

FILOSOFIA DEL DERECHO.

Carlos Adrián Velis

2018

NOTA LIMINAR.

Este trabajo obedece las sugerencias que delinea el programa universitario de la Cátedra Filosofía del Derecho. Hemos tratado de desarrollarlo para facilidad del Estudiante, transcribiendo las tesis de los sabios en esa rama, a veces sintetizándolas, pues ellos son abundantes en su exposición (en ocasiones por su lenguaje muy depurado está difícil entenderles por el principiante). Por esta razón es que agregamos un prontuario que contiene algunos conceptos muy comunes en Filosofía y que no están explicados en el texto.

Hemos construido al inicio un Índice de Temas para el que urgentemente desee ir al punto que le interesa

El trabajo, pues, va dirigido al estudiante, como prolegómeno para introducirse posteriormente a obras en serio. Es claro que no pretende un texto introductorio formar unos iusfilósofos tipo “Del Vecchios” o “Siches”, sino dar la pauta para comprender un sistema jurídico en general.

Observamos en el programa algunas repeticiones de temas. Por eso se encontrarán varias reiteraciones aquí. Tomémoslas como medio para grabar bien en la mente el punto.

ABREVIATURAS

FD- Filosofía del Derecho

Fil.D- Filosofía del Derecho

Soc. D- Sociología del Derecho.

Introd.- Introducción

Hist. Fil.- Historia de la Filosofía.

n.p –nota al pie

INDICE DE TEMAS.**A**

Aristóteles -§22-§39-§40-// axiología jurídica §32 // Autonomía (moral)-§17-

B-

bien común §44 // Bobbio- §47 -§49- §58- §59-§60.

C -ciencia jurídica §27 -// Crítica de la Razón Pura §19 n.p. // Crítica de la Razón Práctica -§19 n.p // Conciencia social §11 // Comte, Augusto §31 bis- §45 // Constitución §63-

D -

Derecho y poder §12 //Derecho y política §16 // Derecho positivo §54-§57 // Derecho natural §49 // Derecho y moral §17 //Derecho justo-injusto §23 // Derecho consuetudinario §56//Derecho objetivo §62 // Derecho subjetivo §62 // Definiciones del Derecho Parte 4, A. // Definición de F.D. §44 b // Dworkin §82 // normas, directrices y principios de Dworkin §83, §84, §85.-

E

espíritu §15 -espíritu objetivo §30. // ética §17 // eficacia §55 // equidad §40

F

fenómeno social, histórico - §9-§11 -§14 // filosofía general -§26 //Filosofía jurídica §28 // formalismo lógico §7.// formalismo crítico -§24 -

G- H

Génesis de las relaciones jurídicas. §76. // hecho social §9 -§11 // heteronomía §17

I

Idea del Derecho- §67-§69 // institución §79.// Ihering- §12.1 -§25—§73.1 // Parte 4- C // Imputación §6 // iusnaturalismo §24-§57 // iuspositivismo -§57 // indagación crítica §30 // indagación sintética §31 // Indagación deontológica §32 // unidad de las tres indagaciones 44b // imperativo categórico §20 bis // inveterata consuetudo §54

J

justicia - 1 // Juicio jurídico -§4 - // Juicio categórico- juicio hipotético -§3.1

K

- Kant- §3- §33 -§37- §18bis- §66 // Kelsen -§4-§5 §47 - §58- §62-§63

L

- ley natural §5 -§19 // libertad §19 // legalidad y legitimidad §55 // liberalismo §16.1 // laguna legal §62

M

-moral kantiana §18bis - §20bis-

N

-norma §3 // norma fundamental §64-§65 // normativismo §8

O

-ordenamiento jurídico §62 // Ontología- §15, §30 // opinio iuris §54.// el objeto jurídico §77

P

-positivismo-§24 // Positivismo jurídico §47 // Política §37 // política jurídica §25 // problema Ontológico §31 // pirámide jurídica §63 // -Puffendorf- §53. // Principios Jurídicos fundamentales §80. §81.-

O- R

- realidad social §14 – capas de la realidad §15 // realismo jurídico- §59 // relativismo axiológico §58 .

S

sujeto de Derecho. §78.-//seguridad jurídica -§41- §42-§38- // Sociología Jurídica -§25-§31// Stammler´ §69

T

-Teoría Pura del Derecho -§58 // Teoría General del Derecho- §48

U- V

-valores jurídicos §34 // valores consecutivos §43 // validez §55
// vigencia §54-§55.// Vanni (Icilio) -§28--§29- §52- §56 -§66.

PRONTUARIO.

Antinomia- vocablos contrarios

Axioma- proposición evidente pero indemostrable.

Arquetipo- ´un modelo perfecto, el sumum de lo s, que llena todos los requisitos imaginables.

Axiología- ciencia que estudia los valores (idem Deontología)

Deontológico- referente a los valores (es lo mismo que axiológico)

Desiderátum- el arquetipo

Dogmatismo- que predica seguir únicamente el dogma o aferrarse a él. El dogma es un concepto que se acepta firmemente.

Empiria - la experiencia

Empírico- proveniente de la experiencia

Empirismo- El empirismo tiene por apóstol a Aristóteles, quien los sistematiza con su aserción “nada está en mi intelecto (o entendimiento) que no haya estado primero en mis sentidos”. El entendimiento es una región de nuestro espíritu donde residen los conceptos, definiciones, reglas, aserciones permanentes, pero formadas valiéndonos de los sentidos; ej. el perro, lo he visto, oído ladrar, he percibido por el olfato su olor o mal olor, etc; es carnívoro, de cuatro patas, con cola, y me formo el concepto ”perro”; Así de pájaro; he visto esos animalillos con plumas, oído cantar, vuelan, etc. Y mi intelecto o entendimiento fabrica “pájaro”, tras depurar, regular, relacionar las sensaciones.

Entendimiento ´-una región del espíritu. Se dice que éste último tiene tres regiones: la sensibilidad, para percibir lo intuible, lo físico, etc.; el entendimiento, donde se forman y acumulan las ideas ya formadas por la experiencia y los principios; y la razón que ya juega con solo conceptos. Ejemplos de estos son Dios, libertad, infinito, etc.

Esencia -lo que hace que una cosa sea lo que es, el quid, aquello sin lo cual no es lo que se conoce.

Hipótesis- lo supuesto, lo que debe ocurrir para que se dé otra cosa, la consecuencia.

Meta jurídico- que se p de lo jurídico, como los valores según Kelsen

Postulado- una verdad generalísima, una máxima, establecida, fijada, base de toda investigación.

Racional- proveniente solo de la razón.

Racionalismo - El racionalismo explica que el mundo está regulado, clasificado, organizado por la Razón. (A veces se confunde con el idealismo, pero así lo to-

maremos por de pronto, como sinónimo). Muchos entienden el idealismo del modo más pedestre: creen que el idealismo niega simplemente la existencia física del mundo, que el mundo no es real. No, no va por allí el idealismo. No se trata en él de negar la experiencia exterior, sino de explicarla, es decir, deducirla, organizarla de acuerdo con la intuición primera que un determinado sistema maneja. No es que diga el idealista: mi mente crea los objetos; lo que hace es partir de un principio de un axioma, de una premisa mental, racional y de allí deriva por deducción “cómo” es el mundo, en qué consiste, o sea lo “explica”, sin estar atenido a lo que ve o toca, es decir, no quiere “engañarse” por la empiria. “el idealismo pues, admite el orbe empírico, pero no como una realidad en sí, como ve el orbe el conocimiento vulgar. . Lo que sea el orbe empírico dependerá de lo que se deduzca de las premisas de las cuales parte ese pensar. (*Quintana Cabanas en Estudio Preliminar a “Introd. A la Doctrina de la Ciencia de Fichte*). Otro nos habla mas claro: el racionalismo no dice que el humano crea el Mundo, la realidad, sino que “la construye”, la organiza por medio de la mente. Eso de “construir”, resaltemos: construir es ya tener los materiales listos (que sería la realidad) para realizar un producto, como el albañil ya tiene el cemento, la arena, la pala, los ladrillos, etc. El filósofo construye el Mundo, lo explica, lo entiende, por medio de la razón.

Sociología- ciencia que estudia “la sociedad2, “el grupo humano”, el hecho social, etc.

Valor- ente que se dice producido por la razón, como las virtudes y que son ideas a alcanzar realidad. (Justicia, seguridad jurídica, etc)

FILOSOFÍA DEL DERECHO.

INTRODUCCION.-

Para adentrarnos en la Filosofía del Derecho nos apercibiremos de los instrumentos intelectuales que menciona Kant y repite Del Vecchio: tenemos dos vías de cognición: la *empírica* (llamada *a posteriori*) y la *racional* (llamada *a priori*). Por la primera conocemos lo que sucede de cierta manera y que puede suceder de otra forma, vale decir lo sensible y contingente tal como aprehendemos los hechos, las cosas que nos rodean, lo intuible. Por la segunda aprehendemos saberes “incanjeables,” necesarios, con solo el uso de nuestro intelecto, de nuestra racionalidad; ciertos conceptos, saberes, que no pueden ser de otra manera (son “necesarios”); así son y así serán, como las máximas de las matemáticas, ciertos principios de Lógica (ej. “el todo es mayor que la parte”; “la distancia más corta entre dos puntos es la recta que los une”, etc.); algunos conceptos que fungen en la naturaleza como la *ley de causalidad* (todo tiene una causa, existe la constancia de la naturaleza...). En nuestra investigación sobre qué es el Derecho nos guiará primero la *empíria*, pues en nuestro entorno nos encontramos con regulaciones, constreñimiento, mandatos, presión social, conductas coordinadas, etc, y en este aspecto poseemos un criterio sobre aquello que es el Derecho, para distinguirlo de otras manifestaciones históricas, sociales, de nuestro entorno, como la religión, los usos, la leyenda, los simples consejos. Ese “orden legal” es un dato de la experiencia y puede en cuanto tal, ser comprendido y explicado como un fenómeno, esto es, como inserto coherentemente en el orden de lo social. Uso de la *empíria*. De la observación del medio podemos inferir los motivos de tal regulación, qué circunstancias o condiciones han dado origen a establecer las reglas. Y eso es todavía inducción, un *a posteriori*. Pero para aprehender el ideal supremo del Derecho, al indagar cuál sea este ideal, hacia donde va enderezado, su esencia, consideramos un principio de valoración superior a los hechos y solo cognoscible por medio de la pura razón. Y eso ya es deducción, labor racional, que envuelve Metafísica.

“La razón humana...simplemente estimulada por una necesidad propia, marcha sin descanso alguno hacia cuestiones que no pueden ser resueltas por el uso empírico de la Razón”.. “Por esto la Metafísica ha existido siempre y existirá allí

donde esté el hombre"... La cuestión es "¿Cómo nacen de la naturaleza de la razón humana en general esas cuestiones, que la Razón pura formula y que por necesidad propia se siente impulsada a resolver?"¹

Veremos entonces, conforme enseñó Kant, que en el conocimiento del Derecho encontraremos el elemento "la forma" (no sinónimo de "modo"), el precepto vacío, universal, solo esquelético, y que es *a priori* porque ha sido producido por el intelecto del ser humano; y luego en la realidad se llenará de contenido, que es el otro elemento del saber. Esto último lo da la *empiria* (Juan y Pedro realizando el acto X). La forma o Idea no la ha producido la experiencia, sino el deseo de llegar a unos fines elevados la sociedad. Aunque luego volvemos al círculo: viviendo la experiencia nos preguntamos ¿Es esto Derecho? Y con nuestra noción que ella nos presta examinamos sí o no. A la inquietud filosófica interesa más que todo "el quid" del Derecho.

¹ Citas de Kant, Crítica de la Razón Pura, Ed. Losada, p.161.

**PARTE 1.- APROXIMACION A LA REALIDAD DEL
DEREC HO.**

- DERECHO, SEGURIDAD Y JUSTICIA.

El Derecho es un punto de vista sobre la Justicia- el Derecho como norma, hecho social y valor- el Derecho como norma -estructura del juicio jurídico.-Ley natural y Norma jurídica- imputación.-formalismo lógico jurídico Jurisprudencia de Conceptos -El Derecho como hecho social.- Derecho y poder. -Derecho y realidad social- Las capas de la realidad - Derecho y política. -Derecho y moral -¿Autonomía o heteronomía.?- Moral en Kant.-“Libertad” en Filosofía especulativa y en la práctica -¿El Derecho surgió de la moral?

El Derecho es un punto de vista sobre la Justicia

§1 Una noción del Derecho, casi externa: “es la realización de la Justicia (talvez no plena). Es una forma de vida social un orden, vale decir funda una organización; constituye una estructura de la vida social”; o de otro modo: “una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la Justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deberes, mediante un sistema de legalidad dotado de valor autárquico”.² Esas aseveraciones llevan a dar relevancia a la Justicia y a la Seguridad Jurídica como valores fundamentales del Derecho.

