que el valor libertad es metajurídico. Puede y debe ser agregado a los ordenamientos constitucionales, respondan éstos al principio tradicional o al innovador de la Teoría Pura. Lo que se afirma es, que para los actuales requerimientos de la vida pública, la satisfacción del ideal libertad humana tiene mejores posibilidades de consagración con el sistema kelseniano que con el principio de Montesquieu.

3. RESUMEN DE LAS TEORÍAS CONTRACTUALISTAS SOBRE ORIGEN, FINES Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO

Teniendo siempre en miras a los destinatarios últimos y fundamentales de este trabajo, estimamos que sería de interés, llegados a este punto de la evolución del pensamiento jurídico-político de la humanidad, sintetizar las teorías contractualistas del Estado que en la modernidad adquieren su definitiva adultez, a fin de destacar las diferentes etapas por las cuales ha transitado su evolución. La sofística, que al trascender del plano del monismo cosmológico o cosmogónico al período antropológico -para usar la terminología de Windelband⁴³-, aporta a la reflexión especulativa no pocos elementos, descubre, de manera absolutamente original y primigenia, algunos territorios totalmente inexplorados en el campo de la filosofía jurídica y política.

Aquellos sabios maestros del saber que proliferaron en Grecia provocando un viraje sustancial, un desvío de raíz humana, en los temas generales de la cosmología, no permanecieron indiferentes con respecto al origen del Estado. De ahí que los pocos párrafos que Platón reproduce, usándolo sobre todo a Trasímaco como verbo⁴⁴, pueden interpretarse como los atisbos de una consideración contractualista de la sociedad.

⁴³ Windelband, Wilhelm, *Historia general de la filosofía*, p. 61 y sigs., México.

⁴⁴ Platón, *La República*, cap. II. 359.

Un siglo transcurre en el ascendente desarrollo de la filosofía griega, siglo donde se tocan los dos vértices más altos de la reflexión especulativa, y aparece en Atenas, por el siglo IV, la réplica a la acción de la Academia y el Liceo: el estoicismo y el epicureísmo.

Estas dos actitudes de extraordinario éxito, atribuido a la circunstancia de expresar con la claridad y el énfasis del doctrinarismo las necesidades de la época de un arte de vivir⁴⁵, tienen muchos puntos en contacto, pero no menos significativas diferencias y es en cuanto a la consideración del tema de nuestra preocupación, donde marcamos tal vez la más sustancial de estas últimas. La sociedad humana, la comunidad de los hombres es, en el sentimiento estoico, un imperativo al que no puede escapar el afán de perfeccionamiento individual del sabio. El hombre es un ser naturalmente social; hay un imperativo racional, fundado en la raíz esencial del alma humana que se apoya en la razón cósmica, que lo lleva a fundar una comunidad de vida de todos los hombres. Contrariamente a ello, el epicureísmo es el desenvolvimiento sistemático de las ideas revolucionarias esbozadas por la sofística. El Estado se origina en el interés, es el resultado de la creación reflexiva de los hombres, es la consecuencia del pacto que realizan los hombres para no dañarse recíprocamente.

Advertimos en Epicuro un elemento en esta consideración pactista sobre el origen del Estado, que aparece luego largamente desenvuelta en las teorías de la modernidad, y es que la organización jurídica de la sociedad, la creación del Estado, es uno de los acontecimientos que permiten el tránsito del género humano, merced a su inteligencia, de sus condiciones de precariedad primitiva a la civilización superior.

Esto es lo que explayará el pensamiento moderno, como el tránsito del estado de naturaleza al estado societario.

En la Edad Media, el contractualismo, no obstante conjugarse con una terminología casi idéntica a la que adoptara en la antigüedad, posee un trasfondo sustancialmente distinto, ya que siendo el contrato el mismo principio mediante el cual es dable concebir el origen del Estado, en el Medioevo oculta el conflicto subyacente entre el poder temporal y el poder espiritual, que poca o ninguna vigencia tenía en el mundo antiguo.

La actitud laicista del nominalismo en el pensamiento de Guillermo de Occam es una oposición más al escolasticismo oficial de la Iglesia, que seguía, en cuanto a la filosofía del Estado, las líneas directrices de la

⁴⁵ Windelband, *loc. cit.*, p. 139.

política aristotélica. Pero fue sin duda Marsilio de Padua (1270-1342)⁴⁶ quien llevó el contractualismo al puesto de privilegio que mantendría hasta las postrimerías del siglo XVII, en la historia de la filosofía jurídica.

El escolasticismo barroco, representado dignamente por el jesuita granadino Francisco Suárez (1548-1617), desarrolla una idea muy semejante a las que desarrollara el contractualismo, enraizada en el consentimiento de todos los miembros de una comunidad, pero niega que sea una mera convención. No obstante aporta, según Recaséns Siches⁴⁷, la novedad de referirse a dos contratos: el contrato social propiamente dicho, por medio del cual se constituye la comunidad política como persona colectiva, y el contrato político, mediante el cual la sociedad instituye el gobernante y celebra con éste un contrato de sumisión.

Toda la filosofía jurídico-política del Renacimiento acepta la tesis pactista para explicar el origen y fundamento del Estado.

La tesis pactista llega a su formulación definitiva y a adquirir la denominación bajo la cual quedará incorporada en la filosofía contemporánea, en la obra de Jean-Jacques Rousseau: *El contrato social*.

Recaséns Siches atribuye a Rousseau⁴⁸ dos principales novedades aportadas por su pensamiento. Las dos hipótesis fundamentales sobre las cuales se desarrolla la idea del pacto, en el pensamiento político renacentista, son la hipótesis del estado de naturaleza y la teoría del contrato social. Ambas funcionan allí como acontecimientos históricos contingentes realmente acaecidos, mientras que en Rousseau ambas son meras conjeturas de trabajo; sólo la imaginación de casos límites para inspirar sobre ellas las ideas sobre las cuales edificar la organización política y el régimen jurídico de la comunidad. Ciertamente es que en Rousseau no cabe duda alguna de que hay una plena y total racionalización del contrato social, despojado de todo ingrediente de contingencia fáctica y que funciona meramente como hipótesis de trabajo. Ciertamente también que en algunos representantes del iluminismo moderno -Grocio, por ejemplo- la idea de contrato social está imbuida de caracteres empiristas.

Pero no menos cierto es que éste no es un ingrediente atribuible a la originalidad de Rousseau, ya que toda la referencia al pensamiento

⁴⁶ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, p. 36, Bosch, Barcelona.

⁴⁷ Recaséns Siches, Luis, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, México, 1947.

⁴⁸ Para entender mejor a Rousseau, v. Recaséns Siches, en "Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Puerto Rico". 1959.

medieval está desprovista del carácter histórico que se atribuye a la idea del pacto social, y muchos pensadores actuales apuntan claramente a la idea del pacto como mera hipótesis explicativa, no como acontecimiento real y fáctico (Hobbes, por ejemplo). Lo que sí debe atribuirse a Rousseau, sin ambages, es el mérito de la sistematización de las ideas jurídico-políticas del contrato social, como sistema racional normativo. Veremos a continuación sumariamente algunas de ellas.

Sin duda uno de los temas mejor tratados por el ilustre ginebrino y que ya había sido desenvuelto con más detalle como tesis fundamental en una obra anterior, antecedente necesario y obligado del *Contrato social* -nos referimos al famoso *Discurso sobre los orígenes y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*- aparecida en 1578, es el de la distinción neta entre el plano de la mera facticidad natural y el plano de lo cultural, de la civilización o de la vida inmersa en la valoración.

En esta tesis, que deja traducir su oposición al superficial optimismo de la Enciclopedia, no cree en el esclarecedor y vivificante poder de la ciencia, sino que sostiene que la civilización no ha hecho más que adherir impurezas al ser humano, corrompiendo en vez de depurar las costumbres originales. Rousseau no intenta, por tanto -como algunos comentaristas han pretendido-, el retorno incondicionado a la naturaleza, sino que la idea de “naturaleza” funciona como hipótesis regulativa, a partir de la cual es necesario referir cualquier consideración de tipo social o moral.

No es, pues, una ética naturalista, que abjure de la cultura y persiga un retorno a un estado originario perfecto, anterior a la constitución de la sociedad, sino que la naturaleza es un mero punto de referencia racional, a partir del cual es posible fundar una consideración ética.

Necesaria consecuencia de esta distinción es el examen que realiza y la distinción que establece entre los poderes de hecho -apoyados en la mera facticidad, cuyo principal soporte es la mayor dosis de fuerza que posee quien los ejerce, respecto de la que tienen los individuos a los que se imponen- de los poderes legítimos

La legitimidad del poder no puede estar fundada en la fuerza, ya que la fuerza no produce derecho. Tampoco puede surgir de su concordancia con el derecho positivo, ya que Rousseau no se mueve en el plano de la positividad normativa. Legítimo para Rousseau significa lo mismo que justo y será tal cuando no sea contrario al derecho racional, lo cual podrá ocurrir cuando el pacto sea irracional, absurdo, carente de sentido (*yo celebro contigo un contrato que se traduzca sólo en cargas para ti*

*y totalmente en provecho para mí. un convenio que yo observaré en tanto me plazca y que tu observarás en tanto yo quiera*⁴⁹)

Bien puede decirse, por consiguiente, que en Rousseau termina definitivamente el *Naturrecht* y comienza, para culminar definitivamente con Kant, el *Vernunftrecht*.

Otra idea brillantemente desarrollada en la obra de Rousseau es sin duda la del contrato social, que se reduce básicamente a un esquema de alienación de la totalidad de los derechos de todos los integrantes de la sociedad. Una transferencia -se ha dicho- de derechos naturales a la sociedad, que ésta devuelve en forma de derechos civiles.

Sin embargo a Rousseau no se le oculta que en realidad no hay una enajenación de derechos a través del pacto, ya que los derechos sólo se conciben dentro de la asociación política. Fuera del Estado no hay derechos; hay meramente fuerza, facticidad, poder. Esto es realmente, por tanto, lo que el particular transfiere a la sociedad política: su fuerza, que se convierte en derechos, cuyo ejercicio garantiza el Estado mediante la fuerza y el poder recibidos de la comunidad.

Ahora bien, ¿es éste pacto, como hipótesis regulativa o idea explicativa, un mero enunciado racional, o se trata en realidad de un contrato celebrado con los recaudos y las formalidades de tal?

“Las cláusulas del contrato están de tal manera determinadas por la esencia de ese acto, que la menor modificación de ellas las convertiría en vanas y nulas... aunque esas cláusulas no hayan sido nunca enunciadas formalmente, son siempre y en todas partes las mismas, siempre y en todas partes, tácitamente admitidas y reconocidas, a punto tal que si el pacto fuese violado, cada uno volvería a sus derechos primitivos y recobraría su libertad natural, perdiendo la libertad convencional por la cual había renunciado a su libertad natural”⁵⁰.

Este párrafo nos señala que la idea rousseauiana del pacto no es la celebración de un contrato real, ya que las cláusulas de éste no podrían nunca haber sido formalmente enunciadas, sino que se trata de establecer inequívocamente, por una necesaria determinación de la esencia misma del acto, una alienación total de todos y cada uno de los particulares, con toda su fuerza natural y sus poderes innatos en favor de la comunidad.

⁴⁹ Rousseau, Jean-Jacques, *Le contrat social*, libro I, cap. IV, p. 78, Bibliothèque Philosophique Montaigne, Paris

⁵⁰ Rousseau, *loc. cit.*, p. 92

Adviértase, eso sí, que es absolutamente fundamental que esa enajenación sea de la totalidad de los individuos, ya que ello garantizará que no se produzca el predominio de ningún grupo de individuos sobre los demás, ya que todos, en igual medida y proporción, han transferido la totalidad de su fuerza natural.

Si alguien o algo pudiera quedar sustraído de la idea del pacto, fuera de él, se quebraría fatalmente la idea de igualdad y justicia que lo soporta.

Este pacto no es en Rousseau un contrato interindividual que cada uno de los miembros de la comunidad celebra con cada uno de los demás, como parece ser la idea del iluminismo renacentista, ni es tampoco un contrato entre el soberano o la sociedad políticamente organizada y el particular, sino que es un contrato multilateral, que cada hombre celebra con la totalidad de los demás, de donde surge la famosa idea de Rousseau de la “voluntad general”, de tantas implicancias políticas en el siglo XVIII.

Esta voluntad general no es la suma de las voluntades particulares, sino que la generalidad es un atributo que se opone a la idea de singularidad.

La voluntad general no es una contingencia psicológica, sino el principio sintético de la coexistencia armónica, pacífica y justa, de la libertad de todos en la comunidad políticamente organizada. Más precisamente aún, la idea de generalidad implica que la voluntad comunitaria se fundamenta en un principio universal de libertad, que desatiende los apetitos e intereses concretos que los particulares puedan de hecho tener y prescinde de las motivaciones singulares, para encontrar su fundamento en principios racionales de libertad.

El particular, en consecuencia, se encuentra, en virtud del contrato, en una relación que lo vincula como una parte del “todo”, respecto de los particulares, y como una parte de la comunidad, respecto del gobernante.

Este comentario nos permite extraer algunas conclusiones. Ante todo, que la tesis pactista, como origen y fundamento del Estado, tiene sus raíces inmersas en el genio griego y que si es verdad que el desarrollo sistemático de la doctrina es una concepción moderna, el mérito original del “descubrimiento” debe atribuirse a la antigüedad.

En su tránsito por el pensamiento político de más de veinte siglos, la idea aparece indisolublemente unida al concepto de soberanía, ya que la fuente del poder iría unida a la teoría del contrato. Sin embargo, aparece evidente que tanto la idea misma del contrato como la alienación de atributos que por él se transfiere a la comunidad, no tiene siempre y para todos los epígonos del contractualismo el mismo significado.

Hobbes funda en el pacto social su teoría absolutista mediante la cual el total poder del estado podía y debía ser concentrado en una única cabeza (tesis ésta monárquica que se compadece con la famosa frase versallesca *l'État c'est moi*), reproducción orientada del pensamiento autoritario de Jean Bodin, defensor del valor absoluto del poder real.

La misma tesis formal sostiene también Locke, para fundar una teoría política de contenido liberal y representativa.

Son motivaciones esencialmente religiosas las que subyacen en las construcciones pactistas del iluminismo moderno, fijando límites al poder ilimitado del soberano y estableciendo con claridad si las relaciones entre el poder temporal y el espiritual son aconsejables o no.

Rousseau, quien está preocupado por las ideas de soberanía popular, construye su doctrina por encima de toda preocupación eclesiástico-religiosa, fijando límites al poder del soberano, quien, de autócrata de derecho divino pasa a quedar transformado en mandatario de la soberanía de sus súbditos, en un guardián celoso de la cosa común y en un protector de los derechos y libertades naturales de los particulares.

En consecuencia, consideramos a la teoría contractualista una estructura formal, vacía de todo contenido empírico y en cuya horma pueden fraguar todas las ideologías políticas posibles, desde el absolutismo personalista más concentrado, hasta las más refrescantes ideas del liberalismo moderno.

4. EVALUACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL PENSAMIENTO MODERNO

Finalicemos nuestra referencia a la escuela clásica con una visión de los resultados de la especulación del clasicismo jusnaturalista, ya que nuestra tarea no concluye en la exposición de los antecedentes, en la descripción circunstanciada del ambiente, en el planteamiento del problema y las soluciones dadas por la escuela y en la referencia de sus más destacados representantes.

Debemos proyectar sus consecuencias, que serán sin duda, su mejor medio de evaluación. La crítica histórica la ha juzgado, por su vana pretensión de deducir el “derecho natural” de una entidad metafísica contingente, cual era la “naturaleza humana”, con demasiada severidad.

Ocioso sería -por demasiado conocido- recordar la influencia de Rousseau sobre las doctrinas políticas de la Revolución francesa,

transferidas a nuestros patricios, especialmente a Moreno, quien prologó una traducción del famoso *Contrato social* realizada por Jovellanos.

Menos recordado, pero no por ello de menor valor, es la contribución que significa Pufendorf para la preparación de la declaración de los derechos en los Estados Unidos. Inspirado en él, John Wise, primer demócrata norteamericano, padre de su democracia, escribió un libro que se fundaba totalmente en la doctrina del maestro alemán. Recordándolo, dijo el presidente Coolidge en el Senado de los Estados Unidos, que “los escritos políticos de Samuel Pufendorf, escritor nacido en Sajonia, señalaron el camino de la libertad al pueblo norteamericano”.

Pero, prescindiendo de la significación individual de los representantes del pensamiento referido, es indudable que la escuela clásica del derecho natural consigue esclarecer los ingredientes indispensables de todo sistema jurídico maduro y desarrollado. Este esfuerzo no puede atribuirse aisladamente a ningún expositor. Es la resultante de varias generaciones de pensadores, que aportan las bases de lo que ha originado la estructura de la cultura jurídica occidental.

A pesar de cuanto pueda decirse de las declaraciones de los derechos contenidas en la mayoría de los textos constitucionales modernos, resultado indudable de las corrientes del pensamiento clásico, es innegable que continúan siendo los hitos capitales en que se sostienen los valores jurídicos sobre los cuales se apoya la historia de la humanidad. En la política práctica de su época se crean los instrumentos jurídicos con los que se pudo liberar al individuo de las ligaduras medievales.

Las pródigas generaciones del jusnaturalismo clásico siembran la semilla generosa que fructifica en el siglo XVIII, convirtiéndose en la potencia conformadora de la vida social. Se incorpora, a modo de declaración de derechos del hombre, a las constituciones de Francia y Estados Unidos, penetra en las codificaciones austríaca y prusiana y en el Código de Napoleón. Domina la conciencia jurídica del siglo. Su milenario “idealismo” se convierte en realidad. Esta permanente tensión entre “idealidad” y “realidad” cede y comienza la doctrina a imperar en forma de legislación vigente en la realidad. Tal vez ahí, en esa circunstancia, como lo ha señalado un autor, se encuentre el germen de su propia decadencia.

En lo que denominamos las postrimerías de la escuela, Rousseau significa la afirmación de que el individuo es el postulado básico para la construcción del orden político.

Sobre esta afirmación se construye la legislación positiva del siglo XIX, fundada en el pacto social, pero tomado como idea regulativa, como principio racional, sin contenido histórico alguno, superando así el error metodológico básico de la teoría del derecho natural.

En efecto, aquélla pretendía deducir racionalmente los principios del derecho natural de un objeto metafísico, cual era la naturaleza humana.

Ello implicaba una ilimitada confianza en la validez del conocimiento deductivo y la atribución de inmutabilidad y cognoscibilidad a la naturaleza humana.

Así como la postura teológica se había derrumbado por su empeño en situar el derecho natural en la inteligencia o en la voluntad divina (Santo Tomás o Duns Escoto), que eran entes metafísicos, así el jusnaturalismo moderno falla, en la tentativa de situarlo o hacerlo derivar de otra entidad metafísica, cual es la naturaleza humana.

Más aún, al haber hecho de la naturaleza humana un hecho empírico y contingente, se encontró con la absoluta imposibilidad de fundar un sistema de principios inmutables e invariables que derivaran de una circunstancia histórica, empírica, contingente.

Por lo demás, el hecho de que sus cultores hicieran atributos esenciales de la humana naturaleza a distintos factores (*socialitas*, *imbecillitas*, afán de dicha, temor, etc.), perjudicó las especulaciones de la escuela sobre el ideal jurídico.

La racionalización de esta corriente, con la emancipación de las bases empíricas trazadas, nos llega con Rousseau y con Kant, donde sus especulaciones adquieren racionalidad. Termina el *Naturrecht* y comienza el *Vernunftrecht*.

V

LA FILOSOFÍA JURÍDICA DEL SIGLO XIX

1. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

El siglo XIX importa la superación de los planteos jusnaturalistas, que bajo el signo del positivismo quedan sepultados durante más de cien años. El derecho se identifica con la legislación estatal, sirviéndose de algunos esquemas que le brindaran las concepciones jusnaturalistas modernas, pero nada más que para presentar un único orden jurídico del Estado. Sólo algunos pequeños círculos católicos mantienen viva la fe de la postulación dogmática del derecho natural, a través del examen de la literatura del escolasticismo, pero mucho más como la resultante de una postura teológica, que como la consecuencia de una actitud jusfilosófica.

Esta reacción se alimenta, en el campo del derecho, del sustento de la filosofía comteana⁵¹, no tanto en orden al repudio de las construcciones metafísicas, cuanto a la necesidad de formular derecho, con los datos suministrados por la realidad. Francia y Alemania son el marco de nacimiento de dos teorías que, aunque disimiles en sus postulaciones, responden a este movimiento de reacción antimetafísica: la escuela exegética francesa y la escuela histórica del derecho alemana.

La escuela de la exégesis fue en Francia, el resultado necesario del triunfo de las ideas de la Revolución, consagradas a través de la codificación.

⁵¹ Auguste Comte, en su obra cumbre *Cours de philosophie positive*, impone una virtual hegemonía en el pensamiento científico. A través de su desarrollo se desechan las grandes construcciones metafísicas del idealismo alemán; y aún cuando el positivismo jurídico sólo muy tangencialmente esté emparentado con esa dirección del pensamiento filosófico, es la que servirá de sustento a las concepciones a las que nos referiremos en este capítulo.

La codificación francesa significó la consolidación legislativa de los postulados del clasicismo jusnaturalista que habían señoreado de manera absoluta durante más de ciento cincuenta años.

Esta escuela, aunque no va más allá del examen analítico de los textos legales, ha ejercido notable influencia en nuestro derecho, especialmente en la parte del derecho civil.

Efectivamente, el enfoque exegético, estatal y legalista, no cala en profundidad en la esencia de lo jurídico. Sin embargo, ha sido la doctrina jurídica de la exégesis la que ha llenado de valoración doctrinaria la interpretación y aplicación de nuestro derecho civil a través de expositores de la talla de Proudhon, Toullier, Duranton, Aubry y Rau, Marcadé, Laurent, Troplong, Baudry-Lacantinerie, Demolombe, por citar a algunos nombres ilustres.

La sanción del Código Civil francés en 1804, punto de partida del advenimiento de la escuela exegética, y cuyo pensamiento ejerció influencia sobre todo el siglo, importa la consagración de varios principios esenciales. Por una parte, establecer un cuerpo legislativo único, emanado del poder estatal, que abrogara todas las disposiciones anteriores sobre la materia, de distinto origen y autoridad. Esta tarea de unificación del derecho común originada en el Estado la realiza el legislador, protagonista que no ha recibido los mandatos legislativos, que reproduce de ninguna fuente superior, lo cual significa consagrar la valoración de la “voluntad del legislador” como hecho psicológico.

Se afirman en la escuela los principios que se mantendrán inmutables durante todo el siglo XIX, hasta el año 1899, en que Gény publica su *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, obra que marca el comienzo de las doctrinas jurídicas contemporáneas.

La escuela de la exégesis, no es sólo el resultado de la codificación del derecho francés, como pareciera sugerirlo un análisis superficial del problema. Es, como dijimos, consecuencia de la consolidación de los principios del jusnaturalismo racional; es el triunfo del principio de la división de los poderes, y es también la necesidad de aseguramiento de estabilidad y certeza del derecho establecido por la Revolución.

La Revolución francesa tenía que asegurarse efectivamente la estabilidad de su derecho. La fijeza absoluta de los textos y la limitación hermenéutica rigurosa trasuntan un objetivo político muy definido. La Revolución no podía correr el riesgo de que, so color de realizar una tarea interpretativa, se acudiera a procedimientos históricos o racionales que

buscaran fundamento de la interpretación en otras fuentes que no fuesen las oficialmente establecidas por el derecho revolucionario, ya que toda indagación anterior al “derecho de la Revolución” escondía, o podía esconder, un intento de remembranzas del derecho monárquico definitivamente vedado.

El rasgo fundamental de la escuela es el culto al texto de la ley. La total identificación entre derecho positivo y ley, y la limitación de la preocupación jurídica al examen gramatical de su sentido.

A consecuencia de ello, y basándose en el referido principio de la división de los poderes, toda la tarea de creación jurídica se atribuye al poder legislativo. La función jurisdiccional se restringe a la aplicación al caso del derecho elaborado por el legislador.

Necesariamente amalgamado al precedente postulado, está el segundo rasgo fundamental de la doctrina en análisis, que es el predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley.

En otras palabras, el texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador, y lo que el jurista debe aplicar, no es el texto, sino éste en cuanto traducción de la intención de un legislador efectivo. Aquello importaba proclamar la omnipotencia jurídica del legislador y consecuentemente entronizar el Estado en la categoría de única fuente de la juridicidad positiva.

El método empírico postulado por la exégesis es un recomponer los hechos efectivamente pensados por los legisladores, es un “repensar” algo ya pensado, según la fórmula de August Boeckh⁵². Esta reconstrucción del pensamiento del legislador está temporalmente situada, es concreta y finita, a diferencia de la voluntad de la ley, que es por cierto intemporal.

Esto último perseguía, indudablemente, la necesidad de consolidar una absoluta ruptura con el pasado, que permitía llegar en el examen de la ley no más allá de la voluntad psicológica del legislador.

Grave error éste, por cuanto la experiencia jurídica del hombre occidental tiene márgenes tan amplios que casi es imposible el descubrimiento de instituciones jurídicas dotadas de auténtica originalidad, despojadas totalmente de conexiones con el pasado. Bonnacase⁵³, a quien hemos seguido en esta exposición, señala otro carácter sobresaliente de

⁵² Soler, Sebastián, *Interpretación de la ley*, p. 20, Ariel, Barcelona, 1962.

⁵³ Bonnacase, Julien, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, México.

la doctrina, como ilógico y al mismo tiempo paradójico, al proclamar su fe en la existencia de un principio superior de derecho, lo cual implicaba aceptar una doctrina metafísica de la noción de derecho y pretender armonizarla con la doctrina estatista de la omnipotencia del legislador. Defender la tesis legalista y admitir no obstante -caso de Aubry y Rau- la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables, anteriores y superiores a toda legislación positiva, es lógicamente incomprensible y vicia profundamente el contenido de la escuela.

2. EL HISTORICISMO

Los movimientos de reacción, que adoptan fundamentalmente la forma de un ataque a los excesos racionalistas del jusnaturalismo y que, indirectamente, tratan también de desautorizar las conclusiones de la exégesis francesa, en cuanto ésta postulaba la “codificación” de los ideales racionales petrificados en la legislación, se manifiestan a través de tres expresiones de “historicismo”.

Llamamos genéricamente historicismo a las varias formas de oposición al jusnaturalismo de base racional, ya que fue a partir de la “historia”, o bajo su advocación, como se la realizó, por el dejo de desdén que insinuaban sus predecesores frente al valor del material histórico⁵⁴.

Toda la actitud del historicismo apunta a romper el atribuido anquilosamiento en que había caído del mundo histórico por obra del jusnaturalismo clásico y por el excesivo intelectualismo de la Ilustración.

El historicismo no era una nueva manera de ver al historiador sino un nuevo enfoque vital, enseñando a comprender toda la vida histórica como evolución de lo individual encauzado en cursos y regularidades.

La sustancia del historicismo radica en un tránsito de una consideración meramente generalizadora de las fuerzas humanas históricas hacia una consideración fundamentalmente individualizadora.

Todo el pensamiento jusnaturalista que precedió a la explosión historicista estaba edificado sobre un principio esencialmente racionalista, que confiaba ciegamente en los enunciados de la razón, y aunque admitía que ésta puede enturbiarse por la ignorancia o por la pasión, liberada de estas impurezas dice en todo tiempo y lugar lo mismo, y es vehículo idóneo para encontrar verdades absolutamente verdaderas.

⁵⁴ Del Vecchio, Giorgio, *Historia de la filosofía del derecho*, p. 109.

Esta fe racionalista llevó a pensar que el ser humano, en todos los tiempos y en todos los lugares había sido siempre el mismo, con más o menos vicios o más o menos virtudes, pero, sin esos ingredientes extraños a la razón y rescatando la pureza impoluta de ésta, había un rasero que lo identificaba, no obstante el curso de la evolución que le hubiere precedido.

Este derecho natural, tanto en su expresión clásica, como en su versión cristiana, e incluso en la ruptura profana adoptada desde el Renacimiento, eternizó a la razón humana, independizándola del tiempo y brindando un apoyo absoluto en el cual fundamentar la vida.

La reacción, que aparece en el plano político, filosófico y jurídico contiene, como denominador común, el repudiar la presunta omnipotencia de la razón, sustentando la imposibilidad de prescindir del pasado histórico y de las exigencias actuales que sean consecuencia necesaria de aquél.

a) *La expresión política*

Es una reacción a la teoría y a la práctica de la Revolución francesa. Tomamos un párrafo esclarecedor de Juan Donoso Cortés, una de las más claras y brillantes expresiones de este movimiento en habla castellana: “La Francia ha atravesado por medio de los horrores de la república, la gloria del imperio, la serenidad de la restauración, y las convulsiones de julio; pero ni de la república, ni del imperio, ni de la restauración, ni de sus convulsiones ha nacido el principio que debe serenarla: la tempestad brama en su seno; y la disolución acomete su existencia. Los españoles saben que la revolución que ataca actualmente a la Europa, es menos una revolución política que una revolución social, en que se abisman todas las existencias, todos los intereses y todas las propiedades: ellos saben que toda revolución promovida por las masas, va siempre acompañada de una irrupción en las propiedades; porque las masas no hacen las revoluciones por principios, sino por intereses: ellos han visto que las páginas de todas las revoluciones están escritas con sangre, y que siempre fueron sus primeras víctimas todos los que descollaron. Convencido de estas verdades, Señor, los españoles, ni son revolucionarios ni conspiradores”⁵⁵.

Como vemos a través de las encendidas palabras de Donoso Cortés, uno de los representantes más geniales de este movimiento y “uno de los

⁵⁵ Donoso Cortés, Juan, “Biografía de Gavino Tejado”; en *Obras completas*, t. I, p. XIX, Madrid, 1854.

más caros a los católicos de todo el mundo”⁵⁶, la doctrina historicista se exhibe ahí como una cruda reacción contra la teoría y la práctica de la Revolución Francesa.

Insistimos en cuanto a la práctica, ya que el movimiento revolucionario francés reconocía como precedente inmediato las postulaciones del jusnaturalismo en la expresión más racional del pensamiento clásico (que correspondería, en la división que citamos de Bodenheimer, al tercer período de la escuela clásica del derecho natural, expresada fundamentalmente a través de las obras de Rousseau y de Montesquieu)⁵⁷. Ello había permitido criticar las vetustas instituciones del derecho positivo, que contenían viejos resabios de concepción medieval, que fueron sustituidas por las más puras expresiones del liberalismo jurídico. Esto, teóricamente, es inobjetable e incuestionable. Pero la práctica de la revolución, la mística postrevolucionaria, había desatado una grave y fundada polémica inspirada esencialmente en razones de humanidad. La política del terror dirigida por Robespierre; las ejecuciones en masa; la decapitación de Luis XVI, que contra todas las lógicas suposiciones, brindó en el instante de su muerte, un encomiable ejemplo de viril responsabilidad, fueron el necesario caldo de cultivo para incubar esa actitud restauradora, apoyada en la tradición del precedente histórico.

Ello provoca, en el terreno doctrinario, una floración de escritos encendidos en turbulentos ataques contra el liberalismo. En Francia, Joseph de Maistre publica las *Consideraciones sobre la revolución francesa y Tardes de San Petersburgo*; Louis de Bonald, *La teoría del poder*. En Suiza, Karl Ludwig von Haller escribe *La restauración de la ciencia política*; en España, Juan Donoso Cortés, *El catolicismo, el liberalismo y el socialismo* y *De la monarquía absoluta en España*, fuera de los múltiples discursos en su larga vida pública.

Esta literatura coincide, en el plano político, con la concertación del tratado de la Santa Alianza entre Austria, Prusia y Rusia, en un desesperado intento por alejar el clima revolucionario que, como infectante contagio de Francia, se propagaba en sus territorios.

Esta filosofía política de la restauración nos enseña que el derecho no es una entidad metafísica o racional que pueda ser descubierta a través de los tortuosos caminos de la razón, sino que el derecho es el resultado de

⁵⁶ De la biografía de Gavino Tejado, *cit.* nota 55.

⁵⁷ v. en el capítulo IV, sobre la escuela clásica del derecho natural.

un largo y penoso proceso de elaboración, que se transmite a través de las generaciones, por medio de la tradición. Y como toda reacción, va más allá tal vez de los precisos límites de lo que fuera el objeto de su ataque, retornando a las superadas expresiones políticas del Medioevo, postulando la organización de un Estado teocrático y rechazando todas las expresiones del liberalismo, teóricas o prácticas, y aún cuando representaran una clara expresión del progreso y de mejoramiento político.

b) La expresión filosófica

La posición filosófica nos llega a través del pensamiento de Friedrich W. J. Schelling (1775-1854), que según Del Vecchio es a quien corresponde la idea fundamental que más adelante desarrollará Hegel, objetivizando el espíritu que, hasta Kant y Fichte, se había considerado como algo subjetivo. La naturaleza no es pensada como algo muerto, sino como algo que deviene, como un principio activo, de la manera en que lo hicieron algunos pensadores del clasicismo jusnaturalista⁵⁸. La naturaleza, en cuanto sujeto, en cuanto productora (*natura naturans*), es llamada el “alma del mundo”, y es esa alma la que determina la constitución social y política⁵⁹.

Hegel. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) elabora su filosofía del derecho⁶⁰, la que da cima a su sistema filosófico, determinado por una auténtica pasión por el Estado. Se cierra con Hegel un denso período del pensamiento jurídico-político alemán, que había conocido de las altas expresiones del idealismo kantiano y de sus seguidores.

La Revolución francesa había cometido el error de petrificar el derecho natural. Hegel pretende encontrar nuevas verdades, ya que sobre el derecho, la eticidad y el Estado, la verdad es muy antigua. Su sistema filosófico es dogmático, no reconociendo límite alguno a la posibilidad del conocimiento; intelectualista, identificando el pensamiento con el ser⁶¹ y evolucionista, siguiendo aquí las directrices del pensamiento de Schelling.

⁵⁸ v. en el capítulo II, Spinoza.

⁵⁹ Del Vecchio, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁰ Hegel, G. W. F., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1937.

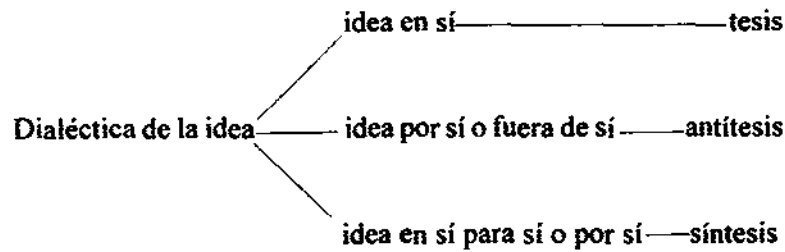
⁶¹ Hegel, en el prólogo de la *Filosofía del derecho*, dice: “Por ello Platón se ha manifestado un gran espíritu, porque precisamente, el principio en torno al cual gira la substancia característica de su Idea, es el eje alrededor del cual ha girado el inminente trastorno del mundo: lo que es racional es real; y lo que es real es racional” (*op. cit.*, p. 33).

Para Hegel, lo absoluto -esto es, la idea-, deviene a través de contradicciones, contrastes y vicisitudes de lucha⁶², contradicciones que se resuelven a través de la dialéctica hegeliana, típica y característica de su sistema.

La dialéctica hegeliana difiere sensiblemente de esa metodología en el concepto socrático, y más precisamente platónico, que se limita a posibilitar el acceso inmediato a la visión de las ideas y, en última instancia, a la intuición de la idea del bien⁶³. En Hegel es considerable el esfuerzo que hay que realizar para comprender su sentido, pero básicamente podemos afirmar que es el mecanismo que posibilita el despliegue y, por tanto, la maduración y realización de la realidad.

Este método se basa en que cada concepto pone frente a sí su contrario, el que lo limita, para luego fusionarse ambos en un concepto comprensivo que los supera. Todo concepto supone su contraposición con un contrario; de una tesis procede una antítesis, la que entraña la necesidad de un nuevo concepto (síntesis), en el que se funden los dos conceptos precedentes, que los supera, eliminando su contradicción, reproduciéndose el proceso otra vez; ya que la síntesis se transforma en una tesis que reclama a su vez otra antítesis contradictoria y así sin fin.

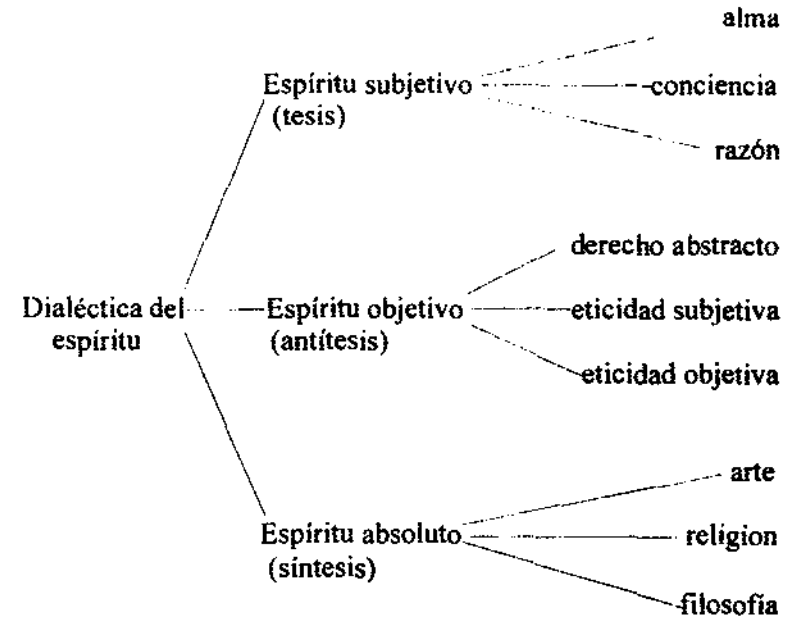
El proceso de la dialéctica hegeliana podría esquematizarse en el siguiente cuadro:



La síntesis de la idea deviene espíritu y presenta tres grados o instancias dialécticas:

⁶² Del Vecchio, *op. cit.*, p. 115.

⁶³ Ferrater Mora, José, voz "Dialéctica", en *Diccionario de filosofía, Sudamericana*. Buenos Aires.



Hegel emplea un lenguaje peculiar y llama "idea" al sujeto y agente del proceso del universo, mediante el cual se explica todo acontecer y conocimiento. El sujeto del proceso universal se llama "idea". Esta idea es primero "en sí", luego es "fuera de sí" y en un tercer momento vuelve a ser "en sí y para sí", es decir vuelve sobre sí misma haciéndose espíritu. El espíritu comienza entonces un nuevo proceso dialéctico, distinguiéndose el espíritu subjetivo, el espíritu objetivo y el espíritu absoluto. Es decir que la idea es lo verdadero en sí y por sí, la unidad absoluta del concepto y la objetividad⁶⁴, y por tanto proceso, en cuanto su identidad es la identidad absoluta y por tanto dialéctica, ya que encierra en sí una contradicción.

c) La expresión jurídica. Savigny y la escuela histórica del derecho

Con referencia a la expresión jurídica, que es lo que conocemos más frecuentemente bajo la denominación de "escuela histórica del derecho", nos interesa fundamentalmente destacar el pensamiento de Federico

⁶⁴ Hegel, G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. E. Ovejero y Maury, Buenos Aires, 1944

Carlos de Savigny (1779-1861), temáticamente vinculado a las expresiones políticas y filosóficas antes mencionadas y que reconoce como precedente obligado a Gustav Hugo (1764-1844).

No obstante que la obra cumbre del jurista, fruto de su madurez intelectual y de muchos años de docencia universitaria, es su famoso *Sistema de derecho romano actual*, cuyo primer tomo apareció en 1840, ya en 1841 se anticipa el material doctrinal que desarrollará en el opúsculo, no menos famoso, titulado *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho*.

Desarrolla Savigny este discurso en polémica con el profesor Thibaut, de Heidelberg, quien en aquel mismo año había publicado un ensayo titulado *La necesidad de un derecho civil para Alemania*, instando a los juristas alemanes, convocados para la realización de un congreso reunido en Viena, a que cumplieran la impostergable tarea de limpiar el territorio germano del desorden y la inseguridad jurídica reinantes a causa del mosaico de disposiciones vigentes, consagrando los principios del derecho germánico en un texto único, que fuera resultado de la elaboración doctrinaria de sus juristas, reclamando la sanción del Código Civil alemán.

Savigny se opone al proyecto de Thibaut, sosteniendo que el país no estaba aún preparado para la colosal tarea que implicaba la codificación civil, ya que era imprescindible un proceso de maduración de las doctrinas filosóficas desarrolladas en los siglos XVII y XVIII. Aquella polémica, a pesar de que al lado de Thibaut estaban los más prestigiosos juristas de la época, consagra el triunfo del talento y la sabia elocuencia de Savigny, ya que la magna faena codificadora no podía ser resultado de una tarea de improvisación.

El *Sistema de Derecho romano actual* anunciaba siete libros, que comprendían el examen de todo el derecho civil. Un primer libro dedicado a las fuentes del derecho y a la interpretación de la ley; un segundo, a las relaciones jurídicas en todos sus aspectos; el tercero, a la aplicación de las reglas jurídicas a las relaciones jurídicas; el cuarto, a los derechos reales; el quinto, a las obligaciones; el sexto, a los derechos de familia, y el séptimo, al régimen sucesorio. Sólo fue completado en sus tres primeros libros y el libro de obligaciones, publicado ya en la senectud del maestro.

Vuelca en ellos Savigny toda la experiencia recogida en la docencia, los valiosos aportes producidos en la "Revista de la Escuela Histórica" - por él fundada en Berlín en 1815, donde colaboraron prestigiosos juristas que integraban la escuela-, y las ideas que nos anticipara en la *Historia*

del derecho romano medieval. Si debiéramos elegir los aspectos más relevantes de la obra de Savigny, para destacar la jerarquía de su pensamiento, así como para evaluar la importancia de la escuela, no vacilaríamos en señalar la problemática de las fuentes y de la interpretación de la ley.

El tema de las fuentes ha mantenido, desde su elaboración, casi una indestructible vigencia doctrinaria, ya que los estudios realizados por Legaz y Lacambra y Del Vecchio giran dentro de los límites establecidos por Savigny. Sólo muy recientemente los reflejos de la escuela eológica argentina⁶⁵ han pretendido iluminar el problema desde otro ángulo.

Las fuentes son para Savigny, como nos lo anticipa en las primeras páginas del *Sistema de derecho romano actual*, las causas del nacimiento del derecho general, tanto de las instituciones jurídicas mismas, como de las reglas jurídicas inferidas por abstracción de aquéllas. El derecho nace para Savigny en el "espíritu del pueblo", en aquél romántico *Volksgeist* postulado por Schelling y Hegel, y las fuentes no son sino las formas de manifestación de esa conciencia común. Fuente no es, por tanto, la causa de nacimiento del derecho, sino la manifestación o síntoma de ella.

Y si la causa de nacimiento del derecho es el espíritu del pueblo, la inmediata expresión de éste es la costumbre, lo cual jerarquiza a ésta como fuente formal por excelencia de lo jurídico. La tarea del legislador se reduce a una mera labor de descubrimiento del material jurídico que de alguna manera se le ofrece ya, en forma de derecho consuetudinario.

En punto al tema de la interpretación, es el historicismo el primer movimiento doctrinario que subraya la necesidad de considerar el ordenamiento jurídico como una totalidad sistemática organizada, cuyas porciones adquieren sentido en función del todo integral del que forma parte, lo cual significa minimizar los aspectos gramaticales o lógicos en la tarea hermenéutica, para destacar la importancia de los momentos históricos y sistemáticos de la faena.

Con estos cuatro elementos (gramatical, lógico, histórico y sistemático) que funcionan unificadamente para lograr la interpretación adecuada, y no como cuatro clases distintas de interpretación, se establece no sólo la necesidad de la consideración filológica y sintáctica, únicas tenidas en cuenta hasta entonces, sino también la de examinar la ley dentro del marco histórico de su origen y como parte del todo integral del derecho.

⁶⁵ Ver en el capítulo VII, *Corrientes jurídicas existencialistas*

“El éxito de toda interpretación depende de dos condiciones, en las cuales podemos condensar brevemente aquellos cuatro elementos: en primer lugar, es menester que recapitulemos plásticamente la actividad mental de la cual dimana la expresión particular problemática de pensamientos; en segundo lugar, es preciso que dominemos el conjunto histórico-dogmático que sólo arroja luz sobre la disposición particular para darnos cuenta enseguida de las relaciones entre aquel conjunto y el texto presente”⁶⁶.

3. EL POSITIVISMO

El siglo que continúa a la especulación kantiana se ve presidido, en el campo de la cultura, por una dirección que bajo la denominación de positivismo incursiona primeramente en el campo de las ciencias naturales, y tal vez, en razón de sus indudables éxitos, penetra victoriosa con la pretensión de regir los destinos de las disciplinas sociales.

Hasta aquí, la exposición de las doctrinas nos señala por un lado la concepción del clasicismo jusnaturalista, que desemboca toda su construcción en la obtención de normas rígidas, que importan una regulación justa, eterna y universalmente aceptada, válida para todos los tiempos, todas las épocas y todos los pueblos.

El historicismo nos muestra la historia como el arsenal de lo jurídico, un arsenal variable en el tiempo y en el espacio, versátil en el contenido de los pueblos, nutriéndose de una concepción integral del mundo y de la vida. El derecho no será fruto de la especulación racionalista, ni el resultado de la construcción abstracta del legislador, sino el que emana genuinamente de la conciencia popular.

Este movimiento, que llamamos así genéricamente positivismo, desprecia la actitud metafísica del clasicismo jusnaturalista y también del historicismo filosófico, o mejor aún, milita contra las deformaciones que el dogmatismo insuffló, sobre todo en la construcción jurídica francesa, después de la sanción del Código de Napoleón.

El historicismo es también, a través de esta misma actitud, un enfrentamiento a los postulados del clasicismo jusnaturalistas, que llenaron la vida jurídica de la Europa moderna y en sustitución de esta impronta

⁶⁶ Savigny, Federico Carlos de, “Sistema de derecho romano actual”, trad. W. Goldschmidt, en *La ciencia del derecho*. Losada, Buenos Aires, 1949.

filosófica, la escuela histórica, sobre todo a través de Savigny y de Puchta, creó una metafísica jurídica, que trocó la especulación racionalista por una postura romántica enraizada en el *Volksgeist* de Schelling y Hegel.

Este espíritu popular, de donde proviene la construcción jurídica, no es una manifestación del positivismo, ya que la fuente generadora de lo jurídico no es un producto contingente de la experiencia, sino un postulado metafísico que se apoya en la ya señalada creencia romántica.

Esto, que es el sustrato filosófico de la construcción historicista original, llega a extremos tales en las postrimerías de la corriente referida, que culmina en una actitud de ataque a toda construcción filosófica.

El historicismo es, por tanto, el punto de partida de toda una serie de corrientes en el pensamiento jurídico, que podemos considerar abrazadas con la genérica denominación de modernidad.

El positivismo, arrancando de la postura filosófica de Auguste Comte (1798-1857), inaugura un sistema de conocimientos según el cual se excluía todo estudio que pretendiera ir más allá de los hechos.

Toda especulación filosófica era tachada de metafísica y se postulaba que la realidad sólo puede ser conocida mediante la investigación de las leyes y las relaciones constantes entre los fenómenos.

Comte elabora así una clasificación de las ciencias, que en escala ascendente culmina en la sociología. Los éxitos logrados por el positivismo a través de la experimentación en el campo de las ciencias naturales indujeron a creer que se estaba frente a una forma perfecta de conocimiento y se extendieron sus puntos de miras a las disciplinas sociales y jurídicas. Esta orientación, que en el campo de la sociología se la ve representada por Herbert Spencer, Émile Durkheim, Lucien Lévy-Bruhl, Gabriel Tarde, Ludwig Gumplowicz, Alfred Fouillée y otros, en el campo del derecho, asume varias formas durante el siglo XIX -que se continúan en algunos aspectos en el siglo XX-, las que trataremos de resumir en las corrientes que expondremos a continuación.

Pero, fuerza es admitir que la expresión “positivismo”, es tal vez un sustantivo demasiado grande para que no provoque equívocos, ya que bajo ese rótulo se han aglutinado casi todos los desenvolvimientos doctrinarios de los últimos ciento cincuenta años, y muchos de ellos, por no decir todos, no reconocen en el pensamiento comteano más que una vinculación de nomenclatura. Por tanto, limitaremos nuestra exposición en este capítulo a los pensamientos jurídicos positivistas desarrollados en el siglo XIX.

a) *Ihering*

Una de las figuras más inquietas en el pensamiento jurídico europeo del siglo XIX y a quien se puede clasificar como un precursor de todas las doctrinas jurídicas modernas, es Rudolf von Ihering (1818-1892). Vemos originalmente vinculado su pensamiento a la escuela histórica, donde se da la paradoja de que su violenta reacción contra el dogmatismo del clasicismo jusnaturalista lo conduce a otra posición dogmática, que representa en Alemania la reproducción de lo que la exégesis había significado en Francia.

Y si bien es verdad que estos excesos del historicismo en la “dogmática conceptual” fueron el punto de partida de otras doctrinas que se movieron en la dirección empírica, tratando de aproximar el derecho a la vida, como la “jurisprudencia de intereses”, la “escuela de la libre investigación científica”, la “escuela del derecho libre” y todas las formas del sociologismo y realismo modernos, no menos cierto es que la dogmática fue la que conformó en nuestra cultura continental romanista, la fisonomía jurídica de Europa y Latinoamérica. La “dogmática conceptual” tiene un punto de mira tal vez más genérico que la exégesis, ya que mientras ésta proclama el culto reverente a la ley, aquélla lo hace con respecto a las normas positivas. Pero lo cierto es que para la dogmática, el derecho se encuentra en los textos de la ley, en sus expresiones conceptuales, ya que las normas no son sino la significación de la ley, expresada a través de las palabras utilizadas por ella.

Ihering, que describe la metodología dogmática en el *Espíritu del derecho romano*, no puede soportar por mucho tiempo las ligaduras asfixiantes del dogmatismo y en esa misma obra define al derecho subjetivo como un “interés jurídicamente protegido”, de donde surgirá el “método teleológico”, que conformará con Philip Heck, Max Rümelin y otros, la “escuela de la jurisprudencia de intereses”.

Rudolf von Ihering nace en Aurich en 1818 y comienza su actividad docente como profesor de derecho romano en Berlín. Sin embargo, ya entonces, no obstante seguir las huellas abiertas por el pensamiento de Savigny, considera al estudio del derecho romano un precedente valioso para su aplicación actual, pero auscultando las exigencias del momento de su aplicación.

Escribía Adolf Merkl acerca de Rudolf von Ihering, en 1893, un año después de su muerte: “Ihering pertenecía a los afortunados que pueden

decir con Goethe de sí mismos: todo lo que anhelé en mi juventud lo tengo en la vejez”⁶⁷.

Desde el “Anuario para la dogmática del derecho privado romano y germano actual”, que funda en 1857, y en cuyo título subraya el carácter actual del mismo (*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*), Ihering atrinchera su tribuna donde se desarrolla hasta 1940 y a través de más de noventa volúmenes, el pensamiento del maestro germano.

Sin duda la obra más importante estaba anticipada ya a esta fecha y sería completada años después: el famoso *Espíritu del derecho romano en las distintas fases de su desarrollo*, donde nos anticipa la temática que será el desenvolvimiento posterior de su pensamiento. El derecho no es el resultado de la arbitraria creación del legislador, sino un producto de la elaboración social, donde se nos ratifica su prosapia historicista. Pero en su último tomo sostiene que el derecho está integrado por dos elementos; un núcleo esencial, que es el fin práctico del derecho, su utilidad, sus intereses y una cáscara protectora, que es la fuerza a través de la cual alcanza su protección. Esta trascendente definición del derecho, como un “interés jurídicamente protegido”, será el estandarte alrededor del cual se nucleará la posterior jurisprudencia de intereses representada por los juristas citados.

Posterior a ésta es su obra combativa, tal vez la más difundida por sus numerosas traducciones: *La lucha por el derecho*, en el cual se advierte el alejamiento de las tesis que abraza en su cátedra de derecho romano y su oposición a la práctica del pensamiento de Savigny. El derecho no es resultado de una generación evolutiva, lenta, pacífica e insensible, sino consecuencia de un doloroso y sufriente combate. El derecho persigue la paz y es ella su fin último, pero el medio para lograr esa paz es el derecho a través de sus aspectos combativos.

Completando este tríptico de su producción genial, publica en 1883, *El fin del derecho*, donde desarrolla la tesis, complementaria de las dos obras anteriormente referidas, de que el fin o la finalidad es lo que crea el derecho, de donde resulta que el fin es la fuerza determinante y causa final de la génesis del derecho.

⁶⁷ Merkl, Adolf, “Ihering”, en *Tres vidas ilustres*, Depalma, Buenos Aires, 1945. La frase resume todo el pensamiento de la Alemania culta ante la muerte de un jurista cabal, poseedor de un temperamento combativo y enérgico, y a quien se llamó, el jurista de su siglo y del porvenir.

b) Duguit

Una de las figuras más significativas dentro de la orientación jurídica positivista, no sólo por haber sido uno de los juriconsultos más importantes de la época, sino por la coherencia de su pensamiento, es la de León Duguit (1859-1928), que exhibe más marcadamente aún que en la jurisprudencia de intereses la influencia de la orientación sociológica.

Parte Duguit de la más ortodoxa expresión del positivismo comteano, y considera al derecho como una pura ciencia experimental, rechazando con ello todo problema causal o teleológico, toda construcción de conocimiento, toda reflexión axiológica y considerando solamente el derecho en cuanto dato objetivo que suministra la experiencia.

Este derecho, así objetivamente considerado, reposa y descansa en lo que Duguit llama la "solidaridad social", de la que nacen las reglas de derecho, y que consiste en la coincidencia de los fines individuales y los fines sociales. La concepción individualista del derecho, a partir de la cual ha surgido la noción de derecho subjetivo, es un producto momentáneo y contingente de una determinada época y puede haber respondido a una necesidad social, pero hoy está definitivamente perimida.

El derecho debe estructurarse hoy a través de la noción de "función social", que importa negar la posibilidad de que el individuo o la colectividad tengan derechos. "Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen"⁶⁸.

A la concepción individualista del derecho la ha sustituido una concepción socialista, que está determinada por una nota que da cohesión a los distintos elementos que integran la sociedad y esta nota es la "solidaridad social".

Esta idea de solidaridad social, que Duguit extrae del pensamiento desarrollado por Émile Durkheim⁶⁹, sobre todo en las obras mencionadas en la cita, es denominada "interdependencia social" y no es ni sentimiento ni una doctrina, sino un hecho de naturaleza real, susceptible de demostración directa. Es el hecho de la estructura social misma.

⁶⁸ Duguit, Léon, *Las transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón*, 2ª ed., p. 40, Madrid.

⁶⁹ Durkheim, Émile, *Curso de ciencia social*, París, 1888; *De la división del trabajo social*, París, 1893.

"Si se la observa y se la analiza, se comprueba que cualquiera que sea el grado de civilización de un pueblo, la solidaridad e interdependencia social está constituida por dos elementos que se encuentran siempre en grados diversos, con formas variables, entremezclados unos con otros, pero que presentan siempre caracteres esenciales idénticos, en todos los tiempos y en todos los pueblos. Esos dos elementos son: las semejanzas de las necesidades de los hombres que pertenecen a un mismo grupo social; y en segundo lugar, la diversidad de las necesidades y de las aptitudes de los hombres que pertenecen a ese mismo grupo"⁷⁰.

La solidaridad constituye así, el vínculo que entrelaza a los hombres a partir de sus necesidades comunes y a partir de sus necesidades diferentes, ya que, teniendo distintas aptitudes, pueden ayudarse en mutuos servicios y asegurar con ello la satisfacción plena de las más diversas necesidades.

La solidaridad es, pues, la fuente de la regla jurídica y ésta la expresión conceptual de aquélla; unidas constituyen lo que forma el derecho objetivo del Estado, única construcción válida que lo lleva a negar la existencia de los derechos subjetivos, ya que, frente al derecho objetivo, los particulares no tendrían derechos, sino únicamente obligaciones y los actos de voluntad que los individuos emitan para reglamentar sus derechos no son derechos subjetivos, sino meras "situaciones jurídicas subjetivas", que sólo por una deformación de lenguaje pudieron alguna vez llamarse derechos.

c) La teoría general del derecho

Los resultados prácticos de la dogmática germana y de la exégesis francesa fueron las elaboraciones que en cada disciplina jurídica se hicieron, explicando en cada caso los conceptos generales de cada rama del derecho. Cada una de las ramas del derecho logró así el desarrollo de una parte general, donde se examinaban los conceptos más generales de la disciplina, sistematizando las normas jurídicas vigentes.

Partiendo de la observación empírica del material que integraba cada una de las subdivisiones del derecho, se inferían sus principios generales, pero la dogmática no había llegado a considerar la posibilidad de explicar con pretensión universal la parte general de las partes generales.

Esta es la tarea de la "teoría general del derecho", que partiendo del examen de los materiales jurídicos individuales, por un procedimiento

⁷⁰ Duguit, *op. cit.*, p. 43.

rigurosamente inductivo, trata de encontrar aquello que sea similar en todos los derechos positivos y en todas sus partes, o lo que es lo mismo, encontrar el género, por una inferencia inductiva de las especies.

Esta simplificación de elementos constantes del material jurídico, prescinde de las específicas variaciones que éste pueda tener en el tiempo, en el espacio y en los derechos particulares, para encontrar los elementos obligados y permanentes que constituyen la armazón de la que parte el concepto de la ciencia jurídica.

Este auténtico esfuerzo, realizado para incorporar disciplinas jurídicas al cuadro de la ciencia, postula un “método inductivo”. Es decir que se examina el material jurídico que pueda suministrar la experiencia y se infieren así conceptos generales, a los que se les atribuye, no una mera validez general, sino una validez universal, ya que esos conceptos, así inferidos inductivamente del material empírico, son aplicables a todos los ordenamientos jurídicos reales o posibles.

Este movimiento tiene fundamentalmente dos vertientes. En Alemania, la *Allgemeine Rechtslehre* (teoría general del derecho), y en Inglaterra la “escuela analítica de jurisprudencia”.

Trazaron el programa de la expresión germana Karl Bergbohm, Adolf Merkl y Ernest Bierling, entre otros, quienes elaboraron una doctrina sistematizadora de conceptos generales, con pretensión de pureza, en un intento científico de lograr, a través de un análisis de la materia, la explicación del *substractum* del derecho, con desprecio de toda consideración filosófica universalista o a priori de esas leyes permanentes.

Se satisfacía con ello una exigencia legítima de generalidad, pero no se obtenía aún un programa de validez universal.

El método empírico inductivo que del análisis de una serie de fenómenos jurídicos particulares llegaba a la generalización abstracta de los principios generales, los fundaba en los atributos comunes de los hechos particulares examinados y los hacía válidos en su procedimiento, incluso para hechos semejantes a los investigados, en tanto que esa semejanza fuera de aquellos atributos comunes que habían servido para la elaboración del principio general.

No obstante, obvio es admitir que la aplicación del método inductivo conviene o supone el previo conocimiento de aquello que se pretende saber y sistematizar para lograr sus generalidades y es esa actitud metodológica de la teoría general, en esta expresión histórica, la semilla que incubará su fracaso, o tal vez su transformación.

Hay, sin embargo, algo decididamente valioso en el intento doctrinario realizado por la vertiente alemana, y es la aspiración de poner una valla de generalidad a la anárquica y desordenada producción científica de las ramas particulares, que en un exceso de especialización había olvidado los conceptos básicos de lo jurídico que pudieran ser válidos -al menos- para todas las posibles ramas y subdivisiones de la juridicidad positiva.

La escuela analítica de jurisprudencia, inspirada en el pensamiento filosófico de Thomas Hobbes y Jeremy Bentham, encuentra en John Austin (1790-1859) la cabeza visible de este movimiento doctrinario, al que pertenecieron también Holland, Clark, Brown, Lightwood y otros, y que, si bien no tuvo una repercusión mundial, por lo menos estructuró la formación jurídica en los países de su influencia durante muchos años.

La escuela analítica aparece como un movimiento de reacción contra los excesos del positivismo.

Austin, no sólo se propone estudiar las formas comunes de las distintas ramas del derecho con criterio local, sino que trata de encontrar las disposiciones que fueran comunes a los ordenamientos jurídicos europeos, también mediante la utilización de un procedimiento inductivo, que soslayando las particularidades propias de los sistemas en particular, persigue los principios básicos comunes a todos.

Distingue Austin una “jurisprudencia general”, que sería equivalente a nuestra actual filosofía del derecho positivo, y que es propiamente el desarrollo de la teoría general del derecho, donde examina los principios comunes a los distintos sistemas jurídicos; una “jurisprudencia particular”, que abarca el estudio de las leyes y el derecho positivo vigente en cada país, y la “ciencia de la legislación”, que sería nuestra actual política jurídica, fijando con carácter axiológico los principios que el legislador debe atender para elaborar leyes justas.

Oportuno es mencionar que la obra de Austin es anticipatoria de los desenvolvimientos que surgirán en el continente en lo que hemos presentado como la vertiente germana de la escuela, ya que su exposición se adelantó en varias décadas a los desarrollos de Merkl, Bergbohm, Bierling, Ahrens, Picard, Roguin y otros.

Si bien, fuerza es admitir, que entre ambas vertientes de la teoría general, hay algunas diferencias en puntos de cierta consideración, es indudable que los lineamientos fundamentales de la tendencia son los mismos, por lo cual preferimos prescindir de las diferencias que atribuimos a la fecunda originalidad de los expositores.

En efecto, también en el seno de ambas corrientes se pueden subrayar matices peculiares entre los distintos expositores, lo cual hace perfectamente explicable que se adviertan diferencias entre las escuelas a través de ellos, pero lo esencial de la temática elaborada es común, por lo que estimamos innecesario ahondar más en su consideración.

4. JUSPOSITIVISMO Y JUSNATURALISMO

A partir de los desarrollos experimentados por las ciencias naturales en los siglos XVI y XVII, uno de los más significativos ingredientes de la cultura iluminista del siglo XVIII fue sin duda el naturalismo, que coloca, como objeto fundamental de la investigación científica, casi exclusivo, la indagación filosófica de la realidad objetiva. Como consecuencia de ello, los métodos más atendidos, fueron aquellos de esencia empírica, que no eran sino los métodos por excelencia de las ciencias de la naturaleza.

Alemania, en ese período, estuvo intelectualmente dominada por el romanticismo y el idealismo, pero ese desenvolvimiento del naturalismo, continuó aún en los primeros decenios del siglo XVIII en casi toda Europa.

Todo esto y los logros obtenidos en el plano de las ciencias de la naturaleza hicieron pensar en la conveniencia y aún en la necesidad de trasvasar los principios de esa metodología al campo de las ciencias llamadas morales o espirituales y fundamentalmente, al campo de las ciencias sociales.

Esa actitud, se convirtió casi en una mentalidad, más que en una doctrina, y con el rótulo de positivismo fue adoptada respecto de toda teoría que no fuese, o intentase siquiera ser, de raíz metafísica y con el nombre de positivismo jurídico, atendió a los fundamentos de esa porción del saber respecto de la cual el positivismo originario -aquél de estirpe comteana- poco interés había desarrollado, resuelto en definitiva, en uno de los tantos fenómenos sociales absorbidos por la sociología.

En el orbe de la juridicidad, esa actitud positivista se mueve básicamente en dos planos fundamentalmente diversos. Uno es el de la positividad de un comportamiento humano, concreto y efectivo, y otro es el de la positividad constituida por la existencia formal de una norma. Es indudable que, efectivamente, hay en ambos planos una cierta prescindencia de la valoración o más precisamente de una consideración ética del derecho como supraordinada al derecho, lo cual no impide diferenciar claramente ambas posiciones.

Sin embargo, puede aceptarse que la expresión "positivismo jurídico" haya indicado prevelantemente, aún cuando no de modo exclusivo, a una teoría que reconoce carácter jurídico sólo a aquél, puesto por una autoridad soberana, lo que acentuaba la circunstancia de que en ese orbe, lo positivo, refería al plano formal de la creación de la norma y su ser emergía de un ente exclusivo que se atribuía el poder de generar derecho.

En Italia, a la influencia casi hegemónica del idealismo, acusado también de una cuota de responsabilidad o, por lo menos, comprometido ideológicamente con los cimientos filosóficos del fascismo, le sucedieron diferentes modos de reacción. El mismo idealismo, de genuina raíz hegeliana, se fracturó en dos direcciones casi opuestas. Una, mezclada con ingredientes de la izquierda marxista que, como su antecedente clásico, no dio sustantivos frutos en el ámbito de la juridicidad y otra, que se amalgama en el pensamiento católico y que recalca en diferentes modos de actitud jusnaturalista.

Hay también otra forma de reacción al idealismo clásico, tal vez más directa y contestataria, la que, apoyada en un pensamiento iluminista, se muestra en una actitud totalmente extraña al marxismo, aún cuando en el plano político actúa ubicada en una posición de izquierda, que se alimenta en los ambientes socialistas y democráticos, marcadamente laicos, sin puntos de contacto ni con los idealistas -cualesquiera fuese su tendencia- ni con los católicos. En ese clima doctrinario, pensar en una renovación jusnaturalista realmente no tenía mucho sentido, máxime cuando el jusnaturalismo -no siempre fundadamente- era atribuido sólo a círculos de tendencia católica e incluso directamente a actitudes clericales, por entonces severamente criticadas.

Este antijusnaturalismo, edificado sobre el prejuicio de hostilidades al catolicismo, ha gravitado, sin duda, y aún gravita estimulando polémicas en las cuales la esencia propiamente filosófica del debate, aparece deformada o desviada de la materia propia de lo que debía ser la cuestión.

Ese positivismo jurídico, hacia el cual este antijusnaturalismo iluminista conducía, poco tenía que ver con el positivismo filosófico, aquél para el cual el derecho, no era sino una rama -y por cierto no trascendente- de la sociología. Por el contrario, este nuevo positivismo, que encuentra un fundamento diferente para la ciencia jurídica, en la expresión de una teoría general que sobre un fundamento lógico construye una filosofía jurídica, excede los marcos del naturalismo y conforma una sólida base por la que transitan los juristas italianos.

Esta actitud que comienza a desenvolverse como una teoría de la ciencia, movida por una severa exigencia de rigor y de precisión en la indagación científica, que intenta satisfacer a través del análisis del procedimiento científico y del lenguaje -similar precisamente al modo en que funcionan los instrumentos científicos de la investigación-, recibe el nombre alternativo de neopositivismo, o empirismo lógico, o positivismo lógico. La preocupación esencial de esta actitud neopositivista no pasa tanto por la intención de fundamentar una científicidad jurídica edificada sobre la verdad, sino que apunta más bien hacia el tema de la validez, en donde la búsqueda no se dirige tanto a la verdad de la sustancia cuanto al rigor del método.

El rigor severamente racionalista de Norberto Bobbio no podía pasar inadvertido frente a esta nueva expresión del positivismo e incursiona en la filosofía analítica, intentando encarar a la ciencia jurídica como un análisis del lenguaje.

Hay en esta actitud, un fuerte ingrediente epistemológico de raíz empírica al afirmar que todo saber se apoya en la percepción sensible y eventualmente en la introspección, lo que lo conduce a una preocupación y análisis del lenguaje, que así se constituyen en el objeto fundamental de la preocupación científico-filosófica de su pensamiento.

Sobre esos presupuestos teóricos, Bobbio encara el intento de resolver el espinoso problema de la científicidad del derecho⁷¹; elabora una teoría de la ciencia jurídica⁷²; un riguroso estudio de la ciencia del derecho⁷³; y fundamentalmente trabajos sobre positivismo jurídico.

En esa temática⁷⁴ su gran mérito es, a nuestro juicio, haber puesto una fundamental cuota de prudencia en la atribución de rótulos a los autores, del supuesto o pretendido baldón de sus respectivos caracteres de juspositivistas o jusnaturalistas, conclusión a la que sólo puede llegarse,

⁷¹ En el excelente trabajo *Scienza del diritto e analisi de linguaggio*; en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950.

⁷² *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950.

⁷³ *Studi di teoria generale del diritto*, 1955.

⁷⁴ *Il positivismo giuridico*, Troní, 1961; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965; *Sul formalismo giuridico*, en "Rivista Italiana di diritto e procedura penal", 1958; *Sul positivismo giuridico*, en "Rivista di Filosofia", 1961; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, en "Rivista di diritto civile", 1962. Estos tres últimos trabajos, reunidos bajo el título de *El problema del positivismo jurídico*, trad. y revisión E. Garzón Valdés y Genaro Carrió, Eudeba, 1965.

en mérito a la vaguedad y ambigüedad de las palabras, cargadas de tremenda imprecisión y que sirven para ser utilizadas como elogios o agravios en los conflictos ideológicos.

Sostiene Bobbio, con respecto al positivismo jurídico, que esa expresión lingüística, sin previa o posterior explicitación, no dice gran cosa, e intenta demostrar que, dentro de la textura de su contenido, caben por lo menos tres modos diferentes de concebirlo, con implicancias muy diferentes, en el mundo jurídico y aún fuera de él.

El primero es el que concibe al positivismo como un modo de acercamiento al estudio del derecho, al que denomina también "consideración científica" del derecho, y se refiere a aquél que asume frente al derecho, una actitud avalorativa, objetiva y éticamente neutral, y que distingue en suma, el derecho real del derecho ideal o, en otros términos, el *derecho que es del derecho que debe ser*, entendiendo este "approach" o aproximación, sólo al derecho que es, con total prescindencia del que debiera ser, atendiendo a pautas valorativas o de cualquier otro género.

Su segundo rótulo de positivismo jurídico explicitado como "teoría", se refiere a aquella concepción particular del derecho que lo vincula a la formación de un poder soberano, capaz de ejercitar la coacción, poder que no es otro que el Estado, identificando así derecho positivo con teoría estatal del derecho.

La tercera versión del positivismo jurídico, estaría representada por una creencia acerca de la existencia de ciertos valores trascendentes que, sobre la base de ellos, confiere al derecho que es, por el sólo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal.

Concluye Bobbio que la expresión más cuestionable del positivismo jurídico es esta última, en la medida que por ideología positivista deba entenderse la exaltación del Estado, conforme a la cual, éste es el supremo portador de valores del bien y del mal, pero no lo será tanto, en la medida que esa ideología se identifique con la defensa de ciertos valores relativos.

La expresión del positivismo como teoría del derecho y donde sin duda caben las más nutridas y disímiles concepciones (escuela francesa de la exégesis, pandectismo germano) sostiene la conveniencia de distinguir un sentido amplio y uno restringido; si por este último debiera ser asimilado sólo el "codicismo", la crítica debería fluir inobjetable; aunque el vituperio, en tal caso, habría perdido ya vigencia, puesto que nadie acepta hoy seriamente que el juez sea un autómeta para aplicar ade-

cuadramente la norma al caso. La versión que debería considerarse aceptable, sin que fuese necesario buscar paliativos, es la primera, o consideración científica, ya que aquí se trata sólo de saber si se quiere colocar verdaderamente a la ciencia jurídica sobre bases científicas y sólidas o bien si se quiere perpetuar la confusión entre la investigación y la crítica ético-política.

Un análisis parecido realiza Bobbio respecto del jusnaturalismo, del que vertebra sus tres formas paradigmáticas: “el escolástico”, concebido como el conjunto de primeros principios éticos muy generales, de los cuales el legislador debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas de derecho positivo; “el racionalista moderno”, que lo concibe como el producto de las relaciones de coexistencia de los individuos fuera del Estado y por fin el “Hobbesiano”, en el que el derecho natural queda reducido a una sola norma: en las sociedades de iguales “hay que cumplir las promesas” y en las sociedades de desiguales “hay que obedecer las órdenes del Superior”.

En verdad, tenemos serias dudas de que esa taxonomía haya sido exhaustiva, tanto en una como en otra consideración antitética. Creemos que así como hay formas inequívocas de positivismo que no encontrarían acogida, sino muy forzosamente, en uno de los tres precisos significados de positivismo, entendemos que no pocas expresiones de jusnaturalismo han quedado marginadas de las diferentes acepciones anotadas por Bobbio.

Lo valioso -a nuestro juicio- no estriba tanto en pretender encontrar un criterio clasificador que agote íntegramente la capacidad conceptual de la expresión “positivismo jurídico” o “jusnaturalismo”, sino más bien en poner en evidencia que la polémica no muestra, por un lado, una divergencia tan absoluta como pareciera sugerirse de algunas actitudes, y por otro, que ella resulte de la adopción de un criterio, por así decirlo, libremente elegido.

En el primer aspecto, en cuanto a la total oposición de la divergencia, creemos que no es tal en cuanto que, llevados a la praxis, las diferencias que pueden advertirse entre un jusnaturalista y un juspositivista, no son tan profundas e irreconciliables como podría creerse a priori.

Si ponderamos esta aparentemente incontrastable oposición entre jusnaturalistas y juspositivista, tan antigua y tan refractaria que pareciera tan enemiga como universalista y xenófoba, tan contraria como belicista y pacifista, tan pugnantemente autoritaria y demócrata, advertimos que

en la práctica, en el obrar de cada uno, la diferencia no es tan marcada ni los efectos de su hacer tan disímiles.

No dudamos, por ejemplo, que un ministro de economía de fuerte orientación marxista, producirá hechos en la gestión de su gobierno de matices muy diferentes a los que produciría idéntico funcionario de origen liberal, y esas diferencias podrían ser inferidas, casi desde cada uno de los distintos actos de gestión. Por el contrario, no creemos que en la organización de lo que podríamos llamar la lógica jurisdiccional o judicial, la práctica de un juez para llegar a la sentencia -el camino argumental que recorre su razonamiento para apoyar fundadamente su decisión-, sea posible detectar el marco preferencial del origen ideológico del funcionario.

En otras palabras, creemos que en términos generales sería bastante difícil, leyendo solamente fallos de distintos jueces de diferente extracción ideológica, poder descubrir, por los caminos de su tránsito, el apoyo doctrinal de su pensamiento.

Tal vez en casos realmente excepcionales, donde la zona de penumbra es tan lata que casi no hay enganches con norma o precedente alguno, pueda inferirse desde una etapa de la trama de su argumentación, la estirpe de ella. Pero si recorremos repertorios de jurisprudencia, costará no poco esfuerzo tratar de develar, detrás de los considerandos de una decisión, la raíz doctrinaria del autor de la misma.

En cuanto a que una u otra actitud responda a una libre elección, casi ninguna de las decisiones trascendentes de la vida responden a un capricho selectivo, ni siquiera a una aguda y preferente estimación de razones y fundamentos. Nadie, o casi nadie, es católico porque frente al mosaico de posibilidades que le ofrecía la actitud religiosa de la vida, optó por el catolicismo porque esa religión es la que se adaptó mejor a su temperamento y espíritu.

Todos los católicos -o casi todos- son el producto de un medio social, familiar, nacional, económico, temporal -las famosas “circunstancias” a las cuales se refería Ortega y Gasset, o “el entre” de Martin Buber- que han condicionado de tal modo su orientación religiosa que casi la han determinado. Y lo dicho en materia religiosa vale hasta para opciones tan insustanciales en apariencia como la de pertenecer a determinada insignia deportiva y tan trascendentes como la adhesión a una doctrina política, a un principio moral o a una creencia filosófica.

En resumen, creemos que nadie es juspositivista o jusnaturalista porque

racional, objetiva y fríamente se “detuvo frente a” esas dos opciones y eligió el camino que más se correspondía con lo que su razonada decisión aconsejaba.

Se es juspositivista o jusnaturalista, porque detrás de esa elección hay toda una concepción del mundo y de la vida, y todo un estilo de vivirla que la determinan o la condicionan grandemente.

Se es lo uno o lo otro, porque hay todo un cúmulo de circunstancias de espacio, tiempo, modo y tradición que supeditan un trasfondo intelectual y emocional que producen ese resultado.

Pero junto a él, ese mismo contenido subyacente no se modifica radical y totalmente respecto del otro, sino que solamente varía alguno de sus ingredientes -aquél determinante del cambio-, y respecto de la personalidad, posee una idéntica o similar infraestructura ética, moral, humana en suma.

Por ello, si bien en el plano de la teoría, en el momento del approach, de la aproximación al estudio del derecho, pareciera que una valla infranqueable separa a uno de otro -quien a partir de una atalaya diferente avizora una miga diferente y una médula distinta-, cuando llega el momento del obrar, cuando en todo ese trasfondo emocional o intelectual, ambos, el juspositivista y el jusnaturalista deben decidir, la resolución no varía sustancialmente; ambos recurren a las normas, el uno y el otro atienden los hechos y los dos intentan un modo de justicia.

Cada uno de ellos es, no lo que quiere, sino realmente lo que puede; pero como respuesta a todas esas identidades que los unen y aún más allá de las diferencias que los separan, en el momento de hacer justicia, ambos coinciden sorprendentemente, el uno y el otro desenvuelven una cadena argumental que sólo en casos excepcionales puede descubrirse el primer eslabón determinante de la diferencia.

Ello nos conduce a pensar que la controversia, que ha pasado por momentos de extrema virulencia, está transitando una etapa madura de reflexión adulta en la que, sin pretender deponer armas que hundan sus profundas raíces en las convicciones más íntimas de cada personalidad, con vínculos inescindibles que se remontan a los ancestros, con una cultura y una concepción del mundo y de la vida para cada comunidad, para cada grupo humano y para cada persona particular y definitivamente, se ha asumido frente a la realidad, la actitud que conduce a la mejor comprensión del fenómeno jurídico.

Por eso consideramos realmente lúcida y sin desperdicio, la reflexión

con la que concluye su ensayo el autor que hemos seguido en nuestro desarrollo, quien sostiene que el modo más inteligente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es juspositivista o jusnaturalista, es insinuar con un gesto de cautela: “depende”... Depende del punto de vista en el que nos ubiquemos para encasillarlo.

VI

DIRECCIONES JURÍDICAS EN LA FILOSOFÍA
NEOKANTIANA

(Fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX)

1. EL CONCEPTO DEL DERECHO EN KANT

Debemos, ante todo, señalar lo que podría considerarse un error metodológico en la exposición que desarrollamos. El criticismo kantiano es indudablemente una doctrina que pertenece al siglo XVIII, mucho más vinculada genéticamente al clasicismo jusnaturalista de los siglos XVI y XVII, casualmente donde se produce el tránsito de la concepción naturalista del derecho a su expresión pura y racional.

Su referencia en el capítulo donde analizamos el pensamiento jurídico de fines del siglo XIX y comienzos del XX encuentra no obstante fundamento en dos circunstancias que hemos sopesado más, en el caso, que el mero devenir cronológico de las doctrinas.

La primera de ellas es que no obstante la riqueza del pensamiento del sabio alemán, en cuyo sistema ocupa el derecho un lugar de ponderable significación, tanto en su inserción en la ética en cuanto ciencia de las leyes morales, como en su consideración metódica como autónoma de la ética, valoramos aún más las concepciones desarrolladas en la época que comprende el título de este capítulo y que se nutren en la fecunda savia de la filosofía crítica.

La segunda de ellas, indisolublemente vinculada a la primera, es que por esa razón nos ha parecido más coherente exhibir la concepción jurídica en el sistema de Kant como previa a la exposición de todas las vertientes que fluyen del retorno a la filosofía kantiana entre los siglos XIX y XX, que hacerlo respetando la enumeración cronológica de las ideas.

El neocriticismo tendrá, por tanto, a partir del criticismo, una mayor coherencia conceptual. A mediados del siglo XIX, el positivismo antimetafísico y naturalista, enraizado en la posición comteana, era la dirección dominante en el pensamiento científico y filosófico. La filosofía,

en franca retirada, estaba relegada a papeles de ordenación del material elaborado por las ciencias, para soslayar así su definitiva aniquilación.

El estrepitoso derrumbe de la filosofía romántica de Schelling y de Hegel, sus desaciertos metodológicos, habían sido el campo propicio para desterrar la filosofía del campo especulativo.

Sin embargo, la filosofía contaba con un bastión inexpugnable: la grandeza augusta de Kant. La segunda mitad del siglo importa un notorio retorno a las expresiones del criticismo bajo las distintas formas que adopta el neocriticismo.

Los excesos de materialismo y de positivismo, evidenciados en las doctrinas precedentemente estudiadas, que en el agudo decir de Ortega, más que dos expresiones filosóficas, son dos formas de ignorancia filosófica, la impotencia para resolver a través de sus esquemas la problemática jurídica, la perentoria necesidad de precisar el concepto del derecho y de dar con los límites entre el enfoque científico y el filosófico a su respecto, marcan un regreso a las estructuras del idealismo kantiano. Los principios del clasicismo jusnaturalista del siglo XVII se afirman en la obra de Christian Wolff y las corrientes derivadas de su pensamiento.

Esta ideología, que hace del derecho un “deber perfecto”, por tener el poder necesario para eliminar todo aquello que permita el recto uso del libre albedrío, ensambladas con las ideas antipodas que provienen del empirismo escéptico de Hume, constituyen las direcciones fundamentales del pensamiento filosófico europeo del siglo XVII y principios del XVIII, que son los antecedentes indispensables de la reflexión kantiana.

Se advierten en Kant y también en todo el movimiento postkantiano a pesar de las controversias planteadas, muchos de los temas desarrollados por las expresiones del dogmatismo wolffiano. La teoría jurídica de Kant aparece publicada en 1797⁷⁵ bajo el título de *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, aún cuando las bases de su monumental obra ética ya estaban delineadas con anterioridad.

Demasiado severo es el juicio crítico de Delbos, cuando afirma que *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* no es sino un esfuerzo “a menudo penoso y estéril de simple agrupación esquemática... no tiene ni amplitud, ni soltura, no es siempre lúcido”⁷⁶.

⁷⁵ Kant, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*.

⁷⁶ Delbos, Víctor, *La philosophie pratique de Kant*, p. 699, París, 1926.

Cierto es que la obra es fruto de la ancianidad del filósofo, pero no menos cierto es que ya en 1765 tenía preparado el material para la publicación de unos proyectados fundamentos metafísicos de la filosofía práctica, y que además en ella volcó los resultados de sus anteriores elucubraciones sobre el derecho, por tanto su enjuiciamiento debe hacerse a la luz de todo el sistema al cual pertenece, no marginando o recortando equivocadamente sectores del todo indisoluble al que se encuentra vinculado. Así como Leibniz partió del *vir bonus*, Kant arranca de lo único que puede ser considerado auténticamente bueno: una buena voluntad.

“No es posible concebir nada en el mundo ni, en general, fuera de él que pueda ser considerado como bueno sin reserva alguna, como no sea, única y exclusivamente, la buena voluntad”.

Esta buena voluntad está contenida en el concepto de que la determinación del valor de nuestras acciones debe considerarse como primer fin.

Es decir que en el concepto del deber está contenido el de buena voluntad. Las acciones humanas sólo tienen valor ético si se las cumple en mérito al deber y no en virtud de nuestras inclinaciones.

No es acción ética si se la realiza con miras a una finalidad o como consecuencia de un impulso egoísta.

“Ni en el mundo, ni en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una buena voluntad”⁷⁷.

Los principios que determinan la voluntad son llamados mandamientos de la razón y su fórmula es la del imperativo.

Estos pueden ordenar “hipotéticamente”, cuando representan la necesidad de una acción, como medio para la realización de una acción, o “categóricamente”, cuando representan una acción en sí mismos.

El hombre, no solamente tiene facultad cognoscitiva, sino que la personalidad también se manifiesta en el obrar. Aquí se esbozan los campos de la filosofía kantiana teórica y práctica, considerados en la *Crítica de la razón pura*, donde estudia al hombre como sujeto del conocer, y en la *Crítica de la razón práctica*, donde estudia al hombre como sujeto del obrar.

⁷⁷ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 21, Madrid, 1932.

Toda la obra de Kant descansa sobre esta división que señalan sus dos “críticas”. La esfera del conocimiento del mundo y la esfera de los propios fines del individuo, reguladas respectivamente por la ley de causalidad y por la ley de la libertad, es una afirmación que para la teoría jurídica tiene capital importancia, toda vez que el hacer humano queda definitivamente marginado de la ley de causalidad, radiado del mundo fenoménico⁷⁸.

Y así como en el campo teórico del conocimiento, el acceso a lo absoluto es imposible, en la órbita del obrar práctico, el sujeto puede manejarse y se maneja con absoluta certeza. Y ello, porque tenemos conciencia de un dato a priori que es la “ley del deber”, que lleva a Kant a afirmar el primado de la razón práctica sobre la teórica.