Si examinamos el origen primitivo del Derecho, su finalidad era eso: dar fijeza a las instituciones, “poner en orden” las cosas, expresar cabalmente la supraordinación-subordinación, establecer una jerarquía, principalmente fijar quién manda y cómo, todo para que el grupo no viviera una desorganización,

² Legaz y Lacambra.Fil.D.

así no había duda sobre la forma de agrupación. Podemos atrevernos a decir por eso que surgió primero el concepto de seguridad jurídica y se realizó concretamente. El mayor porcentaje de seguridad lo arroja el Derecho escrito, el positivo, tras haber tenido la humanidad al inicio el consuetudinario (§56), que se conocía por la tradición familiar y la integración en cuerpo y alma al grupo.

§2 Luego viene la Idea de Justicia y sobre ello los autores dicen que “todo Derecho es justo” y por otra parte que “todo Derecho es en parte injusto”. “1) Todo Derecho es justo en cuanto que es a traducción de un determinado ideal de Justicia y en cuanto que la forma lógica de la justicia se transfunde en el Derecho y se identifica con la forma lógica de éste. 2) Pero todo Derecho es injusto: a) porque el ideal supera eternamente sus realizaciones, y éstas, comparadas con ese ideal parecen injustas; b) porque la misma forma lógica de la justicia entraña, dramáticamente una injusticia, una falta de proporción con la singularidad de cada caso jurídico concreto. Añádase que sobre todo Derecho cabe emitir un juicio de injusticia, si se reputa que el ideal que aspira a traducir no está de acuerdo con una idea superior y absoluta de Justicia.”³

En cuanto a la última parte, “es posible que el ideal de justicia que ha realizado el Derecho no sea un ideal valedero, con arreglo a la superior idea absoluta e inmutable de justicia; o, sencillamente cabe que la conciencia jurídica (del grupo) haya descubierto valores nuevos y dado vida a ideales distintos con arreglo a los cuales es posible una regulación más justa de las realidades sociales que la existente”⁴.

(Sobre Justicia y Seguridad, abordamos específicamente en §22bis)

-EL DERECHO COMO NORMA, HECHO SOCIAL Y VALOR

- El Derecho como norma

³ Legaz.Op cit.339.

⁴ Ibid.

§3 En el lenguaje general encontramos los juicios clasificados así: afirmativos, imperativos, interrogativos. El juicio de Derecho es un imperativo. Y en estos encontramos jurídicamente los *preceptivos, permisivos, prohibitivos*. De allí derivaremos la clasificación de las normas, ya que ella es un juicio, un juicio jurídico.

Ampliamente, los **preceptivos** o propiamente imperativos incluyen los permisivos porque los imperativos siempre son un precepto⁵, una orden para los demás acerca de respetar la facultad de aquel a quien se le “permite”. Si se dice “facúltase al propietario cercar su fundo”, se está dando una orden para los demás sobre respetar esa acción del propietario de cercar; es imperativo para los que no son ese propietario. García Maynez ⁶ escribe: “si el (precepto) directo establece que se permite al propietario de un terreno cercar su propiedad, el converso (lo contrario para otros) será negativo y tendrá que expresarse en estos términos: <<se prohíbe a todos los demás *que impidan al propietario cercar su propiedad* >>. “ Es claro que la misma situación relacional puede expresarse por medio de dos juicios positivos, si se dice, por ejemplo:

El propietario de un predio tiene el derecho de cercar su propiedad.

Mandato positivo invívito: Todo el mundo está obligado a respetar que el propietario de un terreno cerque su propiedad.”

Veamos una cuasi contradicción: la Norma o imperativo limita la libertad y por tanto presupone la libertad del obligado ⁷, ya que no puede imponerse una

⁵ “En las normas jurídicas se contiene un <imperativo> y por eso son preceptos”.. “El precepto presupone un juicio que indica el deber ser correspondiente a una situación, y sin este juicio no hay verdadero precepto”. (Legaz)

⁶ E. García Maynez. *Lógica del Juicio Jurídico*.Porrúa.

⁷ LA **LIBERTAD**. -En la *Crítica de la Razón Pura*, Kant (Enmanuel, 1724-1804), tras examinar los grandes temas de la *Metafísica* (Libertad, Dios, Alma, Mundo) concluye **que la Libertad** es una antinomia, un problema insoluble: ¿Es libre el hombre? Y expone tanto límite y dificultad que la niega; por ello dice abandonar las investigaciones teóricas sobre ese concepto y los otros Pero aquí en *La Razón Práctica*, la libertad es un fenómeno intuible, vale decir allí la tenemos, ejercitándola, ¿Qué es?, No sé, pero allí están peleándola hasta con fuego en las revoluciones. En este mundo práctico la libertad se siente, se anhela, se quiere. Así, pues en la práctica está

actitud a un ser no libre. El no libre actúa por el determinismo (ej. un loco) no por su decisión.

El precepto posee la característica de lo social, o sea la impersonalidad, el ejercer una presión externa (no a un individuo sino al grupo o a “otro”, alteridad)

§3.1.- En otra clasificación tenemos: juicio **categórico** y juicio **hipotético**. El categórico expresa “esto es A” (un animal), sin más, una afirmación: el hipotético es aquel que establece una hipótesis para que se dé una consecuencia. Dice “Si A es, debe ser B”. *Si alguien mata* debe ser castigado con tantos años de prisión”. “Si a alguien se le debe algo, debe pagársele”. La norma jurídica siempre es un juicio hipotético.

Estructura del juicio jurídico.

§4 Hans Kelsen (1881-1973) habla con relación a la norma jurídica, de que hay norma *primaria* y *norma secundaria*. Creemos que esa distinción no es relevante porque no trae diversos efectos. Dice: la norma “el que robe será castigado con prisión”; esa es norma primaria para él: es la que señala la consecuencia, tras la hipótesis (robar); la norma primaria es la que prohíbe el hecho delictivo (robar), “nadie debe robar”. (esta última así simple, monda, es la norma *secundaria*). “La *primaria* es la que ordena un acto de coerción estatal” y la condición para que se realice la hipótesis es actuar contrariamente a la conducta a que alude la norma secundaria” (*Siches*). Creemos que sólo es cuestión de inferencia lógica. Es mejor como dice Maynez⁸: el juicio jurídico es *dos juicios*, uno el que leemos; el otro va encerrado en éste, inherente, se entiende bien sólo razonando a contrario sensu. “El que mate será castigado”. En este va tácito, bastante claro para todos el juicio “prohibido matar” (Esta es la norma secundaria para Kelsen)

presupuesta para exigir conductas en el Derecho, en la Moral. (Cfr. Crít Raz.Pura, Crít Raz.Práctica), pues sólo al libre puede exigírsele, pues él tiene la posibilidad de escoger responsablemente si infringe el Derecho o no. Continuamos con el tema de la LIBERTAD en ap 3

“Por su misma estructura la regulación jurídica, más que un juicio conexo, es una conexión de juicios. Y lo es, no solo en el sentido que Grau indica, sino en un doble sentido, puesto que el juicio expresado (la norma literal de la ley) implica lógicamente otro juicio, referido al segundo aspecto de la relación”⁹ O sea hay un implícito, sobreentendido.

“Si el explícito (la norma escrita) dice que “el que descubre un terreno ajeno tiene el deber de entregar la mitad al dueño del predio”, el implícito tendrá que referirse al otro aspecto del mismo vínculo y podremos explicitarlo así: “el dueño del predio tiene el derecho de exigir del descubridor la mitad del tesoro hallado por éste” Cuando el juicio explícito alude al aspecto activo, el juicio implícito tiene que apuntar al otro término de la relación”¹⁰

§5 *Ley natural y Norma jurídica*

Es clásica la diferenciación que hacen los autores entre Ley natural y Norma jurídica. Exponen¹¹:

la fórmula a que obedece la ley natural es: “*Si A es, ocurre B*”, es decir tras un acontecimiento (arrojar una piedra hacia arriba) deviene otro suceso ineludible (caer al suelo la piedra); que en cambio la fórmula de la Norma jurídica es: Si A es, debe ser B; (ej. si alguien adeuda, debe pagar). Por ello la ley natural no puede transgredirse y sí la norma jurídica, cuyo efecto puede no darse o cambiar

§6 La ley natural obedece a la relación de causa-efecto; algo es una causa de otra cosa; ésta no puede resultar sin aquella previa; un acontecimiento está vinculado con el otro por la naturaleza. En cambio en la Norma jurídica la vinculación *hecho-sujeto* es establecida por la misma norma; es la denominada **IMPUTACIÓN**.

⁹ G. Maynez. Lógica del Juicio Jurídico.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Son muchas las que mencionan; ej. que la ley natural no tiene un fin, un propósito y la Norma sí; que la ley natural expresa una verdad y la norma jurídica sienta un mandato, etc; pero creemos que son de conocimiento evidente y por ello no es necesario enunciar tanto.

_ Haciendo fácil la explicación de Kelsen¹² sobre ese término podemos abreviar que la **imputación** es el señalamiento como responsable de la transgresión a alguien, sea porque él originó el hecho perjudicioso o porque la norma así lo señala, sólo por voluntad legal, solo por disposición de tal norma. El autor pone el ejemplo de un precepto de los romanos: que si del tejado de una casa caía una teja y mataba a un peatón, respondía el propietario de la casa; y esto es, dice, aunque ese dueño estaba lejos, ni sabía de lo acontecido. Asimismo se da tal responsabilidad del dueño con relación a los animales o actos de los hijos menores. De tal manera “imputar “ es señalar responsable porque éste ocasionó el hecho directamente, o porque en ciertos casos se le “imputará” por lo menos culpa. De esa manera “la imputación” no es siempre por relación de causa-efecto, sino muy aparte de tal vínculo; bien puede ser que el “imputado” ni siquiera tenía motivos ni ánimo teleológico . De allí, dice, la diferencia con la ley natural, en la que el efecto es siempre por conexión causal, y “la imputación jurídica” en que a veces la misma norma establece la vinculación jurídica del sujeto con el hecho o efecto, aunque no haya habido acto corpóreo ni conciencia.

§7 Kelsen consideró que la fórmula dicha, *Si A es, debe ser B*, es la expresión cabal del Derecho, sacrosantificando tal fórmula, no importando su contenido, propósitos, etc.¹³ Y así cae en el **formalismo lógico** jurídico.

Formalismo lógico.-(Para el FORMALISMO conocer resulta de la actividad pura del entendimiento que conoce en plena espontaneidad, sin estar atado por ningún lazo sensible exterior al enten-

12

En Problemas...

¹³ NORMAS DEFINITORIAS. No solo a Kelsen sino a todos los que adoptan esta fórmula puede objetárseles que hay normas jurídicas en que “no pega” tal fórmula porque no regulan conductas; no se aplicaría “si A ocurre, debe ser B”. Es el caso de las normas que contienen **definiciones**. ¿No son jurídicas? Se contesta que es una norma obligatoria como cualquier otra; que en ella la ley ha establecido imperativamente que la locución en la norma contenida debe interpretarse de la forma X y no de otra manera. De esas abundan: en el CC se define “la buena fe”; en el CPn definición de “autoridad”, p.ej.

dimiento mismo, esto es, excluyendo la aportación de datos de los sentidos, actuante en virtud de la facultad de un entendimiento que piensa por principio de sí propio sin ningún contacto con las sensaciones ni con las representaciones de la *empiria*. Por eso el positivismo (v. §45) escogió el formalismo ya que despreciando el dato fáctico, las necesidades, los motivos (por ser estos variables – decían- como contenido de la norma, sin firmeza), sólo podía asirse el saber a lo único que no cambiaba: a los esquemas lógicos. Estos, no variables, sí daban a la ciencia del Derecho un terreno firme, dijeron¹⁴. Y así hacer del conocimiento del Derecho *un sistema*, poniendo en una conexión lógica lo más rigurosa posible sus elementos”(Fasso). Luego se criticó ese “culto a la Lógica, porque el Derecho será así “una ciencia formal ayuna de contenidos” (Elías Díaz)

§8 Así los iuspositivistas escogieron este método *lógico formalista* y de allí resultó la Escuela llamada **Jurisprudencia de Conceptos**, de la cual fue prominente Ihering en una de sus etapas (1865): “por labor inductiva se extraen del Derecho vigente los conceptos en él contenidos. “El sistema arrojaba luz sobre los conceptos lógicos del ordenamiento jurídico (que no son comúnmente declarados por las normas positivas) y también extraer de ellos nuevas normas jurídicas (¡¡) nacidas exclusivamente en virtud de una exigencia lógica tal que *no puedan no existir..* por medio de tal combinación de los distintos elementos la ciencia pueden crear nuevos conceptos y proposiciones jurídicas; los conceptos son fecundos si se hermanan y de ellos se generan otros nuevos” El ejemplo de este proceder lo tenemos en Stammler, aunque él no fue positivista (solo muestra de cómo se usó el método): de los cuatro elementos del Derecho, **querer, autarquía, entrelazante e inviolable**, combinándolos se extraen otros cuatro pares de conceptos fundamentales: sujeto y objeto de Derecho, fundamento jurídico, relación jurídica, supremacía, subordinación,

etc; y a su vez, de la combinación de esos conceptos resultan otros cuatro...etc)

Asimismo – viene a ser el formalismo lo mismo que el **normativismo**. Se califica a Kelsen por ese apego a la Norma, de *normativista*; dijo que la esencia de la Norma es pertenecer al reino del deber ser, no importando sus finalidades, que sí tiene -finalidades humanas y sociales - pero éstas no constituyen su ser, pues el Derecho es sólo *una técnica*, no importando “el qué conseguirá” (y “técnica” suena a “sólo utilidad”). (Concedámosle algo: un objeto no tiene la esencia por el destino al que lo utilizaré).. **EL NORMATIVISMO** es la concepción jurídica que identifica ontológicamente el Derecho con las normas positivas. “El especial normativismo en sentido estricto de Kelsen consiste en afirmar que todas las entidades jurídicas son entidades proposicionales prescriptivas dirigidas a los jueces y relativas al ejercicio de la fuerza física”...”Kelsen pretende reducir a normas jurídicas lo que para otros autores son entidades jurídicas distintas de las normas. Y para ello, defiende por ello tesis falsas e incluso absurdas” (*Rafael Hernández Marín, Hist. de la Fil.D – Tecnos, p161*)

El Derecho como hecho social (fenómeno¹⁵ social).

§9 Legaz es constante en su aseveración: el Derecho es una forma de vida social; es una vivencia grupal, un fenómeno histórico; se da en la realidad que vivimos. Siches nos ejemplifica sobre la variedad de hechos sociales: “mitos religiosos, creencias y mitos, convicciones morales vigentes, usos y costumbres, leyes jurídicas, instituciones, idiomas, sistemas económicos de producción y de cambio”.

Y así, sobre **qué es hecho social su característica, explica** Durkheim, (con inserciones de Recasens): “todo lo que es social consiste en representaciones o es un producto de representación. .. Pero esas representaciones o pensamientos, que constituyen la sociedad, no son representaciones originadas en la conciencia individual, ni expli-

¹⁵ Fenómeno significa “lo que aparece” (Kant).

cables por medio de ésta; ni tomando en cuenta una conciencia individual, ni siquiera considerando una serie de éstas en tanto que tales. Las representaciones que constituyen **los hechos sociales**, aunque se hayan formado por aportaciones de los individuos, al combinarse éstas, forman un producto nuevo, con dimensiones y cualidades que no hallamos en los pensamientos individuales y que son tan sólo explicables como resultado de la estructura social....Podríamos imaginarnos la representación mental constitutiva del hecho social como una especie de síntesis química, que, si bien se ha formado con determinados elementos, una vez surgida, tiene propiedades nuevas que no la hallamos en ninguno de los elementos aislados.”¹⁶

§10 “Los hechos sociales son elementos exteriores al individuo que de algún modo influyen y modelan el comportamiento - sigue abundando Durkheim¹⁷ – **Exterioridad** y **coacción** son los elementos constitutivos de los hechos sociales y consisten en formas de obrar, pensar y sentir exteriores al individuo. Esos hechos están dotados de un poder de coacción en virtud del cual se imponen; ni son fenómenos orgánicos puesto que consisten en representaciones y acciones. Ni fenómenos psíquicos, porque estos no tienen existencia fuera de la conciencia individual. La conciencia social (§11), las representaciones colectivas, no son ideas o valores abstractos sino manifestaciones que pueden ser observadas y medidas; son lo bastante concretas para poder ser cuantificadas y verificadas”

Remachando: el *hecho social* no resulta de una suma de conciencias personales. Así tenemos la conciencia colectiva, que no es adición de varias conciencias de los integrantes del grupo, sino un fenómeno separado de ellos, distinto; resulta un producto que ya no tiene los ingredientes individuales, sino el resultado es un nuevo factor, un nuevo fruto que produce la sociedad. Tiene **frecuencia**, **similitud**, **conformidad**; se imita, se **transmite** en el

¹⁶ Emile Durkheim. Sociología; R.Siches, Sociología y Fil. del Derecho)

¹⁷ Emile Durkheim.

tiempo y espacio; es pues, **histórico**. Antes, previo, se formó allí el hecho inter-individual, relación entre individuos que se basa en cualidades “privadas” o subjetivas, interés particular de los integrantes (amistad, familiaridad, etc). En cambio en el hecho social el actuante interviene en su calidad de miembro de un grupo, casi impersonalmente, lo guía un interés o pensamiento del grupo, interviene como tipo genérico, intercambiable, sustituible ¹⁸.

§11 Los hechos sociales son **materiales o inmateriales**. (a) De la primera clase, ej. las protestas en las calles, una huelga, la guerra civil, la invasión de los bárbaros en Roma. (b) de la segunda clase tenemos: la **conciencia social** ¹⁹, el cambio de pensamiento del grupo o la transculturización. Las representaciones sociales inmateriales, p ej. El conjunto de creencias y sentimientos vigentes en el término medio de una sociedad que influyen y coaccionan. Son autónomas, subsistentes por su propias fuerzas, externas y coaccionantes, distintas de las representaciones individuales (que son interiores, subjetivas, imperceptibles) ; éstas son objeto de la Psicología. Las representaciones sociales, de la Sociología.

El hecho o fenómeno social está allí, absorbido por el grupo, vigente, como la costumbre, la religión, las creencias fantásticas (Cipitío, Siguanaba..) y así el Derecho consuetudinario y el Derecho positivo. Allí está el Derecho: la gente sabe de ciertas instituciones jurídicas (de la Asamblea, de un reglamento, de los rótulos de “alto”, de Oficinas de Abogados, y otros indicios) de delitos, de las penas, aunque solo el jurista maneja el contenido exacto del Derecho.

18

¹⁹ Vanni (p188) explica la voz: en el grupo “los sentimientos, las ideas y los deseos se influyen recíprocamente.. resultando un producto nuevo...que es efecto de la combinación, produciendo ideas y sentimientos comunes, convencimientos dominantes y deseos convergentes”. La conciencia social .. “es un producto de las combinaciones de las mutuas influencias entre las conciencias individuales”. Es obra de la conciencia social “la formación histórica del Derecho...de la Moral, .de la costumbre, de la religión y del idioma”. Pero esto es secular...se une la “tradición de una generación a otra, las ideas se acumulan y transmiten de una generación a las sucesivas”.

Ese fenómeno – el Derecho - varía como cualquier otro: nace, se desobedece, desaparece por determinación de otros fenómenos sociales²⁰. Así apareció el Derecho mercantil por el apareamiento del comercio sistematizado; se reforman los Códigos Penales por apareamiento de nuevos hechos delictivos (hoy el crimen organizado, ej), etc.

- *DERECHO Y PODER* ²¹.

§12 Este binomio es insoluble, ya que el Derecho no es un consejo, no una doctrina, sino un orden que debe obedecerse, y esa fue la finalidad en su surgimiento histórico: la seguridad jurídica, estableciendo obligaciones y prohibiciones que ante el incumplimiento se realizarían por la coacción. Esta última es característica inherente a lo jurídico según todos los autores que definen el Derecho; y hay un encargado de ejercerla, El Estado, a quien se le ha concedido poder para ello por el ordenamiento jurídico. Esta es la “*dominación legal*”, cuya legitimidad reside en el valor otorgado a las reglas generales establecidas por la sociedad y representada por quienes ejercen el poder en virtud de los procedimientos contenidos en dichas reglas” ²²

Esta compaginación es necesaria, ha dicho Bobbio: debe dotarse de fuerza a la Justicia para que ella en verdad sea fuerte.

Narra Peces Barba que esa idea viene desde antiguo: que la escolástica distinguió entre *vis directiva* y la *vis coactiva* del Derecho; que Grocio distinguió entre el *ius perfectum* y *ius imperfectum*: en el *ius imperfectum* hay coacción, mientras que en el *ius perfectum*, en caso de incumplimiento del

²⁰ “En esos procesos sociales encaminados a la gestación y desenvolvimiento del Derecho pesan o influyen las tradiciones de unos determinados modos colectivos, las necesidades presentes, las creencias religiosas, las convicciones morales, las ideas políticas, los intereses económicos, las representaciones colectivas que los hombres tienen de la nación, de la región, de la aldea de la humanidad, los sentimientos familiares, los sentimientos colectivos de reparación, de esperanza y de preferencia, etc. (Recasens Siches, Sociología del Derecho, p.582)

²¹ Redhbinder llama “instancia autoritaria o staff jurídico”, un aparato de coacción especial ante la violación de las costumbres jurídicas (§56) .

²² Ramón Soriano, Sociología del Derecho.

deber por parte del sujeto que es ta obligado, se puede usar la fuerza para la ejecución forzosa de la obligación. Que Thomasio (1705) niega el carácter jurídico del *ius imperfectum* puesto que no se puede aplicar coactivamente. Y este Thomasio divide el *iustum* y el *decorum*. El *iustum* es el ámbito propio de lo jurídico, que se distingue por lo. Agrega Peces que con Kant este intento alcanzará carta de naturaleza puesto que hace compatible su famosa definición del Derecho con la consideración de la coacción como un elemento esencial a su concepto.

§12.1.- Seguimos a Peces Barba: Ihering sostiene la caracterización del Derecho desde la coacción de manera más profunda; dice “la segunda palanca del orden social es la coacción...Por coacción en sentido amplio comprendemos la realización de un fin por medio de la sujeción de una voluntad extraña—la organización de la coacción para los fines de la sociedad. Se fundamenta en la realización de dos conceptos: del Estado y del Derecho, la instalación del poder que ejerce la violencia de la coacción y la exposición de normas para el ejercicio del mismo. Y Ihering define el Derecho como “la forma de la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, creadas por la fuerza coactiva del Estado”.

Del Vecchio dice que “debe reconocerse que la posibilidad de *constreñir* a la observancia del Derecho es elemento integrante y característico del Derecho mismo..” Y Durkheim, un sociólogo, expresa: existe un orden de hechos que presentan caracteres muy especiales; consisten en maneras de obrar, de pensar y de sentir exteriores al individuo y están dotadas de un poder coactivo por el cual se le imponen..”

Y Kelsen en toda su Teoría tiene un gran aprecio por el poder, casi idolatrización. Comenzando por su definición del Derecho, tiene a éste como una “técnica” social para conseguir la conducta que se desea del individuo (v§58)

En su *Teoría Pura del Derecho* fundó el sistema jurídico - el ordenamiento - en la fuerza o razonamientos éticos, o hechos sociales. Habló de un posible usurpador, actuación de éste que fundaba la Constitución (v. §64), que legitimaba la Carta Máxima.

§13 “**El poder** es la capacidad de una persona o un grupo para determinar, condicionar, dirigir o inducir la conducta de otros”²³..es un hecho social y por tanto bilateral; debe manifestarse, es una relación entre hombres, se identifica como capacidad para determinar un resultado deseado, pues si no se produce ese efecto, no es poder. Bobbio es claro: el Derecho se funda en último análisis sobre el poder y entendiendo por éste el poder coercitivo de hacer respetar, aunque sea recurriendo a la fuerza, las normas emanadas...eso significa que un ordenamiento jurídico es impensable sin el ejercicio de la fuerza, es decir, sin un *poder*...pero eso no quiere decir reducir el Derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho. Y coincide Jellinek: “el poder de dominación es un poder irresistible, pero ese poder se hace jurídico cuando es limitado y por esa autolimitación alcanza el carácter de poder jurídico”. Peces Barba remata: el poder es la raíz de la legitimidad de un orden jurídico y por esa razón hay que ensamblar a la Justicia y a la fuerza, para tener fuerza y Justicia hermanadas.

DERECHO Y REALIDAD SOCIAL.

§14 Recasens abunda en páginas advirtiendo lo difícil que fue para los Sociólogos al principio entender qué es lo *social*, qué categoría de ser es la sociedad y por tanto “lo social”. En este punto debemos auxiliarnos de la Ontología²⁴, que nos explica:

Dentro de la realidad están no solo las cosas materiales que vemos, palpamos, oímos; están también como reales “la psiquis”, el sentimiento, la creencia, las ideas, ya que como dijo Aristóteles “real” significa “estar ahí” y las convicciones, creencias, sentimientos, “están” entre nosotros. Estas, que las encontramos en nuestro entorno, son cosas dependientes del espíritu humano; y ya confeccionadas, realizadas, objetivadas, existen en nuestro ambiente, pero ya con existencia propia. (Pero esta existencia no debe tomarse

²³ Eduardo Andrade Sánchez. Introducción a la Ciencia Política.

²⁴ Cfr. Augusto Pescador. Ontología. Losada.// Cfr. Recasens Siches, Sociología.

como la concibieron los romanticistas alemanes, principalmente Hegel ²⁵, que con exagerado misticismo le atribuyeron una vida orgánica independiente, con inteligencia y razón propia, que decidía ella sobre los humanos, tendencia que calcó la Escuela Histórica del Derecho²⁶). -Hablamos de la representación social en ap. §10 citando a Durkheim, al cual remitimos. - Comprobamos que el Derecho es un fenómeno social porque lo encontramos, nos topamos con él dentro del grupo, nos presiona y esa presión psíquica ya es coactividad (sin esperar la fuerza física).