Volviendo un poco a lo expuesto más arriba, de la nota de buena voluntad extrae los imperativos categóricos y establece que todas las leyes morales son imperativos categóricos ya que son fines en sí mismas. Pero hay por encima de todas ellas una ley moral suprema que Kant llama “el imperativo categórico”, que es a priori, independiente de la experiencia, sin contenido y específicamente formal. Se enuncia diciendo: “Procede de tal modo que la máxima de tu acción pueda valer como ley universal del obrar”.

A partir de ese imperativo categórico, Kant establece dos principios esenciales para el derecho: el de la humanidad considerada como fin en sí y el de la autonomía de la voluntad. El imperativo correlativo se enuncia: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre con un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”, que al decir de algún comentarista, es la primera vez que se niega racionalmente la posibilidad de la esclavitud.

Partiendo de la nota señalada por Tomasio, para distinguir moral de derecho, Kant diferencia entre las acciones internas o motivos del obrar y las acciones externas o el obrar propiamente dicho, asignando a la moral el orbe interno de la acción y al derecho la representación externa de él. El derecho se refiere solamente a las acciones externas o al aspecto externo de los actos, prescindiendo en su consideración de la motivación determinante del obrar.

⁷⁸ Hans Kelsen partirá de ese presupuesto kantiano, distinguiendo el mundo de los fenómenos naturales, regulados por la ley de causalidad, y el orbe jurídico, donde impera el principio de la imputación putativa.

Eso le permite agregar la nota diferencial de “coercibilidad”, ya que sobre las intenciones es imposible ejercer la fuerza⁷⁹.

El derecho resulta así coercible y se identifican de ese modo coacción y derecho, porque el derecho sin la coacción no cumpliría su misión de elevar el ser sensible a ser racional y el imperativo categórico sería la más hermosa quimera de una sociedad utópica.

El derecho se reduce, pues, a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia, principios estos que tienen su imperativo correspondiente, el que se enuncia diciendo: “Procede exteriormente de tal modo, que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”, de donde se ha inferido una definición del derecho atribuida a Kant que dice que el derecho “es el conjunto de las condiciones por las cuales, el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”.

La libertad opera como un derecho natural innato. Más aún, el compendio de todos los derechos naturales se da en el derecho de libertad.

Sin embargo, no obstante estas pautas suministradas por Kant para separar el mundo moral del mundo del derecho, toda la doctrina del derecho kantiano está edificada en los mismos presupuestos alrededor de los cuales se desenvuelve su doctrina moral, que son la libertad y el imperativo categórico.

En suma, del conocimiento de la naturaleza, al que podemos acceder a través de la experiencia, no puede deducirse ninguna ley que posea necesidad absoluta.

El fundamento de vinculatoriedad de las leyes morales sólo puede encontrarse a priori en conceptos de la razón pura. Nunca un hecho empírico podrá generar una ley moral.

Toda filosofía moral descansa en su aspecto puro, dándole al hombre, como ser racional, leyes a priori, con total prescindencia del conocimiento individual de éste.

Ahí se produce un gran giro que imprime su sello a toda la ética moderna. En lugar de los problemas ético-materiales, que habían constituido la preocupación jusnaturalista durante dos milenios de especulación, se atiende ahora al plano de la moralidad subjetiva.

⁷⁹ Kant, Immanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, trad. F. González Vicén, p. 82, Madrid, 1954.

El principio subjetivo, anunciado en sus primeros atisbos en la especulación estoica, en el problema de la conciencia del hombre, queda aletargado en toda la Edad Media, no obstante la profundidad a que se llega en la especulación filosófica, detenido ante las concepciones dogmático-teológicas de la Iglesia y despierta en Kant, en el principio de la autonomía de la voluntad, que se convierte en la ley fundamental del mundo moral.

Resumiendo, diremos que Kant, al advenir al plano de lo jurídico, lo que constituye sin duda uno de los más importantes aspectos de todo su sistema filosófico -a diferencia de lo que ocurre con los filósofos contemporáneos que han excluido a la problemática jurídica de sus sistemas-, recoge de Tomasio la nota de exterioridad como propia del mundo jurídico, para desvincularlo de la moral.

Agrega a esta nota de exterioridad, la nota de coercibilidad y reafirma a la vez la nota de autonomía.

Define el derecho como el conjunto de condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad. Este ingrediente de la libertad, derecho innato y esencial del hombre, es el que permite situarlo por encima del mundo de los fenómenos, haciendo del hombre un autofin.

La libertad es el derecho natural por excelencia, valoración esta superlativa de la libertad que lo llevó en lo político a una entusiasta adhesión a los principios de Rousseau y a la doctrina de la Revolución francesa. Reproduce, en consecuencia, la teoría del contrato social como esencia meramente normativa, siendo el fin primordial del Estado asegurar el derecho natural.

En Kant no se llega a aclarar completamente si el derecho natural no sólo debe ser entendido como fundamento de la teoría del derecho positivo o si debe ser considerado, por el contrario, como un sistema completo y cerrado de normas paralelas a las de la legalidad positiva.

Hay por fin, un último y destacable principio de la teoría kantiana del derecho natural, que se agrega a los de libertad, igualdad, coercibilidad y autonomía enunciados.

Es el denominado por él "postulado jurídico de la razón práctica", según el cual se exige que la propiedad sea posible, respecto de todas las cosas que pudieran caer en posesión del hombre, ya que la máxima opuesta, expresada como ley universal, privaría a esos otros principios jurídicos referidos, de una posibilidad de aplicación práctica.

2. LAS DIRECCIONES JURÍDICAS NEOKANTIANAS

No hemos pretendido esquematizar siquiera el pensamiento del coloso de Königsberg sobre el derecho. La brevisima referencia de su vasta temática está sólo esbozada como introducción al problema del neokantismo, que es el que nos interesa exponer. Kant es quien ha abierto en la modernidad los más fecundos senderos por los que ha transitado el quehacer jusfilosófico. Las corrientes poskantianas que derivan del tronco original del pensamiento del filósofo alemán, a las cuales dedicaremos nuestra atención en este capítulo, son las siguientes:

Los aprioristas de la escuela de Marburgo, donde se encuentra el valioso aporte de Stammler, verdadero restaurador del jusnaturalismo y de la especulación filosófica en el mundo del derecho, que pretende haber mejorado, en el campo de la ética, la aplicación del método trascendental kantiano, y donde también citaremos a Hermann Cohen (1842-1917), Paul Natorp (1822-1925), Ernst Cassirer (1874-1945) y A. Lange (1822-1875), entre otros.

La escuela sudoccidental alemana de Baden, que partiendo de la filosofía de los valores de Rickert y Windelband, tiene como epígonos valiosos a Gustav Radbruch y Emil Lask.

También, el grupo de juristas que, tomando como atalaya la original concepción de Edmund Husserl, pretenden dar al idealismo kantiano una nueva dimensión.

Dedicaremos por fin un capítulo separado, por exigencias programáticas, al desenvolvimiento de la teoría pura del derecho, a través de su máximo expositor, Hans Kelsen, fundamentalmente porque marca un momento trascendental en el desarrollo del pensamiento jurídico, ya que alrededor de su doctrina se han canalizado los desenvolvimientos jurídicos de la modernidad.

a) Stammler

Rudolf Stammler (1856-1938), profesor de Leipzig, Marburg, Giessen, Halle y Berlín, donde dictó su cátedra hasta el momento de su muerte, cumple en este proceso histórico la nobilísima tarea de restaurar el quehacer y la preocupación filosófica por el derecho. Los excesos de positivismo y materialismo a los que ya nos referimos, relegaron a la filosofía a una posición secundaria, convirtiéndola casi en un pasatiempo.

Se había perdido la noción de universalidad, se había fragmentado la visión de totalidad, y entonces la reflexión filosófica sólo servía de adorno introductorio al estudio de las disciplinas particulares. Una muestra de erudición que los juristas utilizaban para embellecer los prólogos de sus trabajos, pero nada más.

La elaboración jurídico-positiva alemana, la sistematización del saber jurídico en la obra de Savigny fundamentalmente y de Ihering y Windscheid, requerían a sus espaldas una restauración del derecho natural que diera la profundidad requerida por el sistema, la universalidad.

En el caso de Stammler, como en el de muchos otros, la pretensión y el deseo de exponer la totalidad de su pensamiento, deberá verse moderada por el destino dado a este trabajo de investigación, que pretende ser sustento de información complementaria de una cátedra de filosofía del derecho.

Ello dispensará nuestro pecado de superficialidad y nos compromete a una elaboración posterior con otro destino.

Distingue Stammler la ciencia, de la filosofía del derecho. La primera tiende a la reproducción y ordenamiento de los datos que dogmáticamente le suministran los sistemas jurídicos positivos. La filosofía tiene por objeto todo lo que en el campo jurídico tiene carácter de universalidad. “Una teoría puede proporcionar notas distintivas exactas de fundada validez universal, únicamente con respecto a las condiciones lógicas necesarias para una posible unificación; por el contrario, en toda consideración de elementos materiales singulares, habrá ciencia en la medida en que aquélla pueda responder con éxito a dichas formas”⁸⁰. Este párrafo exhibe los dos campos que hemos distinguido y la dependencia o vinculación en que recíprocamente se encuentran.

Esta división importa un traslado de la distinción kantiana entre forma y materia. En todo fenómeno es posible distinguir forma de materia. Ésta es lo que corresponde a la sensación sensible, empírica, contingente, a posteriori; mientras que la forma es el método de ordenación que permite sistematizar todo lo que en el fenómeno hay de contingente.

De la materia -empírica, singular, contingente- se ocupa la ciencia. De la forma, la filosofía, tendiente a dilucidar las nociones que utilizamos en toda representación jurídica.

⁸⁰ Stammler, Rudolf, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, p. 40, Córdoba, 1958.

El estudio de estas formas exige el método crítico, para desentrañar a priori los elementos que atañen a la forma. Este método crítico kantiano trasladado al campo del derecho, permite a Stammler indagar los problemas fundamentales de la filosofía del derecho, mediante un puro análisis del pensar jurídico, sin contacto con el derecho tal como éste se da en la experiencia.

En el *Tratado de filosofía del derecho*⁸¹ expone todos los anticipos de la teoría que comienza brindando desde *La doctrina del derecho justo*⁸². La cumbre del filósofo alemán, conocida en el mundo jurídico como *Lehrbuch*, contiene nueve secciones en las que trata del concepto del derecho, de la vigencia del derecho, de las categorías, de la metodología del sistema, de la idea, de la técnica, de la praxis y de la historia del derecho. Dedicamos nuestro examen fundamentalmente a las dos formas puras del pensar jurídico, cuales son el concepto y la idea del derecho, que sirven el primero, para establecer lo que es jurídico, y la segunda, lo que es justo⁸³. El “derecho” es para Rudolf Stammler, un querer vinculante, autárquico e inviolable (*das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen*)⁸⁴.

La nota de querer, nos enseña que el derecho pertenece al dominio de la ciencia de los fines⁸⁵, es decir que no se alude con ella a un fenómeno psíquico real, sino más bien a un método de ordenación de nuestra razón. Siendo el derecho un medio para el logro de fines, se encuentra en este reino, el de los fines.

Pero también la moral aparece como un modo de querer; sin embargo, mientras la moral se nos exhibe como un orden interno, intrasferiblemente individual y subjetivo, el derecho se nos muestra como un orden externo, bilateral, que une en la comunidad de los fines. En suma, “vinculatorio” o “bilateral” de diversos “quereres”, en cuanto medios recíprocos.

Pero, también los convencionalismos sociales o reglas de trato social o normas de la caballerosidad y la etiqueta se nos aparecen como vinculantes de distintos quereres.

⁸¹ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, 1921.

⁸² Stammler, Rudolf, *La doctrina del derecho justo*, 1902.

⁸³ Orgaz, Arturo, *La doctrina jurídica del neokantismo. Rudolf Stammler*, p. 19, Córdoba, 1923.

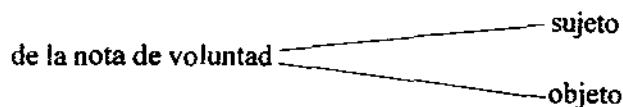
⁸⁴ Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 89.

⁸⁵ Stammler, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, p. 48.

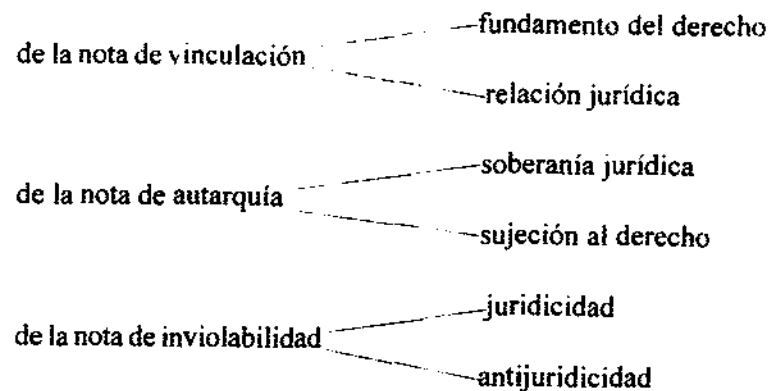
Todo este grupo de normas del comportamiento, que hacen más agradable -o menos según algunos- el desenvolvimiento social o la vida en sociedad, son también vinculantes. La diferencia estriba en que mientras estas normas obtienen su fuerza en la colectividad, la fuerza del derecho es un atributo de su propia esencia, que de él mismo surge. La nota de validez universal, que distingue formalmente derecho y convencionalismos sociales, puede encontrarse solamente en el sentido de la pretensión de validez de ambas regulaciones. El derecho pretende valer como “querer autárquico”, mientras que la costumbre tiene el sentido de una “invitación condicional” y de esta forma tiene sólo una validez hipotética que depende del consentimiento otorgado, aunque sea tácitamente, por aquéllos a quienes pretende obligar⁸⁶.

Por último, dice Stammler, el derecho es “inviolable”, no atribuyendo a esta expresión un sentido de infalibilidad, ya que sus preceptos son quebrantables, como que están dirigidos a seres libres, capaces de obedecer o no sus prescripciones; sino precisamente por la específica característica del derecho que aparece en su plenitud, casualmente en el momento de su quebrantamiento. Dentro de los querer, vinculatorios y autárquicos, es necesario distinguir entre el poder jurídico y el poder arbitrario, oposición ésta que ha sido vivamente sentida en todas las épocas de la humanidad. Como hemos visto, del examen del concepto de derecho surgen las pautas o criterios de orden formal, requeridos para distinguir el derecho de las otras normas de regulación del comportamiento -moral y convencionalismos sociales- y de los actos de arbitrariedad.

A su vez, de estas notas diferenciales, contenidas en el concepto de derecho, explicita Stammler las categorías que resultan del análisis de esas cuatro direcciones fundamentales, que integran el cuadro de las categorías jurídicas o conceptos jurídicos fundamentales:



⁸⁶ Una aguda crítica a este criterio diferencial entre normas jurídicas y convencionalismos sociales puede verse en Llambras de Azevedo, Juan, *Eidética y aporética del derecho*. Bs.As., 1958.



En un ejemplo de una fábula tradicional alemana, luce ingenio Stammler exponiendo las categorías antes mencionadas⁸⁷: “Zorro, ¿qué has hecho de nuestra oca? La has robado. ¡Devuélvela! Si no lo haces, llamaré al cazador, que vendrá con la escopeta”. El zorro es el sujeto de derecho que invoca la relación jurídica de la propiedad, sobre el objeto del derecho que ha adquirido según un dispositivo fundamental jurídico, contra el ladrón subordinado al derecho; la antijuridicidad impone, y entonces por la supremacía de la ley, debe reestablecerse otra vez el estado de juridicidad.

La “idea del derecho” es la noción de la armonía incondicionada de todo contenido jurídico⁸⁸, es decir, que una vez precisado el concepto, una vez delimitado el querer jurídico, es necesario establecer una recta armonía entre los contenidos de voluntad ya determinados según los objetos de sus fines.

Este ha sido, desde los albores de la reflexión jusnaturalista, el gran problema de la filosofía jurídica. La posibilidad de alcanzar un criterio que permita distinguir lo justo de lo injusto.

El derecho es un modo de querer, de voluntad, conforme al contenido de la razón. Sin embargo, no todo contenido es justo. Justo significa para Stammler, tanto como uniformemente ordenado: “Legalidad de fines, significa método unitario, último y necesariamente posible, capaz de dirigir y guiar el contenido del querer humano”⁸⁹.

⁸⁷ Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 239

⁸⁸ Stammler, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, p. 93.

⁸⁹ Stammler, *op. cit.* p. 95.

Esta regularidad aparece en la representación de una armonía absoluta de todos los fines y querer humanos. Pero esa armonía no puede ser encontrada en el mundo empírico de la realidad, sino que debe ser meramente una idea reguladora, un principio rector, una idea de orientación. Así, pues, la justicia aparece, en el pensamiento stammleriano como una estrella a la que se mira, no para alcanzarla y desembarcar en ella, sino para guiar la nave en un viaje perfecto⁹⁰.

El derecho será justo cuando esté orientado en el sentido de la comunidad pura, entendiendo por tal la comunidad de los hombres ligados entre sí como autofines. Todos los “quereres” deben estar concebidos en recíproca condicionalidad y dependencia, lo cual constituye el sentido de la comunidad pura en Stammler; justicia es, pues, la dirección de una particular voluntad jurídica, en el sentido de la comunidad pura⁹¹.

De este método ordenador infiere algunas máximas o principios, que llama principios de consideración o respeto y de cooperación o solidaridad⁹². Estas reglas, aparentemente tan llenas de contenido material, son principios universales, de estricto rigor formal, que son directa emanación de la idea del derecho, susceptibles de ser constatados en toda situación jurídica.

Stammler, como también después lo hará Kelsen desde otro ángulo, es un crítico del sistema jurídico de Marx, quien a su vez había sometido a revisión crítica la filosofía del derecho del Estado de Hegel⁹³.

Sin embargo, no obstante todo el rigor formal de que intenta impregnar su tesis, en cuanto pretende transferir al mundo del derecho el método trascendental kantiano, también necesita Stammler de un ideal empírico-contingente. Todo su sistema es sólo la apariencia de un mero proceso de ordenación mental, por cuanto, a la postre, todo contenido de justicia queda sometido a la condicionalidad y relatividad histórica⁹⁴.

⁹⁰ Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 198.

⁹¹ Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, loc. cit.

⁹² Los principios de respeto son enunciados por Stammler de la siguiente manera: 1) el contenido de un querer no puede someterse al arbitrio de otro poder; 2) toda pretensión jurídica puede subsistir en tanto que el obligado sea tratado como prójimo; y los principios de solidaridad de la siguiente manera: a) un miembro de la comunidad jurídica no puede ser excluido de ésta arbitrariamente; b) caso de que conforme a un poder jurídico pueda quedar excluido, se podrá hacer siempre que el excluido permanezca en condición de prójimo.

⁹³ Dujovne, León, *La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen*, p. 275, Bs. As., 1963.

⁹⁴ Welzel, Hans, *El derecho natural y la justicia material*, p. 232.

b) Críticas de Stammler al materialismo histórico

El libro en el cual Stammler formula la crítica al materialismo histórico aparece en 1896 y lleva por título *Economía y derecho según el punto de vista del materialismo histórico*.

Enfoca su crítica, esencialmente en torno a la afirmación marxista de que el derecho y el Estado son una superestructura que corresponde a la infraestructura económica de la sociedad. ¿Cuál es la relación entre economía y derecho? Es el interrogante al que responde Stammler en esa obra. Afirma que el materialismo histórico no ha desarrollado hasta sus últimas consecuencias los principios fundamentales que esboza, no obstante reconocerle que es el más significativo y profundo primer paso para una fundamentación crítica de una filosofía científica de la sociedad.

Sin embargo, la tesis del materialismo es incompleta y carece de profundidad. En primer lugar, porque tiende a fundamentar la ley última inmanente que rige la vida social humana, pero nunca se plantea la cuestión de qué es esa vida social. En segundo lugar, porque el materialismo histórico, aunque plausible en su intento, es en esencia una teoría superficial. No pone en claro los conceptos sociales a los que acude; ni explica tampoco qué sentido tiene su afirmación de que las transformaciones de la economía imponen como necesaria una transformación del orden jurídico. El vínculo puede ser de causa a efecto o de medio a fin.

Dijérase que para los representantes de la concepción materialista de la historia, el derecho apareciera como un medio para los fines de la producción económica de la sociedad. Así, de hecho, no pueden eliminar la noción de fin. Pero, al admitir este vínculo, no pueden evitar una contradicción interna irresoluble, al pretender justificar las aspiraciones socialistas mediante una cooperación materialista sobre los fundamentos de la vida social.

Según el materialismo, el único factor que se ofrece al conocimiento científico de la vida social es la cooperación económica de los hombres. Las ideas del espíritu son un mero reflejo de la dinámica que sigue la materia de la vida social. Sin embargo, observa Stammler, los marxistas se sienten en la necesidad de actuar prácticamente entre los hombres, de agitar y encauzar aspiraciones, de fundar y capitanear partidos, en suma de perseguir las miras humanas propuestas. Y en esto, concluye, no son consecuentes con su doctrina.

Stammler piensa, en cuanto a la vida social, que es menester estudiar

los fines perseguidos al lado de los acontecimientos naturales. Y aquí se impone la noción de los hombres que se asocian para perseguir fines comunes y una asociación tal sólo es concebible con arreglo a normas exteriores, de donde se llega a estos tres resultados:

1. La ciencia de la vida social se halla en el querer humano y en los fines que este querer propone.

2. La necesidad de la transformación social será una necesidad que afecta a los fines.

3. La modificación de las instituciones jurídicas estará vinculada a la justa persecución de los fines sociales.

Sin embargo, el propio materialismo histórico reconoce que los fenómenos económicos no han de ser abandonados a sus ciegos poderes destructores sino que deben ser necesariamente encauzados para el logro de los fines del hombre. Se plantea, por tanto, el problema de cuál ha de ser el criterio que se debe adoptar para imprimir una dirección a la economía social. No hay más que dos:

1. La tesis monista del materialismo, según la cual todas las transformaciones deben tomarse y concebirse como otros tantos productos de la dinámica de la misma vida social.

2. Stammler sostiene que la sociedad humana descansa sobre una determinada regulación exterior, que son los fines propuestos que trata de realizar, por lo cual es imposible una ley última que no afecte al fin perseguido. Entre economía y derecho no hay una relación de causa y efecto, como afirma el materialismo, sino que la relación es de materia y forma, en la que siempre se da la vida social única.

c) Radbruch y el relativismo

La polémica axiológica, desde los albores del descubrimiento de este nuevo territorio de la especulación filosófica, se ha planteado alrededor de dos posiciones extremas, que reconocen -paradójicamente-, la orientación del pensamiento de dos ilustres discípulos de un mismo maestro. El relativismo, subjetivismo o psicologismo en materia de valores, lo entendemos como la posición antípoda del objetivismo. Para éste, el valor es independiente del psiquismo de un sujeto; para aquél depende y se apoya en éste, y si decimos que reconocen la orientación de un mismo pensamiento, es porque Alexius von Meinong y Christian von Eherenfels que fueron los que primeramente enunciaron en forma sistemática la

interpretación subjetivista de los valores, fueron ambos discípulos de Franz Brentano, maestro a su vez de Husserl, cuya influencia toca a los vigorosos sostenedores de la doctrina objetivista alemana de los valores: Max Scheler y Nicolai Hartmann.

Por eso, en ocasión de rememorar la originalidad del pensamiento de Gustav Radbruch, cuya filosofía del derecho suele designarse con el nombre de "relativismo", es menester tener en cuenta que ello no importa sumarlo en las filas del relativismo, puesto que no significa ni psicologismo, ni negación de valores absolutos, sino más bien -como lo señala Giorgio Del Vecchio- el respeto a todas sus posibles afirmaciones⁹⁵.

En Kant, la reflexión filosófica llega a las alturas que sólo la portentosa curva trazada por el pensamiento de la Hélade, o el advenimiento del cristianismo habían alcanzado.

Su sistema representa, en el curso de la historia de la filosofía, el abandono de la tradición ontológica, para penetrar en la reflexión gnoseológica de la realidad.

El neokantismo es un movimiento de reflujo, de retorno al pensamiento luminoso del maestro, incubado por el fecundo aporte de filósofos de la talla de Lange, Leibmann y Vaihinger. Este retorno importa el fin del espejismo positivista y materialista.

Este regreso se plantea desde distintos ángulos de la filosofía de Kant y cada una de las corrientes encara un escorzo distinto, atribuyéndose todos el carácter de fieles intérpretes de la doctrina fundamental y los más ortodoxos, el de discípulos del filósofo de Königsberg.

Es sin duda bajo el signo de Kant como se produce la filosofía jurídica de siglo XX. Desde los inicios de la especulación jusfilosófica hay una absorción por el problema del derecho natural, que bajo el positivismo quedaba suplantado por la investigación empírico-inductiva de los juristas.

El primer intento de salida lo constituyó, en Alemania, la corriente de la *Allgemeine Rechtslehre*, y en Inglaterra la *Analytical School of Jurisprudence*, vertientes ambas del mismo pensamiento de escuela de la teoría general del derecho.

El neokantismo representa sin duda un intento de mayor pujanza y más acusados relieves en el propósito de continuar la marcha histórica de la filosofía interrumpida en su curso por el positivismo.

⁹⁵ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, op. cit.

Radbruch es un producto de la escuela sudoccidental alemana de Baden. Sus pensamientos se nutren en las conclusiones de Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, de quienes sólo queremos recordar algunos breves aspectos de sus respectivos sistemas, para situar con más efectividad la concepción valorista de Radbruch, limitadamente constreñida por la brevedad concedida a su recuerdo.

Windelband, para quien "entender a Kant, era superar a Kant"⁹⁶, persiguiendo la esencia del conocimiento humano y pretendiendo aplicar las conclusiones del criticismo kantiano a las disciplinas históricas, iluminado por el vigoroso sistema del idealismo hegeliano, hace una distinción entre el mundo de los valores y el orbe de la necesidad causal de la naturaleza.

Ya en este filósofo se anuncia la existencia de esa otra órbita del conocimiento que está por debajo de los valores, pero que aspira a penetrarlos.

Rickert, en su célebre clasificación de las ciencias en naturales y culturales, nutre de rigor metodológico las antiguas clasificaciones que atendían sólo al objeto de las diversas disciplinas. Breve, pero magistralmente, sistematiza con precisión estricta la oposición material entre naturaleza y cultura y la oposición formal entre el método naturalista y el método histórico.

Si estas dos orientaciones de la filosofía de Baden se incardinan en la teoría de Emil Lask -obligado precedente histórico en el relativismo de Radbruch-, para quien la ciencia de la cultura es lo fundamental, encontramos los pilares estructurales de la doctrina de Radbruch sobre los valores.

Un antecedente más habría que señalar para circunstanciar el sistema que pretendemos abordar. Cada época histórica tiene un sentido y ese sentido que generalmente la envuelve no obstante cualquier esfuerzo por evitarlo, debe ser tenido en cuenta para apreciar con rigor crítico un sistema jusfilosófico.

Radbruch, profesor en la universidad que debe su fama universal al hecho de tener su sede en la ciudad que fue santuario integral, donde tuvo su alumbramiento toda la filosofía del sistema kantiano, fue también miembro del Reichstag y ministro de justicia de Alemania en la década que va de 1920 a 1930.

⁹⁶ Ruiz Moreno. Martín T., *Filosofía del derecho*, p. 421, Kraft, Bs. As., 1944.

Su contacto con el nacionalsocialismo, su proximidad con quienes fueron en su hora los intérpretes jurídicos de la omnimoda voluntad del arbitrio nazi, determinaron no pocas rectificaciones a su teoría positivista del derecho. Es éste un ejemplo más que nos brinda la historia, de cuán poco valen las elucubraciones de gabinete cuando tenemos que enfrentarnos con la terrible evidencia de su realización.

Naturaleza y reino de los valores puros son, para el filósofo, los dos mundos que el hombre obtiene en su disección de la realidad integral, tal como se le presenta.

Pero, además de estos dos orbes, acepta con sus predecesores la existencia de un sector intermedio: el mundo de la cultura, que se apoya fácticamente en la naturaleza y se nutre de valoración. Este dominio intermedio, entre el polvo y las estrellas, como poéticamente lo designa el maestro alemán, es el reino del humano crear y del humano anhelar.

Cultura es lo que está sometido al valor, es lo sensible que vive y se nutre en la realidad, pero que es susceptible de valoración, que lleva ingénitos valores de necesaria apreciación. Ciencia cultural es, por tanto -siguiendo a Rickert-, realidad con referencia a valores.

Aquí, en este mundo, sitúa Radbruch el derecho, profundamente enraizado en la realidad, pero como una constante aspiración, como una permanente ascensión hacia el ideal de la justicia. La justicia, como la belleza o la verdad, está situada en el mundo suprasensible de los valores puros, a los que no se puede llegar porque parecen rodeados de una muralla invulnerable. Pero su invulnerabilidad, no obsta a la constante y permanente peregrinación del hombre en su búsqueda.

El sistema de Radbruch se caracteriza, principalmente, por dos cualidades esenciales: dualismo metódico y relativismo.

El dualismo asume frente a la realidad una actitud de total independencia. A él se llega intuitivamente, ya que no se lo puede demostrar, y se trata de la relación lógica entre el valor y la realidad, entre el valor y el ser. La separación ideal que este método dualista enseña, entre ser y deber ser, permite afirmar que un precepto cualquiera de una de esas dos órbitas, sólo puede fundarse en un precedente de su misma relación lógica. Un precepto del deber ser, sólo puede fundarse en otro precepto del deber ser de mayor jerarquía, y en esta permanente ascensión hacia la jerarquización, se concluye en que los últimos preceptos del deber ser son absolutamente indemostrables y se apoyan solamente en creencias.

Es éste también su relativismo, ya que la certeza con respecto a un

determinado juicio de valor, sólo es dada en relación con otro juicio de valor determinado y superior, hasta llegar por esta escala ascendente a la creencia, determinada sin duda por una postura filosófica con respecto a la concepción del mundo y de la vida, elemento éste contingente, que se abandona, al decir de Radbruch, a la decisión surgida de las profundidades de la personalidad.

Hay, en toda esta sistemática, una coincidencia troncal con el maestro de Marburgo, no obstante lo cual puede señalarse una esencial diferencia de rumbo con Stammler.

Hay también sin duda, una vinculación -si no genética, por lo menos estructural- con la teoría pura de Kelsen, ya que esta justificación, o mejor dicho, esta fundamentación de los preceptos del deber ser en otros preceptos del deber ser de mayor jerarquía, hasta llegar por esta escala ascendente a un precepto indemostrable que se funda en una creencia, podría ser el germen de un sistema esquemático del ordenamiento jurídico.

La concepción culturalista del orden jurídico tiene, inclusive respecto de la concepción normativista de Kelsen, hasta la coincidencia del elemento contingente y realista como cúspide.

Casualmente se ha criticado en la teoría normativista del orden jurídico, la falla metodológica de su pureza en la elaboración de la norma fundamental hipotética.

El formalismo de Kelsen es impecable hasta la elaboración de esta norma. Pero ésta es contingente, se funda en creencias; en mayor jerarquía, en la escala del deber ser de Radbruch, es también una creencia, un hecho empírico.

Siendo el derecho, pues, una parte de la cultura, y siendo ésta una realidad referente a valores, el derecho es una realidad referente al valor jurídico, que en su sistema, es la justicia.

Ahora bien, excediendo en esto el sistema de Stammler, no se conforma el relativismo con dibujar la estructura formal de la justicia, sino que pretende también explicar el contenido del valor jurídico, y en la respuesta a este planteamiento es donde se marca la esencial finalidad de la escuela.

No es posible -dice Radbruch- una determinación científica del contenido de los valores y de los fines a los que el derecho aspira. Estos son científicamente incognoscibles y dependen más bien de una creencia o acto de fe.

En consecuencia, la función del derecho es solamente señalar los

posibles caminos que hay que seguir, sin tomar posición con respecto a ninguna de las formas posibles de contenido, que dependerán, en definitiva, de las diversas concepciones que se tengan del mundo y de la vida.

El relativismo sólo señala las tajantes diferencias entre las posibilidades efectivas del saber científico y la creencia o la fe, de donde se concluye que los juicios valorativos no son susceptibles de conocimiento. Hay, por tanto, un parcial escepticismo, en cuanto hace incognoscibles los valores a los que aspira el derecho en su realización.

Resumiendo, la filosofía del derecho de Radbruch no persigue el conocimiento del ser, sino el del deber ser; no el de la naturaleza, sino el de la cultura, los valores y los fines.

Aborda para ello tres problemas fundamentales: la noción genérica de lo jurídico; el fin del derecho, esto es la justicia, ideal o valor jurídico; y qué se entiende por validez del derecho, cuáles son sus clases, sus acepciones: cuándo, cómo y por qué impera el derecho.

Esta localización de lo jurídico en el mundo de la cultura adquiere en Radbruch una fisonomía particular, que determina una más detenida explicación del problema, ya que es necesario desvincular su sistema del de otros pretendidos neohegelianos, quienes también situaron el derecho en esta órbita de la realidad. Así, nada tiene que ver el relativismo, sino en cuanto a la vinculación genética de ser corrientes ambas, de la filosofía de los valores, con el sistema de Josef Kohler, que concibe la filosofía del derecho como una parte de la filosofía de la cultura, entendiendo por cultura, los actos de creación y prosecución, siempre en constante evolución y en permanente progreso, noción ésta del progreso que envuelve toda la concepción de Kohler.

Tampoco se vincula Radbruch con Wilhelm Sauer, no obstante que para este jurista, el derecho es una parte de la cultura a la que debe servir, ya que también aquí tenemos la idea del progreso, entendido como perfeccionamiento y ennoblecimiento, que preside todos los fenómenos de la cultura. Cultura es, en el relativismo, conducta referida a valores, independientemente de que se logre o no realizarlos⁹⁷; es decir, un sector de la realidad que está en el reino de la naturaleza, ciego a los valores, y el reino de los fines y valores absolutos.

⁹⁷ Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1929.

Para llegar al fin del derecho, el relativismo se plantea el problema fundamental de la subordinación a los que se consideren primarios, y es aquí donde el relativismo no señala el camino que hay que seguir, aunque luego veremos que, efectivamente, sí lo señala.

Según se estimen tres sustratos distintos de valoración, tres diferentes clases de valores serán atendidos: los de la personalidad, representados por la moral; los de las obras, representados por la belleza y la verdad, y los de la sociedad, representados por la justicia. Estas clases de valores determinarán a su vez el individualismo, el conservadurismo y el culturalismo (libertad, poder y cultura).

Para la primera concepción, el derecho y el Estado son sólo relaciones entre los individuos; para la supraindividualista, son un todo superior al individuo, y para la culturalista o transpersonal, derecho y Estado son productos del trabajo común.

De estos tres esquemas corresponden, al individualismo la democracia, el liberalismo y el marxismo; al supraindividualismo, el conservadurismo, y al transpersonalismo o culturalismo, una elaboración corporativa del Estado. Estas soluciones quedan relativizadas por la teoría, en la medida en que no se elige un camino, sino que éste debe ser adoptado de conformidad con la concepción que cada uno tenga del mundo, del derecho y del Estado.

La filosofía del derecho relativista -dice Radbruch- no puede aliviar al individuo de la necesidad de elegir entre las concepciones jurídicas sistemáticamente desarrolladas desde las últimas presuposiciones opuestas. La filosofía del derecho relativista se limita a presentarle exhaustivamente la posibilidad de tomar aquí una posición, pero entregando ésta a la decisión individual surgida del seno mismo de la personalidad⁹⁸.

Sin embargo, el relativismo, que exige la democracia y descansa en el individualismo, ya ha elegido una toma de posición. Afirma, por otra parte, que es imposible que el derecho, en cuanto ordenación de la convivencia, pueda quedar reservado a las múltiples diversidades de opiniones individuales. Debiendo ser el derecho un orden superior, y frente a las exigencias indemostrables de la justicia, agrega una idea, que es la de la "seguridad jurídica", que por estar por encima de todas las concepciones valoristas que puedan elaborarse, fundamenta la validez del orden jurídico, prescindiendo de una toma de posición individual acerca de los valores.

⁹⁸ Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, p. 10 y sigs.

Afirma, por tanto, que la seguridad está por encima de la justicia, ya que la disyuntiva axiológica vuelve a presentarse cuando la seguridad jurídica y la justicia entran en conflicto, afirmando -para salvar la pretensión de validez del derecho positivo- el primado de la seguridad sobre la justicia.

La importancia del sistema de Radbruch puede destacarse esencialmente por ser la respuesta eticista a la restauración filosófica del siglo XX. La polémica filosófica que despierta el neokantismo gira en torno a dos posibles soluciones: logicismo y eticismo. En Radbruch, puede señalarse una de las cumbres del eticismo que aflora frente al paisaje árido de la filosofía neokantiana de las primeras décadas de nuestro siglo, aunque tampoco nos brinda, ni pretende, la respuesta a cuáles son los contenidos justos del obrar. Todos los contenidos tienen una justificación ideal que debe ser orientada por nuestra personalidad.

d) La fenomenología

El despuntar del siglo XX se inicia con la publicación de la primera obra filosófica de Husserl⁹⁹, seguida por *Ideas para una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, aparecida en 1913, que inyecta una corriente de nueva savia dentro del movimiento neokantiano.

Este movimiento, que entronca en las enseñanzas del célebre pensador alemán Franz Brentano (1838-1917), es una nueva dirección para retornar al sistema del coloso de Königsberg, pero que no tiene -o por lo menos no ha tenido hasta ahora- la perspectiva esperada en el campo de nuestra disciplina específica.

No obstante ello, la nutrida cantidad de doctrinas jusfilosóficas, que de una u otra manera aparecen vinculadas a la filosofía fenomenológica, nos parecen motivo más que suficiente para considerar su temática.

Aun cuando esa nutrida elaboración doctrinaria careciera totalmente de valor -cosa que por cierto no afirmamos-, aun cuando el aporte jurídico del pensamiento husserliano y posthusserliano no hubiese influido lo más mínimo en la consideración de los temas de nuestra disciplina, la objetividad científica postulada por la fenomenología, sería por sí sola un motivo suficiente para detenernos en su examen.

"Uno de los méritos más claros de la fenomenología -dice Sebastián Soler- consiste en la necesidad de realzar la exigencia de que el investigador

⁹⁹ Husserl, Edmund, *Las investigaciones lógicas*, 1900.

asuma una actitud, por decirlo así, humilde y respetuosa ante la estructura del objeto que maneja. La reflexión válida no es la que se ‘aplica’ al objeto, sino la que ‘proviene’ de él”¹⁰⁰.

Este requerimiento metodológico de objetividad, válido para interpretar adecuadamente cualquier situación, es -sin duda- un valioso aporte de la fenomenología para la investigación.

La expresión “fenomenología” tiene un sentido antes de Husserl y otro sentido, sustancialmente diferente, después de él.

Antes de Husserl, la expresión es utilizada por E. Lambert¹⁰¹, para quien la fenomenología es la disciplina encargada de distinguir la verdad de la apariencia. Parte Lambert del planteamiento de cuatro cuestiones vinculadas al problema de la verdad, que resuelve con cuatro distintas actitudes, sistematizadas por sendas disciplinas, y una de ellas es la fenomenología, que tiene por objeto distinguir la verdad de la apariencia.

Kant también se refiere a la fenomenología, como una disciplina que debiera preceder a la metafísica, trazando la diferencia entre el mundo sensible y el mundo inteligible, para evitar ilegítimas transposiciones del uno al otro.

Hegel, después, emplea el término referido a la fenomenología del espíritu, como la introducción al sistema total de la ciencia.

Esta referencia al sentido prehusserliano de la expresión, que por cierto no pretende ser exhaustiva, persigue el propósito de que podamos fijar, con absoluta claridad, el concepto de la disciplina de Husserl, y que su significación y sentido surjan con toda evidencia, inclusive por mero procedimiento de oposición, ya que después de Husserl, cuando se habla de fenomenología, ella implica generalmente una directa referencia al pensamiento de la disciplina en este autor.

Sin embargo, fuerza es admitir que la filosofía fenomenológica no se ha agotado en Husserl, ni tampoco en él ha encontrado -tal vez- las más felices expresiones. Así, por ejemplo, podemos hablar de la “fase alemana del movimiento fenomenológico” o de “la fenomenología pura” o “la fenomenología de las esencias de Scheler”, sistemas todos ellos vinculados a Husserl, pero independientes o tal vez jerarquizados con nuevos aportes de pensamiento y reflexión.

¹⁰⁰ Soler, Sebastián, *Los valores jurídicos*, p. 7, Bs. As., 1948.

¹⁰¹ Smith, Juan Carlos, *La fenomenología y sus problemas*, p. 10 y sig., Bs. As., Omeba, 1966

Nos interesa detenernos un momento en Husserl, por cuanto la fenomenología es en este autor un método y un modo de ver las cosas al mismo tiempo. Ambas significaciones están estrechamente conectadas, pues el método se configura mediante un modo de ver las cosas y este modo de ver las cosas sólo se hace posible mediante la utilización del adecuado método.

El punto de partida de Husserl es el de los objetos ideales, negados por el positivismo, y que tienen asimismo todas las características de la objetividad, toda vez que pueden ser identificados, intuidos y mentados. Objetos no son solamente las cosas para la fenomenología, sino todo aquello que puede ser sujeto lógico de una predicación.

Ahora bien, todo objeto, real o irreal, tiene una esencia que es posible describir en la medida en que esa esencialidad no sea trascendente del sujeto cognoscente, ya que Husserl niega el ser absoluto de los objetos, con prescindencia del ser de la conciencia pura desligada de toda contingencia.

Descubrir y describir esa esencialidad, es sólo posible a través de un actitud metódica que depure al conocimiento de toda contingencia psicofísica, y el adecuado instrumento para conseguirlo es el método fenomenológico¹⁰².

El método -ese método- se constituye, por tanto, después de una depuración de psicologismo, y para ponerlo en marcha, “para hacerlo funcionar”, es imprescindible adoptar una actitud radical: “la supresión del mundo natural”.

Esta “suspensión del mundo natural” es posible mediante la “epojé” fenomenológica, que importa colocar la realidad entre paréntesis y hacer lo mismo con las proposiciones del mundo natural. Ciertamente es que esto no significa negar la realidad del mundo natural, ya que la “epojé” fenomenológica no importa una actitud escéptica, sino más bien -valga la expresión- colocar un “nuevo signo” a la realidad natural.

El método fenomenológico consiste, pues, en reconsiderar todos los contenidos de la conciencia. En vez de examinar si ellos son reales o ideales, se los examina en cuanto son puramente “dados”; mediante la “epojé” fenomenológica, le es posible a la conciencia atenerse a lo dado en cuanto tal y describirlo en su pureza.

¹⁰² Husserl, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1949.

Lo dado no es, en Husserl, lo mismo que en la filosofía trascendental -algo que se organiza mediante formas de intuición y categorías-, sino solamente “fenómenos”. La fenomenología es, en consecuencia, una pura descripción de lo que se muestra por sí mismo, de acuerdo con el primero de los principios, que reconoce que toda intuición primordial es una fuente legítima de conocimiento.

La fenomenología no presupone, por tanto, nada. Ni el mundo natural, ni el sentido común, ni las proposiciones de la ciencia, ni las experiencias psicológicas. Se coloca antes de toda creencia y de todo juicio, para explorar simple y pulcramente “lo dado”. Es, en algún sentido, como lo ha declarado Husserl, un positivismo absoluto.

Deja de interrogarse Husserl con respecto a la realidad que se oculta detrás de los fenómenos y se limita a la consideración de los fenómenos que aparecen en la conciencia, dedicándose consecuentemente a estudiar la estructura de la conciencia, como conciencia de fenómenos, y a examinar estos fenómenos que se imponen a la conciencia y de los cuales recibe ella su existencia.

Toda conciencia es conciencia de algo, y sobre este nuevo conocimiento erige Husserl su filosofía.

La fenomenología es, por tanto, una disciplina descriptiva. Es una reconstrucción de los fenómenos de la conciencia. No es una ciencia de hechos, sino una ciencia eidética, de formas, de esencias.

Ahora bien, la conciencia, en Husserl, tiene una estructura intencional, es decir, siempre se dirige a algo, a algún contenido, que es a su respecto heterónimo. Este contenido intencional hacia el que tiende la conciencia, no se confunde con los elementos constitutivos del acto intencional, sino que es, por su misma esencia, distinta de ellos.

En el acto intencional se advierten dos elementos: el acto intencional propiamente dicho, “noesis”, o polo noético de la actividad intencional y el contenido objetivo al cual se refiere, “noema” o polo noemático. Insistimos en que no hay en el pensamiento en recuerdo dos distintas realidades (noética y noemática), sino dos polos de un simple y puro flujo intencional, que se advierte cuando la conciencia vuelve sobre sí misma hacia su pureza intencional.

Un resultado indudable de las descripciones fenomenológicas ha sido la descripción de las esencias. Las esencias no son sustancias, ni leyes.

No son ni tipos genéricos de una especie estable, ni puras relaciones funcionales.

Las esencias son totalidades concretadas en partes irreemplazables, que se basan unas en otras.

La relación de un objeto con su esencia no tiene el carácter de subordinación al género, sino de participación directa en la cualidad.

Husserl distingue entre esencias materiales y esencias formales.

Las formales son las que están vacías de contenido, es decir que pueden ser aplicadas a todas las otras esencias cuyo alcance está individualizado. La mayor parte de las esencias son materiales.

La lógica es la única disciplina que se ocupa de las esencias formales: la relación, la identidad, la unidad, la multiplicidad. Las esencias materiales son las cualidades irreductibles de la conciencia del hombre, de la naturaleza de la sociedad. Para lograr la intuición de las esencias hay tres fases del método fenomenológico:

1. La actitud natural, que recibe en la intuición todo lo que se ofrece y tal como se lo ofrece, mediante una aproximación al fenómeno concreto.

2. Un segundo momento de reducción eidética o paréntesis fenomenológico (“epojé”), que distingue los elementos esenciales de los accidentales.

3. La reflexión fenomenológica, o percepción inmanente, que se aplica a la consideración del residuo fenomenológico, o sea a la unidad que ha permanecido inmutable después de la deducción de las notas accidentales.

El método fenomenológico aparece aplicado por primera vez a la ciencia jurídica por Adolf Reinach en *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, donde el autor realiza una consideración fenomenológica de algunos institutos jurídicos, como la propiedad, el contrato, la representación y la prenda.

Es un enfoque totalmente nuevo en la especulación jurídica, pero como bien lo señala Recaséns¹⁰³, no “alcanzamos a ver la utilidad de esas disquisiciones, ni el papel que las mismas pueden desempeñar en la ciencia y la filosofía del derecho”.

Si el apriorismo de Reinach tuviera un sentido de valoración, podría de ese modo señalarnos los caminos de la justicia, para orientar la elaboración de un mejor derecho. Pero esos juicios a priori no brindan criterio alguno de valoración.

Guillermo Schapp, en *La nueva ciencia del derecho*, intenta señalar un nuevo enfoque fenomenológico axiológico.

¹⁰³ Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 220.

Kaufmann¹⁰⁴ aplica el método fenomenológico, estableciendo una vinculación temática entre éste y el pensamiento de la teoría pura, que le permite -entre otras cosas- una prolija elaboración de la estructura lógica de la norma jurídica. Llambias de Azevedo¹⁰⁵ también reelabora críticamente la concepción de Kelsen, con el auxilio del método fenomenológico, dedicando preferente atención al examen de la estructura de la norma jurídica. Por fin, Cossio¹⁰⁶, a cuyo sistema nos referiremos más adelante y por separado, se propone el enlace del pensamiento neokantiano de Kelsen con la fenomenología de Husserl, y los aportes de la filosofía existencial a través de Heidegger.

3. LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE

A partir del estridente alarido lanzado por Ihering a la historia del mundo jurídico, se advierte el surgimiento de teorías que postulan también la necesidad de un acercamiento del derecho a la vida, a la realidad.

Kantorowicz, bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius escribió un ensayo en el que, sin proponérselo, recogía en gran parte la práctica judicial del presidente del Tribunal de Château-Thierry, el famoso juez Magnaud. Dice en un párrafo de su opúsculo¹⁰⁷: “El movimiento tiende con todas sus fuerzas hacia una meta que comprende todos los fines mencionados, la meta más alta de toda juridicidad: la justicia. Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del derecho libre hace posible dar a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay libertad, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas, y colocamos en su lugar la libertad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay personalidad existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida, calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos. Sólo donde hay sabiduría, existe también justicia”.

¹⁰⁴ Kaufmann, Félix, *Lógica y ciencia del derecho*, citado por Smith, Juan Carlos, “La fenomenología y sus problemas”, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁵ Llambias de Azevedo, *op. cit.*

¹⁰⁶ Cossio, Carlos, *Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Bs. As., 1964.

¹⁰⁷ Kantorowicz, Hermann, *La lucha por la ciencia del derecho*, p. 369, Losada, Bs. As., 1946.

Este movimiento es considerado también un brote de la contracorriente irracionalista, que se opone a las fórmulas que habían encontrado su expresión en el siglo XVIII, como culminación de los desarrollos del jusnaturalismo moderno, contracorriente que se expresa, en el campo de la filosofía general a través de Schopenhauer, Nietzsche y Bergson, y en el campo de nuestra disciplina, en las postulaciones del *Freie Recht*.

Es, por fin, un ataque a la estructura del escolasticismo, que pretende desembarazar nuestra disciplina de las asfixiantes ligaduras dogmáticas en él selladas¹⁰⁸.

Además del antecedente impensado que conecta este movimiento con las decisiones cargadas de emoción y sentimientos humanitarios de Magnaud y de la vinculación troncal con el pensamiento de Gény que le precede, Larenz¹⁰⁹ considera al escrito de Oskar Bülow, aparecido en 1885, sobre *Gesetz und Richteramt*, como precursor de ese movimiento. Bülow sostiene la tesis de que en la decisión judicial no se produce un mero proceso de aplicación de una norma general, sino que lleva implícita un aporte jurídico-creador: “La ley no puede crear derecho, es sólo una preparación, un intento para la consecución de un orden jurídico”¹¹⁰.

La expresión “teoría del derecho libre” se origina en una conferencia pronunciada por Eugen Ehrlich el año 1903 titulada *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*¹¹¹, donde se reclama la necesidad de una libre formulación del derecho, que partiendo de la tradición jurídica, aspire al derecho justo sin proclamar por cierto la arbitrariedad.

La tesis es definitivamente un giro hacia el voluntarismo¹¹², partiendo del principio de que junto al derecho estatal -positivo, en nuestro concepto moderno- figura, con igual importancia que éste, el “derecho libre”, que es el resultado del criterio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, de la jurisprudencia y de la ciencia del derecho, es decir, indudablemente un resultado jurídico voluntario.

¹⁰⁸ Dice Kantorowicz en la Introducción del trabajo citado en nota anterior: “Esperamos que nuestro trabajo haga que se alisten nuevos combatientes para la lucha de liberación de la ciencia del derecho, para el asalto del último baluarte de la escolástica”

¹⁰⁹ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 75, Ariel, Barcelona, 1966.

¹¹⁰ Bülow, Oskar, *Gesetz und Richteramt*, cit. por Larenz, “Metodología de la ciencia del derecho”, *loc. cit.*

¹¹¹ Larenz, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹² Kantorowicz, *La lucha por la ciencia del derecho*, *op. cit.*, Introducción, p. 327.

El interprete o aplicador de la ley puede y debe buscar la solución del caso sometido a su decisión más allá de la ley, e incluso, en determinados supuestos, dejarla totalmente de lado.

Y ello, porque además del derecho estatal existe un derecho libre, con los atributos de la positividad, pero que emana espontáneamente de la vida social y ha sido aplicado desde siempre por los jueces, por la necesidad impostergable de resolver todos los casos sometidos a su decisión, salvando así las lagunas del derecho positivo.

El derecho libre es, por tanto, una resurrección del derecho natural, pero recogiendo la tesis de la escuela histórica¹¹³, que no admite la existencia del derecho natural sino en tanto y en cuanto detrás de él exista un poder, una voluntad y un reconocimiento; tiene el acierto de afirmar que el derecho libre existe, con total prescindencia del poder del Estado y está respaldado por los ingredientes mencionados más arriba.

Sólo así, a través del derecho libre, adquirirá la ciencia jurídica la dimensión científica a que aspira, abandonando definitivamente su papel de cenicienta del legislador.

El juez debe resolver el caso conforme a la ley, pero sólo cuando ésta le ofrece una solución no carente de dudas o cuando el Estado hubiese elaborado el standard de decisión acorde con la realidad.

Resumiendo, el juez debe resolver el caso conforme al sentido que surge en la norma preestablecida y elaborada por el Estado. Pero el juez puede prescindir de ella si estima que no le ofrece una solución no carente de dudas o si no la estima verosímil, con arreglo a su libre y concienzuda convicción, ponderando el criterio de la comunidad jurídica, la doctrina y la jurisprudencia que el Estado existente en el momento de la decisión hubiese convalidado. Sólo admite la decisión arbitraria, en casos desesperadamente complicados o dudosos, en su aspecto cuantitativo.

Estas ideas, que importan una clamorosa reclamación de libertad para la decisión judicial¹¹⁴ y que concluyen, no ya en la aplicación libre de la ley, sino inclusive en la facultad de decidir aún en contra de lo predeterminado por las normas establecidas, encuentra consagración legislativa en el Código Civil suizo sancionado el 10 de diciembre de 1907 y en vigencia desde el 1° de enero de 1912.

¹¹³ El derecho libre constituye el "suelo" del que el derecho estatal dimana (Kantorowicz, *op. cit.*, p. 336).

¹¹⁴ Soler, Sebastián, *Interpretación de la ley*, *op. cit.*; *cit.* Fritz Berolzheimer.

"En todos los casos no previstos por la ley, el juez decidirá según la costumbre, y en defecto de ésta, según las reglas que establecería si tuviese que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizada". Este precepto, largamente discutido en el debate público a que se sometió el proceso de la labor codificadora en Suiza, importa -al decir de Rossel y Mentha¹¹⁵- la adopción del método para una legislación democrática, consagrando un "notable precepto", que en su caso prevé la misión del juez equiparable a la del legislador¹¹⁶.

4. LA ESCUELA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

El célebre decano de la Universidad de Nancy, François Géný, anuncia en su primera obra publicada en 1899¹¹⁷ y da cima definitivamente en su segundo libro, *Ciencia y técnica en derecho privado positivo*, aparecido en 1914, al desenvolvimiento teórico-técnico de una doctrina de la elaboración y aplicación del derecho, que aunque limitada a estos aspectos pragmáticos, tiene una importancia fundamental que se explica, no sólo por la circunstancia de que las soluciones pragmáticas deben estar determinadas -y lo están por cierto en el caso de Géný- por un planteamiento sustancial que le sirva de fundamento teórico y por el no menos trascendente hecho de que, siendo el derecho un regulador de conducta interesan a su respecto, con fundamental relevancia, todos los matices del mismo que se refieran a su creación y aplicación, sino también por el auge que esta doctrina tuvo entre los juristas latinoamericanos.

La exégesis francesa nos había enseñado a respetar la razón legal. El fetichismo de la ley llegó en sus expositores a los máximos extremos. Había una determinante política de esta ideología. La Revolución francesa necesitaba tener la certeza de inmutabilidad con respecto a los preceptos jurídicos emanados de la obra legislativa. La exégesis era la doctrina que la Revolución necesitaba para evitar que so pretexto de "interpretar adecuadamente", se alteraran los principios revolucionarios consagrados en sus normas jurídicas.

¹¹⁵ Rossel y Mentha, "Manuel de droit civil suisse"; *cit.* Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 2, p. 612, Buenos Aires, Depalma, 1947.

¹¹⁶ En el capítulo VII veremos una deformación no democrática en el uso de estos principios.

¹¹⁷ Géný, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Marcial Pons, Madrid, 1925.

Y esta determinante política debió haber tenido mucho más fuerza que la que pudiera surgir del pensamiento de los juristas revolucionarios, ya que ellos, en su mayoría, no tuvieron jamás la vanidosa pretensión de que la legislación pudiera preverlo todo.

El discurso de Portalis a la presentación del proyecto gubernamental habla bien claro de este pensamiento de los juristas revolucionarios: "Hágase lo que se quiera, jamás las leyes podrán reemplazar enteramente al uso de la razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, el comercio entre los hombres es tan activo, los intereses son tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que le es imposible al legislador preverlo todo. En aquellas mismas materias en que el legislador pone su atención, hay una multitud de detalles que se le escapan, o que son demasiado cuestionables y variables para ser objeto de una norma legislativa. Además, ¿cómo suspender la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos o variar el rumbo de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular previamente lo que sólo la experiencia nos da a conocer? ¿Puede la previsión llenar asuntos que el pensamiento no puede alcanzar? Por completo que pueda aparecer un código, no está concluso todavía, como se ve cuando se le presentan al juez mil cuestiones inesperadas..."¹¹⁸.

¿Son éstas las palabras de un exégeta?

¿Puede ser éste el apoyo de la escuela?

Evidentemente el peso del argumento político era muy superior a la convicción íntima de los juristas de la exégesis, que no ignoraban la falacia argumental contenida en el supuesto estatismo legalista postulado, que reducía la positividad solamente a la ley.

Gény incorpora al pensamiento jurídico francés la posibilidad de que la interpretación y creación del derecho no se realice meramente a través de los esquemas lógicos o gramaticales que surgen del texto de la ley, sino que, además de éstos, intervengan en el proceso, con fundamental relevancia, otros elementos extraños al texto de la ley.

Hay un párrafo en la primera obra de Gény, que nos permitimos transcribir parcialmente, por considerar resumido en él el intento de su tesis: "No pretendo volver, ni remotamente a la famosa tesis discutida hace tiempo por Thibaut y Savigny. Cualquiera que sea el valor que se

¹¹⁸ Portalis, Jean E. M., Discurso preliminar al proyecto presentado en nombre de la Comisión Gubernamental; *cit.* Recásens Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, t. I, p. 29, México, 1963.

atribuya al fondo mismo, a la simple oportunidad de la codificación, este fenómeno social nos está impuesto con la fuerza de los hechos consumados... Frente a este material legislativo, tal como es, mi pregunta es la siguiente: si el jurisconsulto, intérprete del derecho, puede desplegar una actividad flexible y fecunda, que sin lastimar la autoridad del texto legal, sepa apoyarse, no abandonarse a ella totalmente; cumplir su misión sin abdicar de la independencia de juicio y la libertad de investigación, que para la ciencia jurídica positiva, como para toda disciplina del espíritu son condiciones esenciales de fecundidad y de progreso"¹¹⁹.

No se anima todavía Gény a formular las posiciones extremas que luego las teorías contemporáneas rebasarían. No se anima aún a desjerarquizar a la ley como fuente de juridicidad. Ella sigue manteniendo, si no el papel de "única fuente" de lo jurídico, el no menos relevante de "más importante fuente". Pero, junto a ella, y cuando el esquema legal es insuficiente para extraer de él las soluciones exigidas por la naturaleza del problema, puede recurrirse a un mundo de producción jurídica que se transforma al compás de los cambios que se operan en la vida comunitaria.

El tema capital de su pensamiento nos enseña que el derecho no es una disciplina aislada que pueda bastarse a sí misma, encerrada en sus textos y fórmulas, con un absurdo criterio de autosuficiencia, más que de autonomía. El derecho es, para Gény, una ciencia de hechos, una disciplina real, que toma de la naturaleza misma de las cosas los primeros elementos para su creación e interpretación.

Las fuentes formales son "los imperativos de autoridad externas al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica"¹²⁰, y a continuación enumera la ley escrita, la costumbre -cuya fuerza creadora de juridicidad estaba vivamente impugnada-, la tradición y la autoridad.

El método interpretativo postulado le indica que tiene que recurrir siempre y en primer término al texto legal, y en la indagación de su sentido y de la voluntad que él trasunta, no debe agotar la búsqueda en la fórmula gramatical de la norma, sino valerse también de elementos externos a la expresión gramatical, como los antecedentes históricos, los trabajos preparatorios, la discusión parlamentaria, etcétera.

¹¹⁹ Gény, *op. cit.*, p. 57-60.

¹²⁰ Gény, *op. cit.*, p. 228.

Es decir que el intérprete debe recurrir a la ley como primera fuente de lo jurídico, y no encontrando en ella la satisfacción requerida para la solución del caso propuesto, debe acudir entonces a las otras fuentes formales, que en su doctrina son la costumbre, la autoridad -como llama Gén y a la jurisprudencia y doctrinas actuales- y la tradición -como denomina a la jurisprudencia y doctrinas antiguas-.

Pero si aún agotado ese procedimiento a través de las fuentes formales, tampoco encontrara la solución buscada, deberá recurrir a las fuentes no formales -a las que nos referiremos inmediatamente-, todo ello en razón de que la solución exegética al problema de la interpretación, era una falsa aplicación de una pretendida lógica deductiva, ya que suponer que la fórmula legal encerraba una expresión de validez objetiva, universal y eterna, susceptible de extraer de ella, siempre y permanentemente, idéntica solución interpretativa de sentido, era un grosero error.

Lo más que podía pretender la exégesis era una apariencia de solución uniforme, que diera satisfacción al intento de mantener una tajante división de los poderes del Estado, y que en ningún momento y bajo ningún concepto, los jueces pudieran crear formas objetivas de juridicidad.

Esto, que nunca había ocurrido -como ya lo señaló Portalis en su discurso-, y que jamás podría suceder, ya por las razones citadas por Portalis, ya por otras no menos importantes, fue lo que provocó el ataque de Gén y y la creación de su doctrina esencialmente técnica y pragmática.

Pero Gén y no pudo superar totalmente el pasado; le fue imposible cortar de un sólo golpe las gruesas ligaduras que lo ataban a todo un proceso de elaboración clásica y admitió, que en los casos en que la ley contenía una expresión gramatical, claramente inteligible, la aplicación gramaticalista y lógica jugaba un papel relevante y todo el proceso tendiente a penetrar el sentido de la ley, se agotaba en su formulación textual. Este límite no es superado por el maestro francés, porque el enorme peso que constituía la carga de su información jurídica, se lo imponía. Sólo lo logran las doctrinas contemporáneas, que arrancan de cuajo las profundas raíces de los criterios tradicionales¹²¹.

Decíamos que, cuando se agotaran las soluciones a través de las fuentes formales, debía recurrir el intérprete a las fuentes no formales,

¹²¹ Sin embargo, en el prólogo de su primera obra, firmado por Raymond Saleilles, hay un vaticinio final. Se refiere Saleilles a la frase que inspira el libro de Gén y: "Por el Código Civil, pero más allá del Código Civil" y termina: "Será muy difícil que, en lo sucesivo, este 'más allá' no se convierta en el santo y seña de todos los jurisconsultos".

es decir, que la tarea debía dirigirse entonces hacia una investigación científica libre. "Científica", porque no recurre el intérprete arbitrariamente a cualquier dato, sino únicamente a aquellos que la ciencia le proporciona, y "libre", porque no queda constreñido a lo imperativamente dispuesto por el legislador, sino que tiene opción para recurrir a otras fuentes.

El derecho se integra por la construcción jurídica, es decir, el resultado y la obra de la técnica de los juristas más aquellos otros elementos que le son suministrados al técnico por la ciencia, los que provienen de las realidades de hecho, o de principios válidos y esenciales con ciertos caracteres de permanencia.

Estos datos, que suministran al jurista la materia de su elaboración, son también los que deberán examinarse como fuentes no formales en la tarea de la aplicación correcta del derecho.

Cuatro son las clases de datos que Gén y estudia. Los datos "reales", que son las condiciones de hecho en las cuales se encuentra situado el hombre, como las realidades físicas, biológicas, condiciones económicas, fuerzas políticas, elementos de presión social que sin crear o constituir formas de juridicidad, son el panorama donde el derecho debe desenvolverse; datos "históricos", datos "racionales", que importan una aceptación del jusnaturalismo y datos "ideales".

En suma, todos los elementos de investigación social deben desempeñar su papel en la obra de la creación y de la interpretación del derecho, a condición de saber reconocer sus propios valores y de ordenarlos jerárquicamente según corresponda.

Vano será pretender -dice Gén y- encadenar todas las soluciones necesarias en un sistema de teoremas precisos y dominados por la lógica pura. Buscando una precisión indispensable, es necesario no perder de vista que la naturaleza misma de los problemas a resolver, dejará siempre un lugar necesario a la apreciación subjetiva del intérprete.

Es suficiente solamente que esta apreciación esté contenida en algunas líneas esenciales y guiadas en su acción por elementos superiores tomados del orden objetivo.

VII

DIRECCIONES ACTUALES
EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO

1. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Tal vez como reacción al modo de enseñanza recibido durante su formación universitaria, por la vaguedad y falta de precisión entre lo que se consideraba por entonces como derecho positivo y lo que debía serlo desde un punto de vista estimativo, puede afirmarse que la crítica al jusnaturalismo, en sus distintas formas, fue la determinante de la elaboración de Hans Kelsen, el notable jurista vienés, fundador de la escuela de Viena, de sólida base neokantiana y cuyas investigaciones pueden considerarse actualmente el más valioso aporte en la elaboración de una teoría general del derecho.

Siempre hemos creído que para comprender profundamente una doctrina es necesario conocer su historia y la situación político-cultural en la que se desarrolló el pensamiento del autor, ya que nunca las grandes obras son solamente fruto de la genialidad individual del creador, sino de ésta en constelación con las circunstancias que condicionaron el nacimiento de la teoría.

Un desarrollo de esa naturaleza excedería los límites de esta obra. Sólo recordaremos que Hans Kelsen era austríaco y son los ingredientes que modelan su universalista personalidad los que laten como trasfondo ideológico en la doctrina del maestro vienés¹²².

Kelsen anuncia ya, desde su obra *Doctrina del Estado de derecho*¹²³, aparecida en 1911 en lengua germana, el esbozo o por lo menos la

¹²² Kunz, José, *La teoría pura del derecho*, México, 1948.

¹²³ Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus dem Lehre von Rechtssatz*, 1911.

sugerencia de todos los problemas que resolverá luego la teoría pura hasta su entrega completa en la *Teoría general del derecho y del Estado*, aparecida en 1945, en los Estados Unidos, y en la última versión de la *Teoría pura del derecho* publicada en Suiza el año 1953 y editada por Eudeba, en prolija traducción de Moisés Nilve, en 1960.

Una seria fundamentación filosófica, un acercamiento entre la dogmática inicial y el pensamiento de la escuela de Marburgo, un más estricto y riguroso logicismo, dan cima a una tarea impuesta inmediatamente después de su formación universitaria.

Kelsen denota también un movimiento de retorno a Kant, pero por distintos senderos a los que abrieran Stammler y Radbruch. Kelsen empieza su obra primigenia, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, con la distinción kantiana entre “ser y deber ser”, llevando el dualismo kantiano a una fase superior, ya que hace de él un antagonismo formal-lógico indisoluble, que tiene como consecuencia una inevitable división de las ciencias. Según sea el objeto de la investigación, ésta representará el ser de los hechos reales -es decir, la “realidad”- o un deber ser ético-jurídico, estético o de otra índole -es decir, “idealidad”-, y así como nuestro conocimiento se divide en dos grupos fundamentalmente distintos, el mundo también se divide en dos reinos que no une ningún sendero.

En consecuencia las ciencias se clasifican en ciencias “causales” y ciencias “normativas”¹²⁴. La teoría pura se estructura sobre la base de tres pilares fundamentales, así considerados en un esfuerzo de síntesis:

1. La vieja lógica aristotélica, construida y utilizada para pensar nociones del mundo natural, sobre bases de relación causal y donde la vinculación se produce de causa a efecto, sólo aplicable válidamente a los juicios existenciales o, más precisamente, a los pensamientos que piensan el “ser” en cualquiera de sus formas, es desplazada por la lógica jurídica, a la que no le interesa predicar nada sobre lo que es, sino que su preocupación es enunciar lo que debe ser. Esta oposición entre lo fáctico (el mundo del ser) y lo normativo (el mundo del deber ser) no es creación kelseniana, ya que éste la adopta de los estudios lógicos de Cohen y Natorp, observándose su empleo en la literatura filosófica contemporánea sobre todo a través de la influencia de Dilthey, aunque su predicación al mundo del derecho es atribuible a la originalidad del jurista austríaco.

2. Se hace patente para la teoría pura la necesidad de encararse con viejas nociones de profunda raíz metafísica, como el problema causal y el problema teleológico. La relación causal es reemplazada en el mundo del derecho por la relación imputativa.

En el mundo causal siempre un efecto es a su vez causa de otro efecto distinto, en una relación sin punto final. La imputación, contrariamente, es una relación lógica atribuible a un sujeto y ahí termina. Además, la vinculación causal, es una conexión entre fenómenos del mundo físico, en los que no existe intervención alguna de elementos humanos o sobrehumanos, mientras que la imputación es la atribución a un sujeto de una conducta.

Desaparece del escenario jurídico el problema causal, para ser reemplazado por la imputación normativa, de donde resultará que la consecuencia no es efecto de una causa que la ha desencadenado, sino que la consecuencia es atribuida al sujeto, en una relación humana que ahí terminará.

3. Llega en suma Kelsen al concepto fundamental de todo conocimiento jurídico: el concepto de norma, que afirma que algo -o más exactamente- una determinada conducta, debe ser.

Estas tres nociones fundamentales, abrazadas por la exigencia metodológica de pureza, constituyen el punto de partida de la teoría pura. El elemento jurídico, su material, su objeto, está rodeado por una serie de elementos no propiamente jurídicos, y la primer tarea del jurista será rescatar la pureza gnoseológica del pensamiento jurídico, sometiendo este material a una purificación que desbroce de su contenido toda ideología jusnaturalista -moral, política, justicia- y que lo libere de naturalismo y de sociología. El suceso exterior al derecho es ajeno a la ciencia jurídica; lo que importa es su significado.

La norma jurídica, que es el objeto de la ciencia del derecho es un juicio hipotético que expresa el enlace imputativo de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Más brevemente: es un juicio hipotético en el que se establece un deber ser.

Pierde aquí la norma jurídica el carácter de proposición categórica como orden o mandato de la autoridad del soberano, como la había calificado la vertiente inglesa de la teoría general del derecho (*Analytical School of Jurisprudence*), a través de su máximo expositor John Austin. Kelsen afirma que es un juicio hipotético, que enlaza en forma imputativa, un hecho condicionante a una sanción o consecuencia condicionada.

¹²⁴ Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, p. 18, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.

La última versión, ya referida, de la teoría pura del derecho, aporta una modificación al esquema de la norma, distinguiendo los juicios a través de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, de las normas que elaboran los legisladores. Éstas tienen sentido prescriptivo, ya que prescriben conducta, mientras que aquéllas sólo describen lo que la prescripción normativa ha ordenado. Por eso reserva Kelsen la denominación "norma jurídica" a las disposiciones prescriptivas de los órganos creadores de derecho y llama "reglas de derecho" a las descripciones que la ciencia jurídica utiliza para mentar su objeto.

"Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo no originario. Las reglas de derecho no son formuladas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y descubrir el derecho, que empero, no actúan, en su actividad científica, como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian"¹²⁵.

Aclarada esa diferencia, nos enseña Kelsen que la función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica es "crear" o "aplicar" normas jurídicas que regulen la conducta, mientras que la tarea del jurista consiste en "conocer" y "describir" el derecho con ayuda de las reglas de derecho. Consecuente con ello, mientras la norma jurídica impone deberes y otorga derechos, la regla no puede tener ese efecto. De ello resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, pero la norma jurídica puede muy bien presentarse como un imperativo, ya que la función de los órganos que crean y aplican derecho no es describir conductas sino prescribir comportamientos.

Puede por ello afirmar Kelsen que "las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas"¹²⁶.

Hasta la teoría pura, siempre la norma jurídica había sido considerada de una manera estática. A partir de entonces, comienza su consideración

dinámica. La norma como sistema, que permite considerar todo el conjunto de normas de un determinado orden jurídico, no como una mera yuxtaposición, sino como un todo integral vinculado por relaciones de "fundamentación" y "derivación".

Un conjunto de normas constituye un ordenamiento cuando la razón de ser o validez de todas ellas proviene de una sola norma, sobre la cual todas las otras se apoyan y que respecto de las demás constituye la norma fundamental.

Según sea la naturaleza de esa norma fundamental, podrán así estructurarse dos diferentes grupos de normas. Cuando la validez resulta atribuida por razón de contenido en la norma fundamental, se integran los ordenamientos estáticos materiales (la moral, es su forma típica). Cuando la validez reposa en el hecho de haber sido "creada", de conformidad con determinadas reglas y según métodos específicos, integran ordenamientos dinámicos materiales, siendo el derecho su representación única.

La teoría pura atribuye a la norma fundamental en el ordenamiento jurídico el papel de hipótesis básica, ya que ésta no funda su validez en ninguna otra norma de derecho positivo. La norma fundamental no es "puesta" como todas las que de ella provienen, sino meramente "supuesta", y por tanto es el supuesto básico del cual surge la validez de todas las otras normas "puestas" que de ella derivan.

Todas las normas que integran este orden escalonado, se nos exhiben como una muestra de creación y aplicación de normas simultáneamente. Aplican una norma de grado superior y crean una norma de grado inferior. Todas, menos los actos de coacción que surgen de la aplicación de las normas individuales y donde Kelsen ve un fenómeno de aplicación pura y menos la norma fundamental, donde no hay aplicación de ninguna otra norma superior del ordenamiento y donde Kelsen ve un fenómeno de creación pura.

A partir de la tesis de la construcción escalonada del derecho y a través de ella, estudia Kelsen la relación que lógicamente es posible entre dos o más ordenamientos jurídicos estatales respecto del orden internacional.

Las relaciones entre dos órdenes jurídicos, es sólo lógicamente posible, partiendo de alguna de las siguientes hipótesis: el primado de un orden estatal particular o el primado del orden internacional. Cualquiera que sea la teoría que se adopte para dar razón a su validez, el derecho internacional cumple la función de delimitar los órdenes jurídicos na-

¹²⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, p. 46, Bs. As., 1960.

¹²⁶ Kelsen, *op. cit.*, p.48.

cionales. La teoría pura cumple la tarea de resolver los antinómicos dualismos señalados por la teoría tradicional de este modo:

1. La oposición y supuesta prelación entre derecho objetivo y subjetivo, es resuelta por el maestro vienés afirmando que el derecho subjetivo no es otra cosa que la norma (derecho objetivo) en su referencia concreta al comportamiento de un individuo determinado.

2. Ilumina la noción del sujeto de derecho como un concepto creado por la ciencia jurídica, sin efectiva realidad transjurídica. El sujeto de derecho es sólo un haz de obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos. De normas, en fin, que expresan la unidad de una pluralidad de deberes y derechos.

Cuando el punto de inserción de este conjunto de derechos y deberes es una personalidad física, ésta será entonces el punto central de un orden jurídico parcial, compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

La llamada personalidad moral o jurídica es el centro de unidad de un conjunto de normas, a saber, que regula la conducta de una pluralidad de individuos, y a veces la de un orden jurídico total que comprende el conjunto de ordenes jurídicos parciales, llegando así a la personalidad jurídica del Estado. Kelsen, con un mecanismo lógico normativo de inserción de normas, estructura con idéntico sentido ambas personalidades, llegando por el mismo camino a la creación de la personalidad jurídica del Estado.

3. El violento dualismo establecido por la teoría tradicional entre Estado y derecho, basado en una deformación ideológica de la realidad, lo resuelve también Kelsen afirmando que derecho y Estado son en esencia la misma cosa: un orden coactivo de la conducta humana. La tesis llamada del Estado bifronte, según la cual el Estado sería el creador del derecho, no obstante lo cual se sometería a su arbitrio cuando el Estado reaparece como persona jurídica obligada, queda resuelta merced a la teoría del ordenamiento jurídico, en mérito a la cual el Estado no es ni más ni menos que la personificación del orden jurídico nacional.

4. Toda la copiosa elaboración doctrinaria para establecer las distinciones entre el derecho público y el derecho privado, como categorías del derecho positivo, es desestimada por Kelsen, quien a partir del método autocrático y democrático de creación normativa, establece que la única distinción posible en las relaciones jurídicas debe formularse a través de la creación de la norma individual. Si ésta ha sido elaborada con la participación del sujeto facultado, o por la declaración coincidente de

obligado y facultado, será una relación de derecho público o de derecho privado, respectivamente, pero entendiendo siempre que no se trata de una diferencia substancial, sino de una distinta aplicación entre los métodos de creación de las normas jurídicas individuales.

La teoría pura suministra también un método interpretativo, que indaga las diferencias que median entre la interpretación que realizan los órganos de aplicación del derecho y las que realizan los científicos. Esta última es puro conocimiento. Puede, en consecuencia, predicarse de ella su verdad o falsedad. Aquélla, la que realizan los órganos de aplicación del derecho, es siempre auténtica, obligatoria jurídicamente y por tanto carece totalmente de sentido predicar de ella su verdad o su falsedad.

Una desapasionada observación del mundo jurídico de nuestros días nos muestra el pensamiento de Kelsen como el eje alrededor del cual se han polarizado las posiciones doctrinarias con respecto a la teoría fundamental del derecho. A pesar de que, sobre todo en los últimos años, han surgido varios intentos de alejamiento del normativismo, buscando satisfacer esencialmente imperativos de corte sociológico, de realidad, no menos cierto es que la influencia de Kelsen se advierte no sólo entre sus partidarios, sino también en aquellos que polemizan con él.

Se observa aquí algo parecido a lo que ocurriera en los representantes del jusnaturalismo clásico, cuando polemizaban acremente con la teología medieval. Todos -o casi todos- los filósofos de la escuela clásica del derecho natural, habían recibido formación escolástica, y aunque se volvieran violentamente contra las enseñanzas recibidas, era a través de las ideas de la escolástica como realizaban su ataque.

Sin imponer esta afirmación, fuerza es admitir que la teoría pura constituye un intento serio, con método riguroso y sobre un plan sistemático, para desarrollar una teoría general del derecho.

2. ALGUNOS APORTES DOCTRINARIOS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO

La cultura jurídica de la civilización occidental puede dividirse en dos grandes capítulos, esencialmente diferentes.

Los países que acogieron el derecho romano y codificaron su derecho a semejanza del *Corpus Juris*, y los que lo han elaborado bajo el signo del *common law*.

Las diferencias entre estos dos capítulos señalados, son en mayor

medida de estructura metodológica, de fuentes y de técnicas que de contenido sustantivo de las normas. No queremos con esto afirmar que no haya diferencias en punto al derecho sustantivo, pero éstas no son más notorias que las que puedan descubrirse, con un criterio comparatista, entre los distintos sistemas jurídico-positivos de los Estados en particular.

La desigualdad se muestra evidente en el tema de las fuentes, en la mayor jerarquía que se da al derecho legislado en los sistemas continentales, rango que se atribuye a la costumbre y a la jurisprudencia en los sistemas del *common law*. Pero tampoco es una mera cuestión de localización del orden jerárquico de las fuentes, sino que, además, la ley es fuente que suministra un criterio "genérico" en el derecho continental, mientras que para el *common law* es sólo una regla excepcional, que regula los sectores expresamente establecidos por el legislador, como exceptuados del principio general del *common law*.

En los primeros se va del principio normativo al caso particular. En el *common law*, del caso particular resuelto se infiere el principio normativo aplicable a los casos posteriores. La esencia del *case law*, su espíritu, es la vida jurídica misma en su realidad actual.

Siempre hemos creído, por tanto, que en los planes de estudio de las universidades argentinas hay un importante vacío en la formación de los abogados, a quienes se trata de suministrar, a su paso por las aulas de las escuelas de derecho, todos los conocimientos posibles del sistema continental romanista, con total olvido de este otro sector del derecho, que también integra la cultura jurídica occidental.

No pretenderemos suplir aquí ese defecto.

Todo el tema de las fuentes y la estructura misma del derecho anglosajón, sus diferentes sistemas, el estudio de su técnica legislativa y los principios axiológicos en que se asienta, exigiría una consideración mucho más detenida que la breve referencia que nos permitimos a continuación.

El derecho angloamericano, que sigue las estructuras básicas del *common law* inglés, significa, en el estado actual de la evolución del pensamiento jurídico de los Estados Unidos, la quiebra del dogma político de la idea de la separación de los poderes.

El hecho de que el juzgador sea distinto del legislador, afirmación que provocó los primeros esbozos de doctrina y según la cual el juez era un mero descubridor de lo que ya -aunque fuera potencialmente- existía con anterioridad a la sentencia, ha sido arrasado totalmente de las

modernas concepciones realistas o sociológicas del derecho según las cuales el juez es creador de la sentencia judicial y creador, por tanto, de formas de normación jurídica.

Las tendencias modernas, prescindiendo ahora de rotulación en escuelas, y exhibiendo una muestra de firme unanimidad, sostienen que los tribunales norteamericanos, al decidir aplicando el derecho vigente, crean de algún modo y dentro de ciertos límites, aunque estrechos, derecho.

El *common law* se estructura sobre la base de dos principios fundamentales, que responden sin duda a un fundamento radical único:

"La doctrina de los precedentes", según la cual las causas deben ser juzgadas de conformidad con los principios inferidos de la experiencia judicial anterior, y la "supremacía del derecho", que consiste en afirmar que el soberano y sus representantes han de obrar según principios y no atendiendo a una voluntad arbitraria. Roscoe Pound, de quien obtenemos la idea central del párrafo que antecede, señala en su obra magistral *El espíritu del common law*, que idéntico espíritu anima ambas instituciones doctrinales: "razón versus voluntad". El primado del raciocinio sobre la voluntad arbitraria, tiene su consagración en esos principios vertebrales de la idea del derecho angloamericano.

La doctrina del *common law* consiste, dice el autor citado, en aplicar la razón a la experiencia, partiendo del supuesto de que la experiencia suministra el fundamento más satisfactorio para los standards de acción y principios de decisión.

Para comprender los planteamientos doctrinarios que surgen en el derecho angloamericano, es necesario -aunque sea muy brevemente- hacer una referencia del derecho mismo vigente en los Estados Unidos.

Una aclaración fundamental se impone primeramente. Toda la estructura jurídica norteamericana está basada en un principio esencial de autonomía, es decir, que en función de su riguroso sistema federal, cada Estado conserva para sí el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. El Congreso Federal legisla sólo en cuanto a las materias expresamente delegadas por los Estados, quedando todo el grueso de la legislación ordinaria como potestad de las legislaturas locales.

El matrimonio, la propiedad, la sucesión, los contratos y la responsabilidad son temas vedados al Congreso Federal y propios y específicos de la competencia legislativa estadual. Idéntica autonomía apreciamos en la organización de su sistema judicial.

Por lo demás, todos los Estados formados después de la Declaración

de la Independencia de 1776, y todos los que con posterioridad se unieron a la Federación, con la única omisión de Luisiana, que constituye una conocida excepción a la general adopción del sistema del *common law* en los Estados Unidos, acogieron el derecho inglés.

La base de la formación jurídica del Luisiana es el derecho español, que rigió hasta comienzos del siglo XVIII, en que se aplicó el derecho francés hasta la cesión del estado por Francia a los Estados Unidos en 1803. Sin embargo, el Código de 1808, elaborado por una comisión codificadora designada por el Gobierno Federal para someterlo a la decisión de los pobladores locales, fue de influencia netamente francesa.

Todo esto crea la gran dificultad de que en los Estados Unidos no se aplica solamente un derecho, sino tantos derechos como Estados tiene la Unión, y si bien todos esos derechos están vinculados por una misma raíz genética, cual es el *common law* inglés, mantienen su estricta autonomía, que es fuente de no pocas dificultades.

Partiendo del primado de la Constitución Federal, dos cuerpos jurídicos se estructuran con una fundamentación lógico-normativa, con modalidades totalmente diferentes: el *common law* o derecho no escrito, que es su fuente primordial, y el *statute law* o *written law*, que es el derecho legislado y excepcional, no obstante el frecuente uso que de esta modalidad se hace actualmente en materia federal.

El *common law* originariamente ha resistido muchos intentos de sustitución o reforma. En Inglaterra obtuvo la primacía frente al derecho eclesiástico en el siglo XII; soportó sin dejarse infiltrar el avance del derecho romano que invadía toda Europa en el siglo XVI; salió airoso del Renacimiento y de la Reforma; dejó establecida su primacía contra el intento restaurador de los Estuardo en el siglo XVII, y en los Estados Unidos se mantuvo firmemente, a pesar del desprecio que durante años merecieron todas las cosas inglesas. Su indudable ductilidad práctica, su insustituible adaptabilidad para solucionar el caso concreto, le permitió superar ampliamente la mejor estructura abstracta del sistema continental.