²⁵ El **ROMANTICISMO DE HEGEL** concibió la Razón objetiva o Idea o Espíritu objetivo, con dotes casi fabulosas, enteramente racional, transitando el mundo, asentándose en un país y si encontraba las condiciones sociales, materiales, etc o las creaba para dar origen a una institución jurídica o Derecho, pero lo hacía tomando como instrumento, maniquí a un líder, hombre sobresaliente, entrometiéndose en su alma y mente y así aparecía este héroe ante la gente como creador de cuestiones de avanzada civilización. Ese espíritu producía la objetivación. A la utilización del hombre como instrumento llama Hegel “la astucia de la Razón”. Así ocurre con el Código de Hammurabí, que se atribuye a éste, con todos los hombres de la Revolución Francesa o con el Código Napoleón. (Filosofía del Derecho de Hegel).// Cfr John Findlay, Reexamen de Hegel. Grijalbo)

²⁶ La **Escuela Histórica del Derecho** (S.XIX) siguió en parte el pensamiento romántico, casi parecido al de Hegel, concibiendo “el Espíritu del Pueblo” como autor y “sujeto de todas las manifestaciones de la vida: del Derecho, las costumbres, el arte, el lenguaje, la organización política, del que nacen y se unifican”; por eso el historicismo-romántico no reconoce más Derecho que el que se forma históricamente. La Escuela era alemana - liderada por Savigny - y creía en “la Nación como realidad primera y verdadera”. “En la Nación la humanidad se especifica y concreta constituyendo el alma profunda y auténtica también de los individuos”; el Derecho creado por la Nación es el Derecho auténtico; por eso dieron gran sacralización a la costumbre. Con esas ideas se opusieron a la Codificación que se daría, alegando que “el alma del Pueblo” estaría maniatada y ya no produciría más Derecho como lo había hecho secularmente. “En la medida en que el curso natural de la evolución del Derecho nunca se detiene, con el mero transcurso del tiempo lo codificado dejará de coincidir con la realidad jurídica viva” (Bruno Aguilera, Intr. Historia Jurídica) “El Derecho ha sido nacido, evoluciona, es perfeccionado por el Espíritu del Pueblo, y el legislador lo maniataría” con su Código. (cfr.Fassó; Elías Díaz, Legaz, Siches en Soc. D .90)

El Derecho positivo es más fácil de aprehender debido a sus instituciones; pero cuando es todavía espíritu “objetivante” (que se está formando en el espíritu colectivo y ya casi es un cuerpo inteligible) también podemos aprehenderlo; se está gestando, ya presionan las ideas, sus conceptos. Porque el Derecho no se forma de un salto, por generación espontánea; se va construyendo por la mente colectiva (alma popular) a veces por largo tiempo. Retrotraemos a *n.p* de §11.

Toda estructura de un orden social se compone de normas sociales diferentes...costumbres, usos, moral y Derecho, p. ej. Por eso debemos distinguir el Derecho de ellas. Experimentalmente podemos exponer “de qué manera puede conocerse el Derecho *empíricamente* para diferenciarlo de las demás normas sociales...allí ayuda la conciencia jurídica y también ayuda “cómo reacciona el staff jurídico en determinadas situaciones sociales.”²⁷. Se observa un sometimiento porque lo denominado “Derecho” es tenido como obligatorio ineludiblemente.

§15 *Las capas de la realidad* (que estudia la Ontología)²⁸ son:

- 1) *lo inorgánico*, como piedras, agua, aire.
- 2) *lo orgánico* (vida vegetativa) La planta poseed todas las categorías de lo inorgánico, pero se agrega algo que no tiene lo inorgánico; la vida, ya que tiene vida de nutrición.

²⁷ Cfr. Rehbinder, p.109,.

²⁸ Augusto Pescador, Ontología., hace esa clasificación que transcribimos. Y nos ayuda Ferrater Mora sobre el vocablo “realidad”: *Realidad* es equivalente a “todos los objetos que hay” o “todo lo que existe en este mundo”. A veces se dice “esta o aquella realidad”, como si hubieran varias realidades, pero con “aquella realidad” o “esta realidad” se quiere significar un objeto que forma parte de la realidad entera de este mundo. (Fundamentos de Filosofía. Alianza.)

Augusto Pescador. Ontología.Losada.p.40.

3) *lo psíquico* (vida animada) La vida vegetativa ayuda a la vida animal. El animal, además de los órganos vegetativos tiene órganos sensibles por medio de los cuales le llegan sensaciones del mundo exterior y de su propio organismo. El animal, tiene, pues procesos psíquicos.

El elemento nuevo que se introduce con la vida animal es la psiquis. Todo animal tiene procesos psíquicos, aunque sean elementales en los animales inferiores, donde no alcanzan la complejidad que en el hombre. Además tiene vitalidad para defenderse.

4) *El espíritu*. En este estadio a la psiquis se agrega la conciencia. Sin conciencia no existiría la vida espiritual. El hombre, único ser espiritual que conocemos, tiene un cuerpo material, una vida vegetativa y una conciencia, pero es mucho más que un ser consciente, pues es un ser receptor, transmisor y creador de formas espirituales, que es lo que llamamos cultura. El hombre recibe y asimila elementos culturales de la comunidad en que vive ya su vez los transmite. Crea también objetos que lleva el sello de lo humano. Esta es ya una realidad social ²⁹.

Al *espíritu* (más bien *productos del espíritu*) podemos atribuir las siguientes notas o categoría.

- a) La objetividad. El espíritu es objetivo porque los bienes espirituales pueden ser poseídos por muchas personas a la vez. Así la ciencia, el lenguaje, la moral, que no son propiedad privada.
- b) Tiene comunicabilidad. El espíritu une a los hombres, que mediante él se comunican unos con otros. Hay comunicación y convivencia.
- c) Historicidad. El espíritu es histórico. La nota de historicidad le adscribe el carácter de ser acumulativo, pues las nuevas adquisiciones se añaden a las del pasado, aumentando a cada instante la masa de lo espiritual.

²⁹ “Las cosas sensibles son entes, es decir, tienen ser (“Ontología” arranca de *ente*). Pero no solamente ellas tienen ser”. La escolástica reflexionó mucho sobre el punto. “las ideas, los números, incluso los seres de ficción como formas de ser especial, serían **seres de razón**. El número siete, un dragón, duendes o hadas tendrían algún tipo de ser. No, de luego como las cosas reales sino como forma de ser especial, serían **seres de razón**” (Antonio González. Intr. A la Práctica de la Filosofía. UCA)

Lo dicho por Pescador se añade a la consideración del Derecho como un fenómeno social. El espíritu colectivo o social crea las normativas que después lo gobiernan y que los integrantes del grupo encuentran en la sociedad: el Derecho, la moral, la religión, la costumbre, que son entonces una realidad social o cultura. (Por eso mejor diríamos “productos del Espíritu o Espíritu Objetivado. (remitimos a §10 para una idea completa).

El Derecho, como fenómeno social, siendo elemento de la realidad social, convive, está hermanado con los otros fenómenos, influye en y sufre la influencia de ellos. Así puede hasta desaparecer con el cambio total de idiosincrasia, filosofía o pensamiento del grupo; las reformas legales son por nuevos propósitos; tenemos las necesidades presentes, las creencias religiosas, las convicciones morales, las ideas políticas, los intereses económicos, las representaciones colectivas que los hombres tienen de la nación, de la región, de la aldea de la humanidad, los sentimientos familiares, los sentimientos colectivos de reparación, de esperanza y de preferencia, etc. En lo material, la aparición de nuevas actitudes que deben ya ser consideradas como infracciones, de nuevas instituciones jurídicas que hay que acoger, como sucedió con el Derecho Mercantil en la Edad Media, eso produce modificación del Derecho; así otras figuras que han aparecido en el mundo avanzado y hay que copiarlas.

El Derecho ha sido una palanca para la transformación de la realidad en ciertos países. Así ocurrió con el transporte del Derecho Romano a Europa, donde se dio el fenómeno de “la recepción del Derecho” y estuvo regulando por mucho tiempo (tanto que los juristas de la Escuela Histórica pelearon contra la innovación de las leyes alemanas). Lo entendieron como un motor de transformación Carlomagno y Napoleón con su lema “Espada y Derecho”. A donde fueron de conquista llevaron el Derecho.

§16 *Derecho y Política.*

Dentro de la realidad social está la Política, que determina los fines del Estado, su modo de estructurarse, derechos de gobernados, etc. Ella influye determinantemente sobre el sistema jurídico. Por eso dijo Jellinek: primero los políticos establecen los principios político-económicos, y luego llegan los juristas y hacen jurídicos tales principios. En párrafo (§37) repetimos lo siguiente, de lo cual alumbró Kant: los fines inmediatos de la legislación los

delinea el Derecho; pero los fines mediatos, los últimos, superiores, los señala la Política. Ella determina lo prioritario “a alcanzar”.

La ideología política va enderezada a concebir la Sociedad o el Estado de alguna de dos forma con respecto a los gobernados y así se determinará un ordenamiento jurídico. (i) **Una** es que el Estado es un Leviathan (según Hobbes³⁰) con derecho a someter a los gobernados según reglas que aquel ha creado; (ii) la otra es considerar el Estado como formado para encauzar los fines de la persona humana. Sobre esto Siches ilustra: “si se concibe la sociedad como un ser sustantivo, con existencia propia e independiente, esta tesis constituirá un fundamento para las doctrinas políticas que quieren esclavizar al sujeto humano. En efecto, cuando se piensa la sociedad y sobre todo el Estado, como una cosa sustantiva con vida propia, entonces se tiende a que el individuo quede anonadado ante el volumen imponente y autónomo de ese ser (piensa en el Nazismo y el Fascismo) Es más, entonces el hombre queda degradado, convertido en mera cosa, en simple ingrediente, privado de toda dignidad personal. Esto es lo que sucede cuando se presenta el Estado como un organismo gigantesco con existencia propia o cuando se le piensa como un alma nacional sustantiva efectiva o cuando se le concibe como un espíritu objetivo o cuando se le imagina una substancia moral superior y ajena a los individuos”. Las ideologías en ese sentido resultarán con un escueto catálogo de derechos del ciudadano y no dirán que el fin del Estado es la persona humana, como lo fija el liberalismo democrático. Ello ocurre porque “Derecho, Estado e ideologías son conceptos imbricados, como facetas o aspectos de una misma realidad, en mutuo refuerzo; la realidad no es otra que el concepto de clase dominante y la imposición de sus intereses”.³¹ **La otra** ideología – *no estatalista* – es “el individuo es la base del Estado, el cual está para servir al desarrollo de la persona” y además el Estado se auto-limita por el orden creado por él mismo, y esto significa “Estado de Derecho”.

³⁰ Autor inglés que consideraba que el hombre es malo por naturaleza y por eso el Estado debía ser fuerte, dominante, absolutista.

³¹ Ramón Soriano, p82.

§16.1 -EL LIBERALISMO.

Esta doctrina política originó el sistema jurídico liberal. Se deriva del triunfo de la Revolución Francesa, donde el burgués triunfa sobre la realeza y pide un Estado en el que los derechos del individuo sean cuasi-sagrados. El burgués liberal imaginó que todo mundo tenía las capacidades (económica, cultural, de influencia) que él ostentaba, y por eso deviene la consideración de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Así el proletario era igual en cuanto a derechos al burgués y con esa imaginación fue sometido el pobre, pues el ordenamiento jurídico amparó la libre contratación. El liberalismo construye la libertad económica, prohibiendo al Estado intervenir en la vida del comercio, regular las transacciones privadas, las labores fabriles, etc.; exige la libertad individual para toda actuación económica. Y así se produce el sistema jurídico adecuado a esas ideas, el sistema liberal, donde el “pobre Diablo” tiene libertad de contratar, y está a la misma altura o facultad de decidir frente al “burgués” si acepta el empleo o no. Vemos entonces la coordinación de **Derecho y Política**. El sistema jurídico obedece a ideas político-económicas.