El derecho legislado o *statute law*, o simplemente *statute*, no se diferencia fundamentalmente de lo que se conoce como legislación dentro de una estructura romanista. Los ingleses llevaron consigo a América su por entonces débil derecho legislado de la metrópolis, al que se mantuvo siempre en una situación de inferioridad respecto del *common law*, no obstante algunos intentos de codificación realizados al final del siglo XVII.

La independencia fomenta los prejuicios antibritánicos en Estados

Unidos y señala el punto de partida de movimientos ideológicos en favor de la legislación. Estos intentos se repiten con algunos intervalos -uno de los periodos más destacados se lo señala durante la presidencia de Teodoro Roosevelt-, hasta adquirir en nuestros días una importancia real, no tanto por la extensión del alcance de las leyes, como por su vasto número.

La actitud de hostilidad cesa casi completamente gracias al aporte doctrinario del Canciller Kent y de Joseph Story, que constituyeron el fundamento racional del derecho natural, abriéndose en los Estados Unidos un período de calma, en el que se sucede la evolución de dos grandes movimientos de doctrina que interesan a nuestra disciplina.

a) Escuela sociológica norteamericana

El contraste entre racionalismo y empirismo fue la gran polémica suscitada en la filosofía jurídica norteamericana en lo que va del presente siglo. Las líneas racionalistas, por donde había discurrido el pensamiento de los juristas de los Estados Unidos en el siglo XIX, consideraban el *common law* como un sistema jurídico racional, encarnación de la razón trascendente, que contenía en su seno todas las posibles respuestas para la solución de los futuros casos que pudieran plantearse.

Este sentimiento inspirado a través de la doctrina por las corrientes del clasicismo jusnaturalista, aparece evidente en la declaración de derechos contenidas en la Constitución Federal.

El juez en este sistema es el "protector" del derecho natural, el guardián de los principios de *common law* y el intérprete fiel de sus postulados.

Los comienzos de siglo despuntan en la obra de Roscoe Pound, un ataque a esta interpretación racional deductiva del derecho, tratando de reemplazar esta actitud por una postura pragmática y empírica.

Aunque si bien es cierto que la primera versión del *common law*, de corte netamente racionalista responde al apoyo doctrinario que emanaba de las más puras versiones del clasicismo jusnaturalista, no menos cierto es que este giro hacia el empirismo no le hace perder la predicación axiológica, basada ahora en los principios emergentes de la declaración de derechos y garantías del hombre, que contenía fundamentalmente las exigencias de razonabilidad de los actos estatales y la garantía del debido proceso. Este pragmatismo está aún anclado en el pasado axiológico, que sigue nutriendo de valoración la formulación jurídica norteamericana.

El caso a resolver no debe ser juzgado en función de eternos e inmutables patrones de razón, sino atendiendo a consideraciones de tipo experimental, negando así la existencia de los tales principios eternos e inmutables. El derecho no es ni puede ser inmutable, ya que es algo fluido, que cambia cuando las condiciones sociales así lo determinan.

Tres nombres arquetípicos, Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes y Benjamín Cardozo, son quienes marcan en los Estados Unidos el desenvolvimiento de una doctrina que, bajo el nombre de *jurisprudencia sociológica*, ha influido considerablemente en la teoría y en la práctica del derecho en el país del norte.

Las condiciones económicas y sociales imperantes en los comienzos de siglo hicieron definitivamente inaplicables los principios de razonamiento deductivo a partir de los postulados del derecho natural.

Esos mismos factores que en el continente habían reclamado la necesidad de una jurisprudencia de intereses, determinaron el nacimiento de esta jurisprudencia sociológica, en la cual el derecho se convierte en un instrumento de mejoramiento social y toda la ciencia jurídica en una ingeniería social, que no se ocupa tanto de derechos, cuanto de intereses y pretensiones.

Por ese camino se advierte que la sociedad no se satisface utilizando al derecho como un mecanismo lógico, sino que a través de sus estructuras lógicas, es necesario considerarlo como un instrumento necesario para la realización de los fines sociales. Con esa ideología, la labor del jurista-legislador, juez o doctrinario- debe desplegarse sobre la base de una efectiva compulsa de los intereses sociales actuales, que serán los que en definitiva determinen el nacimiento de las normas jurídicas.

Allí, en los “intereses sociales”, retomados de la más prístina fuente del pensamiento de Ihering¹²⁷, indagados como valores básicos en los que apoyar el derecho y las instituciones jurídicas, encuentra Pound el fundamento de su doctrina. Distingue Pound los intereses individuales como pretensión, a los que el derecho les brinda una tutela y los transforma en derechos subjetivos, y la necesidad de proveer al ajuste entre los intereses individuales en conflicto. El derecho requiere para ello la necesidad de compararlos en un mismo plano y lo logra colocando esas pretensiones o intereses individuales, en su forma más generalizada, como intereses sociales, con el propósito de compararlos.

¹²⁷ Pound Roscoe, *A Theory of Social Interest*, 1921.

Así, repitiendo palabras de Pound, “los intereses sociales” son “pretensiones o requerimientos o deseos involucrados en la vida social de la sociedad civilizada y mantenidos a título de esa vida. Son pretensiones de todo grupo social, en cuanto tal”.

Pero, a su vez, estas dos categorías de intereses -individuales o sociales- que son una misma e idéntica cosa, encarados por el derecho desde dos ángulos diferentes, deben distinguirse de los intereses públicos, que son las pretensiones de una sociedad políticamente organizada, sustentados a títulos de derechos y en razón de esa organización. Son, dice Pound, “las pretensiones de una sociedad políticamente organizada tratada como una entidad jurídica”. Esta distinción, entre el hacer del Estado en razón de un interés público (como el obrar del Poder Ejecutivo en la esfera de su competencia) y el hacer del Estado en cuanto protección de un interés social (la represión del homicidio), está claramente expresada por Pound, quien se esfuerza por descubrir cuáles son los intereses sociales del Estado y cuál su manera de adecuada protección.

b) *Realismo norteamericano*

La expresión más radical de la doctrina recientemente analizada surge en los Estados Unidos a partir del primer tercio de nuestro siglo, en la opinión de varios juriconsultos que no forman escuela y que se denomina el “realismo norteamericano”. Las tesis desenvueltas, que comienzan al principio como una simple exhibición de franqueza, tratando de destruir toda la serie de ficciones y convencionalismos que alrededor del mundo jurídico se habían elaborado, importan una perentoria exigencia de aproximación del derecho a la realidad de la vida social.

Lo que se inicia entonces como un ataque violento a la mística del *common law* y a su pretensión de resolver en la práctica judicial todos los casos con la heterónoma aplicación del precedente -convenga o no a las exigencias axiológicas de la época o el lugar- toma cuerpo definitivo en la realidad de la vida social que, respecto del derecho, no es otra cosa que el comportamiento de los jueces y funcionarios en la decisión del problema concreto.

La posición del realismo llega a despreocuparse totalmente del derecho que aparece declarado en las normas del *common law*, interesándose en el “derecho efectivo”, que no es otro que el real comportamiento de jueces y funcionarios frente a la decisión del caso concreto.

Para ello, no sólo hay que saber en función de qué principios teóricos arriban los funcionarios a la decisión, o dicho en otras palabras, cuáles son las reglas efectivas según las cuales se decide, sino que adquiere fundamental relevancia determinar cuáles son los principios por los que se eligen los hechos relevantes del caso para la decisión.

En efecto, si para la decisión de un caso se utiliza un precedente, será importante determinar en virtud de qué principios se explicitarán los hechos relevantes del caso precedente, que funcionarán como premisa mayor para la decisión del caso actual.

Y también cumplirá una función de idéntica jerarquía la determinación de los principios en virtud de los cuales se inferirán los hechos relevantes del caso por resolver -premis menor-, a fin de poder determinar con ello la posibilidad de adecuarlo a la decisión del precedente.

La actitud realista importa afirmar que cuando el juez juzga o el funcionario resuelve un problema administrativo, "siente y vive el derecho", poniendo en su interpretación una instancia de su personal creación tanto en lo que se refiere al derecho legislado, cuanto al principio inferido de una decisión anterior; tanto en la evaluación de los hechos relevantes del caso precedente, como en la estimación del valor de los hechos probados en el caso a resolver.

Esta actitud no importa una oposición a la utilización de todo patrón axiológico, sino sólo al uso de aquéllos que surgieran como la necesidad de una estimativa actual y razonable.

En síntesis, el realismo, buscando el acercamiento del derecho a la vida, a la realidad, a los hechos, y prescindiendo de los conceptos -sin advertir por cierto que esos hechos presuponen esos conceptos-, se encierra en la consideración del proceso judicial, demostrando un limitado aprecio por los hechos, a los cuales ellos mismos han preconizado como lo esencial del movimiento.

Exhibe una total despreocupación por los conceptos jurídicos fundamentales prolijamente analizados por la teoría general y una repulsa por toda concepción axiológica jusnaturalista.

Los más destacados representantes de este movimiento que reconoce indudablemente a Holmes como máximo inspirador, junto con Roscoe Pound, son Jerome Frank, distinguido magistrado y catedrático norteamericano, y Karl N. Llewellyn, profesor en Columbia y Chicago. Militan también en las filas del realismo, Walter W. Cook, Charles E. Clark, Herman Oliphant y Joseph W. Bingham, entre otros.

3. REALISMO NÓRDICO

A partir de las investigaciones realizadas por Axel Hägerström en la Universidad de Upsala, surge en los países escandinavos un movimiento doctrinario que, sin la armónica consistencia de una escuela, mantiene líneas de conexión con las corrientes que acabamos de estudiar del realismo norteamericano. Es ésta también una expresión de hostilidad al normativismo logicista; también es una clara tendencia a disolver la ciencia del derecho en la sociología y un inequívoco intento de aproximación del derecho a la vida, destruyendo todos los convencionalismos que envuelven al material jurídico en la teoría tradicional.

a) *Wilhelm Lundstedt*

Su pensamiento prologa de alguna forma todos los estudios posteriores nucleados en esta genérica denominación que hemos elegido de realismo nórdico; dirige su ataque a la filosofía jurídica occidental, en una devastadora crítica a la idea de justicia, que según esta concepción, debe ser el sustrato necesario de todo derecho positivo, escrito o no escrito.

Tal actitud de la filosofía jurídica occidental, enraizada en el pensamiento estoico, por cuyo medio se incorpora al derecho romano y se difunde en Europa a través del fenómeno de la recepción, que ve la idea de justicia como subyacente al derecho y determinante de su contenido, sólo es, en dicho pensamiento, pura imaginación. "No existe la justicia. Tampoco existe ningún "deber ser" objetivo, y en consecuencia, tampoco se da un derecho objetivo, es decir, preceptos jurídicos"¹²⁸.

Este intento del realismo de hacer aparecer el derecho como un simple hecho, como un hecho más, vinculado a toda la cadena de facticidad de la acción humana nos lleva a la indubitable conclusión de que la ciencia jurídica es, en su concepto, no más que una rama de la ciencia social, siendo así prácticamente imposible encontrar límites fijos que nos permitan una separación de "objetos" entre la ciencia jurídica, la psicología, la sociología y la economía política. La única explicación que se dio dentro del realismo para justificar la pretensión de la ciencia jurídica, de desenvolver sus investigaciones en una esfera propia, son argumentos

¹²⁸ Lundstedt, W., *Law and Justice: a Criticism of the Method of Justice*, Oxford University Press, New York, 1947.

metafísicos, que engendraron la idea de una esfera propia de acción de la ciencia jurídica, distinta de la atinente a las disciplinas sociales en general.

b) Karl Olivecrona

Continuando con el intento del realismo de disolver el “normativismo”, Karl Olivecrona¹²⁹ nos dice que las normas jurídicas no difieren de las normas de otras organizaciones, en el sentido de que las primeras posean alguna misteriosa cualidad que falte en las segundas. Todas son imperativos independientes, aunque la gente reaccione frente a ellas de manera diversa. Objetivamente, las normas jurídicas se distinguen de las demás por la especial naturaleza de la organización a que pertenecen: el Estado. Un Estado moderno difiere de toda otra organización, en que implica un monopolio real de la fuerza dentro de ciertos límites territoriales. Las normas jurídicas regulan esa organización y el uso que ella hace de la fuerza. Como decíamos, este intento de disolver el normativismo y la mística que en alguna medida implica, transforma a la ciencia jurídica en la organización monopolizada y canalizada de la fuerza. La fuerza -dice Olivecrona- es semejante al fuego: en libertad es un elemento destructivo para el hombre; en sujeción es necesario para la vida. Todo el derecho se resuelve así, en la canalización de la fuerza por el aparato del Estado; y es la fuerza y ninguna otra subyacencia mística o metafísica, lo que da validez al derecho y sentido a las expresiones de deberes y facultades.

c) Alf Ross

La relativamente reciente publicación de la obra de Alf Ross *Sobre el derecho y la justicia*, en prolija edición de Eudeba, ha aclarado bastante el pensamiento del jurista nórdico, en lo que respecta a lo por él expresado en su anterior trabajo vertido a nuestra lengua de la traducción inglesa, *Toward a Realistic Jurisprudence*. Su nueva exposición, realizada en tono polémico, aprovecha los modernos aportes de la semántica, disciplina que el autor maneja con gran solvencia, brindando un panorama general de lo jurídico que hacen de su trabajo una verdadera teoría general del derecho. El derecho es para Ross algo que consiste, en parte en fenómenos jurídicos, y en parte en normas jurídicas en mutua correlación.

¹²⁹ Olivecrona, Karl, *Law as a Fact*, Oxford University Press, New York, 1947.

Es decir, por consiguiente, que el derecho es el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción. Esto a su vez significa que las normas jurídicas son vividas como socialmente obligatorias. Con este enfoque sobre la naturaleza del derecho y su fuerza obligatoria, intenta Ross poner en duda la necesidad, históricamente sentida por muchos filósofos del derecho, de fundamentar la validez del derecho en nociones metafísicas o en ideas a priori, o por lo menos, en específicas postulaciones.

La distinción entre el derecho en acción -fenómenos jurídicos- y las normas jurídicas, suministra el fundamento de la distinción entre dos disciplinas diferentes: la sociología jurídica y la ciencia del derecho. No son por ello estas disciplinas dos distintas esferas sino aspectos de una misma realidad. La ciencia del derecho se dirige al contenido abstracto de las directivas, no a las realidades. El carácter normativo de la ciencia del derecho significa que se trata de una doctrina referente a normas y no una doctrina compuesta de normas. No tiene por fin postular o expresar normas, sino solamente establecer que éstas son derecho vigente. La ciencia apunta a la ideología, a la abstracción, a las directivas. La sociología jurídica en cambio, al derecho en acción, a los fenómenos jurídicos.

Las normas jurídicas -tanto las que el autor llama propiamente de conducta, como las que denomina de competencia- son en definitiva directivas dirigidas a los jueces, y si bien en general las primeras están redactadas como señalando el comportamiento de los particulares, en definitiva ordenan a los tribunales un determinado proceder, una vez realizado un determinado supuesto.

Generalmente las normas penales están redactadas siguiendo esa técnica. En efecto, no ordena el derecho penal a los obligados qué es lo que deben hacer u omitir, sino que se dirige a los tribunales, diciendo cuál debe ser el contenido de la sentencia frente a la realización de un determinado supuesto. Nada impediría, por supuesto, que todas las normas de comportamiento se redactaran de esa forma, lo cual pone en evidencia que el contenido real de una norma es una directiva para el juez, siendo la directiva al particular obligado, sólo una norma jurídica derivada o norma en sentido figurado deducida de aquélla.

El problema de la vigencia del derecho está también reducido a términos de facticidad, ya que para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas, debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho y no al derecho en acción.

Para determinar si la prohibición de algo es derecho vigente, lo único decisivo es que ella sea efectivamente aplicada por los tribunales en los casos en que las infracciones son descubiertas y juzgadas.

Un orden jurídico nacional -dice Ross-, considerado como un sistema vigente de normas, puede definirse como un conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. Sin embargo, todo este problema se disuelve también en un empirismo pragmático, cuando afirma que la vigencia es sólo una predicción de acontecimientos sociales futuros, que están fundamentalmente indeterminados y no es posible a su respecto formular predicciones exentas de ambigüedad.

El derecho no es en Ross un sistema de normas respaldado por la fuerza, sino un conjunto de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física. Esta afirmación permite al mencionado autor iluminar, desde un ángulo original, el eterno dualismo planteado entre el derecho y el poder. El poder no es algo que está detrás del derecho, sino algo que funciona a través del derecho.

El examen realizado de la idea de justicia en Ross es sencillamente devastador, ya que en un breve capítulo y con sintética argumentación demuestra la falacia contenida en toda la doctrina jusfilosófica durante más de veinte siglos. Invocar la justicia, dice, es como dar un golpe sobre la mesa. Es sólo una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto; y así lo afirma, ya que todas las fórmulas tendientes a explicar este concepto no son más que elementos de persuasión, pero jamás argumentos racionales. El problema de la justicia es, en definitiva, un problema de política, no de filosofía del derecho.

Alguien ha dicho, y no sin razón, que los aportes del realismo nórdico significan una inyección de nueva savia en el viejo tronco de la teoría jurídica tradicional. Si no revolucionarios, los aportes del realismo escandinavo son la culminación del pensamiento moderno del derecho, que a partir de la vigorosa personalidad de Ihering, señalan el advenimiento de las concepciones jurídicas contemporáneas.

4. RENOVACIONES DEL JUSNATURALISMO. EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

El estado actual del problema del derecho natural se plantea otra vez como un acontecimiento apasionante. Hasta la década del treinta aproxi-

madamente, en nuestro siglo, la teoría del derecho natural parecía ser una concepción totalmente superada, mantenida sólo en algunos estrechos círculos católicos. La limitación del derecho al derecho positivo y el rechazo de todo derecho natural que estuviera por encima de aquél, fue el punto de partida de la generación de juristas contemporáneos. El concepto de derecho natural queda en ellos alejado de los propiamente jurídico, bajo la más triste condena, la del olvido. Toda la filosofía neokantiana, de riguroso corte positivista, no anatematiza el derecho natural, pero lo margina: no lo ataca, pero prescinde de él.

Recogemos las palabras de uno de los más ilustres expositores del neokantismo de Baden y uno de los espíritus más finos de la época, Gustav Radbruch, no ha mucho fallecido, que escribía durante la década recordada: "El juez tiene la obligación de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento de lo jurídico ante la orden autoritaria del derecho, preguntar únicamente qué es lo que es derecho y nunca si también es justo. Despreciamos al párroco que predica en contra de sus convicciones, pero honramos al juez que no se deja engañar en su fidelidad a la ley por una sensibilidad jurídica contraria a aquélla".

Con este marco ideológico, los juristas alemanes se topan con el Tercer Reich y frases como la que afirmaba que una orden de matar a todos los niños de ojos azules podía ser válida siempre y cuando emanara de quien ejerciese el poder supremo del Estado, y que según Welzel¹³⁰, que la cita, eran mera especulación positivista, adquieren espantosa realidad.

La experiencia del nacionalsocialismo colocaría a los teóricos alemanes del derecho -suscitando por ello una agobiante inquietud en el mundo occidental contemporáneo- frente a la difícil tarea de replantear el enfoque del positivismo formalista, que recibió un fuerte porcentaje de responsabilidad en la catástrofe jurídico-política de Alemania.

Observamos en los pensadores actuales una preocupación constante por lograr un criterio universal que asegure la vigencia de los valores éticos permanentes en el orden positivo. Más brevemente: el siglo XIX y los comienzos del XX importan una tajante división entre derecho positivo y derecho natural. La teoría jurídica sólo podía serlo del derecho positivo. Nuestra época ha rediseñado estas conexiones entre derecho positivo y derecho natural.

¹³⁰ Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962.

Este replanteo de las postulaciones jusnaturalistas, este verdadero renacimiento al que nuestro siglo asiste, está todavía en la tormentosa etapa de su pujante elaboración.

No obstante, se advierten ya líneas definidas en distintas direcciones, que encuentran su antecedente, inmediato o mediato, en doctrinas que hemos estudiado ya en esta obra, pero que, a diferencia de ellas, tienen la ventaja de la reflexión de segundo grado.

En efecto, quienes intentan -por ejemplo- un renacimiento del pensamiento escolástico, lo hacen desde la posición de ventaja científica que supone el examen actual de la doctrina, con todos los aportes que la evolución del pensamiento filosófico le ha suministrado en largos años de reelaboración crítica, de tal suerte que pueden pulir los aspectos más conflictivos, eliminando las asperezas y agregando las contribuciones de los nuevos descubrimientos en este apasionante mundo de la razón.

Luego de las corrientes analizadas del neokantismo en Alemania, concluimos de que no obstante el intento -que no se oculta en el pensamiento de Radbruch- de llenar de contenido la mera consideración metodológico-formal del derecho, sólo la ética material de Max Scheler (1875-1928) y Nicolai Hartmann (1882-1950)¹³¹ ha realizado un esfuerzo decidido para la reconquista de una esfera axiológica material absoluta.

Scheler tiene el mérito ponderable, merced al apoyo teórico que encuentra su doctrina en los descubrimientos de la fenomenología, de señalar el error incurrido por el formalismo, al postular los "a priori abstractos" como inevitables, negando la posibilidad de que éstos a priori puedan ser jamás algo de contenido concreto material. Scheler, en el mundo jurídico, y antes que él Husserl, nos han enseñado y mostrado la existencia de ideas y esencias materiales preñadas de contenido, ampliando en consecuencia el limitado mundo de las categorías formales a priori.

Hay en su pensamiento una continuidad de la dirección ética kantiana, pero elevándola de la chatura formal racionalista que le impedía descubrir el mundo de esencias materiales. Rectifica Scheler el formalismo kantiano, no obstante la reverente admiración que guarda por el coloso de acero y de bronce¹³²; luego de mostrar lo falaz de su pensamiento, se aboca a la

tarea de mostrar que los valores no dependen de los bienes y los contenidos de los fines: son cualidades esenciales a priori de carácter objetivo.

Estas categorías axiológicas, agrupadas en modalidades¹³³, están ordenadas jerárquicamente y esta jerarquía es tan a priori como el valor mismo, aun cuando escape a nuestro conocimiento. Pero Hartmann¹³⁴ se opone a esta ordenación jerárquica postulada por Scheler. Señala que si se quisiera determinar una jerarquía basándose en las características postuladas por Scheler, no hay duda de que no se iría más allá de contornos generalísimos. El que los valores morales sean superiores a los vitales parece de toda evidencia sin necesidad de comprobación, pero en cuanto quisiésemos intentar una más sutil ordenación, el criterio fracasaría.

Cabría recordar aquí, aunque muy superficialmente, el intento de Helmut Coing, profesor de la Universidad de Colonia¹³⁵, que inspirado en los sistemas de Scheler y Hartmann, toma como punto de arranque la conciencia axiológica del hombre y a través de ella pretende descubrir un sistema de valores jurídicos supremos y de máximas jurídicas fundamentales, dotadas de contenido, que sirven como criterio para el derecho positivo y asimismo como medida de legitimación de éste.

Todas las doctrinas desarrolladas en el presente siglo persiguen virtualmente la solución de esta problemática, que no es otra por cierto que la que se había planteado al despuntar la reflexión filosófica sobre el tema de la justicia. Que ahora lo hagan a partir de un desenvolvimiento doctrinario y teórico mucho más amplio, no significa que el problema no se plantee tratando de satisfacer los mismos interrogantes que determinaron su formulación antigua.

Las mismas razones que aconsejaron limitar -cuando no suprimir en algunos casos- la exposición de los sistemas jusfilosóficos, son las que condicionan nuestro examen superficial, de algunas de las doctrinas más relevantes que se exponen en el mundo contemporáneo. El diálogo de la humanidad consigo misma, buscando la respuesta que haga más justa la convivencia entre los hombres, tiene períodos de aguda crisis y de declinación y letargo. Asistimos a uno de los momentos más vitales de

¹³¹ Welsel, Hans, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1947.

¹³² Scheler, Max, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, p. 32; trad. Rodríguez Sans, Madrid; en el prólogo de esta primera edición, dice Scheler: "La ética de Kant y la de nadie más entre los modernos filósofos, es lo que representa hasta el día de hoy, lo más perfecto que poseemos".

¹³³ Scheler distingue las siguientes modalidades axiológicas: los valores sensuales, vitales, espirituales y religiosos; más altos son cuanto menos relativos son.

¹³⁴ Welzel, *op.cit.*, p. 235.

¹³⁵ *cit. Recaséns Siches, Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, t. II, p. 899, México, 1963.

este proyecto y tal vez por ello el examen de los aportes sobre el tema, exceda las posibilidades de este estudio, en razón de los fines a que él apunta. No obstante, y una vez más tentados por la originalidad de algunos desenvolvimientos, no limitaremos nuestro examen a “renovaciones modernas del jusnaturalismo”, sino que junto a ellas mencionaremos por lo menos algunos aportes contemporáneos, que si bien no pueden rotularse con esta común denominación de jusnaturalistas, pretenden dar respuesta a esta inconclusa problemática desde puntos de mira totalmente nuevos.

a) *Emil Brunner*

El rector de la Universidad de Zurich, Emil Brunner, publica en 1943 una obra anticipatoria de los emprendimientos que se desarrollarán, sobre todo en Alemania, después de terminada la segunda guerra mundial. El fin de este terrible acontecimiento del siglo tiene perfiles muy distintos de los del epílogo de la primera conflagración europea.

Prescindiendo ahora de las diferencias cuantitativas en punto a destrucción y a países beligerantes, así como a la limitación del primer conflicto a los bordes de un continente, lo importante es la consideración espiritual e ideológica del fenómeno. A las rivalidades ideológicas, surgidas del seno mismo de los aliados, se sumarían los antagonismos territoriales propios de la rapiña de postguerra. El marxismo de la Unión Soviética tenía que “negociar” con las más puras expresiones del “humanismo liberal” de sus aliados, y la desintegración espiritual de la alianza -que por otra parte nunca logró una perfecta unión- fue una inevitable consecuencia. Pero además de estos elementos ideológicos, existen unos imponderables espirituales, que se convierten en los agujeros que azuzan la inquietud por una respuesta eticista a un mundo materialista.

El primer intento llega a través de Brunner, con su obra *Justicia: doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, donde se propone un ensayo filosófico jurídico desde la perspectiva de las concepciones religiosas del protestantismo, iniciando la tarea de reconstruir un derecho natural, basado en el orden de la divina creación, pero apoyado en las corrientes del postaristotelismo estoico. Sólo esta reconstrucción será capaz de evitar de que la catástrofe totalitaria -nazi o soviética- se repita.

“O hay algo intrínsecamente válido -dice Brunner¹³⁶-, una justicia que

¹³⁶ Brunner, Emil, *La justicia*; cit. Recaséns Siches, *op. cit.*, t. II, p. 762.

está por encima de todos nosotros, una exigencia que se nos impone y que no dimana de nosotros, una regla normativa, de justicia válida para todos los Estados y todos los sistemas de derecho positivo, o no hay justicia alguna, sino que hay tan sólo el poder organizado de tal o cual manera, que se llama a sí mismo derecho. O hay derechos del hombre eternos e intangibles, o hay tan sólo las buenas oportunidades de quienes por azar resultaron perjudicados. O hay un derecho sagrado ante el cual se puede apelar contra todas las ordenaciones sociales inhumanas e injustas y contra todas las arbitrariedades y crueldades estatales, o ese derecho sagrado es tan sólo un ensueño, y entonces derecho no es más que otra palabra para designar los resultados casuales de los componentes fácticos de poder en el campo de las fuerzas políticas”.

Distingue Brunner tres distintas acepciones de derecho natural. La acepción objetivista de la antigüedad griega, identificada con el orden racional cósmico; la acepción racionalista del pensamiento clásico de la modernidad, donde se produce casi una identificación entre naturaleza y razón, y la acepción cristiana, donde la naturaleza es el Orden Divino de la Creación, el orden de Dios. Todas estas formas, aunque tienen un denominador común, ya que se refieren siempre a una serie de principios de justicia que se encuentran por encima del arbitrio humano y por tanto de la positividad jurídica, difieren sustancialmente y es la acepción cristiana la que combina la idea de los derechos individuales, con la idea de los derechos de la sociedad como ente corporativo.

“The idea of Justice and the concept of a divine law of justice are one and the same thing. That is not a philosophical theory nor a religious opinion which may be agreed to, or dissent from. Whoever says with serious intent: “That is just”, or “That is unjust” has, even though unwittingly, appealed to a superhuman, supreme or ultimate, tribunal, to a standard which transcends all human laws, contracts, customs and usages, a standard by which all these human standards are measured. Either this absolute, divine justice exists, or else justice is merely another word for something which shuts some but not others, which appears expedient to some, but not to others. Either the word justice refers to the primal ordinance of God, and has the ring of holiness and absolute validity, or it is a tinkling cymbal and sounding brass”¹³⁷.

¹³⁷ Brunner, Emil, *Justice and Social Order*, p. 46, Nueva York, 1945: “La idea de justicia

En la obra de la cual extractamos este último párrafo, se propone Brunner, después del análisis de los principios de la justicia, siempre vinculados a las ideas expuestas, un traslado práctico de ellos al orden social, desarrollando capítulos vinculados al “orden político”, al “orden familiar”, al “orden económico” y al “orden internacional”. Valiosas son al respecto, sus referencias -desde la perspectiva económica- al problema del justo interés, el justo salario, la justa distribución del poder económico y a la grave alternativa de este siglo entre capitalismo y comunismo.

No menos válidos son sus aportes relativos al orden social, considerar la injusticia del Estado totalitario, la ley justa, el justo castigo, culminando su examen práctico con el orden y la paz en el derecho internacional.

b) Johannes Messner

Este autor es quien inicia en Alemania un renacimiento del jusnaturalismo desde el ángulo del neotomismo. Fundamentalmente, a través de su obra más importante, *Das Naturrecht*, en la cual trabajó desde 1940 hasta 1948, obra clásica en el terreno de la disciplina y que ha merecido ya varias ediciones¹³⁸.

No es extraño que este renacimiento provenga de Messner, por su condición de sacerdote católico. Sin embargo su gran formación humanista y científica -se enorgullece, por ejemplo, de haber sido discípulo del más eminente sociólogo de este siglo, Max Weber- le permite exponer su inspiración tomista con un rigor crítico.

Reconoce expresamente las limitaciones del jusnaturalismo medieval, pero observa en ese movimiento uno de los más poderosos factores que

y el concepto de una ley divina de justicia, son una misma cosa. Eso no es una teoría filosófica ni una opinión religiosa, respecto de la cual se pueda adherir o disentir con ella. Quienquiera que diga con seria intención: ‘esto es justo’ o ‘eso es injusto’, ha apelado, aunque inconscientemente, a un tribunal supremo, último o sobrehumano, a una forma que ha trascendido todas las leyes humanas, contratos, costumbres y usos, a una forma conforme a la cual todas esas humanas expresiones son medidas. O esta justicia absoluta y divina existe o de lo contrario justicia es meramente otra palabra para mencionar algo que satisface mis cosas, o algo que conforma y aparece justo para algunos, pero no para otros. O la expresión justicia se refiere al ordenamiento primario de Dios y tiene el halo de santidad y la validez absoluta o es sólo cimbalo que tintinea y bronce que suena” (La traducción nos pertenece).

¹³⁸ La última de que tenemos noticias es la cuarta edición de 1960, notablemente ampliada, así como de las traducciones a la lengua inglesa -*Social Ethics*- y japonesa.

pusieron en marcha la evolución espiritual, de la que han surgido las modernas ideas de libertad¹³⁹.

Considera Messner que el derecho positivo debe estar supraordinado al derecho natural y que además éste desempeña una función complementaria y limitadora respecto de aquél. Como complementador, en todos los casos en los cuales la aplicación del derecho positivo produjese efectos que no fueran queridos por el legislador, de acuerdo con los principios del derecho natural por él reconocidos. Como limitador, en cuanto el derecho positivo carece de fuerza obligatoria, cuando se opone a principios primarios jusnaturalistas.

Considera Messner al derecho natural, en primer lugar, una realidad jurídica y en segundo lugar, una ciencia¹⁴⁰. Como realidad jurídica, es una suma de normas jurídicas y una suma de derechos y facultades. En otras palabras, aquí radican los principios fundamentales de la conciencia jurídico-moral del hombre, o los principios que éste conoce en virtud de su conciencia del derecho. Entre todos esos principios se destaca como supremo el principio del *suum cuique* (da o deja a cada cual lo suyo).

Como ciencia, tiene el derecho natural dos acepciones. Como filosofía y ética del derecho, que tiene por finalidad esencial descubrir la naturaleza y el criterio del derecho y la justicia y como la aplicación de los principios anteriores del derecho natural a la vida en todos los sectores comunitarios (político, económico, social y cultural).

Éste sería en Messner “el derecho natural derivado o aplicado”, que importaría un traslado o proyección de los principios fundamentales del “derecho natural primario, originario o primeros principios”, a las realidades condicionadas por los factores señalados.

En el tema de la justicia, examina Messner¹⁴¹ la justicia relativa al bien común y la justicia individual. El objeto de la primera está constituido por el bien común de las varias clases de sociedades y lo subclasifica en justicia legal -que es el bien común del Estado-, justicia social -que es el bien común de la sociedad-, y justicia internacional -que ordena los Estados hacia el bien común de la comunidad de las naciones.

Clasifica a la justicia individual, siguiendo las líneas aristotélico-tomistas, en justicia distributiva y justicia conmutativa.

¹³⁹ Messner, Johannes, *Sociología moderna y derecho natural*, p. 44 y sigs., Barcelona, 1964.

¹⁴⁰ Messner, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴¹ Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 813.

c) Alfred Verdross

A esta renovación jusnaturalista de inspiración neotomista se suma el pensamiento de Alfred Verdross¹⁴². Del riguroso esquema positivista de la escuela vienesa -ya que Verdross fue quien "internacionalizó" la teoría pura del derecho y fue a partir de su pensamiento, acogido por Kelsen, que la doctrina del maestro vienés dejó los límites del derecho nacional, para pasar a ocupar en el derecho internacional un puesto de avanzada en la expansión de la teoría pura- toma los esquemas del jusnaturalismo¹⁴³.

Poco tiempo duró en Verdross su condición de discípulo de Kelsen, ya que habiendo pertenecido al círculo estrecho de los elegidos, pronto siguió su propio camino, discrepando en importantes aspectos de la teoría pura, no obstante haber expresado siempre el reconocimiento de que le era deudor. En efecto, mucho antes de abjurar definitivamente de su fe positivista y de abrazar la creencia de que existen "normas jurídicas fundamentales", que no proceden del derecho positivo, sino que le preceden y constituyen su base, se plantea Verdross el problema de la validez de la norma fundamental hipotética en el esquema kelseniano. La validez de esa norma puede ser una validez delegada -de un orden suprapositivo- (derecho natural), o puede ser su eficacia¹⁴⁴. En el primer caso el problema es de axiología; en el segundo de sociología. Ve ahí Verdross atrapado el derecho positivo entre los ineludible polos que le señalan la axiología y la sociología: "Su cabeza se eleva hacia el mundo del valor, del que sólo puede derivar su validez normativa; sus pies están plantados en el firme campo sociológico de la real conducta humana"¹⁴⁵.

De allí, hasta sus actuales afirmaciones sobre la existencia del derecho natural, que también clasifica en primario y secundario e importa un sistema abierto de normas hacia las que debe tender la elaboración jurídica positiva, admitiendo así la coexistencia del derecho positivo y del derecho

¹⁴² Sobre todo a través de las publicaciones posteriores a 1950.

¹⁴³ En la época que señalamos a Verdross como discípulo de Kelsen, era profesor de la Universidad de Viena. Fue el primero en aplicar la teoría pura del derecho al derecho internacional, trasladando la "constitución en sentido lógico" de un derecho nacional, al derecho internacional, apareciendo los ordenamientos jurídicos nacionales como sistemas jurídicos parciales delegados del derecho internacional quedando así reducido el problema de la soberanía a una competencia autónoma otorgada por el derecho internacional.

¹⁴⁴ Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, p. 70 y sigs., Fondo de Cultura Económica, México, 1947.

¹⁴⁵ Ebenstein, *op. cit.*, p. 71.

natural, hay sólo un paso, que Verdross da enérgicamente. El derecho natural, referido al derecho positivo nos da en su unión la vivencia del "derecho" concretado de cada comunidad. Dice Verdross: "En tiempos de relativa estabilidad el derecho positivo suele bastar para resolver adecuadamente las cuestiones jurídicas que se suscitan. Mas cuando las estructuras sociales se están transformando, el derecho positivo no da respuestas a muchas de ellas, por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho y no haber podido, por tanto, resolverlos. De ahí que en tales casos sea necesario trascender el derecho positivo para lograr decisiones racionales y llevaderas. Así se explica que el positivismo jurídico saliera conmovido de las tormentas de la primera guerra mundial y fuera en parte desplazado por un renacimiento del jusnaturalismo. Pero no se ha impuesto todavía la dirección unitaria nueva"¹⁴⁶.

d) Jacques Leclercq

Profesor de la Universidad de Lovaina, Jacques Leclercq adquiere un lugar de importancia en la consideración de la problemática actual sobre el derecho natural, principalmente después de la publicación de su obra más importante, aparecida en 1960 en París con el título de *Du droit naturel à la sociologie*, que nos llega en prolija traducción del profesor Salvador Lisarrague, de la Universidad de Madrid¹⁴⁷.

Pero, no obstante la claridad del pensamiento del abate Jacques Leclercq en el desarrollo del tema del derecho natural, bajo una neta inspiración escolástica a través de un método que lo lleva a una ontología de los valores, es indudable que su posición es de escepticismo. Y es en Leclercq un escepticismo intencionado -si se nos permite la expresión-, ya que el autor quiere llegar a la sociología través del derecho natural¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, p. 58; trad. A. Truyol y Serra de la 4ª ed. alemana, en colaboración con Karl Zemanek, Madrid, 1963.

¹⁴⁷ Leclercq, Jacques, *Del derecho natural a la sociología*, Madrid, 1961.

¹⁴⁸ "¿Cuál es el contenido del derecho natural? La única respuesta razonable consiste en decir que de esto no se sabe nada, y que lo único que hay que hacer es buscarlo. Ciertamente, si sabemos algo, algunas evidencias simples; igual que se ha sabido siempre que el hombre tenía brazos y piernas, corazón y cerebro, sangre líquida y huesos duros. Pero esto no quiere decir que el estudio de la medicina sea innecesario. De la misma manera, conocer unas cuantas evidencias elementales del derecho natural, no quiere decir que podamos conformarnos con eso. ¿Hasta dónde se extiende el derecho natural? Eso se irá descubriendo poco a poco, a medida que el mundo vaya tomándose el trabajo de estudiarlo. Pero no se estudia. No nos quejemos entonces de que todo vaya mal" (Leclercq, *op. cit.*, p. 107).

e) La renovación en Italia

Probablemente, las mismas motivaciones que condicionaron la llegada de esta orientación en Alemania, alentaron el espíritu de los juristas latinos después de la segunda guerra mundial. Recordamos en esta dirección a Alfredo Bartolomei, que en sus *Lecciones de Filosofía del Derecho*¹⁴⁹ intenta una renovación racionalista del derecho natural, y a Felice Battaglia, que en el *Curso de Filosofía del Derecho*, publicado en Madrid en 1951, reconociendo la fuerte influencia de Benedetto Croce y de Gentile, se separa del idealismo y de la influencia eticista de Del Vecchio, profundizando el análisis de la experiencia jurídica en pos de una revaloración del tema de la justicia. Giacomo Perticone, en *Orientaciones actuales del pensamiento jurídico*¹⁵⁰, se adhiere a las críticas dirigidas al positivismo en cuanto pretende identificar “derecho vigente” y “derecho estatal”, sosteniendo que el jusnaturalismo, como teoría de la justicia, mantiene su posición central en el sistema jurídico. Luigi Bagolini, profesor de la Universidad de Bolonia, postula una revitalización valorativa del concepto del derecho.

De una u otra manera, estas renovaciones del jusnaturalismo pretenden demostrar que los hombres no se han conformado nunca ni tampoco se han sometido jamás al derecho del Estado, que cuenta con el respaldo de la fuerza pública. Por el contrario, a través de esquemas de idealidad, han valorizado ese derecho estatal, lo han criticado y anatematizado, originando las distintas transformaciones jurídicas y políticas de las naciones. Y lo han hecho en nombre de ese derecho natural, constituido por principios universales, anteriores y superiores a las normas positivas, que no es en la mayoría de los casos ni un sistema ni siquiera una teoría, sino más bien una tendencia innata del espíritu humano.

5. LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

La expresión “teoría tridimensional del derecho” es usada por primera vez en nuestra disciplina por el jusfilósofo brasileño y profesor de la Universidad de San Pablo Miguel Reale, para quien el derecho es una realidad histórica cultural que posee tres “dimensiones”, los elementos esenciales de la experiencia jurídica: “hecho”, “valor” y “norma”.

¹⁴⁹ Bartolomei, Alfredo, *Lezioni di filosofia del diritto*, Nápoles, 1934.

¹⁵⁰ Perticone, Giacomo, *Orientaciones actuales del pensamiento jurídico*, Bs. As., 1960.

En todas las modalidades de la conducta hay, en suma, el “hecho” de una energía espiritual, imantada por un “valor” dominante, que se inclina a realizarlo como ley, como forma, como “norma”¹⁵¹.

Los antecedentes de esta concepción se remontan -según Goldschmidt¹⁵²- a Hermann Kantorowicz, a quien debemos el nombre *trialismus*, donde se esboza una distinción entre “realidad”, “sentido” y “valor”. Pero es el valioso aporte sociológico de Max Weber unido al descubrimiento de la teoría de los valores por el pensamiento neokantiano de la escuela de Baden, lo que abre definitivamente el camino hacia el tridimensionalismo jurídico.

Emil Lask sería para Goldschmidt el primer autor jurídico tridimensionalista, y anota en apretada lista, a François Gény, Giorgio del Vecchio, Roscoe Pound, Julius Stone, Huntington Cairns, Jerome Hall, Luis Recaséns Siches, Luis Legaz y Lacambra, Eduardo García Maynez y Carlos Cossio, como los juristas que han abierto nuevos senderos en esta concepción.

Distingue Goldschmidt¹⁵³ entre la “filosofía jurídica lisa y llanamente” y la “filosofía jurídica menor”. Esta última analiza la estructura del mundo jurídico. Una vez desarrollada ésta y ya dentro del mundo jurídico, debemos desenvolver la filosofía jurídica mayor tendiente a suministrar la localización del mundo jurídico en la totalidad del cosmos.

La teoría tridimensional del mundo jurídico es la filosofía jurídica menor y tiende a superar los “unilateralismos”, que han aislado del mundo jurídico alguno de los tres elementos integrativos. Kelsen, por ejemplo, postula un unilateralismo “normativista”, a través de la teoría pura del derecho. En Olivecrona¹⁵⁴ campea un unilateralismo sociológico, para quien -entre otros- el mundo jurídico se reduce a mera facticidad.

Sin embargo, aquella “concepción” tridimensional a que hemos hecho referencia, adquiere la magnitud de una teoría en Werner Goldschmidt, a partir de la elaboración por parte del autor de una “ciencia de la justicia”¹⁵⁵,

¹⁵¹ Recaséns Siches, *op. cit.*, t. II, p. 555.

¹⁵² Goldschmidt, Werner, *La teoría tridimensional del mundo jurídico*, ED, 3-1962-1088.

¹⁵³ Goldschmidt, Werner, *op. cit.*; *Introducción al derecho, meditaciones sobre su verdadero enfoque*, en “Juris”, t. 24, p. 257; *Introducción al derecho. Estructura del mundo jurídico*, p. 32 y sigs., Aguilar, Madrid.

¹⁵⁴ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, Depalma, Bs. As., 1959.

¹⁵⁵ Goldschmidt, Werner, *Dikelogía. La ciencia de la justicia*, Aguilar, Madrid, 1958.

de la cual recordamos un excelente comentario del profesor José Juan Bruera en el Colegio de Abogados de Rosario, donde la presencia del autor, permitió completar la exposición del comentarista, que aportó valiosos elementos para la comprensión de su teoría.

“La investigación de la justicia como valor”¹⁵⁶ lleva inexorablemente al análisis del objeto valorado por la justicia o sea a su material estimativo. El objeto sobre el cual recae la valoración de justo o injusto, son el orden de conducta de reparto de potencia e impotencia y las razones de las mismas”. “El sustentáculo del mundo jurídico es el orden de conducta de reparto de potencia y de impotencia y sus razones y (que) este orden de repartos razonados constituye el objeto de valoración de la justicia”.

Tendríamos aquí desenvueltos, en este breve pensamiento del autor mencionado, dos de los elementos o ingredientes de configuración del mundo jurídico, pero nos faltaría explicitar el papel que desempeñan las “normas” con respecto al orden de repartos. Las normas -nos dice Goldschmidt- describen e integran el orden de repartos. Describen, en cuanto la norma es la autobiografía de la voluntad de los repartidores y además reviste una función integradora en la que pueden distinguirse una integración relacional y otra sustancial. “La integración relacional consiste en que los repartidores, al repartir potencia e impotencia, parten de una adjudicación de potencia e impotencia llevada a cabo por fuerzas no humanas (distribución); de esta suerte se incorporan al orden de repartos numerosas distribuciones”. “La integración sustancial, a su vez, se sirve de los conceptos o de las materializaciones”.

Esta estructura del mundo jurídico -brevemente reseñada y en la cual, inevitablemente, por un esfuerzo de síntesis, hemos empalidecido la exposición del profesor Goldschmidt, realizada con una terminología específica, que el autor considera imprescindible-, nos exhibe un orden de conductas de reparto de potencia e impotencia, valoradas por la justicia, como justas e injustas, descriptas e integradas por las normas jurídicas.

6. FILOSOFÍA JURÍDICA INTEGRATIVA

Siguiendo los lineamientos de la concepción tridimensionalista del mundo jurídico, Jerome Hall, profesor de la Universidad de Indiana, que ha brindado valiosos aportes de su pensamiento a la temática del derecho

¹⁵⁶ Goldschmidt, *La teoría tridimensional del mundo jurídico*, cit., loc. cit.

penal, nos sugiere el camino de una “filosofía jurídica integrada”¹⁵⁷. Hall puntualiza en su trabajo los errores del particularismo o unilateralismo y dirige su crítica contra las doctrinas jusnaturalistas -en especial, contra las modernas renovaciones-, contra las dos vertientes del realismo vigente -norteamericano y nórdico- y contra las expresiones preponderantes del positivismo a través del pensamiento de la escuela analítica de jurisprudencia de Austin y de la teoría pura del derecho de Kelsen.

Estima Hall que lo que olvidaron todos los que expusieron “unilateralismos”, es que lo que se encuentra en la vida real, son realidades complejas, mezclas de ideas jurídicas y no jurídicas, con hechos.

Denuncia por ello la necesidad de tender hacia una concepción jurídica integralista, que sirva de puente de unión entre el conceptualismo jurídico, en cuanto expresión de normas de comportamiento, la sociología, en cuanto ese comportamiento es un hecho de la realidad social, y la axiología.

En esa concepción jurídica integralista, cada una de las vertientes particulares o unilaterales dejan de ser divisiones capitales para convertirse en aspectos compatibles con una teoría general coherente e integrada.

La teoría jurídica formal tiene como típica faena el análisis lógico de términos jurídicos, normas, decisiones y códigos. La sociología jurídica nos suministra generalizaciones formuladas sobre la base de los propósitos y aplicaciones de las normas. La axiología jurídica deberá discernir si una cierta conducta que se encuadra en varios esquemas o situaciones fácticas, debe o no ser alcanzada por la coerción.

Este esfuerzo de Hall, limitado por ahora sólo al esquema programático de la posibilidad de crear una teoría jurídica integralista, se propone la construcción de un repertorio de ideas básicas, que brinden una filosofía jurídica relativamente adecuada.

7. CORRIENTES JURÍDICAS EXISTENCIALISTAS

Pocos acontecimientos de postguerra han provocado en el mundo de la cultura tan honda repercusión y tan violentas polémicas como el existencialismo.

Esta actitud filosófica desenvuelta a la luz del pensamiento de Sören Kierkegaard, y desarrollada por Martin Heidegger y Karl Jaspers, con

¹⁵⁷ Hall, Jerome, “Teoría jurídica integralista”, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, p. 53 y sigs., Bs. As., Losada, 1951.

remembranzas de concepciones fenomenológicas y nietzscheanas, ha invadido todo el campo de la filosofía y ha encontrado una no siempre feliz difusión a través de todas las expresiones del mundo literario, del ensayo, la novela, la representación teatral y el cinematógrafo.

Esta ontológica pretensión filosófica de descubrir el sentido del ser, con representantes en las más diferentes orientaciones -ya que hay existencialistas que nos vienen hasta de Dostoievsky- reprobada por no poco caracterizado grupo de comentaristas, que ha provocado epítetos acres y peyorativos, desde "la filosofía de la mistificación", hasta "la náusea de la impotencia", encuentra también resonancia en el mundo del derecho, a través de destacados representantes.

No es posible cuestionar la importancia decisiva que este movimiento filosófico ha adquirido en el mundo de la cultura, pero sí es posible establecer la distinta fecundidad y valor de las tendencias que a partir de la influencia existencial se han desarrollado. Su detenida consideración excedería los límites impuestos a este tema en la obra.

Sólo señalaremos que a partir de esos planteos y como consecuencia de su influencia, se han desarrollado en Francia, ejerciendo desde allí una virtual hegemonía sobre el mundo actual de las ideas, dos tendencias.

Por un lado, la sostenida por Gabriel Marcel, primer representante de estas doctrinas, converso al catolicismo, que expone los principios de una escuela existencialista católica; por el otro, la tendencia que encarna Jean-Paul Sartre, que partiendo de una concepción fenomenológica, deriva luego a las formas actuales del existencialismo marxista, ejerciendo profunda gravitación sobre el pensamiento de la novelista Simone de Beauvoir y del escritor Albert Camus.

Por ello, a causa de la diversidad de tendencias que rotuladas bajo el mismo signo se han desenvuelto con considerables divergencias y distinta significación, afirmamos que la denominación de existencialismo es imprecisa y confusa, y sugiere no pocos equívocos.

Dentro de la corriente del existencialismo filosófico -marco dentro del cual incluiremos fundamentalmente la escuela egológica argentina- y partiendo de los desarrollos expositivos de Martin Heidegger y Karl Jaspers, varias corrientes de pensamiento se han desarrollado sin llegar a constituir escuelas en el sentido de la temática, organización y sistematización de su doctrina.

En la Universidad de Wurzburg, el profesor Werner Maihoffer, expone una teoría existencial de la personalidad jurídica. Sostiene que es el mundo

del derecho, donde se da la total personalidad inauténtica del hombre, ya que en la sociedad el hombre se enajena, actuando como padre o hijo en el derecho de familia, como comerciante o consumidor en el derecho de las obligaciones, como ciudadano o no ciudadano en el derecho público, actuando en fin, en cada una de las órbitas de lo jurídico, representando una función, sin autenticidad.

Erich Fechner, profesor de Tubinga, también como reacción contra los positivismos legales extremos, elabora una concepción que constituye una expresión de jusnaturalismo de inspiración existencial. Busca Fechner, no un derecho natural de contenido variable, sino un derecho natural de contenido de devenir, que recibe aportes de la sociología y de la metafísica.

No podemos omitir en esta cita el nombre del jurista español nacido en la primera década de nuestro siglo y que desde su cátedra de Filosofía del Derecho en Santiago de Compostela y en Madrid ha realizado importantes estudios que han permitido el engarce de algunas concepciones del normativismo de Kelsen, con la facetas axiológicas del jusnaturalismo.

Nos referimos a Luis Legaz y Lacambra, de quien Luis Cabral de Moncada ha dicho que al lado de su tomismo modernizado y apoyado en serias reflexiones de ontología crítica hartmaniana y junto a su semi-kelsenianismo restringido a la dimensión jurídica del derecho, ha elaborado como una nota fundamental particularmente habida de su alma, un grito de existencialismo o de filosofía existencial.

Legaz aspira lograr en este aspecto, y enmarcado en el orden ontológico de la filosofía tomista y agustiniana, un existencialismo cristiano en el que el derecho sería una realidad social, una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, concretada en una normatividad adaptada a la mudable dimensión del hombre.

Joaquín Ruiz Giménez, profesor de Madrid, y Francisco Elías de Tejada, en Salamanca, representan también en España formas de existencialismo elaborado sobre bases neotomistas.

En México, Agustín Basave Fernández del Valle ha realizado importantes estudios de inspiración neotomista, iluminando su pensamiento con los aportes de la doctrina existencial a través de Jaspers, Marcel y Ortega y Gasset. Señalamos la singularidad de su pensamiento, ya que es probablemente el primer jurista que ha trasladado al mundo de lo jurídico las vigorosas especulaciones filosóficas de la crítica de la razón vital de Ortega.

En efecto, no obstante la nutrida escuela aglutinada alrededor del pensamiento del más grande filósofo español y que ha legado al campo de la filosofía los ilustres nombres de Manuel García Morente, Xavier Zubiri y José Ferrater Mora -entre otros-, insignes representantes de la escuela de Madrid, es el recordado jurista mexicano, quien trata de realizar un original trasplante de las ideas orteguianas al campo del derecho.

8. ESCUELA EGOLÓGICA ARGENTINA

Carlos Cossio fundó, a través de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata y más tarde en el instituto allí nucleado, una escuela, denominada escuela egológica y cuya difusión e influencia ha trascendido sin duda los límites nacionales.

Esta corriente del pensamiento jurídico, de auténtica raíz neokantiana, que importa un brote de normativismo kelseniano, reelaborado a través de los aportes de la fenomenología de Husserl y de la filosofía existencial de Heidegger, parte del concepto de que el derecho es “la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia”, o dicho en menos palabras, “la conducta humana”. Este es el punto de partida de toda la elaboración de Cossio, el concepto existencial de la libertad metafísica, y esta libertad fenomenalizada en la experiencia es lo que constituye el objeto del derecho, como más detenidamente lo veremos más adelante.

Con esta herramienta afirma que las normas no son el objeto del derecho, ya que las normas se refieren a conducta; luego el objeto del derecho es la conducta mentada por las normas (conducta normada).

La egología desarrolla cuatro grandes problemas:

1. La indagación esencial acerca del ser del derecho. Esta indagación ontológica -o eidética, usando el léxico egológico- concluye que el ser del derecho es libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia. Tras un examen de las posibles ontologías regionales -donde se advierten sus antecedentes fenomenológicos-, concluye que el derecho es un objeto cultural, ya que tiene experiencia real, está en la experiencia, es susceptible de valoración y requiere un método especial para su comprensión.

Pero dentro de estos objetos culturales que tienen un sustrato material y un sentido específico, Cossio, siguiendo a Dilthey, distingue los objetos mundanales (o vida humana objetivada), referido a aquellos objetos que son el resultado del hacer del hombre, que poseen un efectivo sustrato material -un libro, una estatua, un cuadro, una máquina, una pieza de

artesanía- de aquellos otros cuyo sustrato es la propia acción, la conducta misma, la vida humana viviente y que denomina objetos egológicos.

La tesis fundamental en el plano ontológico es que el objeto de la ciencia del derecho no son las normas, sino la conducta.

Pero no cualquier conducta reducida a un puro ser y que puede ser patrimonio de otras disciplinas, sino la conducta en su libertad, la conducta fenomenalizada en la experiencia, la conducta en interferencia intersubjetiva (utilizando aquí Cossio la feliz expresión de Del Vecchio para distinguir derecho de moral)¹⁵⁸.

2. El problema lógico jurídico formal, en el que se hace la analítica de la estructura del juicio jurídico, o mejor aún -siguiendo a Kelsen- la analítica del pensamiento jurídico.

Cossio formula una norma doble, como expediente indispensable para integrar todos sus atributos necesarios, sin los cuales no podemos percatarnos de la totalidad del esquema normativo.

Una norma primera, que Cossio llama *perinorma* y que trae consigo la nota de coacción, y una norma segunda, que Cossio llama *endonorma* (sugiriendo la idea de un núcleo encerrado por la primera), que contiene el deber jurídico o la debida prestación.

Construye Cossio este doble esquema de la norma, insistiendo en que ninguna de sus partes puede considerarse aisladamente, sino en la estructura inseparable que forman ambas en su vinculación. El enunciado de la norma, desarrollando este esquema doble, es el siguiente:

Endonorma: “Dado un hecho antecedente con su determinación temporal, debe ser la prestación por alguien obligado frente a alguien pretensor”.

o: (cópula que establece el carácter disyuntivo del juicio).

Perinorma: “Dada la no prestación, debe ser la sanción por un funcionario obligado ante la comunidad pretensora”.

¹⁵⁸ En el campo de la moral, la posibilidad del sujeto de obrar se interfiere dentro de su propia subjetividad, con una serie de posibles acciones, de las cuales elige una u otra. En efecto, la posibilidad de hacer caridad al mendigo que la implora puede realizarse de muy distintas formas. Si de todas ellas elegimos una y hacemos caridad, dentro de nuestra propia subjetividad se han interferido una serie de acciones posibles entre las cuales hemos seleccionado, elegido y obrado. Es éste mecanismo de interferencia de acciones posibles dentro de nuestra propia subjetividad al que Del Vecchio llama interferencia subjetiva. En el mundo del derecho, nuestro obrar se interfiere siempre con el obrar de otro u otros, y por lo tanto se produce una interferencia de acciones entre varias subjetividades, y a esto llama Del Vecchio interferencia intersubjetiva.

El enunciado, del que Cossio explicita los diez conceptos jurídicos esenciales que integran el cuadro normativo no se identifica con el de Kelsen; no sólo por el agregado de la constante disyuntiva “o”, la que separa ambos juicios, sino porque mientras la norma primaria de Kelsen representa la conducta del sujeto pasivo de la norma, a quien se le imputa la consecuencia prevista por haberse cumplido la hipótesis descrita por la norma secundaria, la perinorma egológica se refiere a esa misma conducta, pero a partir de la aplicación de la sanción por el Estado.

No acepta Cossio la afirmación de Kelsen de que las otras normas sean juicios hipotéticos, sino que, optando por otra forma de juicio condicional, a partir de la clasificación kantiana de los juicios según su relación, afirma que la norma en su enunciado completo, expresa un juicio disyuntivo, disyunción que estaría señalada por la presencia de la proposición copulativa “o” que vincula perinorma y endonorma, haciendo ver que hay entre ellas una continuidad significativa.

De esa forma los modos de conducta descriptos por cada una de las partes de la norma (perinorma y endonorma) vinculados por la disyunción, se refieren a dos posibles realidades distintas: a) que el sujeto se comporte conforme al deber jurídico enunciado, describiendo así el modo de conducta prescripto por la endonorma; o b) que se comporte en forma distinta, quebrantando ese enunciado y haciéndose pasible de la sanción impuesta por el funcionario obligado frente a la comunidad pretensora.

3. El problema lógico jurídico trascendental, que importa una significativa vinculación entre los dos aspectos desarrollados, preocupándose aquí, no de lo que el jurista conoce, sino cuando el jurista (en cualquiera de las formas que Cossio considera esa equívoca expresión: jueces, legisladores, doctrinarios, etc.) conoce.

Aquí no se preocupa la escuela egológica por determinar la validez del pensamiento jurídico en concordancia con las distintas partes en que se puede descomponer, sino por su validez trascendental o verdad. Este es el quehacer de la lógica jurídica trascendental, la indagación de las estructuras del conocimiento, que nos permiten llegar a la plenitud del conocimiento verdadero, descartando lo falso.

4. El problema axiológico, o axiología jurídica egológica, señala que el derecho no implica una referencia a un único valor -que había sido la meta perseguida casi unánimemente por la especulación jusfilosófica- sino a un grupo de valores, que son los valores de la conducta: orden, paz, seguridad, cooperación, solidaridad, poder.

Estos valores, que poseen como atributo jurídico la nota de la alteridad, no se dan meramente yuxtapuestos, sino armónicamente coordinados en un plexo, presididos por la idea de justicia, que ocupa el lugar central, estableciendo mediante ella el perfecto equilibrio de todos los otros valores.

Esta concepción egológica que ensambla el sentido virtuoso de la justicia platónica, armonizante y totalizadora de los distintos estamentos del macrocosmos, con la noción de “alteridad” de la justicia particular, aristotélica, permite considerar el problema de la valoración jurídica como un ingrediente indispensable de la experiencia jurídica, y considerar el problema axiológico, no sólo como la respuesta brindada a la aspiración de justicia, sino como consideración temática a todo el problema de los valores jurídicos.

Cossio¹⁵⁹ ha ratificado ultimamente su fe positivista, contestando a la tacha de un larvado jusnaturalismo, que le atribuyen Miguel Reale -a raíz de la primera edición de su libro *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*- y Jerzy Wroblewski -con motivo de la segunda edición de esta misma obra-. Sostiene allí, que la teoría egológica del derecho impugna al derecho natural, porque éste no presenta una base ontológica en que sustentarse. La escuela católica del derecho natural no es ontológica ni pretende serlo, ya que, sea que radique el ser del derecho en la voluntad o en el pensamiento Divino, obvio es que en cualquiera de los dos casos (intelectualismo o voluntarismo) el ser del derecho es Dios y no el derecho mismo.

La escuela protestante del derecho natural, escuela clásica, no obstante estar mejor orientada ontológicamente, carece de autenticidad filosófica. Ninguna de las respuestas por ella intentadas es una respuesta ontológica.

La axiología egológica pretende partir de una distinción ontológica elaborada como fenomenología coexistencial y se implanta en la distinción marxista de una infraestructura social, contrapuesta a una superestructura.

Los valores positivos puros -dice Cossio- son valores infraestructurales, es decir, aluden a las mejores posibilidades contenidas en la infraestructura social. Por eso vienen a ser prenormativos, al contrastarlos con los valores de la superestructura, que, como realizaciones del hecho, son sí, valores, pero sólo valores positivos empíricos. Por eso, los valores puros son invulnerables por los hechos y siguen estando allí frente a los hechos que desfilan en el acaecer comunitario.

¹⁵⁹ Cossio, Carlos, *La filosofía de la filosofía en el derecho natural*, LL, 127-1310.

*El existencialismo "heideggeriano"
como ingrediente filosófico de la Escuela Ecológica*

Escribe Carlos Cossio en el párrafo IV del apretado prefacio a la segunda edición de su *Teoría Ecológica del Derecho*: "... Sin embargo, corresponde a mi lealtad declarar que para llegar a la total inteligencia de la concepción ecológica del derecho creo necesario un adecuado conocimiento de Kant, Husserl y Heidegger -además de Kelsen- que desgraciadamente, por razones de espacio, no puedo poner en este libro al alcance de los juristas, pero que ha de encabezar el tratado que alguna vez he de escribir. Quienes no posean este conocimiento filosófico propedéutico, han de limitarse a captar la idea ecológica en forma más o menos deficitaria, bajo la fuerza directa de convicción que les produzcan las soluciones que reciben los problemas jurídicos concretos y nada más. De todas maneras, esta es siempre la última palabra, porque al final de cuentas sólo se trata de obtener una adecuada representación conceptual de la experiencia jurídica, acerca de lo cual, por cierto, siempre el jurista tiene algo que decir".

No pretendemos suplir en modo alguno, ni siquiera esa modesta propedéutica filosófica respecto de Heidegger. Sólo quiero rescatar de la totalidad de su denso pensamiento, algunas ideas fundamentales, que deben ser -pensamos- la espina dorsal sobre la que se sustenta y apoya el contenido de libertad metafísica sobre el que se edifica la teoría ecológica del derecho. Martin Heidegger, en el ámbito para el cual estas páginas están destinadas, por cierto que no debería necesitar presentación.

Su metafísica, su pensamiento a partir de la existencia inmediata, el "dasein", está sin duda más allá -o más acá- de las eventualidades de nuestro tiempo y mantiene más bien una secreta vinculación con la tradición más genuina de la filosofía perenne.

La filosofía de Martin Heidegger es una de las más fecundas corrientes del pensamiento existencial que se propone postergar y eventualmente aspira a aventajar aquel saber esencial, abstracto y de alguna manera ausente de la genuina realidad, para reponer la filosofía en el ámbito de lo vital, de lo concreto, en suma de lo existente.

La gran aporía del pensamiento filosófico, desde sus inicios helénicos en su fundamental "preocupación por el ser", se transforma en esta nueva óptica vital que pretende iniciar y dar debida respuesta a la "preocupación del ser".

Y aún dentro de la misma corriente, que nos ofrece representantes genuinos en distintos ámbitos territoriales casi contemporáneamente, la expresión heideggeriana significa una tendencia muy particular, que no se conforma con la mera descripción pura de las posibilidades concretas ofrecidas a la existencia humana -prefigurando lo que Jaspers por ejemplo llamaría o configuraría una filosofía existencialista- sino que calando más profundamente, en lo que sería el meollo más original y a la vez más vigoroso de su sistema, pretende destruir la metafísica tradicional esencialista y crear una metafísica propia existencialista.

En efecto, Heidegger se propone efectivamente -tal vez sea demasiado apresurado aún, en términos de trascendencia histórica, afirmar si llegó a elaborar plenamente ese propósito o si su intento no fue logrado por lo menos con toda la eficacia pretendida- una reedificación de la metafísica a partir del hombre concreto. Y es éste el punto de partida elegido porque el hombre es el único ser -ontológicamente hablando- que posee la inefable libertad de preguntarse a sí mismo sobre su propio ser y por el ser de los otros entes en general.

La metafísica no es así, para el maestro de Friburgo, una especial disciplina dentro de la filosofía, sino que se transforma en el acontecimiento más radical en la existencia misma, es decir, es existencia, lográndose así en su sistema, una simbiosis que se convierte en verdadera identificación entre metafísica y humana existencia, lo que explica, por lo demás, el valor esencial que adquiere en su pensamiento esa tarea radical de análisis de esa existencia.

Esta perspectiva metafísica del existencialismo heideggeriano, es lo que logra trascender su pensamiento de una mera antropología con ribetes filosóficos -a lo que se reducen no pocas vertientes de este enfoque a las que brevemente nos referiremos después- yendo entonces más allá -o más acá- del concreto vivir, de los hondos motivos de la vida real, de la angustia y de la muerte, excediendo incluso su sentido de temporalidad como el más fidedigno y auténtico sentido de la existencia humana y persiguiendo la construcción de una nueva teoría del ser.

Esta nueva metafísica, está construida sobre el ser del "dasein", que es el único ser a quien le va su ser en su ser. Esta expresión "dasein", usada tanto por Heidegger como por Jaspers y aun por Hegel, tiene en el filósofo de Friburgo una significación muy particular, que por momentos es verdadera antípoda de las significaciones de otros filósofos que la han empleado.

El “dasein” no es una existencia en general, no es una realidad que deba someterse al análisis existencial, sino que es una significación absolutamente restringida al ser humano, ya que el único ejemplo posible que puede darse del “dasein” es solamente *yo mismo*. Su esencia radica en la existencia porque no puede hacer ni hacerse sino mera y plenamente existir. Es por ello -como decíamos antes- el único ser que puede preguntarse por el ser y por el sentido de ese ser.

El análisis del “dasein” le permite descubrir las raíces del ser y por tanto, los límites de su existencia. La analítica existencial heideggeriana, da por resultado que sólo en la temporalidad, es posible bucear por los fundamentos de una disciplina ontológica, ya que el existir humano, es la única forma posible de trascendencia, de donde el tiempo, hecho existencia, es la raíz de todo saber y de todo conocimiento. Textualmente lo dice Heidegger cuando escribe: “La cuestión acerca del ser, no es otra cosa que la radicalización -investigación de las raíces más profundas y últimas- de una manera de ser esencialmente propia del ‘dasein’ de la inteligencia o aprensión pre-ontológica del ser”.

De allí entonces que como sentido del ser del “dasein”, se los evidenciará la temporalidad. La comprensión e inteligencia del ser, la opera el “dasein” a partir del tiempo temporalizándose. O dicho de otro modo, el tiempo es el horizonte posible de toda comprensión del ser. El “dasein” es un ser sido, es un “zu sein”, un ser para, desde su finitud y en orden de ella. El “dasein” por fin, sobre ese horizonte de su finita constitución, es un haz de posibilidades que se cristaliza en la libertad.

En todo el sistema del filósofo de Friburgo, se advierte una duplicidad de sentidos (idealista-realista) como una mezcla entre un realismo ingenuo y un idealismo. Y esta duplicidad de sentidos también se detecta al tratar de la libertad, ya que a veces parece estar referida como un poder y otras, en el plano del conocimiento.

La libertad queda reducida fundamentalmente a un conocimiento interior sin trascendencia sobre la realidad de la existencia. La libertad, así concebida, es la elección entre la aceptación o no de las condiciones tal como nos son dadas. Esas condiciones son las de estar expulsado a existir, para ser para la nada, para la muerte como sumersión en la nada: arrojado a la existencia, con control sobre el comienzo, y estar destinado a desaparecer en la nada sin poder remediarlo de ningún modo.

Frente a ese condicionamiento sólo caben dos actitudes. La auténtica, a la que se llega aceptando todas las condiciones, sin ocultamiento y que

nos muestra el mundo en su ser, como una creación y como una posibilidad; la inauténtica, que ve un mundo diferente, el cotidiano, como un campo de acciones posibles, dotadas de valor, de seguridad y aún de grandeza, pero en acciones cuyo centro no soy yo mismo sino lo otro.

El fin de la existencia auténtica es la posesión de la libertad de mirar de frente a la muerte y por ello la libertad está en comunicación con la existencia auténtica, porque la libertad es la capacidad de constituirse a sí mismo.

Este constitutivo ontológico del existencialismo conduce, en el sistema heideggeriano, a fundar un peculiar modo de humanismo, que abre, como intentaremos demostrar luego, una nueva posibilidad ética en el existencialismo.

En su última obra *Über den humanismus*, Heidegger da forma a una preocupación que aparece insinuada en la totalidad de su producción filosófica, que es la elaboración de un esquema de antropología filosófica, que fije fundamentalmente los límites de la disciplina y de respuesta a lo que parecía insinuado en Kant como la posibilidad de fundamentar en ella una metafísica. En efecto, el filósofo de Königsberg plantea las cuatro preguntas esenciales que pertenecen por derecho propio al campo de la filosofía: ¿qué puedo yo saber?, ¿qué puedo yo hacer?, ¿qué me es dado esperar? y ¿qué es el hombre? La importancia de esta última pregunta está señalada por Kant cuando afirma que en el fondo, todo podría ser reducido a la antropología, ya que las tres primeras preguntas radicalmente filosóficas, caben o se refieren en forma directa a la cuarta: ¿qué es el hombre? De ello podría inferirse, sin esfuerzo, que toda la filosofía se fundamenta, apunta y descansa en una antropología filosófica y al revitalizar esa preocupación kantiana, Heidegger indaga sobre la posibilidad de estructurar toda la filosofía sobre los fundamentos de una nueva antropología, edificada sobre los densos conocimientos que nuestro tiempo ha proporcionado al hombre, dibujando un ser misterioso, polimorfo, que escapa a toda posible conceptualización.

Sin embargo, el problema del hombre no desemboca -como podría haberse supuesto y como varios intérpretes de Heidegger han supuesto- en una antropología filosófica, sino en una verdadera antología fundamental, que ha conducido al propio filósofo a rechazar las interpretaciones antropológicas de su pensamiento.

Heidegger nos ha explicado que ninguna antropología puede dar fundamento a una metafísica. La cuestión sobre la esencia del hombre

pertenece a la metafísica del “dasein” y la revelación de su estructura es ontológica, donde el tema de la finitud del hombre es un elemento fundamental que hace posible y explica la comprensión del ser. El propósito de Heidegger es un complejo ensayo que se refiere al hombre y lo condiciona para la reivindicación del “ser” a través del descubrimiento del humanismo, que no es sino reflexionar para que el hombre sea humano y no inhumano, o lo que es lo mismo, fuera de su esencia, ya que la humanidad del hombre descansa en su esencia.

El humanismo -incluso aceptando la posibilidad de un humanismo grecorromano- tanto en su versión italiana de los siglos XV y XVI, como en las distintas versiones de la época actual, el humanismo renacentista entendido más como un estilo filosófico que como una tendencia filosófica, y el humanismo cristiano de la Encarnación (en el sentido maritainiano) o el humanismo socialista, o el neohumanismo liberal, o cualesquiera de las experiencias científicas y aún existencialistas, todos esos humanismos, ignoran la relación entre el “ser” y la esencia del hombre y con ello imposibilitan siquiera el planteamiento del problema. Y ello, sencillamente porque todas esas expresiones de lo que podríamos llamar los humanismos tradicionales, hacen metafísica y como tal olvidan la pregunta esencial sobre la verdad del “ser”. Todas esas expresiones del humanismo, ya consideren al hombre como un animal racional, ya como una persona o aún un ser espiritual dotado de cuerpo y alma, no son atacadas o rechazadas por el sistema heideggeriano, pero se considera que esas expresiones de humanidad no exhiben la dignidad propia del hombre; y en ese sentido, el existencialismo quiere llegar a una suprema significación del hombre, a un supremo neohumanismo, que no es teórico ni tampoco práctico. Al respecto, Heidegger intenta negar a su ontología implicaciones éticas. El sentido final de su ontología importa un intento, un proyecto de salvar la verdad del “ser”. Lo cual le acarrea consecuencias tales que lo ubican como un defensor de lo inhumano, como un ateo nihilista, como un negador de la ética. ¿Lo era?

Toda concepción ética alberga dos cuestiones fundamentales: su carácter normativo y su sentido práctico. Ello ha producido, también como consecuencia, dos formas de pensar ético, que encuentran abrigo en sendas concepciones o, tal vez, estilo de concepciones filosóficas: una halla fundamento e inspiración creadora en la intimidad y a la vez en la libertad del comportamiento ético, en su estilo creador y sólo accidentalmente se refiere al problema de la legalidad normativa; otra, acentúa la

relación en esa estructura objetiva de normas y la coloca como regulando la acción del sujeto que obra y se conduce en libertad.

Este dualismo controvertido, de acentuaciones en el mundo ético, que se recorta precisamente en la controversia medieval de los universales entre el voluntarismo y el intelectualismo moral, alcanza su máxima expresión en la filosofía de la existencia donde pareciera identificarse con la ética en todo lo que importa de practicismo, de teoría vital de la acción humana, pero al mismo tiempo pareciera rechazarla en todo lo que significa un objetivismo ideal y preceptivo.

El existencialismo es -y no escapa a esta generalización el sistema de Heidegger-, como lo fuera el origen mismo de la filosofía helénica: un estado de admiración, de asombro ante lo que existe; y que así como entonces se expresara ante el movimiento, ante el cambio y la individualidad, rebrota al cabo de más de veinticinco siglos y se reedita con una simplicidad realmente inspiradora en la admiración existencial.

Si pensamos en el común denominador que auna toda la permanente réplica de sistemas y contrasistemas que se suceden en la Edad Moderna, a partir del Renacimiento y hasta los comienzos de este mismo siglo, todos ellos, poseen un radical común que es el racionalismo. Y cuando el idealismo alemán, subraya esta circunstancia en un sistema absoluto, casi perfecto, un verdadero mecanismo de relojería, donde la realidad queda como atrapada por la tenue y sutil malla de la razón pura, la acuciante y perentoria necesidad de la percepción de la existencia, se convierte en una necesidad absoluta para el hombre de nuestros días. Esta nueva percepción de la existencia, que reedita el asombro original que hace al motor radical de la filosofía, se apoya en dos temores fundamentales. El primero, es un temor cósmico de no vivir la vida en su auténtica realidad y malgastarla de un modo superficial en la banalidad de las cosas exteriores; el segundo, es el de perder la vida entre realidades ficticias creadas por el mismo hombre y forjadas por él como una realidad subyacente para explicarse cosas que de otro modo no podría atender. Esta lucha contra la banalidad de la existencia y contra ese trasmundo ideológico, conduce al existencialismo a la búsqueda para el hombre de una conversión personal, de una actitud existencial liberadora, que será de aceptación radical o de trascendencia, pero siempre de carácter ético.

Heidegger, muestra en el “dasein” los tres elementos de la situación de angustia: el abandono, la posibilidad y la caída, y es en presencia de esta visión de la propia finitud del “dasein” que la conciencia moral hace

un llamado para salir de la inautenticidad de la existencia banal y lograr la verdad radical. Ello determina en el "dasein" una existencia hacia el futuro y un despliegue existencial hacia adelante que le permite elegir sus propias posibilidades en la conciencia de su responsabilidad y frente a la presencia de la muerte absoluta, destino final que define y da sentido a la existencia: la aceptación de la muerte, es la que determinará realmente esta trágica autenticidad.

Evidencia de un cambio en el sentido de la ética, al faltar el dualismo necesario para que la disciplina se edifique con el carácter que la define en todos los sistemas, la ética deviene así inmanente al ser que existe; y al propio tiempo que aparenta evaporarse como ingrediente de esos existencialistas que la rechazan o no se refieren a ella, aparecen ellos mismos inficionados de dicha tonalidad ética rechazada, o por lo menos ignorada, que pareciera tener toda la concepción filosófica y que pareciera ser, a la vez, una verdadera doctrina de salvación.

Si después de este breve examen -en el que hemos pretendido trazar un boceto, apenas un croquis sobre las ideas éticas del existencialismo heideggeriano y sobre su humanismo- debiéramos definir cuáles son, en la tonalidad de esos ingredientes, los que más aparecen reflejados en la teoría egológica, sería un desafío muy complejo, porque sería como pretender develar cuáles han sido aquéllos que más se han incorporado al pensamiento del fundador de la egología. Sólo por un acto de audacia, nos permitimos apenas insinuar dos pensamientos de rancia estirpe heideggeriana, que creemos insinuados en el esquema global de la egología.

Para Cossio, el derecho es libertad; pero una libertad sin valores que la ordenen, deja de serlo. La labor de la libertad es la lucha, pero sólo puede conquistarse a partir de valores objetivos que puedan ser realizados por y con la libertad. Si los valores son meramente subjetivos, la libertad sin sujeción a la objetividad podría llegar a destruirse y generalmente se destruye. El segundo pensamiento se refiere más bien al humanismo de Heidegger, apenas subyacente en la egología cossiana. Heidegger considera y estudia las definiciones tradicionales respecto del hombre y sin rechazarlas cuestiona que éstas logren estructurar la auténtica e inefable dignidad del hombre, que consiste, ni más ni menos, en ser custodio y mayoral del ser. El descuido o la inadvertencia por el ser equivale a la expatriación de los antiguos y el hombre está impelido y forzado a encontrar y rescatar la verdad del ser. El hombre es un cuidador vigilante del ser y en esa proximidad reside su genuino humanismo.

9. LA FILOSOFÍA DE LA RAZÓN VITAL

Una de las personalidades más importantes de nuestro siglo, ha sido sin duda el gran filósofo español José Ortega y Gasset, quien tampoco se ha sustraído a la actitud postkantiana de prescindir del derecho en la formulación de su sistema¹⁶⁰. No obstante las muchas referencias al tema del derecho, de la justicia y del Estado, contenidas en las obras de Ortega, observamos que no intenta una programática visión panorámica del mundo jurídico. Sin embargo, consideramos tan agudas sus reflexiones sobre la materia, que no podemos prescindir de una cita, aunque fugaz, de su ilustre pensamiento.

Legaz y Lacambra, que reconoce en su formulación filosófica la impronta orteguiana, nos asegura que no hay en la obra de Ortega una idea clara y distinta del derecho¹⁶¹. Ello es cierto y también agregaremos que, así como es difícil encontrar una idea única del derecho en el pensamiento orteguiano, es difícil encontrar "el pensamiento" orteguiano, ya que el maestro español se ha presentado a través de sus obras y ensayos con una personalidad polifacética, tan notablemente variable que resulta a veces imposible pretender estatizar su pensamiento.

Cuatro tesis formula Ortega con respecto al origen del Estado. La tesis contractual, la no contractual, el origen deportivo del Estado y el origen no deportivo del Estado. Hierro Pescador¹⁶² se refiere a la tesis del origen deportivo del Estado, que ha pasado casi inadvertida entre los tratadistas del derecho político y tiene sin duda el sello de la originalidad. Dice así: "... en época primitiva en que por un lugar deambulaban diversas hordas, grupos humanos inorganizados, el aumento de población que la mayor proliferación determina, provoca la iniciación de relaciones de convivencia entre jóvenes de varias hordas próximas. Indefectiblemente alguien entre ellos propone una expresión común, el raptó de las jóvenes de una horda ajena... Para ello hay que luchar, y esto a su vez consolida la formación de la autoridad y suscita un germen de organización del mando-Estado".

¹⁶⁰ Como Scheler, Husserl, Hartmann y Heidegger, Ortega recibe formaciones de neta orientación neokantiana, y como ellos también abandonó ésta casi en desbandada, repitiendo una gráfica expresión de Recaséns Siches (*Panorama, cit.*, t. I, p. 196).

¹⁶¹ Legaz y Lacambra, Luis, en "Revista de Estudios Políticos" N° 111, p. 5.

¹⁶² Hierro Pescador, José, *El derecho en Ortega*, p. 65, Madrid, 1965.

Queremos olvidarnos deliberadamente de todo lo que en Ortega hay que pueda servir para fundar una ideología totalitaria del derecho; queremos prescindir de sus actitudes antidemocráticas, para recordar sólo un aleccionador párrafo de su obra *Una interpretación de la historia universal*, donde con todo el vigor de su exquisita prosa nos dice:

“La destrucción universal del derecho, señores, clama urgentemente al cielo; por eso había con tanta urgencia que clamar. A fuerza de hablar de justicia se ha aniquilado al juez, al derecho, porque no se ha respetado su esencia, que es la inexorabilidad y la invariabilidad (...) Derecho es sólo el runrún de que algo se va a quitar, no es lo que se da, y todo a cuenta de la llamada justicia. Para el romano no había más justicia que la justicia del juez, la justicia intrajurídica; por eso dice que lo justo es justo porque es derecho. Es la justicia que produce y crea el derecho, pero no esa vaga e irresponsable cosa de que se habla en los editoriales de los periódicos y en las vociferaciones de los mitines, que, haciendo al derecho inestable, ha quitado de cuajo debajo de los pies de los hombres la tierra firme en que antes se afirmaba, y al faltarle este punto de apoyo, qué puede hacer el hombre sino caer. Ya no puede afianzarse en esta tierra firme que era el derecho y desde la cual podía intentar ser con dignidad. Ahora el derecho se hace informe y el hombre cae, y yo no he visto nunca que alguien que cae de un séptimo piso, mientras cae sepa caerse con dignidad. Todo caer es decaer. La destrucción del derecho no puede producir sino envilecimiento del hombre, y así, con esta palabra lo pronosticaba yo al europeo hace un cuarto de siglo. Como siempre, una vez más, lo mejor ha sido enemigo de lo bueno, y a cuenta de este afán de justicia presunta, pero yo creo que inspirado en mucho de buena fe por el amor al hombre, lo que se está haciendo es destruir muchas de las mejores cosas humanas”.

El sentido de la Justicia en Ortega y Gasset

Hegel y Kant, fueron los dos últimos grandes filósofos que construyeron sistemas en los cuales el derecho ocupó un lugar preponderante. Ni Cassirer, ni Croce, ni mucho menos Ortega y Gasset, por sólo citar algunos, escapan a esta regla que supone algo así como un abandono de lo jurídico en la problemática filosófica.

No son así en Ortega, las páginas más afortunadas, las que dedica a los temas jurídicos.

Cuantitativamente, si pensamos en las páginas que ha dedicado Ortega a los temas jurídicos-políticos y las comparamos con las que puedan haber escrito Aristóteles, o Kant o Hegel, debemos concluir que la idea apuntada es incuestionablemente cierta y la ejemplificación buscada absolutamente feliz. Sin embargo, creemos también, que referido a Ortega, nada sería más erróneo que considerar que en sus escritos está agotado su pensamiento.

Quienes hayan leído un solo trabajo de Ortega, por breve o intrascendente que sea -si lo hubiere-, estarán familiarizados con las metáforas que acompañan su prosa, que se convierten casi en un estilo literario propio.

¡Cuántas de estas metáforas, que quedan allí solo enunciadas, casi apenas sugeridas, son un auténtico instrumento de indagación filosófica; cuántas una expresión filosófica vital!

Es que los escritos de Ortega, son como un abigarrado ovillo de ideas, en los cuales es sólo cuestión de encontrar el hilo conductor que nos lleve a la profundidad de su pensamiento. La idea buscada se le aparecerá al investigador, tal vez entremezclada en otros temas de la especie, pero siempre desenvuelta con magistral diafanidad.