§17 DERECHO Y MORAL *

(*Estudiar la diferencia entre Derecho y moral no es tratar de una diferencia cierta, una escisión, como dos cuerpos *inmezclables* sino una “distinción” epistemológica, mental, científica, pues ambas zonas van entrelazadas en el Derecho “vivo” real, -(Remitimos a §21)

1.-Comenzamos con la Ética - (del griego *ethos*) reflexión sobre la conducta. Se diferencian *ética* y *moral*, en que **ética** es la filosofía sobre la *moral*, una disciplina abstracta, reflexiva sobre los principios de la **moral**; la Ética “es una indagación filosófica o teorización sobre lo moral; está constituida por la reflexión sobre cualquier sistema moral (pues hay muchos sistemas morales); representa las elucubraciones filosóficas, esto es, últimas, relativas a los in- gentes problemas éticos, de método, de la validez de las normas morales, de la esencia de lo moral, del origen de la obligación y del conocimiento moral,

etc”³²...y LA MORAL se halla constituida por máximas o normas prácticas, aplicables a la conducta concreta, viva, reglas específicas (tal como el Derecho), ejemplo el respeto a las personas, la fidelidad al amigo, etc., Como si dijéramos Filosofía del Derecho (disciplina abstracta) y ciencia del Derecho (práctica). Así la Etica contiene tantas tendencias sobre qué fines o bienes debe perseguir la moral (ej. felicidad, utilidad, placer, tranquilidad) y luego examina las reglas prácticas (la moral) para ver si se adecúan.// A pesar de que los dos vocablos, **ética y moral**, tienen parecida raíz etimológicamente: (ética de *ethos*, costumbre; y moral de *mores*, también ésta comportamiento consuetudinario) los teóricos los fueron diferenciando ya que “la ética no es ciencia normativa sino enunciativa; es una disciplina que investiga y explica teóricamente lo moral y que no trata de establecer... normas morales” concretas sino reflexiona, filosofa sobre las normas morales...”Jacques Maritain enseña: la Filosofía Moral es ciencia especulativa... y la moral es ciencia “práctica”, que estudia los deberes o el arte del bien vivir, la realización de un orden ideal de la vida”... “la Etica es la disciplina filosófica o axiológica que se ocupa del estudio de los valores bueno y malo”. La moral es...”doctrina de los principios prácticos de la vida o “arte del bien vivir”.(Liévano Chorro) // ¿qué bienes debe perseguir la conducta práctica de los integrantes de la sociedad?. La moral es el conjunto de normas y principios concretos, (concretización de valores) que les sirven a los miembros de la sociedad como pautas ideales a seguir en su comportamiento cotidiano.(Figueroa Morán)

§18 Los teóricos han hecho la **DISTINCIÓN DE MORAL Y DERECHO** así:

- a) la moral es *autónoma* en el sentido de imponérmela yo y no otro; que se cumple sin vista a ningún fin, autónoma de los propósitos (como fama, exhibición, placer), se cumple por sí misma y no a causa de alguna esperanza o del temor de algún motivo externo o castigo, en cambio el Derecho es heterónimo (*hetero*, otro; *nomos*, ley) o sea es regulación no mía sino impuesta por otro, el Estado);

- b) interioridad-exterioridad: que la moral se cumple con interioridad y al Derecho le interesa la exterioridad del acto, es decir su manifestación, no la simple intención de realizarlo;³³
- c) coercibilidad-incoercibilidad: la norma moral no puede ser cumplida por coercibilidad y aunque se llame coercibilidad a la presión psicológica que ejerce la sociedad para cumplirla, esa coerción no es física, no bien determinada.
- d) Unilateralidad-bilateralidad: en la moral no hay derecho de otra persona para exigirme su cumplimiento; es unilateral porque cumplo el precepto sin consideración al derecho de otro; el Derecho es bilateral porque siempre del precepto se deriva el derecho de un beneficiado a exigirme su cumplimiento o un obligado al cual yo exijo.

2.- *¿Autonomía o heteronomía.?*- El jurista G. Lievano Chorro (*Moral y Derecho*) expone una objeción contra el calificativo de **autónoma** atribuido a la moral por Kant. “entendiendo la moral con criterio empírico, es fácil notar que para el individuo, la moral no es autónoma sino heterónoma de conformidad a la conocida observación: el hombre está sometido a las reglas morales que crea la colectividad; es la sociedad quien preceptúa las normas éticas para los componentes del grupo no pudiendo éstos sustraerse ni, mucho menos, crear esas reglas morales que les son comunicadas por los padres, maestros..etc.”. En efecto, Kant dijo que el individuo es el auto-legislador en la moral.

Nosotros entendemos esa auto-legislación del individuo en el sentido de tomar por sí y para sí el sistema de reglas morales que la sociedad le presenta, reglamentación que ya encuentra en su grupo; es autonomía de él, simulando

³³ No debemos confundirnos: al decir que lo preeminente en el Derecho es “la exteriorización del acto, no la sola intención”, no se está desechando en lo jurídico la consideración de la intención, de la interioridad, pues vemos en los Códigos que, por ejemplo en los delitos hay agravantes de la pena basados en la malicia, la premeditación, etc; y en el CC se tiene en mucho para la consecuencia civil la alternativa si hay o no intención (culpa o descuido o dolo); el eximir por caso fortuito es una muestra de ser determinante el ánimo o interioridad en el Derecho.

la máxima del que dirige la rifa: “lo toma o lo deja”. Ya que la moral no tiene coercibilidad física, el individuo puede no tomar las reglas, y sabe a lo que se atiene: al reproche social. Pero así hay sujetos. Esa es, creemos, la autonomía de la moral dicha por Kant, el sentido de ser auto-legislador, adoptar esa legislación para su interior. Una semejanza sería la actitud del legislador nacional que toma como fuente un Código extranjero. De lo opinado hallamos apoyo en parte en Legaz; dice: “En la moral domina la dimensión de **autonomía**...el Derecho se afirma soberanamente e impone su validez.. .la moral no vale para quien no la acepta (no por voluntad rebelde, sino por ignorancia)” (p.415)

En cambio la **heteronomía**, según palabras de Kant alude a una legislación externa a mi conciencia, que debo adoptar. Dependo de otra decisión – ajena- en cuanto a la regulación de mi conducta, ante lo cual nadie pregunta si la adopto o no.

Ese sería el sentido de “autónoma” de la moral, cuidándonos de no darle la significación de que “el imperativo moral emana del fondo de la propia voluntad”, pues justamente esta voluntad se somete al imperio de la normatividad, que anda por allí “flotando”, presente en el grupo como un orden absolutamente objetivo y trascendente de valores”. Conjugar, pues, que los valores objetivos son los que mandan, que hay una vigencia de ellos con la aceptación de las voluntades imperadas. “...la moral, siendo un imperativo categórico (§20 bis), deja al individuo la apreciación de las circunstancias fuera de las cuales no tiene validez la norma moral.”...”el sujeto posee autonomía (que no tiene nada que ver con arbitrio caprichoso, sino que está fundada en recta razón) para considerar aquellas circunstancias de su vida en las que no tiene sentido el imperativo categórico de la norma moral”³⁴ Las leyes morales sólo siendo *a priori** y consideradas necesarias, tienen validez de leyes;

³⁴ (Hemos traducido a Legaz suprimiendo tanta belleza lingüística que puede confundir-p.415-418)

no se pueden extraer de la experiencia ³⁵ (*a priori= que no se extrae de la experiencia; sólo de la razón; y ésta es la Razón Práctica),

§18 bis **Moral en Kant.**

Para abordar la moral, Kant tiene ya unos presupuestos: ha dividido ontológicamente el mundo en (a) mundo del ser (*sein*) y (b) mundo del deber ser (*sollein*); en el último están los mandatos, imperativos, reglas, etc., que son entes ideales; y ha advertido que éste mundo obedece a la Razón Práctica, la que se basa en la libertad humana, pero no la libertad que aborda la Metafísica que estudió en la Crítica de la Razón Pura, sino la libertad que vemos ejercida en los actos diarios, la que decide nuestro hacer constante, la que digamos “se ve”, en la que “mandamos” como ir o no ir a la reunión, encender o no el televisor.. (nos extendemos con la moral kantiana en §20 bis)

§19 **“Libertad” en Filosofía especulativa y en la filosofía práctica.-**

LA LIBERTAD de que se ocupa la Razón **especulativa** ..es un concepto del cual no puede ofrecerse ningún ejemplo adecuado en ninguna experiencia posible, que no representa, por tanto, *ningún objeto de conocimiento teórico posible* para nosotros” y es “simplemente un principio regulativo y negativo de la razón especulativa. En el uso **práctico** de la razón, el concepto de **libertad** ³⁶ prueba empero, su realidad por principios prácticos...que determinan

³⁵ Kant, Metafísica de las Costumbres (p45). Lo dice en otras palabras, queriendo decir en sentido ordinario que si observamos cómo hemos actuado en nuestra experiencia, de ello no podemos extraer una ley moral .necesaria, pues en verdad hemos cometido errores, malas actitudes. “Necesaria” = que no pueden ser de otra manera.

³⁶ En la Filosofía se pregunta si el hombre es libre. ¿Nace donde él quiere? ¿El elige el medio donde crecerá? ¿su color, su estatura?, etc. Y las respuestas son siempre negativas. Por eso Kant abandona aquí el concepto filosófico de libertad y dice: libertad es, en la doctrina del Derecho, “independencia respecto a la voluntad compulsiva de otro”. ..No se trata de una voluntad autolegisladora, sino de una voluntad que asume señorío *bajo una ley racional inmanente* a su naturaleza. ...”La libertad jurídica es obediente a la Idea del Derecho.. La libertad moral y la libertad jurídica no son recursos para proteger el señorío de los apetitos, la malicia o la explotación; son libertades que expresan la tendencia hacia una mayor racionalización de la vida humana,

el arbitrio con independencia de todas las condiciones empíricas y de todo lo que es sensible, probando la existencia en nosotros de una voluntad pura en la que tienen su origen las leyes y conceptos morales”³⁷. *Notar*: es libertad ejercida por Razón práctica (que no deja de ser “pura”), pero por ser Razón tiene independencia de todas las condiciones empíricas (en que estamos) y de todo lo que es sensible” Y en el mundo del *deber ser* hay imperativos que se cumplen si se decide cumplirlos (pues es decisión del individuo “acatar” o “no acatar”, por la libertad presupuesta) como los del Derecho, y los hay otros que deben cumplirse “*en sí y porque sí*” (categóricos, como los de la moral) pues pertenecen a una Ética fundamentada en el principio de “*el deber por el deber*” o en salvadoreño: “*no hay para donde*”.

(Aprovechemos aquí para aludir a la diferencia entre ley **natural y norma**: “la ley natural comprende el mundo del ser, donde impera un determinismo causal, la ley de causa y efecto; la norma está en el mundo del deber ser, “que tiene por supuesto necesario la existencia de un sujeto consciente, reflexivo y libre. De la naturaleza no pueden extraerse normas”; “las normas constituyen un plano ideal, levantado sobre la realidad, donde se dice no cómo son las cosas sino como se quiere que sean”³⁸)

§20 Transcribimos (con inserciones nuestras) de la obra kantiana (de 1797) Introducción a la Metafísica de las Costumbres: “*Aquella legislación que convierte una acción en obligación y que, además hace, a la vez, de esta obligación el motivo del obrar (único motivo de actuar es la obligación, no otro motivo), es una legislación ética. Aquella (ley)...que no incluye esto último en la ley, y que, por tanto, consiente (admite) otro motivo del obrar que la idea de la obligación misma, es una legislación jurídica. En relación con esta forma de legislación, se ve fácilmente que este motivo del obrar (o cumplir) distinto de la idea de la obligación...proviene de las “inclinaciones y repulsiones...más que todo de las de la última especie (diríamos repulsión a la sanción que resulta de no cumplir)), ya que la legislación ju-*

dentro de las grandes líneas de una cultura crecientemente racionalizada. (Cfr. Galindo, La Idea del D. p.90)

³⁷ Kant. Metafísica de las Costumbres.

³⁸ Dr. Julio Fausto Fernández Ensayos. CSJ.

rídica ha de ser compulsora y no una incitación meramente invitatoria” (p.53-54) Ha dicho pues, que la obligación ética se cumple, se basa, sólo en la mera obligación, obedeciendo solo el deber y no ninguna otra finalidad. Es deber es aquí categórico.

§20 bis- *El imperativo categórico.*

A las reglas de la moral les llamó Kant “imperativos categóricos”. Estos obligan de por sí, independientemente de deseos, intereses o resultados, ej. no “robarás” (En el caso de ayudar al prójimo no es moral atender el precepto si yo lo cumplo por exhibirme como filántropo). El categórico es imperativo en sí y por sí, no admite excepciones; está ligado causalmente a la voluntad, vale decir él es la causa de obedecrlo. Son verdaderas leyes, necesarias*, invariables y dictadas únicamente por la razón. En la *Critica de la Razón Práctica* ejemplifica: alguien dice ayudar porque “le gusta colaborar” y Kant le imprec: de tal modo que si no te gustara, no ayudarías, no cumplirías la norma moral. No hacerlo ya es inmoral. (*necesarias = no pueden ser de otro modo)

En cambio los imperativos hipotéticos, que son de la vida diaria y del Derecho, se cumplen por una condición (hipótesis) , por un presupuesto, que en lo jurídico sería “evitar la sanción”, como “pagar mis impuestos para evitar la multa o la cárcel, aunque no me guste pshstlod”. Y en el Derecho hasta se puede cumplir a regañadientes y siempre es “cumplimiento”. (*C. Velis Sintesis De la Crítica de la Razón Práctica de Kant.*)

“Para Kant rige en la moral, ante todo, un *imperativo categórico*, es decir, de algo que me manda absolutamente. No se trata de hacer algo con vistas a un fin...ej. conseguir un beneficio propio o un beneficio para un grupo de personas..” ”La conducta moral para Kant es una conducta desinteresada. .. se actúa puramente por el deber. ¿y cuál es el deber que la razón me impone? El de actuar siempre por criterios universalizables... una acción moralmente buena debe cumplir con la siguiente condición: *que el criterio por el cual yo actúo sea un criterio que pueda pretender yo que valga universalmente para todos los hombres*”³⁹.

³⁹ Antonio González. Introducción. a la Práctica de la Filosofía. UCA

Razona Kant: si el sujeto actúa conforme una regla y la eleva a principio por razones subjetivas, esa regla es “su máxima”. Luego, “el imperativo categórico...reza: *obra de acuerdo con una máxima que pueda, a la vez, valer como ley general*. Tus acciones tienes, pues, que considerarlas, en primer término, según su principio subjetivo; si este principio es también válido objetivamente, puedes reconocerlo en que, examinado por tu razón, si, según el, puedes pensarte (transformarte) como legislador general, dicho principio sirve efectivamente para una legislación general”⁴⁰.

Si el ladrón roba, no puede aspirar que esa su actitud sea máxima universal: que todos roben: le robarán a él en base a su máxima y eso le molestará. Debo construir con mi conducta una norma universal, una norma que todos deberán realizar. (Pero, pregunta Legaz ¿quién enseña al individuo previamente que “esto es bueno” para que aspire a hacer ley universal su actuación?⁴¹)

Ese imperativo lo dijo Kant de otro modo: *trata al prójimo como un fin y no como un instrumento*. En el caso del ciego, si yo le ayudo a pasar la calle “para que me vean”, lo estoy tomando como un instrumento para mi exhibición. No; debo ayudarlo como un fin en sí mismo.

§21 **-¿El Derecho surgió de la moral?** o sea ¿los preceptos morales fueron tomando calidad de jurídicos? Algún teórico dice que el Derecho natural es la mera moral, sin adiciones. Y efectivamente en la Historia del Derecho vamos viendo etapas suavizadoras como permitirle en Roma al esclavo alguna privacidad, que forme su familia, haga su peculio hogareño, etc. Y hemos visto el abarcamiento de ciertas normas jurídicas sobre situaciones o instituciones que tienen matiz de moralidad. Actuar como un buen padre de familia; cumplir de buena fe los contratos; se exige en la posesión (buena fe en la posesión es corto tiempo para adquirir; y largo si es posesión de mala fe); el castigo (con consecuencias civiles) para el doloso; ello, ejem-

⁴⁰ Kant. *Metafísica de las Costumbres*. P.68. -Este imperativo ha sido criticado de solo formal, sin contenido. Efectivamente, defienden otros teóricos, si le ponemos contenido, ya no es universal, sino particular, específico..

⁴¹ Que nos perdone el sabio español: eso de “bueno” y “malo” es a priori, de pura razón.

plos de “lo Civil”. En el Derecho Penal hay agravantes de la pena por actuaciones como exceso en la legítima defensa (terminar con el ya caído); pena por no ayudar al que está en grave peligro, sin riesgo para el que presta la ayuda; agravante por robo aprovechando el desastre público; hay castigo de la infidelidad en la bigamia, por el flirteo incesante y molesto hacia la hembra. En lo Mercantil es infracción la desviación intencional de la clientela, la competencia desleal, . En lo procesal el Juez debe excusarse si en el pleito hay algún pariente. Meros ejemplos.

Por eso sostiene Dworkin que el Derecho y la Moral no tienen separación tajante; están invívitos uno en otro. La actual tendencia se caracteriza por tratar englobados los dos órdenes, lo que se ha confundido con un nuevo iusnaturalismo.

Esa aserción de Dworkin concuerda con Kant, quien expresó el maridaje *Derecho-moral* y reflexionando sobre la Historia⁴² escribió que en la sociedad “su desarrollo (de la sociedad) puramente legal favorece e impulsa las condiciones para su moralización”, es decir, “la moralización de los individuos que la componen”. De esa manera “la sociedad va avanzando hacia la constitución de un todo legal coincidente con los ideales morales”. Y remacha sobre la inter-relación: “la constitución estatal se apoya en definitiva sobre la moralidad del pueblo y esta última no puede echar raíces fuertes sin una buena constitución estatal”.⁴³

Las relaciones constantes entre el Derecho y la Moral.

Abulta Del Vecchio asertando. “A un cierto ordenamiento jurídico corresponde un cierto orden moral: entre ambos existe una coherencia necesaria...” “El Derecho no es suficiente por sí solo para dirigir el obrar, sino que debe ser integrado por la moral.” “No es posible una contradicción o disparidad...porque se trata igualmente de normas del obrar, que se suponen y se integran recíprocamente, y tienen un único fundamento”.

⁴² “Esbozo de una Historia Universal desde el Punto de Vista Burgués Cosmopolita”, una de las últimas obras de Kant.

⁴³ Cita de Enrique M. Ureña, *La Crítica Kantiana de la Sociedad y la Religión*. Tecnos.

**PARTE 2 - PREGUNTA FILOSOFICA POR EL DERECHO.
DERECHO Y JUSTICIA.**

*¿hay un Derecho justo y otro injusto? - el idealismo -el positivismo- el idealismo -el formalismo crítico- el iusnaturalismo - ciencia jurídica.- Derecho, filosofía del Derecho.-política jurídica ciencia jurídica - Filosofía del Derecho.-indagación crítica – problema ontológico --indagación sintética o fenomenología jurídica -indagación deontológica (que Del Vecchio llama ética) o axiología jurídica o estimativa jurídica. - Filosofía como forma vida - los valores jurídicos- **el objetivismo** (o absolutismo) y **el subjetivismo en la axiología - fines y valores-** clasificación de los valores jurídicos - la Justicia -la equidad -**la seguridad jurídica** -el bien común.- Unidad indisoluble de las tres Indagaciones.*

§22 Debemos diferenciar en la idea de la Justicia el plano inter-individual o privado y el plano de lo social o sea - lo que nos interesa - en cuanto al Derecho estatal. En el plano privado podemos considerar la Justicia como una virtud (ser justo con mi amigo), y en lo jurídico-grupal, una finalidad o valor a que aspira el ordenamiento, como medida de los actos de vida social del hombre; en una u otra faceta siempre hay *otro* al que se hace justicia, siempre veremos referencia al “prójimo” (porque solo es figura literaria decir “soy justo conmigo mismo”). Y en las dos facetas, privada y social, siempre –cuidadosamente – encontraremos los elementos de que ella consta: **la proporcionalidad, la igualdad, la alteridad** ⁴⁴, adelante explicados Dentro de la familia, en la intimidad, se aplican; y en la Organización estatal o pública también.

Santo Tomás (S.XIII), aristotélico, definió que la Justicia es la voluntad constante de dar a cada uno *lo suyo*, expresión que ha sido criticada por los teóricos como una máxima utópica, a-histórica, de difícil cumplimiento. Si se está en cumplimiento de un orden que ya dispone qué es *lo suyo de cada quien*, solo se está obedeciendo a un Derecho positivo, establecido, que

44

Legaz. Alteridad proviene de “alter” (lat), el otro.

puede referirse a lo material; y si se enuncia como propósito, habría que averiguar en qué consiste “lo que a cada quien corresponde” y en qué cantidad y el medio para obtenerlo. Esto presupone un estatuto previo que lo ha concretizado. Y si no está expresado, determinado, es una máxima ideal. Pero eso de “lo suyo” es creación racional: no es un matemático, un Economista, el que hará medida del *suum*.

La Justicia, dicen los filósofos, es sólo “una idea de la Justicia”; hay un ideal de ella o varios ideales, lo que implica un ansia de perfección. Quiere decir que hay variaciones de Justicia, subjetividades, tal como la hay de los valores y del juicio moral, como por ejemplo lo que es el pudor, dice Legaz; (y en esto nosotros vemos en efecto que la desnudez exagerada que presentan las revistas actuales se le dice hoy “un arte”).

Idea absoluta.-“Una multiplicidad de ideas de perfección y de ideales de justicia no es incompatible, pues, sino que presupone la existencia de una idea absoluta de la Justicia (a la que se quiere llegar). Y ésta es de difícil realización en el mundo real. Y los problemas planteados por los intentos de solución de una época son aprehendidos y llevados adelante por la generación siguiente, con la ilusión de mejorar la idea aplicada”. Y así esa multiplicidad de concepciones ha ocurrido en los sistemas jurídicos históricos, de tal manera que está entrometida históricamente la ideología política, ya que algunos órdenes han relacionado con la Justicia “el merecimiento” de alguien, otorgando “al que lo merece”, dándole lo suyo “según sus méritos”.

§22bis “Todo ideal de Justicia entraña la idea de una ordenación según una cierta **PROPORCIONALIDAD**”. Esto lo vio Aristóteles en su teoría: cuando habla de la Justicia distributiva dice aplicar examinando los méritos de los que tendrán el poder. “Todo ideal de Justicia implica a su vez la idea de un nivel desde el que conviene proceder a una cierta igualación” Si combinamos la proporcionalidad y la igualdad, diremos que debe aplicarse la Justicia en un cincuenta por ciento al caso X, y a otro caso igual se le aplicará la misma proporción; igual proporción. Por eso en la Justicia siempre hay implícito auxilio de la igualdad y de la proporcionalidad (que viene a resultar en la equidad, que ya veremos). Las clásicas definiciones de la Justicia hablan de que es “absolutamente necesario que en todas las relaciones (del grupo) a cada uno se le dé lo que le pertenece, el *suum*. En esa atribución del *suum* consiste

la Justicia, que es esencialmente proporción...El clásico concepto tradicional de **proporción** se ha sostenido concordemente en todas las definiciones que se han dado de la Justicia...Ninguna reunión de hombres, ninguna forma de convivencia y de cooperación sería posible y duradera se no se manifestase en una cierta medida la *proporción* en que consiste la Justicia”⁴⁵.

La **alteridad** implica un “otro”. No puedo aplicarme la Justicia a mí mismo, sino en consideración a otra persona; y “el Ordenamiento no puede sino tener en cuenta a los demás que van a gozar de la Justicia; ésta se refiere a una relación humana dentro del grupo.”

§23 *¿Hay un derecho justo y otro injusto?*

Ciertos teóricos han dicho que decir (i) “un Derecho injusto” es un absurdo, inimaginable, porque el Derecho es la realización de la Justicia; es un punto de vista sobre la Justicia; y por otra parte alegan que (ii) decir un “Derecho justo” es un pleonasma, pues todo Derecho al perseguir la realización de la Justicia es justo, la lleva en sí, inherente. “La Justicia existe para ser realizada. ..la Justicia se transfunde en el Derecho, porque éste ..ha nacido para dar realidad a determinados ideales justicieros”...”la Justicia se logiciza en el Derecho y como esquema lógico, forma una misma cosa con éste”.

Legaz⁴⁶ concilia las dos posiciones., considerando lo histórico: a) todo Derecho es justo, pues contiene justicia: justicia ideal transfundida en el cuerpo de la realidad jurídica; esquema lógico que constituye el esqueleto de ese cuerpo, b) “todo Derecho es injusto, pues, por una parte, es posible que el ideal de Justicia que ha realizado el Derecho no sea un ideal valedero, con arreglo a la superior idea absoluta e inmutable de justicia”, idea absoluta que no ha logrado realizar; “o sencillamente, cabe que la conciencia jurídica (de los gobernados) haya descubierto valores nuevos y dado vida a ideales distintos y con arreglo a estos es posible una regulación más justa de las realidades sociales que la regulación existente”. En segundo lugar, aun supuesto que el

⁴⁵ Vanni. p320. No la igualdad a ciegas, absoluta..

⁴⁶ Resumimos de Legaz (p.337), quitándole las bellas-pero largas-citas que pueden alejar la atención del tema.

ideal de justicia dominante sea indiscutible, su realización no es nunca plenamente adecuada; jamás una realidad coincide del todo con el modelo ideal que aspiró a realizar”---“es una imposibilidad en realidades como las jurídicas, que no pueden contar ni con una materia inerte... “pues el Derecho no es la creación de una mente genial, con arreglo a un modelo ideal, sino un esquema que ha de encajar o integrar una infinidad de casos de la vida, muchos de ellos imprevisibles y cada uno perfectamente individual e irreductible a tipicidades”. Y concluye: “Es la tragedia de no poder ser justo un Derecho más que a puro de ser injusto”. Sinteticemos: puede haber un Derecho injusto.

Del Vecchio⁴⁷ es más directo: el ideal del Derecho no se verifica ineludiblemente en los hechos, pero “está supraordinado a esta realidad, es decir como algo que tiene vigencia y es verdadero, aun cuando se le opongan las eventualidades físicas” Algunas instituciones han existido sin coincidir con la Idea del Derecho (fueron injustas). ”Por ejemplo la institución de la esclavitud fue jurídica porque tiene- tenía- todos los caracteres formales del Derecho, en cuanto presentó una especie de *propiedad*” Pero representa una violación o negación directa de la Justicia.