Por ello es que nos parece felicísima la afirmación de Marías, cuando señala que los escritos de Ortega deberían tomarse siempre como “icebergs”¹⁶³, por cuanto esos escritos, sólo muestran el diez por ciento de su realidad. El resto, prácticamente todo el pensamiento de Ortega, permanece oculto bajo las aguas, apenas insinuado. Y no es porque no supiera hacerlo sino porque su propósito era “estar, no estando”, estar debajo, subyacente a lo dicho, sustentándolo. Tan feliz es la idea de Marías que, como en el témpano, el pensamiento orteguiano es un todo único y unidimensional, lo que dice y lo que sugiere, porque su profunda presencia es una perífrasis.

Con frecuencia, los comentaristas de Ortega, se han preguntado si el insigne filósofo español, tenía una filosofía propia -suya- o si carecía de un sistema filosófico, en el sentido estricto que esta expresión tiene en el ámbito del quehacer universal. Nos inclinamos a conceder, siempre estando al rigor severo de esta expresión, que la obra de Ortega no concluye un sistema filosófico, pero nos parece también indudable, que la suma de su quehacer intelectual, sigue una línea claramente definida

¹⁶³ Marías, Julián, *La escuela de Madrid* 2ª edición, p. 275, 1959.

en cuanto a su planteo metafísico de la razón vital, el cual se ve esbozado desde las páginas iniciales en su obra primogénita, *Meditaciones del Quijote*, hasta las últimas entregas de su talento.

Ortega recibe en Marburgo, en la ribera del Lahn¹⁶⁴ las expresiones del neokantismo allí vigente. Sin embargo, ni siquiera el rigor lógico de su maestro Hermann Cohen, logra mantenerlo mucho tiempo en los límites formales de este pensamiento escolástico. Como Scheler y Hartmann primero y Husserl y Heidegger después, abandona el neokantismo, pero varios de sus escritos posteriores, importan un retorno a aquel grupo privilegiado de la filosofía germana. Nos referimos a dos trabajos de Ortega en los que están contenidas algunas de sus reflexiones axiológicas y especialmente aquellas que nos interesan ahora sobre el tema de la Justicia¹⁶⁵. La polémica axiológica está planteada, casi desde los albores del siglo en torno a dos postulaciones antitéticas. La objetividad de los valores, por un lado y la subjetividad o su relativismo por el otro.

Alexius von Meinong fue quien primero enunció sistemáticamente la teoría subjetiva de los valores¹⁶⁶ y fue Scheler, quien desde una posición objetivista se refirió al apriorismo material de los valores. Tal polémica, que sigue vigente en nuestros días y cuyo traslado al ámbito de lo jurídico, ha abierto profundas grietas y generado no pocas disidencias en nuestra materia¹⁶⁷, podría resumirse, tal vez de manera no muy ortodoxa, pero respondiendo a una exigencia de brevedad, afirmando que el valor será subjetivo, si debe su validez, su sentido o su existencia en suma, a reacciones fisiológicas o psicológicas del sujeto que valora; y será objetivo, si su existencia no se encuentra encadenada a la conciencia valorativa de ningún sujeto.

En menos palabras, ¿tienen valor las cosas porque las deseamos o exactamente a la inversa, las deseamos como consecuencia de el valor intrínseco en ellas contenido?

¹⁶⁴ Ciudad alemana de la que paradójicamente conserva una experiencia vital inigualable (v. en *El Espectador*, t. VI, p. 552; en *Meditación del Escorial*; también en *Prólogo para Alemanes*, p. 19 y sig.).

¹⁶⁵ En *El Espectador* un ensayo de Scheler sobre la guerra (*El genio de la guerra y la guerra alemana y la Introducción a la Estimativa*).

¹⁶⁶ Decimos "sistemáticamente" por cuanto antes de la obra de Meinong *Investigaciones psicológico-éticas para una teoría del valor* hay insinuaciones de tipo subjetivista en varios pensadores del Iluminismo moderno.

¹⁶⁷ v. un apretado y meduloso resumen en *Los valores jurídicos*, de Sebastián Soler.

Ortega se suma a la lista de quienes postulan la objetividad de los valores y su estrecha vinculación con nuestro tema la encontramos en un párrafo de rigurosa precisión: "Se nos presenta, pues, el valor como un carácter objetivo consistente en una dignidad positiva o negativa, que en el acto de valoración reconocemos. Valorar no es dar valor a quien por sí no lo tenía; es reconocer un valor residente en el objeto. No es una *quaestio facti* sino una *quaestio juris*. La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia. Y nuestro derecho en sentido estricto representa sólo una clase específica de valor: el valor de justicia"¹⁶⁸.

Unas páginas más adelante de éste párrafo¹⁶⁹ y referido al conocimiento de los valores, respecto del cual afirma que es absoluto y cuasi matemático, Ortega señala algo que también queremos destacar.

En efecto, sostiene que las cosas son realidades opacas a nuestra percepción, es decir que nuestro conocimiento respecto de las cosas, puede lograr un grado de aproximación muy grande, pero no será nunca perfecto (la realidad noumenal es incognoscible, diría Kant).

Contrariamente a ello, la irrealidad y los valores, como entidades irreales, son naturalezas transparentes. Sin duda, meditaciones sucesivas nos proporcionarán nociones más minuciosas de ellas, pero desde nuestro primer contacto, nos brindan íntegra su estructura.

Dice entonces Ortega, que ese mundo de los valores, tiene una realidad latente que exige del esfuerzo humano, de la búsqueda, para que se patentice.

En otras palabras, la visión que tenemos de los valores, es su perspectiva, término éste que en Ortega tiene una significación mucho más extensa que su simple aspecto visual, ya que según él, sólo a través de la historia pueden descubrirse toda la serie de perspectivas de los objetos. Sólo así, yuxtaponiendo todas las visiones parciales, podría lograrse, tejer la verdad omnimoda y absoluta, una verdad y omnisciencia que sólo pertenecería a Dios.

Así, Ortega ve la justicia, sólo en el esbozo y en la perspectiva que el derecho le proporciona, como una realidad que se encuentra en la profunda dimensión del derecho positivo. En suma, como un ideal del que el derecho, sólo proporciona una visión parcial y deslucida.

¹⁶⁸ Ortega y Gasset, *Introducción a una estimativa; Obras Completas 2ª ed.*, t. VI, p. 315 y sigs.; "Revista de Occidente", Madrid.

¹⁶⁹ *op. cit.*, p. 331.

Sin embargo, ese ideal no es un mero principio formal y secundario que en última instancia nada resuelve (como lo era en Scheler, por ejemplo), sino que este ideal debe en alguna medida estar agregado al concepto del derecho, ya que el sentido del derecho es ser justo, no obstante admitir que tal derecho, no existe ni en el momento actual, ni ha existido jamás en la historia, siendo sólo una meta casi inalcanzable. El sentido de la justicia de Ortega no es el sentido de la justicia del clasicismo jusnaturalista contra el que reacciona. Este sentido extrajurídico del racionalismo moderno, que promete a cada uno lo suyo, pero no aquello que le pertenecería en el orden ideal de la teoría, no ha dado en definitiva, nada a nadie, sino sólo prometido algo absolutamente inalcanzable; y tan estricto es este atributo, que en rigor de verdad, el derecho vigente se transformó en el derecho que es necesario reformar -no obstante que toda reforma, se sabe de antemano insuficiente para alcanzar el ideal de justicia extrajurídico- por cuanto siendo un ideal foráneo, es por tanto diluido y difuso, mudable y esquivo, y toda reforma, debe ser inmediatamente seguida por una sensación de insatisfacción, que sólo proporciona el clima necesario para una nueva, que tampoco alcanza el ideal allí fijado¹⁷⁰.

“El derecho, se vuelve así *lege ferenda*, que resuelve contra la *lex lata* y la destruye”. Estos ideales, que sólo han servido para destruir al derecho, son repensados, no desde el ángulo del racionalismo, sino del raciovitalismo. Aquí, en este concepto capital de la filosofía orteguiana, se engarza el ideal de justicia, porque esta razón no es en realidad un tipo de razón distinto de los demás, sino que es la vida misma como razón. La razón vital, es la propia vida funcionando como razón, y por ello es que, no se trata -como alguna vez se ha pretendido- de prescindir de la razón, sino de dismantelar su pretendida hegemonía sobrehumana, para ubicarla en el sitio que le corresponde.

El tema de los valores, está en el entramado de la totalidad del pensamiento de Ortega, en su concepción de la vida, entendida -en un esfuerzo de síntesis- como un constante hacerse al infinito, con una orientación de futuro, enfrentándose, paso a paso, con el eterno dilema entre la autenticidad y la inautenticidad. Tiempo e historia, son las síntesis categoriales de su pensamiento. La justicia, no es en Ortega un ideal extrajurídico, sino intrajurídico determinado por la razón vital.

¹⁷⁰Ortega y Gasset, José, *Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee (1948-1949)*, Madrid.

Nos animamos a creer, que si las conferencias sociológicas que integraron luego su libro *El hombre y la gente* se hubieran completado en la forma programada, hoy tendríamos expuesto sistemáticamente el pensamiento de Ortega sobre el derecho y la justicia, ya que, estaba previsto, entre las últimas, el desarrollo de estos temas. Sin embargo, nunca fueron pronunciadas ni después escritas para la confección final del libro.

Pero volviendo a la idea del ténpano de Marías, se puede concluir, que existen en su pensamiento, los ingredientes necesarios para la elaboración de una teoría de la justicia. Algunos expresados, otros meramente sugeridos, que se transparentan en la luminosa superficie de sus ideas.

De esos ingredientes sugeridos, muchos han sido desenvueltos por Recaséns Siches¹⁷¹; otros, aún hundidos en el piélago profundo, pero ¿quién podría afirmar que totalmente olvidados?

10. LA CONTROVERSIA PERSONALISMO-TRANSPERSONALISMO

El tema a exponer en este momento, nos sitúa en un desenvolvimiento puramente axiológico, valorativo. Podríamos también titularlo: la ordenación jerárquica de los valores.

Los valores, como cualidades irreales, como esencias, objetivos o subjetivos -no entramos por cierto a la consideración de esa temática previa- están ordenados jerárquicamente, de tal suerte que podemos hablar de valores superiores y de valores inferiores.

Esta nota, la jerarquía, unida a la polaridad (el desdoblamiento con que se presentan los valores) son posiblemente las dos principales características de ellos.

Jerarquía no es por cierto clasificación, sino opción del individuo, elección, preferencia. Reconocer la existencia de esta característica, como nota fundamental de los valores no significa enunciar un criterio ordenador o una tabla de valores puros. Hay filósofos -caso de Scheler, para quien los valores son esencias objetivas a priori- que han elaborado prolijamente tablas de valoración jerárquicas y otros que se han abstenido de hacerlo.

¹⁷¹ Recaséns Siches, Luis, *La objetividad intravital de los valores*, en “Humanitas”, Año 1959

El tema tiende, pues, a darnos una respuesta político-jurídica, con respecto a la ordenación jerárquica de los valores a que se debe atender y ponderar, para la elaboración del derecho. Mejor aún, la consideración del tema pretende examinar sumariamente los distintos enfoques que han resuelto antitéticamente la cuestión. O bien el derecho y el Estado son sólo medios para la exaltación de la personalidad humana o, por el contrario, el hombre es mero instrumento para la consagración del Estado y el derecho. Personalismo y transpersonalismo.

Radbruch nos había orientado ya en este problema de la ordenación jerárquica de los valores, enseñándonos todos los posibles "ideales" que se nos podían brindar, atendiendo a su jerárquica relación. Distinguía Radbruch tres clases de valores: los de la "personalidad", representados por la moral; los de las "obras", representados por la belleza y la verdad, y los de la "sociedad", representados por la justicia, y según fuese el valor que encabezara el ordenamiento jerárquico, se dibujarían tres formas distintas de ideal: libertad, poder y cultura, que corresponderían a tres clases de ideales jurídicos: "personalismo", "conservadurismo" y "culturalismo".

Lo que tratamos de considerar ahora, siempre a través de esos esquemas, es si la personalidad humana debe ser considerada como el fin último de la cultura o, por el contrario, si debe ser ella sacrificada para satisfacer otros fines de ponderación más relevantes. Examinar las teorías que han considerado al Estado y al derecho y a todas las organizaciones de ellos dependientes o por ellos creadas como justas y válidas sólo en la medida en que sirvieran para la consagración última de los fines de la personalidad humana, o por el contrario, si el Estado y el derecho son fines en sí mismos, que se valen de los individuos como meros medios para la satisfacción de aquellos otros fines de consagración más urgente, cuando no más importante.

Cuando nos referimos al "personalismo" o al "humanismo", queremos deliberadamente prescindir de la consideración histórica de este problema. No nos interesa destacar si los primeros atisbos están en la sofística o si su definitivo planteamiento en el plano político se logra a través del pensamiento moderno sobre el derecho natural.

No nos interesa saber tampoco si el Renacimiento fue la exaltación del humanismo o si Petrarca fue, como se ha dicho, el primer humanista auténtico y el último de los trovadores. Y no nos interesa aquí considerarlo, no sólo por entender que invadiríamos con ello una consideración filosófico-política, ajena a los límites de nuestro trabajo, sino, básicamente,

porque es probable que todas esas formas de personalismo no sean la representación de lo que precisamente hoy entendemos por humanismo.

Ese humanismo, el de Petrarca y Dante, fue una forma de vida de las clases superiores y no mereció sino la burla, la crítica y el desprecio de las inferiores. Ese humanista, príncipe del intelecto, siempre dispuesto a tratar como pares a sus iguales y a despreciar a quienes no hubiesen disfrutado de la suerte del talento o del barniz de la cultura, no dibuja el esquema del personalismo que aquí queremos presentar como idea antípoda del transpersonalismo. La idea de humanidad se proyecta -al decir de Radbruch¹⁷²-, en tres distintos sentidos: como el amor al hombre, contra todo lo que sea crueldad inhumana; como la dignidad del hombre, en contra de toda inhumana humillación; como la formación del hombre, en contra de toda aniquilación inhumana de la cultura.

Nuestro objetivo se agota en el estudio de los sistemas jurídico-políticos casi actuales, contemporáneos, que prescinden o prescindieron de algunos de esos sentidos. En todos los casos, deliberadamente o no y aunque algunos de ellos -nos referimos al nazismo- se solazaran en la exaltación del pensamiento de Kant, ello ha importado el derrumbamiento del colosal edificio del idealismo crítico y tal vez la conquista más importante de toda la reflexión trascendental en el plano ético: la consagración del principio del hombre como un fin en sí mismo.

11. NACIONALSOCIALISMO

"Sabemos lo que somos, pero no lo que podemos ser". Esta frase de Shakespeare nos hace reflexionar seriamente al entrar en la consideración específica de nuestro tema. Estamos absolutamente convencidos de que si los pueblos pudieran tener siempre un esquema anticipatorio de lo que pueden "llegar a ser" mediante la aplicación de doctrinas políticas circunstanciales, no podrían jamás creer o aceptar la visión espectral que pueden llegar a dibujar. Sin embargo, las potencias europeas de la cultura universal, nos han mostrado en lo que va del siglo, expresiones de transpersonalismo que han llevado a la cultura occidental a los límites más oscuros de su crepúsculo.

¹⁷² Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 154, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

La tremenda profecía de Grillparzer¹⁷³: “El camino de la cultura alemana va de la humanidad, pasando por la nacionalidad, a la bestialidad”, se cumplió en aterradoras proporciones y nos bastaría citar algunos de los lemas electorales del movimiento nacionalsocialista para tener la más absoluta demostración que no hubo en la profecía exageración alguna: “Derecho es lo que conviene al pueblo”; “El bien común está por encima del bien propio”, “Tú no eres nada, tu pueblo lo es todo”.

Si a estos lemas agregamos algunos de los puntos del programa del Partido Nacionalista Obrero Alemán del año 1920, casi podríamos aceptar incluso que la profecía no previó enteramente la terrible tragedia que estaba incubando Alemania para el mundo.

El sistema inaugurado bajo el signo del omnímodo poder del arbitrio nazi podría resumirse de la siguiente manera: a) el *Führer* es la máxima autoridad del gobierno alemán, sin que la esfera de su jurisdicción reconozca límite de ninguna naturaleza; b) todos los poderes del Estado están concentrados en la persona de Hitler, quien ejerce ilimitadamente la función del legislador supremo y es la máxima encarnación viviente de la justicia.

Y esto, por cierto, era mucho más que una simple muestra de pedantería, mucho más que una reacción patológica contra la injusticia de Versalles, mucho más que la rabia contenida en una década de opresión. Era la consagración de un sistema transpersonal, que había llegado al extremo, no sólo de convertir al individuo en un medio o en un instrumento del Estado, sino que arrasando con los más groseros vestigios de toda la civilización -no ya del humanismo- prescindió totalmente de la persona humana como entidad existente.

La breve historia del régimen nacionalsocialista la limitamos a la mención de los acontecimientos que constituyeron hitos de avanzada en la entronización del sistema. Adolf Hitler nace en Austria, de padres austríacos. En 1919 se vincula al Partido Obrero Alemán organizado en Munich, del que asume su jefatura, cambiándole el nombre por el de Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán. En 1920 se celebra el congreso de partidos nacionalsocialistas de Viena, Karlsbad y Munich, donde se aprueba el programa de lucha política. En 1923, como consecuencia del fracaso del *putsch* de Munich, Hitler es encarcelado y en la prisión escribe el primer tomo de *Mein Kampf*. En junio de 1933 es designado Canciller

¹⁷³ Radbruch, *op. cit.*, p. 153.

de Alemania, hace disolver el Reichstag después de elecciones donde no obtenía mayoría, logra la eliminación de los diputados comunistas, la desintegración del partido socialdemócrata y de los partidos burgueses, “que voluntariamente deciden disolverse”¹⁷⁴, y el 14 de julio de 1933 el Partido Nacionalsocialista se proclama como único partido del Estado. De allí hasta 1945 fue una desenfadada carrera hacia la meta del desastre.

El régimen, desde el punto de vista político, está organizado sobre la existencia de un partido único, del que emerge un hombre providencial, que pronuncia verdades carismáticas.

Los lineamientos fundamentales no difieren mucho del “fascismo” italiano, fuera del ingrediente racista que lleva al sistema a los límites de bestialidad antes señalados.

Desde el punto de vista de nuestro interés, es indudable que hay un traslado de la fuente de juridicidad al poder, y quien detenta la función de éste, es quien establece los criterios válidos de normatividad.

Eso, en cuanto a la posibilidad de que el jefe supremo del Estado asuma la función del máximo legislador y de suprema encarnación de la justicia. Pero en los límites menores de la aplicación cotidiana del derecho, surge otro principio, el del “poder normativo de lo fáctico” (*normative Kraft des Factischen*), a partir del cual, es posible hablar también de decisiones que tienen su justificación en sí mismas.

Podemos admitir, pues, que en toda la organización del régimen nacionalsocialista hay un traslado de los principios postulados por Kantorowicz, Ehrlich y Fuchs, que aunque entonces estuvieran determinados por legítimas reclamaciones de acercamiento del derecho a la vida y no menos ponderables deseos de justicia, sirven ahora para legitimar un sistema que implica la destrucción misma del derecho como sistema regulador del comportamiento.

Como ejemplo de la reestructuración que experimenta el régimen jurídico alemán, como consecuencia del “nuevo orden” entronizado a través de la dictadura del jerarca, transcribimos uno de los principios postulados en el Memorial prusiano, especie de anteproyecto de Código Penal que dice en el párrafo dos: “Es castigado quien comete una acción que la ley declara punible o que merece pena según el *concepto*

¹⁷⁴ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, p. 417, Barcelona, 1952.

fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular" (el subrayado es nuestro)¹⁷⁵.

La norma del apartado 2º del Código Penal de 1935, que importa para el juez la posibilidad de sancionar "lo que le parezca", cuando transforma el principio del *nullum crimen sine lege* en el principio del *nullus iudex sine lege*, y que para que haya sentencia, basta que haya juez¹⁷⁶, está fundado en el art. 1º, apartado 2º del Código Civil suizo de 1907 y en el art. 105 del Código de Carlos V. Esos son los argumentos que usa el ministro Freisler para aconsejar la abrogación del principio del *nullum crimen*. Y es obvio recordar que el art. 1º, apartado 2º del Código Civil suizo de 1907 es la consagración legislativa de los principios sostenidos por la escuela del derecho libre, cuando permite al juez prescindir -en determinados casos- de los standards contenidos en las normas objetivas del derecho, para resolver de acuerdo con el sentido jurídico inspirado por la comunidad.

Decía Karl Larenz en 1942¹⁷⁷: "Hegel no pensó en el Estado prusiano de su época; pero la idea hegeliana del Estado tiene realidad en el Tercer Reich. Lo general concreto está ahí, presente, en esa realidad estatal que es el Estado alemán forjado en 1933. La filosofía del Estado que sigue las huellas del neohegelismo, resulta, pues, una interpretación de la existencia política del pueblo alemán, unificado por el nacionalsocialismo. El espíritu objetivo no es una entelequia, es el espíritu que vive hoy en Alemania y la impulsa a empresas grandiosas; y ese espíritu no está difundido amorfamente en la subconciencia popular; posee entidad propia y se halla encarnado, corporizado, en la personalidad viva del *Führer*, en quien la comunidad, por así decirlo, se hace carne y sangre".

En otro párrafo agrega: "La idea nacional del Estado no es un producto de la teoría. La renovación política del pueblo alemán, a diferencia de la Revolución Francesa, no ha arrancado de una teoría filosófico-política, sino que fue y es sostenida por la fuerza informadora de una vivencia de comunidad a la que el *Führer* dio realidad y forma"¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Soler, Sebastián, *Derecho penal liberal, soviético y nacionalsocialista*, p. 19, Bs. As., 1938.

¹⁷⁶ Soler, Sebastián, *Los valores jurídicos*, p. 50, Bs. As., 1948.

¹⁷⁷ Larenz, Karl, *La filosofía contemporánea del derecho y el Estado*, Prólogo de L. Legaz y Lacambra, p. 3; "Revista de Derecho Privado", Madrid.

¹⁷⁸ Larenz, *op. cit.*, p. 153.

Estas ideas subyacen en la información jurídica de quienes postulaban un requerimiento de justicia, "más allá del jusnaturalismo y del positivismo".

Y ese "más allá" no es otra cosa que el espíritu del pueblo alemán, encarnado en la cabeza del *Führer* o de los pequeños *Führer* locales, que pueden prescindir de la figura legal predibujada, para poner en su lugar "el sano sentimiento popular", aunque en el caso, el sano sentimiento popular estuviera inspirado en deleznable principios racistas o abominables pretensiones de conquista guerrera.

El nacionalsocialismo es derecho libre. Claro, el que postulaba Kantorowicz, era una reclamación perentoria de justicia. El que consagran los nazis, es también una exigente reclamación de "su justicia".

Lo tremendo es que el contenido de una y otra es sustancialmente diferente y lo grave es que esta experiencia nos pone frente a la evidencia de lo que significa la utilización de esquemas que persiguiendo la consagración de valores ponderables, pueden servir a los intereses de quienes quebrando la jerarquía, procuren la entronización de los valores inferiores.

Y ello es posible, porque lo polemizable en la idea de justicia, respecto de la cual todos coinciden en que es dar a cada cual lo suyo, se circunscribe a saber, qué es lo suyo de cada cual.

12. FASCISMO

No hay en el régimen fascista en cuanto organización jurídica, ninguna particularidad que determine una detención para su consideración exhaustiva.

No tiene el fascismo ni siquiera una ideología política original, sino sólo la mezcla de los atributos clásicos de una concepción totalitaria, caracterizada también por la absorción absoluta del individuo por el Estado.

El Estado corporativista se integra en un núcleo político-económico que reconoce el poder absoluto del *Duce*, parodia burlesca del *Führer* alemán.

Su régimen jurídico es la pantalla necesaria y la herramienta imprescindible para la exaltación de la figura del Estado, que tiende a asimilarse a medida que transcurre el tiempo y se define la alianza italo-germana, al régimen del nacionalsocialismo, llegando inclusive a agregarse los ingredientes racistas de aquella doctrina totalmente extraños de la realidad italiana.

13. RÉGIMEN JURÍDICO SOVIÉTICO

Ya tuvimos ocasión de referirnos a la concepción del materialismo histórico y mencionamos inclusive las adecuaciones que hubo de sufrir la interpretación ortodoxa de la doctrina de Marx y Engels, para adaptarse a las sinuosidades que el tiempo histórico deparaban a su evolución.

En efecto, la tesis en las bases programadas por los teóricos del materialismo histórico, partían del presupuesto fáctico de la "revolución permanente", de la cual la revolución soviética de octubre era sólo el cumplimiento de la primera etapa del proceso mundial.

Sin embargo, los fracasos inmediatos experimentados por este naciente Estado comunista, en su propósito de extender al antorcha revolucionaria encendida en Rusia, significaron la frustración de esa línea programada, que partía de presupuestos de hecho sustancialmente diferentes.

Quedaba entonces abierta una grave alternativa: o mantenerse fieles a los principios enunciados en el programa inicial, en una permanente actitud de combate que tuviera como objetivo final el triunfo de la revolución mundial, o rectificar aquellos lineamientos iniciales, elaborando la teoría del "socialismo en un sólo país", organizando dentro de la Unión Soviética un Estado replegado sobre sí mismo, sobre bases comunitarias que le permitieran alcanzar una solidez y equilibrio tales que pudiera conjugarse armónicamente, o por lo menos integrarse, al concierto de las naciones capitalistas.

El primer camino es el que adoptó León Trotzky al fundar la Cuarta Internacional, convirtiéndose en el paladín de las ideas ortodoxas del materialismo dialéctico. El segundo sendero tiene como máximos exponentes a Nicolai Bujarin y a Josef Stalin, que se imponen por abrumadora mayoría sobre la tesis trozkyista.

Se estructura sobre estas premisas teóricas, el sistema jurídico político de la Unión Soviética, partiendo del principio de que la ley no es el resultado de ninguna fuerza o voluntad en sentido idealista, sino que la fuente del derecho son las relaciones reales, la estructura económica que subyace como su pedestal.

El derecho no resulta en consecuencia del arbitrio humano, entendido como voluntad idealista, sino que siempre está determinado por la voluntad general de una clase dominante y en razón de los fundamentos reales de esa dominación. El Estado y el derecho deben ser, por tanto, imperativos que respondan a los intereses del proletariado como clase dominante.

Con el propósito de poner en evidencia la postulación transpersonalista contenida en el régimen jurídico soviético, como sustentación de un sistema socialista de un solo país -que repetimos, se opone al programa original trazado por Marx y Engels- mencionaremos algunas disposiciones del régimen jurídico vigente que tienden a la exaltación del Estado, en cuanto éste responde, como superestructura jurídico-política, a la estructura económica que lo ha determinado.

El Estado burgués liberal parte del principio de la propiedad privada en la organización de su régimen jurídico. La Unión Soviética está organizada sobre la base de la propiedad socialista, que reviste la forma de propiedad del Estado o de propiedad cooperativa de las asociaciones.

Este sistema, en el que rige el principio del partido único, ve enormemente ampliada la esfera de competencia y de atribución de facultades del Estado, y el derecho se convierte en el instrumento necesario e imprescindible para asegurar su solidez y eficacia.

Tal vez, quien mejor nos pueda destacar ese carácter transpersonalista de su concepción jurídica y política sea el derecho penal, a través del cual el Estado entroniza en normas jurídicas lo que considera valores de fundamental protección para la comunidad, y lo hace amenazando a quien los vulnere con la pérdida de otro valor que el violador pueda considerar esencial.

Así, pues, toda acción realizada en perjuicio del poderío militar de la Unión Soviética, de su independencia nacional o de la intangibilidad de su territorio, es considerado delito de traición que se pena con la muerte.

La sublevación armada o todo acto que se considere antirrevolucionario, desencadena idéntica sanción.

El robo de mercaderías en transporte -partiendo de la base de que la propiedad de ellas es propiedad socialista- provoca igual consecuencia (ley del 7 de agosto de 1932).

Estos ejemplos, de los muchos que se podrían ofrecer para demostrar la tesis argumental que exponemos, nos señalan con la insobornable elocuencia de los hechos, que el Estado, a través del derecho, lo que hace es determinar los bienes que le interesa tutelar y obvio resulta, en el sistema examinado, que la tutela se dirige fundamentalmente a la protección del Estado, del cual el individuo, como personalidad humana, viene a ser un instrumento secundario.

Al final de esta exposición histórica debemos repetir en algo las palabras que lo prologaron. La historia de la humanidad se nos presenta

como un repetido y nunca agotado intento de satisfacer los requerimientos de la justicia. El derecho natural ha sido, desde épocas más remotas, la respuesta que el hombre se ha dado para el interrogante que se plantea, frente a la necesidad de lograr la justa coordinación de las acciones humanas. Por eso, toda la filosofía jurídica está dominada por esta idea del derecho natural.

“Desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas, desde que la sociedad como tal se ha hecho problema -y este problema es más viejo que cualquier otro objeto de conocimiento, incluso que el denominado naturaleza-, no ha cesado de preocupar la cuestión de un ordenamiento justo de las relaciones humanas. Y a pesar de que esta cuestión ha ocupado como apenas ninguna otra, tanto nuestro pensamiento como nuestro sentimiento y voluntad hasta lo más profundo; a pesar de que se han afanado por ella las mejores cabezas, los corazones más apasionados, los puños más fuertes; a pesar de que toda la historia, toda la historia de sufrimientos de la humanidad, puede ser interpretada como un intento único, siempre renovado, bajo los más horribles y sangrientos sacrificios, por dar respuesta a esta cuestión, permanece hoy para nosotros tan falto de ella, como en el instante en que por primera vez relampagueó en un alma humana, la del primer hombre, este terrible secreto de la justicia”¹⁷⁹.

Siempre, en las doctrinas examinadas, hemos descubierto una tendencia a la realización del bien y sin embargo no podemos hoy engañarnos con fórmulas vacías. Pero es que cabría preguntarnos ahora, si es que hay algo en la esencia misma del mundo, en el ser sustancial de esa humana naturaleza, que no obstante esta permanente aspiración al bien, conduzca al hombre mucho más frecuentemente que lo deseado a la realización del mal. Estas últimas concepciones transpersonalistas analizadas sumariamente nos muestran que la pretendida receta de las reformas sociales, como remedio para resolver las incógnitas planteadas, ha fracasado estrepitosamente. El acceso a las categorías del poder, en los Estados contemporáneos, está basado en ingredientes sustancialmente distintos de los de la antigüedad. La violencia, las proezas militares y el derecho divino de una clase selecta, eran los atributos que vinculaban al poder en épocas pasadas. La astucia política, el azar, son los que ahora abren las puertas a los símbolos de la dominación.

¹⁷⁹ Kelsen, Hans, *El derecho natural y otros ensayos*.

Las concepciones recién analizadas constituyen un retorno a aquellos atributos medievales, ya que el estado fascista está basado en el dominio por la violencia y por la carismática verdad de origen divino de sus dirigentes. La infalibilidad del *Duce* y la elección divina del *Führer* nos demuestran esa evidencia. El cambio de estructura económica que subyace en la organización soviética no significa por ello que haya desaparecido la acuciante y desenfrenada carrera hacia el poder, sino que su búsqueda se intenta ahora por otros cauces.

Esto nos demuestra, sin duda razonable, que las reformas económicas no son por sí suficientes para cambiar el carácter de las sociedades.

Tal vez la respuesta a todos estos interrogantes deba buscarse de manera más superficial. Tal vez ahondar en las profundidades abismales del saber filosófico haya oscurecido los resultados. No olvidemos ahora que el alambicado mecanismo de relojería elaborado por Hegel, de una belleza estructural casi perfecta, lo llevó al “prusianismo” y fue antecedente valioso del nacionalsocialismo.

Sin duda que esto es ya trascender con mucho la temática aquí desarrollada e introducimos en el resbaladizo problema sociológico del poder. Pero mientras no estemos absolutamente convencidos de que, en el desenvolvimiento práctico de los Estados, la política no debe ser una disciplina divorciada de la inteligencia, y que las soluciones en su campo no pueden surgir ni de la violencia, ni de la espada, ni de la revelación divina, no encontraremos, de seguro, el camino hacia soluciones progresivas.

Somos sin duda optimistas. Advertimos claramente un señalado avance en el camino del progreso moral. Pero también tenemos los pies en la tierra y advertimos graves vicios, cuya solución no ha sido aún encarada.

El derecho liberal, que tiende a consagrar una actitud axiológica personalista, se edifica sobre la base del principio de igualdad. No de la igualdad entendida sobre bases naturalistas, que tiende a identificar a todos los hombres con un denominador común. Cuando hablamos de igualdad, nos referimos a la posibilidad de adjudicar idénticas consecuencias a antecedentes jurídicos sustancialmente iguales, que operen en ese plano para gobernantes y gobernados.

La ideología del liberalismo reposa sobre el principio de que la individualidad no es una cosa más que integra el universo real, ni siquiera un medio para el logro de ella. El principio de la personalidad humana es el

soporte del todo universal. Pero cuando aquí, en el liberalismo, decimos soporte, esta expresión tiene una connotación distinta de cuando nos referimos a las doctrinas y sistemas transpersonales.

Para estas doctrinas totalistas, el individuo, la persona humana, es sólo un medio para la consecución de los fines últimos, Estado y derecho. No podemos afirmar la tesis exactamente inversa para el personalismo. Aquí no es Estado y derecho un medio para el individuo, sino que Estado y derecho, como también moral, arte y religión, adquieren sentido por su referencia a la persona humana. En una palabra, el hombre es la infraestructura de toda la estructura culturalista que tiende a la realización de las ideas de valoración.

14. EL ESTRUCTURALISMO

El pensamiento científico ha experimentado más cambios en los últimos cincuenta años que en todo el periodo que transcurre desde Descartes a los albores de nuestro siglo. Esos cambios, que son progresos, han nacido de nuevas conformaciones que reemplazan a las anteriores, y así como hemos debido aceptar que en nuestro universo, nada es estático sino que todo es movimiento, porque incluso la consistencia del mármol se debe a la extraordinaria velocidad con que se mueven los electrones que componen su materia, así también estamos dispuestos y propensos a aceptar todo lo que pueda significar una innovación y transformación: aún a aquéllas que den por tierra con todo lo que hasta hoy hemos aceptado como válido.

Es así como el mundo de la ciencia, el ancho campo de las ciencias particulares en general, se nos muestra como una visión del universo, traducida y explicitada por conceptos elaborados a través de abstracción de experiencias y vivencias, para el logro de leyes y enunciados normativos.

Es indudable que, por ejemplo, en el terreno de la filosofía de la naturaleza, los aportes de la llamada filosofía científica o empirismo lógico, han desarrollado instrumentos técnicos -como la lógica simbólica y el método axiomático- que transplantando los procedimientos teóricos de las ciencias físicas, se han convertido en maravillosos instrumentos para el análisis sistemático.

Porque para hacer ciencia, con ese todo amorfo y yuxtapuesto que

es la realidad, ha sido necesario simplificarla, y esa simplificación aún cuando en muchos casos ha conducido a una decoloración de la realidad, fuerza es admitir que nos ha brindado un espectáculo más limitado pero que gana en precisión.

Hay quienes se lamentan por esa evolución en todos los campos. Y se lamentan de ella casi por atavismo, porque están aferrados a un pasado que no se compadece con los valores de la época actual.

Esta actitud romántica, que prefiere el filosofar intuitivo sin un serio fundamento de razón para oponer al cambio progresista, que está sólo anclada sentimentalmente en los valores emocionales del pasado, no es defendible.

Pero así como no es científico rechazar los cambios, sólo por ancestral atavismo, sólo por una sentimental actitud que nos retrocede a los valores emocionales del pasado, tampoco puede aceptarse una teoría sólo porque en algunos campos haya conducido a ciertos resultados fructíferos, o haya dado mejor cuenta del pasado, si es que en el terreno limitado y específico en el cual pretendemos transponerla, hay vallas insuperables y barreras infranqueables.

Marcel, con la agudeza de su brillante estilo, formula en *Le mystère de l'Être*, un pensamiento que podría considerarse un mojón indicativo de la prudencia y el rigor científico: "Siendo el conocimiento un auxilio para el descubrimiento de las verdades, mucho más que un sistema para probar verdades, tanto el científico como el filósofo que descubren verdades y las exponen luego en sus íntimas conexiones sistemáticas y dialécticas, corren siempre el grave riesgo de alterar profundamente la naturaleza de las verdades que han descubierto".

Todos los que alguna vez hemos enseñado la historia de la filosofía y más precisamente la historia de la filosofía del derecho, todos los que hemos abordado el gran debate doctrinario sobre los temas capitales de este veleidoso mundo de la juridicidad -la crónica de este ininterrumpido esfuerzo humano dirigido a orientarse- y tratamos de explicar coherencias internas y externas que nos den fórmulas inequívocas y precisas para resolver los problemas de la interpretación y de la aplicación del derecho, las observaciones profundamente sabias de algunos sistemas; tanto genio y talento puesto al servicio del mismo objetivo, y hemos llegado a la comprobación de tan pocas conclusiones objetivas e indubitablemente válidas... Sin duda, nos habremos planteado más de una vez: todo esto, ¿para

que? ¿Cuál es el objeto de enseñarlo todo, si no nos conduce a ningún resultado universalmente válido ni a ninguna verdad absolutamente reconocida?

¿No sería mejor enseñar sólo un sistema, sólo una doctrina, la que nos parezca que mejor explica y atiende a toda la problemática y cubrir el resto con un deliberado cendal de silencio?

Pero es que en definitiva, ¿no será que la heterogeneidad de sistemas no responde, en último análisis, a una diversidad de opiniones, sino que en realidad todos significan lo mismo, que en ellos de uno u otro modo se dan las mismas soluciones, pero en versiones distintas?

Los investigadores de otras disciplinas científicas -la mayoría de ellas, por no decir todas- saben de la enseñanza de un sistema con bases comunes, ecuménicamente válidas y universalmente aceptadas. Casi todas las ciencias particulares han llegado -tarde o temprano- al desarrollo de un cuerpo general de conocimientos sobre los cuales, o no se polemizó nunca, o no se polemiza ya más. Y quienes enseñan esas ciencias, lo hacen con el sentimiento de auténtico orgullo que significa introducir a sus alumnos en un territorio de verdades indiscutidas y claramente establecidas.

Nosotros en cambio, hemos renunciado prácticamente a la enseñanza de verdades y sólo enseñamos la porción de verdad que surge del sistema de un determinado jurista, restringiendo la objetividad a la exposición de lo que es la idea de ese jurista. Y por si esto fuera poco, en el retaceo de verdades comunes y universales, esta exposición no puede ser realizada con la convicción del general asentimiento, ya que muy frecuentemente la interpretación de las distintas doctrinas, es también campo de desacuerdos.

Concientes de ello, sabiendo por anticipado que muy difícilmente se podrá llegar a una elaboración uniforme de problemas comunes que sean aceptadas en forma absoluta; renunciando al intento de proclamar enfáticamente ninguna doctrina que tenga la fuerza mágica de la unificación, encontramos de una profunda sabiduría la exigencia de Hernández Gil de comenzar todo intento por una clara delimitación de la especificidad del objeto de la juricidad.

Complementaria de esta exigencia, señalamos también la necesidad de aceptar con todo rigor y hasta sus últimas derivaciones, los principios de un estructuralismo específico, cuyo trasvasamiento a ese derecho, cuyo objeto preciso hayamos previamente aclarado y acordado, se intenta. Las mismas razones que hacen imposible unificar los distintos sistemas o doctrinas jurídicas, dificultan también aunar los diversos contenidos elaborados sobre el tema del estructuralismo.

A este respecto hemos podido observar que cada autor selecciona, de ese calidoscópico enfoque de la realidad que es el estructuralismo, aquellas conclusiones que le parecen valiosas desde el punto de vista de su interés particular y lo acepta, rechaza o interpreta, según que dicho método o teoría concuerde o no con la doctrina o el sistema general del cual él, conscientemente o no, ha partido en su intento de trasplante.

Evidentemente, esta actitud no es fructífera para el entendimiento respecto del posible contenido doctrinal de un nuevo descubrimiento filosófico. Y esta actitud es la que explica la sorprendente variedad de opiniones acerca de la importancia y eventuales aplicaciones científicas del estructuralismo.

Más aún, el asunto se complica particularmente con el estructuralismo, ya que no hay una sola vertiente de origen de sus principios y obviamente serán y son distintos los resultados, si el injerto se realiza con arreglo a los postulados de un estructuralismo matemático, lingüístico o sociológico.

Tal vez fuera necesaria una mayor sedimentación y decantación de los postulados desenvueltos y pueda el jurista del siglo XXI encontrarse a suficiente distancia intelectual del movimiento estructuralista, como para captar con mayor limpieza y precisión la teoría o la metodología propuesta. Piénsese por ejemplo que si adoptáramos una actitud racionalista o empirista cualesquiera de ellas, en cuanto sistema filosófico, la encontraríamos originada en el pensamiento griego, el cual posee fácilmente veinticinco siglos de evolución, de desarrollo y de sedimentación de sus postulados esenciales. Por el contrario el estructuralismo, como movimiento específico, nos es contemporáneo y sus más remotos orígenes no exceden del siglo pasado.

Es decir que, aunque tal vez preciso y progresivo en su vida, el estructuralismo es una concepción nueva de la realidad y como tal, se halla en período de crecimiento y no exento de ataques y críticas. Nos consuela pensar que la filosofía, tal vez como una de las más importantes tareas del intelecto humano, trabaja lentamente.

Los pensamientos duermen a veces durante edades enteras, cuando de pronto, casi de improviso, la humanidad se encuentra con que se han encarnado en sus instituciones. La filosofía construye catedrales -decía en bellissimo pensamiento Whitehead- antes de que los obreros hayan movido una piedra y las destruye antes de que los elementos hayan desgastado sus arcos. Es el arquitecto de los edificios del espíritu y también su destructor: lo espiritual precede a lo material.

a) Penetración de ideas estructuralistas en la ciencia jurídica

Como consecuencia de la explosión estructuralista, muchos autores han intentado un trasvasamiento de los principios del estructuralismo al campo jurídico y lo han hecho, desde diferentes enfoques doctrinarios y aplicado a distintos niveles de la juridicidad. Hernández Gil¹⁸⁰, que pareciera en los últimos años decididamente preocupado por encontrar un engarce de los principios del estructuralismo con el mundo del derecho, cita valiosos estudios de autores que han intentado la aproximación, como Frosini, en su obra *La struttura del diritto* aparecida en 1962, Santi Romano en *El ordenamiento jurídico*, López Calera en *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Sánchez de la Correa -seguidor de éste último- en *La estructura lógica de la proposición normativa*, no sin olvidar a muchos autores que fueron sus discípulos en un curso de doctorado dictado por él sobre esta temática y cuyos trabajos, a su juicio, merecen publicación, que se recepciona en el segundo libro mencionado en la cita.

Sin embargo, comentar los comentarios pareciera ser un trabajo sobreabundante, careciente de todo mérito investigativo, como no fuere el de disentir con lo comentado; por lo que, sin subestimar la contribución de esos autores, nos limitaremos en este momento a la consideración del pensamiento del propio Hernández Gil, no sólo por la originalidad de su enfoque, sino por el mérito de su esforzada preocupación de los últimos años; atenderemos asimismo a un excelente artículo publicado por el maestro Luis Legaz y Lacambra, en el comienzo, y a las referencias estructuralistas de Miguel Reale, para finalizar.

b) El pensamiento de Luis Legaz y Lacambra

El gran maestro de la Universidad de Santiago de Compostela que, en su momento, recibió con tanto entusiasmo los postulados del normativismo kelseniano, no tardó en considerarlo continente muy estrecho para toda la problemática que encierra, por lo que bebió de fuentes jusnaturalistas y ensayó finalmente en otros manantiales. Se puede o no aceptar las distintas conclusiones logradas en los divergentes tanteos, pero debe admitirse en todas, la insobornable honestidad que las anima.

¹⁸⁰ Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. II, cap. VI y sigs., Madrid, 1971; *Estructuralismo y Derecho*, Alianza, Madrid, 1973.

Este jurista, considera que el estructuralismo puede ofrecer posibilidades constructivas a través de una doble vertiente. Por un lado, sería posible una filosofía jurídica estructuralista que, a su vez, habría que fundar en una concepción filosófica general definida y coherente. Por otro lado, el estructuralismo podría constituir un método altamente fructífero en el análisis de las instituciones jurídicas y en el planteamiento general de algunas investigaciones en el sector de la ciencia del derecho. Se refiere luego, en lo que considera un ejemplo importante, al derecho comparado, donde agota el examen de una consideración metodológica¹⁸¹.

Esta duplicidad de vertientes que, referidas a la juridicidad, podrían aceptar el ingrediente estructuralista, no es en modo alguno clara, ya que no se sabe si la consideración metodológica es, para Legaz, un aspecto de estudio técnico-científico del derecho o si, ubicado desde una perspectiva más estricta, el estudio de los métodos comprende una parte de la lógica formal que, como tal, integra la noción más genérica de la filosofía. En la primera hipótesis, admitiría Legaz la consideración estructuralista, tanto en la filosofía del derecho, como en la ciencia del derecho. En la segunda hipótesis, la estructura sería una noción que podría manejarse en el ámbito de la filosofía, tanto en una consideración genérica de su problemática, como en uno de sus aspectos específicos: la lógica metodológica.

En este mismo libro, nos hemos referido a las distintas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico y señalado allí tanto la posibilidad de una consideración filosófica y científica del derecho, como el estudio de una historia, de una sociología y de una consideración comparatista de los sistemas¹⁸². Sin embargo, aún admitiendo las diferencias que pueden señalarse entre las disciplinas referidas y los aspectos propios de su consideración específica, no puede menos que aceptarse, que tanto esas como todas las perspectivas posibles en la temática jurídica, están vinculadas por sólidos lazos, visibles y evidentes en determinados temas, transparentes y virtuales en otros, pero que siempre hacen a la interdependencia de todos los diferentes saberes que tienen al derecho como objeto de su preocupación.

¹⁸¹ Legaz y Lacambra, Luis, *Estructuralismo en el Derecho*; en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid" vol. XIII, año 1969, números 34-35-36.

¹⁸² Hernández Gil, Antonio y otros, *Estructuralismo y Derecho*, p. 41, Alianza, Madrid, 1973.

Pretender entonces proclamar dos campos o vertientes para una consideración estructuralista del derecho, el filosófico y el vinculado a la teoría del método, significa tanto como declarar una independencia disciplinaria de esas dos formas de saber. Y en este sentido no estamos de acuerdo con el autor, ya que indudablemente la consideración metodológica no es solo una íntima reflexión esencial que se agota en la descripción de los métodos, sino que debe valorar, justificar y limitar la tarea metodológica, de donde deviene tanto un saber dogmático, positivo, que tiende a la aplicación empírica de los diferentes procedimientos, cuanto un saber filosófico que sirve de guía y derrotero al quehacer técnico impuesto.

Hay entonces, entre la perspectiva filosófica y la preocupación por el método, infinitas trabazones de cooperación e intercambio, constantes relaciones que van condicionando a una y a otra.

El positivismo no es sólo un método y si se agotaba en esos estrechos límites en el pensamiento de Saint-Simon, prontamente fue liberado por Comte, constituyendo una dirección filosófica tan dilatada y ancha que culminó con la romantización de la ciencia, llegando a creer que el positivismo era el único conocimiento, la única moral y aún la única religión posible.

El materialismo dialéctico, es mucho más que una metodología. Es una dialéctica naturalista, es la teoría dialéctica de la realidad, natural e histórica, o por lo menos pretende serlo.

Por otra parte, el ejemplo buscado para la aplicación de los principios del estructuralismo -el derecho comparado-, aún cuando es consentido por el autor mencionado sólo como un ejemplo importante, parte de la premisa de aplicar el análisis estructural al derecho *in genere*, sin referencia ninguna a sistema positivo en particular; y aún cuando ello pueda ser considerado como un plausible intento para determinar las diferentes correlaciones estructurales de cada sistema -semejanzas y diferencias-, no pareciera corresponderse con la exigencia sistemática del estructuralismo, que tiende a captar en su plenitud e integridad cada uno de los sistemas jurídicos positivos. En tal sentido señala acertadamente Hernández Gil que de la misma manera que la lingüística no trata de explicar el hecho universal del lenguaje, sino manifestaciones de lenguas determinadas, de igual manera también una teoría estructural del derecho, sin negar la universalidad del mismo, tiene que captarle en sistemas jurídicos determinados.

Reconforta en Hernández Gil la prudencia con que aborda el tema.

Esa misma prudencia que nosotros llamamos escepticismo al modo cartesiano, más bien una "epojé" fenomenológica o duda metodológica, cuando afirma que el derecho no ha conocido revoluciones copernicanas. Efectivamente, la más grande transformación de la ciencia jurídica se debe aún a Savigny, que se apoyó -como hemos visto- en la continuidad más que en la innovación¹⁸³.

Pero son pocos todavía los juristas que admiten la quiebra de la teoría tradicional que significó el pensamiento historicista, al concebir al derecho no como un cuerpo de normas que depende de una voluntad personal, sino como un sistema autónomo, cuya emancipación radica en la ley.

El vitalismo -en su acepción más lata-, con todas sus expresiones vinculadas al mundo de la juridicidad, desde el llamado de alerta de Ihering, hasta las formas más radicalizadas del irracionalismo, o de lo concreto frente a lo abstracto, no ha pasado de ser un enfoque más, con algunos aciertos y no pocas deformaciones perniciosas.

El materialismo dialéctico, con su agorera predicción de una sociedad sin derecho, proclamó que el antagonismo entre las clases era la causa de todos los males que aquejan a la sociedad fraternal, hipótesis en la que no existe la explotación del hombre por el hombre, en donde cada uno proporciona según sus posibilidades y recibe según sus necesidades, y en donde no harían falta ni el Estado, ni el derecho, que se revelarían inútiles y desaparecerían.

Estamos hoy muy lejos de aquel vaticinio revolucionario, aún en los países que aplican del modo más ortodoxo la teoría socialista -que con el paso del tiempo, cada vez son menos y cada vez menos ortodoxos- en los cuales, a medida que se edifican en ellos los sistemas jurídicos, devuelven al derecho el mismo carácter y autoridad que posee en los países burgueses.

¹⁸³ En las primeras páginas del famoso prólogo a *Sistema de Derecho Romano Actual*, trad. del alemán de M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mestía y Manuel Poley, Madrid 1878, se lee: "cuando una ciencia como el derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte... Ahora bien; renunciar por presunción o por pereza a las ventajas de nuestra posición o contentarnos con dirigir una mirada superficial a la obra de nuestros antecesores, abandonando al acaso la parte de influencia que deben ejercer sobre nuestro desenvolvimiento, sería repudiar esta rica herencia, destruir la comunidad de las convicciones científicas y romper la continuidad viva del progreso, sin la cual la comunidad de convicciones degeneraría en verdadero estancamiento".

Por ello es que, cuando contesta Hernández Gil a la pregunta de si es previsible para la ciencia del derecho un tránsito al estructuralismo, similar al experimentado por la lingüística, se apresura a contestar que de momento, un análisis estructural sólo sería otro punto de vista para contemplar al derecho. Se podrá llegar a una ciencia estructural del derecho; pero difícilmente la ciencia del derecho llegará a ser solamente la ciencia de las estructuras jurídicas.

Continuando el examen de la juridicidad, a fin de poder verificar desde qué puntos de vista es posible una consideración estructuralista de su problemática o, mejor dicho, cuál sería la pieza de su aparato desde donde podría elaborarse la "estructura" que permitiese una consideración estructural de la totalidad de su temática, pueden señalarse por lo menos cuatro distintas posibilidades. Tal vez de ellas, la más simple sea la norma jurídica.

López Calera¹⁸⁴ intenta una consideración estructuralista del derecho, que culmina curiosamente incluso con una infraestructura y una superestructura que recuerda al verbalismo marxista sin tener absolutamente nada que ver con él, a partir de la estructura de la norma como producto del hombre, como ser racional y social.

Allí, a partir de un determinado concepto de estructura, que por momentos parece haber recogido el acopio de los más modernos estudios sobre el tema, cuando en otros todavía, no parece desenvolverse sino con el sentido vulgar y equívoco de la expresión, se hace una consideración fenomenológica de la norma jurídica, como fenómeno social en la práctica humana intersubjetiva, que puede solucionar de un modo fundamental los grandes problemas de la creación, interpretación y aplicación de los ordenamientos jurídicos.

Quienes transitamos desde hace tiempo ya por este milenarismo mundo de la juridicidad, estamos acostumbrados a encontrar cada tanto la fatua pretensión de descubrir la alquimia milagrosa, la receta axiomática que aplicada a las relaciones de convivencia de los seres humanos nos brinde siempre e infaliblemente, la respuesta precisa y adecuada a la situación. La norma jurídica es un todo, integrado por partes, entre las cuales se dan determinadas relaciones.

Hasta aquí pareciera haber elementos como para una consideración estructuralista.

¹⁸⁴ López Calera, Nicolás M., *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, 1969.

Sin embargo, obviamente teniendo en cuenta los elementos con los que se caracteriza a la estructura, faltan varios de ellos y no de poca monta. Por lo demás, la estructura nunca se da como objeto mismo -que, en el caso, sería la norma, la realidad empírica-, sino más bien como reflejo de los modelos construidos con arreglo a esa realidad empírica.

Todos los pensadores estructuralistas, transitando por las disciplinas más variadas, coinciden en un común ideal de inteligibilidad. Para los lingüistas, de quienes nos llegan sin duda las expresiones más maduras del estructuralismo y desde cuya eminencia se han intentado muchos traslados al campo de las disciplinas sociales e incluso jurídicas¹⁸⁵, el estructuralismo es esencialmente el resultado de las diferencias de análisis sobre fenómenos aislados de una misma o de diferentes lenguas, para descubrir en función de la sincronía, los diferentes sistemas de conjuntos. En el campo de la psicología, el estructuralismo ha intentado arrasar con las concepciones atomísticas que pretendían reducir las totalidades -de la conducta, de la conciencia o del inconsciente- a complejas asociaciones entre elementos simples. Pero no obstante esas profundas diversidades hay algunas coincidencias fundamentales que son inexcusables y cuyo traslado a la normatividad jurídica, como unidad estructural, son absolutamente imposibles.

Las estructuras se bastan a sí mismas y no requieren para su captación de ningún otro elemento extraño a su naturaleza. Las normas jurídicas, aún cuando pasibles de ser descompuestas en una analítica que permita la aislación de sus elementos simples -los conceptos jurídicos fundamentales-, posibilitarían establecer los vínculos lógicos y aún trascendentes de esas partes separadas con la totalidad que integran; no obstante pareciera demasiado evidente, para insistir en su examen, que la norma jurídica en sí misma, separada de la totalidad que comporta el sistema de la juridicidad, no sólo no es susceptible de ninguna de las formas posibles de aplicación técnica, sino que incluso carece siquiera de significación.

En un artículo posterior que publica el maestro español, junto con otros trabajos desarrollados en su curso de doctorado sobre este tema, dictado en el año académico 1971/1972 en la Facultad de Derecho de la

¹⁸⁵ Hernández Gil, *op. cit.*; toda la consideración final de su pensamiento, cuando intenta la aplicación del análisis estructural al mundo del derecho, se hace comparativamente con el estructuralismo lingüístico.

Universidad Complutense de Madrid y por él dirigido¹⁸⁶, explicita más aún su pensamiento sobre el tema y subraya que el punto de partida de un análisis estructural del derecho, se debe intentar a partir de una clarificación inequívoca de la especificidad de lo jurídico. Así ha procedido la lingüística y así habremos de proceder, de intentar un traslado serio de los principios del estructuralismo al mundo de la juridicidad.

La consideración del derecho, en cuanto influido y condicionado por las fuerzas sociales y económicas -dice allí Hernández Gil, lo que es un hecho cierto-, constituye una explicación dialéctica y no un análisis estructural.

Lo tentador en el estructuralismo, para el derecho, es la posibilidad de utilizarlo como método y lograr, hasta donde sea posible, la fijación de lo jurídico. Frente al dogmatismo de la razón, que todo lo inmoviliza, y frente al relativismo de las explicaciones históricas, que tiende a las diversificaciones y los cambios, el estructuralismo adviene como una llamada de atención en busca de regularidades y estabilidades.

Logra allí, el maestro español, varias conclusiones importantes:

1. Que el estructuralismo es fundamentalmente un método científico, sin perjuicio de algunas repercusiones ideológicas.
2. Que el análisis estructural habrá de consistir en el desarrollo de una actividad teórica cualificada como estrictamente científica.
3. Que el análisis estructural, debe hacerse previa determinación de la especificidad de lo jurídico.

Analizados debidamente los logros de Hernández Gil cabría acotar: Que el estructuralismo es un método científico¹⁸⁷, es una afirmación que compartimos en tanto se atribuya a la misma sólo el carácter de acometer el análisis de una realidad cualquiera, concibiéndola como una totalidad; con lo que, obviamente, no se está haciendo estructuralismo en el sentido estricto que hemos determinado precedentemente, sino que se trata de establecer el estudio de un objeto como totalidad, integrado por elementos interdependientes cuya coherencia se investiga.

¹⁸⁶ Hernández Gil, Antonio y otros, *op. cit.*

¹⁸⁷ Con lo que comparte la tesis expuesta por Umberto Eco en *La Estructura Ausente*, Lumen, Barcelona, 1971, y por Jean Piaget en *El estructuralismo*, p. 117 y sigs., Proteo, 1971, en contra de pensadores que intentan sobre bases ontológicas constituir una doctrina -caso de Levi-Strauss- o de otros, que sin tanta pretensión, ven en el estructuralismo más bien una sucesión de operaciones mentales, de base ontológica, pero sin pretender elaborar una doctrina -caso de Roger Bastide en *Sentidos y usos del término estructura en las ciencias del hombre*, Paidós, 1971-.

En esta acepción metodológica, estamos seguros que podríamos llamar estructuralista a cualquiera doctrina jurídica que conciba al derecho como totalidad. Pero es que con esta acepción, serían también estructuralistas, todas las doctrinas científicas que consideran a las lenguas, a las sociedades, a los mercados y a las personalidades no como unidades, sino como totalidades, como sistemas integrados por partes y elementos mutuamente correlacionados. Podríamos incluso conceder, que éste sea la radicalización del término estructura en sentido puro y si así hemos entendido el estructuralismo, éste no se satisface con logros tan simples y primarios como los precedentemente expuestos. El estructuralismo así, pretende ser todo un sistema de procedimientos tendientes a configurar una teoría que permita explicar las secretas conexiones que vinculan a los elementos o partes integrantes del objeto al cual el método se aplica; es decir, que en algún sentido la estructura del objeto referido, deviene de la formulación de la teoría.

Y llegados a esta conclusión entonces no nos animamos a afirmar de intento que el estructuralismo es un método.

Lo que sí cuenta con nuestra incondicional adhesión es la afirmación de que el análisis estructural debe hacerse previa determinación de la especificidad de lo jurídico, lo que nos retorna a una de las más grandes aporías de la ciencia del derecho.

En efecto, hemos sostenido anteriormente, que en pocas disciplinas como en el derecho, la polémica respecto de su objeto propio ha sufrido tantas vicisitudes. A tal punto que en su consideración teórica, ha transitado casi por todas las diferentes regiones que recorta la ontología y por si esto fuera poco, muchas doctrinas, las más modernas, no se satisfacen en los estrechos límites que puede brindar una única región de objetos, sino que trascendiendo de ellos, pretenden elaborar concepciones pluridimensionales o polimórficas.

El derecho es así, según la doctrina con la que cabalgemos, objeto natural, y aún dentro de estas regiones, con todos los matices que una frondosa imaginación es capaz de entregar y no satisfechos aún con ese mosaico, se han elaborado teorías que admiten los tres o por los menos dos diferentes ingredientes de naturaleza óptica diferente.

Llegados a esta posición en la cual la especificidad de lo jurídico se convierte en el punto de partida de un análisis estructural y habida cuenta que la determinación de esa especificidad es tal vez la más visitada porfla de la ciencia jurídica, deberemos convenir que cuesta afirmar el carácter

metodológico del estructuralismo. En efecto, si pensamos en el método empírico-racionalista de Galileo o en la teoría baconiana de la inducción y aún en el método dialéctico o crítico y hasta en el fenomenológico, podríamos tal vez estar en condiciones de describirlos enunciando muy pocas reglas, y estamos seguros que éstas, serían suficientes para la correcta aplicación de la metodología.

Pero si el estructuralismo debe partir de la especificidad de lo jurídico, no creemos posible que pueda elaborarse un método estructuralista, sino tantos como teorías que discuten la esencia específica del objeto "derecho" hay, y entonces no llegaríamos a la elaboración de una metodología, aplicable al saber jurídico, sino a una metodología aplicable a una teoría sobre el saber jurídico, teoría que por cierto podremos compartir o no.

c) El tema en el tridimensionalismo

En el ya citado artículo del maestro Luis Legaz y Lacambra¹⁸⁸, refiriéndose a la aplicación metódica del estructuralismo en el campo del derecho o a su meditación por parte de la filosofía del derecho, señala que la utilización de la palabra "estructural" no es por sí misma índice de pensamientos estructuralistas, ya que en la mayoría de los casos, está referida a un sentido no estricto, vinculado más bien a la acepción del término.

Dice, ratificando esa afirmación, que la obra del profesor Werner Goldschmidt *Introducción al derecho*¹⁸⁹ lleva como subtítulo "Estructura del mundo jurídico" y no dedica una sola línea a aclarar lo que se entiende por "estructura", apresurándose a agregar que en modo alguno señala esta omisión como una crítica, ya que si de censura se tratase, tendría que someterse de inmediato a un autorreproche, desde que su *Filosofía del derecho*¹⁹⁰ titula su segunda parte precisamente "La estructura del derecho", y tampoco ha dedicado ninguna atención a especificar qué quiere decir con ello.

Contrariamente, en la cumbre del pensamiento tridimensional donde se divisa la figura rectora del ilustre profesor de San Pablo, Miguel Reale, se descubre una incursión neta en el meollo mismo del tema estructuralista,

¹⁸⁸ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁹ Se refiere a la versión española de Aguilar del año 1960 (1ª ed.).

¹⁹⁰ Legaz y Lacambra Luis, *Filosofía del derecho* 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1961.

aunque sorprende no encontrar en el texto, una sola referencia o cita a los fundadores de la teoría¹⁹¹.

En efecto, el eminente profesor brasileño opera permanentemente con la noción de "modelo jurídico", carácter que desde su ya citada *Filosofía del derecho*¹⁹² otorga a las estructuras normativas entendidas como una solución temporaria -momentánea o duradera- de una tensión dialéctica entre los hechos y los valores, solución estatuida y objetivada por la interferencia decisoria del poder en un momento dado de la experiencia social. Precisa más aún su concepto en la comunicación al Congreso Internacional de Filosofía celebrado en Viena en el año 1968¹⁹³, donde insistiendo en aquel pensamiento que identifica a los modelos con las estructuras normativas, cree que podría ser la madurez de la teoría de los modelos, un reemplazante más eficaz de la antigua y tan poco científica concepción de las fuentes formales del derecho.

La noción de "modelo", en la epistemología estructural, es tal vez uno de los más valiosos aportes del pensamiento de Levi-Strauss¹⁹⁴, agregado a su ideario desde aquella comunicación al Simposio sobre Antropología -realizado en Nueva York en el año 1952- y en el cual comienza por declarar que la noción de estructura social no se compadece con la realidad empírica, sino con los modelos construidos a partir de ésta.

Distingue allí Levi-Strauss, dos nociones que son frecuentemente confundidas: la de estructura social y la de relación social, sosteniendo que las relaciones sociales son la materia prima con las cuales se construyen los modelos que hacen manifiesta la estructura social.

Es por ello entonces, que el análisis estructural no se realiza sobre las relaciones sociales, que son la materia prima, sino más bien sobre los modelos construidos como su reflejo.

Ahondando más todavía en este concepto, que, como no puede dejar de advertirse, es esencial para entender su pensamiento, agrega que para merecer el nombre de estructura, los modelos deben satisfacer las siguientes condiciones:

¹⁹¹ Reale, Miguel, *Filosofía do direito* 5ª ed., San Pablo, 1969.

¹⁹² Reale, Miguel, *op. cit.*, vol. 2, p. 486 y sig.

¹⁹³ Reale, Miguel, *Teoría de los modelos jurídicos*, trad. Dr. Julio O. Chiappini; en "Juris", 18/4/74 y sigs.

¹⁹⁴ Levi-Strauss, Claude, "La notion de Structure en Ethologie"; en *Anthropologie Structurale*, Pion, Paris, 1958

1. Ofrecer un carácter de sistema. La modificación de uno de sus elementos entraña una modificación correlativa en todos los otros.

2. Todo modelo pertenece a un grupo de transformaciones, cada una de las cuales corresponde a un modelo de la misma familia, si bien el conjunto de esas transformaciones constituye un grupo de modelo.

3. Las propiedades antes indicadas permiten prever de qué modo reaccionará el modelo en caso de modificación de uno de sus elementos.

4. Finalmente, el modelo debe estar construido de tal modo que su funcionamiento pueda dar cuenta de todos los hechos observados.

Detallados así los requisitos que los modelos deben reunir para configurar estructuras¹⁹⁵, en el sentido más puro del término, continúa agregando detalles al tema, lo que permite captar con toda precisión el sentido cabal de la estructura como modelo.

Distingue, respecto de ellos, dos diferentes niveles: el primero, que se refiere a la construcción de los modelos; el segundo, a los mismos modelos. Distingue también, según el nivel donde los modelos funcionen, los modelos concientes de los inconscientes. Los primeros, llamados comúnmente normas, son aquellos que elabora el científico a partir de los hechos que observa, mientras que los inconscientes, resultan elaborados sin la deliberada participación del científico.

El etnólogo, a partir de los acontecimientos empíricos que le brinda la observación, puede así formular una norma o modelo conciente, pero puede también encontrarse con modelos ya perfectamente elaborados por la cultura que se propone estudiar, de donde su misión ya no es la de elaboración de modelos, sino más bien de determinación de la calidad del modelo encontrado.

Por fin, otra distinción importante es la de "modelos mecánicos y estadísticos", según que el modelo se elabore a la misma o a diferente escala que los fenómenos tal como los brinda la realidad. Un modelo es así mecánico, cuando sus elementos constitutivos pertenecen a la misma escala que los fenómenos observados, pero si esa escala ha debido ser ampliada -o reducida según los casos- estamos en presencia de modelos estadísticos.

Otro autor que ha trabajado con la misma noción de modelo, aunque en diferentes ámbitos de investigación científica, es Gurvitch¹⁹⁶.

¹⁹⁵ *op. cit.*, p. 306

¹⁹⁶ Gurvitch, Georges, *Traité de Sociologie*, t. I, p. 211, 1962; *cit.* Hernández Gil.

En efecto, Levi-Strauss ha elaborado su noción de modelo, con la que completa su epistemología estructural, en el campo de la etnología. Gurvitch lo hace en el ámbito de la sociología y tal vez esa sea la circunstancia -como con acierto lo apunta Hernández Gil- de la diversidad de concepto en la noción de modelo.

Para Levi-Strauss, el modelo es siempre una abstracción que sirve de perspectiva para analizar situaciones concretas. Gurvitch, insinúa la existencia de modelos de conducta real, lo que implica una dimensión específica de la realidad social.

Sin embargo, bueno es señalar que aún cuando operando en dos diferentes campos de investigación científica e incluso, concediendo que hay en los modelos de Gurvitch, una identificación entre la configuración que realiza de tipos de sociedades globales, con las estructuras sociales globales propiamente dichas, mientras que Levi-Strauss se mueve con un concepto menos amplio y de suyo incomparablemente menos rico, lo que le impide absorber en su modelo a ninguna sociedad, como totalidad, lo cierto es que las afirmaciones de ambos autores, en punto a la noción de modelo como estructura, no es antitética.

Ninguno, ni Levi-Strauss como etnólogo, ni Gurvitch como sociólogo, precinden de la realidad empírica. No pareciera que seriamente podrían haberlo hecho en esos niveles de investigación científica.

Cierto es que para Levi-Strauss la noción de estructura no se refiere directamente a la realidad, es allí donde reside casualmente la distinción ya mencionada de relación social y estructura social; mientras que Gurvitch admite esa relación directa a punto tal que la realidad conforma, en casos, estructuras sociales globales.

Volviendo a la teoría de los modelos jurídicos del eminente rector paulista, el concepto de modelo no tiene, sino muy lejanamente, puntos de contacto con la noción del fundador del concepto como instrumento operacional insustituible del estructuralismo.

Los modelos jurídicos significan para Reale, "estructuras normativas que ordenan los hechos conforme con los valores, todo dentro de una calificación tipológica de comportamiento futuro vinculados a consecuencias determinadas".

Dicho en otras palabras, "son modelos jurídicos aquellos que surgen de la experiencia como estructura volitiva del sentido normativo de los hechos sociales", repitiéndose para reafirmar el concepto vertido, como "la implicación dialéctica de fuerzas sociales emergentes -las unas axio-

lógicas y las otras de naturaleza “empírica” o “efectiva”, es decir resultantes del dominio de los hechos- la que engendra la estructura normativa”¹⁹⁷.

No cabe aquí, tanto por la naturaleza de este desarrollo, como por lo vastamente difundido que es el pensamiento del eminente profesor brasileño una referencia a su concepción tridimensional del derecho. La esencia ontológica del objeto del derecho es para él una realidad histórico-cultural que posee tres dimensiones que constituyen los elementos esenciales de toda experiencia jurídica.

Una dimensión fáctica, como hecho espiritual, por el cual se concretan históricamente valores (dimensión axiológica) que ordenan normativamente (dimensión normativa) relaciones entre los individuos y la comunidad (dimensión fáctica).

La teoría de los modelos jurídicos, se inserta en ese pensamiento y refleja en una estructura normativa (norma) única, obra no “fantasiosa o imaginaria fruto de un querer arbitrario sino más bien el corolario de un análisis positivo de los hechos empíricos (hecho), análisis que siempre culmina en un acto decisivo con la elección (valor) de una solución extraída de una gama posible”.

En menos palabras, los modelos jurídicos, son las normas jurídicas, pero en tanto éstas son consecuencia de los hechos y los valores. Si así no fuera en determinada situación concreta, porque a veces “ellos son productos de actos arbitrarios de la autoridad” que no se compadecen con las dimensiones fácticas y axiológicas, “no son modelos jurídicos en el sentido riguroso que la expresión implica y conforme con la estructura tridimensional del derecho”.

Es indudable que la obra del profesor Miguel Reale es posterior a la explosión estructuralista a que hemos hecho referencia y por momentos -por ejemplo, cuando afirma: “el empleo de la palabra ‘modelo’ resulta cada vez más frecuente en el idioma internacional de los juristas; con familiaridad, fue al encuentro de las exigencias naturales de la ciencia del derecho, más no por ello adopta una posición clara e inequívoca con respecto a una posible y problemática confrontación con el término ‘estructura’, igualmente utilizado sin discriminación entonces en las obras usuales de sociología”- aparenta desenvolverse orientado por ella.

¹⁹⁷ Todas las citas entre comillas, corresponden al ya referido trabajo del Prof. Miguel Reale, *Teoría de los modelos jurídicos*.

Sin embargo, a poco de adentrarnos en su obra, dudamos que sea éste el pensamiento o siquiera el propósito del autor. Más bien creemos que el autor citado se ubica en lo que tanto en antropología (Radcliffe-Brown) como en sociología (Parsons, Levy)¹⁹⁸ se conoce como *funcionalismo* o *estructuralismo funcional*: “estructura y función son conceptos que necesariamente se exigen y complementan” y si bien ese juego relacional “estructura-función” puede satisfacer al funcionalismo, en modo alguno complace al estructuralismo específico, tal como es éste interpretado en su versión más estricta.

En el pensamiento de Reale, las estructuras normativas o modelos, son el resultado -“la implicación dialéctica de fuerzas sociales emergentes, (es) la que engendra la estructura normativa”- y en el estructuralismo, las estructuras nunca son resultado, sino más bien resultante. Nunca las estructuras son determinadas por nada, sino más bien determinantes de todo. El concepto de estructura es un “a priori” y no un “a posteriori”¹⁹⁹.

Lo propio y específico de un estructuralismo metódico está dado por la posibilidad de rastrear la explicación del sistema en una estructura subyacente que se reconstruye a través de los modelos.

La estructura nunca puede reflejar un esquema de la realidad empírica. Eso ya estaba en el estructuralismo genérico y lo encontramos en pensamientos tan ortodoxos como el de Durkheim en sociología, para quien, la totalidad surgía de la reunión de los componentes.

La estructura, nunca resulta así de un rastreo inductivo de los hechos que proporciona la realidad -hechos y también valores en el caso- sino que tiene respecto de ellos, un cierto sentido de prioridad y también de autonomía. Como síntesis de esta referencia al pensamiento de Reale podríamos concluir:

1. Que no obstante desenvolver una exposición que aparentemente viene cargada de un modo de expresión del más estricto estructuralismo metódico, no va más allá de las fronteras de un funcionalismo estructural.
2. Que la identificación entre norma -como estructura normativa- y modelo no se articula con la exigencia fundamental del estructuralismo, que requiere de grupos, de conjuntos, de sistemas, en cuyo seno se produzcan las series de relaciones y oposiciones.

¹⁹⁸ Parsons, casualmente aparece citado en el artículo comentado por el Prof. Reale.

¹⁹⁹ Y si no es un *a priori* técnicamente, ya que no hay sujeto trascendente, es por lo menos un *prius*.

Las reglas que regulan esas relaciones deben ser descubiertas mediante la fabricación de los modelos que nos explicarán la estructura. Nunca podrá entonces identificarse estructura con modelo y con norma.

15. LA ESCUELA ANALÍTICA

Vinculado genéticamente con el *Círculo de Viena*, que tuvo como inspiradores a Rudolf Carnap y a Moritz Schlick, entre otros, surge un desprendimiento filosófico, que dio lugar a que se acuñara el término de *positivismo lógico*, también llamado *empirismo lógico*,

El mismo refiere a una corriente de pensamiento que, intentando un lenguaje unificado de las ciencias, desemboca en una consideración *analítica* que importa un renacimiento contemporáneo de aquello que fuera la *jurisprudencia analítica inglesa* (Austin, Ryle, y aún el propio Wittgenstein), la que considera al lenguaje como un instrumento adecuado para los más diversos fines de la relación humana, siendo en cada caso absolutamente necesario, tener claramente precisado el rol de cada expresión lingüística, en cada contexto literal en que se encuentre.

Inmediatamente después de finalizada la Segunda Guerra mundial y cuando en otro contexto científico surgían expresiones renovadoras del jusnaturalismo -que transitaron por los senderos más clásicos y por los más sofisticados-, se desarrollan en la Universidad de Oxford estudios coordinados por Austin y por Ryle, que congregan a un grupo de filósofos, directamente influidos por las ideas de Wittgenstein.

Entre ellos podemos citar, como más destacados a Hart, Hare, Warnock y muchos otros, que se interesan por el análisis del lenguaje común, pudiendo sostenerse inclusive, que hasta llegan a reemplazar el análisis filosófico por la preocupación *filológica*.

Para esta forma de pensamiento jurídico, los problemas más importantes de la filosofía del derecho son en realidad los problemas de definición, de conceptualización y de modos de razonamiento y evaluación de un sistema jurídico y en consecuencia, intentan proporcionar un análisis perfeccionado de un sistema jurídico estatal, apuntando a un mejor y más preciso conocimiento de las similitudes y diferencias entre las distintas formas de regulación de la conducta: el derecho y la moral como formas típicas de fenómenos sociales.

Sería absurdo afirmar que la preocupación por el lenguaje despunta en las indagaciones analíticas, ya que desde el *Cratilo* de Platón, pasando

por el recordado diálogo *Del maestro* de San Agustín, sin olvidar por cierto los aportes tomistas y todo lo que en esa temática desarrolló la lógica simbólica, el tema de las palabras -su significación y su hermenéutica- ha sido tema de constante dedicación para la filosofía.

Hart advirtió que en la filosofía del derecho, muchos de los problemas están vinculados con la definición de un pequeño número de nociones claves tales como "derecho", "obligaciones", "personas jurídicas", y pareciera claro que la conceptualización de tales nociones sólo puede llevarse a cabo a través de términos que son tan problemáticos como los conceptos que se propone definir.

No dudamos que han habido y hay diferentes metodologías analíticas; y así como es posible ensayar un análisis empleando las técnicas proporcionadas por Bertrand Russell o Ludwig Wittgenstein, también es posible hacerlo desde la dialéctica socrática y aún desde los procedimientos analíticos aristotélicos y hasta tomistas. Ello nos permite concluir, que en realidad la filosofía analítica no es una "escuela" en el sentido epistemológico; y en esencia, se parece más bien a un conjunto de corrientes de pensamiento, caracterizadas especialmente por "estilos", "técnicas", "estrategias", o simplemente distintos modos de hacer filosofía, que se compatibilizan en el examen de determinados problemas, pero que no dependen necesariamente de ello.

Ludwig Josef Wittgenstein, junto a George E. Moore y a Bertrand Russell han sido los grandes inspiradores de la filosofía analítica que entraña un cambio radical en la concepción que ésta tiene de sí misma.

Hay personalidades que están tan determinadas por sus antecedentes que estos se convierten en una absoluta necesidad para comprender su sentido. Se da por supuesto -y consideramos que Wittgenstein es un modelo paradigmático de ello- que una vida es una sucesión de encañamientos de pequeñas cosas, que si se ponen todas muy juntas y al mismo tiempo, se convierten en sucesos mucho más importantes que los grandes hitos o acontecimientos.

Al parecer, Wittgenstein no habría tenido una muy clara conciencia de todos aquellos acontecimientos eslabonados a sus orígenes que dieran sentido a los hechos trascendentes de su vida.

Daría la sensación de que muchos de ellos, tal vez la mayoría, le hubieran sido transmitidos a media voz, tal vez temiendo que hubiese madurado mucho antes y hubiese perdido los maravillosos años de la revelación, aquellos en los que se produce el tránsito y la transformación

de la infancia a la adultez. Sensación que pareciera también haber dejado en su espíritu, la pena de haber llegado a hombre con el olvido de una añorada niñez nunca jamás vivida.

Curiosamente, y tal vez por contraste, la formación teórica de Wittgenstein en filosofía aparentaría ser comparativamente menor a la establecida normativamente en lo académico. Al igual que Schönberg en música o Kokoschka en pintura, no tenía verdadero acopio de información y era en alguna medida lo que hoy llamaríamos un “self made man” o un autodidacta.

Podría afirmarse que la mayoría de los que se han arrojado con ánimo investigativo a la obra de Wittgenstein han formulado una clara división de su vida intelectual en dos grandes períodos.

El primero está representado por el *Tractatus logico-philosophicus*, que fue una obra dedicada al amigo más íntimo de sus años iniciales de Cambridge, con quien compartía el gusto por la filosofía y el placer de la música, ya que poseía una extraordinaria capacidad interpretativa pianística.

El segundo período está coronado por *Philosophical Investigations* (“Investigaciones filosóficas”). El vínculo entre ambos momentos de su excepcional producción intelectual no es pacífico. Para algunos, este segundo momento, este segundo Wittgenstein, es una suerte de desarrollo o profundización del primero, el del *Tractatus*, ya que ambas obras sólo cobran sentido cuando se las considera en forma complementaria.

Otros comentaristas -tal vez los más importantes, cualitativamente considerados- creen que en realidad no hay una línea ininterrumpida que lleve del *Tractatus* a las *Philosophical Investigations*, que no hay una continuidad lógica significativa entre ambas obras, sino más bien un verdadero salto, casi una ruptura epistemológica, en tanto el pensamiento del último es casi una negación del primero.

Fuerza es admitir que las formas del pensar del primero o del segundo Wittgenstein son casi polos opuestos. Sin embargo, como él mismo parece haberlo dicho, no todo el *Tractatus* fue como un montón de chatarra aparentando ser un reloj, sino más bien como un reloj que no marca la hora correcta.

Cabe repetir aquí una frase suya, aplicable a su propio juicio: “Mi trabajo consta de dos partes: la que presento a continuación, mas todo lo que no he llegado a escribir. Esta segunda parte es precisamente la más importante”.

El *Tractatus* ha sido comparado con muchas obras clásicas occidentales, pero tal vez la línea de continuidad significativa de pensamiento

más neta se advierte en el mundo oriental, lo que no puede sino subrayarse por lo menos como una curiosidad, ya que Wittgenstein no tuvo vínculos ni geográficos ni intelectuales con oriente. Esta obra, que ya ha cumplido sesenta años, está concebida mediante aforismos muy breves, distinguidos por una admirable amalgama de lógica forzosidad, de belleza estética e inimitable ambigüedad poética. En un texto que en su totalidad apenas excede las ochenta páginas, desarrolla el fecundo número de su filosofía desplegado en algunas tesis esenciales: “El mundo es todo lo que acaece; lo que acaece, el hecho, es la existencia de los hechos atómicos, la figura lógica de los hechos es el pensamiento; el pensamiento es la proposición con significado; la proposición es una función de verdad de las proposiciones elementales”, culminando tal vez con la esencia fundamental de su pensamiento: “De lo que no se puede hablar, mejor es callarse”.

El *Tao Te King*, que son las sagradas escrituras del taoísmo, no sólo está concebido con el modo de paradójales aforismos semejantes al *Tractatus*, sino que agrega a esta coincidencia el hecho de que Wittgenstein comienza con una exposición metafísica de la naturaleza del mundo y resume su pensamiento con una fórmula que es un consejo práctico: “De lo que no se puede hablar, mejor es callarse”. El Tao comienza con una exposición metafísica de la marcha de la naturaleza y concluye también con un mensaje práctico: “No hagas nada y así nada quedará sin hacer”, que encierra el mismo virtuoso secreto; y no parecen agotarse allí las semejanzas entre la metodología de Wittgenstein con las fórmulas inextricables del pensamiento oriental. Tanto las ideas más profundas del budismo como las versiones posteriores de los maestros del Zen están vivamente destinadas a proporcionar la paz a aquellos que sufren el tormento de las cuestiones filosóficas abstractas.

La idea fundamental del *Tractatus*, que a nuestro modo de ver no es distinta a la de la mística postulación del taoísmo, es que el clima de desconcierto espiritual que nos rodea hace que se esperen respuestas a nuestras insatisfacciones procedentes de una instancia externa, con descuido de la genuina indagación que sólo es realizable en el ámbito del sí mismo, de la propia interioridad, que es la única instancia de la cual puede auténticamente provenir toda respuesta legítima y la puerta de acceso a otras eventuales indagaciones válidas.

De este modo, su postulación se convierte en una amalgama paralela y un entrecruzamiento inevitable entre ciencia y ética, entre mística y religión, entre interioridad y extroversión.

De allí que tanto el *Tractatus* como la venerable producción de la filosofía oriental, bifurcan su sentido excediendo el contenido sapiencial del libro, proporcionando así una fuente de irreversible sabiduría que permite armonizar la vida individual con el cambiante *fluir* de las corrientes del universo. Al proveer su texto casi un sistema algebraico-musical, brinda una visión enciclopédica de la realidad y es más que una lógica cosmogonía, que muestra la trama evidente del universo y refleja las conexiones recónditas de su tejido secreto.

16. EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN

En el año 1986 y con el título *Law's empire*, la Harvard University Press dio a conocer una obra que creemos, corona la importante contribución jusfilosófica de nuestro tiempo y que, en prolija traducción de Claudia Ferrari, Gedisa editó en Barcelona con el título *El imperio de la justicia*, dando término al desarrollo de una teoría del derecho que en forma parcial había sido anticipada en trabajos anteriores y que por su significación como antecedente de este trabajo magistral, recordamos cronológicamente: *Talking rights seriously* (London, 1977); "Law as interpretation", en *The politics of interpretation* (Chicago, 1983) y *A matter of principle* (Cambridge, 1985).

La tesis básica que desarrolla el autor, es que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva y que el derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales, con un sentido de totalidad, en lo que se expone como una teoría integralista de la juridicidad.

En sus anteriores trabajos, la postulación de Dworkin aparece como una descarnada crítica al positivismo, representado este movimiento jusfilosófico, tanto en la posición de John Austin -en cuanto describe al derecho como un mandato de un soberano, entendido como aquella persona o grupo de personas cuyas órdenes son obedecidas y que no están acostumbradas a obedecer a nadie más-, como en la tesis expuesta por Hart, rechazando la figura de la autoridad legal, como hecho de orden y obediencia, expresando que los verdaderos fundamentos del derecho yacen en la aceptación por parte de la comunidad de una regla fundamental que denomina "regla de reconocimiento".

Ahora, en esta última obra, su pensamiento apunta su inyectiva, más bien a las teorías semánticas respecto del derecho, entre las que enuncia

al positivismo, pero también a sus encarnizados enemigos: la teoría del derecho natural y el realismo jurídico.