§24 En cuanto a la relación de DERECHO Y JUSTICIA, extraemos de Legaz: las diferentes posiciones doctrinarias son cuatro actitudes fundamentales:

- a) El *positivismo* (v.545) es una tesis separatista en cuanto a esa relación. El problema de la Justicia es para esa corriente “metajurídico”⁴⁸ y es ajeno a la preocupación del jurista en cuanto tal. El positivismo jurídico afirma que la única misión de la ciencia del Derecho es conocer el Derecho, pero en modo alguno valorarlo bajo el punto de vista de su posible justicia o injusticia. . Y una sección de ese positivismo alude a una Justicia no ideal, no un valor, sino que solo tiene sentido hablar de justicia dentro del Derecho positivo, equiparada a éste, no como una justicia absoluta por la qué preocuparse, sino co-

⁴⁷ Fil.D. p.522

⁴⁸ Metajurídico = fuera del campo jurídico.

mo justicia relativa y contingente, la justicia posible de cada situación concreta, que es la única justicia existente en general.

- b) El *idealismo* es una tesis formalmente equiparadora de Justicia y Derecho. Coincide con el positivismo en considerar que la justicia se realiza en el Derecho positivo, pero a diferencia del positivismo no relativiza la Justicia, sino que absolutiza el Derecho positivo, considerando que éste es realización de “la Justicia”. Se realiza absolutamente en el Derecho históricamente la idea de justicia; es objeto de la historia. Así forma el Estado y el Derecho positivo.
- c) El *formalismo crítico* es tesis formalmente separadora del Derecho y la Justicia, pero admite la idea de la Justicia como criterio de valoración del Derecho. El Derecho tiene un método puramente formal de ordenación de los datos de la experiencia jurídica, los cuales, a posteriori, son confrontados con la idea de Justicia y calificados de justos o injustos. Acepta, pues, la posibilidad de un Derecho justo y de uno injusto, ya que la calificación proviene sólo de la forma.
- d) El *iusnaturalismo* (§49) es un criterio equiparador de Derecho y justicia. Pero, a diferencia del idealismo, no porque el Derecho positivo realice absolutamente la Justicia en cada una de sus manifestaciones históricas, sino a la inversa, porque el *Derecho positivo pierde su condición jurídica en la medida en que no realiza la idea absoluta de Justicia* (es decir para eso está) o al menos, en que se halla en oposición con ésta. No puede haber Derecho injusto; es un contrasentido. Esta tesis equiparadora a veces admite que la Justicia es relativa, y a veces abjura del Derecho positivo afirmando el contraste entre el ser y el deber ser. (*Fil.D,p.327*)

CIENCIA JURIDICA. DERECHO. FILOSOFÍA DEL DERECHO.

§25.-Nota previa: *-La tridimensionalidad del Derecho.* –El Derecho se contempla desde tres puntos de vistas, tres esferas o enfoques. A) la **Filosofía del Derecho** (adelante F.D), que ya abordaremos; es visto él desde la idealidad, la abstracción, la generalidad: el *quid*. sus principios, conceptos fundamentales, etc; B) La ciencia jurídica o **dogmática del Derecho**, el estudio del Derecho positivo, su contenido, sus ramas, las relaciones entre éstas, cuáles son y en qué consisten sus instituciones, significado (interpretación de sus normas) de tecnicismos

propios, la Jurisprudencia, etc; es estudio de una rama del saber, concreta, puede decirse práctica, como dice Radbruch, entender el sentido objetivo de una ordenación jurídica. C) **la Sociología del Derecho**; se ve el D. desde una óptica solo social, lo que denominan algunos el derecho vivo, que puede ser lo normado y lo que no está preceptuado en leyes y que sin embargo se obedece, observar la efectividad del Derecho positivo en la comunidad, la práctica singular en un grupo, cómo ha influido el Derecho en el desarrollo de la sociedad, su origen dentro del grupo, etc. Algún autor agrega la **POLÍTICA JURÍDICA**, que trata de los medios que sirven para la realización del Derecho positivo.

§25.1 Ya que la rama que abordamos tiene como objeto – o reflexiona sobre - el Derecho, es preciso adelantar ciertas ideas o conceptos o definiciones de éste. Ampliando, la Filosofía Jurídica tiene por objeto la Ciencia Jurídica, y ésta tiene por objeto el Derecho “vivo”, producido, y de aquí la pregunta esencial necesariamente previa: ¿Que es el Derecho?. ¿cómo se comprende ese tal objeto? Ihering conceptúa el Derecho como una “fuerza regulada”, al decir que es “la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad asegurada por medio de la fuerza coactiva del Estado”⁴⁹. Es (i) una forma, (ii) garantiza las condiciones de vida de la sociedad (iii) esa garantía está asegurada por la fuerza estatal. (Ya veremos que los teóricos aceptan como inherente al Derecho la coercibilidad.) Y Legaz enseña: la ciencia jurídica “no tiene como misión mostrar *<el qué>*, en qué *“el Derecho consiste”*, no su esencia, su *quid*, sino conocer *su contenido*, tratar de actuar sobre él”; que la ciencia jurídica tiene ya por supuesta la investigación sobre “el *quid* del Derecho; que ella siempre cuenta con un objeto de experiencia, puesto que la legislación positiva es un hecho real; el jurista (no filósofo) supone que el Derecho tiene una consideración metafísica, pero él, siendo un científico jurídico, “toma el Derecho como un objeto real”, porque esa calidad ontológica tiene.⁵⁰ Y adelante Legaz aserta: el objeto de **la ciencia jurídica** es el Derecho, “que es norma, o sea, regulación de conducta, conducta que debe ser”; y hay que distinguir: la conducta en cuanto *ser* no es el Derecho, sino que par-

⁴⁹ Cita de Guido Fasso, Historia de la Fil. del D. Ed. Pirámide.

⁵⁰ Cfr Legaz y Lacambra, Fil. D. Bosch. P.35

tipica en el ser jurídico en cuanto debida, prohibida o lícita. Pero la realidad del Derecho no es sólo la realidad (necesariamente intemporal e inespacial) de la norma en cuanto proposición normativa, sino la realidad más compleja y en su conjunto susceptible de una intuición sensible, de una forma de la vida social”⁵¹. Si, el Derecho en la sociedad es intuible, “está allí” como realidad ejerciendo su influjo. Es un fenómeno social; sin importar su contenido; se siente, presiona. “Es una limitación impersonal de la libertad; y en cuanto es vida social constituye una libre creación de regularidades normativas que son las formas del vivir colectivo”. Y Peces Barba⁵² define el Derecho como “conjunto de normas de comportamiento y de organización integradas unitariamente en un ordenamiento que organiza la vida humana social, cuya validez se apoya en última instancia en el poder”.

§26 Vanni⁵³ reflexiona para distinguir *ciencia y filosofía (general)*: “toda ciencia aborda, investiga un orden particular de hechos, reglas, principios; ello es consecuencia de la división del trabajo. Por esa fragmentación y particularidad” que ya encuentra el estudioso.. “surge consecuentemente la necesidad de ascender a algo más elevado y de reunir lo que está disperso” o sea las diversas ciencias, “para ahora entender la totalidad, lo Uno; el sujeto conocedor, el estudioso, siente la necesidad de abarcar a un tiempo la totalidad de los fenómenos, y reunir el objeto y el sujeto”; “de llegar, en una palabra, a la unificación del saber”; “no estamos satisfechos hasta que llegamos a comprender la totalidad de las cosas, queriendo llegar al último grado posible de generalización, a una concepción del universo”; y esa necesidad es más viva, dice, cuanto más se multiplican los conocimiento, “cuanto más progresan las ciencias particulares, más deseo de unificación experimenta el estudioso”. Es que realmente todos los hechos, acontecimientos, leyes, forman una unidad indisoluble que se llama “lo real”.

⁵¹ Con esto quiere decir que el Derecho de la ciencia jurídica se vive, se palpa, se percibe, constriñe, se habla de él, etc. Es un hecho social en la vida, no abstracto..

⁵² Op cit. p 130

⁵³ Icilio Vanni. Filosofía del Derecho.

Así, pues, la **Filosofía (general)** tiene un objeto específico, un contenido propio, que es la totalidad de las cosas, en una palabra, lo universal.; y podemos decirlo así: “la filosofía es la ciencia de los primeros principios” o “de los principios más generales”. Es igual el procedimiento: “la ciencia, fuente del conocimiento común, unifica un orden de relaciones o de fenómenos en una ley; y la filosofía unifica todo el conjunto de las relaciones, de los fenómenos y de las leyes en una ley suprema. .De esa manera la Filosofía representa el grado último de generalización”. Esto último para tener siempre en mente que la Filosofía no es una mera suma, no solo agregado y agregado de los resultados de las ciencias, sino que ella los somete a evaluación, los analiza, prueba y sobre ellos elabora otros resultados más altos, que son los principios primeros. Ejemplo, con la vida: las ciencias que estudian ésta dan resultados; pero la Filosofía se pregunta lo que ellas no resuelven: qué es la vida, si ésta ha existido siempre, si es el concepto máximo que contiene los demás, si hay algo más alto que genere la vida, si hay un vitalismo en el universo físico, si hay un destino, etc.

§27 **LA CIENCIA JURIDICA.** –

Supra hemos aludido a ella, a lo cual retrotraemos.

El objeto abordado por la ciencia jurídica es lo jurídico intuible, “la materia jurídica, que es una realidad empírica que se originó en cierto lugar y en cierto tiempo al conjuro de unas necesidades históricas y en vista de ciertos fines particulares” (*Siches*). Estudia lo que hemos adjetivado “lo intuible”, que aunque no lo toquemos ni vemos, “está allí”, nos empuja y vincula, limita nuestra libertad, se observa la obediencia según la conducta del grupo. Ese todo de normas es un fenómeno social⁵⁴, y por tanto, concreto, de cierto lugar y cierto tiempo; la **ciencia jurídica** se adentra en ese fenómeno y tarea suya es el entendimiento de sus instituciones, sus diversas ramas, cone-

⁵⁴ Veamos: voy a Londres y allí siento, palpo, intuyo, una regulación sobre mis actuaciones diarias (hasta sufro una multa); allí me hago jurista y ahora ya soy técnico en el conocimiento de ese fenómeno que me presionó; ya estudié los contenidos, relaciones, instituciones, etc. que contiene ese fenómeno, el Derecho inglés. Comenzó por una experiencia, me “topé” con el Derecho al llegar a ese país.

xiones, sus tecnicismos y conceptos (pero los propios y no abstractos, no los fundamentales o universales –más bien, examina el Derecho positivo). La interpretación de las normas (interpretación jurídica) también está dentro de la tarea de la ciencia, pero hay que distinguir los desvíos justificadores que obliguen a buscar una fundamentación racional-filosófica para acentuar la interpretación. // “La ciencia jurídica estudia el contenido del Derecho de un país determinado (o los contenidos coincidentes o no de un sector del Derecho de diversos países, por ejemplo ...”el Derecho comparado de las sociedades anónimas”)⁵⁵ y ese su contenido es “la materia jurídica, que es una realidad empírica que se originó en cierto lugar y en cierto tiempo” a causa de “unas necesidades históricas y en vista de ciertos fines particulares”⁵⁶ en determinado país. Pero hay una correlación que no podemos evitarle al científico en su intelecto: ya tendrá influencia de la F.D para su tarea de investigación, “pues el modo de hacer ciencia jurídica del jurista dependerá de la concepción explícita o implícita que éste profese sobre lo que el Derecho es en realidad”⁵⁷; y esta última concepción ya es filosófica (previa).

Redundando, sintetizamos de Radbruch:

La ciencia jurídica, su objeto lo forman ordenaciones jurídicas positivas. Es una ciencia del derecho vigente, no del derecho justo; del derecho que es, no del que debe ser. “Tiene un campo limitado, pues examina cómo es la realidad del Derecho”, vale decir cómo se presenta. La ciencia del Derecho en sentido estricto trata de ordenaciones jurídicas, de normas jurídica y no de hechos // La ciencia del derecho es la ciencia del sentido *objetivo* del Derecho (es decir no cabe la subjetividad)⁵⁸

LA FILOSOFIA DEL DERECHO. Tres Indagaciones o zonas.–

⁵⁵ Legaz, p.31.

⁵⁶ R.Siches, p.144.

⁵⁷ ibid

⁵⁸ Radbruch. Fil. D.

§28 Recasens Siches enumera no exhaustivamente temas de la construcción que él llama Teoría Fundamental del Derecho, y que los iusfilósofos como veremos, comprenden en la F.D. : tiene que averiguar esa Teoría “en qué consiste el Derecho, para lo cual tiene que averiguar en qué consiste el Derecho, cuál es su tipo de realidad, y cuál es su sentido esencial y tiene que descubrir las notas intrínsecas del Derecho y las diferencias entre la norma jurídica y otras clases de normas – como las morales, las del trato social los mandatos arbitrarios, etc -.; tiene además que poner de manifiesto la estructura del orden jurídico como un todo, y tiene asimismo que aclarar los conceptos universales de sujeto de Derecho, de relación jurídica, de deber jurídico, de derecho subjetivo, etc”.⁵⁹

La Filosofía del Derecho (F.D) va hacia lo más general, lo universal del Derecho, cuestiones no concretas, no en vivo.

Vanni comienza exponiendo tres características (entre otras) del Derecho.