En sus trabajos anteriores, su crítica al positivismo enfatizaba la fenomenología de la adjudicación; los jueces, dentro de esa tesis, se encontraban forzados a proporcionar lo que por entonces denominaba la "fuerza de gravedad" de las decisiones anteriores, lo que contradecía la propia doctrina positivista de la discreción judicial.

Actualmente, se preocupa mejor por acentuar los aspectos fenomenológicos y no los interpretativos del positivismo, porque parece haber entendido que el positivismo es, cuando se vincula al derecho, un fenómeno tan singular, que para entender su esencia, hay que pensar más bien en lo que no es y no tanto en lo que es.

El positivismo no es, como en algún momento se ha dicho una negación de la filosofía, o un estancamiento cultural, sino antes bien la exhibición de una inquietud cultural casi exagerada que se muestra como un episodio de transición entre divisiones históricas.

Por eso, hemos usado alguna vez respecto del positivismo la metáfora del espejismo, que retrocede en la proporción precisa en que nos acercamos a la imagen, dejándonos siempre, la constructiva idea de que en realidad no se trata de un olvido, sino más bien de una preterición.

No notamos en Dworkin cambios de opiniones y mucho menos contradicciones con anteriores entregas, sino más bien crecimientos que derivan de la extraordinaria vivacidad con las que se introduce en los variados problemas que examina, con el siempre plausible afán de alcanzar el conocimiento correcto, que naturalmente se desvanece, pero que cautiva nuestra atención en cada etapa del itinerario, que nos dirige hacia los más variados destinos, con algunas imprecisiones por momentos, que sugieren hasta ideas contradictorias.

Hemos dicho que su tesis es integralista y los reclamos de integridad están estructurados a través de dos principios prácticos:

a) *El principio de integridad en la legislación*, que reclama de aquéllos que crean leyes, el mantener un principio de coherencia desde el punto de vista moral.

b) *El principio de integridad en la adjudicación*, que exige a los responsables de decidir la ley aplicable, que la hagan cumplir coherentemente en la adjudicación.

Esta concepción del derecho como integridad se entiende como un ideal político preciso, porque quiere pertenecer a una comunidad integrada

hasta donde sea posible, por una sola y coherente visión de justicia, equidad y debido proceso, no obstante que a veces, estos ideales están en conflicto. A la justicia, la entiende como el resultado correcto del sistema político: la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos. La equidad en política significa hallar los procedimientos políticos, es decir, los métodos para elegir funcionarios que distribuyen el poder político y hacer que sus decisiones sean adecuadas para los destinatarios del sistema. El debido proceso, atiende a los procedimientos correctos para juzgar si un ciudadano ha violado las leyes establecidas por procedimientos políticos.

La clave de toda su teoría general del derecho, estaría encerrada en esa equívoca y ambigua expresión que hemos subrayado: *hasta donde sea posible*; porque en definitiva, los tribunales de justicia son las capitales del imperio de la justicia y los jueces, sus príncipes; pero no sus adivinos o profetas, ya que cada una de las filosofías rivales, utiliza y respeta la integridad y los valores que las apoyan, intentando demostrar que el derecho puede desarrollarse en dirección de la justicia mientras preserve la integridad, etapa por etapa.

El derecho es en suma, un concepto interpretativo; y las teorías generales, interpretaciones de nuestra propia práctica judicial, las cuales, desde una perspectiva integracionista, o funcionando como integridad, proporcionan una mejor justificación de nuestra práctica legal.

El derecho es entonces, un *hasta cierto punto*, ya que no existe ningún mago electrónico que pueda diseñar un programa de computadora capaz de proporcionar un veredicto que todos aceptasen, aún cuando se pusiera a disposición del ordenador todos los hechos del caso y el texto de todas las normas y decisiones judiciales anteriores.

No obstante, no quiere decir que no haya formas correctas de decidir un caso, sino más bien formas diferentes para decidir un caso difícil, lo que hace suponer que el derecho no queda agotado en ningún catálogo de reglas o principios, sino mejor en la actitud, que es lo que define el imperio del derecho y de la justicia. Actitud en los tribunales de justicia, actitud en la interpretación introspectiva dirigida a la política en sentido amplio, actitud fraternal, que explica cómo estamos unidos en una comunidad, a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones.

17. REFLEXIONES EN TORNO A LA TESIS RAWLSIANA DE LA JUSTICIA

La teoría de la justicia de John Rawls²⁰⁰, profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Harvard, ha ocupado un lugar importantísimo entre los aportes más sustanciosos a la filosofía jurídica del siglo XX y ha sido distinguida como una muy valiosa aportación en el plano de la filosofía moral y política y aún en el ámbito de lo económico.

Rawls, intenta dar una prueba racional de justificación de las ideas de justicia y además superar disputas y aún perplejidades sobre esta antigua temática.

Originariamente, Rawls fue atraído por las ideas del utilitarismo, en cuanto teoría general de la ética²⁰¹, pero posteriormente, como lo veremos enseguida, enfrenta a esa posición y a otras respuestas teleológicas.

En definitiva, la esencia del pensamiento de Rawls, es un debate que se plasma entre dos antiguas tesis en cuanto al principio que deben dominar los criterios de una adecuada justicia distributiva.

Por una parte, el criterio que se apoya en ideas tan venerables como las platónicas y aristotélicas, el cual sostiene que la distribución de beneficios y responsabilidades, debe seguir a un principio de merecimiento y de necesidades; por otra, el que se apoya en pautas esencialmente igualitarias.

Si debiéramos sintetizar los fundamentos filosóficos de su posición doctrinal podríamos indicar, tal vez, como los más importantes a los siguientes:

1. Es una concepción deontológica, al modo en que Bentham usa esta expresión, en tanto que se ocupa de los deberes y de las normas morales.
2. Es una teoría de neta inspiración kantiana y en esa línea de pensamiento, se enrola en una concepción que está pensada para seres puramente racionales, que abstraídos de su circunstancia pueden elegir libremente principios morales con independencia de sus deseos y además, con inspiración fuertemente contractualista o pactista.
3. Por fin, así como Platón había ubicado esta cuestión en el plano político y no en el ético como lo viera su discípulo Aristóteles, en Rawls, hay un retorno hacia lo político y una clara tendencia hacia lo económico.

²⁰⁰ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

²⁰¹ Rawls, John, *A Theory of Justice*, 1971.

Hemos dicho que la obra de John Rawls ha sido considerada una aportación a la filosofía moral y política de gran resonancia, provocando fructíferas discusiones y debates no sólo en el plano de la teoría ética sino más precisamente en el terreno de la filosofía jurídica y de la misma teoría económica.

Tan ubérrimo ha sido ese aporte, que no sólo produjo críticas importantes -las cuales han sido objeto de compilaciones que seleccionan las más significativas²⁰²-, sino que el propio Rawls ha producido *Reply to critics*, con una respuesta a Lyons y Teitelman en 1972²⁰³ y a Alexander y Musgrave en 1974²⁰⁴; optando luego por una estrategia de respuestas indirectas, mientras procedía a una clarificación de las bases de su teoría en 1978 y elaborando luego un franco reajuste de la misma en 1980, desde un trabajo aparecido en "The Journal of Philosophy" que importa una revisión conceptual de cierta significación teórica²⁰⁵. Rawls critica en general las posiciones teleológicas (que se dirigen a fines), particularmente al perfeccionismo, al intuicionismo y al utilitarismo, que han sido históricamente los andariveles por los que ha discurrido la decisión judicial en los países del *common law*.

La idea del pacto o contrato social, de estricta matriz kantiana, está planteada no para establecer la estructura jurídica del Estado, que era el objetivo de Kant, sino para acordar los "principios de justicia" a partir de una cierta concepción de la justicia a la que llama "justicia como equidad" y según la cual, esos principios son los que elegirían personas libres y puramente racionales, que sólo se preocuparan por su propio interés, si estuvieren en una posición de igualdad.

Para ello, parte Rawls de una situación imaginaria o ficticia a la que llama "posición originaria", que es una supuesta reunión de seres, puramente racionales y libres, que se encuentran tras un "velo de ignorancia" que les impide conocer los hechos y las circunstancias particulares respecto de sí mismos (como por ejemplo, sus propios talentos y capacidades, su posición social, su raza, etc.) y que deben deliberar y acordar por unanimidad, sobre cuáles van a ser los principios que van a aceptar para juzgar las instituciones básicas de la sociedad.

²⁰² Daniel, 1974; Hoffe, 1977; Patzig, 1979; Blocker-Smith, 1980.

²⁰³ *Journal of Philosophy*, LXIX, p. 556.

²⁰⁴ *The Quarterly Journal of Economic Review*, LXIV, p. 633.

²⁰⁵ *Kantian constructivism in moral theory*, t. LXXVII, p. 515.

¿Cuáles serían los principios -siempre siguiendo a Rawls- que se deberían elegir en esa hipotética situación? En primer lugar, debería atenderse a un principio de igualdad de derechos y deberes y de una esencial igualdad de libertad. Luego, en segundo lugar, partiendo del principio de que la igualdad debe ser aprovechada por todos y traer beneficios a todas las posiciones sociales, pero especialmente a los que están en posición menos ventajosa, trataría entonces de armonizar las ideas del desarrollo económico, que permiten proporcionar enormes fortunas a unos pocos, aunque asimismo, permiten un crecimiento en las posibilidades de empleo de la población, brindando prosperidad a una mayoría; lo que hace que ese mayor beneficio de los pocos esté justificado, porque el grupo que estaba en las condiciones sociales menos ventajosas, está en mejores condiciones después del emprendimiento que antes.

A partir de ello y como un "juego de transacciones" surgen los "principios de justicia", que son enunciados de la siguiente manera:

1. (Principio de igualdad o de libertad): cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de expresión, de sufragio, etc.), que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

2. (Principio de diferencia): las desigualdades sociales deben ser dispuestas de tal modo que satisfagan, por los menos, las siguientes condiciones: a) para el mayor beneficio de los que están en la posición social menos ventajosa; b) deben adjudicarse funciones abiertas a todos, bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

Frente a estos principios, Rawls fija una "regla de prioridad" en favor del primer principio, cuando se traspasa cierto nivel mínimo de desarrollo económico. ¿Por qué, se pregunta Rawls, esos seres racionales, elegirían tras el velo de ignorancia esos principios? Por el principio *maximin*, apócope de *maximum-minorum*, que implicaría el máximo de bienestar para aquellos que tienen lo mínimo en la sociedad.

La teoría de la justicia de Rawls, como dijimos, ha criticado las posiciones teleológicas, fundamentalmente el perfeccionismo, el intuicionismo y el utilitarismo, desde una posición deontológica, desarrollando la justicia como equidad, como una concepción constructivista.

Rawls utilizó por primera vez el término "constructivismo" en sus conferencias sobre Dewey: "El constructivismo kantiano en la teoría moral", publicado en 1980 en el *Journal of Philosophy* 77 (p. 515 a

572), aunque allí, aún cuando no toma conocimiento de la innovación, tampoco es muy explícito en la utilización del término constructivismo en su teoría de la justicia.

Para aceptar que una determinada concepción de la justicia es constructivista, tendría que satisfacer, aparentemente al menos, las siguientes exigencias: ante todo, debería admitirse que lo que surja de determinada situación, sea ello un principio, una regla o una decisión, debe ser considerado justo, manteniendo cierto vínculo con la noción de pura justicia procedimental.

Esa situación, se debe entender como integrada por los participantes -actores- y las normas que gobiernan la persecución de sus objetivos, que deben moverse legítimamente. Esta es una condición necesaria pero no suficiente. El segundo requerimiento de una concepción constructivista es que ella debe surgir de teorizadores y no de personas envueltas en la situación. Es decir, que si en una situación como la descrita se produce un resultado a partir de los propios actores envueltos en ella, se habrá satisfecho la pura justicia procedimental, pero en tal hipótesis no habrá construcción.

Ahora bien, en este planteo metodológico, en el cual enrolamos la teoría de Rawls como constructivista, bueno sería plantearse la relación entre el constructivismo y el intuicionismo, que puede aparecer, o bien como una teleología totalmente independiente del intuicionismo, o bien como postulando que el constructivismo es sólo una variedad de intuicionismo, o bien como que, aún sin ser totalmente independiente uno del otro, tampoco son reducibles exclusivamente a sí propios, ya que podría descartarse una teoría constructivista que se sostuviera completamente por sus propios fundamentos metodológicos, puesto que se debe dar alguna explicación -que la construcción por sí misma no produce- para creer que los principios de ella emergentes deben ser considerados principios de justicia.

La idea de que la desigualdad que emerge del principio de diferencia, debe ser justificada en términos de aceptación, tanto para los que están en la posición más desventajosa, como para los que son los máximos beneficiarios de ella, es una premisa esencial de la presente construcción.

Nunca o casi nunca los más beneficiados, necesitan o demandan una justificación, pero esta misma afirmación no es válida para aquellos sectores sumergidos que pueden ocupar un sector importante cuantitativamente en una sociedad.

Para comprender esto, no tenemos más que recordar a Hobbes, quien fundando su teoría política sobre la base de la aproximada igualdad mental y física de los seres humanos, reconoció la necesidad de garantizar el consentimiento racional de cada uno de los integrantes del Estado, para convalidar las disposiciones políticas que el mismo adopte, no obstante que fue Hobbes quien en una teoría de la justicia en dos etapas, sostuvo que la justicia es el resultado de una negociación hipotética de base racional, edificada en un sentido utilitario de ventaja mutuamente compartida.

Lo que distingue el constructivismo rawlsiano es que los que se encuentran al final de la escala social de desventajas, bajo la potestad del conjunto de principios propuestos, no pueden ser coaccionados para que los acepten por temor a las consecuencias que podría traer aparejadas el hecho de no llegar a un acuerdo; y ello porque el presupuesto esencial de la teoría es la justicia como imparcialidad, lo que no implica afirmar que la construcción sea incapaz de hacer valer la subyacente concepción de justicia como imparcialidad. Para poder aquilatar esa dicotomía, relación o dependencia, intentaremos trazar -siguiendo a Brian Barry²⁰⁶- una distinción entre constructivismo "duro" y "blando".

El primero, del que sería Rawls tributario en la *Teoría de la Justicia*, sostiene que una vez que la posición original ha sido especificada, no es necesario recurrir a nociones adicionales teñidas de moralidad. En esa tesitura, las partes, sólo tienen que preocuparse por avanzar hacia el logro de sus propios intereses.

En el constructivismo "blando", los agentes están motivados por consideraciones morales, en forma de argumentos que apelan a la afirmación de que se han de tomar en cuenta los intereses de todos, igualitariamente.

Se refiere esta cuestión, a la pregunta planteada repetidas veces desde las expresiones más puras del idealismo platónico hasta atravesar las formas más severas del escepticismo formal kelseniano -pregunta que nos recuerda siempre, aquella inteligente afirmación de Karl Popper cuando dice que hay dos clases de preguntas que nunca se deben formular: aquellas cuya respuesta es obvia y todo el mundo conoce, y aquellas otras que carecen de respuesta-; ésta, la que buscamos, es casi una paradoja entre la obviedad de lo evidente y la frustración de lo indiferente: ¿qué es la justicia?

²⁰⁶ Barry, Brian, *Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley.

Tal vez uno de los problemas que su respuesta sugiere es que la expresión "justicia" es usada en una enorme variedad de contextos y que el que más frecuentemente nos convoca en su utilización, es el de su uso como atributo de las decisiones legales. En ese nivel, y en una primera aproximación, podemos decir que una decisión es justa si está dictada en concordancia con la ley. Pero, supongamos que la ley de infortunios laborales, denegara compensación al trabajador, cuyo mal se pudiese de manifiesto años después de haber cesado el vínculo laboral, aún cuando no estuviera controvertido que su mal hubiese sido contraído en el curso de su relación de trabajo. Si nosotros sintiéramos que esa negativa es injusta, aún admitiendo que ha sido dispuesta en concordancia con la ley, podríamos seguir afirmando que la ley es injusta.

Entonces, quisiéramos centrar la cuestión más en las instituciones que en las decisiones individuales. En tal caso, las previsiones de la ley serían injustas. Podríamos afirmar pues, o que la ley es injusta, o que existen alternativas de regulación del caso, que contemplan con mayor sentido de justicia la situación y aún, podríamos afirmar que instituciones aún no creadas, formularían un más plausible sentido de justicia social, por ejemplo, un sistema que permitiera sistemática e indiscriminadamente, transferencia de ingresos de los países ricos en favor de los pobres.

Las instituciones pueden ser evaluadas desde diferentes puntos de vista. ¿Cuál sería el punto de vista de la justicia? Cuando preguntamos por la justicia de una institución, lo que en principio estamos haciendo es preguntarnos de qué manera en ella se distribuyen beneficios y cargas. La vigencia de una justicia social o distributiva debe ser una en derechos y discapacidades, privilegios y desventajas, igualdad o desigualdad de oportunidades, poder o dependencia, bienestar y pobreza, en suma.

Sin embargo, al mismo tiempo, debemos admitir que preguntar por la justicia de una institución, es mirarla desde un escorzo muy particular: es como mirarla como productora de beneficios y cargas. En esa línea de consideración, aspectos de las instituciones, que están fuera de los beneficios y cargas, deberán ser dejados de lado y ello nos convoca a situaciones en las cuales beneficios y cargas es meramente incidental, en algunas instituciones donde su justicia o injusticia están fuera de la cuestión. Pensemos en el ejemplo tantas veces invocado de la necesidad de subsidiar la gran ópera. No existe absolutamente ningún país, en el que el más excelso nivel de excelencia pueda ser mantenido por lo que se obtiene de la venta de entradas en las boleterías aunque se logra la

puesta en marcha de esos espectáculos con una mezcla de ayuda estatal y algunos sponsors privados.

Ahora bien, desde el punto de vista de la distribución de beneficios y cargas, podríamos considerarlo algo de algún modo extravagante. Desde esa óptica, ocurre que la carga tributaria al cuerpo social, se hace beneficiando a los pocos que les agrada y que pueden pagar la gran ópera, beneficiando obviamente a cantantes, bailarines y músicos cuyas retribuciones son total o parcialmente pagadas por el subsidio público.

Muchos sostendrán, lógicamente, que si el espectáculo no tiene capacidad económica para proveer a su propio sustento, aquél no debería proporcionarse. Pero el punto de subsidiar la gran ópera no es mejorar la equidad de la distribución de cargas y beneficios. Esos argumentos no muestran que haya nada malo en el subsidio. Lo máximo que podrían mostrar, es que sería demencial hacer un argumento en favor del subsidio afirmando que es una exigencia de la justicia social. La cuestión debe ser mostrada como que la gran ópera es uno de los magníficos logros de la civilización occidental y entonces, resulta plausible que una mínima fracción de ingreso de un país rico esté dedicada a mantener la ópera para las actuales y futuras generaciones.

No intentamos evaluar aquí si esto es o no acertado. Lo único que hacemos es tomarlo como modelo de instituciones en las cuales, la pregunta por la justicia o injusticia deviene irrelevante.

Más frecuentes son los casos en que la justicia es importante, pero no es la única consideración a su respecto. El sistema educacional provee un buen ejemplo. Hay por cierto muchas pautas para evaluar las instituciones educativas de una sociedad. Podemos aprobar o desaprobamos el sentido de la vida que la institución educativa pretende inculcar, su implicancia en el entendimiento de la humanidad en el mundo o su participación en la producción económica global y cuestiones semejantes.

Pero cuando miramos las instituciones educativas desde el punto de vista de la justicia, lo que queremos atender es el rol que ellas juegan en la transmisión de posiciones ocupacionales de generación en generación. Porque cuando preguntamos por el impacto del sistema educacional en la distribución de beneficios y cargas, la característica que deviene prominente es el modo en que la calificación educacional, se convierte en la llave de acceso a deseables niveles de ocupación laboral.

El sistema educacional deviene así como un sistema para la mayor o menor igualdad distributiva de oportunidades para adquirir esas cali-

ficaciones. Desde esa óptica, el contenido de la educación es mucho menos importante que el método para determinar las chances para adquirir calificaciones más valiosas. Ilustremos esto con un ejemplo. Las posiciones burocráticas, en sociedades tan diferentes como la vieja China y la moderna Inglaterra, han estado edificadas sobre el resultado de exámenes cuyo contenido tiene muy poco que ver con el conocimiento necesariamente requerido para la función deseada. Algunos han defendido, por ejemplo, la práctica de reclutar el personal civil en la India, sobre la base de la habilidad para componer poesía en griego y latín, argumentando que ese es tan buen test como cualquier otro en habilidad general. Si se hiciera saber en el futuro que tener experiencia en guaraní puede ser el criterio, esto sería lo mismo; aquéllos que pudieran producir las mejores aproximaciones a los guaraníes, serían los mejores candidatos a las mejores posiciones administrativas del Estado.

Uno podría, razonablemente, cuestionar esa creencia de que la habilidad general se pone de manifiesto escribiendo preferiblemente algún idioma muerto, como idea básica para reclutar personal de la administración pública. Pero eso no es en sí, una cuestión de justicia. Lo que lo hace una cuestión de justicia, es si el contenido del examen tiene una profunda influencia en el acceso a los empleos. Si el latín y el griego, están sólo en las posibilidades formativas de los segmentos minoritarios más adinerados de la población y no hay casi ninguna referencia a ellos en las escuelas comunes, el sistema de reclutamiento funciona entonces con un criterio restrictivo en favor de los hijos de esos estratos minoritarios.

18. LAS IDEAS DE ROBERT NOZICK

Hemos hecho referencia al refrescante movimiento de ideas que produjo la publicación de *Teoría de la Justicia* de John Rawls.

De este movimiento, tal vez una de las más importantes contribuciones sea la de este joven colega suyo en Harvard, que sólo tres años después de la aparición del libro mayor de Rawls, publicó su propia concepción de la justicia, en uno de los más sustanciosos capítulos de su libro *Anarquía, Estado y Derecho*²⁰⁷, fortalecida en la posterior entrega del

²⁰⁷ Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Derecho*, trad. Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1988; (primera edición en inglés: New York Basic Books, 1974).

año 1981²⁰⁸, que generó un debate público, con algunos ribetes de inusual ferocidad²⁰⁹. La diferencia básica que podría anotarse entre ambas expresiones sobre una teorización de la justicia, podría resumirse en la significación americana de las expresiones “liberal” para Rawls y “libertario” para Nozick, entendiéndose por ellas, el significar una ideología de centro-izquierda para Rawls y decididamente de derecha para Nozick, no obstante que somos conscientes que con estas expresiones tan fuertemente cargadas de ideologización, poco contribuimos a comprender filosóficamente la diferencia.

En pocas palabras, podría decirse que Rawls intenta dibujar un adecuado equilibrio entre “igualdad” y “libertad”, con una muy especial atención respecto de las necesidades de los que se encuentran en la sociedad en la posición social menos ventajosa. Por el contrario, Nozick se abroqueló intensamente en la noción del “tener derecho” (entitlement)²¹⁰, en el sentido de que un mundo justo sería aquél en el que todos y cada uno tuvieran todo aquello a lo que tuvieran derecho, sin ninguna referencia a sus necesidades o desigualdades.

Lo cierto es que así como la preocupación que exhibe Rawls por la igualdad universal y por la libertad individual, hubieran sido ininteligibles para Platón y aún para Aristóteles, es menester que la muy intensa dedicación de Nozick hacia los derechos a la propiedad privada, con total olvido del concepto de comunidad solidaria, hubieran espantado también a esas cumbres del idealismo helénico; coincidiendo curiosamente en una total despreocupación por el concepto de “merecimiento” (desert)²¹¹, que muchos filósofos, han considerado el verdadero meollo de la problemática de la justicia.

Nozick ilumina un aspecto de la justicia que había sido abandonado por las teorizaciones del pasado siglo: la concepción de una justicia legal conectada a los derechos y a la titularidad de los derechos, lo que considera, es la esencia misma de la justicia. La titularidad de los derechos, depende de lo que se haya hecho en el pasado. La justicia, en su teoría, depende fundamentalmente de las posesiones o de las pertenencias, término que no está limitado sólo a lo material y que comprende tres tópicos mayores.

²⁰⁸ Nozick, Robert, *Philosophical Explanations*, Cambridge Harvard University Press, 1987.

²⁰⁹ *Esquire Magazine*, March 1983.

²¹⁰ Ver el pensamiento de Lloyd Weinreb en el apartado siguiente.

²¹¹ *Idem*.

El primero, es el de la adquisición original de la propiedad o posesión de la cosa, la apropiación de la cosa que tenemos, que incluye el tema de cómo nos apropiamos de las cosas que no tenemos, de los procesos por los cuales la apropiación de las cosas que no poseemos es legítima, al que llama *principio de justicia en la adquisición*. El segundo se ocupa de la transmisión de esas posesiones o pertenencias de una persona a otra y analiza cuáles son los procesos y mecanismos por los cuales una persona puede transferir a otra sus posesiones, y lo denomina *principio de justicia en las transferencias*. Y el tercero se origina en la existencia de injusticias pasadas (anteriores violaciones a los principios de adquisición y transferencia señalados) y se enuncia como el principio de *rectificación de las injusticias*.

El pleno principio de justicia distributiva dirá simplemente que una distribución es justa, si cada uno tiene derecho a la posesión que tiene bajo esa distribución. Una distribución es justa, si surge de otra justa distribución por medios legítimos y los medios legítimos son especificados por el principio de justicia en las transferencias. Cualquiera sea lo que surja de una justa distribución, por justos procedimientos, es en sí misma justa.

Nozick también parte del imaginario estado de naturaleza, pero para él, es fundamentalmente un experimento del pensamiento en el que se establecen las varias posibilidades racionales para la constitución y la justificación de la sociedad. O, más propiamente, es una cuestión de la justificación por el estado, pero no por la sociedad como tal, porque Nozick es sabiamente abstemio respecto de la cuestión del estado de naturaleza de la sociedad y de las comunidades humanas.

¿Qué es lo que justifica el poder del estado y cuánto poder está justificado? Para contestar a estas preguntas, Nozick, rastrea en algunos temas de Locke respecto de la protección de la propiedad, y de cómo podemos asegurarnos a nosotros mismos, una mutua seguridad sin necesidad de la imposición del Estado. Él considera la posibilidad de varias "sociedades o asociaciones protectivas" que pueden hacer el trabajo, y argumenta que por necesidad aunque no por designio, un Estado -sólo si es un Estado pequeño- sería el producto inevitable de esos esfuerzos variados.

Los individuos en el estado de naturaleza descrito por Locke, están en un estado de perfecta libertad en orden a sus acciones y a la disposición de sus posesiones sin las ataduras de la ley de la naturaleza, sin

dependencia de la voluntad de ninguna otra persona. Las ataduras de la ley de la naturaleza, requieren que nadie cause daño a otro en su vida, en su salud, en su libertad o en sus posesiones. Algunas personas transgreden esos límites, invaden los derechos de otros y dañan a los demás y en respuesta, el pueblo, la gente, puede defenderse de esos transgresores e invasores de derechos. La parte afectada y sus agentes pueden reclamar de los ofensores, tanto cuanto sea necesario para satisfacer el daño que han sufrido.

Todos tienen el derecho de castigar a los transgresores de esa ley, a tal punto que pueden obstaculizar su violación; cada persona puede retribuir al criminal, tanto cuanto una calma y consciente razón dicten, lo que sea proporcional a esa transgresión, que sea tanto como para servir de reparación.

En el estado de naturaleza, la ley natural comprendida, puede no proveer a todas las contingencias de un modo adecuado y el hombre que juzga en su propio caso, siempre puede darse a sí mismo el beneficio de la duda y asumir que está en lo cierto. Probablemente, él sobrestime el monto de los daños y el padecimiento sufrido, y la pasión puede conducirlo a punir a otros desproporcionadamente, reclamando excesivas compensaciones. Esos esfuerzos personales y privados respecto de los propios derechos (incluyendo esos derechos que son violados cuando uno es excesivamente punido) nos conducen a la enemistad; a una interminable serie de actos de venganza y de exacción de compensaciones.

No hay un modo firme de solucionar esas disputas, para finalizarlas y para que las dos partes sepan que han terminado. Aún cuando una de las partes diga que va a terminar los actos de venganza, la otra sólo podrá descansar seguro, si sabe que la primera aún no se siente con derechos para ganar recompensas o una precisa retribución, y en consecuencia, con derecho a esperar una ocasión promisorio que se le presente.

Cualquier método que un individuo pueda utilizar en un intento irrevocable para amarrarse y poder así finalizar su parte en una enemistad, le ofrecerá insuficiente seguridad a la otra parte; los acuerdos tácitos para terminar también serán inestables. Ese sentimiento de ser mutuamente obstinados, puede ocurrir aún con los derechos más claros, y con los acuerdos de unión respecto a los hechos de la conducta de cada persona; siempre hay oportunidad para esa batalla vengativa, cuando el hecho o los derechos son de alguna manera poco claros.

Aún en el estado de naturaleza, una persona puede carecer del poder

para defender sus derechos, puede ser inhábil para castigar o lograr la exacta compensación de un poderoso adversario que haya violado los suyos.

19. JUSTICIA PLENA: TITULARIDAD Y MERECIMIENTO

La tesis de Lloyd Weinreb

La justicia ha sido, desde las más remotas épocas de la humanidad, la respuesta que el hombre ha pretendido darse para el interrogante que plantea la convivencia, frente a la necesidad de lograr la más ajustada coordinación posible de las diferentes acciones humanas.

Kelsen, en un párrafo magistral que exhibe un profundo escepticismo cargado de necesidad y de anhelante búsqueda nos dice: “Desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas, desde que la sociedad como tal se ha hecho problema y este problema es más viejo que cualquier otro objeto de conocimiento, incluso que el denominado Naturaleza, no ha cesado de preocupar la cuestión de un ordenamiento justo de las relaciones humanas. Y a pesar de que esa cuestión ha ocupado como apenas ninguna otra, tanto nuestro pensamiento como nuestro sentimiento y voluntad hasta lo más profundo; a pesar de que se han afanado por ella, las mejores cabezas, los corazones más apasionados, los puños más fuertes; a pesar de que toda la historia, toda la historia de sufrimientos de la humanidad, puede ser interpretada como un intento único, siempre renovado bajo los más horribles y sangrientos sacrificios, por dar respuesta a esa cuestión, permanece hoy para nosotros tan falta de ella, como en el instante que por primera vez relampagueó en un ‘alma humana’, la del primer hombre, este terrible secreto de la ‘justicia’.”²¹²

Hay así para Kelsen una justicia humana, relativa, imperfecta, que coincide con el derecho positivo y eventualmente una justicia absoluta, divina, que es un secreto de la fe.

Sin embargo, al lado de ese desgarrador pirronismo, es necesario admitir que esa búsqueda genérica de toda la historia de la humanidad y particularmente los desvelos de la filosofía moral, han ido haciendo aportes fecundos en esa problemática.

²¹² Kelsen, Hans, *El derecho natural y otros ensayos*.

Lo que nos proponemos ahora es examinar un aporte de otro maestro de Harvard, que se hace en una línea argumental diferente y en un plano ético distinto. Nos referimos a un libro aparecido en 1987, publicado por Harvard University Press, cuyo autor es Lloyd Weinreb, Professor of Law on Harvard Law School, autor también de un trabajo anterior cuyo título podría traducirse como “Denegación de justicia”²¹³.

Weinreb, en el capítulo que dedica al examen de este problema, advierte que hay dos nociones que están muy vinculadas la una a la otra y a su vez ambas, próximas a la idea de justicia, que son el “tener derecho” o “estar facultado” (entitlement) y el “merecimiento” (desert), que obviamente no son equivalentes y además, en algunos supuestos pueden entrar en conflicto. La mayoría de las veces, cuando ambas aparecen para ser satisfechas o al menos ninguna es claramente insatisfecha, ambos términos pueden ser utilizados sin problemas, vinculados a los aspectos de una situación que uno desea enfatizar, y ambos pueden ser intercambiablemente usados con “justicia”.

La idea de “estar facultado” requiere que pensemos que en la persona a la cual la regla es aplicada, como sujeto de la regla, su exigencia es satisfecha sin mirar nada a su respecto, como alguien que, más allá de esa consecuencia, satisfará las condiciones para la aplicación de la regla.

Alguien que está facultado para recibir un beneficio, no tiene que probar adicionalmente que trabajó duro para conseguirlo, o que lo necesita realmente, o que lo usará efectivamente. Es suficiente con que esté facultado. Alguien que ha sido pasible de una penalidad, no compromete la justicia de su imposición probando que usualmente se porta mejor, o que se portará mejor en el futuro; solo es suficiente que la pena le sea prescripta e imputada.

Además, no obstante que el reclamo de justicia penda de una regla, una vez que se ha determinado que la regla es aplicable, las razones subyacentes de la norma y su relevancia o irrelevancia a un caso particular, son de ninguna importancia.

Desde ese escorzo, si pensamos en justicia como en “estar facultado”, la conexión entre la ley y la justicia se exhibe fuertemente, y desde este punto de vista, afirmar que la ley aspira a hacer justicia es correcto.

El meollo de la justicia como el “estar facultado” describe a la ley como lo mejor.

²¹³ *Denial of Justice: criminal process in the United States*, Free Press, New York, 1977.

La concepción de la justicia que puede oponerse a este concepto que terminamos de analizar, de justicia como “estar facultado” o “tener derecho” (entitlement), es el de hablar de ella como “merecimiento o retribución” (desert). En ese terreno, alguien puede resistirse a aplicar una regla, sin cuestionarse que esa sea la regla aplicable o que las condiciones para su aplicación estén dadas. Él puede simplemente afirmar que la aplicación devendría injusta; y si fuera exigido de una explicación ulterior, sería como decir que la persona afectada por la decisión no fuese razonablemente merecedora de las consecuencias (beneficiosas o dañosas) de su aplicación. La operatoria de la regla podría ser totalmente instrumental hacia los objetivos de aquellos que la formularon (legisladores) y son responsables de su aplicación (jueces). En tal caso, la objeción a su aplicación, en base a un criterio retributivo de merecimiento, no puede ser opuesta a un reclamo de “tener derecho” o “estar facultado” (entitlement).

Si nos ubicamos en el plano del “estar facultado”, el aplicador debe preferir primero a una norma y después, eventualmente, a las circunstancias que la hacen aplicable. Por el contrario, una típica referencia a los criterios de merecimiento (desert) comienza con una información respecto de la persona que es acreedora a ello. La adscripción de responsabilidad conduce a una conclusión de retribución.

Sin embargo, es posible desafiar a la conclusión cuestionando la adscripción de responsabilidad, tanto aceptando la descripción de los hechos en todos los otros aspectos y aún aceptando los principios normativos que la atribuyen. Ese desafío incluye lo que llamamos excusas. A veces una excusa llega al límite de negar que nuestra mala conducta produjo el evento, sugiere que miremos hacia otro lado de la situación por la causa significativa y consideremos a la persona involucrada sólo como un nexo físico entre la causa y el efecto. Alguien en un ómnibus que choca empuja a una persona y puede explicar: “fui empujado” o “el ómnibus frenó abruptamente”; otras excusas pueden ser las que reconocen la intención del autor pero niegan su responsabilidad, cuando se afirma “es sólo un niño” o “estaba en estado delirante” o “es un adicto”. Se puede admitir que esa conducta fue intencional y que es responsable por ello en general, pero negando responsabilidad en el particular sentido que lo hace ser violador de un principio normativo.

Las excusas pueden aproximar una negativa de que la conducta violara un principio normativo. Sin embargo, el alcance sugiere que la respon-

sabilidad cae en algún sentido entre las premisas descriptivas y normativas, pero éstas no pueden negar los hechos ni el principio normativo del que depende la atribución.

El autor comentado analiza esta problemática del merecimiento básicamente en el plano moral. No obstante que ese es probablemente el uso paradigmático del concepto, hay muchas situaciones familiares en las que nos referimos a una persona como “merecedora de algo”, sin calificación concreta a un juicio moral. Una persona puede, sin ser indeseable, no merecer un particular merecimiento. Podemos también pensar en una persona que fracase en el logro de un nivel de indeseabilidad en sentido fuerte, que no es lo mismo que merecer una pena. Retacearle una propina al mozo que trae un pedido equivocado, no juzga sobre la moralidad de su acción.

La responsabilidad es el correlato de la libertad. Uno no es responsable por conductas que no están determinadas por uno mismo y consecuentemente no pueden serle atribuidas consecuencias por ello. Más obviamente todavía: uno no es responsable por circunstancias que están más allá de su control, en tanto esas circunstancias no sean el producto de su libertad.

Pero, en esa hipótesis, salvo que las circunstancias en las cuales una persona actúa estén preparadas con arreglo a sus merecimientos, ellas serán siempre arbitrarias desde un punto de vista moral; y salvo que esas circunstancias merecidas determinen totalmente su acción, con la exclusión de cualquier determinación de inmerecidas circunstancias o cualquier indeterminación, una atribución de merecimiento conforme a como él ejerció su libertad, será también moralmente arbitraria.

Si la libertad requiere merecimiento, parecería requerir que el ejercicio de la libertad en sí mismo sea determinado conforme al merecimiento. Pero si el merecimiento, requiere libertad, esto es tautológico o contradictorio. El merecimiento no puede depender de la libertad y al mismo tiempo la libertad depender del merecimiento.

El dilema que confrontamos no es el de que algunos aspectos de nuestra vida parecen no estar conformes a nuestros merecimientos.

Más bien, si el merecimiento es una implicación de responsabilidad y la responsabilidad es una implicación de libertad, entonces ningún aspecto de nuestra vida podrá satisfacer las exigencias del merecimiento.

Salvo que rechacemos la idea de un orden social totalmente determinado de conformidad con el merecimiento, entonces no habrá libertad;

salvo que el orden social esté totalmente determinado de conformidad con el merecimiento, no existe la libertad. De cualquiera de las dos formas no hay merecimiento.

Supongamos el caso de un joven procesado por robo y que fuera detenido en flagrante delito asaltando a alguien por tercera vez. Se le ha probado el delito y es traído ante el juez para que éste pronuncie la sentencia. El reo pide permiso para hablar y expone ante el juez que nació con una indudable discapacidad. Nació físicamente débil, intelectualmente limitado y poco agraciado. Durante su niñez estuvo gravemente desnutrido; ninguno de sus progenitores, que fueron criminales en su juventud, demostró el menor interés por su bienestar. No tuvo educación adecuada y ni normas éticas, morales o siquiera de buen comportamiento le fueron inducidas en el vecindario. Él nunca pidió nada de eso, pero tampoco le fue ofrecido ni se le dio la más mínima elección al respecto. Desde ningún punto de vista puede aceptarse que él merecía esas circunstancias. El juez no obstante señala que muchas otras personas han tenido en la vida circunstancias gravemente desfavorables y no por ello se hicieron criminales. El joven procesado responde que contrariamente a ello, muchas otras sí lo han hecho, muchas más que aquellas otras que han crecido en un ámbito de bienestar y felicidad, aún cuando de estos ámbitos hayan salido criminales. Es entonces absolutamente irracional hablar ahora de merecimientos (la pena que le será infligida), cuando todo el desafortunado curso de su historia fue absolutamente inmerecido.

La respuesta utilitaria prescinde de toda argumentación circunstancial que se aleje de la necesidad de actuar conforme a los requerimientos de los merecimientos. Así el joven criminal merece ser castigado por haber cometido un delito. Pero por eso, ¿vamos a creer que él merece haber nacido incapaz, feo y un poco estúpido, haber tenido padres que se hayan preocupado tan poco por él y haber sido criado en un barrio marginal? Si el merecimiento individual depende de un orden de antecedentes generales de merecimiento, ¿hay realmente una alternativa para la consideración utilitaria?

La justicia completa -según el punto de vista que estamos examinando- satisface las dos ideas que hemos expuesto, estar facultado o ser titular (entitlement) y merecerlo (desert). Si el título de una persona es merecido o si su merecimiento es reconocido como su título, el reclamo de justicia es como el uso ordinario y fuerte y permite utilizar ambos términos intercambiados, conforme a cuál de los aspectos queremos enfatizar. No

obstante, algunas veces, titularidad y merecimiento chocan inevitablemente. Una persona puede tener título a algo que no merece como en el caso del heredero aparente, o puede merecer algo para lo que no tiene título, como el fiel servidor que atiende larga y lealmente al moribundo testador y no es mencionado por éste en el testamento²¹⁴.

En estos casos, tenemos que decidir de alguna manera a cuál preferimos. Si el título prevalece, debemos desestimar contrarias consideraciones al merecimiento, con la observación de que la ley es clara y precisa. En los casos excepcionales en que está pormenorizadamente explicitado que el merecimiento debe prevalecer sobre la titularidad, el primero estaría como referido a una "ley superior", a una suerte de pequeño reconocimiento de titularidad después de todo.

Ser titular y merecerlo pueden diferir, porque el primero depende enteramente de la aplicación de una regla y se desentiende de toda consideración que esté fuera de ella, mientras que el merecimiento atiende exclusivamente al ejercicio de la responsabilidad individual. No obstante, la regla puede funcionar y ser aplicada conforme al merecimiento y las circunstancias pueden no funcionar como nosotros supusimos que funcionarían.

Aún cuando la sustancia de una titularidad pareciera adecuada con el merecimiento, la primera tiene típicamente una especificidad que le falta a la última. Una titularidad indefinida reclama más articulaciones de la regla de la cual ella depende. El merecimiento, no es puesto como prueba de especificidad y aún la resiste.

Si existe un conflicto entre titularidad y merecimiento, estamos tentados a resolverlo, anotando en el primero lo limitado al rango de la aplicación de la regla bajo el cual se alza. La idea de una ley injusta es familiar. Algunas veces atribuimos la injusticia simplemente a un error, imputable a nuestra incapacidad de prever todas las circunstancias que eran reclamadas por la aplicación de la ley.

²¹⁴ La cita nos recuerda -no sé si deliberadamente o no- al caso examinado por Luis Recaséns Siches en *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 256 y sigs., Fondo de Cultura Económica, México, 1956; expuesto por Fred L. Gross en *¿What is the verdict?*, p. 115 a 161, New York, 1944; el cual llegó en apelación hasta la Corte Suprema del Estado de Nueva York y en el que se desestimaron los reclamos de Ida White contra la familia Moore, en un caso que contiene los hechos relevantes fundamentales del aquí referido y que es tal vez uno de los radicales más poderosos en la elaboración de Recaséns de su teoría del "logos de lo razonable".

En esos casos, somos capaces de corregir el error, por lo menos después del hecho, a la vista de lo que hemos aprendido. O podemos reconocer que el título otorgado por la ley no es merecido, pero defenderlo; no obstante, sobre la base de que la ley ha tenido otro propósito válido y no está vinculada para nada a la justicia. Prever de que una titularidad no dañe a una persona en contra de su merecimiento, no es injusto. De una u otra forma, este es el corazón de la justificación utilitaria de la ley, que se expresa en los debates como la “política del público”. O podemos concluir que la ley es central y al final inconsistente con los merecimientos de aquéllos a quienes afecta, como cuando paradigmáticamente nos preguntamos si una ley no es demasiado inocua para ser obedecida.

La familiaridad de estos ejemplos favorece el punto de vista de que la justicia plenamente considerada es merecimiento y titularidad. De alguna manera es una formal y sospechosa aproximación a la realidad de las cosas. Desde ese enfoque, una titularidad puede ser justa o injusta: sólo hay justos merecimientos. Pero el merecimiento sin título, es una inadecuada concepción de la justicia. Si rechazamos una titularidad como inconsistente con el merecimiento no podemos en ese caso, afirmar la justicia sólo como merecimiento, desgajándola del título. En tal caso, deberíamos afirmar la justicia como merecimiento que se base en otra regla. Desde una perspectiva de justicia plena, una declaración no calificada de que alguien tiene título para ganar una recompensa, excluye la posibilidad de que otro la merezca; porque si algún otro la merece, la regla de la que depende el título de una persona no sería válida. Del mismo modo, una declaración de que alguien merece una recompensa, excluyendo la posibilidad de que una regla dé título a otro para ello; porque si hubiese esa regla, la persona anterior no podría ni debería estar calificada para ello.

La titularidad tiene la misma relación con el merecimiento que los acontecimientos naturales, que pueden ser, pero no necesariamente, conforme a los merecimientos. Las reglas que crean titularidades intervienen en el curso de los acontecimientos, como si ellos se produjeran sin las reglas. Ellas son un subtítulo y desplazan a las leyes de la naturaleza. Nosotros podemos no advertir esas similitudes, porque las reglas y los títulos que ellas prescriben, son deliberadamente adaptadas para un fin y tiene efecto en y a través del comportamiento humano, mientras que las leyes naturales sólo describen los modelos de los acontecimientos naturales (incluyendo el comportamiento humano).

La justicia, no obstante, es inalcanzable, no sólo porque los seres humanos somos débiles, sino porque la idea en sí misma es antinómica. Un orden moral natural, en el que cada uno consiga lo que se merece, excluye la posibilidad de significativas acciones determinadas por uno mismo y consecuentemente elimina la posibilidad misma del merecimiento. Si todos los seres, siempre y en todas partes tuvieran lo que es justo, no habría espacio para el ejercicio de la libertad, lo que se convertiría en una carta salvajemente perturbadora. En los únicos términos que podríamos describir ese inevitable y perfectamente ordenado curso de lo natural, ello desplazaría totalmente a la libertad.

La justicia es, en esta tesis, merecimiento con arreglo a la libertad; pero ello es así en tanto la libertad esté de acuerdo al merecimiento, que es lo que el autor comentado entiende en una comunidad humana como titularidad. El merecimiento debe ser encausado entre la fundamental oposición entre la libertad y el determinismo causal.

PARTE II

**LOS CONTENIDOS
DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA**

VIII

EL PROBLEMA ONTOLÓGICO JURÍDICO

1. GENERALIDADES

A partir de la aristotélica expresión de *philosophia prima* con la que el Estagirita se refirió tanto al estudio del ente en cuanto ente, como al estudio de un ente principal supraordinado a todos los demás, la preocupación ontológica, como principal disciplina filosófica, fue objeto de meditación por autores escolásticos y utilizada por Bacon y por Descartes para referirse a la raíz de toda la ulterior problemática filosófica. Esta ontología de raíz aristotélica, muy amalgamada con nociones metafísicas, es acogida en trabajos valiosos de von Meinong, Max Scheler y Martin Heidegger, en los que se produce un verdadero renacimiento que despierta de la vacuidad de algunas expresiones del positivismo y aún del neokantismo, que languidecía a comienzos del siglo. Tal vez la mejor sistematización sobre aquellas primeras indagaciones respecto de la problemática ontológica, profusamente difundida por sus discípulos en gran número de cátedras alemanas en el siglo XVIII, sea la obra de Christian Wolff, que debe de ser, aún hoy, la única exposición compendiada de todos los problemas del ser.

Hegel, después, en un plano de incomparable y profundo rigor, retoma la preocupación ontológica, aunque esclavizada a su idealismo dialéctico de la razón y todo esto, sin olvido por cierto, de la gran polémica sobre los universales, que preocupó tanto a Duns Escoto como a Occam, con raíces incluso en San Anselmo y en Abelardo, y que no encierra sino un debate ontológico sobre la posición de las esencias.

Esta brevísimas introducción sólo pretende señalar que el hilo conductor del problema del ser, no obstante las obstrucciones, intermitencias y desviaciones que pueda haber experimentado en su devenir histórico, se

contorna con toda claridad desde la *Metafísica* de Aristóteles -que seguirá siendo probablemente la obra más importante del tema ontológico-; y aunque a partir de las más recientes y trascendentes contribuciones de Nicolai Hartmann -el retorno de los esquemas deductivos y apriorísticos no puede ser centro de interés de ningún esfuerzo fecundo en nuestros días-, sirve para recortar el nítido perfil de la disciplina ontológica como la más sólida conquista de la filosofía.

La ontología como porción de la filosofía, más allá de su significación etimológica o filológica -a partir del genitivo "ontos", que constituye su raíz y que simboliza "la teoría del ente"-, quiere definir la estructura de cada ente y persigue un intento clasificatorio de los entes aspirando a ser una teoría del ser en general, señalando las especificidades propias de cada uno de las que son comunes y de las otras que los categoriza como tales. La ontología es, pues, una investigación del ser en cuanto tal, y referida al plano de la juridicidad, apunta como primera preocupación a la determinación del objeto propio de las ciencias del derecho.

2. LA TEORÍA DEL OBJETO. CLASES DE OBJETOS

La teoría del objeto se propone determinar las distintas clases de objeto que se dan en la realidad universal y agrupados éstos en categorías, adscribir a ellas las correspondientes determinaciones más generales y hasta las más específicas. Es, pues, la teoría del objeto una parte de la ontología, si se entiende a ésta en el sentido precedentemente apuntado, como una disciplina que investiga el ser en cuanto tal y es también una teoría supraordinada a la ontología, si se la considera como una porción de la metafísica, como una investigación fundamental de lo "en sí".

Hay coincidencia entre los filósofos acerca de la absoluta infinitud de los objetos, que hace que éstos sean ilimitados. No obstante ello, se advierte una tendencia a buscar su agrupamiento teniendo en cuenta las características más genéricas de los objetos, tendencia que se hace manifiesta en quienes expresamente elaboran clasificaciones de los objetos u ontologías regionales -caso de Husserl²¹⁵, Whitehead²¹⁶ y Müller²¹⁷, por

²¹⁵ Husserl, Edmund, *Investigaciones lógicas*, 1929.

²¹⁶ Whitehead, Alfred North, *An Enquiry Concerning the Principles of Natural Knowledge*, II-VIII, 1920.

²¹⁷ Müller, Aloys, *Introducción a la filosofía*.

sólo citar algunos- y que de alguna manera se sugiere en otros que sin intentarlas expresamente, dividen el universo en un mundo sensible y un mundo inteligible o aquellos que establecen una distinción entre la sustancia pensante y la sustancia extensa, y también en quienes hablan del ser finito y del ser infinito.

Vamos a seguir a continuación, en forma simplificada y sinóptica, la clasificación formulada por Aloys Müller en la obra mencionada en la cita, que ha tenido una muy vasta difusión y sin que ello implique una elección por descarte de las otras elaboradas.

Siendo la clasificación un mero agrupamiento, colección, serie, grupo o conjunto de entidades -en el caso de objetos-, lo importante aquí, como en todo intento clasificatorio, es el criterio a partir del cual se haga la clasificación y en consecuencia no interesará tanto la denominación de sectores o regiones de objetos en los cuales encasillar la infinidad de objetos que registra la realidad universal, cuanto más bien tener la inequívoca certeza de que tal agrupamiento permite abarcar y comprender la totalidad de esa ilimitada cantidad de objetos ya referida.

Müller distingue:

a) *Objetos reales* u objetos que poseen realidad en sentido estricto, incluyendo en este género tanto los objetos físicos como los psíquicos, que se diferencian en que, siendo la característica del género la temporalidad, los físicos agregan a ella la espacialidad, mientras que los psíquicos son inespaciales. Podría agregarse a las notas señaladas la de causalidad entendida como una interacción.

b) *Objetos ideales*, cuyas características son totalmente contrarias a las de los objetos precedentes, es decir que son intemporales, inespaciales e incausales, o que a su respecto no es posible registrar interacción; pertenecen a este sector los objetos matemáticos, las relaciones ideales y los objetos de la geometría.

c) *Valores*, cuyo ser consiste en el valer, categoría esta que otros autores -como Husserl- prefieren agrupar como objetos culturales, ya que la valiosidad no sería sólo patrimonio o característica de esta categoría sino que se extendería también a los metafísicos.

d) *Objetos metafísicos*, cuya función es casi una unificación de los grupos anteriores, ya que el objeto metafísico, como absoluto, contiene como elementos inmanentes todos los otros objetos tratados por las ontologías regionales y entre los cuales cabría mencionar a Dios, la vida, la sustancia y la esencia.

Si tal agrupamiento es completo -ese o cualquier otro por cierto-, si tal selección de regiones ontológicas está bien hecha, todos los objetos que integran esa enorme expresión que hemos llamado universo, deben tener cabida en algunos de los conjuntos en que se ha sectorizado la totalidad, y en consecuencia, deberá ser posible un encasillamiento del derecho en algunos de ellos.

3. EL OBJETO PROPIO DE UNA CIENCIA

En pocas disciplinas como en el derecho la polémica respecto de su objeto propio, ha sufrido tantas vicisitudes. Generalmente el sector de objetos que corresponde a la preocupación científica aparece con tanta claridad recortado del todo universal que integra -sobre todo en las ciencias naturales-, y son sus perfiles tan nítidos que, por ejemplo, nunca el botánico o el zoólogo han tenido que detenerse en la consideración del ser del objeto de su saber. O aún cuando ello fuera posible, por lo menos ningún botánico ni ningún zoólogo dudaron jamás de que, el respectivo objeto de su preocupación científica, fueran, respectivamente, los vegetales y los animales.

En cambio, cuando se abandona el campo de las disciplinas naturalistas y se ingresa en el sector de las ciencias del espíritu, recortar los perfiles del objeto de cada una de ellas es labor que se complica sensiblemente, ya que este objeto, no le es dado al investigador con la insobornable evidencia de la objetividad actual. Se advierte, por tanto, que en disciplinas como la sociología, descubrir la especificidad de lo social ha costado penosos esfuerzos de investigación a quienes han recorrido los senderos de ese saber. Pero en la mayoría de los casos, aunque los esfuerzos hayan sido laboriosos, se ha logrado establecer un objeto de la ciencia y a partir de él se han desarrollado todos los logros de la doctrina que emergen de aquella consideración temática.

No obstante, existen ramas de la ciencia, como la psicología, cuyos cultores polemizan aún sobre el objeto de su saber. Para algunas doctrinas el objeto de la psicología, al que se accede sólo a través de la introspección, es sólo "el examen de mí por mí"; es decir, el objeto de la psicología es, para ellas, el comportamiento; pero no se agota ahí la polémica, pues hay autores que asignan al "tú" el carácter de objeto de la psicología, y entonces ese objeto es un hombre, pero considerado como una conciencia objetiva localizada en el mundo de los objetos.

Por tanto, haciendo una sistemática sinopsis de estos breves razonamientos, encontraríamos tres distintas actitudes científicas, tomando como criterio el objeto.

Aquellas ciencias en las cuales la localización y situación de su objeto no ha sido jamás siquiera problema de debate teórico; aquellas otras en las que, habiendo sido objeto de polémica, se ha llegado a una definitiva conclusión, a partir de la cual, los esfuerzos posteriores se desenvuelven, y otras, por fin, en las que el debate respecto del objeto de la consideración científica sigue siendo polémico.

Entre éstas ocupa sin duda lugar preponderante el derecho, no sólo porque haya divergencia en la doctrina con respecto a la naturaleza del objeto de su temática, sino por la singular circunstancia de que ésta ha transitado, en su consideración teórica, casi por todas las diferentes regiones que recorta la ontología.

a) La polémica sobre el objeto propio de la ciencia del derecho

Pocas disciplinas científicas debe haber, tal vez ninguna, en las cuales el objeto propio de ellas haya sido motivo de tanta opinión divergente. Casi podría afirmarse, que todas las distintas regiones que cabe recortar en el inmenso mundo de los objetos, han sido consideradas, en algún momento, albergue adecuado para el objeto propio de la juridicidad.

Kelsen ha postulado que el objeto propio de la ciencia del derecho son las normas jurídicas, actitud ésta que, como consideración del derecho en su "deber ser", de alguna manera ha sido compartida por Grocio y por Kant en su sistema de derecho natural.

La egología ha enseñado que la circunstancia de que el derecho sea mentado por las normas, no debe alterar el punto de inserción de lo jurídico, que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, o libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia.

Todo el jusnaturalismo antiguo y aún el iluminismo renacentista, han elaborado el derecho a partir del concepto de "naturaleza".

Las expresiones de jusnaturalismo escolástico le hacían derivar de las ideas de "inmutabilidad y eternidad de la razón y del obrar Divino".

Savigny y el historicismo creen que el derecho es algo real, empírico, que se da en la historia y por lo tanto en el tiempo y en el espacio, pero derivado del "alma popular", con lo cual tiñen su concepción empírica de una tonalidad metafísica.

Las expresiones del realismo postulan la “mera facticidad” como objeto del derecho, pensamiento este en nuestro días sustentado tanto por las escuelas norteamericanas como escandinavas, y que puede considerársele ya en forma larvada en Hobbes. En el templo de la justicia romana, que Justiniano se envanecía de haber erigido, se piensa en un derecho común a hombres y bestias, cuyo fundamento sería la naturaleza animada.

No creemos haber agotado el mosaico de doctrinas que hacen de la determinación del objeto del derecho un tema importante, ya que casualmente, en razón de ser este tema tan polémico, todos aquellos que intentan una consideración científica acerca del derecho, se consideran obligados a expresar su punto de vista con respecto a su realidad esencial, lo cual explica que se hayan llenado bibliotecas alrededor de esta aporía.

Puede afirmarse que la mayoría de las doctrinas contemporáneas atienden a más de una dirección, o dicho de otra manera, consideran “objeto” de la ciencia del derecho, no un único objeto, sino a éste, en inescindible relación con otro u otros, diversificando sus direcciones en un pluridimensionalismo o polimorfismo del objeto del derecho.

Así, por ejemplo, el tridimensionalismo, reconoce tres dimensiones en el mundo del derecho: la dirección sociológica, la dirección axiológica y la dirección normativa, y por tanto, el ser del derecho, es tanto facticidad, como valor, como norma.

El trialismo incluso²¹⁸ no se contenta con una simple actitud tridimensional, que es compartida por los ególogos, por el integralismo jurídico, por las concepciones existencialistas de Recaséns Siches y por muchas otras doctrinas, que arrancan del pensamiento de Kantorowicz, sino que precisando más todavía el tema, establece una tan severa unión entre esos distintos elementos, logra un engarce tal que produce un particular enfoque de la realidad, la norma y el valor.

La actitud tridimensional, prescindiendo aquí del particular acoplamiento que postula el trialismo, se caracteriza por ser una doctrina de superación de los infradimensionalismos, que se contentan con reducir el ser del derecho a simples fenómenos sociales, a hechos no distintos del conjunto de hechos contabilizados en el quehacer sociológico; o a normas, atendiendo sólo a una consideración lógica de la problemática; o a puras reglas jusnaturalistas de justicia; o en el mejor de los casos, a la conjunción armónica de dos de estos elementos.

²¹⁸ Dirección de Werner Goldschmidt.

El tridimensionalismo ve como objeto del derecho, por tanto, al hecho, la norma y el valor, y los infradimensionalismos, o a uno de estos objetos, o cuanto más, a dos de ellos unidos: hecho-valor; norma-valor.

No se nos oculta que una actitud pluridimensional que comprenda a todos los objetos que se encuentran vinculados al mundo de la juridicidad, atendiendo no sólo al ser del derecho, sino a la finalidad de él y a su funcionamiento como regulador del comportamiento humano, dará una respuesta más integral a todos los problemas que se suscitan a este respecto.

Sin embargo, pretender por ello que el ser del derecho pueda tener una estructura polimórfica y su esencia estar integrada por tan diferentes sectores de la realidad ontológica nos parece equivocado, ya que la circunstancia de que un objeto deba cumplir una determinada función, y que esa función tenga una naturaleza distinta de la del objeto, no implica que deba suponerse alterada la naturaleza propia del objeto, ni penetrada o compenetrada en su esencialidad, por el ser de la función que cumple.

Si se compara esta referencia con otra actividad científica, la biología, por ejemplo, parecería claro, y no polémico, afirmar que el objeto de la preocupación biológica son los seres vivos. Estos seres vivos tienen una cantidad de características que atañen a su esencia como tales. Por ejemplo, se dividen y reproducen, ingieren sustancias necesarias para la nutrición, asimilan y transforman esas sustancias en el funcionamiento de su organismo, crecen, etcétera. Inclusive, dentro de lo que podría llamarse la especificidad de lo biológico, podría incluirse el debatido problema de la vida, y podría polemizarse si la vida es un simple fenómeno reductible a realidades físico-químicas o si, por encima de ellas, hay una realidad metafísica sui generis, no reductible a esa referencia científica. Hasta aquí, todos estos ingredientes podrían, en un ordenado conglomerado, integrar lo que se ha llamado la especificidad de lo biológico.

Sin embargo, obvio es que todo ser vivo, para su desarrollo, y para que el organismo como tal llegue a la madurez para la que estaba destinado, a su definitiva adultez, requiere una cantidad de condiciones externas, sin las cuales, no sólo no evolucionará adecuadamente sino que involucionará e incluso perecerá. Si al hombre no le fuera dado el mundo animal y el vegetal con el cual nutrirse, probablemente moriría. Si el ser vivo no tuviera la atmósfera en la cual desarrollarse, verosíblemente involucionaría o se extinguiría. Si determinadas especies vegetales no tuviesen lluvia, se modificarían o perecerían.

No obstante, ninguno de esos elementos, que son ingredientes necesarios

e insustituibles para cualquiera de las formas de vida enunciadas, han sido considerados por la biología como objeto de la ciencia biológica.

El derecho es un conjunto de normas reguladoras del comportamiento. Por tanto, el comportamiento humano, en consonancia o disonancia con esas normas postuladas, por cierto no le es ajeno.

El derecho intenta asimismo, a través de esas normas de regulación de comportamiento, realizar valores, que constantemente persigue en las tres cuestiones fundamentales a que atiende: la creación, la interpretación y la aplicación. Los valores, por tanto, no son ajenos al derecho.

De ahí, por tanto, que una consideración polimórfica del objeto derecho pareciera ser la que mejor consulta no sólo la estructura del derecho, en cuanto deber ser, sino también la problemática sobre la creación, aplicación, interpretación y cumplimiento de ese deber ser.

No obstante, si bien el ser, sin duda es el objeto de una primera y fundamental afirmación que lleva implícitas todas las demás, es sin embargo capaz de recibir formas diferentes según que se considere en ella el acto que la produce o el contenido a que se aplica y hasta otras formas todavía, también posibles, según el punto de vista en que se sitúe el investigador a su respecto.

Frecuentemente nos servimos como equivalentes de términos a los que parece que diéramos idénticamente un sentido ontológico. El caso de la distinción entre esencia y existencia, ya tradicional, no está exenta de dificultades que sin duda se complican y agudizan cuando se pretende determinar el sentido específico de expresiones como “ser”, “existencia” y “realidad”.

Creemos que ninguna de estas palabras puede ser comprendida por sí misma, sino en su relación comparativa con las otras dos, ya que si cada una de ellas sólo se limitase a abarcar la totalidad de la afirmación, sin entrar con ninguna de las otras dos en una relación de contradicción o vinculación, sería prácticamente imposible poder afirmar absolutamente nada de ellas. Tanto, que pensamos que la total plenitud o integridad del término, no podría distinguirse de una completa vacuidad.

En efecto, hay objetos que tienen ser y carecen de existencia, como los objetos ideales y también de ellos podría decirse que tienen ser y carecen de realidad. Si a estas formas evidentemente posibles agregamos las que podrían recortarse dejando de lado el ser en sí, o la existencia y la realidad, y tratamos de descubrir distintos matices, según el punto de

vista desde el cual el investigador predica condiciones de la juridicidad, otros sectores vagamente difusos se clarificarían y zonas de penumbra adquirirían luminosidad.

En efecto, si el derecho es pensado como parte de un proceso histórico general, dentro del cual las normas jurídicas ocuparan un lugar dentro del todo, pareciera que la rotulación del derecho como objeto de la cultura es absolutamente correcta. Pero si en lugar de esa óptica, que observa al derecho casi como un hecho ajeno, nos colocamos en la posición del destinatario de la norma, que debe acomodar su conducta a las prescripciones estatuidas por el precepto y que su infracción o quebrantamiento podrá serle reprochada y hasta impuesto el deber prescripto con el respaldo de la fuerza pública, el ser de la juridicidad está mucho más próximo a los objetos ideales que a los culturales.

Si nos colocamos en la perspectiva del escepticismo, que verifica que algo antijurídico ha ocurrido y que ese hecho exige la coacción estatal, ese derecho es sin duda un objeto cultural. Si nos situamos en cambio, en la circunstancia del fenómeno jurídico que acontece en el obrar mismo del derecho, en el derecho que todos los días vivimos en los tribunales, en la sentencia que dicta el juez, en la declaración del testigo, en la confesión del reo, ese derecho tendrá todos los matices propios de la facticidad actual, porque es real, tiene una existencia, está en la experiencia sensible, lo podemos verificar y hasta valorar.

Pero si prescindimos de esos planos desde los cuales es por cierto posible predicar un ser esencial que participe de las características de los objetos culturales y nos colocamos en el plano óntico de lo posible²¹⁹, pensando el derecho desde dentro, desde el punto de vista del destinatario de la norma que debe adecuar su conducta a las prescripciones de un ordenamiento jurídico que le es impuesto coercitivamente desde fuera y sin aspirar a su voluntaria aceptación, entonces los perfiles de realidad o los contornos de historicidad no parece que sean los que más se ajustan a la estructura esencial de ese objeto.

El objeto propio del derecho consiste en una estructura prescriptiva, que establece una determinada forma de vinculación del obrar, a la que se le asigna el respaldo de la fuerza pública.

²¹⁹ Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962; *Las palabras de la ley*, México, 1969.

Por cierto que, a partir de este objeto, surgen una cantidad de problemas a él anejos, generados unos por la propia existencia de la norma, como por ejemplo, por qué la norma jurídica tiene el contenido que tiene y no otro distinto, que podría consultar mejor los objetivos de ordenación social o los valores jurídicos que intenta tutelar.

Otros, por la interpretación y aplicación de la norma, ya que su materia de regulación, está abierta hasta el infinito y es por tanto cambiante y múltiple.

Otros, por el acatamiento o desobediencia de la prescripción, ya que el sujeto obligado, aún después de haber llegado a una correcta interpretación de su texto puede rechazar las exigencias en ella contenidas y exponerse voluntariamente a la coacción pública.

El derecho no es solamente una estructura ideal, lógico-abstracta. Si así fuese, su conformación ontológica quedaría reducida a un conjunto de palabras, más o menos ordenadas.

Contrariamente a ello, el derecho pretende estar en la vida, proyectarse en una dialéctica vital, introducirse con un sentido de practicidad funcional que regule y en alguna medida transforme la vida comunitaria.

Esta polifacética personalidad del derecho, que es tanto fruto de la razón como de la voluntad, que participa de caracteres de abstracción lógica y de sentido pragmático, que es de consuno reguladora y modeladora del comportamiento humano, que se dirige a una comprensión teleológica de la existencia de la sociedad y de los hombres en ella integrados, que contiene y persigue la realización de valores, parece compadecerse mucho más con una concepción estructuralista o pluridimensional de su realidad ontológica, que estar constreñida dentro de los estrechos límites de un infradimensionalismo, que excede las posibilidades de su total funcionalidad.

b) El objeto propio de la ciencia del derecho: nuestra opinión

Con referencia a la determinación del objeto de la juridicidad o de la especificidad de lo jurídico, el esquema dentro del cual se puede plantear la problemática, podría reducirse, en apretada síntesis, refiriéndonos a las concepciones que se circunscriben dentro de los límites de una sola región de entes y aquellas otras que, por entender que el derecho no se encarna sólo en una, sino en varias regiones, formulan teorías plurirregionales o pluridimensionales.

Las teorías que así lo hacen, atendiendo no sólo al ser del objeto sino

a la finalidad del mismo y a su funcionamiento como regulador del comportamiento humano, que ven juridicidad tanto en la norma prescriptiva de derechos y obligaciones, como en la reactualización de esos preceptos en la conducta real de los destinatarios, cuanto en los valores que tiende a realizar, confunde el plano de la pura ciencia del derecho con otras disciplinas que estudian el fenómeno jurídico y aún con su praxis.

Ninguna ciencia tiene pretensión plurirregional en cuanto a la esencialidad de su objeto propio, no obstante que las materias -en sentido genérico- que hacen al ser de su objeto, no agotan su esencia, como entes, en ser objetos de ese saber científico, sino que, generalmente su esencialidad trasciende los límites de ese conocimiento.

La voluntad, la conciencia, la emoción, como objetos del saber psicológico, no agotan su esencia en ser entes que constituyen el objeto propio de la psicología. Casi ninguna obra humana está exenta de voluntad. La conciencia puede ser un elemento del delito. La emoción, un ingrediente indispensable de la creación estética.

Sin embargo, a ningún psicólogo se le ha ocurrido jamás, que en razón de que la voluntad hace a la elaboración de cosas humanas, éstas hacen también al objeto de la psicología; así como ningún psicólogo jamás pensó que por ser la conciencia a veces un elemento del delito, éste como tal integra el objeto del saber psicológico o una de sus dimensiones ontológicas; ni tampoco pudo jamás concebirse que, por ser la emoción un ingrediente indispensable de la creación estética, ésta, como tal, constituya objeto del saber psicológico.

Una concepción jurídica que considere elementos del fenómeno jurídico a tres diferentes modos de ser, porque efectivamente encontramos lo jurídico en la conducta de jueces, abogados, legisladores, y simples habitantes del país en tanto realicen actos jurídicos; lo encontramos en leyes, códigos, manuales y tratados sobre esta disciplina, como así también lo encontramos en el sentimiento de justicia o injusticia que unos y otros -conducta y normas- puedan producirnos, nos parecería tan absurda como una concepción de la psiquiatría que, porque viese manifestaciones de este fenómeno en los sanatorios especializados, en los manuales de la disciplina, en los campos de batalla, en la novela, en la cinematografía e incluso en los cotidianos actos de conducta del hombre común, pretendiera afirmar que no es la mente humana el objeto de ese saber, sino que es esa mente en inescindible vinculación con una dimensión fáctica o real, con otra asistencial, con otra cinematográfica o novelada y -en caso-

con otras formas posibles en que se presenta el fenómeno psiquiátrico.

Cierto es que hay manifestaciones de juridicidad en esos diferentes ámbitos, como así también es cierto que la psiquiatría como ciencia, nació en el más singular de los lugares: el manicomio; y salió a la luz en los campos de batalla de la primera guerra mundial y ha alcanzado desde entonces una precoz madurez. Cierto es que la psiquiatría descubrió que en la demencia está la verdad, porque en ella la personalidad se revela, poniendo al desnudo todos los mecanismos de la mente que el hombre normal oculta celosamente. Pero todas esas verdades no autorizan a concebir difusamente el objeto de ese saber, sino que no obstante todo ello, la mente anormal sigue siendo el objeto propio de esa disciplina científica, lo que en modo alguno significa diluir su entidad ontológica.

Y podríamos continuar la demostración del absurdo, agregando que por cierto la mente anormal no es ajena al derecho, en tanto que los actos realizados por un demente tienen un tratamiento y consideración jurídica fundamentalmente distinta de aquellos que realiza un hombre cuerdo; como tampoco es ajena a la sociología, en tanto la coexistencia en el grupo social de las personas normales con aquellas que no lo son, crean no pocos problemas; como tampoco está divorciada de la historia, en tanto que los ingredientes patológicos de las más grandes figuras políticas de la humanidad, han marcado rumbos de enorme trascendencia.

Es decir que cuanto más, ello nos autorizará a la elaboración de una psiquiatría forense o jurídica, de una psicopatología sociológica y de una historia de la psiquiatría, así como la presencia de hecho y valor en el derecho, hacen al ser de una sociología jurídica y de una teoría de la justicia. Aunque el objeto de la psiquiatría sigue siendo la mente anormal, como objeto de la juridicidad, no puede ser otra cosa que la norma jurídica.

Taine dijo de Stuart Mill, casi como acusándolo, que se cortó las alas para fortificarse las piernas. Nosotros creemos, como en su momento lo creyó Stuart Mill, que es absolutamente necesario fortificar los fundamentos del saber, aún cuando ello pueda significar sacrificar las alas y el vuelo de lo quimérico, cuando ese vuelo, no despreciable en la elaboración del edificio de la ciencia, pone en serio peligro la seguridad de los destinatarios últimos de la juridicidad: los hombres.

La norma jurídica, como objeto de la ciencia del derecho, es una abstracción, y por tanto, es una separación de lo fáctico o concreto que sería así una determinación particular de lo abstracto.

La norma, en tanto abstracción, está en un plano distinto al de las

particulares ocasiones concretas de la experiencia, diferente de lo que actual y efectivamente ocurre. Es en definitiva, la abstracción de una posibilidad, que puede o no ocurrir en el plano de lo real concreto y que en su realización efectiva, es totalmente independiente de la abstracción en sí misma.

Esta es la esencia inmanente, la estructura propia y específica del derecho. No ignoramos, por cierto, que las fuerzas económicas y sociales influyen y en alguna medida condicionan al derecho. No desconocemos tampoco que el derecho realiza valores. Pero esos ingredientes no hacen a la esencia inmanente de la juridicidad, sino más bien a una esencia refleja, que no altera ni modifica la especificidad de lo jurídico.

Pero toda esta problemática, juzgamos, no concierne al ser del derecho, y su estrechísima anexión, no permite en modo alguno que se la confunda con él. Así como la atmósfera es un objeto sin el cual no podría concebirse la vida, pero no se confunde con la vida misma y no se incorpora al objeto "ser vivo", así tampoco la cercana proximidad de las dimensiones hacia las que puede apuntar el deber ser, en cuanto estructura lógica, hace que los objetos que éste contacta en su funcionamiento, se conviertan, por vecindad, proximidad o yuxtaposición, en objeto propio de la juridicidad.

La norma jurídica no puede ser soslayada de la vida social; adquiere casualmente importancia en tanto y en cuanto fenómeno social, de igual forma que la vida, no puede concebirse sin la presencia permanente de la atmósfera. Pero así como la atmósfera no es objeto propio de las disciplinas biológicas, tampoco ni la facticidad ni el valor pueden ser objeto propio de la ciencia jurídica.

Una cosa es, por tanto, el derecho como objeto y considerado tal cual es en sí, y otra muy distinta si se atiende a todos los modos que participan de ese objeto. Ser, existencia y realidad, referidos al derecho, no son sólo diferentes modalidades de la afirmación, sino que casi puede afirmarse que designan diferentes objetos a los cuales puede aplicarse la afirmación.

La palabra ser, no tomada en sentido relativo que hace que todo objeto de la afirmación sea un modo de ser, sino en su perfecta pureza, que excluye toda relatividad, está indudablemente mucho más próxima a la estructura de los objetos ideales que a cualquier otra categoría o región ontológica. Por el contrario, la existencia y la realidad, en cuanto facticidad, o proceso histórico, perfila más la estructura de los objetos culturales y hasta de los reales, pero sin duda relativiza la pureza de su ser.

Lo expresado nos conduce a pensar si la circunstancia de encontrar

la expresión “derecho” en tan heterogéneo dominio de objetos -que por momentos parecieran estar sólo accidentalmente yuxtapuestos, sin constituir una unidad tangible-, no dependerá fundamentalmente de no haber advertido que el derecho que atañe al objeto de la ciencia jurídica, no es el mismo derecho que concierne al objeto de la historia del derecho, ni tampoco a aquel que es preocupación de la sociología del derecho o de la filosofía del derecho.

Si así fuera, indudablemente lo mejor sería seguir sin desvío las líneas divergentes de los distintos problemas que conducen a cada una de estas disciplinas, sin anteponer a esta investigación una indagación apriorística, válida unitariamente para todas.

Si así fuera, la indagación ontológica, mucho más que la primera preocupación, que el presupuesto básico, que la *philosophia prima*, se convertiría en una indagación final, una investigación que diera por supuesto y conocido todo el trabajo de investigación de otros dominios del saber ajenos a la ciencia del derecho; en definitiva, en una *philosophia* última, que describiría un objeto de una especie ideal como abstracción lógica, cuando recortase los perfiles del objeto de la ciencia del derecho, y que aceptase otros dominios o regiones ontológicas, cuando éste mismo objeto se incardina como objeto de investigación de otra disciplina, que estudiando el fenómeno jurídico, no lo hace como integrante del cálculo anticipatorio de la acción humana, sino como hecho cumplido, como acontecimiento histórico, como producto de la convivencia social o en cualquiera de las otras modalidades que hemos ya señalado.

La ciencia, como dijimos, sólo puede brindar al investigador una visión parcial, fragmentaria, de la totalidad de los objetos contabilizados en su haber. No hay ninguna ciencia que atienda al hecho fundamental de la existencia humana, de la existencia del hombre con el hombre, inmerso en el todo de la colectividad que integra. La ciencia atiende a la individualidad humana o a la colectividad.

Ambas son abstracciones, ya que el individuo es tal, en tanto y en cuanto está en relación con otros y la colectividad sólo puede concebirse como acumulación relacionada de realidades vitales. Pero pretender hacer una simbiosis de dos realidades, buscar un orden que sintetice esos dos objetos, creando una disciplina polimórfica, es pretender conciliar lo irreconciliable en los cauces de la ciencia.

IX

EL PROBLEMA LÓGICO JURÍDICO

1. GENERALIDADES

La investigación de la lógica jurídica se refiere, a nuestro juicio, a la indagación del pensamiento jurídico como pensamiento.

Es decir que de todas las direcciones que ofrece en el curso de la historia del pensamiento el estudio de la lógica, nos situamos en lo que podría denominarse una corriente normativista que tiende a responder, fundamentalmente, al interrogante de cómo debemos pensar para que el pensamiento jurídico sea correcto. Si ontológicamente el derecho es norma, no nos cabe duda de que la preocupación lógica deberá girar alrededor de este objeto, que será la instancia necesaria a la cual recurrir para descubrir la efectiva verdad del pensamiento jurídico.

Se ha pretendido oponer a este sencillo razonamiento, que no basta disponer cómo las cosas deben ser para que la función del derecho quede con ella cumplida, ya que lo único importante verdaderamente para que el derecho cumpla su misión, es que efectivamente se realice.

Este reparo no advierte que la realidad es lo que es y el derecho es lo que debe ser y que, en consecuencia, una teoría que confundiendo los planos sitúe al derecho en la realidad, olvida que si bien muchas veces la realidad coincide con el derecho, otras no pocas lo viola.

Pero es indudable que para poder llegar a esa conclusión no tenemos otro camino que contemplar el hecho cumplido desde una atalaya distinta de él y esta eminencia no puede ser sino la norma, el deber ser.

Se ha opuesto también a esta conclusión, desde pensamientos aún más modernos, que no es posible saber cómo deben ser las cosas, sin entrar al mismo tiempo y desde la misma instancia, en el examen de cómo ellas son realmente.

La tan famosa como discutida frase de Llewellyn²²⁰ -“lo que esos funcionarios hacen sobre los litigios es, a mi modo de ver, la ley misma”- aún considerándola como expresión de la necesidad de contar con la realización de lo que pretende ser derecho, confunde el plano de la realidad con el plano de la idealidad y sólo a través de este último es posible determinar si aquella realidad es la que debe ser -es el hecho lícito, porque se ajusta a la prescripción normativa- o es el hecho ilícito porque infringe y vulnera el precepto ordenador.

El problema lógico jurídico quedará reducido, por consiguiente, en nuestra consideración temática, al examen de la normatividad en su consideración estática, es decir, desbrozando su esencialidad como estructura lógica normativa y en su consideración dinámica, es decir, la norma como parte integrante de un sistema que constituye un ordenamiento jurídico.

Prescindimos deliberadamente de la pretendida distinción entre la lógica del ser, con arranque en el pensamiento aristotélico y la lógica del deber ser.

La egología y también Eduardo García Maynes y Francisco Miró Quesada han postulado con distinto fundamento una autonomía respecto de la lógica del ser, a fin de situar ambas como especies paralelas de un género común: la lógica.

Nosotros creemos más bien que sin adherimos a la tesis de la proclamada independencia, se pueden admitir características especiales en la lógica jurídica que la sitúan más bien como una lógica especial, que atiene a la estructuración del pensamiento normativo jurídico en su consideración estática y dinámica y en el análisis de la metodología propia del pensamiento jurídico.

Nos preocupará, por tanto, en un capítulo posterior, el estudio de la lógica metodológica, que constituye una orientación hacia un grupo de temas centrados alrededor de los distintos modos de razonamiento científico y que, si bien anexado sustancialmente al problema lógico, adquiere en el plano de la juridicidad, una independencia impuesta por la importancia de la investigación a que tiende.

2. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

La lógica, como disciplina filosófica, tiene su origen también en la genialidad de estirpe helénica. Los sabios de la Grecia antigua constituyen también en este terreno, la época heroica de la ciencia y aún antes de Aristóteles, en quien se plasma la gran sistematización de los conocimientos lógicos, aportan también antecedentes valiosos Parménides, Zenón, Sócrates en sus debates con los sofistas, Platón con el descubrimiento del mundo de las ideas, que es un colosal anticipo del idealismo lógico. Los escritos de Aristóteles se encuentran reunidos bajo el título de *Organon* y es válido atribuir no sólo al Estagirita el honroso título de fundador de la lógica, sino que es oportuno señalar que no es mucho lo que ha avanzado esta disciplina, fuera de los límites en que fuera esbozada por el genio helénico.

La Edad Media continuó a través de la escolástica el pensamiento aristotélico, atendiendo a la lógica fundamentalmente como ciencia de la demostración y cubriendo con un denso cendal de silencio todo el contenido experiencial o de la lógica de la inducción, que aparecían insinuados en la metafísica aristotélica. Éste se replantea vigorosamente en la reacción que trae consigo el Renacimiento y se moldea definitivamente en el *Novum Organon* de Francis Bacon, que respondiendo a las exigencias del florecimiento de las ciencias naturales, teoriza sobre la metodología inductiva, la que se plasma definitivamente en el gran teórico de la inducción que es John Stuart Mill, quien jerarquiza la inducción experiencial como método universal.

El retorno a la lógica como investigación de los objetos ideales o intemporales, que posee leyes a priori con una evidencia que no necesita ser sometida a confrontación empírica, porque es universal y absolutamente válida, se logra probablemente por influjo de los trabajos de Edmund Husserl, que, desde una posición lógica idealista, refuta los excesos de empirismo que conducen el pensamiento de Mill a una posición que convierte la lógica casi en una rama de la psicología.

3. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA JURÍDICA

La preocupación filosófica por la estructura formal de la norma jurídica, es sin duda una inquietud relativamente reciente, a pesar de que significa en el pensamiento jurídico actual un hecho de relevante consideración.

²²⁰ Llewellyn, Kari N., *The Normative, the Legal, and the Law Jobs*, en *Yale Law Journal*, vol. 49, p. 1355 y sigs., 1940; *The Brumble Bush*. New York, 1951.

La norma jurídica, como proposición lógica de características especiales, recorta la figura de un juicio y esta consideración lógico-formal es un elemento insoslayable de su estructura. No creemos, de ninguna manera, que el derecho pueda reducirse a una nueva lógica jurídica, pero estamos convencidos de que la comprensión acabada de la estructura formal de la norma jurídica tiene una importancia capital, incluso para la consolidación de los valores que ella persigue en su realización.

A partir de la clásica división de los juicios según la cualidad, la cantidad, la relación y la modalidad, planteada en el tratado de las categorías de Aristóteles y magistralmente desenvuelta después por el idealismo kantiano, las doctrinas jurídicas han intentado encasillar la norma jurídica en las categorías referidas a la relación que trata de la función secundaria de la cópula, es decir, de su función enunciativa.

Según la relación, los juicios se dividen en categóricos, hipotéticos y disyuntivos. Los juicios categóricos son incondicionales y los hipotéticos y disyuntivos son condicionales. En el juicio categórico, la enunciación se realiza con absoluta independencia de toda otra condición: "El hombre es mortal". En el juicio hipotético, el cumplimiento de lo que enuncia el predicado depende de la realización de una situación -hipótesis- que pueda o no darse: "Si lesionas, serás penado". La pena depende, en el enuciado, del cumplimiento de la hipótesis de lesionar. Por fin, el juicio disyuntivo se da cuando a un mismo sujeto se atribuyen varias determinaciones, pero con la condición de que sólo una le convenga: "El hombre es mortal o inmortal". Las predicaciones son de alguna manera excluyentes, ya que si es mortal, obviamente no es inmortal.

La primera referencia histórica, en el tema de la teoría de la norma jurídica y su estructura lógica²²¹, es el pensamiento de uno de los más conspicuos representantes de la teoría general del derecho en su vertiente inglesa, fundador de la escuela analítica de jurisprudencia: John Austin.

Austin pretende alcanzar una actitud normativista, pero no logra elaborar el concepto básico de norma jurídica, porque atado por conexiones insuperables a un trasfondo sociológico, trata de obtener su definición de norma como "el mandato de un superior respecto de un subordinado" dentro de la órbita del Estado.

²²¹ Este tema ha sido tratado en la bibliografía especializada de nuestra disciplina con preferente atención, lo que pone en evidencia la importancia que destacamos en el texto. Quien se interese por profundizarlo encontrará importante material en: Soter, Sebastián, *Ley, historia y libertad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1957; *La llamada norma individual*, en *Fe*

La norma jurídica es, para Austin, un mandato imperativo emanado de la autoridad del soberano. Se dibuja en Austin la primera categoría de la clasificación de los juicios según su relación: el juicio categórico.

Esta idea del mandato, según la cual la norma viene a ser un imperativo psicológico válido como un juicio relativo a la voluntad de uno sobre otro, armoniza con el aforismo que subyace en la construcción jurídica inglesa que postula *The King cannot be wrong*.

La norma es, por tanto, una orden válida sólo para los súbditos políticos que no reconoce como destinatarios a quienes la emiten. Esto armoniza con el ordenamiento jurídico británico, en el cual el Parlamento no está sujeto a la acción de los tribunales, ni puede exigírsele al rey responsabilidad judicial por los actos de su gobierno, colocando fuera del derecho, en la órbita extrajudicial, a quienes emiten los mandatos de fuerza obligatoria para los súbditos²²².

Binding²²³, el destacado penalista de Leipzig, enrolado en la vertiente germana de la teoría general del derecho, a pesar de que también sostiene la tesis imperativista para la norma jurídica, construye todo su esquema, al decir de Kelsen, en un juego de palabras.

En efecto, advierte Binding -desde el esbozo específico de su especialidad y en el área propia del derecho penal- que lo ilícito no es la violación de la norma, sino, por el contrario, el perfecto ajuste entre ese modo de obrar y el esquema descrito como supuesto de la norma.

La formulación correcta de las normas jurídicas no se compadece con la corriente afirmación de que "los delincuentes violan la ley penal", ya que, en realidad, no sólo no la violan, sino que por el contrario su modo de conducirse es casualmente el descrito por ella.

en el derecho, Tea, Bs. As., 1956; *Interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962. Perriau, Jaime, "Las reglas de conducta", en "Revista Jurídica de Córdoba" N° 7, 1949. Vernengo, Roberto J., *La retractación como eximente de pena en el derecho penal argentino*, Abeledo, Bs. As., 1948. Quinteros, Federico D., *Petición de herencia*, Depalma, Bs. As., 1950. Vilanova, José, *Acerca de la norma individual*, LL, t. 67. Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964. En el texto hemos querido hacer una exposición que prescinda del tormentoso debate a su respecto, ya que nuestra finalidad persigue la explicitación del desarrollo del tema lógico del epígrafe en un modesto libro de cátedra.

²²² Al menos, en la época en que Austin expone su teoría, ya que en la actualidad, el problema de la responsabilidad del rey se ha puesto más a tono con la realidad.

²²³ Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*; cit. por Soter, S., en *Derecho penal argentino*, t. 1, p. 112.

La pena, dice Binding, sólo podrá ser impuesta precisamente por el hecho de que la acción descrita en esa ley y la cometida por el ladrón coincidan conceptualmente. El delincuente, en vez de transgredir la ley penal, según la cual se lo juzga, en todo caso, para castigarlo, debe, por el contrario, haber obrado de conformidad con la primera parte de esa ley, en consonancia con ella. Quiere decir, pues, que el mandato imperativo, o precisado en términos técnicos, el “deber jurídico”, no se encuentra en la ley más que de modo implícito, y sería para Binding algo previo a la norma, extralegal, a la deriva en una zona metajurídica no definida.

Indudablemente, es a partir de Hans Kelsen que se ha logrado un esquema integral de la norma jurídica, y aunque es verdad que la reducción del derecho a normas puede sugerir una subalternización de la función histórico-política que el derecho debe cumplir en la sociedad, no participamos de la opinión que sostiene que el intento del jurista vienés de construir una teoría general del derecho se ha frustrado, logrando sólo los fundados lineamientos de una lógica jurídica.

La norma jurídica es para Kelsen un juicio o una proposición hipotética que expresa el enlace imputativo de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Se vale para ello de una norma doble, integrada por una norma primaria, que contiene la descripción del comportamiento prohibido o entuerto y la nota de coacción, y una norma secundaria, que enuncia el deber jurídico. Esquematizando, la norma de Kelsen puede expresarse de la siguiente manera:

a) “Norma secundaria”: en determinadas condiciones, una persona debe comportarse de la manera descrita (deber jurídico).

b) “Norma primaria”: si no se comporta así, se le imputará una sanción previamente establecida.

Hasta la versión definitiva de la teoría pura del derecho, en su famosa *Teoría general del derecho y el Estado*, publicada en idioma inglés por la Universidad de Harvard y que conocemos a través de la traducción del profesor Eduardo García Maynez, éste es el esquema lógico de la norma jurídica.

Sin embargo, como consecuencia de algunas concepciones críticas que han sostenido que las normas son solamente el instrumento de que el jurista se vale para mentar el derecho²²⁴, establece en la última entrega

²²⁴ Se refiere indudablemente a las críticas de la escuela egológica argentina a la que nos referiremos más adelante.

de su pequeño libro *La teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, una distinción entre norma jurídica y reglas de derecho (*Rechtssätze*) que no contenía su tesis original.

Las reglas de derecho son, desde esta última obra, las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto²²⁵. Este último -el objeto de la ciencia del derecho- lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos -sigue diciendo Kelsen- que las reglas de derecho son también normas, empleamos la palabra norma en sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que posean la calidad de órganos o de miembros de una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas, deseosos de comprender y describir el derecho, que, empero, no actúan, en su actividad científica, como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian. Los órganos del derecho, pues, crean las normas jurídicas. Los juristas se limitan a describir el derecho con el instrumento de las reglas de derecho.

La escuela egológica argentina, a través de su máximo expositor, Carlos Cossio²²⁶, aceptando básicamente las conclusiones de los aportes de la fenomenología de Husserl y de la filosofía existencial, sobre todo a través de Heidegger, sostendrá que el objeto de la ciencia del derecho no está constituido por las normas que lo constituían para Kelsen, sino por la conducta por ellas reguladas, siendo las normas meros instrumentos de que se vale la ciencia jurídica para mentar su objeto.

Cossio, también a la manera de Kelsen, construye una norma doble, como expediente indispensable para integrar todos sus atributos y sin la cual no es posible percatarnos de la totalidad del esquema normativo.

Una norma primera, que Cossio llamará “perinorma”, dando la sensación de que envuelve periféricamente a la normatividad y que trae consigo la nota de coacción, y una norma segunda, que Cossio llamará “endonorma”, dando la sensación que se encuentra contenida dentro de la primera, que comprende el deber jurídico o la prestación debida.

²²⁵ Kelsen, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 46.

²²⁶ Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964; *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Losada, Bs. As., 1946; *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1959; trabajos en el volumen de Kelsen: Cossio, C., *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, Kraft, Bs. As., 1952. Para una sinóptica referencia a la tesis del autor en la materia puede verse “Panorama de la teoría egológica de derecho”, en “Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires” Año IV N° 13, 1949.

Con esta terminología quiere Cossio terminar con el caos de las designaciones norma primaria y norma secundaria, que los distintos autores usan con sentido opuesto, y quiere también subrayar que se trata de una norma única, no de dos normas, punto éste indispensable para entender el concepto de que la norma jurídica es un juicio disyuntivo.

En este doble esquema de la norma, ninguna de sus partes debe considerarse individual o aisladamente, sino en la estructura inseparable que forman ambas en su vinculación a través del enunciado que dice: “dado un hecho antecedente con su determinación temporal, debe ser la prestación, por alguien obligado, frente a alguien pretensor” o “dada la no prestación, debe ser la sanción, por un funcionario obligado, frente a la comunidad pretensora”.

Este enunciado no se identifica con la estructura de la escuela vienesa. Para Kelsen, el juicio jurídico es de estructura hipotética.

Para Cossio, la estructura lógica es disyuntiva, disyunción que, en el caso, está dada, en la proposición copulativa, con la cual separa la perinorma de la endonorma, haciendo ver que hay en ellas una continuidad significativa, de manera que los modos de conducta descriptos por cada una de las partes de la norma jurídica completa, vinculados por la disyunción, se refieren a dos distintas realidades posibles:

1. Que el sujeto se comporte en consonancia con el deber jurídico, describiendo el modo de conducta esquematizado en la endonorma;
2. Que se comporte en forma distinta, contrariándolo, siendo así sujeto de la coacción ejercida por un órgano de la comunidad.

El carácter disyuntivo de la norma se origina, para Cossio, en la especial condición del derecho, de no limitarse a prever el cumplimiento del deber, sino a la circunstancia de que, si no se cumple ese deber, surge la imposición de una sanción predeterminada, por parte del funcionario que responde a las exigencias de la comunidad pretensora.

Resulta de ello, por tanto, que la supuesta disyunción lógica elaborada por la egología, se produce entre el acatamiento del obligado a la prestación y el hacer -la aplicación de la sanción- del funcionario obligado ante la comunidad pretensora.

Creemos que más bien la disyunción no se da en la relación de ambos tramos consecutivos de la norma, por cuanto, entre el deber ser del sujeto descrito por la endonorma y el deber del funcionario contenido en la perinorma, no hay una relación disyuntiva, sino más bien una relación transitiva.

La disyunción se da, sin duda, entre el hacer del sujeto obligado que cumple el deber jurídico contenido en la endonorma y su posibilidad de quebrantamiento, haciendo surgir entonces el deber del juez de aplicar la coacción.

Parece evidente que entre el carácter hipotético postulado por Kelsen y la disyuntividad sostenida por Cossio hay un hiato cualitativo difícil de llenar, ya que ambas estructuras se apoyan en fundamentos distintos. En efecto, la atribución hipotética de Kelsen se mueve en el plano ideal del deber ser, es decir estrictamente en el plano normativo, en el cual el acatamiento del destinatario a la prescripción legal es totalmente indiferente. El análisis de la estructura lógica de la norma y mientras no se salga de ese plano abstracto, nada tiene que ver con la conducta del destinatario del deber, con su acatamiento a la prescripción normativa o su violación.

Por el contrario, la disyuntividad cossiana quiere satisfacer, no sólo la posibilidad que se da dentro del enunciado de la norma, sino también las posibilidades que puedan darse fuera del plano de lo normativo, en la órbita de lo fáctico, de la conducta, y parece entonces bastante claro que es trocar el punto de mira del enjuiciamiento lógico.

En menos palabras, la estructura lógica de la norma jurídica debe, a nuestro juicio, describir solamente el deber ser normativo, posición en la cual se sitúa sin duda Kelsen, prescindiendo de lo que realmente puede ocurrir en el mundo de la realidad, que es el ingrediente al que atiende Cossio para atribuir carácter disyuntivo a la estructura lógica de la norma.

Siguiendo en consecuencia el hilo de la doctrina dominante (Kelsen, Kaufmann, Schreier), la norma jurídica es de estructura hipotética, en el sentido de que las consecuencias previstas por ella están supeditadas a la realización de una hipótesis.

Los aportes de la lógica deóntica

En el año 1951, Georg Heinrich von Wright publicó un trabajo breve donde intentó aplicar algunas técnicas de la lógica moderna al análisis de los conceptos y del discurso normativo. Este trabajo inicial, con repercusiones seguramente insospechadas para su autor, seguido de otro de O. Becker aparecido al año siguiente en “Meisenheim han Glanz”, y un tercero al año siguiente de Kalinowski en “I Logica”, estructuran lo que hoy podría denominarse como lógica deóntica o lógica de las normas.

En ese marco se propone von Wright examinar los diferentes signifi-

cados de la palabra “norma” y analizar las distintas especies de normas que pueden ser caracterizadas. Uno de esos significados, y tal vez uno de los más importantes en relación con nuestro tema es el de *ley*, palabra, que usa al menos en tres acepciones básicamente distintas:

1. Ley, con referencia a las leyes sancionadas por un Estado como un acto legislativo.

2. Ley, aplicado al mundo de lo natural, regido por una necesidad ineluctable, como la ley de gravitación universal.

3. Ley, por fin, como disposición del pensamiento, referida a la lógica y a las matemáticas.

Admitidas esas distintas acepciones, afirma von Wright, que así como las leyes de la naturaleza son inequívocamente *descriptivas* -ya que la naturaleza no obedece a estas normas, sino en sentido metafórico, en tanto sólo describe las relaciones que el hombre descubrió o cree haber descubierto entre los fenómenos naturales, y son en consecuencia, absolutamente invulnerables- pudiéndose predicar a su respecto solo verdad o falsedad, las leyes del Estado son absolutamente *prescriptivas*, ya que imponen un determinado modo de conducta que no puede ser calificado de falso o verdadero, sino en todo caso de válido o inválido, y que en caso de violación a la conducta así prescripta, ponen en marcha mecanismos que intentan corregir la dirección desviada de su mandato. Las proposiciones de la lógica y de las matemáticas, no parecieran ser ni descriptivas, en el mismo sentido en que lo son las leyes naturales, ni prescriptivas, del mismo modo en que lo son las leyes del Estado, sino que más bien podríamos coincidir en que *determinan* algo.

Una vez explicitadas estas distintas acepciones de la palabra norma, haciendo una lógica deóntica o lógica de las normas, von Wright se propone luego distinguir las diferentes especies o tipos de normas, comenzando por discriminar tres grupos principales de normas y luego tres conjuntos de menor importancia, que siguiendo las características de Nino²²⁷ aceptaremos llamar normas principales y normas secundarias.

Normas principales:

a) Las “reglas definitorias o determinativas”, como las reglas de un juego que serían prototípicas de esta categoría, junto a las reglas de la gramática y a las reglas del cálculo lógico y matemático.

b) Las “prescripciones o regulaciones” que tienen la característica de que son dictadas por alguien, como que “dimanan” o tienen su origen en la voluntad de una autoridad normativa, y que tienen la característica de entrañar órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad hacia alguien en una posición de dependencia.

c) Un tercer tipo de “directrices o normas técnicas” que guardan relación con los medios para el logro de determinados fines.

Normas secundarias:

se caracterizan por tener aspectos en común con las principales, situándose, por así decirlo, “entre” las normas principales y ellas son:

a) Las “normas ideales”, que tienen relación más con *ser* que con *hacer*, mantienen una posición intermedia entre las normas técnicas acerca de los medios para un fin y las reglas que determinan un modelo de acción.

b) Las “costumbres”, que de algún modo definen ciertos patrones de conducta a la vez que prescriben una cierta presión normativa para los miembros de una determinada comunidad.

c) Las “normas morales”, que para von Wright están “entre” las prescripciones y las normas técnicas, ya que en su aspecto prescriptivo se vinculan a las costumbres y en su aspecto técnico se vinculan a los ideales de vida.

4. EL ESCEPTICISMO ANTE LAS NORMAS EN ROSS

Ross ha encarado históricamente, en el profundo y no menos interesante debate filosófico-jurídico desenvuelto en la cultura europea después de la Segunda Guerra Mundial, contra la hegemonía que había significado la tesis de Kelsen en el período que transeurre entre ambas conflagraciones mundiales, la elaboración de su antítesis. Los dos grandes contradictores de Kelsen, partiendo del esquema elaborado por el jurista vienés, fueron los filósofos analíticos de una parte y los realistas socio-lógicos por la otra. Tan es ello así, que Kelsen se sintió obligado a corresponder a la aparición de *Sobre el derecho y la justicia* con la publicación que llamó *Eine realistische und die reine Rechtslehre*, que apareció en las primeras páginas del volumen *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts* en 1959 y que se correspondió con otro trabajo de Hart, “Scandinavian Realism” aparecido en “The Cambridge Law Journal” en el mismo año.

²²⁷ Nino, Carlos S., Introducción al análisis del derecho, p. 67 y sigs., Astrea, 1984.

La actitud de Ross deviene así, casi un intermedio (tesis-antítesis-síntesis) entre el importantísimo desarrollo de Kelsen -de quien indudablemente se siente deudor- y la elaboración de Hart, cuyo famoso *The concept of law* mereció una significativa recesión de Ross aparecida en 1962 en el "Yale Law Journal", pensamiento éste de Hart, que aún sin aparecer citado en el trabajo de Ross -*Directiva y norma*-, se insinúa transparente en todo el pensamiento rossiano.

Pareciera manifestarse en Ross -algo que se ha señalado como un signo característico de la cultura nórdica- la fuerte atracción del pensamiento alemán por una parte, y la seductora vecindad, mar de por medio, de una cultura británica que le resulta fascinante, aunque su esquema compositivo, que recepta ambas variantes, se expresa siempre prestando fundamental atención al derecho danés, donde inserta vigorosamente las raíces más genuinas de su pensamiento, sin pretender una indagación del derecho en general, como lo intentaron, sin duda, Kelsen y Hart a su turno.

El examen que conduce al análisis del concepto de norma válida en Ross está referido a la consideración que este autor desarrolla fundamentalmente en *Sobre el Derecho y la Justicia* -lo repetimos- ya que no dejamos de advertir que tanto en sus obras anteriores, como en aquellas que son respuestas a planteos polémicos, su pensamiento sufre una diferente impostación metodológica, que podría conducir a algunas implicaciones metateóricas esencialmente diferentes, circunstancia que lo aproximaría más todavía al neopositivismo.

Allí el análisis de nuestro autor se desarrolla en el intento de esclarecer, por una parte, el contenido del ordenamiento jurídico y, por la otra, los destinatarios de la norma jurídica.

Referido al primer punto de la cuestión y enrolándose aquí en una teoría formulada inequívocamente por Kelsen y seguida por una fuerte corriente de pensamiento jurídico, el derecho, o mejor dicho, el contenido del ordenamiento jurídico nacional, se reduce a un conjunto de normas concernientes al uso y ejercicio de la fuerza pública, de donde se sigue que una norma es jurídica, o pertenece a un sistema jurídico nacional, cuando ella concierne en forma mediata o inmediata, al ejercicio de la fuerza.

Un orden jurídico nacional -nos reiterará nuestro autor- es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la fuerza física contra una persona.

Un orden jurídico nacional, es así el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado.

La segunda cuestión, íntimamente vinculada a la primera, y que de algún modo es su consecuencia, nos enseña que los destinatarios de esas reglas sobre el ejercicio de la fuerza pública, son los jueces; así, el efectivo contenido de una norma de derecho, es una directiva dirigida al juez, proporcionándose de esta manera, normas para el comportamiento de los jueces y no, como podría haberse sostenido antes, normas para regular las relaciones intersubjetivas de los particulares.

Sin embargo -advierte Ross- el hecho de que una directiva sea efectivamente formulada, no implica necesariamente su validez. Ella lo es, cuando es efectivamente reguladora de la fuerza y en consecuencia sentida como socialmente vinculante por el juez.

Este modo antikantiano de escepticismo frente a las normas, está explicitado con la utilización de un modelo que compara las normas de derecho con las reglas de ajedrez, en el sentido de que ambas sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales: el derecho en acción y el juego de ajedrez, aludiendo a lo que Ross llama las reglas primarias, es decir, aquellas que determinan la ubicación de las piezas, las movidas y la forma de tomar -"comer", en nuestra lengua-, y no a las reglas que hacen a la teoría del ajedrez.

No obstante, creemos que el ejemplo, si bien seduce en una primera aproximación, cuando lo reelaboramos comparativamente encontramos que es un modelo inadecuado. El jugador de ajedrez es decididamente apático con referencia al uso y funcionamiento de las reglas de ajedrez y tendrá como propósito en el juego y frente a su adversario, triunfar con el uso de las posibilidades que le brindan las reglas y explotando de la mejor manera posible la falta de capacidad y conocimientos de su oponente. El hombre común, regulado por las normas jurídicas, se propone objetivos que muchas veces poco o nada tienen que ver con las normas jurídicas que regulan su comportamiento.

Además, en el juego de ajedrez, Ross supone -y supone bien- que los jugadores cumplen siempre las reglas, y ello no sólo porque obviamente en el juego no tendría sentido la transgresión, sino porque, si la hubiere, el adversario prontamente la impediría. Pero en la realidad social, que es el ámbito donde opera el derecho, muchas veces la conducta se compadece con el esquema regulativo requerido para esa situación por el ordenamiento jurídico, pero otras muchas también no.

Es decir, que la norma jurídica es obedecida por los súbditos de la juridicidad y también violada, y la única forma de saber cuando ocurre una situación y cuando la otra, es referir ambas conductas a un modelo normativo preestablecido que indicará, en el primer caso que ha habido un ajuste obediente de la conducta requerida y en el segundo una ilicitud.

Y todo ello porque las reglas de ajedrez de ningún modo se refieren a una realidad que exceda el marco del juego, mientras que las normas de derecho obran sobre la realidad social, modificándola, lo que nos conduce a sostener que sin las reglas del ajedrez no habría juego de ajedrez, sencillamente porque el juego es la aplicación precisa y concreta de las reglas y conservarían su significado, aún cuando nunca nadie más jugase al ajedrez, como aún subsisten los reglamentos de algunos juegos que absolutamente nadie más juega, mientras que sin las normas jurídicas, aún habría sin duda una realidad social y además, sin esa realidad social, las normas jurídicas carecerían totalmente de sentido y significación.

“Los fenómenos del ajedrez -nos dirá nuestro autor- no son mutuamente independientes, como si cada uno poseyera la realidad propia. Ninguna acción biológica-psíquica, considerada en sí misma, es una movida de ajedrez. Y a la inversa, ningún contenido ideal de naturaleza directiva tiene *per se*, el carácter de una norma válida de ajedrez”²²⁸. Sin embargo, no obstante que las reglas del ajedrez no tienen realidad, ni existen como cosa independiente fuera de la experiencia de los jugadores trenzados en el juego, ocurre que ambos hacen lo que el otro espera que realice, es decir, cumplen precisamente las reglas, moviendo cada pieza, en el sentido y con las modalidades reglamentarias aceptadas y si alguno, por error o no, intentara mover en un sentido diferente o con otras modalidades, prontamente su adversario se lo impediría.

Sostener -como lo sostiene Ross- que hay una realidad ajedrecística fuera del plano reglamentario de las reglas de ajedrez, creemos que es equivocado, ya que la regla del ajedrez, una vez formulada, expresa una realidad que debe ser obedecida y acatada por los jugadores y en cuyo panorama de posibilidades no anida la contravención. Esta es una de las razones -entre varias- por las cuales Soler²²⁹ considera a este modo de escepticismo frente a las reglas el modo antikantiano, ya que, en el ejemplo

²²⁸ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la Justicia*, trad. Genaro Carrió de la versión inglesa *On law and Justice* (Londres, 1958), p. 17.

²²⁹ Soler, S., *Las palabras de la ley*, p. 155, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

del juego de ajedrez, se escoge la realidad antes de dársela al espectador, y esa realidad se caracteriza casualmente porque en ella nadie comete contravenciones.

Un observador de estas características jamás tendrá acceso al mundo moral y es allí, en ese ámbito de la realidad, en el mundo moral de las acciones humanas posibles, donde se mueve el derecho. Entiéndase, no es que al derecho se llegue a través o mediante la transgresión, pero sí necesariamente en el ámbito de la libertad. Frente al proyecto de acción humana hay una regulación natural y una del mundo de la libertad y ninguna de ellas es reducible a la otra. Ese observador, del ajedrez, donde siempre las reglas se cumplen, sometido a las presiones del mundo real, advertirá y pronto descubrirá que en él, muchas veces las normas jurídicas se acatan y otras muchas se violan.

El modelo elegido para ensayar el estudio comparativo que conduzca a develarnos la nota de validez, tampoco se compadece con la normatividad jurídica en punto a su consideración axiológica, desde que las normas jurídicas pueden valorarse objetivamente tanto desde adentro del sistema, como desde afuera de él y en ambos casos, pueden proporcionarnos un resultado valorativo que importe una frustración o una correspondencia con nuestro esquema. Del otro lado, las reglas del ajedrez parecieran ser asépticas a la valoración, ya que ningún jugador podría sentirse frustrado porque un determinado comportamiento esté permitido o prohibido.

Tampoco puede haber compatibilidad en el modelo elegido con respecto al destinatario de las reglas, ya que si es claro e inequívoco para Ross que los destinatarios de las reglas jurídicas no son sino los jueces, tanto de las normas de conducta como de las normas de competencia, que no serían sino normas de conducta indirectamente expresadas²³⁰, difícil le será tratar de convencernos de que los jugadores de ajedrez no serían destinatarios de las normas de su actividad reglamentaria, ya que, para ser coherente, deberían estar dirigidas a los árbitros del juego o al observador externo de la partida que imagina.

Dice nuestro autor que “el concepto derecho válido -la traducción con la que trabajamos dice aquí ‘vigente’, pero estimamos más adecuado decir ‘válido’- puede ser un principio explicado y definido de la misma manera que el concepto norma vigente de ajedrez.

²³⁰ Ross, *op. cit.*, p. 32.

Es decir, derecho vigente (válido) significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque son vividas como socialmente obligatorias²³¹.

Varias son las observaciones que nos merecerá este párrafo tan fecundo en insinuaciones y conceptos. Ante todo, cuando Ross dice “el conjunto abstracto de ideas normativas”, y lo dice alguien que ha expresado tanto escepticismo frente a las reglas, que no sólo se manifiesta escéptico respecto a las normas jurídicas, sino también frente a aquellas mucho más modestas que integran el reglamento del ajedrez y que fuera de su realización empírica decididamente no existen.

Todo esto nos recuerda aquel célebre personaje de la no menos famosa obra de Alejandro Manzoni, *Los Novios*, que es el “Innominado”. Es éste uno de los personajes más complejos y sin duda el más fuerte de todos cuantos aparecen en la obra. La simple descripción física en su incisiva brevedad, hace aparecer ante nuestros ojos la figura de un hombre animado por una excepcional energía interior, que es esencialmente el retraso moral que se infiere de la narración de su vida pasada y del que surge la extraordinaria estatura de su dimensión.

La biografía del “Innominado” es terrible, y a pesar del horror que inspiran sus crímenes, nos muestra que el mal ha horadado profundamente en su corazón pero no ha logrado invadirlo todo; y los actos de generosidad que en alguna medida, caprichosamente ha prodigado, dan fe de una confusa aunque genuina aspiración hacia lo bueno y lo justo. El “Innominado” es, a pesar del horror de sus crímenes, un hombre fuerte en cuerpo y alma, y quien es verdaderamente fuerte, no está del todo perdido. Algo así ocurre con Ross y el conjunto abstracto de ideas normativas utilizando una frase adjetiva -ya que no puede referirse a las normas que no existen-, lo que encierra una perífrasis del eufemismo realista para nombrar lo innombrable, lo indecible²³².

La segunda observación al párrafo se refiere a la expresión “esquema de interpretación”, que deberíamos comprenderlo tal vez, como un modelo abstracto, con una cierta generalidad que nos permitiría a su vez determinar, si un cierto acontecimiento de la realidad pertenece -o no- a

²³¹ Ross, *op. cit.*, p. 18.

²³² Soler, *op. cit.*, p. 151, nota 7.

una determinada especie de fenómenos. Si ello es así, no deberíamos concluir en que los “esquemas de interpretación”, razonablemente tendrían que coincidir, por lo menos en un número muy importante de supuestos, con las “ideas abstractas normativas”, que serían en definitiva, los moldes en los cuales se fraguarían esos esquemas de interpretación.

Pretender sostener lo contrario, importaría precisamente dejar al derecho, en sus esquemas de interpretación, al convencimiento de lo que piensan y dicen los que están convencidos de ser jueces, lo que además de conducirnos a una forma de despotismo judicial, impediría todo hacer adecuado al derecho antes de la decisión jurisdiccional. Jamás podríamos acatar la prescripción normativa, no sólo porque no está dirigida a nosotros y no somos por tanto sus destinatarios -de donde se deduce que los términos obediencia e infracción carecerían de sentido aún en la amplia franja de acciones que jamás llegan a los tribunales, que por cierto son la inmensa mayoría-, sino porque además para saber si un comportamiento se corresponde con las ideas normativas y con los esquemas de interpretación inferidos de ella, el único camino que nos queda es preguntarle a un aplicador, es decir, a un juez, a la Corte, etc.

Pero a su vez, Ross no le proporciona a éstos la receta para determinar en qué casos se encuentran frente a una regla válida del derecho y cuando no. Tal vez, ¿debería preguntarle a otro juez?.. y éste ¿a quién?... ¿Cómo deberemos hacer saber qué cosa se siente como socialmente vinculante al juzgador? ¿Cuál es la forma para que él -el juzgador- sepa cuándo lo que piensa sobre la validez de la norma es correcta o no? La fórmula, para Ross, estaría resumida en la afirmación de que una regla de derecho es válida, cuando es aplicada en la práctica por las Cortes, de donde la validez quedaría reducida en su contenido, a una relatividad absoluta disminuida en sus tres dimensiones posibles: personal, espacial y temporal.

A nuestro criterio, esta afirmación no se conjuga aún conforme al modo como las decisiones jurisdiccionales obran, sino que lo hace a partir de modelos de excepción que de ningún modo pueden configurar una regla. Es decir, que para poder conocer, de la lectura de un pronunciamiento judicial, cuáles han sido los preceptos que el juzgador ha “sentido como socialmente vinculantes”, entendemos que no podría sino proporcionar algún criterio indiciario, el cual nos conduciría a afirmar que la sentencia es la aplicación de una determinada norma, pero no podría en ningún caso, darnos la seguridad de que ello es así, aún cuando el propio juez hubiera invocado la norma; ya que ello puede ser un mecanismo

razonable y legítimo de ocultamiento, para justificar una argumentación subyacente, que no se edifica en la norma sino en otra forma de convicción que guía en ese caso al razonamiento judicial.

Por lo demás, si lo que está en discusión tiene un trasfondo ideológico o valorativo profundo, donde pueden comprometerse las raíces positivistas o jusnaturalistas del juzgador, o tenga éste que adoptar respecto de la decisión una actitud moral severa o una tolerancia abierta, o que la decisión atienda más a las formas que a los contenidos, o que esté en juego una opinión a favor de la justicia o una concesión al orden y la seguridad, sí podremos entonces hablar de una ideología jurídica que está obrando en el juez, aún cuando esa referencia sea incluso vaga e imprecisa.

Pero lo que generalmente aplican los jueces, no compromete, ni por aproximación a esa temática socialmente vinculada; entonces, ¿cuáles serían las pautas para poder prever la decisión? Digamos que, por ejemplo, si la decisión dependerá de un juez católico respecto de una causa de divorcio, muy probablemente se pueda prever qué es lo que sentirá ese juez como socialmente vinculante. Pero si lo que es materia de su decisión es el art. 47 de la Ley de Concursos y Quiebras, ¿cómo se puede anticipar qué sentirá como socialmente vinculante? Muchísimo más compleja y creciente será la incertidumbre, si a esa problemática le adicionamos la posibilidad de una decisión colegiada -de una Cámara, por ejemplo- cuyos fallos son muy frecuentemente el resultado de un “acuerdo compromisorio” celebrado entre los varios integrantes del tribunal, el que, por cierto, no funciona en la cabeza de sus integrantes de la misma manera; situación que se agrava en el caso, aunque infrecuente, de un cambio en la integración de ese tribunal colegiado, que por la sola variante de un miembro, altera el resultado global de la decisión²³³.

La posición de Ross respecto al derecho válido, precedentemente referida, ha sido objeto de muy agudas críticas que le vienen desde diferentes posiciones doctrinales. Tal vez una de las más precisas sea la de Hart²³⁴, ubicado en una perspectiva externa respecto de Ross, como desde afuera del sistema, lo que le impide comprender la significación precisa de la terminología de las normas.

²³³ ¿Cuántas veces la diferente composición de la Corte, por el cambio de un solo miembro, ha proporcionado decisiones contradictorias?

²³⁴ Hart, Herbert L. A., *Scandinavian Realism*, en *Cambridge Law Journal*, p. 233 a 237, 1959. En particular, cuando expresa que para Ross, “derecho válido” es una peligrosa y

Soler, ubicado en una defensa vehemente del liberalismo republicano -definido como una noble aspiración universal de las épocas más gloriosas, entendiéndose por tales, no las de los triunfos bélicos o de las conquistas guerreras, sino aquellas donde se valora y se respeta al hombre, al ser humano individual-, cree que ese escepticismo frente a las reglas, que en definitiva provoca una confusión entre quien hace la ley y quien la aplica, quebrando la separación preconizada entre el poder legiferante y el decisorio, es gravemente pernicioso.

Ese principio que encendió las banderas de la libertad y de la unidad de Italia con Mazzini y con Garibaldi, el mismo que de los salones de la nobleza francesa saltó a la Bastilla y se derramó por toda Europa, inflamando los corazones de sus pensadores, siendo trasvasado a la historia de las naciones de Iberoamérica, resulta gravemente comprometido con la tesis rossiana, que reduce el derecho a una situación coloquial entre expertos, que se mueve en el ámbito restringido de una comunidad jurídica especializada -jueces y juristas- y en la que el hombre común es sencillamente un convidado de piedra.

El derecho es un constituyente de la conducta humana, pero este principio evidente no es observado por Ross y en consecuencia es destruido desde su posición escéptica frente a las normas.

5. LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Las normas que integran el derecho de un país no están aisladas, ni meramente agrupadas, sino asociadas, integradas unas con otras, constituyendo una unidad conclusa, finita, cerrada, que integra un sistema u ordenamiento de normas.

Tal jerarquía no resulta del criterio de un ordenador externo, sino de la propia relación lógica existente entre los objetos que integran el sistema. De ello se infiere que el tal orden no resulta por tanto impuesto, sino meramente descubierto, de modo que podría decirse que preexiste al ordenador y lo que éste hace es solamente ponerlo en evidencia y estudiar sus relaciones, efectos y consecuencias.

séptica noción, salvo que la manejemos cuidadosamente, usando los guantes de goma de una metodología empírica, dispuestos a aceptar en nuestro stock de conceptos, sólo hechos fuertemente verificables, a riesgo de aprehender una infección metafísica (la traducción de la cita nos pertenece).

El primer desarrollo doctrinario que ensaya esta estructura lógica escalonada en una consideración dinámica de los preceptos jurídicos es el publicado por Adolf Merkl, discípulo de Kelsen en el año 1917 bajo el título *De la unidad jurídica del Estado austriaco*, madurado en una más meditada reflexión bajo el título de *La unidad del cosmos jurídico sobre la base del derecho internacional*, aparecido seis años después.

No obstante, la madurez definitiva de la teoría y su aceptación como punto de partida de toda una generación de juristas que apoyan el crecimiento dinámico del derecho, plasmado en una concepción normativista, se advierte con ocasión de la recepción de este pensamiento dentro del andamiaje total de la teoría pura del derecho.

En efecto, en la obra más genial de Kelsen, *Doctrina del Estado de derecho*, y en la cual aparecen de modo prístino, si no resueltos, por lo menos planteados, los problemas fundamentales de su concepción definitiva, el derecho es aún presentado exclusivamente desde un punto de vista estático. La influencia de uno de sus primeros y más fieles discípulos, Adolf Merkl, es decisiva para la introducción del criterio dinámico del derecho, idea sobre la cual insiste, desde su modesto trabajo *La doble cara del derecho*, donde insinúa el punto de vista de su creación dinámica y la teoría de la autocreación de las normas.

En todo sistema jurídico nacional hay distintas clases de preceptos, que varían según su mayor o menor generalidad, según su distinta procedencia y según su rango o jerarquía.

En efecto, encontramos preceptos de máxima generalidad, como algunas disposiciones constitucionales que atribuyen potestades legislativas que integran un verdadero complejo normativo -el art. 75, inciso 12 de la Cons. Nac., que otorga al Congreso la potestad de dictar el Cód. Civil y que en función de ese sólo y único principio normativo, adquieren validez todas las normas contenidas en el texto de ese Código- de generalidad más restringida: por ejemplo, la ley, que generalmente vincula a la realización de una hipótesis descrita en abstracto, determinadas consecuencias jurídicas; de menor concreción: como el reglamento que precisa en términos más restringidos aún los contenidos de la ley; y de concreción todavía menor: como el contrato, que tiene un ámbito singular y concreto, válido para quienes comprometieron mediante ese instrumento determinadas prestaciones recíprocas.

En cuanto a su origen o procedencia, algunas son directa emanación de la voluntad del Estado -no distinguimos aquí si nacional o provincial-, como la constitución, la ley y el reglamento; otras, como la costumbre,

que emergen de la repetición uniforme de una serie de actos de conducta, cumplidos con sentido de obligatoriedad, y emanan en definitiva de las convicciones íntimas de una comunidad determinada; otras, que surgen de organismos colectivos (personas jurídicas) como los estatutos y contratos de las asociaciones civiles y comerciales; otras, en fin, de la simple voluntad de los particulares, como el contrato, que no requieren a veces ni siquiera formas sacramentales rigurosas.

En cuanto a su rango y jerarquía, pueden establecerse estratos diferenciales entre un precepto constitucional y una resolución administrativa; entre una ley emanada del Congreso de la Nación y un decreto dictado por el poder ejecutivo municipal; entre una ley nacional y otra de un estado provincial.

Pues bien, la unidad de una pluralidad de normas, el instrumento mediante el cual se puede referir la pertenencia de una norma a un determinado orden, se da de acuerdo con la teoría que examinamos cuando la validez del sistema reposa, en último análisis, en una norma única que se convierte así en fuente común de validez de todas las normas del sistema. Cuando existe, en suma, la posibilidad de hacer depender la validez de todas las normas de una sola -fundamental-, podemos hablar de un orden normativo.

Podría sostenerse -a propósito de los ejemplos anteriormente expuestos- que el elemento común en que pueden apoyarse todas las normas jurídicas fuera la voluntad del Estado, ya que si bien hemos advertido que en cuanto a su origen, no siempre es el Estado la fuente de emanación normativa, no menos cierto es que la aplicación a través de los órganos del Estado importa una aceptación voluntaria.

Podrá el Estado no crear todas las normas jurídicas, pero desde el momento en que los particulares se valen de ellas, los funcionarios las respetan y los tribunales las aplican, el Estado, en definitiva, las quiere.

Sin embargo, no creo que se llegue por ese camino a la idea de la unidad, porque ello nos obligaría a encontrar el principio único y fundamental del cual todas dimanaran y hemos podido ver antes que la voluntad del Estado viene a ser continente insuficiente para tan gran contenido.

Según sea -dice Kelsen²³⁵-, la naturaleza de esa norma fundamental, se pueden estructurar dos grupos de normas.

²³⁵ Kelsen, *La teoría pura del derecho*, cit., p. 135 y sigs.

Unos, en los cuales la validez de las normas resulta de su contenido, ya que éste es una concretización, singularización o particularización del contenido genérico de la norma fundamental, de tal suerte que puede subsumirse en él a causa de su contenido. Por ejemplo, las normas morales que prohíben el engaño, el perjurio y la mentira, pueden subsumirse, por el contenido genérico, en la norma fundamental de la veracidad.

Otros, en los cuales la validez de sus normas no resulta fundamentalmente de su contenido, sino que reposa en el hecho de haber sido creadas de conformidad con determinadas reglas y siguiendo un método específico. Referir diversas normas a una norma fundamental significa que han sido creadas según un método, que agotadas las instancias, descansan en aquella norma.

A esa primer forma de derivación normativa, a ese primer sistema u orden de normas, que tiene como paradigma la moral, lo llama derivación "estático-material". La derivación se produce estáticamente en razón de la materia de su contenido. La segunda forma de derivación normativa, que tiene como paradigma el derecho, es la derivación "dinámico-formal", donde la esencia de la creación normativa descansa en la forma, no en la materia de su contenido²³⁶.

Iluminaremos esta exposición con un ejemplo parcialmente extraído del propio Kelsen²³⁷, y decimos parcialmente porque en Kelsen no se plantea el aspecto comparativo que aquí señalamos.

Supongamos que un grupo terrorista realiza un acto de coacción sobre un individuo determinado privándolo de su libertad.

Supongamos, por otra parte, que un oficial de policía ejerce un acto de coacción sobre otro individuo privándolo de la libertad. En ambas hipótesis imaginarias, el resultado es aparentemente el mismo, ya que alguien ha sido en definitiva privado de su libertad.

Sin embargo, de uno de los supuestos, el primero, decimos que es un hecho ilícito, mientras que en el segundo nos hallamos en el plano de la licitud. Uno es presupuesto desencadenante de una sanción. El otro es ejecución de un acto sancionador.

²³⁶ Esto no quiere decir que en el ordenamiento jurídico no exista vinculación por contenido entre las distintas escalas de la creación normativa, ya que podrían darse muchos ejemplos de lo contrario. Lo que significa es que lo fundamental de la derivación jurídica es formal, es decir que la norma vale por la forma, por el modo de su creación, prescindiendo, en punto a su validez, del contenido de la norma creada.

²³⁷ Kelsen, op. cit., p. 137.

Veamos esta segunda hipótesis: ¿por qué el acto del oficial es lícito? Pues porque ha sido el cumplimiento o la ejecución de una sentencia, que disponía la privación de la libertad de ese individuo.

Si preguntamos ahora en qué descansa el fundamento de la validez de esa sentencia, habremos de atribuirla a las leyes de organización de tribunales, que otorgan a determinadas personas la potestad de aplicar penas en circunstancias predeterminadas y siguiendo formas preestablecidas, a los Códigos de procedimientos, que estatuyen el cómo del obrar de esas personas, e incluso, a los Códigos de fondo (en el caso, del Código Penal) que ha precisado determinadas formas de comportamiento humano de modo abstracto, a las que anexa la atribución de una sanción privativa de la libertad.

Si quisiéramos ahora preguntarnos por el fundamento de validez de esas normas o cuerpos normativos, en los cuales se ha fundado la validez de la decisión del funcionario, aparecerían dos o más órdenes distintos de derivación.

En efecto, la validez de la ley de organización de los tribunales y del Código Procesal se fundará en una disposición de la Constitución del Estado provincial, que otorga a las legislaturas locales la potestad de dictar esas normas.

A su vez, la validez de la Constitución Provincial reposa en la Constitución Nacional, que establece la forma y el modo de elaboración de esas cartas fundamentales estatales.

Por otra parte, la validez del Código Penal también se apoya en la Constitución Nacional, que sería -hasta aquí- la fuente común de validez de las normas que han fundamentado la decisión particular del caso.

Preguntando ahora por la validez de esa norma constitucional, podremos encontrar la respuesta en otra norma del mismo rango, de la cual aquélla es derivación por reforma, hasta llegar a una primera constitución positiva, más allá de la cual no encontramos ninguna otra. Hemos llegado así a la primera constitución positiva de un Estado.

Si preguntamos ahora por el fundamento de validez, por el sustento normativo de ese primer precepto positivo de un determinado ordenamiento jurídico, resultado del primer grupo humano organizado o de la arbitraria voluntad de un usurpador o de un conquistador, aparece que esta primer voluntad constituyente está dotada de un carácter normativo que funciona como hipótesis fundamental, de la cual debe partir toda indagación científica acerca de ese orden jurídico determinado.

Retornando a la hipótesis comparativa con la que hemos comenzado este esquema, la privación de la libertad de un individuo por un grupo terrorista, no sólo no encuentra apoyo de validez en ningún precepto del ordenamiento jurídico, sino que casualmente ese hacer está descripto por preceptos normativos del sistema como hipótesis desencadenante de una sanción.

La ejemplificación precedente nos ha servido, no sólo para encontrar la conexión vinculante establecida entre los preceptos de un determinado sistema, sino para ponernos también en evidencia la clase de nexo que se establece entre ellas.

En efecto, si bien es cierto que no se podría afirmar en todos los casos que la validez de un precepto reposa solamente en el modo como ese precepto es elaborado y en quien lo elabora, ya que generalmente existe una vinculación, aunque remota, con el contenido material de otras normas superiores del sistema; si bien es verdad asimismo, que la ley en última instancia, no vale por la sola circunstancia de haber sido elaborada en la forma prescripta en cada ordenamiento y por el órgano que cada sistema dispone, no menos cierto es que cualquiera que fuese el contenido del Código Civil, valdría éste como tal siempre que fuese elaborado y sancionado por el órgano adecuado y en la forma prescripta,

Esto ratifica la afirmación anterior de que la derivación jurídica es típicamente dinámico-formal, no porque desatienda siempre y necesariamente los contenidos materiales, sino porque la validez, en último análisis, descansa en los aspectos formales de esa derivación.

Este nexo dinámico-formal establece dos clases de relaciones en el ordenamiento según sea el punto de mira en que nos situamos. Visto respecto de la norma elaborada, la relación es de “derivación”, ya que esta norma deriva formalmente de otra u otras del sistema.

Visto desde la norma de la cual proviene, la relación es de “fundamentación”, ya que la norma derivada se fundamenta en aquélla. Fácilmente se advierte que a su vez la norma derivada es fundamento de validez de otra norma que de ella deriva y a la que sirve de fundamento inmediato.

Todas las gradas de este sistema, contienen en suma ambos tipos de relación “fundamentación-derivación”, ya que todas son fundamento de alguna norma y derivan a su vez de otras.

Sin embargo, hay dos topes en la escala gradual normativa, donde no se dan las dos formas de conexión, sino sólo una de ellas.

La primera norma, hipótesis gnoseológica primera del ordenamiento

normativo, es sólo “fundamentación”, ya que en ella se fundamenta la primera norma positiva elaborada por el sistema, así como, en definitiva, todas las que sean derivación formal de ella.

La última norma, la que ejecuta la decisión del órgano jurisdiccional, es sólo “derivación”, ya que en ella no se apoya, como fundamento de validez, ninguna otra norma del sistema.

Estas relaciones de “fundamentación-derivación”, que acabamos de considerar podrían esquematizarse también de esta otra manera.

Los actos cumplidos en todas las escalas graduales del sistema son “creación-aplicación”.

Cada norma del sistema es “creación” de una norma nueva, que se dicta “aplicando” otra norma que le precede jerárquicamente. Al elaborar la ley, se crea una norma y se aplica la Constitución Nacional, que posibilita su sanción.

Al elaborar una sentencia se crea una norma individualizada, aplicando todas las estructuras normativas previas, en las cuales aquella encuentra su fundamento de validez.

Sin embargo, en los dos topes antes señalados, sólo encontramos actos de una sola calidad.

La norma fundamental es “creación pura”, ya que su elaboración no importa aplicación de ninguna otra norma del sistema. El acto de ejecución de la sentencia es “aplicación pura”, ya que de él no deriva posibilidad de creación alguna por el órgano²³⁸.

a) *La norma fundamental*

Es indudable que en la teoría sucintamente expuesta, el blanco de los más agudos ataques ha sido la norma fundamental del sistema, norma a la que la concepción normativista atribuye el carácter de hipótesis básica.

En principio, sin duda que el más serio de estos ataques está dirigido hacia la norma fundamental, que funciona en el esquema de la teoría pura del derecho, como un supuesto jurídico: partiendo de la hipótesis de que esa norma sea válida, vale también la totalidad del ordenamiento jurídico eslabonado y subordinado jerárquicamente a ella.

²³⁸ El oficial de justicia, el verdugo, no pueden modificar “creadoramente ni una sola palabra de la decisión cuya ejecución les ha sido confiada”.

La norma fundamental no es, entonces, una norma positiva del sistema, sino una hipótesis gnoseológica, de donde arrancan los sentidos de significación normativa de todos los hechos a ella encadenados, que integran un ordenamiento jurídico. Tiene para Kelsen la función principal de conferir el poder creador de derecho al acto del primer legislador y a todos los demás actos apoyados en él²³⁹.

Esta norma fundamental, que no integra el orden jurídico positivo, sino que éste encuentra en ella su fundamento de validez, es para Kelsen una metanorma, un acto de conocimiento, que funciona como una categoría ordenadora del pensamiento a la manera kantiana.

De ello se infiere, por consiguiente, que la norma fundamental, no siendo derecho positivo, no es formulada mediante un procedimiento jurídico por ningún órgano creador de derecho, sino que meramente se la supone válida -agregaríamos, existente-, suposición requerida para que los otros actos humanos creadores de normas puedan apoyarse en esta hipótesis y ser interpretados como actos creadores de normas jurídicas²⁴⁰.

La norma fundamental viene a ser, por tanto, una creación única en el plano de la juridicidad. Única porque es norma y no regla de derecho. Recordemos aquí que esta distinción kelseniana se construye sobre el concepto de que las primeras -las normas- son creadas por un órgano jurisdiccional de creación normativa, con arreglo a un procedimiento prescripto; las segundas son la explicitación que sobre dichas normas jurídicas realiza el científico del derecho. No obstante esta distinción fundamental, la norma fundamental es norma, a pesar de venir a ser una creación científica predeterminada por razones fenoménicas.

La norma fundamental, cuyo enunciado podría esquematizarse diciendo: "debe ser la sanción en la forma y las instancias que establezca el primer legislador", o más brevemente aún: "obedece al legislador originario", resulta así el presupuesto de la posibilidad de interpretación de todo el material jurídico del sistema que en él se apoya; es también el presupuesto básico para el conocimiento del derecho, la fuente común de las normas del sistema que en ella se sustentan; el fundamento, base y principio del intento de hacer del caos un cosmos jurídico; otorga, en fin, el poder de generar normas al primer constituyente y a todas las instancias que puedan derivar de ese acto original.

²³⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 136.

²⁴⁰ Kelsen, op. cit., p. 137.

La norma fundamental ha sido el blanco preferido de las críticas que, desde distintos ángulos, se han elaborado contra el sistema que examinamos.

En efecto, se ha sostenido que si la norma fundamental no es derecho positivo, no es *puesta*, sino *supuesta*. Ello importa nada menos que colocar en la base misma de un orden de normas positivas, un elemento no positivo, del cual surge la elaboración de todas las normas positivas del sistema, que necesariamente se apoyan en él.

La exigencia metodológica de pureza preconizada como una condición esencial, se quiebra en el punto mismo de nacimiento del sistema, ya que éste fluye quebrantando ese requerimiento, y la positividad, por tanto, emerge de la no positividad.

García Maynez y Recaséns Siches han criticado también, a través de la norma fundamental, la propugnada separación entre el mundo normativo y el mundo de los hechos, ya que la aceptación de un sistema jurídico como vigente supone que una cierta realidad social corresponde al contenido de las reglas de aquél.

De ello resulta que el sistema jurídico se apoya en definitiva en un hecho de poder social y, en consecuencia, la elección de la norma fundamental no depende de una elaboración científica, sino que en alguna medida está determinada por razones empíricas, por fundamentos fenoménicos.

En defensa de la tesis expuesta queremos destacar solamente dos hechos que no han sido siempre valorados eficazmente: ante todo, no ha surgido de las críticas un mejor sustituto de la unidad de un sistema jurídico que la norma fundamental²⁴¹; además, esta teoría, como intento de otorgar al cosmos jurídico una estructura unitaria, descubre un principio trascendental al cual pueden atribuirse todos los fenómenos jurídicos, y ese principio es positivista; no sólo porque rechaza un fundamento jusnaturalista en el sistema²⁴², sino porque es un principio a partir del cual todo lo que se incorpora en la órbita de su método normativo es, por esa circunstancia, jurídico.

²⁴¹ Hart, quien en su obra *El concepto del derecho* (Abeledo-Perrot, Bs. As.) intenta la elaboración de una regla de reconocimiento que sustituya a la norma fundamental de Kelsen; otorga a su creación, casi los mismos contenidos y funciones que éste atribuyó a la norma fundamental.

²⁴² Las doctrinas jusnaturalistas determinan no sólo la forma, sino y especialmente el contenido de las normas jurídicas.

b) Corolarios fundamentales de la concepción

Esta concepción escalonada del ordenamiento jurídico, estratificación gradual del derecho, no se satisface solamente en la ordenación estructural del material jurídico, en una esfera normativa, sino que de su aplicación y funcionamiento se siguen importantes corolarios que inciden en otros temas dentro de la teoría general.

Ese es tal vez uno de los grandes méritos de la teoría pura del derecho. Lograr que, mediante un aparentemente pequeño cambio en la estructura de las cosas elementales, se modifiquen sensiblemente esquemas sólo indirectamente vinculados a ellas.

Toda la teoría pura es, en sí misma, un cambio en la óptica de los principios básicos: *deber ser* en vez de *ser*; normas en vez de hechos; imputación en vez de causalidad; pero, así como a través de estos cambios básicos, toda la teoría del derecho puede resultar sustancialmente modificada, algo semejante ocurre con las teorías incorporadas o que se desprenden del tronco madre de la teoría pura.

Pasaremos revista, aunque no sea más que superficialmente, a los temas más importantes dentro de la teoría general, que aparecen iluminados por los reflejos de la teoría de la gradación; por entender que la importancia de su planteamiento no se agota en la gradual ordenación de las normas de un sistema, sino exactamente, en la consideración de todos los corolarios que de su temática central se desgajan.

1. *El problema de las lagunas del derecho.* Generalmente se entiende por laguna la situación que se crea cuando un determinado hecho jurídico no puede subsumirse dentro de los géneros normativos del sistema, y más generalmente aún cuando la aplicación del derecho al caso, sería tan decididamente injusta, que surgen razonables dudas respecto de la decisión.

Aplicando la teoría de la gradación y en relación al tema de la interpretación, también conformado a través de ella, Kelsen advierte la existencia de las lagunas lógicas, que se presentan cuando la decisión lógicamente posible le aparece al órgano aplicador tan inoportuna o injusta, que se inclina a aceptar que el legislador no haya pensado en ese caso, y si lo hubiese pensado, habría tomado una decisión distinta de la que resulta

de la aplicación del derecho vigente, lo cual en definitiva plantea un problema axiológico, o mejor, una pura cuestión de derecho natural.

Al lado de las mencionadas, existen otras lagunas: las lagunas técnicas que se presentan cuando el legislador ha omitido la sanción de una norma indispensable para posibilitar la aplicación técnica de la ley.

Dentro de la teoría de la gradación el problema es bien sencillo. Frente al hermetismo del ordenamiento y por aplicación del postulado de la prohibición, según el cual “todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”, con prescindencia de reminiscencias jusnaturalistas, el órgano deberá decidir aplicando el derecho vigente y prescindiendo de consideraciones axiológicas.

Entre el derecho debido y el derecho deseado, Kelsen opta, sin titubeos, por la aplicación del primero.

En las lagunas técnicas, la omisión del dictado del instrumento indispensable que hace inaplicable una norma no es tal, ya que entonces es la norma de peldaño inferior la que debe suplir el supuesto vacío legal creado. Por ejemplo, si una ley crea un órgano de gobierno que será elegido por sufragio popular, pero no establece cómo, el órgano encargado de la elección, será el encargado de determinar el sistema electoral para el caso.

2. *La teoría de la interpretación del derecho.* Toda la teoría de la interpretación del derecho, hasta Kelsen, partía del supuesto de que en todo caso hay una solución correcta, y por tanto, la misión de la interpretación es postular el método adecuado para dilucidarla. Kelsen, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, ve la teoría de la interpretación como un problema de voluntad, mucho más que de cognición.

La norma es un marco de posibilidades con varios contenidos jurídicos potenciales y aplicables todos ellos como posibles. Es un marco abierto de posibilidades -intencionado o no-, pero que siempre asume, como jurídicamente posibles todas ellas. La determinación de la solución correcta, en ningún caso pertenece a la teoría del derecho, sino a la política jurídica.

3. *Orígenes y creación del derecho.* Este tema, respecto del cual se han formulado muy diversas hipótesis y que puede encararse desde un punto de vista genético o desde un punto de vista sistemático, se resuelve con la aplicación de la teoría de la gradación, sosteniendo que el derecho regula su propia creación.

La creación del derecho sólo es posible dentro del sistema, por derivación de una norma superior en la cual se fundamenta. El derecho no puede surgir de algo que no sea derecho, sino que el derecho engendra al derecho.

4. *La teoría de la separación de los poderes.* Esta teoría, de tan netas consecuencias en la práctica política, puede también verse transformada en la teoría de la “distribución” del poder mediante la incidencia, en el tema del Estado, de la “teoría del ordenamiento jurídico”.

La teoría política de la división de los poderes plantea, como idea fundamental, la organización de un poder estatal dividido en sectores con independencia funcional relativa.

Kelsen, aplicando la teoría de la gradación y a partir del principio de que el derecho regula su propia creación, prescinde de factores materiales para establecer las diferentes funciones de los órganos del Estado y atiende sólo a las atribuciones técnicas de su competencia.

Atribuye así jurisdicción, no a causa del contenido o materia de los distintos actos, como lo hace la teoría de Montesquieu, sino entendiendo que en todo acto de aplicación hay una creación jurídica y viceversa, en todo acto de creación una aplicación del derecho, de donde resulta que todos los actos de los distintos órganos del Estado no son más que grados en el proceso de realización del derecho, grados, por tanto, en los que no existe diferenciación jerárquica de ninguna naturaleza.

5. *Carácter normativo de las transacciones jurídicas privadas.* Las transacciones jurídicas privadas -el contrato-, a las cuales el derecho confería *a posteriori* un sello de legalidad que las convertía en actos jurídicos sustancialmente diferentes de las normas jurídicas, aparecen implicadas en la teoría del monismo normativista, y abrazadas también por la genérica denominación de normas. La transacción privada aplica el derecho y también lo crea, por lo cual queda incorporada al proceso del desarrollo del derecho.

6. *La superación de los conflictos entre normas.* Este problema envuelve tres hipótesis sustancialmente distintas. Más frecuente es el conflicto que se suscita entre normas de distinta jerarquía dentro del sistema; las otras dos son el conflicto entre normas de igual jerarquía, y el conflicto entre un orden jurídico y otro sistema de normas.

En éste último caso, en realidad no hay contradicción, ya que las normas que no pertenecen al sistema, no son válidas respecto de él. El orden moral, es por tanto, ajeno totalmente al derecho. No quiere decir esto que las tales normas -morales, por ejemplo- no existan o no sean válidas, sino que desde el punto de vista que atiende a la validez del orden jurídico, son absolutamente inexistentes.

El conflicto entre normas de igual jerarquía se resuelve, dentro de la teoría de la gradación, por el principio de que *lex posterior derogat priorem*, postulado válido, aunque no forma parte del derecho positivo, ya que es un presupuesto indispensable para la cognición de un sistema coherente de derecho positivo. La contradicción entre normas de diferente jerarquía -el problema de la ley inconstitucional, por ejemplo- requiere una más prolija consideración. La determinación de una norma inferior por una superior, encierra una disyunción alternativa para el órgano inferior que crea, al aplicar la norma superior, opción que se da, creando la norma de la manera que le señala la norma superior o apartándose de ese camino. En esta última hipótesis, la norma creada es anulable, pero hasta que se la anule, permanecerá válida. De ahí se infiere que la tal contradicción es más aparente que real, ya que ésta sólo aparece en el momento mismo en que la ley anulable es declarada inconstitucional por el órgano jurisdiccional o es derogada por el propio poder que la creó²⁴³.

7. *Teoría del monismo normativista. El problema de la norma individualizada.* Hemos dejado deliberadamente para el final, como corolario último de la teoría de la gradación, la llamada teoría del monismo normativista, conforme con la cual se otorga carácter normativo a todos los modos de creación jurídica que se producen dentro del sistema, abrazando con ese denominador común tanto las transacciones jurídicas -según acabamos de ver- como los actos de decisión que pronuncian los órganos jurisdiccionales, es decir las sentencias.

²⁴³ Por cierto que no hay que dejar de tomar en cuenta, en la consideración de esta problemática, que el orden jurídico es un orden finito; tiene un límite tras el cual no es posible avanzar y ese límite o tope es la cosa juzgada. Teniendo esto presente, resultará así, que no obstante la existencia de los principios señalados para resolver los conflictos que puedan plantearse dentro del sistema, para resolver las contradicciones que puedan presentarse en línea horizontal -de igual jerarquía- o vertical -de distinta jerarquía- y que deberán considerarse existentes y válidos aún cuando pudieran no integrar el ordenamiento jurídico de que se trate, por ser principios fundamentales que atañen a la cognición del derecho positivo, puede ocurrir que el deber ser de la decisión en el caso concreto, vaya por un lado

Este inconveniente, que en no pocos planteamientos encierra dificultades lógicas poco menos que insuperables, produce consecuencias importantísimas en el tema de la interpretación y de la aplicación del derecho. El problema, en sus posiciones encontradas, se puede resumir de la siguiente manera:

a) A partir de Kelsen y como consecuencia de su teoría del ordenamiento gradual de normas, éste contiene en el total de sus peldaños de derivación normativa, todas las formas posibles de expresión del derecho, a partir de la primera constitución positiva de un Estado, y pasa por todos los niveles posibles de generalidad, hasta las expresiones más individuales en su concretización unitaria: la sentencia, el contrato y la resolución administrativa.

Normas serán, por consiguiente, tanto la ley como la constitución, el reglamento, la costumbre jurídica, la decisión administrativa, la sentencia judicial y el contrato. La explicación y fundamentación de ello es la llamada teoría monista normativista.

Coinciden en este punto, con sorprendente unanimidad, las expresiones más diversas de lo que podríamos denominar las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico²⁴⁴.

y el ser de ella por otro distinto, resultando en definitiva convalidada, por aplicación del principio de cosa juzgada, una decisión que se aparte de los postulados expresados.

Dicho de otra manera, y ejemplificando, si se da una inconsistencia entre normas de igual jerarquía, y la decisión, en lugar de otorgar validez al principio de *lex posterior*, atribuye mayor relevancia al principio de *lex specialis* y en la especie decide enervando el principio de *lex posterior*, porque estima que en el caso no tiene relevancia, sin duda que este postulado habrá perdido aplicabilidad en el supuesto examinado y se tomará válida la decisión del órgano por aplicación del principio de la cosa juzgada.

Puede inferirse de lo expuesto que, con algunas variantes, podría aplicarse ocasionalmente el postulado de *lex superior*; que los órganos jurisdiccionales pueden, aun sin autoridad, apartarse de los principios fundamentales del derecho, como también podrían, en todo caso, apartarse de normas expresas del sistema. Este "pueden", evidentemente no quiere decir "deban", y como la teoría pura se desenvuelve en el plano de la normatividad, separada tajantemente del plano de la facticidad, atiende en la consideración del problema al mundo del *deber ser (sollen)*, prescindiendo del mundo del *ser (seis)*.

²⁴⁴ Cossio, Carlos, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, p. 99 y sigs., Losada, Bs. As., 1939; *Sentencia y jurisprudencia*, LL, 20-164, secc. doctrina; Pacchioni, G., "I poteri creativi della giurisprudenza", en "Rivista di Diritto Commerciale" I, p. 40, 1912; Salvat, Raymundo L., *Derecho Civil argentino. Parte General*; Cueto Rúa, Julio, *Las fuentes del derecho*, p. 123 y sigs., Abeledo-Perrot, Bs. As.; Spota, Alberto G., *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Depalma, Bs. As.; Aftalión, García Olano y Vilanova, *Introducción al derecho*; y muchos más.

b) Soler²⁴⁵, quien a pesar de seguir en muchos aspectos las conclusiones de la teoría pura, ha reelaborado algunos de sus temas con una fundamentación dogmático-racionalista más severa²⁴⁶, se niega a seguir a Kelsen en las expresiones de su monismo normativista. La norma individual no resulta abrazada -en el pensamiento que referimos- por el común atributo de la normatividad, por varias razones:

1. Carece de vigencia. Sólo impropriamente puede hablarse de la vigencia de una sentencia; no sólo por la circunstancia de estar expuesta a la revisibilidad, que no depende de ella misma, sino porque siendo la forma idónea de dirimir las controversias entre los particulares, es un acto instantáneo. Las normas jurídicas tienen validez y tienen vigencia. La sentencia, sólo validez.

2. La norma jurídica parte de un supuesto: la hipótesis de un hecho descrito como una abstracción que funciona como supuesto. La sentencia, de la comprobación de un suceso histórico realmente acaecido²⁴⁷.

3. Los hechos son representados en la norma como esquemas; en la sentencia, como datos reales. De lo cual se infiere que las figuras de la norma no son referibles a un criterio de verdad o error, mientras que la afirmación de la sentencia sí lo es.

4. El esquema formal de una norma jurídica está compuesto de dos juicios hipotéticos disyuntivamente vinculados. La sentencia no responde a este esquema lógico.

²⁴⁵ Soler, Sebastián, "La llamada norma individual", en *Fe en el derecho*, Tea, Bs. As., 1956.

²⁴⁶ Soler, Sebastián, "Algunas observaciones a la doctrina de Hans Kelsen", en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" Año VII N°3, Córdoba, 1943. cf. Jiménez de Asúa, Luis, *Norma individualizada, jurisprudencia e interpretación del concepto de prostíbulo*, LL, 20-183, secc. doctrina. v. también Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino. Parte General*, p. 55, Zavalla, Bs. As.

²⁴⁷ La eología ha refutado con términos de extrema virulencia la crítica de Soler al carácter normativo de la sentencia judicial. Prescindiendo aquí de la polémica personal y situados en un plano de estricta objetividad, parece evidente que la circunstancia de que la abstracción meramente posible, dibujada en el supuesto de la ley y la referencia concreta a un suceso histórico realmente acaecido en la sentencia, no altera el carácter hipotético de la enunciación, ya que el hecho de que la condición a que se halla sometido el juicio sea posible o real, no atañe al carácter hipotético del juicio, sino que atiende esencialmente a su modalidad, desde que resulta cierto que la modalidad lógica depende básicamente de la ontología. En suma, el hecho de que la norma (p. ej. la ley) contenga en el supuesto la descripción de una hipótesis esquematizada y por tanto irreal y la sentencia transforme esa descripción en un hecho histórico sucedido en el mundo real, no concierne a la relación del juicio (es decir, al carácter hipotético de él), sino a la modalidad, que en el plano lógico, se refiere a la manera de enunciación y es la expresión de su grado de certeza.

5. La identificación de la ley y la sentencia en el género norma sobre la base de una diferencia gradual, olvida el hecho de que entre lo genérico y lo individual no hay grados.

Al respecto, creemos que a pesar de que la sentencia se construye en el plano del “deber ser” y tiene por tanto toda la esencia de la normatividad, no puede por esa sola circunstancia considerársela norma jurídica.

Por tanto, suscribiéndonos a varios de los argumentos expuestos por Soler, agregamos:

a) Que la sentencia carece de la estructura lógica que antes hemos atribuido a la norma. En efecto, ya se le atribuya la estructura esquematizada por la teoría pura, ya se parta de la compleja elaboración de la egología, ambas coinciden en articular la norma completa, con la conexión, más o menos necesaria, de los dos tramos esenciales: una norma secundaria, o endonorma, que contiene la descripción del hecho debido, y una norma primaria, o perinorma, que contiene la descripción del entuerto o hecho ilícito y la sanción.

Pues bien, esto supuesto, necesario es concluir que la sentencia sólo puede ser esquematizada con el auxilio de la norma primaria, o perinorma, ya que la norma secundaria, o endonorma, no se extrae de la propia sentencia sino de su fundamentación, que por cierto se apoya en otras expresiones de normatividad ajenas a la sentencia misma.

Veamos. “La ley dice”: dado el préstamo, *debe ser* la devolución de lo prestado (norma secundaria o endonorma).

Dada la no devolución, *debe ser* la devolución forzada -sanción- (norma primaria o perinorma).

“La sentencia dice”: resulta probado que Juan prestó a Pedro y que Pedro no devolvió; *debe ser* que Pedro devuelva coactivamente.

Se advierte que aquí el deber jurídico o la prestación debida no resulta necesariamente del enunciado de la sentencia, y si ésta lo refiere a sus considerandos, sosteniendo por ejemplo el juzgador que *debe ser* que Pedro devuelva, porque según estatuye el art. X del código de la especie, los préstamos deben devolverse, esta referencia al deber, contenida en la sentencia, no resulta de su propia estructura lógica, sino que ha sido traída a ella del plano de la normatividad general, donde se estatuyen los deberes jurídicos y las prestaciones debidas.

b) Por último -*last but not least*- y dejando aparte el problema lógico formal de la normatividad, abrazar con la genérica atribución normativa a la sentencia judicial, no pretende desjerarquizar la función jurisdiccional

y convertir al juez en un mero aplicador mecánico del derecho, sino cerrarles definitivamente la puerta a todos los devaneos creacionistas que puedan infiltrarse en la tarea del juzgador, en grave detrimento de la heteronomía del derecho y de la seguridad jurídica.

La sentencia judicial no es una norma jurídica, es un acontecimiento que produce una realidad que ella engendra y que no existía antes de su pronunciamiento; es un acto jurídico voluntario, mediante el cual se transforma el acto lícito, en acto jurídico y el acto ilícito, en acto antijurídico.

X

**EL PROBLEMA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO**

1. LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

El vocablo “conocimiento” tiene desde una perspectiva lexicográfica una cantidad de acepciones que sin duda todos utilizamos. Podemos hablar de conocimiento como de la capacidad de reconocimiento: si hemos visto actuar a un juez probo, podemos asegurar que lo conocemos en su condición de tal. Podemos también referirla a la capacidad de distinguir una cosa de otras: podemos discernir -y la práctica va afinando sin duda esta capacidad- entre un buen juez y otro, que no lo es tanto. También conocimiento puede ser mentado como la circunstancia de saber de un lugar, de una cosa o una persona: como cuando alguien dice conozco Europa o al decano de mi Facultad. Emparentado con esta forma de conocimiento, la experiencia vivencial de algo no brinda una entidad de conocimiento vinculada genéticamente a la idea precedente: como cuando alguien dice que ha conocido el miedo o la angustia. Es posible también decir que conocemos a un poeta o a un músico, si estamos familiarizados con su producción estética y en condiciones de referir algo de ella.

Sin embargo, esta variable densidad de acepciones del referido vocablo, que está en el acopio informativo de todos nosotros, si bien constituye tal vez, el primer paso para un análisis del conocimiento desde el punto de vista filosófico, no es en modo alguno suficiente, ya que, aún después de haberla repasado, podemos mantener el interrogante de qué es el conocimiento. Sin duda que este problema, como todos los centrales de la filosofía, ha preocupado a los filósofos desde los inicios de la reflexión especulativa. No obstante, la trascendencia que ha adquirido la teoría del conocimiento, como rama esencial de la problemática filosófica, es asunto relativamente reciente.

Por lo demás, esto ha ocurrido también con la ontología y tal vez, mucho más con la axiología, que no obstante haber suministrado tema de indagación desde los presocráticos, adquieren categoría de disciplinas filosóficas de carácter sistémico -como integrantes de un sistema- hace relativamente muy pocos años.

De ahí que si bien es posible recordar a muchos filósofos antiguos y medievales que trataron sobre el tema y aunque se pueda afirmar sin error que los grandes sistemas del idealismo helénico proporcionaron la fundamental sustancia de toda esta problemática -la teoría del conocimiento, como disciplina filosófica con pretensión sistemática y autónoma- su raíz principal no debe ser rastreada temporalmente más allá de la modernidad.

Señalamos a John Locke como el más importante precursor, seguido por toda la corriente del empirismo inglés (Berkeley y Hume) y reconociendo en Kant al verdadero fundador de la teoría, a tal punto, que algunos neokantianos -en una ponderación que por cierto no compartimos- han pretendido reducir la filosofía kantiana a los límites, sin duda estrechos, de la teoría del conocimiento.

La teoría del conocimiento es, como su nombre lo indica, una teoría, esto es, una explicación e interpretación filosófica del conocimiento humano²⁴⁸.

Analizado el conocimiento desde un punto de vista fenomenológico, en la acepción más lata de lo fenomenológico, como la pura descripción de lo que aparece, es decir, antes y al margen de toda interpretación o explicación de causas y efectos, nos presenta la coexistencia o copresencia necesaria de dos elementos enfrentados: un sujeto y un objeto; y el conocimiento se muestra como la relación entre estos dos términos.

Esa descripción pura, que pone de relieve inmediato la presencia de los dos elementos señalados, no es admitida por todos con el mismo grado de funcionalidad o necesidad, ya que algunos otorgan primacía fundamental a uno o al otro de los elementos (realismo: primado del objeto; idealismo: primado del sujeto).

²⁴⁸ El primer análisis que conocemos a través de comentaristas es el que realizó Nicolai Hartmann en *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis* ("Fundamento de una metafísica del conocimiento") en su versión de 1925, publicada por de Gruyter en 1949, y en la que se fundamentan los estudios de Hessen, *Teoría del conocimiento*; Messer, *Realismo crítico*; y Müller, *Introducción a la filosofía*, entre otros, versión ésta, de 1925, que amplía la primera de 1921, añadiendo una quinta parte relativa precisamente al conocimiento de los objetos ideales.

Sin embargo, todos conceden a esta relación o correlación, la funcionalidad en el sujeto de aprehender o captar las propiedades esenciales del objeto, y en el objeto, la de ser aprehendido, mediante transferencia de propiedades, por el sujeto.

Conocer es, en esa descripción pura y elemental que intentamos, el acto por el cual un sujeto aprehende un objeto, de donde se infiere que el objeto debe ser, por lo menos desde un punto de vista gnoseológico o dicho de otra manera, dentro del ámbito de la correlación creada en el acto del conocimiento, trascendente al sujeto; trascendencia que quiere sólo significar, que el objeto no está ni física ni metafísicamente en el sujeto, sino sólo representado a través de una imagen que, conteniendo los rasgos del objeto, no se identifica con él, sino que está -digamos-, en el punto medio de esa correlación entre sujeto y objeto.

Hasta aquí, y por cierto con rasante superficialidad, hemos intentado una pura descripción fenomenológica del conocimiento, pero a partir de ella es necesario esbozar una explicación y fundamentación del conocimiento, particularmente vinculado al mundo jurídico dentro del cual desenvolvemos nuestra preocupación esencial.

En su acepción más amplia, el conocimiento presenta, además de un aspecto psicológico y de un aspecto lógico, en esa ya referida correlación que se establece entre objeto, sujeto y la imagen representativa de aquél -que se transfiere en sus esenciales propiedades a éste-, otro aspecto más, de incuestionable raíz ontológica, que aparece en relación con el ser esencial del objeto del conocimiento y cuyo núcleo está precisamente en el carácter del ser, que como tal y fuera de la relación cognoscitiva, es atribuible a dicho objeto.

Los objetos ideales tienen un ser en sí, como lo tienen todos los demás, características y modalidades que ya hemos visto con anterioridad; pero desde el punto de vista del conocimiento, a la intemporalidad propia de los objetos ideales que les impide que puedan ser experimentados, le agregan la modalidad de no poder tener nunca el carácter de caso particular y la de ser siempre un ente aprehensible en su generalidad.

Hemos sostenido, en un capítulo anterior, a propósito del ser esencial del derecho, su naturaleza ideal, de donde indudablemente nuestra gnoseología referida a la juridicidad, debe estar vinculada a esa naturaleza ideal del derecho que predicamos. No obstante, entendemos que la descripción del conocimiento, en cuanto fenómeno, vale para todo conocimiento de objetos y creemos que desde el punto de vista de los aspectos esenciales

del fenómeno cognoscitivo, no hay ninguna diferencia entre el conocer objetos ideales y el conocer objetos reales. Pero la diferencia surge en el mismo acto de aprehenderlos, que está condicionada ontológicamente con arreglo a las diferencias estructurales de los entes que en cada caso se conocen.

En el mundo del derecho hay conocimiento de objetos ideales, en tanto en cuanto expresión de normatividad, y también hay conocimiento de objetos reales, en cuanto facticidad subsumible en los géneros normativos del sistema. En el fenómeno del conocimiento de los objetos reales hay -siempre siguiendo a Hartmann- dos fuentes independientes y a su vez heterogéneas del conocimiento: la esfera del *a priori* y la esfera del *a posteriori*.

El conocimiento a priori es obviamente una expresión de conocimiento que está virtualmente sobreentendido en todo saber de objetos que tenga carácter de universalidad y necesidad, y sea por tanto susceptible de ser formulado a través de juicios y conceptos.

El conocimiento a posteriori está siempre referido a la sensibilidad, a los datos últimos captados por los sentidos que proceden directamente de la percepción de cada objeto. Ambas fuentes -*a priori* y *a posteriori*- tienen su propia legalidad y manifiestan su autonomía y heterogeneidad, que se expresa en su diferencia de contenido, pero sus elementos están siempre entremezclados y son sólo artificialmente desintegrables para su explicitación.

En el fenómeno del conocimiento de los objetos ideales, dándose también un auténtico acto de aprehensión con todas las características de tal, se advierte una diferencia que proviene de la raíz ontológica del ser en sí del objeto y que se manifiesta en la relación que se entabla entre el conocimiento a priori y el conocimiento a posteriori.

El a posteriori del conocimiento de los objetos reales funciona a modo de contrapartida de control del conocimiento a priori. Es decir que en el juego de ambas instancias -el *a priori* y el *a posteriori*- se suministra un criterio de verdad que en el conocimiento de los objetos reales se puede dar por el contraste de esas instancias. Para el a priori ideal no existe esa contraparte, ya que por razones ontológicas no hay instancia a posteriori, porque no hay materia de individualización propiamente dicha, ni casos particulares, ni espacio, ni tiempo, ni sujeción tampoco de lo ideal a un caso dado. En el conocimiento de los objetos ideales, el sujeto se enfrenta al objeto sin nada que controle o complete el acto del conocimiento.

2. SUJETO Y OBJETO DE CONOCIMIENTO

El derecho, en cuanto norma jurídica, es una estructura prescriptiva que establece una determinada forma de vinculación del obrar a la que se le asigna el respaldo de la fuerza pública. Siendo una estructura prescriptiva destinada a regular el comportamiento humano, en el conocimiento jurídico se da tanto el fenómeno del conocimiento de los objetos ideales -referido al derecho en concepto de norma- como el fenómeno del conocimiento de los objetos reales -referido al conocimiento de la conducta regulada por las normas.

El sujeto de esos conocimientos es tanto el súbdito de la juridicidad, destinatario último de la norma prescriptiva, como todas las instancias que como órganos de la juridicidad intervienen en el tránsito de la concretización del derecho en funcionamiento. Conocen así el súbdito, el legislador, el funcionario, el juez, el abogado, el jurista. Cada uno en la órbita específica de su quehacer. ¿Qué conocen? Todos de un modo u otro, conocen objetos ideales y objetos reales y aplican ambas formas de conocimiento. Nos interesa aquí referirnos al modo en que el objeto derecho se presenta al conocimiento del sujeto, el cual constituye el tema que, aún con distinta nomenclatura, ha sido estudiado como el problema de las fuentes del derecho.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO

El tema de las fuentes del derecho aparece planteado, en forma casi original²⁴⁹, por uno de los más insignes expositores del historicismo jurídico, Federico Carlos de Savigny, desde las primeras páginas de su *Sistema de derecho romano actual*, en uno de los más valiosos aportes de la escuela histórica a la ciencia del derecho. Las fuentes son para el jurista alemán, las causas de nacimiento del derecho en general, ya sea de las instituciones jurídicas mismas o de las reglas jurídicas (esfera normativa), inferidas por abstracción de aquéllas.

²⁴⁹ Lo decimos así, por cuanto si bien el jusnaturalismo en su expresión racionalista, en las postrimerías del clasicismo moderno, postula la existencia de un sistema de preceptos, eterno e inmutable, con cuya aplicación era posible resolver, y además con justicia, todas las cosas posibles, no hay por ese entonces en el pensamiento jusnaturalista, una verdadera teorización sobre la temática de las fuentes, la que sólo se logra en la sistematización propuesta por Savigny.

En esta indagación causal sociológica, llega a dar, como era de prever, en el entroncamiento de las fuentes del derecho con aquel romántico *Volksgeist*, con aquel inescrutable e ineluctable espíritu del pueblo, que no es sino la naturaleza como fuerza productora, aquella misma “alma del mundo” de la filosofía de Hegel, que subyace como trasfondo filosófico en la concepción de Savigny.

El derecho nace para Savigny del “espíritu del pueblo”, y las fuentes no son sino las formas de manifestación de esa conciencia común.

Fuente no es, por tanto, la causa de nacimiento del derecho, que siempre y en todo caso es el “espíritu del pueblo”, sino la manifestación o síntoma de éste.

En alguna otra oportunidad hemos señalado que la ciencia jurídica adquiere rango y dimensión científica a partir de la sistematización lograda a través de la escuela histórica del derecho, y algunos de los temas por ella desenvueltos se han mantenido casi intactos en su largo y proceloso tránsito, desde su primera exposición hasta nuestros días. Algo de esto ocurre con la temática de las fuentes.

Del Vecchio distingue, en este tema, las fuentes que son causa del nacimiento del derecho, de las que se deducen los principios de la justicia, o sea del derecho natural, de aquellas otras fuentes del derecho, “en sentido técnico”, y que se refieren, no a la idealidad del derecho *in genere*, sino al derecho histórico o positivo.

La fuente del derecho natural es la naturaleza humana, el espíritu que brilla en las conciencias individuales, haciéndolas capaces de comprender, a la vez que la suya, la personalidad ajena²⁵⁰.

La fuente del derecho positivo, las fuentes en sentido técnico, también se refieren al espíritu humano, pero no en su “pura y abstracta universalidad, sino en sus concretas orientaciones y también en sus posibles desviaciones, por efecto de desvariadas pasiones y mudables circunstancias”²⁵¹.

Las fuentes en sentido técnico, que no son sino los modos de manifestación de la voluntad social preponderante, se reducen a dos primordiales -la ley y la costumbre-, una tercera, situada en un peldaño subalterno pero principal: la jurisprudencia, y algunas otras fuentes secundarias.

²⁵⁰ Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, cit., p. 339 y sigs.

²⁵¹ Del Vecchio, *op. cit.*, p. 340.

Legaz y Lacambra, en una posición sin duda menos original que la precedentemente mencionada del maestro boloñés, examina casi exhaustivamente la cuestión terminológica implícita en la temática de las fuentes, tratando de resolver la adjudicación de un significado unívoco a esta multívoca expresión de fuente.

Gény, al despuntar el siglo XX, asfixiado por el fetichismo a la ley proclamado por la exégesis francesa, inaugura un sistema de fuentes que no se agota en la estructura intencional de la ley escrita y codificada, sino que cuando ésta se muestra incapaz de contener en sus escuetas fórmulas todas las respuestas que la creciente vida social le exige, obliga al intérprete a bucear en las otras fuentes formales del derecho, en la costumbre, en la autoridad y en la tradición²⁵², y hasta, agotadas éstas, en los materiales que le suministra la “*libre recherche scientifique*”; libre, porque no está constreñida por el mandato de la autoridad jurídica; científica, porque sólo se nutre de los elementos que la ciencia le ofrece.

Hasta aquí, los desenvolvimientos de la doctrina se mueven en el plano genético, experimentando un sensible golpe de timón en la concepción de Rudolf Stammler, que engalanado del formalismo que rezuma toda su concepción sobre el derecho, coloca la cuestión en el plano sistemático; desinteresándose de cómo ha sido creado el derecho y cómo fue por primera vez introducido en este mundo se preocupa por cómo es posible resumir, universalmente, los modos de creación del derecho en la historia²⁵³, clasificando las fuentes en originarias y derivadas.

La evolución posterior de la doctrina no experimenta cambios que justifiquen una referencia más exhaustiva en este momento, hasta llegar al original planteo de la escuela egológica argentina, que sacando la cuestión de los carriles por los que había transitado durante más de ciento sesenta años, prescinde de la indagación causal sociológica, así como también de la consideración sistemática y postula que, en el plano estrictamente jurídico, el tema de las fuentes no debe ser llevado a un problema causal, sino a una investigación cultural, acerca de la fuerza de convicción que ha de tener toda resolución de un caso jurídico²⁵⁴.

²⁵² Gény clasifica las fuentes en formales y no formales. Son formales: la ley, la costumbre, la autoridad (que en el sistema de Gény está integrada por la jurisprudencia y doctrina actuales) y la tradición (que en su concepción está integrada por la jurisprudencia y doctrina antiguas).

²⁵³ Stammler, *La esencia del derecho*, cit., p. 78 y sigs.

²⁵⁴ Cossio, Carlos, *La teoría de la verdad jurídica*.

Cueto Rúa²⁵⁵, que se mueve dentro de las líneas generales del pensamiento egológico, en la valiosa obra mencionada sobre el tema²⁵⁶, sostiene que fuentes son los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas, para obtener respuesta a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo.

Se advierte, por consiguiente, que esta cuestión, planteada, originariamente en el plano causal genético (Savigny, Del Vecchio, Legaz, Goldschmidt) pasa ahora al plano sistemático (Stammler), para ser replanteada por la egología en el plano cultural, como la indagación sobre la fuerza de convicción de determinadas pautas para la solución de los problemas del derecho.

Tal vez tengamos que repetir, con alguna reiteración poco científica, sobre todo al tratar el tema de la costumbre y de la jurisprudencia como fuentes del derecho, que es fatuo el intento de elaborar una teoría general de las fuentes con pretensión de validez en todos los ordenamientos jurídicos, ya que es precisamente en lo que respecta a fuentes, donde se advierten las mayores divergencias entre las distintas expresiones sistemáticas de juridicidad.

La cultura jurídica de la civilización occidental puede dividirse en dos grandes capítulos esencialmente distintos. Los países que acogieron el derecho romano y codificaron su derecho a semejanza del código justinianeo y aquellos otros que lo han elaborado bajo el sistema del *common law*.

La cultura jurídica de la civilización oriental conoce los sistemas jurídicos socialistas (el derecho soviético, la China comunista, los derechos balcánicos) y los derechos tradicionales y religiosos (el derecho musulmán, el derecho chino, el derecho hindú, etcétera).

Cada uno de esos sistemas y aún cada país dentro de cada uno de los posibles sistemas, sustenta su propia teoría de las fuentes y fija el orden de prelación jerárquica de cada una, dentro del ordenamiento jurídico.

De allí que este estudio parta de esas consideraciones particulares, las que deberán tenerse en cuenta de aquí en adelante para el estudio del tema.

²⁵⁵ Cueto Rúa, Julio C., *Las fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1961.

²⁵⁶ v. el comentario de esta obra realizado por quien suscribe en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral" vol. 109-112, p. 527, 1962.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES

Tradicionalmente se han clasificado las fuentes del derecho en formales y materiales. Fuentes formales serían las pautas generales y obligatorias; mientras que las fuentes materiales serían todos los factores que nutren a las fuentes formales.

Esta clasificación, que certeramente ha descalificado Cueto Rúa²⁵⁷, no es por cierto la única que se ha elaborado en este tema.

Stammler, a quien ya hemos recordado precedentemente en su consideración sistemática sobre las fuentes del derecho, las clasificaba en originarias y derivadas; Gurvitch, en primarias y secundarias; Géný²⁵⁸, en fuentes formales y no formales -incluyendo aquí todos los elementos objetivos manifestados por la libre investigación científica-; Nawiasky²⁵⁹, en fuentes escritas y no escritas.

Goldschmidt²⁶⁰, que hace también una cuestión genética del problema de las fuentes, distingue, como ya lo hacía Clemente de Diego²⁶¹, las fuentes reales y las fuentes de conocimiento del derecho.

Nos parece bastante evidente, que si hemos afirmado que las fuentes son formas de manifestación del derecho o criterios de objetividad de que se valen los juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes que plantea la vida jurídica, es indudable que el concepto de fuente está estrechamente vinculado a un determinado ordenamiento jurídico, ya que fuentes serán en cada caso las pautas que cada ordenamiento jurídico determina como válidas.

Consecuente con ello, no creemos que se puedan postular criterios clasificadores válidos con sentido general, sino sólo en tanto en cuanto referidos a un determinado ordenamiento positivo, ya que no es lo mismo referir al valor de la doctrina -por ejemplo- en el derecho pretoriano, o en el derecho romano después de la reforma de Augusto, que suma a la autoridad privada de los jurisconsultos la del Emperador, al otorgarles el

²⁵⁷ Cueto Rúa, *op. cit.*, p. 25 y sigs.

²⁵⁸ Géný, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. 237 y sigs., París, Sirey, 1932.

²⁵⁹ Nawiasky, Hans, *Teoría general del derecho*, p. 92 y sigs, Madrid, 1962.

²⁶⁰ Goldschmidt, *Introducción al derecho*, *cit.*, p. 197 y sigs.

²⁶¹ Diego, Clemente de, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1925.

jus respondendi ex auctoritate principis; así como no puede evaluarse la importancia de la jurisprudencia en los países que acogieron el derecho romano, en relación con aquellos otros que elaboraron su derecho en base a costumbres tradicionales de sus respectivas naciones.

En efecto, se puede afirmar que la ley es la fuente más importante dentro del sistema jurídico nacional, pero esta afirmación no es válida, por ejemplo, en el derecho inglés, en el cual la ley propiamente dicha (*Statute o Act of Parliament*) no es un modo normal de expresión del derecho, sino que aparece más bien como un verdadero cuerpo extraño dentro del derecho inglés, ya que la ley se limita, generalmente, a aportar correctivos y modificaciones a los principios estructurales establecidos por la jurisprudencia, lo cual explica, por ejemplo, la necesidad de interpretar restrictivamente los mandatos del Parlamento.

Los criterios clasificadores, en suma, podrán elaborarse en relación o con referencia a un determinado ordenamiento jurídico positivo y en ese sentido tendría valor, por ejemplo, una referencia clasificadora de las fuentes en el ordenamiento jurídico argentino o en el derecho norteamericano, pero pretender imponer pautas genéricas, válidas con sentido general, importa correr el riesgo de incluir fuentes no aceptadas como válidas dentro de algún sistema o el de atribuir a otras, jerarquías que no corresponden dentro de otro.

Esto explica tal vez el silencio de la teoría pura del derecho con referencia a la problemática de las fuentes, sustituida en el pensamiento del maestro vienés por el tema acerca del fundamento de validez de las normas.

Kelsen, como una manifestación más del purismo metodológico que envuelve su teoría general del derecho, la cual prescinde de toda consideración que pueda tener implicancias sociológicas históricas, políticas, éticas o jusnaturalistas, no habla de fuentes, sino de fundamento de validez de las normas; sin duda, porque la consideración de su temática hubiera traicionado su pretensión de pureza y lo hubiese hecho caer en una referencia obligada a un determinado sistema jurídico positivo, abjurando así del sentido general de su desenvolvimiento teórico.

a) *La ley*. La ley es considerada, dentro de los países que siguen las estructuras básicas del sistema continental romanista, como una de las fuentes más importantes del derecho.

Este vocablo tiene dos sentidos, que coinciden casi exactamente con el muy difundido criterio clasificador de las leyes en formales y materiales.

Puede decirse que en sentido amplio, o en sentido material, ley es

“toda norma jurídica, con cierto grado de generalidad, elaborada conforme a pautas establecidas por un determinado sistema jurídico”.

Se incluyen en este sentido, dentro del concepto de ley, las normas constitucionales emanadas del poder constituyente, las normas reglamentarias que promulga el poder administrador, las normas escritas que elabora el poder legislativo.

En sentido estricto, o ley en sentido formal, se limita su significación, sólo a “las normas jurídicas, dictadas por el poder legislador, siguiendo pautas regladas”.

Tiene, pues, la ley todos los atributos que atañen a la normatividad jurídica. Emanada del órgano estatal que en cada sistema jurídico tiene la potestad legislativa, el que responde, para su elaboración, a las pautas que cada derecho interno establece como válidas y deben observarse necesariamente.

b) *La costumbre jurídica*. El derecho consuetudinario, o costumbre jurídica, puede ser redefinido como la reiteración de una determinada conducta de los miembros de un grupo social, con cierta constancia y uniformidad, que se cumple con la convicción de su obligatoriedad coercible.

Están contenidos en este enunciado conceptual, los dos elementos que generalmente la doctrina señala en la costumbre. El “elemento externo”, en la uniformidad, frecuencia, generalidad y constancia de la práctica reiterada, y el “elemento interno o psicológico”, en la convicción de que su cumplimiento o acatamiento responde a una exigencia coactiva de la comunidad (*opinio juris seu necessitatis*).

Puede aceptarse como indudable que la expresión de juridicidad positiva primaria de la civilización humana tuvo como única forma de manifestación la costumbre.

Los grados de evolución superior de la cultura, sumados a los perfeccionamientos del lenguaje como modos simbólicos de comunicación entre los seres humanos y a la invención de la escritura, fueron los vehículos que llevaron hacia la legislación.

La influencia del positivismo, a través de expresiones tan estrictas como la escuela exegética francesa, enroló la familia del derecho romano germánico en una actitud legalista, que con petulante vanidad creía resolver, a través de ese único medio, y con el instrumento de la razón, todos los problemas que planteaba la vida jurídica, desplazando la costumbre al papel de mera sirviente de la legalidad normativa.

La reacción que siempre generan las posiciones extremas no se hizo

esperar, y a través de las encendidas páginas de Savigny²⁶², llega el reivindicador alegato en defensa de la costumbre, que se convierte, por obra del historicismo jurídico alemán, en la fuente primigenia del derecho.

Lo dicho, creemos que debe enseñar a poner las cosas dentro de sus justos límites, cuando se pretende hablar de la importancia de la costumbre jurídica y del valor del derecho consuetudinario como fuente de juridicidad.

Ninguna duda debe haber de que, coincidentemente con el período de descentralización jurisdiccional y legislativa de los primeros tiempos de la civilización humana, la costumbre jurídica constituyó la única fuente de expresión de juridicidad. El pesado tránsito hacia la legalidad, que debió haber operado primero en la centralización jurisdiccional y sólo después de una larga evolución, en la centralización legislativa, fue lo que permitió amonizar la ley y la costumbre jurídica como dos fuentes distintas de expresión de juridicidad en constante y permanente equilibrio.

Hasta aquí, vemos que la primacía de una determinada orientación filosófica -generalmente condicionada por profundas determinantes políticas- provoca, en el curso de la civilización jurídica, momentos de auge y declinación de algunas de esas expresiones. La difícil meta del armónico equilibrio no parece estar lejana. Pero, fuerza es admitir que respecto del valor de la costumbre como fuente no puede elaborarse una teoría general, válida tanto para los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica como para el sistema del *common law*, tanto para los derechos socialistas como para los sistemas tradicionales religiosos (derecho musulmán, hindú, etcétera). Cada uno de ellos sustenta su propia teoría de las fuentes y una clara determinación del valor de su jerarquía.

Más aún, en el seno mismo de un sistema, inclusive restringiendo éste a los estrechos límites de un derecho positivo nacional, no puede postularse el valor de una fuente respecto de las demás, ya que ella varía según el contenido material de la disposición normativa de que se trate. En otras palabras, no tiene la costumbre -por ejemplo- igual jerarquía y valor con respecto al derecho penal, en el que su valor es casi nulo, que con respecto al derecho mercantil o con referencia a un derecho supranacional, como el derecho internacional público, en el que su valor es trascendente, llegando con alguna frecuencia a provocar el ocaso de la legalidad.

²⁶² Savigny, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Atalaya, Bs. As., 1946. El pensamiento de Savigny puede rastrearse

c) *La jurisprudencia*. La jurisprudencia, como fuente de derecho²⁶³, es “la doctrina concordante de los tribunales de última instancia respecto del sentido concreto de las normas jurídicas y los alcances de su aplicación”.

Decimos que es una “doctrina concordante”, ya que una sentencia aislada respecto del sentido o el alcance de aplicación de una norma jurídica, no pasa de ser eso. Puede hablarse de jurisprudencia cuando la doctrina respecto de ese sentido es la resultante de varias decisiones concordantes, llegando a constituir una verdadera regla.

A veces la importancia del rango o jerarquía del tribunal hace suponer que una interpretación judicial de un caso sometido a su decisión respecto de una norma jurídica reciente y que no ha sido antes aplicada por tan alto juzgador, crea jurisprudencia. Pero no es así. Es muy probable que ese sentido del primer caso siga siendo la doctrina aplicable por ese tribunal o por otros de igual jerarquía. Pero si nada obliga a ello, sólo se podrá hablar técnicamente de “jurisprudencia” cuando la identidad de varias decisiones permita hablar de una doctrina sobre la concordancia del sentido interpretativo.

De los “tribunales de última instancia”, porque evidentemente, el sentido que interesa y que será coactivamente exigido será el del tribunal que tenga la potestad de dirimir en última instancia la controversia.

Podrá ciertamente el inferior, si nada lo obliga, mantener su criterio y sustentar su doctrina, cada vez que tenga oportunidad de pronunciarse, pero con plena y absoluta convicción de que su decisión será irrefragablemente revocada por el superior. Son así, muy pocos los casos en que disidencias tales se mantienen luego de la primera revocatoria.

“Respecto del sentido concreto de las normas jurídicas y los alcances de su aplicación”, porque el juzgador deberá establecer, componiendo el material suministrado por la norma jurídica cuya aplicación se persigue con la totalidad del ordenamiento jurídico, cuál es su verdadero sentido, y deberá también recortar los límites materiales y formales, a veces imprecisos, y la órbita de casos que deberán ser por ella regulados.

también en los valiosos aportes a la “Revista de la Escuela Histórica”, por él fundada en 1815, así como en su famosa *Historia del derecho romano medieval* y en el primer tomo del *Sistema de derecho romano actual*.

²⁶³ Así lo decimos, ya que, en su sentido más prístino, vinculado a su origen etimológico, la expresión jurisprudencia (*jurisprudencia*) significa ciencia o conocimiento del derecho.

Respecto de la jerarquía que como fuente tiene la jurisprudencia, es evidente que se podrían repetir aquí las consideraciones enunciadas al exponer el tema de la costumbre, que por su carácter transitivo, podrían trasladarse válidamente a todas las fuentes del derecho.

Obviamente, no puede elaborarse una teoría general respecto de su valor, que sea aplicable para los diversos sistemas jurídicos que existen, y todavía para cada uno de los derechos positivos particulares dentro de cada uno de ellos.

La jurisprudencia tiene un valor dentro del sistema jurídico inglés, otro distinto dentro del derecho norteamericano, aún cuando pertenecen ambos a la familia del *common law*, y otro, por cierto bien diferente, en cualquiera de los países de la familia romano-germánica.

Hecha esta salvedad y con referencia al sistema continental romanista, es indudable que a la luz de expresiones filosóficas voluntaristas, intuicionistas o emocionalistas -irracionalistas todas-, e importando también no pocas veces, ideologías válidas para la elaboración jurisprudencial en otros climas, donde operan otros principios estructurales en la jerarquía de las fuentes, el problema esta hoy encerrado en un "dilema", que se construye alrededor de la potestad generadora de juridicidad de los tribunales de justicia.

El juez debe limitar su función interpretativa integradora y aplicadora, respecto del derecho que preexiste a su decisión; o, contrariamente a ello -con matices que van desde tenues y tímidos agregados, hasta estridentes coloraciones netamente creacionistas- ejercer una actividad jurídica creadora, a través de la elaboración de normas concretas individualizadas.

En este verdadero *tour de force*, hemos anticipado una opinión inequívoca al tratar el problema de la norma individualizada.

d) *La doctrina*. Esta jurisprudencia selecta -según el galano decir de Ihering- constituye una fuente de conocimiento del derecho que está integrada por las teorías sustentadas por los tratadistas en orden a un determinado problema jurídico.

Si bien la doctrina de los juristas, en cuanto fuente del derecho, ha conocido épocas de verdadero esplendor, no hay duda de que en el derecho moderno sólo actúa a través de la fuerza de convicción de sus argumentaciones, que pueden decidir a los aplicadores, respecto de un determinado sentido o de un ámbito de aplicación de la normatividad general.

En el derecho romano imperial hay una tendencia a modificar el

carácter privado y casi secreto de las respuestas de los juristas a las consultas de los clientes, propio de aquellos primeros tiempos de Roma, y las *responsa prudentium* fueron esencialmente transformadas al comenzar este período²⁶⁴.

Las respuestas de los juristas asumieron, en los comienzos del Imperio, un cierto carácter oficial. El Emperador Augusto, cuando fue designado Pontífice Máximo, hizo copartícipe de la función legislativa, que legalmente le correspondía, a algunos de los más insignes jurisconsultos del estado senatorial. Posteriormente, durante el período de Tiberio, este privilegio fue extendido a otros juristas, aquellos de la clase palaciega de los *aequites*. A estos jurisconsultos se les otorgó el *jus publice respondendi*, o sea, la facultad de evacuar consultas, a nombre del emperador *ex auctoritate principis*, concesión especial que revestía de valor oficial a las respuestas de aquellos juristas y a los dictámenes solicitados por los interesados en la interpretación del *jus civile*. A partir de Adriano, el *jus respondendi* tuvo carácter de fuente formal del derecho, y fue sinónimo de normatividad general.

En el derecho moderno no tiene la doctrina ese valor, ni aspira tampoco a él, pero es erróneo creer que la tarea de la doctrina sea una mera reproducción sistemática y ordenada de los materiales que suministran las otras fuentes de producción del derecho.

Sin duda es función de los juristas penetrar en las más profundas raíces, descubriendo los cimientos mismos en que se apoyan los principios básicos de las instituciones jurídicas positivas.

Es función de la doctrina descubrir los primeros estratos de sustentación de las normas jurídicas elaboradas por los órganos facultados, brindando así, desde la crítica demoledora y la elaboración constructiva, las pautas de donde fluirán los intentos reformadores y los impulsos de la creación del derecho nuevo.

²⁶⁴ Rizzi, Miguel Ángel, *Tratado de derecho romano privado*, p. 787, Bs. As., 1936.

XI

EL PROBLEMA METODOLÓGICO JURÍDICO

1. GENERALIDADES

Nuestro siglo es el escenario donde se protagoniza el gran debate metodológico. En efecto, sin desatender a los muy valiosos aportes de Savigny y de Ihering en esta problemática, es indudable que es en este siglo XX, donde se plasman las valiosas contribuciones de Gény, de Heck, de Baumgarten, de Sauer, de Carnelutti y de muchos otros. Tal vez no sea casual que esto ocurra en nuestro siglo, porque siendo el método, algo sin lo cual no sería posible la existencia de una ciencia, esta necesidad se advierte más aún en las épocas de crisis, en las cuales es preciso adecuar el rumbo de las ciencias a las cambiantes exigencias de los tiempos.

Esto nos convence de que no hay ni puede haber cultura intelectual sin cultura metodológica, y en consecuencia, las disciplinas sociales, sin una adecuada metodología que les sirva de fundamento, podrán seguir manteniendo en el futuro su predicación de social, pero será muy difícil que puedan conservar la pretensión de su dignidad científica.

El propósito de todo conocimiento es el logro de una porción de saber. Es, en suma, lograr un sistema de conocimientos en el cual, su objetivación signifique su expresión lógica.

De ahí que ontología, lógica y teoría del conocimiento, sean problemas conexos e interdependientes.

Los caminos para llegar a esos fines, son los métodos.

Método, pues, es sinónimo de camino que debemos transitar para el logro de un propósito. No por cierto cualquier camino, sino un camino que abra a su vez otros caminos por los cuales se pueda seguir discurrendo con el propósito previamente preestablecido.

Durante mucho tiempo, a la metodología se la consideró parte de la lógica, cuyo vasto escenario era el estudio de las reglas generales por medio de las cuales, las distintas disciplinas científicas entendían y ordenaban su propio conocimiento. En esa tesitura, la metodología se dividía en dos partes. La “ordenativa o sistemática”, que establecía las normas de las definiciones, de las divisiones, de las clasificaciones, de la prueba inductiva y deductiva, directa e indirecta, y la parte “extensiva e inventiva”, que establecía las normas de los métodos de investigación propios de cada disciplina. A su vez, a partir del pensamiento kantiano, se entiende por metodología trascendental, la determinación de las condiciones formales de un sistema perfecto de razón pura y por metodología de la razón pura práctica, el arte por el cual las leyes de la razón pura práctica pueden integrar el espíritu humano e influir sobre sus máximas del obrar, o sea, la aptitud en la cual la razón práctica objetiva puede también devenir razón práctica subjetiva.

Modernamente, sobre todo después del pensamiento cartesiano y de la lógica de Port Royal, también fuertemente influida por Descartes, la metodología se incorpora como una disciplina dentro del cuadro general de la lógica y a partir de entonces se puede definir más precisamente al método como “el arte de disponer los pensamientos para crear o descubrir algo y para mostrarlo o probarlo”.

Sin embargo, por la conexidad e interdependencia que antes hemos predicado de la metodología con la ontología y con la teoría del conocimiento y aún con la epistemología, no aceptamos, con referencia al derecho, la proclamada integración de la metodología en la lógica, lo cual nos determina a considerar el problema metodológico desvinculado de aquella, aunque conexo a toda la problemática referida.

Si entendiéramos a la lógica como una disciplina que siempre y en todo caso atiende a la materia u objeto del conocimiento -como, por ejemplo, lo entiende Wundt²⁶⁵, posición que le ha significado liderar la corriente de la “lógica gnoseológica”-, podríamos tal vez aceptar que la metodología fuera un capítulo de la lógica; pero si nos situamos, como nosotros lo hemos hecho, a propósito del derecho, en el plano de la lógica formal, que distingue el punto de vista lógico del gnoseológico, creemos que de ninguna manera puede aceptarse la integración propuesta.

²⁶⁵ Wundt, Wilhelm, “Lógica de las ciencias exactas”; *Lógica. Investigación de los principios del conocimiento y de los métodos de la investigación científica*, I, II, p. 1.

La problemática sobre el método jurídico es un tema propio de la teoría general del derecho. Así lo hemos sostenido en otra oportunidad²⁶⁶. Sin embargo, si ello es verdad, lo es en tanto en cuanto la teoría del método se agote en una reflexión sobre la propia actividad científica; pero si además pretende entender los métodos y comprender su necesidad, tal objetivo está bordeando los límites de la dogmática y penetrando en el campo propio de la filosofía.

El enfoque filosófico de la problemática metodológica no implica, así entendido, una actitud prescindente de la filosofía respecto de la ciencia y mucho menos la absorción de la filosofía al campo científico. No es prescindente, porque la utilización del instrumental científico se hace en el campo filosófico con provecho de la ciencia y de la filosofía. Y tampoco hay absorción del horizonte filosófico al territorio de la ciencia, porque realmente no existe -creemos- ninguna ciencia que pueda exhibir títulos suficientes para justificar esa pretensión; y en consecuencia, siguiendo esa perspectiva de la filosofía que atañe a la esencia misma, que es la nota de universalidad, deberemos concluir que no hay límites a la pretensión investigativa de filosofar y mucho menos zonas vedadas a su quehacer.

El derecho, aún conviviendo con otras realidades que le son vecinas y en alguna medida le dan sentido, posee una realidad ontológica que ha sido precedentemente motivo de nuestra preocupación.

Nosotros, que sostenemos que el objeto de la ciencia del derecho es la norma jurídica, no podemos concebir la tarea metodológica sino vinculada a esa estructura prescriptiva, que establece una determinada forma de vinculación del obrar, a la que se le asigna el respaldo de la fuerza pública.

Toda la preocupación metodológica deberá quedar encerrada en el campo dogmático, en la consideración de las distintas faenas técnicas que conduzcan tanto a la creación de esa estructura, como a aquellas que se desenvuelvan a partir de la norma ya creada.

De ello se infiere que nuestra exposición está orientada al estudio de las respectivas técnicas que conduzcan a la elaboración del derecho y a la consideración de aquellas que puedan desarrollarse a partir de la norma elaborada, cuando se pretende con ella regular la conducta humana.

²⁶⁶ Álvarez Gardiol, Ariel, *Introducción a una teoría general del derecho*, p. 151, Astrea, Bs. As., 1975.

Distinguimos cuatro actividades metodológicas diferentes en el ámbito de la juridicidad. Una, cuyo fin es la elaboración de normas jurídicas, y las restantes que trabajan a partir de la norma elaborada.

Sin embargo, esta distinción taxonómica que hemos ensayado, no es tampoco estricta y rigurosa, ya que de ninguna manera puede considerarse ninguna de las tareas metodológicas que a continuación estudiaremos como compartimentos estancos, sino profusamente conectados por miríadas de vasos comunicantes cuyo contenido fluye y refluye de unos a otros.

La primera es la que se denomina “metodología de la elaboración del derecho”, en cuyo desenvolvimiento aparece tangencialmente la utilización de alguna o algunas de las otras, a pesar de que persigue, como finalidad primordial, la construcción de formas de expresión jurídica.

Las otras son “la metodología de la interpretación del derecho”, “la metodología de la aplicación del derecho” y “la metodología de la integración del derecho”.

En tal sentido, a continuación expondremos separadamente el conjunto de reglas observables que a nuestro juicio deben conducir a una adecuada normativa y estudiaremos seguidamente las distintas técnicas que, a partir de la norma jurídica elaborada, son instrumento adecuado para comprender el funcionamiento normativo.

2. METODOLOGÍA DE LA ELABORACIÓN DEL DERECHO

Hay algunas ideas, en este turbulento mundo de la juridicidad, que no obstante la mutante cambiabilidad de su permanente trayectoria, han calado tan hondo en el núcleo mismo del tema, que mantienen imperturbable su vigencia.

Ihering, ese colosal Proteo de la idea, que en cada contacto con el derecho se empapaba de sugerencias que volcaba al plano especulativo y lo rectificaba hacia nuevas metas para enriquecer sus propias convicciones, sin temer a los cambios ni a las modificaciones ante las exigencias producto de las aceleraciones del desenvolvimiento vital, ha dejado en el tema, tal vez los elementos más serios y perdurables.

Es claro que no podemos partir aquí de las simplificaciones por él postuladas para desgranar la colosal arquitectura del derecho romano, sino que, a partir de su idea estructural, pretenderemos, al final, inferir algunas reglas aplicables al tema de la elaboración normativa.

Tal vez, antes de hacerlo, cabría formular algunas exigencias, más

propias del elaborador que de la técnica de la elaboración, pero sin las cuales todo resultado veríase en falta, cuando no decididamente frustrado.

Tales exigencias son dos virtudes, que se coimplican y que nos acercan terminológicamente al pensamiento platónico: la “sabiduría” y la “templanza”. Sabiduría, no como ese don gracioso y excelso que hace al hombre semejante a Dios, sino como esa más humilde significación asequible a todos los hombres, que no es privilegio de nadie sino fruto del esfuerzo: la más modesta del Viejo Testamento, que “clama en las calles y alza su voz en las plazas” y que “la encontrarán los que temprano la busquen” (*Proverbios*: 1, 20; 8, 17); junto con ella, la templanza, como prudencia, mesura y ecuanimidad.

La técnica de la elaboración que persigue como finalidad la eficacia de su resultado y la estabilidad de sus preceptivas, se desenvuelve alrededor de dos requerimientos que en su primer aproximación se contraponen: “la necesidad de generalidad” y “la exigencia de casuismo”.

Toda norma jurídica posee una nota de generalidad, que en alguna medida concierne a su esencia normativa, y el elaborador debe atenerse a las pautas de mayor amplitud, que le permitan comprender en su construcción el mayor número de realidades posible.

Aplicando esta exigencia, sin duda que los matices propios de la infinidad de casos incluidos en esa generalidad, quedarán postergados frente al requerimiento de lo general.

Sin embargo, siendo el derecho una norma reguladora del comportamiento, sus directivas deben llevar implícita la posibilidad de resolver, de la mejor manera posible todos los casos que puedan presentarse en este infinito mundo de la realidad, por lo cual debe tratar de tomar en consideración las particularidades propias del mayor número de casos. Aplicando esta exigencia, por ejemplo, la validez de un contrato celebrado por un joven no se resolvería de conformidad con la regla que determina la edad de la mayoría, sino atendiendo en cada caso al grado de discernimiento del autor, al desarrollo de su raciocinio, a su madurez espiritual. El derecho, de esta suerte, perdería su sustancia.

De ahí que la técnica metodológica debe girar alrededor de estas nociones antípodas, persiguiendo su más ajustado equilibrio. Si éste se logra, indudablemente se habrá obtenido una elaboración técnicamente irreprochable. Si el fiel de la balanza hace concesiones a la generalidad, algunas importantes especificidades contenidas en la cuestión pendiente quedarán marginadas de la norma y, en consecuencia, abarcadas por el

denominador común de lo genérico. Muchos casos serán así resueltos siguiendo la regla general, sin atender a algunas ponderables particularidades que le serán propias, generando su resultado una profunda vivencia de injusticia. Si, por el contrario, el platillo del casuismo pesa más en la decisión, el derecho ponderará tal vez con un rigor exagerado las especificidades propias de las particularidades concretas; pero frente a las inevitables imprevisiones de la humana inteligencia, seguramente muchas que debieran haber sido atendidas serán dejadas de lado, provocando así incertidumbre, inestabilidad, en suma, una profunda vivencia de inseguridad.

Convengamos que el racionalismo puro, que ha resultado siempre tan hábil para manejar las cosas inertes, evidencia una sorprendente torpeza cuando tiene que habérselas con la vida misma en su plenitud. Pero esta verdad no debe ocultar el brillo de otra, por lo menos igual de valorable en el acto de la elaboración normativa: el irrefrenable peso de la historia. Si la creación legislativa no fuese más que eso y ahí se agotara, hacia atrás y hacia adelante, en el acto cumplido, no habría nunca nada más que el presente, ni habría prolongación del derecho anterior en el derecho actual. No habría, en suma, evolución. Por el contrario, sólo a través de la duración prolongada se puede hablar de progreso jurídico de un pasado que se devora el futuro y se agranda en su constante evolución. La ley es siempre más sabia que el legislador y en ella se va acumulando “una memoria histórica, mucho más profunda que la memoria personal”²⁶⁷.

Despreciar esa rica herencia jurídica es sin duda un error más grave que la soberbia del racionalismo a ultranza.

La tarea técnica de elaboración jurídica es una tarea fundamental de la “razón”. Sin duda que la creación será tanto más completa cuanto mejor se razone sobre lo que se hace.

Pero es también una tarea de “previsión”. El elaborador tiene que prever la realidad futura y prever no es sino proyectar hacia el provenir lo que se ha recibido del pasado, o representarse en la futuridad una nueva ensambladura, otro orden de los mismos elementos recibidos de lo pretérito. Este diálogo, entre el pasado y el provenir, entre la ciencia y la técnica, será la comunicación constante, la experimentación eterna entre la una y la otra.

²⁶⁷ Soler, *La interpretación de la ley*, cit., p. 122.

El fin último se habrá logrado cuando el contacto se convierta en fecundación, ya que la creación jurídica, o bien trata de recuperar una escala que la ascienda a los umbrales mismos de los ideales puros, o bien se detiene en su intento, por incapacidad o insuficiencia, a una cercana distancia de la pedestre chatura de las relaciones materiales. Aquel intento, por humilde que sea, tendrá sin duda algo de divino en la creación.

La metodología de la elaboración del derecho, que como hemos dicho tiene como objetivo y finalidad la construcción de formas de juridicidad, es una producción de la vitalidad científica que requiere una relación y una medida que equilibre todos los factores que en ella intervienen.

Requiere fundamentalmente “conocimiento”, aunque no es esto suficiente, ya que, si bien a veces el elaborador derrama con fluidez toda su actividad intelectual por las más variadas latitudes, no logra empero el empuje preciso para abrir el surco apropiado por el que deberá transitar adecuadamente la forma de juridicidad perseguida.

Requiere por tanto saber, pero también necesita del “cálculo pasado y anticipatorio” de los hechos y de un arsenal cualificado de ideas. No sólo el conocimiento asegura el resultado, ya que a veces, con sobrada frecuencia, se da el saber dilatado, pero estéril. Estéril por su ineficacia, por su desorden, por su falta de ideas.

Requiere también “autenticidad”, en el sentido de que debe ser vital, penetrante y realizadora. El edificio de la ley es y debe ser monumental. Pero a veces, excesos de monumentalidad ocultan profundas debilidades interiores. Más valiosa en una universidad es su biblioteca que su paraninfo.

Muchas construcciones jurídicas ostentan un efectismo y una aparente grandiosidad que no son sino fría suntuosidad que las convierte en instrumentos, envejeciendo casi sin uso o con una utilización deficiente en su tarea de normar la conducta de los hombres.

Sólo el perfecto equilibrio entre los factores internos y externos puede producir el resultado justo. Cualquier excesiva concesión a uno o a otro puede malograr el intento, esterilizándolo. La Revolución francesa y la producción jurídica que de ella fluye importan un encendido clamor de libertad aún a costa del sacrificio de la igualdad. El derecho contemporáneo ha puesto en su óptica la igualdad en detrimento a veces de la libertad.

Pero ni en uno ni en otro caso se han realizado verdaderamente ni la libertad ni la igualdad. La falta de equilibrio ha frustrado el propósito. La tarea metodológica de la elaboración requiere, además, dos condiciones que hemos ya señalado: rigor metodológico y objetividad científica.

“Rigor metodológico”, entendiéndolo por tal la aplicación de los presupuestos elegidos, o toda la actividad técnica desarrollada para obtener como necesario resultado la meta de la unidad. De esa manera, estimamos que el método elegido debe ser válido, no sólo para una actividad determinada, para una sola de las múltiples tareas metodológicas, sino que debe ser utilizado coherentemente en todas las que sea preciso y necesario cumplir.

“Objetividad científica”, que permita en todo momento, discernimiento suficientemente independiente para abandonar las nociones previamente adquiridas y las que la práctica haya ido quizá suministrando, cuando ellas no sean realmente convenientes o compatibles con el intento de realización de la tarea emprendida.

Uno de los méritos más claros de la fenomenología, ha dicho Soler²⁶⁸, fue el de realzar la necesidad de que el investigador asuma una actitud, por decirlo así, humilde y respetuosa ante la estructura del objeto que maneja. La reflexión válida no es la que se aplica al objeto, sino la que proviene de él. Ya Ihering había enseñado que “el método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el medio único, suministrado por el mismo derecho, en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica”.

Debe existir una correlación inseparable entre el objeto de la reflexión y el método a ella aplicable, de tal manera, que sea válido el método que provenga de la naturaleza propia del objeto.

Esta exigencia de objetividad debe aplicarse no sólo respecto de la naturaleza del objeto, sino también atendiendo muy especialmente a la finalidad perseguida por el investigador.

Quien hace ciencia del derecho, realizando una elaboración legislativa o componiendo doctrinaria o jurisprudencialmente los materiales suministrados por los órganos de creación del derecho, como también quien hace filosofía del derecho, trabajan indudablemente con el mismo objeto derecho, que no varía en su esencia ontológica por el hecho de que a su respecto se haga una tarea científica determinada o una consideración filosófica. Pero es indudable que cada uno de ellos, el legislador, el doctrinario, el juez y el filósofo del derecho, deberán usar su propia herramienta de trabajo. Quien persigue una finalidad interpretativa

²⁶⁸ Soler, *Los valores jurídicos*, p. 7, Buenos Aires, 1948.

en el campo de la doctrina, aunque trabaja con el mismo material jurídico que quien intenta aplicar una norma general a un caso particular, o que quien formula como legislador una norma de derecho, persigue objetivos diferentes y se mueve dentro de una metodología propia.

De todo el complejo instrumental técnico de que se vale el elaborador en el cumplimiento de esa metodología, obviamente el instrumento fundamental es el lenguaje. La palabra y los fenómenos del lenguaje han cobrado en las últimas décadas una intensidad tan creciente, que han desbordado el ámbito de su propia disciplina, la lingüística, penetrando en otras disciplinas y brindando en ellas nuevas experiencias. El lenguaje es un sistema semiótico -como ciencia general de los signos-, aunque de alguna manera monopólico, ya que todos los otros sistemas de signos no son en definitiva sino simplificaciones del lenguaje.

Mediante el lenguaje se intenta -y a veces se logra- no sólo prescribir el sentido expreso de un modo determinado de comportamiento en un tiempo histórico determinado, sino también la posibilidad de obtener una penetración aún más profunda, que no agote su desenlace en el mundo en que vivimos, sino que signifique un proyecto para otro mundo posible que anhelamos alcanzar.

3. REGLAS PRÁCTICAS DE LA ELABORACIÓN JURÍDICA

Sintetizamos las siguientes:

a) *Oportunidad*. Que enseña que la norma debe adecuarse al complejo de circunstancias de la comunidad en cuyo ámbito será reguladora de la conducta humana.

b) *Ductilidad*. Que permita la evolución dentro de su preceptiva, para que no se convierta en el freno del progreso y de la evolución social.

c) *Precisión*. Como regla que ordena que las materias contenidas en la norma encajen dentro de los márgenes teleológicos fijados como objetivo por el elaborador.

d) *Sencillez*. Como exigencia de claridad en su texto²⁶⁹.

e) *Estilo*. Regla en la que podrían incluirse las exigencias de orden y armonía, y por qué no, para coronar estas ideas con la luminosa figura de Ihering a quien invocamos al comienzo, una regla de belleza jurídica.

²⁶⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, p. 533, Paris, Garnier: “el estilo de las leyes debe ser simple: la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión figurada”.

4. METODOLOGÍA DEL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO

Elaborada la norma jurídica, se integra al ámbito en el cual funcionará como un instrumento regulador de la conducta humana.

Consideramos aquí tres especies distintas de técnica jurídica que, aun cuando indisolublemente vinculadas en el proceso de concretización de la generalidad normativa, poseen una conformación metodológica específica: la interpretación, la aplicación y la integración.

La interpretación es la técnica que conduce a la comprensión del sentido de la norma jurídica; la aplicación es el método que se utiliza en todo acto de decisión jurisdiccional, y la integración es el procedimiento que realiza también el órgano jurisdiccional en la ausencia de un precepto genérico en el cual volcar la realidad concreta sometida a decisión.

La tarea interpretativa no lleva implícita ninguna de las otras formas, ya que pueden cumplirla -y muy frecuentemente lo hacen- los juristas, valiéndose de una hipótesis de trabajo sólo imaginaria.

Contrariamente, la aplicación demanda siempre el cumplimiento previo de la tarea interpretativa. La integración es una técnica excepcional que funciona en los casos de lagunas del derecho o vacíos de juridicidad.

5. EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

El desarrollo evolutivo de las doctrinas que sobre el tema han sido expuestas en el plano jurídico, particularmente a partir de la codificación napoleónica, demuestra que la tarea metodológica que estudiamos ha partido de presupuestos diferentes y ha pretendido llegar también a resultados distintos²⁷⁰.

A nuestro juicio, el célebre debate entre intelectualistas y voluntaristas no ha agotado, ni con mucho, la intrincada madeja de elementos que se mueven alrededor de este complejo problema.

Ni la interpretación es un proceso que se agota en una mera tarea de intelección del sentido de una norma, colocada allí para que el intérprete valore su significado, ni tampoco puede considerársela mero acto de voluntad del intérprete, que decide a su arbitrio el significado correcto para el caso.

²⁷⁰ Remitimos aquí al lector al desarrollo histórico doctrinario realizado sobre el tema en el capítulo X de nuestra obra, *Introducción a una teoría general del derecho*, cit.

Tan inadecuadas son, por consiguiente, las teorías que circunscriben la tarea hermenéutica a la mera elaboración de un silogismo para llegar a una conclusión del ajuste comparativo entre premisa mayor (la norma) y premisa menor (el caso), como son, por lo menos equívocas, las teorías voluntaristas que, otorgando al intérprete facultades intuitivas absolutas, terminan por abrogar el sentido obligatorio del precepto general.

Los vicios de que adolecen las metodologías que el desenvolvimiento histórico nos presenta, -todas ellas perfectamente explicables, muchas justificables y tal vez la mayoría, persiguiendo móviles altruistas y encomiables- son varios y de distinta estirpe. De ellos destacaremos a nuestro juicio los dos más importantes.

El primero es el de querer descubrir, en todos los casos, la fórmula perfecta que, cortando el nudo gordiano del problema hermenéutico, trasmute la abstracción contenida en la norma general, en la realidad concreta de los hechos del mundo circundante. El segundo es el de creer, equivocadamente, que en algún caso la interpretación se agota en la captación del sentido de un precepto dado al intérprete aislado y pasivamente, cuando en realidad la interpretación se hace con la articulación de un muy vasto complejo normativo integrado por preceptos de distinto origen, de diferente jerarquía y de diverso sentido de generalidad.

Soler²⁷¹, a cuyo pensamiento nos adherimos en esta materia, destaca las características del complejo normativo, señalando que el mismo precepto jurídico es diversamente afectado y actúa diferentemente sobre los demás, según sean los otros preceptos con los cuales entra en relación. Asimila Soler, alterando una recordada metáfora de Ihering, la tarea del intérprete en la composición de la norma aplicable al caso, con la del tipógrafo que compone palabras con letras que suenan de distinta manera, según el lugar que ocupen en la palabra. Lo mismo pasa con las palabras que tiene un sentido según el lugar que ocupen en el contexto de una frase y con los símbolos musicales según dónde estén colocados en la frase armónica.

Ello pone en evidencia que, además de la intelección del sentido de las normas, adquiere preponderante importancia tanto la aceptación e inclusión de ciertos preceptos como el descarte y rechazo de otros: unos por pertinentes, otros por inadecuados.

²⁷¹ Soler, *La interpretación de la ley*, cit., p. 165.

Dicho de otra manera: los distintos métodos elaborados por las diferentes corrientes de pensamiento jurídico ideados desde la exégesis francesa hasta nuestros días, atienden particularmente a una regla, a un modelo prototípico y a veces paradigmático -un camino, en nuestra terminología metodológica- que nos conduce a la solución cierta, verdadera y a veces también justa.

Estos caminos son los que a continuación estudiamos por separado como "las pautas de la interpretación":

a) *La pauta literal.* La interpretación de todo texto lingüístico, y el de la norma jurídica por consiguiente, comienza con la averiguación de su sentido literal. Es, por tanto, el criterio "gramaticalista", mediante la lectura y la captación del sentido de las palabras contenidas en la norma, una pauta importante a la que debe atenderse, ya que la norma está integrada por palabras que provienen del lenguaje natural y cuyo significado es posible descubrir.

Se ha avanzado más allá del criterio gramaticalista y se ha profundizado en el examen "semiótico", comprendido en la indagación sintáctica, que se ocupa de los signos con prescindencia de su significado y designación; la semántica, que se refiere a los signos en la relación con los objetos que ellos designan, y la pragmática, que se ocupa de esos mismos signos pero en relación con los sujetos que los utilizan.

Sin embargo, tanto lingüistas como juristas²⁷², han señalado, con abundancia de ejemplos ilustrativos²⁷³, las dificultades que el lenguaje, como sistema de símbolos, tiene para su inequívoca intelección.

Será necesario superar por este mecanismo las propias vaguedades y ambigüedades que caracterizan al lenguaje, precisando el contenido de la expresión lingüística total y las palabras, en su vinculación con el contexto y la situación en que se encuentran en la frase.

El criterio enseña, por consiguiente, que cuando el texto de la ley es claro e inequívoco -caso por cierto no tan común, a causa de las propias deficiencias ya señaladas del lenguaje como sistema de símbolos, a las que se suman frecuentemente y en algunos casos imperdonables defectos de técnica de elaboración legislativa-, la ley debe ser aplicada estrictamente y en el sentido que resulte de sus propios términos, aunque

²⁷² v. la apretada referencia de ambos que contiene el trabajo de Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, en su bibliografía.

²⁷³ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cap. IV, Eudeba, Bs. As., 1963.

parezca injusta, sin que le sea dable al juez, so pretexto de penetrar su espíritu, hacer distinciones que no dimanen de ella o resulten incompatibles con sus previsiones.

b) *El elemento histórico.* Otra pauta hermenéutica es la averiguación de la voluntad del legislador, expresada a través del esquema lingüístico de su texto. Se dice en este sentido, que la primera regla de interpretación es la de dar pleno sentido a la intención del legislador.

Se recurre para hacer esta indagación, a una serie de "factores extrínsecos" a la ley, que aún sin pertenecer a su texto, pueden iluminar su sentido, facilitando con ello la tarea de rastrear la voluntad psíquica del legislador. El preámbulo que frecuentemente prologa las constituciones de los Estados, las notas que a veces el legislador agrega al pie de cada artículo, la discusión parlamentaria, el discurso del miembro informante, el mensaje con que el Ejecutivo acompaña al Congreso el proyecto de ley, son algunos de los factores extrínsecos a la ley que permiten explicar la intención del legislador.

Sin embargo, su sola enunciación sugiere las dificultades prácticas y a veces gravemente engañosas de su utilización. Rastrear la voluntad del legislador a través de índices variables, es tarea hartamente difícil. En los sistemas políticos contemporáneos, en los que la tarea legislativa se ejerce habitualmente a través de cámaras integradas por un número siempre creciente de legisladores, es muy difícil la individualización del "legislador".

Un intento para descubrir su voluntad estaría dirigido sólo a la de aquellos que elaboraron el proyecto aprobado; interviene también la de aquellos que participaron de la discusión parlamentaria; se computa solamente la voluntad de los que votaron el proyecto; sólo la de aquellos que votaron afirmativamente; se excluye la de aquellos que pedían su rechazo.

Las opiniones expresadas en el debate parlamentario no más pueden conducir a descubrir eso, una opinión individual respecto de la ley; pero inferir de ello una inequívoca muestra de intención legislativa es un exceso inaceptable. El debate parlamentario no es la ley; por consiguiente, nada obsta en darle a la ley una interpretación y un alcance que no haya sido siquiera soñado por el autor real de la norma, siempre que este sentido pueda considerarse incluido en el texto de la ley.

Se ha pretendido, incluso, con respecto a las notas que suelen los codificadores agregar al pie del texto de la ley y con especial referencia al Código Civil argentino, que aquellas que agregara Vélez Sarsfield tienen tal virtualidad, que pueden llegar a torcer la interpretación que surge del

texto de la norma, dando así preeminencia a las opiniones del redactor, que en el caso, fue quien realmente legisló. Salvat²⁷⁴ señala con toda prudencia que muchas notas del codificador, a pesar de sus términos generales, se refieren sólo a ciertos y determinados casos, por lo cual es necesario darles su verdadero alcance.

c) *Pautas teleológicas*. Es indudable que el autor de la norma ha tratado de satisfacer determinados objetivos en su elaboración. Puede que el resultado haya logrado plenamente los fines propuestos; puede también que el medio elegido para el logro de los fines no hubiera sido del todo satisfactorio. La pauta que atiende a estos fines -partiendo, por supuesto, de la adecuada comprobación de ellos- pretende seguir la línea de pensamiento del autor real de la norma y pretende también, si concluye que el instrumento utilizado no ha satisfecho adecuadamente los fines por él perseguidos, haber podido regular los supuestos, más en coincidencia con los fines propuestos por el autor, mejor que él, ya que al llegar a la individualización de la norma en el caso concreto, llega a la conclusión de que ella no satisface los fines efectivamente propuestos por su autor.

d) *Pautas de adecuación*. Las doctrinas más modernas, entre las que encontramos criterios coincidentes en la libre investigación científica, en el derecho libre y en algunas expresiones del realismo norteamericano -reacciones airadas contra los métodos que otorgaban, tanto a la voluntad como a los fines del legislador histórico, un valor relevante en la tarea hermenéutica-, elaboraron, por diferentes caminos, pero con un destino común, procedimientos que pretenden una constante adaptación del derecho, no sólo a las condiciones generales del presente, sino concretamente al caso particular que debe ser decidido.

Es indudable que Soler tiene razón cuando advierte, en la crítica a estos criterios, que todo intento de adaptación lleva necesariamente a la solución de un problema, para lograr que la ley y el hecho coincidan, y que la solución al mismo sólo puede lograrse, o bien renunciando a la intangibilidad del texto legislado, o bien sacrificando la precisión del hecho sometido a la decisión. "La adaptación solamente puede producirse por deformación o amputación de una de las dos figuras: o la que nos da la ley o la que nos presentan los hechos"²⁷⁵.

²⁷⁴ Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte general*, t. 1, p. 162.

²⁷⁵ Soler, *op. cit.*, p. 127.

e) *Pautas compositivas*. En nuestra opinión -repetimos-, el vicio implícito en las doctrinas metodológicas estudiadas es el de querer alcanzar la pauta que trasmute la abstracción contenida en el supuesto normativo, en la realidad concreta de los hechos del mundo circundante. La inalcanzable meta ha creado un verdadero espejismo, sobre el cual se han edificado doctrinas que quieren responder de manera inequívoca, que quieren solucionar, inspiradas en los más puros y honrados sentimientos, todas las hipótesis posibles.

El propósito ha sido y sigue siendo altruista y encomiable en sus defensores. Mayor grado de eficacia, un noble sentimiento de alcanzar la ansiada paz entre los hombres como meta de la convivencia. Todo ello legitima el intento, pero no por eso se debe perder la objetividad al punto de no advertir que en todo caso se trata de una ilusión, de un objetivo inalcanzable, al menos con los medios que tiene el hombre contemporáneo.

Vana pretensión ésta, que desconoce la formidable gravitación de la tradición jurídica que pesa, aún en forma inconsciente, pero siempre de modo insuperable, en las soluciones posteriores. El legislador puede crear, y muy frecuentemente crea, nuevas formas de regulación del comportamiento, cumpliendo el mandato inexorable de la ley de progreso jurídico, pero es muy difícil que pueda liberarse de las ataduras que lo ligan a las formas primeras de juridicidad. La norma de hoy, nueva, novísima, aun regulando supuestos nunca regulados anteriormente, está definitivamente anclada en un pretérito milenar, y es allí, en ese pasado, donde tenemos que rastrear el origen de la institución.

Nunca, o casi nunca, los hechos de la realidad subsumibles en el derecho, lo son en una norma jurídica aislada, como especialmente modelada para el caso. Siempre hay un verdadero complejo normativo en el cual adecuar las específicas modalidades del caso a resolver. Y aún en aquellos casos, más imaginarios que reales, que puedan considerarse regulados solamente por una norma, está ella insertada en el ordenamiento jurídico total, que directamente incide, en su plenitud, en la aplicación de la norma al caso.

Esto explica por qué la tarea interpretativa está fundamentalmente gobernada por una pauta compositiva, que se conjuga articulando cuatro principios fundamentales:

1. El principio de vigencia, que establece que entre dos interpretaciones posibles, debe adoptarse la que da valor al contenido dispositivo del precepto y no aquella que se lo niega.

2. El principio de unidad sistemática, que impone la simultánea validez de todas las normas del ordenamiento jurídico positivo.

3. El principio dinámico, que obliga a la aplicación actual de derecho que evoluciona día a día, presentándose siempre con modalidades cambiantes.

4. El principio jerárquico, que impone un orden de prelación normativo, estableciendo la supremacía de la ley fundamental.

Este esquema del método postulado por Soler²⁷⁶, pobremente desenvuelto aquí, tiene el mérito insuperable de no proclamar su infalibilidad. Sabe que la tarea interpretativa es sumamente difícil. Sabe que eliminar algunos ingredientes que están en la naturaleza misma del derecho y que dificultan el proceso de su interpretación, no se hace sino a riesgo de provocar males mayores. No cree haber descubierto una pauta nueva.

Pero ha restituido la hermenéutica más cerca de la dogmática que del intuicionismo, más próxima a la heteronomía de la ley que al voluntarismo creador de quien la aplica.

6. EL MÉTODO DE APLICACIÓN

Interpretar, hemos dicho, es desentrañar el sentido del texto normativo; es decir que la tarea interpretativa puede realizarse como una labor de gabinete y también con miras a un supuesto hecho realmente dado.

La “aplicación” de una norma a un caso determinado supone el hecho -no la posibilidad- de incluir la singularidad del caso, con todos sus matices y peculiaridades, dentro de los supuestos enunciados en los géneros normativos del sistema, atribuyéndole las consecuencias predeterminadas en la disposición de la norma. Más brevemente, aplicar es incorporar lógicamente el caso concreto en el supuesto abstracto y atribuirle las consecuencias normativas.

En la tarea aplicadora intervienen inexcusablemente tres actividades que estructuran la metodología: a) la determinación del hecho, que se tipifica como una especie de la clase contenida en los géneros normativos del sistema; b) la determinación de la norma -generalmente del complejo normativo- en la cual subsumir el caso; y c) la determinación de la consecuencia.

²⁷⁶ Soler, *La interpretación de la ley*, cit., capítulos XIX-XXI.

La determinación del hecho exige una representación de las características concretas y jurídicamente relevantes del hecho de la realidad, que debe realizarse con la mayor claridad posible, a fin de verificar, por una parte, su efectiva realización y de constatar, por otra, si sus características sustanciales coinciden con las que la norma o complejo normativo perfiló en la descripción del supuesto normativo en el cual debe subsumírsele.

Digamos que la aplicación supone el hecho, no la posibilidad de incluir la singularidad del caso, en los géneros normativos del sistema. Y no decimos la posibilidad porque la posibilidad es más bien tarea interpretativa pura. Determinar que es posible incluir un hecho de la realidad en el supuesto de la norma, es tarea interpretativa. Incluirlo, en cambio, es aplicar.

Obvio es, por tanto, que aun considerando que la aplicación no es esencialmente una actividad intelectual-cognitiva, ya que su validez y corrección no se apoya en la coincidencia que pueda existir entre el contenido material de la norma y el de la decisión, sino, fundamentalmente volitiva, toda vez que reposa en un acto de autoridad, no se puede menos que aceptar, que antes de la decisión, previo al acto de autoridad, hay sucesivos actos de conocimiento -de los hechos de la realidad, de la norma en la cual subsumirlos, etcétera-, que en alguna manera determinan el mecanismo volitivo de la decisión.

a) *La determinación del hecho.* Analizando este primer paso de la tarea de aplicación del derecho, es menester tener presente que la norma jurídica general (ley, costumbre) es un enunciado que atribuye, imputativamente, determinadas consecuencias a la realización de un supuesto previamente descripto por ella.

Nos interesa aquí referirnos a la determinación del “hecho” de la realidad, en cuanto especie del género idealmente descripto, esquemáticamente perfilado en la norma general.

La determinación del hecho obliga a una representación, con la mayor claridad posible, de las características concretas y jurídicamente relevantes del hecho de la realidad, a fin de verificar su efectiva realización y a fin de comprobar si sus características sustanciales coinciden o no con las que la norma perfiló en la descripción del supuesto normativo.

Es decir, que el hecho como realidad social, le es dado al aplicador como *factum*, como acontecimiento histórico realmente acaecido. Pero a su vez, ese hecho es generalmente un hecho pretérito y no es nunca, o casi nunca, apreciado en su realización efectiva por quien debe atribuirle

las consecuencias jurídicas correspondientes. Podrá el aplicador valerse de las reconstrucciones oculares y otros mecanismos directos, pero la raíz del suceso será traída al proceso necesariamente por otros (testigos, peritos, los propios interesados, los funcionarios auxiliares, etcétera), en forma de un relato, más o menos circunstanciado, de cómo acaeció el hecho. Y no se olvide por cierto que ese relato será la “interpretación subjetiva” de su portador, es decir, que el suceso en sí mismo, será reproducido después de haber pasado por el tamiz interpretativo de la percepción que los terceros tuvieron directamente de los hechos.

La comprobación de los hechos, en suma, adolece de grandes e insalvables vicios que se fundan en esa característica especial del derecho, de juzgar hechos pretéritos y que, por tanto, no pueden ser percibidos directamente por el aplicador, en cuanto a que su cognición se logra indirectamente, a través de terceros. Todo abogado práctico sabe con cuánta frecuencia un testigo auténtico y veraz comete errores increíbles en su relato, confunde situaciones y olvida circunstancias, perturbando en definitiva la apreciación de la verdad.

Tiene además, defectos propios que surgen de la reconstrucción de los hechos sólo a través de los medios admitidos para cada situación en un determinado ordenamiento jurídico. Presenta también la dificultad de la ausencia de elementos probatorios -aun de meros indicios o de recursos técnicos presuntivos- que permitan la efectiva averiguación de la verdad, así como las fallas y defectos que puedan haberse operado en cuanto a la utilización procesal de dichos medios. Esta actividad de “recorte del caso” no es ni debe ser arbitraria. No debe ni puede depender de la posición personal del juzgador que compute o deseche datos, pasándolos por el tamiz de su posición personal respecto de ellos. El aplicador, en esta etapa, debe ser un efectivo mandatario de la norma, es decir, debe atender o desatender hechos cumpliendo las directivas que provengan de la norma y no de su propia posición respecto del mundo y de la vida.

Se concluye, en consecuencia, que esta primera etapa de la tarea aplicadora, que permite la determinación del hecho que debe funcionar como hipótesis real, está llena de insalvables defectos, vicios y problemas.

b) Subsunción del caso en el supuesto normativo. Subsumir significa tanto como equiparar, por un mecanismo lógico y a través de representaciones y conceptos, el caso de la realidad, dentro de los perfiles del esquema preestablecido en el supuesto normativo.

Ello supone la previa determinación del hecho, con las circunstancias

relevantes que hagan de él “un caso” contenible en la referencia genérica del supuesto. Huelga aclarar que cuando decimos “la previa determinación del hecho” y cuando hablamos de etapas en la tarea aplicadora, no proclamamos una independencia de actividades, las que en todo caso deben completarse para el logro del fin propuesto. Obvio es, que si bien esta segunda etapa que estamos considerando, es lógicamente posterior a la determinación del hecho, no es cronológica ni temporalmente posterior, ya que la determinación del hecho sólo puede hacerse teniendo “a la vista” la norma en cuyo supuesto se intentará el mecanismo subsuntivo.

No es ésta una etapa fácil del procedimiento, ya que el aplicador no puede tantear a oscuras, dentro del inmenso material jurídico que atesora un determinado sistema, cuáles son las normas aplicables o susceptibles de ser aplicadas al caso.

Deberá respetar, sin duda, el sistema, lo cual demuestra el insustituible valor de la ordenación gradual del derecho, la división en materias o disciplinas y las distintas clasificaciones elaboradas por la doctrina.

No hay aquí pautas fijas, ni pasos ineludibles. De la misma manera que un médico, ante un paciente que sufre de un dolor de rodilla, no comenzará su examen clínico por una verificación del funcionamiento de su sistema respiratorio, sino que irá a las relaciones más inmediatas con la rodilla, aunque eventualmente todo lo demás podría estar comprometido, también el jurista se valdrá de los distintos campos en que puede dividirse el material jurídico para indagar primeramente en los vinculados más directamente al suceso explicitado de la realidad.

El derecho sólo puede ser entendido como sistema. Todo derecho, aún el más primitivo que pudiera rastrearse en una indagación histórica, es tal en cuanto sistema. Por consiguiente, no sólo será sumamente difícil que las leyes estén concebidas en la esquemática referencia que de ella podamos hacer, sino que aún cuando ello fuese posible, esa misma referencia impone la tarea de poner en marcha toda una serie de preceptos jurídicos a ella vinculados.

Aclaremos que no es ésta una tarea fácil del procedimiento, ya que los hechos, en su individualidad, no tienen generalmente coincidencia con los géneros, en cuanto generalidad, por lo cual la tarea del aplicador viene a ser aquí una tarea de ponderación, de valoración, que le permita inferir que el caso, recortado de la realidad, es un caso que cabe dentro de la generalidad descrita en el supuesto normativo.

Por lo demás, los hechos suelen no darse con tanta inequívoca

evidencia que permitan ser recortados en total coincidencia con la abstracción contenida en la norma en la que hay que subsumirlos, lo cual da lugar a que una misma serie de hechos pueda ser o no considerada coincidente con la descripción de la norma.

c) *La determinación de la consecuencia.* Una vez determinado “el hecho” o la serie de hechos de la realidad, y verificada su coincidencia con las abstracciones esquematizadas en el supuesto de la norma, la determinación de la consecuencia es muy generalmente una inferencia de la conclusión del silogismo.

En efecto, si el hecho determinado coincide con la hipótesis normativa, al hecho real deberá imputársele la consecuencia establecida en la norma.

Si “el hecho” determinado es el despido arbitrario de un empleado de comercio, la determinación de la consecuencia se limitará a establecer la indemnización que el empleador deberá abonar al empleado. Si el hecho determinado es un ilícito civil fijará el monto indemnizatorio que el autor del daño debe a la víctima. Si el hecho determinado es la muerte de una persona a la que suceden su esposa y dos hijos, la determinación de la consecuencia establecerá las porciones del acervo hereditario que a cada uno de ellos le corresponde. Si el hecho determinado es un hurto, la determinación de la consecuencia dispondrá la sanción que debe aplicarse al reo.

Sin embargo, esta tal vez fatigosa serie de ejemplos ha sido expuesta para demostrar que no siempre la tarea es una mera inferencia o la conclusión mecánica de un silogismo.

En el primer caso -el despido arbitrario- los montos indemnizatorios pueden variar, pero siempre según pautas regladas y de conformidad también con hechos que pueden ser determinados de la realidad (antigüedad, estabilidad especial, personal menos antiguo y disminución o falta de trabajo, etcétera).

En el segundo -ilícito civil- los montos indemnizatorios varían, sin atender a pautas regladas, en tanto que están conectados a ponderación de circunstancias variables, que apreciará el juzgador.

En el tercero -la herencia- no hay margen posible de variación, ya que en la hipótesis planteada están tan estrictamente determinadas las consecuencias en la proposición jurídica -viene tan precisamente pormenorizada- que no hay posibilidad alguna de determinación.

En el último -el hurto- la consecuencia requiere una determinación pormenorizada, ya que la ley fija generalmente una amplia gama de posibilidades, dentro de la cual cabe la decisión del juzgado (de un mes a dos años de prisión, por ejemplo, es decir que desde un mes hasta un año,

once meses y veintinueve días, existe una enorme escala de posibilidades que el aplicador deberá determinar con rigurosa precisión).

7. EL MÉTODO DE INTEGRACIÓN

La última operación técnica que queremos referir, es la llamada integración del derecho, que tiene por función específica colmar los silencios, los vacíos, las ausencias de regulación jurídica: las lagunas del derecho en suma.

Así como frente al derecho supletorio vale la voluntad contraria expresada por las partes, frente al vacío vale la voluntad judicial formada según pautas regladas. Decimos según pautas regladas, ya que si bien con arreglo al Código de Honduras vale la decisión según la equidad, porque a ella remite la ley, y en el derecho austríaco vale lo resuelto según el derecho natural, porque en él manda inspirarse el Cód. Civil, tal integración podrá hacerse en cada derecho según las pautas a que la legislación remita, y por cierto, sin poder acudir a otras que no estén establecidas.

Se infieren de lo expuesto, varias conclusiones importantes:

1. Tal elaboración de normas, en el cumplimiento de la misión integradora, no es una forma de creación jurídica autónoma por los jueces, sino una recomposición jurídica atendiendo a las pautas a las cuales remite la legislación.

2. La integración debe hacerse en cada caso recurriendo solamente a las pautas que cada derecho señala.

3. La integración se apoya, en suma, en la tradición jurídica milenaria, donde el aplicador deberá saciar su sed de justicia de la decisión particular, hurgando laboriosamente en el enorme material que le suministra el derecho.

4. En ausencia de pautas, frente a la prohibición del remedio (caso del derecho penal) o, cuando la decisión implica imponer un deber de hacer o de admitir frente al Estado, desaparece la obligación de integrar y la consagración de la libertad es la decisión adecuada.

La concepción normativista del orden jurídico nos ha señalado que el sentido unitario de una pluralidad de normas se halla en la común referencia a una norma fundamental que constituye el punto de partida del conocimiento jurídico, el comienzo de la creación del derecho.

La norma fundamental tenía allí, entre otras funciones, la de dar unidad al orden jurídico, su sentido plenario. Sin embargo, ese sentido plenario,

pareciera no compadecerse con los vacíos de regulación jurídica, con los silencios a que aquí hemos hecho referencia, lo cual obliga a distinguir dos cuestiones, que consideramos esencialmente distintas y cuya no advertida diferencia ha embarcado a no pocos juristas en la polémica acerca del problema de las lagunas del derecho.

Por un lado, el problema lógico jurídico de las ausencias de regulación, entendiendo por tal la posibilidad de que algún supuesto de hecho no sea subsumible en los géneros normativos de un sistema.

Por otro lado, las soluciones inconvenientes o injustas que puedan seguirse de la aplicación de la norma a un caso concreto, porque ese caso concreto, que cae dentro de la órbita de la regulación normativa, no fue expresamente previsto por ella o por la intención de su autor.

Fácilmente se advierte que la primera es una cuestión de estricta lógica jurídica, que se mueve dentro de los límites de la positividad, mientras que la segunda es de evidente raíz axiológica y debe manejarse dentro del territorio de la política jurídica, ya que por cierto prescinde de la circunstancia de que el derecho subsuma o no el supuesto en cuestión, toda vez que la laguna se formaría, precisamente, por el resultado disvalioso de esa subsunción.

Lo hasta aquí expuesto nos conduce al postulado que cierra la plenitud del ordenamiento jurídico: “Todo aquello que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”, cuya enunciación ha motivado también una seria controversia en la doctrina. Para no ser arrastrados a una polémica más terminológica que técnica, bastará sostener que la expresión “permitir” tiene, en el postulado en cuestión, una significación equivalente a “no prohibir”, con lo cual el señalado principio técnico dispone que el legislador permite un determinado comportamiento humano con sólo no prohibirlo, sin necesidad de asignar imputativamente a dicho comportamiento una consecuencia.

Este axioma, que sin duda puede interpretarse en más de un sentido, según la distinta acepción en que se tomen los vocablos “permitir” y “prohibir” y según la función que se dé al verbo “estar” en su enunciado, cierra y da plenitud a la pluralidad normativa que integra un orden jurídico. De ello se infiere que todo comportamiento humano, incluido dentro del ámbito normal de validez está jurídicamente regulado, directa o indirectamente.

Directamente, cuando la ley lo prohíbe o indirectamente cuando no lo prohíbe y en consecuencia lo permite. La ausencia de regulación jurídica -positiva o negativa- es, pues, absolutamente imposible.

La concepción del ordenamiento jurídico determinará que en presencia del conflicto social, el derecho se pronuncie necesariamente, señalando una solución positiva -imputando a alguien un determinado deber jurídico- o negativa -imputando a los demás el deber de una abstención- para la consagración de la esfera de la libertad.

XII

EL PROBLEMA AXIOLÓGICO JURÍDICO

I. GENERALIDADES

Señala Ortega²⁷⁷, con la prosa clara que caracteriza su vigoroso estilo, que la preocupación teórica y práctica sobre el tema de los valores es uno de los hechos más hondamente reales de nuestro tiempo. Así como oportunamente señalamos que el gran interrogante ontológico fue el motor que desencadenó la preocupación especulativa desde el inicio de la filosofía presocrática y la problemática gnoseológica fue el sello distintivo de la modernidad, no dudamos en sostener que el gran debate del siglo está planteado tanto en lo económico como en lo estético, lo hedonístico, lo moral, lo social y lo jurídico, alrededor de la temática estimativa o axiológica. La axiología (el radical “axios” significa estimable, digno, el que más vale) es la disciplina filosófica que estudia con sentido de totalidad sistemática la teoría de los valores, y es precisamente en ese sentido de totalidad sistemática que da realce a la afirmación que precede, ya que la novedad del siglo no es la preocupación filosófica por el estudio de algunos valores aislados como la justicia, la belleza, la bondad o la santidad, que fueron indagados desde siempre por los filósofos más fecundos, sino el descubrimiento subyacente de un tenue hilo vinculador, que agrupe a todos ellos sistemáticamente en una disciplina.

En efecto, en este libro, cuando recorrimos genéticamente el desenvolvimiento de las doctrinas filosóficas desde los presocráticos hasta nuestros días, señalamos, por ejemplo, que el tema de la justicia, había provocado honda preocupación en todos ellos, pero advertimos también,

²⁷⁷ Ortega y Gasset, *Qué son los valores. Obras Completas 2ª ed., t. VI, p. 316 y sigs., Revista de Occidente, Madrid*

en todos los casos, que aquel desvelo no había sugerido la necesidad de integrar el tema de la justicia con los otros valores que también se consideraban aisladamente.

Platón, por ejemplo, dialoga preocupado sobre el tema del bien, sobre la belleza, sobre la justicia, sobre la santidad, pero de ninguna manera advierte la conexión que vincula todas estas preocupaciones como especies de un género común que los agrupa: los valores.

La filosofía del siglo XIX es la que señala tal vez con mayor crudeza la dicotomía entre las construcciones filosóficas y la realidad vital del hombre, y como cumpliendo un inexorable proceso dialéctico, es en el siglo XX, con su elaboración filosófica, cuando se esfuerza por comprender al hombre en su total dimensión, situándolo entre el pasado y el porvenir, como integrando una insoslayable sucesión en un proceso universal, de la cual, él es sólo su actualidad, vinculado al ayer y con miras al mañana, incorporándolo con todas sus aptitudes en el dintorno total del ser.

En la problemática planteada alrededor del tema de los valores hay cuestiones de diferente estirpe, que en su referencia al mundo del derecho tienen verdadera importancia, ya que, según se adopte una u otra posición, los resultados serán sustancialmente diferentes. La primera se refiere al contenido del término valor y la segunda apunta a la cognoscibilidad.

2. EL CONTENIDO DEL TÉRMINO “VALOR”

Cuando se habla del “contenido” del valor, es decir de su conceptualización, podemos entender por lo menos tres cosas distintas: la vivencia del valor, la idea del valor y la cualidad del valor. Si hablamos de la vivencia del valor, estamos haciendo referencia a un estado psicológico, que obviamente depende del psiquismo de un sujeto que valora. Si hablamos de la idea del valor, lo estamos cosificando como una esencia ideal metaempírica que está más allá de toda valoración, y por fin, si hablamos del valor como cualidad de las cosas valiosas, hacemos del valor una referencia cualitativa que, si bien con características propias, necesariamente la parasitamos al objeto que califica.

La vivencia del valor nos coloca en los umbrales de un psicologismo según el cual el valor debe su existencia a las reacciones personales de un sujeto valorador, de quien en última instancia depende. Es decir, en suma, que las cosas valen o no según la valoración de alguien que las acepte o no como valiosas.

La idea del valor nos conduce a la ontologización del valor en un punto que es previo y anterior a toda valoración, es decir que las cosas valen con prescindencia de todo sujeto valorador.

La cualidad del valor nos sitúa en una vertiente en la cual podemos distinguir: las cualidades primarias de los objetos, es decir aquellas que atañen a su propia existencia, como el peso, el volumen, la extensión, la densidad; las cualidades secundarias o sensoriales, que formando parte del objeto se distinguen de las primarias por su mayor subjetividad, como el color, el sabor, el olor, y por fin, estas últimas cualidades de valor, o cualidades terciarias, que poseen sólo algunos objetos y que por estar abrazados por ellas llamamos bienes.

Siempre siguiendo por este camino del contenido del valor, la problemática valorativa estaría planteada entre los “subjetivistas o psicologistas”, para quienes el valor siempre y en todo caso depende del psiquismo de un sujeto valorador y en consecuencia sólo hay valores para alguien, y los “objetivistas”, para quienes el valor es previo y anterior al acto de valoración; y si bien se admite este acto, el valor no depende de él, sino que es previo a la valoración.

Para los subjetivistas, en suma, los objetos valiosos son neutros al valor antes de la valoración, y para los objetivistas son valiosos por sí, antes de la valoración.

Veremos más adelante proyectada al ámbito de la juridicidad, los efectos de esta dicotomía.

3. LA COGNOSCIBILIDAD DE LOS VALORES

Esa variedad, realmente conturbadora en cuanto al contenido del valor, se refleja indudablemente en la posibilidad de su conocimiento, ya que si los valores fuesen vivencias psicológicas, es decir algo del mundo sensible, indudablemente la ciencia natural podría dar cuenta de ellos.

Pero, como hemos visto que esa afirmación no es en modo alguno mayoritaria ni mucho menos unánime, se abre un abanico de posibilidades en punto a su cognoscibilidad, que es sin duda reverberación de aquella problemática epistemológica. En este plano encontramos teorías que niegan la posibilidad del conocimiento de los valores.

A. J. Ayer, por ejemplo, desde una posición empirista, sostiene que las referencias a los valores no remiten a nada, son meras exclamaciones o ruidos psicósomáticos.

E. W. Hall, desde una perspectiva formalista, afirma la existencia del valor negando la posibilidad de su conocimiento: el valor no es un fenómeno cognoscible, pero su estructura brilla a través de los juicios de valor.

Encontramos también teorías que aceptan la existencia de los valores y la cognoscibilidad de ellos, aunque todo el problema radica fundamentalmente en la forma de sistematización que posibilita su conocimiento.

No podría faltar tampoco aquí el ajuste conciliador del eclecticismo, que haciendo concesiones a una y a otra, afirma la incognoscibilidad de los valores en su aspecto emocional pero su cognoscibilidad descriptiva.

A pesar de lo expuesto hasta aquí, no creemos haber iluminado con mucha claridad los límites de esta disciplina filosófica, aunque lo cierto es que la axiología y la feracidad de su territorio señalan un ideal, una meta tal vez lejana, pero hacia cuya realización la teoría de los valores parece avanzar firmemente y sin desmayos. En ese progresivo avance hay ciertos caracteres perfilados firmemente y más allá de toda polémica:

“El valer” como forma particular de ser de los valores, que no son en sentido propio sino que valen, afirmación que proviene de la teoría de los valores elaborada por Rudolf Hermann Lotze, es la característica que eleva los valores a la jerarquía de instancias de rango universal, como entidades absolutamente válidas reconocidas por la conciencia e independientes de un supuesto libre albedrío estimativo.

“La polaridad”, que es el despliegue de cada objeto valente en una forma positiva y en una forma negativa. Mientras la generalidad de los objetos agotan la esencia de su ser, en ser lo que son, los valores se presentan siempre descompuestos en una forma positiva y en su antípoda. Al polo de la justicia, se le opone el polo de la injusticia; a lo bueno, lo malo; a lo bello, lo feo; a lo santo, lo profano. Esta polaridad es la causa de la quiebra de la apatía, ya que impide la neutralidad ante la presencia del valor.

“La jerarquía” como forma de ordenación de los valores, que no responde a criterios clasificadores, sino más bien a la concepción del mundo y de la vida que cada individuo o grupo humano sustente.

Esta ordenación jerárquica, que comprende estratos inferiores y superiores, debe estar integrada por la totalidad de las perspectivas efectivas y posibles. Sólo así se podrá tener una visión completa, integral y a la vez sistemática de la jerarquía de los valores y de la forma de realidad de cada valor.

La historia es pródiga en ejemplos de horrendos excesos de deshu-

manización que exhiben en su raíz una equivocada ordenación jerárquica de los valores.

4. LOS VALORES JURÍDICOS

Si con este acopio informativo pretendemos elaborar una axiología jurídica, ante todo deberemos precisar algunas cuestiones que nos parecen previas para no caer en una polémica más semántica que axiológica.

La primera dilucidación semántica que queremos hacer, es dejar bien en claro que consideramos dos cuestiones fundamentalmente diferentes y que no creemos que hayan sido debidamente distinguidas, cuando afirmamos, por un lado, que el derecho opera con cosas valiosas, y que, además tiende a realizar valores propios y específicos.

Que el derecho opera con cosas valiosas parece ser indudable. Todas las normas jurídicas, al prescribir una determinada forma de comportamiento como debida, la valorizan positivamente, y al prohibir una determinada conducta, la valorizan también, pero negativamente.

Cuando la ley obliga al deudor a pagar sus obligaciones en un tiempo y en un modo determinados, obviamente está valorando positivamente esos hechos, y cuando la ley prohíbe el ejercicio de determinadas libertades durante el estado de sitio, valora negativamente el desorden que ellas pudieran provocar.

En ambos casos, tanto cuando prescribe como cuando prohíbe, el derecho no sólo contiene valores en la descripción de lo prescripto, sino que contiene también valores en el sistema de sanciones con las que opera para inducir a que esas prescripciones se realicen y esas prohibiciones se respeten, ya que toda sanción supone la pérdida de algo que el infractor, genérico y abstracto, considera un bien.

Esas cosas valiosas con las que opera el derecho, tanto para constituir la antijuridicidad cuanto para dar forma al deber jurídico, así como también para amenazar a quien realice aquélla o infrinja éste, funcionan como objetos valiosos objetivos, cuya captación por el destinatario de la juridicidad -sea éste un funcionario aplicador o un súbdito del sistema-, se realiza por un mecanismo de intelección volitiva. Esa valiosidad de la ley es una valiosidad objetiva, que prescinde del acto de valoración subjetiva del aplicador o del súbdito de la juridicidad. Es, en suma, anterior a toda valoración.

Es un conjunto de cosas valiosas objetivas con las que opera un

determinado sistema jurídico y que llamaremos “los valores jurídicos normativos”. Estas cosas valiosas cambian por cierto de un sistema a otro. Habrá por tanto ordenamientos que estimulen la inmigración y otros que la restrinjan. Para los primeros la inmigración será una cosa valiosa. Para los segundos no.

Podrá haber sistemas que repriman el aborto y sistemas que lo autoricen. Para los primeros el aborto será un hecho reprochable. Un valor de sentido negativo. Para los segundos, el aborto caerá en la esfera de libertad y por tanto de licitud jurídica.

Pero decimos que el derecho, además de estos valores normativos que son absolutamente objetivos, puesto que no dependen del psiquismo de ningún sujeto valorador, sino que son previos y anteriores a toda valoración, tiende a la realización de valores propios y específicos, como la justicia, el orden, la seguridad, la cooperación, la solidaridad, la paz.

Estos valores jurídicos funcionan intra y extrasistemáticamente.

Funcionan dentro del sistema a través de los valores normativos, ya que cuando el derecho, por ejemplo, reprime el homicidio y lo hace amenazando a quien infrinja el valor vida humana protegido, con la pérdida de una porción temporal de su libertad, establece una forma de justicia “dando a cada uno lo suyo”. De la misma manera, cuando el derecho prohíbe determinados ejercicios de la libertad individual durante el estado de sitio, cree realizar una forma coherente de orden social. De igual modo, cuando dispone determinados efectos al comienzo de la obligatoriedad de las leyes y consagra el principio de irretroactividad, persigue la realización del valor seguridad, tendiente a hacer más confiables e inequívocas las relaciones jurídicas individuales.

Es decir que, dentro de un sistema jurídico positivo, los valores normativos tienden a realizar valores jurídicos propios y específicos.

Pero también esos valores jurídicos propios pueden servir como pautas para valorar un sistema desde fuera de él, con lo cual esos mismos valores funcionan extrasistemáticamente. Ello se da, cuando desde una perspectiva que esté fuera del ordenamiento positivo se lo valora, no a partir de las pautas fijadas en el ordenamiento, sino a partir de otras de sentido universal. En los mismos ejemplos antes referidos, si ponderamos que la pérdida temporal de una porción de libertad no es “lo suyo adecuado” que corresponde por haber infringido el valor vida humana y consideramos que la represión debe ser más severa o menos severa.

Si creemos que no satisface el valor orden la restricción al ejercicio

de determinadas libertades individuales durante el estado de sitio y afirmamos que un sistema más estricto o menos estricto realizaría mejor el valor orden que en la forma regulada. Si sostenemos que el valor seguridad se realiza más plenamente con otra ordenación del sistema de comienzo de obligatoriedad de las leyes.

En todos estos casos, los valores jurídicos propios funcionan como pautas de valoración fuera del sistema y sirven como atalayas desde cuyas cimas es posible evaluar los valores jurídicos que contiene un determinado ordenamiento jurídico positivo.

Dentro del sistema, estos valores jurídicos están relativizados por la vigencia de los valores normativos, es decir que la justicia, el orden, la seguridad, etcétera, serán lo que los valores normativos hayan estructurado como tales en cada ordenamiento jurídico, mientras que los valores jurídicos fuera del sistema podrán funcionar con sentido absoluto y como criterios de universalidad, aunque también relativizados por el criterio subjetivo del valorador.

a) *La justicia*. Desde la fórmula de Ulpiano recogida por el *Digesto* y por las *Institutas*: “*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens*”, como la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”, pasando por la expresión más abreviada de Cicerón “*animi affectio suum cuique tribuens*” y por la reelaboración tomista del mismo precepto como “el hábito por el cual con constante y perpetua voluntad es dado a cada uno su derecho”, podríamos afirmar, siguiendo el hilo conductor de nuestra exposición histórica, que hay una sorprendente coincidencia de doctrinas y épocas en el enunciado del valor justicia, considerado por los autores casi unánimemente, como el valor fundamental del derecho.

No obstante esa coincidencia histórica, desde su primera formulación escrita en el derecho romano hasta nuestros días, que pareciera señalar un convenio inalterable sobre su contenido, pocos conceptos parecen más huecos y vacuos que el de la justicia, y ello porque la médula de dicho valor está sin duda en la sustancia contenida en el “*suum cuique*”, “a cada cual lo suyo”, es decir, lo suyo de cada cual, que constituye una fórmula tautológica insustancial.

Todo valor normativo, cuando atribuye una facultad, cuando impone un deber, cuando impone una prohibición, establece sin duda un lugar para cada uno dentro del grupo social.

Es decir que todo valor normativo, aún el más inicuo, aún el más

infame y vil, erige un “lo suyo de cada cual”, con lo que el valor funciona, dentro del sistema, a partir de los límites establecidos por los valores normativos, y fuera del sistema, a partir de la concepción del valorador acerca de lo que debe ser lo suyo de cada cual.

Todos los intentos que en el desenvolvimiento teórico de las doctrinas analizadas en la parte histórica han sido desplegados para llegar a una normalización objetiva del valor justicia, se encuentran siempre relativizados por la concepción del mundo y de la vida que cada valorador utilice, y en consecuencia frustrados los intentos de conseguir una fórmula de sentido universal aplicable en todo tiempo y lugar.

b) *El orden*. La idea de orden, como valor jurídico, implica una coincidencia de los comportamientos de los súbditos del sistema con los esquemas normativos por él trazados y con los medios que cada ordenamiento establece para lograr esos fines.

Este ajuste, esta concordancia entre las normas y la conducta, esta aceptación del sistema por los obligados, puede resultar o de una presión coercitiva que desde el sistema se ejerza sobre la sociedad, o de un razonado equilibrio que fluye espontáneamente de su seno.

La ausencia de orden supone la desorganización social que implica referencia a distintos procesos que van desde la rebelión hasta la deserción, procesos por los cuales se intenta la destrucción y el cambio del sistema o el apartamiento de los obligados de los valores que una sociedad institucionaliza.

Lo dicho nos induce a afirmar que el orden, como valor jurídico, está íntimamente vinculado a una problemática sociológica, ya que sería tal vez la pauta más objetiva para apreciar la eficacia de un sistema jurídico que existe y vive en la realidad societaria.

c) *La seguridad*. Tal vez nadie como Recaséns Siches²⁷⁸ ha profundizado en el estudio del valor seguridad como motivación radical de lo jurídico.

Los hombres no han elaborado derecho para satisfacer exigencias de justicia o de los otros ponderables valores que la acompañan, sino básicamente para saciar una apetencia de seguridad.

²⁷⁸ Desde su primera exposición en *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969; hasta su más acabada sistematización en el *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1959.

El hombre necesita, para poder desenvolverse, tener la posibilidad de contar con el comportamiento de los otros seres con quienes convive. Ese comportamiento, el de los demás seres, sólo puede ser anticipado como debido. Sin ese concepto anticipatorio del comportamiento de los demás, que no puede menos que provenir de la normatividad jurídica, no hay acción humana posible²⁷⁹.

Toda acción humana individual es de alguna manera social o supra-individual y de ello se sigue que no hay acción humana posible sin cálculo jurídico, cálculo que no puede menos que provenir de la satisfacción de la exigencia de seguridad.

d) *La paz*. Llegamos así al último valor jurídico que queríamos examinar. Casi todos los jusfilósofos que se han detenido en la consideración del problema axiológico -y todos lo han hecho- han asignado rango preponderante a la justicia y jerarquía subordinada a toda la linajuda corte de valores que la acompañan y permiten su realización.

Creemos nosotros, no obstante, que debe colocarse la paz como coronamiento de todo ese ilustre cortejo, ya que de alguna manera todos confluyen a su logro y es tal vez su satisfacción la meta más anhelada del género humano.

La paz es la quietud y sosiego del cuerpo social que procede de la falta de conturbación. Según que esa quietud sea interna o externa -nos referimos al Estado-, la paz será interior o exterior. A la primera se oponen los desórdenes públicos, desde la desobediencia hasta la guerra civil. A la segunda el estado de conflicto con otros Estados.

A partir de una consideración moral o religiosa, podemos elaborar una elevadísima idea de paz, fundada en la fraternidad y en el amor, hasta culminar en una idea de gracia divina.

El acatamiento al precepto moral proporciona paz interior, tranquilidad de conciencia, inspirando una íntima sensación de dicha a quien vive en la moralidad.

Esa superior excelsitud generalmente escondida y anónima de quien vive en consonancia con el precepto moral proveyendo paz a su espíritu y bienestar a los demás, contribuye también, aunque en menor medida, a la paz social. Pero desde la pedestre chatura de la juridicidad, es la más modesta pretensión de un mundo civilizado.

²⁷⁹ Soler, Sebastián, *Las palabras de la ley*, p. 23 y sigs., Fondo de Cultura Económica, México, 1967.

Es la aspiración de todos los hombres. No de la paz perpetua, siguiendo el modelo kantiano y como último fin de todo derecho de gentes, inasequible e impracticable, sino la más humilde, pero no menos valiosa, que puede lograrse a través de la herramienta del derecho, que es sin duda uno de los instrumentos más efectivos para su afianzamiento.

El derecho es un medio, tal vez insustituible, para atenuar las desarmonías colectivas y conseguir la paz social, dentro del Estado y entre los Estados.

El derecho es la palanca ancestral de la que se han valido todas las generaciones que nos han precedido, aunque imperfecta en su elaboración y defectuosa en su aplicación, para el logro menguado de la paz, y aunque muchas veces los hombres nos sentimos inclinados a buscar por otras vías un sucedáneo capaz de reemplazarlo, porque nos acordamos en esa instancia de contabilizar sólo sus penurias y retrocesos.

Olvidamos entonces cuánto ha contribuido y contribuye todos los días al afianzamiento de la dignidad humana y de la paz, siendo inimaginable la magnitud del desastre que sobrevendría si su vigencia cesara sólo por un momento.

No creemos ni en la paz para la guerra del antiguo aforismo *si vis pacem para bellum*, ni en el consejo inverso de la guerra para la paz, *si vis bellum para pacem*.

No confiamos tampoco en una consideración puramente especulativa, pues creemos terminado un mundo en el cual, al decir de Kant, podamos encontrar a los hombre entretenidos en soñar el dulce sueño de la paz; ni tampoco esperamos la maravilla descrita por Renan, de que por la realización de las virtudes místicas y utópicas se logre la paz definitiva sobre la tierra.

Pero, convencidos de que ningún valor puede tener eficacia sino en la paz, ya que ésta de alguna manera resume a todos, es necesario e impostergable establecer una nueva jerarquía axiológica tomando como punto de partida fundamental y como única meta de la convivencia humana a la paz, basada en la solidaridad intelectual y moral de la humanidad.

El último capítulo de la *Historia del arte de la guerra* del Mariscal Montgomery es un epílogo titulado "El ideal de la paz", en el cual aspira a que un alba gloriosa despierte a las naciones del mundo con un toque de diana para una era de paz y buena voluntad. El vocabulario de las guerras fue siempre escrito por diplomáticos triunfantes o por militares victoriosos. Por poderosos, en suma; pero debiera ser corregido por los

que vuelven de la contienda mutilados en su cuerpo y en su espíritu, por las viudas, por los huérfanos, por las enfermeras y los médicos.

La paz no puede lograrse sólo con esperar un alba gloriosa al toque de diana. Debemos trabajar esforzadamente para conseguirla: debemos creer sin desmayos en ella, como verdad absoluta, como valor realizable y realidad inteligible.

5. RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

a) Enfoque ontológico

La vastedad epistemológica y la serie de vertientes a partir de las cuales puede ser enfocado este tema, obliga a una primera toma de posición respecto del punto de vista a partir del cual intentaremos abordar el problema. Las relaciones entre el derecho y la justicia pueden plantearse desde una óptica axiológica, desde una perspectiva cognoscitiva, en el plano ético, en el sociológico y aún, dentro de cada uno de ellos, con todos los matices que determinada orientación doctrinaria le imponga.

Sin embargo creemos -y este es el sentido de nuestra posición- que ninguna de esas aproximaciones al tema puede elaborarse definitivamente sin una clara y precisa referencia ontológica, que nos permita una perfecta delimitación y exactitud particular del ser de ambos, sin cargas metafísico-especulativas, como las que -desde siempre- han oscurecido la pura cuestión del ser. Fundamentalmente, éste será el sentido de nuestra actitud para despejar el panorama cognoscitivo de ambos conceptos, doctrinas que, a nuestro entender, han empañado la transparencia de ambas. "La experiencia de la ciencia -nos dice Hartmann en el prólogo de la primera edición de su famosa *Ontología*- enseña algo muy distinto: antes de todo comprender y de toda conquista han puesto los Dioses el sudor del trabajo. Y el trabajo es lo primero que hay que llevar a cabo, aquí como en otras partes, lo mismo al leer que al pensar por cuenta propia. Sin él se convierte toda filosofía en especulación".

b) El ser del derecho

Toda actividad científica -y las disciplinas jurídicas aspiran a esa dignidad- parte de una sectorización de objetos desde la totalidad universal en la que están inmersos.

Sin embargo, el objeto derecho, como la mayoría de los objetos por otra parte, no agota su ser esencial en la consideración que a su respecto haga una determinada disciplina científica, sino que como tal, puede ser ente de la ciencia, así como de la historia, de la sociología, como de las restantes disciplinas que estudian ese fenómeno.

Así entonces, el problema del “hombre” en tanto ser esencial, no es en realidad un problema, sino más bien un grupo de problemas, entre los que cuentan entre otros, su naturaleza o esencia, la determinación de si el hombre es esencial o sólo gradualmente distinto de otros seres vivos (particularmente los vertebrados superiores), el puesto del hombre en el todo universal, su misión o destino final; lo que hace al objeto de una cantidad de disciplinas que tienen como objeto al “hombre”, pero cada una desde el particular escorzo de su enfoque vital, como la biología, la antropología y todas las esencias del espíritu o de la cultura en las cuales el objeto “hombre”, cumple un rol protagónico.

Ubicados en el plano de la ciencia del derecho, desde una óptica estrictamente dogmática, el ser del derecho es una estructura prescriptiva, que establece una determinada vinculación del obrar, a la que se le asigna el respaldo de la fuerza pública y como tal, funciona como una abstracción en el plano ideal.

De la misma forma que los objetos de la lógica son objetos ideales, no obstante que pueden materializarse en la realidad, y los entes de la geometría son objetos ideales, no obstante que es posible construir un cubo de hormigón o un polígono de madera, entes éstos que cobran así realidad experiencial.

El ser esencial de la hipoteca o del aborto, desde esta óptica dogmático-científica, no está en la realidad (aunque obviamente se realizan) sino en el plano ideal, recortado como una estructura que configura un ser esencial, que puede o no realizarse.

No es fácil distinguir a un polígono, como ente objeto de la geometría, de la materialización experiencial de esa idealidad en el mundo de lo real; como creemos que tampoco es fácil deslindar la diferencia entre la realización del homicidio, como facticidad, de la abstracción del homicidio como esencia normativa ideal. Y no es fácil, simplemente porque el derecho no agota su ser en constituir una estructura lógico-formal, que se consume en un conjunto de palabras más o menos ordenadas, sino que pretende estar en el mundo, introducirse con un sentido de practicidad funcional que regula, y en cierta medida transforma la vida en sociedad.

Sin embargo, esa polifacética entidad del derecho, que es tanto fruto de la voluntad como de la razón, que participa de los caracteres de ser una abstracción lógica y de impregnarse de sentido pragmático, que es tanto reguladora como modificadora del comportamiento humano, que atiende a una comprensión finalista de la existencia de la sociedad y los hombres a ella vinculados, que contiene y persigue valores, no altera ~~allí~~ su ser esencial; del mismo modo que el polígono no modifica su ser como objeto de la geometría, no obstante todas las realizaciones experienciales que a su respecto puedan intentarse -no son pocas por cierto-, del mismo modo que “el hombre” para la biología, no margina todos los otros aspectos de su esencialidad, que trascienden el estrecho campo de esa disciplina.

Como hemos dicho ya en alguna otra ocasión, la ciencia sólo puede brindar al investigador una visión parcial, fragmentaria, de la totalidad de los objetos contabilizados en su haber.

No hay absolutamente ninguna ciencia que atienda al hecho fundamental de la existencia humana, de la existencia del hombre *con-el-hombre*, inmerso en el todo cósmico que integra. La ciencia -cada una de las disciplinas científicas- atiende a sectorizaciones de esa totalidad. Pretender una síntesis global, es exceder el campo de la ciencia y penetrar, de rondón, en el ámbito de otro saber.

c) *El ser justicia*

El tema de la justicia pertenece al mundo de los valores y este orbe está estrechamente vinculado al universo de las esencias. Mucho antes de que la axiología conformara una teoría de los valores y como tal una disciplina filosófica con cierta autonomía, los valores fueron considerados al modo de las esencias.

Platón configuró a la sabiduría, a la valentía, a la templanza, a la justicia, como ideas arquetípicas que ni eran fruto de la experiencia, ni tampoco de la razón humana, pero accesibles a su entendimiento a través de la intuición pura.

Ubicados en un plano estrictamente ontológico, no ignoramos pero no queremos inmiscuirnos en el debate en torno a la esencialidad -objetiva y subjetiva- de los valores, por entender que la toma de posición a este respecto es ajena a la ontología y propia de una específica consideración axiológica. Lo que pareciera indudable es que, en razón de la aproximación entre valores y esencias, su consideración ontológica debería hacerse en

tanto especies de un género común, ya que la polémica planteada y aún abierta en el plano axiológico, podría extenderse también a las esencias.

En efecto, también Hartmann nos enseña que los valores no determinan directamente lo real, sino que sólo forman la instancia del ser valioso o contravalioso de lo real, pero su propia existencia -su ser esencial- no la altera en nada, al ser lo real contravalioso²⁸⁰.

En el plano de los valores éticos -donde indudablemente ubicamos el tema de la justicia- y siempre siguiendo a Hartmann, no entra en la esencia de la promesa el que se la mantenga efectivamente; pero sí entra en su esencia el que sea contravalioso no mantenerla.

Al ser valioso -el mantener la promesa-, no lo altera en nada lo fáctico de no mantenerla; ni tampoco la voluntad contraria del obligado a mantenerla, o su convicción oportunista puede alterar en nada el ser esencial de la valiosidad de la promesa, lo que prueba y demuestra que la independencia del valor del juicio humano está en relación con la independencia de los objetos del conocimiento relativos a éste, o sea con la supraobjetividad de los mismos.

Esta equiparación que postulamos, entre valores y esencias, como especies del sector de los objetos ideales, ha sido fundamentalmente cuestionada, con el argumento de la veleidosa inconstancia histórica de su validez, que debemos aceptar como hecho evidente.

Nadie podría sensatamente cuestionar la multiplicidad de morales históricas, como nadie podría dudar del acrecimiento histórico de la justicia o de los modelos que han elaborado las distintas civilizaciones en el decurso de las épocas.

Pero, y siempre desde una perspectiva ontológica, no creemos que el argumento afecte al ser esencial del valor, ya que la mera circunstancia de que determinado período histórico haya preferido el hedonismo al sacrificio, el pesimismo al optimismo, la emoción a la idea, el paganismo a la santidad, no altera absolutamente para nada al ser en sí mismo de cada uno de los valores, que continúan, no obstante, siendo lo que son.

La mutabilidad o cambio de determinados valores en diferentes tiempos históricos, no implica su nacer o morir en cada una de las épocas donde se han producido los cambios, sino más bien una modificación de la prelación o eminencia de las épocas a determinados valores. La ceguera no es error, sino sólo falta de vista.

²⁸⁰ Hartmann, Nicolai, *Ontología*, t. I, p. 352.

d) Su relación

Precisada la esencialidad ontológica de ambos términos de la relación, ésta pareciera más fácil en razón de la identidad genérica de las especies. En efecto, si debiéramos relacionar un objeto real con un objeto ideal, o un objeto cultural con uno metafísico, hay un primer salto ontológico que superar, un hiatus cualitativo tal vez difícil de colmar, para establecer el vínculo relacional; pero éste puede ser de tal entidad que frustre o debilite el enlace intentado. El derecho, como estructura prescriptiva del obrar, fija un determinado modelo de valoración social. Cuando la norma manda un cierto comportamiento como debido o prohíbe una determinada conducta como prohibida, evidentemente está considerando justa (segura, ordenada, pacificadora) a la primera, e injusta (insegura, desordenada o revulsiva) a la segunda.

El derecho es así, un modelo de valoración social que responde a una determinada época y a un conjunto de circunstancias fácticas, sociales, culturales, que han condicionado la postulación del valor o del contravalor.

No sólo opera, la norma, con cosas valiosas, cuando prescribe y cuando prohíbe. Cuando la norma sanciona, el paquete sancionador del derecho, se ubica siempre en el plano de la valiosidad.

Esas cosas valiosas (justas, injustas, que hacen a la seguridad, al orden, a la paz, a los contravalores que funcionan como sus antípodas), tanto para configurar la antijuridicidad, como para dar forma al deber jurídico, como así también para amenazar a quien realice aquélla o infrinja éste, son esencias valiosas objetivas, que prescinden totalmente del acto de valoración subjetiva del aplicador o del súbdito de la juridicidad, con esa mudanza propia de los tiempos de las épocas y aun de las costumbres que antes referimos.

Estos valores normativos propios, porque responden a las valoraciones sociales receptadas por el legislador (ciertas o equivocadas), y objetivos, porque no dependen del psiquismo de ningún valorador, están en esa relación respecto de la normatividad, cuando son considerados dentro del sistema jurídico positivo dentro del cual operan.

No obstante, esa relación puede no sólo darse dentro del sistema, sino que puede establecerse fuera de él y ello se da cuando, desde una perspectiva que está fuera del ordenamiento positivo, se lo valora, pero no ya a partir de los criterios establecidos por ese sistema, sino de otros de sentido universal.

Dentro del sistema, estos valores están relativizados por la vigencia de los valores normativos establecidos por el derecho. La justicia será entonces lo que el derecho haya preestablecido como tal en cada ordenamiento. Pero fuera del sistema, la justicia puede ser considerada en sentido absoluto y a partir de ese criterio universal -relativizado aquí por los criterios de justicia del valorador- ponderar los valores jurídicos que contiene un determinado sistema positivo.

Dentro entonces de un sistema jurídico positivo, éste habrá establecido lo suyo de cada cual, cuando al homicidio le imputa determinada consecuencia sancionatoria por su obrar. Fuera del sistema y a partir de un criterio esencial de mayor amplitud, podremos evaluar si ese suyo de cada cual, que en el caso estableció el derecho, era justo o no.

Una relación como la que postulamos, entre derecho y justicia, no es en absoluto extraordinaria ni infrecuente en el ámbito de las relaciones posibles. Haciendo una referencia al mundo de los fenómenos de la física, pensemos en la relación que se establece entre la masa y el peso de un determinado cuerpo cualquiera. La masa, es absolutamente independiente del punto de la Tierra o de la Luna en que el cuerpo se encuentra.

La justicia, como valor supremo hacia donde se orienta la realización del derecho, es también independiente del sistema jurídico o de la institución jurídica particular que intente realizarla. Pero el peso de un cuerpo no es independiente de esa ubicación respecto de la Tierra o de la Luna. Es decir que el mismo cuerpo, es tal vez dependiente o independiente. Y la dependencia de su peso, no afecta a la independencia de su masa. De la misma forma que la dependencia del valor dentro del sistema no afecta a la independencia de éste fuera de él. Así creemos que debe entenderse la relación. La dependencia de la justicia dentro del sistema y en relación con un determinado derecho positivo, no afecta a la independencia de la justicia, al ser en sí de ella, como valor esencial del derecho.

6. DERECHO Y PAZ

En el marco de un estudio orgánico de la problemática axiológica e indagando desde hace ya tiempo acerca del sentido propio y el marco de funcionamiento de un ordenamiento jurídico, y teniendo que optar a la vez por distintas posibilidades finalistas que pueden ser vertebradas, como ser la paz, la seguridad, la justicia, la igualdad y la libertad, elegimos sin hesitaciones a la paz.

Persuadidos de que el orden jurídico es el orden de la paz, ya que siempre el derecho fue el sustituto de la violencia y de la guerra y la defensa incondicionada de la vida, decíamos por entonces que en general, toda aproximación al problema axiológico jurídico, había dado preponderante rol a la justicia y jerarquía subordinada a la linajuda corte de valores que generalmente la acompañan y permiten su realización, afirmando, inversamente, que debía colocarse a la paz como coronamiento de ese ilustre cortejo, ya que, al contrario, todos los demás confluyen a su logro y es tal vez su satisfacción la meta más anhelada del género humano. Aceptar esta tesis sostenida, contaría con no pocas resistencias.

Los valores son estructuras que se han desgajado de la inmanencia temporal de su repetición histórica y por efecto de una verdadera transmutación objetiva, se ha llegado a su ontologización; cuando en realidad, lo que más podríamos aceptar, es una suerte de objetividad funcional, en tanto que resultados cosificados, pero no una trascendentalidad que suponga una inmutabilidad del sentido del valor que, creemos, se modifica constantemente en el devenir histórico.

Max Weber, seducido ante el curioso cuadro funcional que muestra la puja valorativa, que puede presentarse ante la más nimia, decisión individual, o ante la más trascendente opción vital, comparó esa rivalidad con la “eterna lucha entre los Dioses”, sin que exista la más mínima posibilidad para el género humano, de decidir cuál es el Dios verdadero que debe seguir: “Que cada hombre elija a su modo su Dios o su demonio”.

Esta posición fuertemente escéptica, que agrega a su indiferencia pirroniana, una dudosa equivalencia entre todos los valores, que difícilmente podríamos aceptar en el mundo del derecho, supone además, un hombre desgajado de la historia y de su contexto social, optando libremente frente a todas las decisiones de la vida, lo que no nos parece que se compadezca con la experiencia de todos los tiempos, la cual nos muestra que siempre, los planes comunitarios, están condenados al fracaso, a menos que estén elaborados a partir del entorno económico, ideológico, cultural y social de su tiempo.

Uno de los atributos paradigmáticos de nuestro tiempo es el fortalecimiento y la pujanza de su vinculación con el pasado, no sólo porque hemos vivido más historia que ninguna otra época, sino porque cada vez se hace más evidente que comprender la historia no es sólo necesario para quienes la fabrican sino y especialmente para quienes deben soportarla.

Dentro del orden jurídico de la vida político institucional, se sustituye a la lucha violenta por el poder un dominio pacífico, de la misma manera que en el plano interindividual, se reemplaza la venganza privada y el hacerse justicia por mano propia, mediante un sistema jurisdiccional que asegura un modo ordenado de dirimir las controversias.

Si vemos el panorama institucional en su desarrollo, para llegar al moderno derecho constitucional de la democracia, concluiremos que es el resultado de las guerras civiles; que en la pugna entre la corona y el poder temporal, se cambió la guerra civil por la contienda electoral ordenada jurídicamente; de igual modo que los totalitarismos nos enseñan que cuando se olvida esa estructura institucional, se vuelve a la lucha violenta por el poder, con los ingredientes de conspiración y conjura que le son anejos.

El orden jurídico es fundamentalmente un orden de paz, mucho más objetivamente que un orden justo, lo que no significa desjerarquizar la justicia, sino acordar que no hay pautas objetivas ni científicamente inobjectables, para acordar un significado y un contenido unívoco a la representación de lo justo.

Parafraseando la distinción kantiana entre los imperativos hipotéticos y el imperativo categórico -teniendo en cuenta que Kant denominó hipotético al imperativo que requiere una única acción o procedimiento para el logro de un fin esencial propuesto como meta, mientras que el imperativo categórico impone una acción o un comportamiento por considerarlo bueno en sí mismo, objetivamente necesario, sin condicionamiento alguno y sin referencia a ningún fin extraño a él-, pretendemos sostener que la justicia y todos los otros valores jurídicos están fundados en una voluntad que establece sus postulados normativos, que es siempre una voluntad históricamente condicionada, mientras que la paz, al modo del imperativo categórico, se impone como un bien en sí mismo, sin condicionamiento humano normativo de ninguna especie.

Esta tesis está edificada en el presupuesto de que, para que un acto de comportamiento pueda ser considerado bueno o malo, o un objeto bello o feo, del mismo modo que para considerar a un sistema jurídico ordenado o seguro, es necesario haber formulado normas con respecto a lo bueno y lo malo, con referencia a lo bello y lo feo, o con relación al orden y la seguridad, ya que, sin duda, todo sistema está de algún modo estructurado sobre una determinada constelación de circunstancias, que configuran los modelos a partir de los cuales, puede hacerse la predicación de bondad, belleza, orden o seguridad.

No costará mucho aceptar que sería vano intento pretender encontrar en todo tiempo y lugar idéntica concepción, significado y contenido de los valores.

La primera y fundamental ley natural en el sistema hobbesiano consiste en la búsqueda de la paz y en conseguirla, cuando exista la posibilidad de obtenerla.

La segunda ley, derivada de ésta, es que voluntariamente los hombres, cuando es necesario para la paz y su defensa, renuncian a su derecho sobre todas las cosas y están satisfechos de tener tanta libertad contra los demás hombres, cuanto a éstos sea concedida en contra de él²⁸¹.

Creemos que la búsqueda para dar respuesta al problema de la justicia legítima o vana -estructurada con fundamentos racionales o irracionales- si algún fundamento tuvo en la historia que nos precedió, el mismo se ha ido esterilizando progresivamente, a medida que las circunstancias actuales de nuestro tiempo y las que avizoran un inmediato futuro se han ido perfilando. El mundo del tercer milenio de nuestra civilización, se convertirá en algo tan absolutamente unificado o por lo menos tan densamente interrelacionado, que la exigencia de paz estará necesariamente supraordinada a la apetencia de justicia y deberá comprender a la totalidad de cada hombre y de la comunidad humana.

Claro es, que cuando hablamos de paz, no entendemos una cima definitiva a la cual aspirar, sino que pensamos en un proceso vital y espiritual que se expresa en un esfuerzo permanente para derrotar a la violencia de los hechos actuales y también a la que consituye la pesada herencia por restañar las arbitrariedades del pasado.

Entendemos, como una exigencia de la condición humana, que todas las épocas y civilizaciones han coincidido en un proyecto común de vida para todos los hombres. Siempre, todas las generaciones han acordado un valor positivo a la vida y un valor negativo a la muerte.

Consecuentemente, la paz, como correlato necesario de la vida, se convierte así en un valor fundamental y esencial sin el cual se pone en peligro la existencia humana.

Cualquiera sea el valor al que hagamos referencia, deberemos coincidir en que el mismo pueda ser comprendido como armónica correspondencia entre un acto de comportamiento o un objeto -según sea el caso-, y un principio previamente establecido que señale los límites de su significado;

²⁸¹ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, I, p. 114 y sigs.

donde las normas elaboradas por las diferentes culturas y comunidades en su devenir histórico, sean los condicionantes de sus respectivos sistemas de valores.

De allí que sea absolutamente imposible hacer referencia a ningún valor concreto, sin la predicación de su condicionamiento temporal y espacial.

Esto significa el fracaso de todos los intentos vanamente realizados aunque plausibles por establecer criterios absolutos de valoración con respecto a la justicia, la bondad y la belleza. Nada es justo incondicionalmente, lo dice Anouilh en boca de uno de sus descarnados personajes: “Todas las guerras son santas. Os desafío a que encontréis un beligerante que no crea tener al cielo de su parte”.

La aceptación de este principio no niega la posibilidad de seguir trabajando honrada y esforzadamente por pergeñar principios que puedan ser formulados en todo tiempo y lugar para describir la idea de lo justo o de lo bueno, ni mucho menos la potestad para elaborar pautas que permitan formular la concordancia o la discordancia entre un acto o un objeto y una determinada norma descriptiva de un deber.

La justicia ha sido la respuesta que el hombre se ha dado, desde las más remotas épocas, para el interrogante que se plantea frente a la necesidad de lograr la armónica coordinación de las necesidades humanas; y ello ha llevado a creer, también desde tiempos inmemoriales que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, llegándose incluso a compararla con la verdad respecto de los sistemas de pensamiento²⁸².

La paz no es ausencia de fuerza, sino más bien eclipse de violencia, entendiendo la no-violencia como una expresión de tolerancia, aceptada como la genuina afirmación de un principio moral positivo.

La aspiración a la justicia ha sido una meta tan importante y tanto se ha pretendido consagrarla como coronación de una verdadera pirámide valorativa, que se ha afirmado incluso que la paz sin justicia es algo imposible. Nuestra tesis sostiene que si esta afirmación fuese verdadera, deberíamos renunciar en este mismo instante a la búsqueda de intentos dinámicos de paz, ya que si ellos deben ser edificados sobre una porción -aunque pequeña- de justicia, estarían necesariamente condenados al fracaso.

²⁸² Rawls, John, *La teoría de la Justicia*, p. 19.

No nos cabe duda que si la paz entre las naciones se logra a costa del triunfo, la nación en perjuicio de la cual la paz se impone la tendrá siempre por injusta, y si la paz deviene como consecuencia de un arbitraje forzoso en un conflicto de intereses, idéntico será el resultado. Encontrar correlación entre los valores de paz y justicia, de modo tal que aquél quede condicionado a éste, nos conduce inevitablemente a negar necesariamente la búsqueda de la paz.

De allí entonces, del mismo modo en que cada vez que dentro de un ordenamiento jurídico positivo se plantea una opción que compromete al mismo tiempo a la justicia y a la seguridad, el derecho resuelva siempre la cuestión en favor de la seguridad y en detrimento de la justicia.

Tal es el caso de la ignorancia o del error del derecho, como excusa para el cumplimiento de los deberes impuestos, la institución de la preclusión o la perención, el principio de irretroactividad de las leyes, la cosa juzgada, etcétera; lo cual de ningún modo significa establecer una ordenación jerárquica de los valores subordinando la justicia a la seguridad, sino enaltecer a ésta última sólo cuando se enfrenta a la justicia para poder encontrar un modo coherente y racional de resolver un controversia con un fundamento inequívoco de certeza; de la misma manera que Kant acordaba al orden civil un mayor valor que a la libertad, sencillamente porque el orden era posible sin libertad, pero la libertad era imposible sin el orden (y nadie podrá desconocer la esencia libertaria de la filosofía kantiana).

Creemos que cuando una decisión compromete al mismo tiempo una alternativa de justicia o una exigencia de paz, dar prioridad a la justicia (porque, como se ha dicho, los fuertes hablan de paz y son los oprimidos y los necesitados los que reclaman la justicia), conduce necesariamente a esterilizar la paz y en última instancia también a frustrar la justicia.

La paz jurídica implica superación del conflicto, señorío del derecho y presencia de tolerancia, que no debe confundirse con indiferencia y menos aún con escepticismo.

La exigencia de tolerancia está demandada por la presencia de una casi infinita variedad de contenidos, de creencias y convicciones que circunscriben los perfiles de lo justo, lo que conduce siempre a la división, cuando no directamente al enfrentamiento.

La solución consiste en la tolerancia, ya que la justicia, no puede ser la justicia de otro hombre, a menos que él la haga suya con una aceptación sin violencia de su espíritu y de su pensamiento.

No se puede imponer ni transmitir la intimidad del contenido de lo justo, a menos que exista un presupuesto básico de libertad; y en eso, precisamente, consiste la tolerancia: no en la indiferencia por las convicciones que no aceptamos, sino en el respeto de los proyectos de los otros, en tanto sean el resultado de una consideración libre y de un compromiso espontáneo de cada uno.

XIII

LA PROBLEMÁTICA DEL HOMBRE

1. PLANTEAMIENTO DE UNA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

Una historia de los diferentes grados de conciencia que el hombre ha tenido de sí mismo, de los modos típicos como el hombre se ha pensado o contemplado, debería preceder o tal vez epilogar a una historia de las teorías acerca del hombre.

Y una característica fundamental del pensamiento occidental es su neta diferenciación entre el hombre y el resto del mundo viviente. Una cultura tan excelsa como la hindú se basa en el sentimiento de unidad entre el hombre y todo lo viviente. A partir de la cultura griega clásica, como lo dice bellamente Cassirer, el hombre se destaca sobre la naturaleza en vida y sentimiento. Ello nos fuerza, en esta indagación genética y sistemática que intentaremos, a dejar de lado el oscuro problema de la filosofía y el pensamiento orientales.

Brevemente, pasaremos revista así a los modos fundamentales de concebirse el hombre a sí mismo, modos que, con mayor o menor intensidad, tienen vigencia entre nosotros acerca de la esencia del hombre.

Creemos poder demostrar, y el lector advertir a su vez, que cada una de esas ideas sobre la esencia del hombre que desarrollaremos, se corresponde a una determinada historia, es decir, a cierto modo especial de concebir la historia (no es que sean historias distintas, sino modos diferentes de explicar el suceso). Una observación más antes de acometer nuestra tarea: el modo en que se plantea la razón del enfrentamiento entre estas concepciones, nos pondrá en evidencia que ellas responden a diferentes ideas sobre la esencia, la estructura y el origen del hombre; lo que demuestra que no hay uniformidad en el género humano sobre la naturaleza del hombre.

La primera idea del hombre, dominante en los ambientes deístas, judíos y cristianos y en general, en todos los círculos vinculados a una Iglesia dominante sobre lo que podría llamarse el pensamiento oficial, producto de una fe más que de una concepción científica o filosófica, es el conocido mito de la creación del hombre por un Dios personal, su descendencia de una pareja primitiva, el estado paradisiaco, el pecado del hombre seducido por el ángel caído, la redención del hombre-Dios y el restablecimiento de la relación filial con Dios, la inmortalidad del alma, la resurrección de la carne, el juicio final.

Esta concepción gravita mucho más de lo que razonablemente puede creerse aún entre los no creyentes, reproduciendo convicciones que sobreviven por siglos y agobian el concepto humano con una sensación profundamente angustiante.

Eso que Kant resume en la frase: “el hombre está hecho de una madera harto torcida para que pueda jamás construirse con él mismo nada derecho”, evidencia su vínculo con la raíz emocional instintiva de las ideas judeo-cristianas.

El mundo espera aún al gran psicoanalista de la historia que salve al hombre de esta angustia de lo terrenal y se desprenda del estigma de esa concepción mitológica.

La segunda noción del hombre, absolutamente una invención del genio helénico, es la creación del “homo sapiens”, en la que tanto Anaxágoras primero, como Platón y Aristóteles después, imprimieron su sello distintivo. Esta idea establece una separación tajante entre el hombre y la animalidad.

Esta concepción otorga al hombre una calidad específica y propia que sólo a él conviene que es la razón, y mediante ello el hombre puede conocerse tal como es en sí, puede obrar bien, y puede incluso perfeccionar a la naturaleza.

La tercera posición naturalista, la del poderío político, se inicia con Hobbes y Maquiavelo; y más modernamente ha sido planteada en Adler, señalando como el motor primordial de la vida instintiva, a la “voluntad de poderío” y “el afán de preeminencia”.

Pero a pesar de las diferencias anotadas, que por cierto no son detalles en los esquemas desarrollados, hay algo común a todas ellas y aplicable también a las anteriores ideologías referidas, esto es, la creencia más o menos firme en una “unidad de la historia humana”, en un movimiento hacia un fin sublime que se considera digno de ser afirmado, por la fe en cierto acrecimiento del valor de las cosas humanas.

La primera teoría totalmente discordante respecto de esta uniformidad señalada, es la que desarrollaremos como “cuarta idea”, a la cual el mundo culto aún no ha aceptado y ni siquiera claramente entendido, por lo menos en su justificación. Es una idea descarriada, que trae una larga preparación histórica. Es casi una idea temible para el pensamiento occidental, pero la expondremos con la pulcra objetividad del expositor científico.

La primer característica que en ella señalaremos es su radical y absoluta oposición a la creencia común de toda la antropología, tanto del “homo sapiens” como del “homo faber”, como del Adán caído que se levanta salvado en el centro de la historia.

Esta teoría afirma “la decadencia del hombre” que está en la esencia y en el origen del hombre. En este proceloso andar de diez mil años, que no son nada para una especie, el hombre ha ido cayendo siempre, y en esta verdadera deserción de la vida, se vale de sucedáneos para vivir, que son pobres sustitutos de las auténticas actividades vitales capaces de desarrollo.

Para esta concepción, el hombre no es una de las tantas vías muertas en las que a veces la vida encalla. El hombre es la vía muerta de toda la vida en general. Ese espíritu del hombre, eso que para Aristóteles hace al “homo sapiens”, es una enfermedad, una dirección morbosa de la vida universal. El hombre mismo es una enfermedad.

El espíritu aparece en esta concepción como el principio que destruye y aún aniquila la vida. El espíritu es un parásito metafísico que se introduce en la vida y en el alma del hombre para destruirlo. Ese proceso de destrucción es la extinción de una especie herida de muerte. Las fases de este proceso mortal son estructuralmente idénticas a las que recorre un ser viviente que envejece y muere.

La historia demuestra -para esta tesis- que el hombre ha perdido mucho más de lo que ha ganado, lo que evidencia su decadencia (Schopenhauer, Nietzsche, en algún sentido Bergson, algunas corrientes modernas del psicoanálisis -Kloges-, Spengler, Lessing, Vahinger).

Llegamos por fin a la “quinta idea” del hombre en la historia. Si en la analizada precedentemente, el hombre es exhibido como “el animal que ha enfermado por su espíritu”, esta última, todavía débilmente esbozada a través de dos pensadores alemanes contemporáneos -Diterio Kerler y Nicolai Hartmann- encumbra la conciencia a una altura escarpada y soberana.

En estas obras se manifiesta un ateísmo que no se lo puede comparar

-a nuestro juicio- con ningún otro ateísmo occidental anterior a Nietzsche, ateísmo al que Max Scheler llama “ateísmo postulativo de la seriedad y de la responsabilidad”.

En todos los ateísmos anteriores la existencia de Dios era conceptualizada como algo “deseable”, pero no alcanzable, o bien por imposibilidad de demostración de su existencia, o bien por inaccesibilidad de su concepción.

El propio Kant, que de algún modo aniquiló las pruebas sobre la existencia de Dios, aceptó, no obstante, la idea racional de Dios como “un postulado universalmente válido de la razón práctica”.

En esta concepción del ateísmo, más que su existencia o demostrabilidad, el planteo es que no puede ni debe existir un Dios para servir de escudo a nuestra total responsabilidad, o como fundamento de nuestra libertad, o de nuestra misión en el mundo.

En esta concepción del ateísmo, la negación de Dios no es asumida como descargo de la responsabilidad o disminución de la libertad y de la independencia del hombre, sino como la máxima exaltación imaginable de responsabilidad y soberanía.

Kerler, en una carta a Scheler, que éste transcribe, lo dice: “Qué me importa el fundamento del mundo, si yo, como ser moral sé claro y distintamente lo que es bueno y lo que debo. Si existe un fundamento del mundo y coincide con lo que yo conozco por bueno, será entonces como amigo mío, estimado por mí; pero si no coincide, le escupiré en la cara, aún cuando me destruya y aniquile mis fines y a mí mismo como ser existente”.

2. EL TEMA DEL HOMBRE EN SPINOZA

Spinoza publicó en vida sólo dos libros: los *Principios de la Filosofía de Descartes* y el famoso *Tratado teológico-político*, publicado en Amsterdam con pie de imprenta apócrifo (Hamburgo), impresor falso y sin nombre del autor. Inmediatamente, la Iglesia Calvinista denunció al libro como una “obra engendrada en el infierno por un judío renegado y el diablo”, invectivas que, como suele ocurrir, fomentaron nuevas ediciones, todas con nombres engañosos: “Obra de cirugía del doctor Francisco Henrick de Villa Corta”; “Texto de Medicina del doctor Franciscus de la Besilvius”; “Escritos históricos de Daniel Heinflus”.

Después de su muerte, con el título de “Obra Póstuma” apareció un solo volumen con sus iniciales, incluyendo cinco obras en latín que se

volcarían años más tarde al holandés. Ellas fueron *Las meditaciones metafísicas*, el *Breve tratado* y la *Ethica*, todas completas, y fragmentos del *Tratado de la reforma del entendimiento* y del *Compendio de gramática de la lengua hebrea*.

Tratar de fijar al menos, los esbozos de una antropología spinoziana, nos obliga a un brevísimo comentario de la concepción de Spinoza sobre el mundo y sobre Dios, ya que si en términos absolutos Dios y el mundo son para nuestro pensador cosas inseparables y que fuera de Dios nada hay ni es posible concebir, pareciera indispensable precisar su contenido.

En la respuesta cosmogónica, para Spinoza sólo existe una sustancia, que es Dios, dotado de un número infinito de atributos. Esta idea de Dios no se compadece con la concepción tradicional, según la cual, Dios está incontaminado de toda materialidad y opuesto al mundo (Dios es así la atalaya desde la cual el mundo puede ser juzgado), habiendo asimismo entre ellos una relación de causalidad, ya que el mundo es creación de Dios, pero Dios es trascendente al mundo.

Afirma Spinoza que todo es en Dios. Y ello, porque si Dios es la sustancia única, que posee un número infinito de atributos, cada uno de los cuales expresa una esencia infinita en su género y han sido concebidos por el infinito intelecto de Dios, resulta ser la primera causa; y no habiendo otra sustancia, Dios actúa de conformidad con las leyes de su propia naturaleza, pues nada hay fuera de Él que pueda compelerlo a actuar y por eso Dios es una causa libre, inmanente y transitiva de todas las cosas.

De esta única sustancia, Dios o Naturaleza, causa de todas las cosas, hay que distinguir entre la sustancia única, como causa, y lo que de ella fluye como efecto: entre *natura naturata* y *natura naturans*. Por *natura naturans*, se debe entender lo que es en sí, concebido por sí: Dios como causa libre; *natura naturata* es todo lo que fluye de la necesidad de la naturaleza de Dios o de alguno de sus atributos que no pueden ser concebidos sin Dios. La diferencia entre ambas, se advierte como puramente lógica, ya que ambas son el mismo infinito, entendido uno como proceso y el otro como resultado.

En esta cosmogonía spinoziana, en la que todo es Dios, el hombre no puede sino concebirse como un reflejo y manifestación de Dios, pero como el hombre vive y actúa rodeado de un mundo de cosas, de ese contorno que hace a su circunstancia -como le gustaba decir a Ortega-, el ser humano está indisolublemente vinculado al fondo último de la

realidad. El cuerpo del hombre tiene caracteres comunes con otras especies de cuerpos y está sujeto a las leyes generales de lo corpóreo. Ese cuerpo humano se compone de muchos individuos de naturaleza diferentes y constituye un verdadero sistema de movimientos y reposo.

Pero además es un alma, alma que debe percibir al mismo tiempo que la naturaleza de su propio cuerpo, la de muchos otros. Para tratar de comprender, con la máxima claridad posible, la sutil relación que establece entre cuerpo y alma el sistema de Spinoza, es oportuno vincularlo a la luz de los grandes tipos de concepción sobre el alma, tipos que están ligados históricamente a los grandes sistemas del idealismo griego y que en Spinoza, se presentan como una síntesis ecléctica entre el sistema platónico y el aristotélico.

Para Platón, el cuerpo es la cárcel temporal del alma cuyo encierro, como un milagroso embrujo, se libera con la muerte. El alma sería así, para el genio de la Academia, una entidad que sólo depende de sí, con una historia propia y cuya estancia es meramente incidental.

En Aristóteles, el alma es la forma de aquello de que el cuerpo es la materia, es decir que, cuerpo y alma, son tan absolutamente indistinguibles que, como cualquier otra asociación en el curso ordinario de las cosas, persisten y perecen simultáneamente.

El eclecticismo o síntesis spinoziana consiste en que participa de la teoría del Estagirita, cuando sostiene que cada cuerpo tiene un alma o lado mental, ambos íntimamente implicados el uno en el otro, proclamando a la vez, la vida propia del alma, como lo haría Platón.

El alma humana, es también reflejo de la sustancia única que es Dios y cobra forma, en función del atributo divino del Pensamiento.

Es decir, tratando de redondear algunas ideas que podrían aparecer algo contradictorias en la relación cuerpo y alma, podríamos resumirlas, siguiendo el pensamiento de Dujovne, en este esquema fundamental:

a) Por ser alma y cuerpo, modos en atributos distintos, el alma en el Pensamiento y el cuerpo en la extensión, son expuestos por Spinoza como desarrollos independientes, cada uno de los cuales sigue el automatismo necesario que le es inherente.

b) Por el hecho de que el alma y el cuerpo forman un solo individuo, se muestra la conexión que exhibe lo que en el cuerpo es útil al individuo.

c) Por ser distintos, como modos de atributos diferentes, no hay contacto entre cuerpo y alma.

d) Por ser un sólo individuo, lo que es propicio al cuerpo es propicio al

alma y el alma no puede tener ideas como Pensamiento que excluyan al cuerpo.

El alma es, en suma, conciencia del cuerpo y conciencia de sí misma, es decir autoconciencia, lo que nos conduce a la concepción spinoziana de "personalidad". La personalidad no se caracteriza por ser sólo obra del alma sino también del cuerpo. Por eso es que para entender la "personalidad" spinoziana hay que volver a aquellas ideas de equilibrio entre movimiento y reposo, que reseñamos al hablar de los cuerpos. Ese equilibrio es nuestra personalidad.

El alma de un hombre es la manifestación de Dios bajo el atributo del Pensamiento, de modo que el cuerpo es la manifestación de Dios bajo el atributo de la Extensión. Toda modificación de un cuerpo se acompaña con una modificación de su alma y esta modificación mental concomitante es el conocimiento.

De lo que se podría inferir, resumiendo, que lo que llamamos persona es un individuo compuesto de cuerpo -como suma de individuos en equilibrio de movimiento y reposo- y un alma caracterizada, en tanto se esfuerza concientemente en perseverar en su ser. Todos los individuos se esfuerzan en perseverar en su ser: lo característico del hombre sería la conciencia racional de ese esfuerzo, en esta correspondencia entre cuerpo y alma, entre el mundo físico y el mundo psíquico.

Indudablemente, Spinoza otorga primacía al mundo interior, al mundo de la psiquis, pues el alma, además de idea del cuerpo, es idea de la idea, es decir que el hombre es un ser autoconciente, libre y responsable.

Estas ideas sobre el hombre, sobre el alma, sobre la personalidad no reconocen ningún tiempo ni ningún lugar. El mundo circundante de la época, no pudo soportar la altivez de Sócrates y no obstante que aquel mundo era la Hélade genial, debió procesarlo y arrebatarle la vida para que con su muerte diera al mundo la más grande lección moral de su dignidad. El mundo de su época, no pudo soportar las ideas de Cristo y lo sometió al tremendo suplicio del Gólgota para que desde allí se alzara, la luminosa cátedra moral de la redención.

Tampoco la Modernidad pudo tolerar la vivificante excelencia de la ética de Spinoza y debió someterlo a la anatematizante sentencia del "Jerem", la tremenda excomunión de la sinagoga portuguesa de Amsterdam, cuando el filósofo contaba apenas 24 años: "Maldito sea de día y maldito sea de noche. Maldito sea al acostarse y maldito al levantarse. Maldito sea al salir de su casa y maldito sea al regreso. Que Dios jamás lo perdone; que la cólera y la ira de Dios se enciendan contra ese hombre

y que le envíe todas las maldiciones inscritas en el Libro de la Ley. Y Dios suprima su nombre de la tierra, y para su derrota Dios lo expulse de todas las tribus de Israel, con todas las maldiciones del Cielo, como están señaladas en el Libro de la Ley... Conjuramos que nadie tenga con él trato ni hablado ni escrito, que nadie le haga favor alguno, que nadie esté con él bajo un mismo techo o entre las mismas cuatro paredes, que nadie lea ningún papel hecho o escrito por él”.

Sin duda que el determinismo universal es una verdad, pero la libertad y la responsabilidad no son ilusiones ni piadosos engaños, son hechos tan ciertos y verdaderos como el determinismo y de ningún modo en contradicción con él.

La concepción enérgica del mundo y de la vida, hacia donde cada vez más tiende la ciencia de nuestros días, permite concluir, a la luz de las inefables ideas de este filósofo, que entre los diversos determinantes que contribuyen a la realización de un acto, importa cada día más no descuidar la energía personal, ese potencial humano que es parte fundamental de la energía universal, de una energía eterna, increada y que constituye la grandeza y el progreso de nuestra humanidad, y en el que deben fundamentarse nuestras más elevadas esperanzas, ya que, sobre la fuerza moral, descansa y se funda la dignidad de la vida, y la fuerza moral no es más que una forma superior de la energía personal, disciplinada, guiada y afirmada por la razón.

A esta gran metamorfosis tendieron Platón, Jesús, Spinoza y tantos otros príncipes de la inteligencia y del amor; a esta transfiguración del mundo terrenal, atañe a todos aportar su esfuerzo por modesto que fuere. No pueden retacear este aporte todos los que tienen sentido de la humana dignidad, todos los que sin tener corazón altanero, poseen alma altiva.

3. LA ESENCIA DE HOMINIDAD

Desde que Kant se formuló a sí mismo sus famosas cuatro preguntas, ¿qué puedo saber?, ¿qué debo hacer?, ¿qué me cabe esperar? y ¿qué es el hombre?, resumidas de algún modo en esta última *¿qué es el hombre?*, ésta ha quedado planteada como un desafío permanente al que la filosofía ha intentado dar respuesta, a tal punto que podría afirmarse que toda la filosofía podría reducirse a la temática antropológica.

Recordemos así -sólo para traer un ejemplo- aquellas famosas seis preguntas que se formula Tolstoi en un extraño documento que cita Stefan Zweig, uno de sus más agudos biógrafos: ¿por qué vivo?, ¿cuál es la causa de la vida?, ¿cuál es el fin o el sentido de la vida?, ¿qué significa la división que presiento entre el bien y el mal y qué propósito tiene?, ¿cómo debo vivir?, ¿qué es la muerte y cómo puedo salvarme?

Estas son las preguntas que se plantea en un momento de su existencia en el que pareciera buscar la vida por temor a la muerte, o tal vez, queriendo hacer de su vida un elan vital casi al borde o decididamente más allá del abismo, buscando una realidad humana por encima de la humanidad.

Para quienes lo intentan, ella culmina generalmente en una también famosa sentencia de Pascal: “qui veut faire l’Ange, fait la bête”.

Decimos que toda la reflexión filosófica podría quedar reducida a una consideración antropológica, ya que la autognosis podría y debería constituir el propósito superior de toda indagación filosófica, propósito que no ha sido negado ni en las expresiones más puras y estrictas del escepticismo que, como tal, en la historia de la filosofía, no ha sido sino la espalda de un humanismo categórico.

Ese proyecto de autoconocimiento no es una originalidad de Kant; además, aquel intento de responder a esas formulaciones kantianas es muy anterior al genio de Königsberg y por cierto, tampoco se agota en su pensamiento.

Desde diferentes atalayas del conocimiento, el hombre ha continuado el vano propósito de descubrirse, describirse y definirse, sin que los enriquecedores contenidos de disciplinas como la etnología, la psicología, la antropología, la historia y todas las vertientes de las sociologías especiales, como la sociología del conocimiento, la artística, la religiosa, la lingüística, hayan permitido perfilar con mayor precisión la respuesta al interrogante.

Indudablemente, ninguna época se ha encontrado en una situación más favorable que la nuestra para intentar responder a este interrogante; el asombroso acopio de conocimientos -en constante aumento- que esos saberes nos aportan, nos proporciona facetas utilísimas de las porciones de humanidad a que ellos se refieren; pero es tan acabado y perfecto el conocimiento de la parte, del sector de la humanidad a que se remiten, que queda como desdibujado y perdido el objetivo principal del todo, de la idea fundamental del hombre.

Todos esos saberes particulares, parten o deberían partir de una precomprensión de hominidad. Cuando el biólogo formula un conocimiento esencial para el proceso vital, ese conocimiento no le dice en sí mismo nada del hombre, si previamente no ha habido en su conocimiento una precomprensión de hominidad.

Es decir que ni el biólogo, ni el médico, ni tampoco el psicólogo o el sociólogo esperan de sus respectivos saberes una respuesta a la pregunta por la hominidad. Es casi al contrario, es por saberlo con anterioridad que ordenan sus pensamientos en la búsqueda de aquellos que le sirva a la pregunta por el hombre.

Ese es un poco el fracaso del científico. Hemos prestado tanta atención a la parte, a la porción de totalidad que recorta los límites del saber científico, que hemos olvidado la totalidad que esas porciones integran y que recortan la esencia absoluta del hombre. Nos ha pasado algo parecido a la paradoja que Bernard Shaw refería, cuando describía al especialista²⁸³.

Y es por eso que la respuesta de la hominidad no puede venir jamás de las ciencias particulares, que no obstante haber elaborado análisis agudos y penetrantes, no parecen haber encontrado la metodología adecuada para organizar arquitectónicamente ese material que crece y se agiganta, disperso, como desprendido y habiendo logrado una autonomía que lo desgaja y lo deslumbra del todo que integra.

El desafío, en definitiva, es encontrar el hilo de Ariadna que permita recorrer el laberinto y unir en un hilván transformador -por eso nos agrada la figura del hilo de Ariadna-, ese opulento caudal de hechos que nos proporcionan las ciencias particulares, en una profundidad de pensamiento en pos de una unidad conceptual de humanidad.

Este enigma de hominidad, este casi absurdo sobre la existencia del hombre, tiene un comienzo verdaderamente significativo como señalamos al principio. Es el hombre el que pregunta por su ser, porque es el único ente capaz de preguntar. No lo puede hacer ni la silla, ni el árbol, ni el gato.

Nadie más que el hombre puede preguntarse por su propia esencia. Y se pregunta a sí mismo y a los demás por su ser. Pero todas las preguntas -y ésta no escapa a la regla- tienen algunos presupuestos de posibilidad.

²⁸³ Un especialista es alguien que sabe cada vez más y más de menos y menos, hasta que llega un momento en que sabe casi todo de casi nada.

El primero, tal vez sea que sólo podemos preguntar si realmente ignoramos acerca de lo que se pregunta, ya que de otra manera, la pregunta queda de antemano superada por el "saber de" y en consecuencia deja de tener sentido. Pero no obstante ello, también es verdad que sólo podemos preguntar cuando ya conocemos, aunque no integralmente, aquello sobre lo que interrogamos, ya que de otra manera tampoco tendría sentido la pregunta, o sería casi una pregunta imposible.

Pero no obstante ello, también es verdad que sólo podemos preguntar cuando ya conocemos, aunque no integralmente, aquello sobre lo que interrogamos, ya que de otra manera tampoco tendría sentido la pregunta, o sería casi una pregunta imposible. Es decir que la pregunta, como decíamos al principio, supone un procedimiento, una especie de saber a la manera socrática del "sólo sé que nada sé"; o sea, un saber incompleto, o más precisamente, que no sabe en realidad nada de modo integral y definitivo. Es una especie de conocer de los bordes de la cosa, de los límites del conocimiento mismo, una especie de sabio no saber, o de "docta ignorancia" de la que nos hablan San Agustín y Nicolás de Cusa.

El hombre tiene un conocimiento de sí mismo, pero este conocimiento no elimina la pregunta sobre su esencia porque no se comprende de modo total y en consecuencia, en alguna o algunas de las infinitas facetas de su ser, se siente como un enigma, como un verdadero misterio; y es esa situación de claroscuro, de penumbra de hominidad, lo que hace peculiarísima su situación. Está condenado a la realidad y a los acontecimientos materiales, pero también está dotado de un espíritu que lo trasciende y le permite su autocomprensión. El hombre pareciera ser un verdadero centro unificador, un "microcosmos", para repetir la expresión utilizada por Demócrito hace casi veinticinco siglos y que se viene repitiendo en su tránsito histórico hasta nuestros días; un microcosmos donde se reubican todos los diferentes planos del ser y de la vida para conformar una unidad superior que refleja lo universal.

Decimos y repetimos que ese intento de autoconocimiento es muy antiguo, tanto que está enlazado a las primeras explicaciones místicas del universo, en las que descubrimos casi los esbozos de un anticipo antropológico, a la par o luego de una explicación cosmológica primaria. Todas las religiones universales -el judaísmo, el budismo, el confucianismo y el cristianismo- han impuesto la máxima famosa del templo de Delfos "conocete a tí mismo", como una exigencia de razón y conciencia ineluctable.

La misma evolución se advierte en el pensamiento griego, que

comenzando con la indagación curiosa sobre el mundo y desarrollando una explicación cosmogónica dirigida a la física en la Escuela de Mileto, a las matemáticas en los Pitagóricos y a la lógica en los Eléatas, sugiere en Heráclito un esbozo de comunión entre lo cosmológico y lo antropológico; comunión que pergeñan los sofistas definitivamente a través de la figura colosal de Protágoras, quien realiza el profundo y verdadero giro antropológico de la filosofía griega, mediante la máxima relativista “el hombre es la medida de todas las cosas”, la cual motiva un análisis agudo de Platón en el *Teetetos*, 151-152.

Sócrates, en el venerado recuerdo traído por Platón, pareciera exhibir un vacío en su consideración antropológica, que habiendo atendido a todas las virtudes y cualidades que hacen al hombre, no aventura una descripción suya; pero este aparente vacío, esta supuesta laguna en el sistema total de su pensamiento, no es sino el rasgo distintivo del juicio de ambos colosos del pensamiento griego, que advierten que la observación empírica y el análisis lógico -que habían usado los presocráticos para descubrir la realidad-, eran caminos insuficientes para aprehender esta compleja realidad que es el hombre, quien sólo puede ser conocido, penetrando su carácter por la vía del pensamiento dialógico o dialéctico.

Es tan imposible implantar la verdad en el alma de un hombre, como implantar la facultad de ver en un ciego de nacimiento y ello porque la verdad es, por esencia, hija del pensamiento dialéctico, dialógico; y sólo puede ser obtenida en la constante cooperación interindividual entre interrogación y réplica. El hombre es entonces una criatura constantemente en busca de sí misma, de allí que permanentemente debe ser autoanalizado y autoexaminado y que una vida no examinada, no vale la pena de ser vivida.

De ninguna manera nos proponemos recorrer las respuestas que en el campo de la historia de la filosofía han sido suministradas con respecto a la esencia del hombre, sino más bien trataremos de poner en evidencia que una antropología filosófica, no obstante la antigüedad de su investigación, es todavía hoy una hermosa ambición que se encuentra en verdad, casi en sus primeros esbozos.

En efecto, si comparamos la antigüedad de esta indagación con los resultados obtenidos en el campo de la filosofía de la naturaleza o de la historia de la metafísica, no podremos sino concluir que sus logros son todavía muy precarios.

Ello tal vez, porque la historia de la antropología, al develar la esencia

del hombre, se encuentra perturbada por las pasiones, las emociones y las ideologías humanas más encendidas y controvertidas. Esto explica, por ejemplo, por qué no obstante que la filosofía del estoicismo significa el engarce entre el panteísmo griego y el monoteísmo cristiano, la absoluta independencia del hombre, que es considerada por la teoría estoica como su virtud fundamental, deviene en el cristianismo su más grande error y su vicio esencial.

Esto también explica por qué la razón, que había sido el atributo esencial de hominidad para los griegos, se transforma en Agustín -no obstante haberse desarrollado dentro de la más pura tradición de la filosofía griega- en el peligro y la tentación del hombre, transformando aquello que era su orgullo y le daba su carácter específico en el “homo sapiens”, en su más profunda humillación, porque la razón sola, abandonada a sus propias fuerzas, no encontrará jamás el camino de retorno, sin la ayuda sobrenatural de la Gracia Divina.

Pareciera no haber duda que después de Descartes, la problemática alrededor de la pregunta por el hombre, toma un derrotero distinto, mucho más firme y decididamente superior. Ahora, en lugar del planteamiento personalista “¿quién es el hombre?”, más bien deberíamos plantear la cuestión como “¿qué es el hombre?”, entendiendo la posibilidad de una consideración más objetiva, como una mera cosa entre las demás cosas, a partir de un nuevo instrumento del pensamiento que permita la remoción de las barreras que hasta entonces habían diferenciado el mundo humano del resto de la naturaleza.

De allí a nuestro tiempo, son muchos los intentos de recortar los perfiles de este ser tan vario y complejo que es el hombre. La respuesta a través del fenómeno religioso en Pascal: “Humíllate razón impotente, calla naturaleza imbecil, aprende que el hombre sobrepasa infinitamente al hombre y escucha de tu maestro tu condición verdadera que tu ignoras: escucha a Dios”, que esboza un pensamiento geométrico y culmina en la consideración de Spinoza, quien construye una nueva ética, una teoría de las pasiones y de los afectos que encierra una teoría matemática del mundo moral, convencido de que sólo con ella los hombres podremos lograr nuestro fin, el de una filosofía antropológica sin errores ni prejuicios.

El antagonismo se reitera y se repiten las teorías, con otros nombres y a partir de otros esquemas, pero machacando casi siempre la misma controversia que responde a cada momento de la historia, es decir a cierto modo particular de concebir la historia, en el sentido de que no se

trata de que sean representativas de distintos sucesos históricos, sino representativas del modo cómo los acontecimientos históricos son explicados. En el fondo, una historia de la filosofía antropológica, nos exhibe la secuencia de un movimiento pendular entre deterministas e indeterministas, entre clásicos y románticos, que con nuevos rótulos, con fundamentos subyacentes diferentes, que desde atalayas más o menos encumbradas y con los agregados de nuevas aportaciones del mundo de las ciencias, se abroquelan en posiciones definitivas y que son compartimientos estancos, sin vasos comunicantes y sin permitirse concesiones recíprocas de ninguna naturaleza.

En nuestro tiempo, ese antagonismo está planteado entre las trincheras de los movimientos filosóficos que han pretendido avasallar todos los ámbitos del conocimiento en posiciones definitivas e irreductibles. Por una parte, los existencialismos -de Kierkegaard a Sartre y Marcel-, que desde apoyos doctrinales diferentes, con Dios o sin él, han trepanado obsesiva y tozudamente el análisis de la condición humana, con la esperanza manifiesta o sugerida de descubrir en las profundidades de esa condición de hominidad, la clave que nos dé respuesta a lo real. Por otro lado, los estructuralistas, con un antihumanismo declarado e incorporado al sistema de la teoría, abandonando la pregunta personalista sugerida por los existencialistas “¿quién es el hombre?”, sustituyéndola intencionalmente por aquella otra que ya mencionamos “¿qué es el hombre?”, con toda la provocación que tal inquisición lleva implícita.

Los estructuralistas nos muestran al hombre como el desarrollo en el tiempo de una estructura intemporal. Pretenden ser el fin de todo antropocentrismo y admiten la libertad y la historia, pero dentro de ámbitos estructurales muy concretos.

La historia del hombre y la historia de la humanidad, funcionan y ocurren a la manera de una armonía ilimitada e infinita en la cual los destinos individuales se despliegan como un motivo musical, como si fuesen notas de una sinfonía, repitiendo siempre el mismo tema, pero no de la misma manera, nunca en igual tesitura. Cada tipo humano se corporiza en cada destino, al cosificarse en una estructura sociocultural que de alguna manera parece esperarlo y prefigurarlo.

Los existencialistas nos muestran una relación entre el hombre y su paisaje que es indudablemente, muchísimo más compleja que la simple relación entre objeto y sujeto en el mundo del conocimiento.

El paisaje, es un *aquí visto y vivido desde mí*, en una relación dialogal

que es una interacción. No hay en realidad mayor trascendencia que la del acto individual o la del pensamiento solidario, que al realizarse de algún modo se extingue, forzando a una nueva realización so pena de exterminio. El hombre es así un ser que permanentemente se hace y se rehace; por eso, el gran invento de los hombres es el hombre.

La frase de Ortega: “El hombre no tiene naturaleza, sólo tiene historia”, sería así el bastión bajo el que podrían nuclearse sin objeciones, todas las expresiones del existencialismo, porque así el hombre es entendido a la manera de un demiurgo creador; es un *ser-en-el-mundo*, al cual configura incesantemente por su libertad; y la existencia, es el único punto de partida para todo conocimiento y sentido de la realidad. El hombre es definido así por su proyecto, que es lo propio de la existencia, y aún cuando el sustrato natural también cuenta, lo fundamental es la existencia que consiste en esa dialéctica, que hace del hombre un demiurgo que depende de sí. Esta visión prometeica y sin duda trágica de hominidad, que nos exhibe como un perpetuo hacernos, como un inmortal recomienzo, nos angustia, en la desazón de que no hay descanso, no hay sosiego; fin y comienzo son la misma cosa. No hay otra trascendencia que la del acto o la del pensamiento y al realizarse se extinguen; lo que nos fuerza a recomenzar, so pena de extinción.

En este largo deambular especulativo iniciado hace dos mil quinientos años y que seguramente no terminará jamás, en estos cambios, combinaciones de conceptos, el movimiento, la identidad, la sustancia y el cambio, lo uno y lo múltiple, el ser y los entes, los primeros principios y la nada, hemos exhibido la última expresión de la filosofía, casi de la más agresiva “nouvelle vague”: el movimiento estructuralista, que con su declarado antihumanismo, ha replanteado una vez más el problema del hombre a partir de su negación.

Estos subversivos de la hominidad, estos terroristas del hombre, a quien postergan más atrás de las estructuras, tanto que proclaman su destrucción, no importan sólo eso, sino más bien una advertencia sobre los peligros que, por otro lado, significa una “antropologización” del mundo.

El hombre, es indudablemente un ser en relación -casi podría decirse mejor, en conflicto- con las cosas y con los demás hombres. El mundo es inseparable del yo, y también el yo inseparable del mundo. El núcleo, la yema sustanciosa del hombre es una instancia relacional, dialogal y también témporo-espacial, o sea sociedad, historia, acción.

Por eso, así como señalamos el error del cientificismo que, persiguiendo

la perfección del conocimiento de la parte, postergó la aprehensión de la totalidad que ellas integran y que conforman al hombre, también criticamos el error de las metodologías que al elegir un determinado modelo de inteligibilidad, olvidan otros que pueden ser captados a partir de otro instrumento aplicable a la misma realidad.

Hoy asistimos a una fatua exuberancia metodológica -en el plano de las disciplinas del hombre- que pretende dar la acabada solución a su compleja problemática desde el vértice de su metodología, que no admite concesiones a la pluridimensionalidad del hombre.

Las fenomenologías existencialistas, los neomarxismos humanistas y también los antihumanistas, los psicoanálisis ortodoxos y heterodoxos, la antropología hermenéutica, los psicosociologismos y también los naturalismos, por citar sólo algunos de los muchos métodos que se disputan el privilegio de aprehender y dar cuenta de esa realidad, parecieran haber fracasado en su propósito.

Todos ellos se apoyan en una ideología y en un modo particular de ver la historia y no han agotado, en modo alguno, la pregunta con la que iniciamos este estudio.

Aquí valdría la cita de Alain Besançon, quien ridiculizando a las ideologías que pretenden hablar en nombre de la ciencia afirmó: “El hombre religioso sabe que cree, mientras que el ideólogo cree que sabe”.

Y si es así, si esas diferentes metodologías no han podido dar cuenta de esa realidad inasequible y huidiza, no obstante que la palpamos delante nuestro con tanta facilidad, o a la que podemos penetrar por la vía introspectiva con tanta sencillez, o quizás casualmente por todo eso, ¿no habrá llegado tal vez, el momento de proclamar la necesidad de una complementariedad metodológica que permita aplicar sucesiva, continuada o contemporáneamente, distintas metodologías en instancias distintas del hombre, en momentos diferentes de su ser, abrazando así su estructura polimórfica y su esencia pluridimensional?

El hombre es un ser que se hace y se rehace permanentemente; el hombre es un ser que está en relación con los otros hombres del mundo y con las otras cosas del mundo; el hombre es un ser que es él y sus circunstancias; es una ecuación humana con cosas y entes, a la manera de Ortega; es también una esencia constitutiva al modo de Xavier Zubiri y un a priori existencial; es una estructura, como lo dibujaba Sartre, dialéctica y también una dialéctica energética como lo quería Lupasco; es un inconsciente estructural, como lo esquematizó Levi-Strauss y es

un universo personalista a la manera de Teilhard de Chardin; es un ser dialógico y sólo podremos entenderlo en el entre, en la alteridad que supone la relación de humanidad como lo quería Buber y todo esto, que según el ángulo de ubicación en que nos coloquemos o la perspectiva de engarce estratégico que utilicemos, es parcialmente cierto, no importa aceptar que en su totalidad y excluyentemente, esas afirmaciones sean exactamente comprensivas de esta compleja totalidad pluridimensional que es el hombre.

Por eso creemos que la verdad no está en cada una de estas descripciones sino de alguna manera en todas; el hombre es una razón estructural, que no agota su ser en ella y necesita ser complementado con una razón hermenéutica, que reclama luego de una razón existencial y después de ella -o antes-, de una razón histórica, de una razón analítica, de una razón dialéctica, de una razón personalista y de una razón social.

El hombre no es cada una de esas cosas, sino tal vez todas juntas en una conjunción que según la esencia de cada circunstancia, de cada tiempo, de cada lugar y de cada individuo, permita una ordenación de razones que hagan a la totalidad de ese ser, que en ese juego compositivo, habrá satisfecho las exigencias de hominidad.

ADVERTENCIA SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA

Un buen manual y las clases impartidas por la cátedra deberían ser suficientes para acceder sin dificultades al desarrollo de los diferentes temas del programa, distribuido en unidades pedagógicas intrasistémicamente vinculadas en forma global.

Se agregan, no obstante, algunos tratados que hemos considerado importantes para ampliar la temática general de la disciplina y algunas especificidades en la bibliografía especial para quienes intenten profundizar algunas áreas.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Ahrens, E., *Curso de Derecho natural o de Filosofía del derecho* 6 ed., 1924.
- Battaglia, Felice. *Curso de Filosofía del Diritto 2 t.* 4ª ed., Roma, 1960/62.
- Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del derecho*, Madrid, 1980.
- Bodenheimer, Edgard. *Teoría del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- Carnelutti, Francesco. *Teoría general del derecho*, Madrid, 1941.
- Cathrein, V., *Filosofía del derecho*, Madrid, 1950.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Aportes para la Teoría general del derecho*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1982.
- Cossio, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, 1964.
- Dabin, Jean. *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955.
- Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del derecho*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1960.
- Du Pasquier, E., *Introducción a la filosofía general del derecho y a la filosofía jurídica*, Lima, 1944.
- Hart, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Hernández Gil, Antonio. *Metodología de la ciencia del derecho 2 t.*, Madrid, 1971.
- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, 1950.
- Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Bs. As., 1960.
- Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed. alemana por Roberto

- Vernengo, Universidad Autónoma de México, 1979.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966.
- Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. *Filosofía del derecho*, Abeledo-Perrot, 1994.
- Nawiasky, Hans. *Teoría general del derecho*, Madrid, 1962.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 1984.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.
- Recaséns Siches, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1959.
- Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, 1974.
- Smith, Juan Carlos. *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*, La Plata, 1964.
- Soler, Sebastián. *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962.
- Stammler, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*, Madrid, 1930.
- Vernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, 1972.
- Vilanova, José M., *Elementos de filosofía del derecho*.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

CAPÍTULO I

- Aftalion E. y Vilanova, José. *Introducción al derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988.
- Álvarez Gardiol, Ariel. *Introducción a una Teoría general del derecho*, Astrea, Bs. As., 1975.
- Borga, Ernesto E., *Ciencia jurídica o jurisprudencia técnica*, La Plata, 1943.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Rosario, 1982.
- García Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1958.
- Ética*, Porrúa, México, 1966.
- Goldschmidt, Werner. *Introducción al derecho* 3ª ed., Depalma, Bs.As.
- Mariás, Julián. *Historia de la filosofía*, Madrid, 1964.
- Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, 1984.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. Luis Recaséns Siches, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

CAPÍTULO II

- Aristóteles. *Ética a Nicomáco. Refutaciones sofísticas. Retórica*, Paidós, Bs. As., 1958.
- Metafísica*, trad. V. García.
- Yebra*, Gredos, Madrid, 1970.
- Barth, Paul. *Los estoicos*, 6ª ed. reelaborada por W. Goedeckemeyer, Madrid, 1946.

- Festugière, André J., *Epicuro y sus dioses*, Eudeba, Bs. As., 1960.
- García Bacca, J. D., *Los presocráticos 2 t.*, Colegio de México, 1944.
- García-Borron Moral, Juan Carlos. *Séneca y los estoicos. Una contribución al estudio del senequismo*, Barcelona, 1956.
- Jäger, Werner. *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual*, versión española de José Gaos, México 1947.
- La teología de los primeros filósofos griegos*, Madrid, 1952.
- Mariás, Julián. *Introducción a Platón*, Madrid, 1948.
- Política*, Madrid, 1970.
- Retórica*, Madrid, 1971
- Mondolfo, Rodolfo. *El pensamiento antiguo 2 t.*, Losada, Bs. As., 1942.
- El genio helénico*, Columba, Buenos Aires, 1960.
- Ortiz Bustos, Belisario. *Felicidad y amistad en Aristóteles*, edición de Cátedra, Universidad Nacional de Córdoba, 1981.
- Platón. *Apología de Sócrates*, trad. Luis Noussan-Letry, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- Criton*, trad. Luis Noussan-Letry, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- República*, trad. Antonio Camarero, Eudeba, Buenos Aires, 1975.
- Quiles, Ismael. *Aristóteles*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Sánchez de la Torre, Ángel. *Los griegos y el derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1962.

CAPÍTULO III

- Agustín (San). "Introducción general a las obras de San Agustín" t. 1, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1956.
- Confesiones*, trad. según ed. latina por la Congregación de San Marcos, Poblet, Buenos Aires, 1961.
- Altaner, Berthold. *Patrología* 5ª ed., trad. española, Madrid, 1962.
- Defensio, Fidel. *Francisco Suárez y su obra*, Depalma, Bs. As., 1966.
- Derisi, Octavio. *Fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires, 1940.
- Mariás, Julián. *Suárez, en la perspectiva de la razón histórica (Un ensayo de teoría)*, Madrid, 1937.
- La escolástica en su mundo y en el nuestro*, Madrid, 1951.
- Martín Sola, José. *La evolución homogénea del dogma católico*, Madrid, 1923.
- Marreu, Henri. *San Agustín y el agustinismo*, trad. Lidia M. de Hesse, Aguilar, Madrid, 1960.

- Recaséns Siches, Luis. *La filosofía del derecho en Francisco Suárez*, México, 1927.
- Tomás de Aquino (Santo). *Summa Teológica*, Introducción y notas de Ismael Quiles, Espasa Calpe, Madrid, 1985.
- Truyol y Serra, Antonio. *El Derecho y el Estado en San Agustín*, Madrid, 1944.
- Zubiri, Xavier. *El ser sobrenatural: Dios y la deificación en la teología paulina*. (en N. H. D., 1944).

CAPÍTULO IV

- Dujovne, León. *Spinoza, su vida, su época, su obra, su influencia*, Omeba, Buenos Aires, 1941/43.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán*, trad. Mary Hargreaves, Londres, 1940.
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1941.
- Ensayo sobre el entendimiento humano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- Mondolfo, Rodolfo. *Rousseau y la ciencia moderna*, Madrid, 1954.
- Pufendorf, Samuel von. *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros 2 t.*, trad. Leila B. V. de Ortiz, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1980.
- Recaséns Siches, Luis. *Algunas aclaraciones sobre el 'contrato social' de Rousseau*, en *Dianoia* Anuario de Filosofía, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*, Atalaya, 1945.
- Villey, Michel. *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1966.

CAPÍTULO V

- Castán Tobeñas, José. *Entorno al derecho natural*, Madrid, 1940.
- Dujovne, León. *La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen*, Omeba, Buenos Aires, 1973.
- Farrel, Martín D., *Hacia un criterio empírico de validez*, Astrea, Buenos Aires, 1972.
- La metodología del positivismo lógico*, Astrea, Buenos Aires, 1976.

Ihering, Rudolf, *La Lucha por el derecho*, en Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, ed. dirigida por el Prof. Agustín Squella Narducci, Chile.

La dogmática jurídica, Buenos Aires, 1946.

El espíritu del derecho romano, Madrid, 1947.

El fin en el derecho, Buenos Aires, 1960.

Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, Bs. As., 1974.

Savigny, Federico Carlos. *Las ciencias del derecho*, 2 t.; *El neokantismo en la filosofía del derecho*, "Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, ed. dirigida por el Prof. Agustín Squella Narducci, Chile.

Squella Narducci, Agustín. *Derecho, desobediencia y justicia*, Universidad de Valparaíso, Chile, 1977.

Stammler, Rudolf. *Sobre el método de la Escuela Histórica del Derecho*, en Documentos para el Estudio de la Escuela Histórica, ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1937.

Vilanova, José, *Vigencia y validez en el derecho*, en *El hecho del derecho*, Buenos Aires, 1956.

Welzel, Hans. *Derecho natural y Justicia material*, trad. F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1957.

Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, trad. Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, 1962.

CAPÍTULO VI

García Morente, Manuel. *La filosofía en Kant*, Madrid, 1917.

Radbruch, Gustav. *Filosofía del Derecho* 4ª ed. por E. Wolf, 1950.

La naturaleza de la cosa como forma jurídica de pensamiento, Universidad Nacional de Córdoba, 1968.

Sanchez de Bustamente y Montoro, Antonio. *Stammler. Ensayo de valoración*, La Habana, 1931.

Stammler, Rudolf. *Sobre el método de la Escuela Histórica del Derecho*, Madrid, 1937.

La esencia del derecho y la ciencia del derecho, trad. E. Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, 1958.

Szilasi, Wilhelm. *Introducción a la fenomenología de Husserl*, Amorrortu, Buenos Aires, 1959.

CAPÍTULO VII

Bagolini, Luigi. *El problema del diritto*, Roma, 1941.

Battaglia, Felice. *Corso de Filosofia del Diritto*, 2 t., Roma, 1969/72.

Bergson, Henri. *Obras escogidas*, Aguilar, México, 1959.

Brunner, Emil. *La Justicia. Doctrina de las Leyes fundamentales del orden social*, trad. Luis Recaséns Siches, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Autónoma de México, 1961.

Cairns Huntington y otros. *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Losada, Buenos Aires, 1951.

Cossio, Carlos, *Panorama de la teoría egológica del derecho*, en Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Año IV N° 13, 1949.

Kelsen: Problemas escogidos de la Teoría pura del derecho, Kraft, Buenos Aires, 1952.

El Derecho en el derecho judicial, Abeledo-Perrot, 1959.

Dworkin, Ronald. *Talking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, 1977.

A matter of principle, Cambridge, Massachusetts, 1985.

El imperio de la Justicia, Gedisa, 1992.

Duguit, León. *El pragmatismo jurídico*, Francisco Beltrán Librería española y extranjera, 1924.

Ebenstein, William. *La Teoría Pura del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

Echauri, Raúl. *Heidegger y la metafísica tomista*, Eudeba, Buenos Aires, 1971.

Frank, Jerome. *Palabras y música*, Losada, 1951.

La influencia del derecho europeo continental en el Common Law, Bosch, Barcelona, 1957.

Gray, John Chapman. *The nature and the sources of the law*, Londres, 1909.

Hall, Jerome. *Razón y realidad en el derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959.

Filosofía jurídica integrativa, Universidad Nacional de La Plata, 1961.

Hart, H. L. A., *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, 1962.

El concepto del derecho, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963.

Holmes, Oliver Wendell. *The common law. Collected legal papers*, New York, 1920.

Hughes, Charles. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. Roberto Molina Pasquel y otros, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

James, William. *Pragmatismo*, Aguilar, Buenos Aires, 1954.

- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, 1950.
- El derecho como objeto de la ciencia del derecho*, en *Problemas escogidos de la Teoría del derecho*, Buenos Aires, 1952.
- La Teoría pura del derecho* 1ª ed., trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, 1960.
- ¿Qué es la Justicia?*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963.
- La Teoría pura del derecho* 2ª ed., trad. según ed. alemana por Roberto J. Vernengo, México, 1979.
- Ensayos y Estudios (Homenaje)*, en *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso*, ed. dirigida por el Prof. Agustín Squella Narducci.
- Kunz, Joseph, *La Teoría pura del derecho*, Imprenta Universitaria de México, 1948.
- Leclercq, Jacques, *Du droit naturel a la sociologie* 2 t., París, 1960.
- Lundstedt, V., *El Derecho y la Justicia*, en *El hecho del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956.
- Nozick, Robert, *Moral complications and moral structures*, en *Natural Law Forum*, vol. 13, 1968.
- Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- Olivecrona, Karl. *El derecho como hecho*, trad. Cortés Funes, Buenos Aires, 1959.
- Lenguaje jurídico y realidad*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- Ortega y Gasset, José. *Estética de la razón vital*, Ediciones La Reja, Buenos Aires, 1956.
- Origen y epílogo de la Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1960.
- Pound, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. Puig Brutau, Barcelona, 1950.
- El espíritu del Common Law*, Bosch, Barcelona, 1954.
- Raz, Joseph. *Practical reason and norms*, Princeton University Press, New Jersey, 1990.
- Ross, Alf, *Estudios en su homenaje*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso*, ed. dirigida por el Prof. Agustín Squella Narducci, Chile.
- Schéerer, René y otros. *Heidegger*, trad. B. Parera Galmes, Madrid, 1975.
- Serra, Juan E. y otros. *Apreciación crítica de la Teoría pura del derecho*, Edeval Editores, Valparaíso, 1982.

- Soler, Sebastian. *Temas antiliberales. Marxistas y autoritarios*, Sur, Buenos Aires, 1977.
- Tunc A. y S., *El derecho en los Estados Unidos*, 1965.
- Vigo, Rodolfo. *Filosofía del derecho. Influencia de los principios de la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, U. N. L., 1987.
- Perspectivas filosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, 1994.

CAPÍTULO VIII

- Alvarez Gardiol, Ariel. *El objeto de la ciencia del derecho*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L. N° 120*, 1978.
- Aristegui, Abel Javier. *El derecho: coprogramación específica*, La Plata, 1982.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1968.
- Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Bs. As., 1973.
- Del Vecchio, Giorgio. *Supuestos, conceptos y principios del derecho*, trad. C. Massot Escofet, Barcelona, 1962.
- Elías de Tejada, Francisco. *Introducción al estudio de la ontología jurídica*, Madrid, 1942.
- Hartmann, Nicolai. *Ontología. Fundamentos*, Fondo de Cultura Económica, México 1954.
- Kelsen, Hans. *El derecho como objeto de la ciencia del derecho*, en *Problemas escogidos de la Teoría pura del derecho*, Bs. As. 1952.
- Radbruch, Gustav. *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, 1968.
- Schreier, Fritz. *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1942.
- Soler, Sebastián. *Ley, historia y libertad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1957.

CAPÍTULO IX

- Bobbio, Norberto. *Teoría del'ordinamiento giurídico*, Serie Corsi Universitari Giapichelli, 1960.
- Bulygin, Eugenio. *Sentencia judicial y creación de derecho*, LL, t. 124-1307.
- Cossio, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Bs. As., 1947.
- Norma, derecho y filosofía*, LL, t. 43-969.

- English, Karl. *El ámbito de lo no jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, 1960.
- Fuller Lon. *La moral del derecho*, México, 1967.
- García Maynez, Eduardo. *Lógica del juicio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1954.
- Geiger, Theodor. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Berlín, 1964.
- Ghiradi Olsen. *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, 1987.
- Gioja, Ambrosio. *El postulado jurídico de la prohibición*, Buenos Aires, 1954.
- Guibourg, Ricardo. *El fenómeno normativo*, Astrea, 1987.
- Hierro, José S. P., *El problema del análisis del lenguaje moral*, Tecnos, Madrid, 1970.
- López Calera, Nicolás M., *La estructura lógico real de la norma jurídica*, Madrid, 1969.
- López Molina, Antonio M., *Razón pura y juicio reflexivo*, Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- Llambías de Acevedo. *Eidética y aporética del derecho*, Buenos Aires, 1958.
- Miró Quesada, Francisco. *Problemas fundamentales de la lógica jurídica*, Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía, Lima, 1956.
- Nino, Carlos S., *El concepto de sistema jurídico y la validez moral del derecho*, Astrea, 1974.
- Raz, Joseph. *Practical reason and norms*, Princeton University Press, New Jersey, 1990.
- Kelsen's Theory of the basic norm*, en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19.
- Romano Santi. *L'ordinamento giurídico*, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1963.
- Soler, Sebastián. "La llamada norma individual", en *Fe en el derecho y otros ensayos*, Bs. As., 1956.
- Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- Weismann, Friedrich. *Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
- Wright, Georg H. von. *Norma y acción*, trad. H. García Ferrero, Madrid, 1970.

CAPÍTULO X

- Ayer, A. J., *El problema del conocimiento*, trad. Andrés Raggio, Eudeba, Bs. As., 1957.
- Boehmer, Gustav. *El derecho a través de la jurisprudencia*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, 1952.

- Brentano, Franz. *Los orígenes del conocimiento moral*, trad. M. García Morente, Revista de Occidente, Madrid, 1926.
- Cueto Rúa, Julio. *El common law*, Bs. As., 1957.
- Las fuentes del derecho*, Bs. As., 1961.
- David, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, 1968.
- Ghiradi Olsen. *Hermenéutica del saber*, Gredos, Madrid, 1979.
- Hessen, Johann. *Teoría del conocimiento*, Losada, Bs. As., 1958.
- Levi, Edward H., *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. Genaro Carrió, Eudeba, Bs. As., 1964.
- Madile, Juan A., *Apuntes para una fenomenología del conocimiento*, Abeledo-Perrot, 1980.
- Introducción filosófica al conocimiento social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente*, Barcelona, 1965.
- Reichel, Hans. *La ley y la sentencia*, Madrid, 1921.
- Savigny y otros. *La ciencia del derecho*, Bs. As., 1963.
- Soler, Sebastián. *Fe en el derecho*, Tea, Bs. As., 1956.
- Spota, Alberto G., *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Depalma, Bs. As., 1963.

CAPÍTULO XI

- Aftalión, Enrique. *Crítica del saber de los juristas*, La Plata, 1951.
- Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bs. As., 1974.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, 1964.
- Battu de Reta, Norma. *Jurisprudencia sociológica y realismo jurídico norteamericano y nórdico*, Universidad Nacional del Litoral.
- Bulygin, Eugenio. *Sentencia judicial y creación del derecho*, LL, t. 124-1307.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1965.
- Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Bs. As., 1970.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Bases categóricas de la dinámica y estática jurídico sociales*, Universidad Nacional del Litoral, 1967.
- Colmo, Alfredo. *Técnica legislativa*, Bs. As., 1971.
- Cossio, Carlos. *La valoración judicial y la ciencia del derecho*, Arayú, Bs. As., 1954.
- El derecho en el derecho judicial*, Bs. As., 1975.

- El sustrato filosófico de los métodos interpretativos*, LL, secc. doctrina 71-25.
- Cueto Rúa, Julio. *Methods of interpretation of the law*, Louisiana State University Press, January 1981.
- Engisch, Carl. *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, 1960.
- Fuller Lon. *La moral del derecho*, México, 1967.
- Gény, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1902.
- Science et technique en droit privé positif* 2ª ed., 1922.
- Hernández Gil, Antonio. *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966.
- El derecho justo. Fundamento de ética jurídica*, Cintas, 1985.
- Recaséns Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1956.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1963.
- Savigny, Carlos Federico de. *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la jurisprudencia*, Atalaya, Bs. As., 1946.
- Soler, Sebastián. *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962.
- Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- Vernengo, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, Bs. As., 1973.
- Vigo, Rodolfo L., *La integración del derecho*, Astrea, 1978.

CAPÍTULO XII

- Ahrens, J., *El derecho natural*, Madrid, 1924.
- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, Atalaya, 1956.
- Barry, B., *A liberal Theory of Justice*, Oxford, 1975.
- Brunner, Emil. *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. Luis Recaséns Siches, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Autónoma de México, 1961.
- Casares, Tomás. *La justicia y el derecho*, Bs. As., 1945.
- Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del derecho*, Madrid, 1954.
- Fronzizi, Risieri. *¿Qué son los valores?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1958.
- Fuller Lon. *La moral del derecho*, México, 1967.
- Goldschmidt, Werner. *La ciencia de la justicia*, Aguilar, 1958; Depalma, 1986.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Córdoba 1962.

- Nozick, Roberto. *Anarquía, estudio y utopía*, trad. R. Tamayo. Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- Platón. *Diálogos escogidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- Rawls, John. *Justice as fairness*, en *Philosophical Review*, 1958.
- Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- Recaséns Siches, Luis. *Panorama de la ciencia jurídica 2 t.*, Porrúa, Mexico, 1962.
- Smith, Juan Carlos. *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*, La Plata, 1964.
- Soler, Sebastián. *Los valores jurídicos*, Bs. As., 1947.
- Solomon, Robert. *A passion for justice*, New York, 1990.
- ¿What is justice?*, Oxford University Press, 1990.
- Squella Narducci, Agustín. *Derecho, desobediencia y justicia*, Valparaíso, 1977.
- Stern, Alfred. *La filosofía de la historia y el problema de los valores*, Eudeba, Bs. As., 1970.
- Vigo, Rodolfo L., *Nuevos vientos de la filosofía del derecho*, Universidad Nacional del Litoral, 1993.
- Weizel, Hans. *Derecho natural y justicia material*, Aguilar, 1957.
- Weinreb, Lloyd. *Natural law and justice*, Harvard, 1987.

CAPÍTULO XIII

- Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del derecho. Fundamentos de antropología metafísica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- Caso, Antonio. *La persona humana y el estado totalitario*, México, 1941.
- Coreth, Emerich. *¿Qué es el hombre? Esquema de una antropología filosófica*, Herder, Barcelona, 1978.
- Fragueiro, Alfredo. *La libertad en relación a la persona y a la personalidad*, Universidad Nacional de Córdoba, 1944.
- Kierkegaard, Sören. *Estética y ética en la función de la personalidad*, trad. Armand Marot, Nova, Bs. As., 1959.
- Legaz y Lacambra, Luis. *Humanismo, estado y derecho*, Bosch, Barcelona, 1960.
- Maritain, Jacques. *El hombre y el estado*, Kraft, Bs. As., 1952.
- Montserrat, Santiago. *El hombre y el derecho en el mundo moderno*, Universidad Nacional de Córdoba, 1961.

- Quiles, Ismael. *La persona humana*, Atlántida, Bs. As., 1942.
- Romero, Francisco. *Filosofía de la persona*, Bs. As. 1944.
Teoría del hombre, Losada, Bs. As., 1953.
- Würtemberger, Thomas. *Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropología del derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, 1967.