- a) ese es una rama del saber, que es parte de la ciencia jurídica.
- b) es un hecho de la sociedad, un hecho social, un producto de ella
- c) que el Derecho considera la conducta, trata del hacer humano en sociedad.

§29 De esas características deriva Vanni que la F del D tiene **TRES INVESTIGACIONES** (indagaciones) que corresponden a las anteriores adjetivaciones a b y c. Esas tres indagaciones, temas o facetas o secciones de la F.D son:

- 1) la indagación crítica
- 2) la indagación fenomenológica (de fenómeno, lo que se da en la realidad, en la historia)
- 3) la indagación deontológica o axiológica (también llamada “Ética” por Del Vecchio)

§30 *INDAGACIÓN CRÍTICA*

(*Crítica* es análisis, gnoseología; en el sentido de investigación que previamente debe despojarse de prejuicios sobre el tema, de tendencias, tradi-

⁵⁹ Luis Recasens Siches. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho

ciones, etc ⁶⁰) Corresponde a la característica nominada (a y luego 1). “Esta es una investigación relativa al saber jurídico. Por ella debemos indagar cuál sea el fundamento de las condiciones que debe cumplir la ciencia jurídica para estar seguros de la validez y legitimidad de sus resultados

Es una aplicación de la Teoría del conocimiento o Gnoseología (y por eso algunos le llaman EPISTEMOLOGÍA⁶¹ JURIDICA); se aplica al saber jurídico; puede proporcionar una constitución propia del Derecho, investiga qué es el Derecho, su esencia, su *quid* y cuáles son sus caracteres diferenciales, establecer el fundamento del conocimiento jurídico, sus bases últimas, las condiciones y límites de ese mismo saber, sus principios fundamentales, investigar la idea de Justicia que adviene con el origen del conocimiento del Derecho, qué son las relaciones jurídicas dentro de las relaciones sociales. “Además, en tal indagación la F.D. es aquí una teoría de las ciencias jurídica: las clasifica y ordena y reúne en una unidad del saber jurídico que está disperso; demuestra el nexo existente entre las diversas ciencias jurídicas y es así una teoría general del conocimiento de lo jurídico como una unidad, un todo indisoluble, lo audita, le da sus bases, métodos, etc” (*Vanni*).

, (En **parte 4**, a la cual remitimos, desarrollamos en especial los conceptos jurídicos fundamentales –como relación jurídica, persona, institución - y los principios jurídicos)

Dentro de la **indagación crítica** está colocado lo que algunos llaman el PROBLEMA ONTOLOGICO, que consiste en averiguar qué localización tiene el Derecho dentro de la clasificación de los seres (entes*), o “si se quiere, cuál es el ser peculiar del Derecho” pero no aborda su esencia...“se lo ubica en el mundo de los objetos ⁶² y se procede a diferen-

⁶⁰ Así Kant, un gran pietista (religioso), incitó: atrévete, no tengas miedo, piensa libremente, sin ataduras; y analizó la religión desde “la mera razón”.

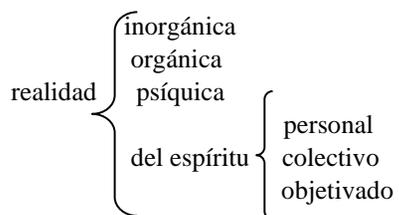
⁶¹ Del griego **episteme**, ciencia o conocimiento. Sería lo que hoy es Teoría del Conocimiento o Filosofía sobre la Ciencia, fundamento de ésta.

⁶² Abundamos sobre ello: La Ontología enseña: la **realidad**. Según algunos Ontólogos ella puede dividirse en Naturaleza y Espiritual; en esta última Hegel situó el Espíritu objetivado. Este consiste en “las creaciones espirituales del ser humano, que produce obras culturales que cobran independencia de su autor” (autor= el grupo), y ello es consecuencia de la interrelación de los espíritus o conciencias de los

ciarlo de otros objetos culturales... que también contienen imperativos como la moral, los usos sociales, la costumbre, etc” (*Abelardo Torr e*).

(*ente es toda cosa, todo lo que tiene ser: esta silla, la sociedad, el sentimiento, etc)

Ya tratamos en  15 las *capas de la realidad* ⁶³. Remachamos con alguna repetición: Pescador ⁶⁴ muestra una clasificación aceptable de los entes, que sintetizamos:



Entendiéndose en claro el binomio “inorgánica (ej.metales)-orgánica” (ej los animales), solo matizamos la diferencia entre lo *psíquico* y lo *espiritual*. La psiquis, dice, la tienen aun los animales, pero no espíritu; el espíritu envuelve la conciencia y ésta solo la tiene el ser humano. El espíritu es primero personal, individual o interpersonal; luego se forma colectivo (est  en el grupo que convive con pensares y sentires en común y a veces se habla de “alma popular”) y un producto que arroja éste último es el **espíritu objetivado** co-

miembros del grupo; el espíritu colectivo produce la leyenda, la costumbre, el lenguaje, el Derecho, etc; Este último es pues, objetivación, creación cultural que luego el mismo hombre encuentra frente a él y muchas veces contra él.. El Derecho es ya un ente con independencia de la sociedad que lo creó.

⁶³ Ferrater Mora ilustra sobre el vocablo “realidad” que hemos analizado en n.p. de  15., lo que repetimos abusando de la paciencia del lector: esa dicción significa “todos los objetos que hay” o “todo lo que existe en este mundo”. A veces se dice “esta o aquella realidad”, como si hubieran varias *realidades*, pero la expresión “aquella realidad” o “esta realidad” quiere significar un objeto que forma parte de la realidad entera de este mundo. (*F Mora, Fundamentos de Filosofía. Alianza.*)

⁶⁴ Augusto Pescador. *Ontología*. Losada. p.40.

mo explicó Hegel: este *objetivo* u objetivado está constituido por todos los productos culturales materiales e inmateriales que crea el grupo humano históricamente ⁶⁵. Allí está el Derecho, la Religión, la ciencia, el arte, el lenguaje, la leyenda, la tradición, etc.; no creados por un individuo, sino por la sociedad entera en su evolución y a ella pertenecen y la identifican.

Se denominan también *objetivaciones*. “Estas “son resultados de actos...llevados a cabo por personas dentro de una comunidad...situaciones de tradiciones históricas. ..Son “los calificados a veces de productos culturales o artefactos culturales...objetos fabricados, instituciones, lenguajes, costumbres, creencias, ideas, teorías, valoraciones, fabulaciones,etc. ..”las objetivaciones no están desligadas del nivel físico. ..las objetivaciones se encarnan en objetos físicos: los cuadros, en telas,; las instituciones en organizaciones ..las creencias, ideas, teorías, fabulaciones en lenguajes que se manifiestan en sistemas de símbolos orales o escritos; las costumbres en modos de actuar que se expresan físicamente (saludos, ceremonias, etc) ⁶⁶

(remitimos al Complemento sobre esta región en *Parte 4*)

§31 INDAGACIÓN SINTÉTICA O FENOMENOLOGÍA JURÍDICA.

Corresponde a la característica (a) dicha supra, de ser el Derecho un producto social. Legaz dice: el D es una forma de vida social.

Observamos que el Derecho es un fenómeno que se produce en la sociedad tras un proceso de formación histórica y por esto existe actualmente en las diversas condiciones de lugar y tiempo, y en las diversas sociedades humanas asume diversas formas; ha tenido, pues un origen y una evolución, una serie de transformaciones en la historia. Ese conjunto de transformaciones históricas a través del tiempo, lugares, es la fenomenología jurídica, (fenómeno es lo que aparece, lo que se da; *fenomenología* será el estudio del fenómeno, en este caso del “fenómeno Derecho”). Esta fenomenología la tratan las diversas ciencias jurídicas como la Historia del Derecho, la Sociología del Derecho, legislación comparada, etc. Pero estas ciencias que tratan de la evolución

⁶⁵ Vale decir el espíritu grupal está representado en un objeto, a veces visible, palpable, como un monumento, a veces inmaterial como los dioses griegos, la idiosincracia; el espíritu se hizo objeto.

⁶⁶ José Ferrater Mora. Fundamentos de Filosofía. Alianza

y transformación estudian cada fenómeno, cada época, cada mutación, es decir son particulares, no generales, no abarcando la transformación o leyes de evolución del Derecho (notar: leyes de la evolución, no la propia evolución histórica). Esas ciencias analizan cómo el Derecho persa se combinó con otros, cómo en Roma y en cierto siglo se consideraron ciertas instituciones, etc. “Estas ciencias explican el campo de lo particular, estudiando las instituciones jurídicas en determinados pueblos y en varios momentos históricos (*Vanni*). De las observaciones particulares surge por inducción lo general; “es preciso estudiar el proceso de formación histórica del Derecho en su origen y en su evolución; además de las variedades accidentales hay que estudiar los elementos constantes y uniformes en esos cursos de evolución, “pues sabemos ya que de la uniformidad surgen las leyes” (las leyes expresan lo uniforme, lo único, lo general). Interesa, pues lo general, generalísimo, las leyes a las que obedecen las mutaciones, los cambios. ¿Por qué si se da A siempre adviene B en todo tiempo y lugar?. Y esa es ya indagación fenomenológica-filosófica, que no ve el fenómeno en sí sino la ley que se oculta tras el venir uno y otro fenómeno. Y explica *Vanni* que por eso de unificar, de sintetizar los cambios, se denomina “sintética” a esta faceta de la FD, ya que sintetiza en esa generalización, el por qué de los cambios y evolución. Hay evolución y leyes que rigen la evolución.

Ilustra más: para ese descubrimiento hay que poner en relación el fenómeno jurídico con los demás fenómenos que se dan con él juntamente en la realidad. Fenómenos sociales como población, economía, moral, religión, política, están indisolublemente unidos entre sí y efectúan recíprocas influencias. Por consiguiente, cada fenómeno social debe integrarse y está emparentado o supeditado al fenómeno social en la F.D.

El meollo de la FD en esta investigación no es cómo y por qué se transformó la institución A en B, que es cuestión singular de tiempo, de un lugar y es investigación histórica, no filosófica (ej. la Monarquía absoluta en constitucional en Inglaterra; el esclavo en supeditación feudal se hace siervo). La tarea de la F.D es averiguar las leyes que rigen esas transformaciones del D, sea persa, alemán, del siglo X o del siglo XIII, descubrir leyes constantes más o menos parecidas a las naturales (no iguales) que están escondidas y bien determinantes en todo cambio sucedido, cambio “indetenible” que vemos en la sociedad. Una idea de esa tarea viene a ser la de Marx y Engels descubriendo las leyes dialéctico-históricas que explican las transformaciones de la economía, y ésta influyendo sobre la ideología; y más: dentro de ésta última está el pensamiento jurídico.

Y también se atribuye a esta faceta (de la F.D) la necesidad de “una investigación más elevada acerca de lo que el Derecho ha efectuado en relación con el desarrollo de las sociedades humanas en torno a función ejercida en la historia de la civilización”. En qué ha contribuido al progreso, que algunos denominan “un plan escondido en el mundo”.

§31 bis.- Comte elaboró una ley que podría ser ejemplo (aunque no la verdad), la ley de los tres estadios: primero el Teológico, en el cual el Derecho provenía de la voluntad de Dios y mandaban los sacerdotes; en el segundo estadio, el metafísico, saberes jurídicos deducidos de la contemplación, es la edad de los juristas; el tercer estadio, el positivo, “cambiaráse el Derecho en Sociología y las vaciedades metafísicas en científicos saberes sociológicos” (*Elías Díaz*)

Un cambio (fenomenológico) que se dio en todos los países en cuanto al desarrollo del Derecho creemos que es: el nacimiento del sistema jurídico fue primero consuetudinario, reglas consideradas como obligatorias, de tradición, y luego aparece el escrito, y posteriormente lo que Vanni llama el Derecho reflexivo, de los sabios legisladores y de los Jueces.

§32 *INDAGACION DEONTOLOGICA (que Del Vecchio llama Etica) o AXIOLOGÍA JURIDICA O ESTIMATIVA JURIDICA.*

Ella se entiende en una evaluación, ya que no cabe a la Filosofía quedarse con la contemplación de los hechos, de lo que es y de lo que se percibe. “Surge así la exigencia de una inducción ulterior que establezca si lo que es tiene razón de ser y si lo que es debe ser, o debe ser de otro modo” Y proviene esa necesidad de que el Derecho se refiere a normas de conducta: fundamentar por qué debe actuarse así; un fundamento racional, ético.

Es, dice Vanni porque en la formación histórica del Derecho no solo se han tenido influencias materiales, sino también de un elemento subjetivo, un compuesto racional, de voluntad; este elemento interviene a veces inconscientemente pero de manera espontánea. Siempre ha estado presente la idea de “lo mejor”, lo más plausible, una sanidad, buen fe, justicia”. Lo tradicional siempre ha sido comparar con esas ideas modelos el Derecho producido por el grupo. “Debemos indagar si las instituciones vigentes corresponden a las exigencias racionales y si son intrínsecamente justas. De esta indagación podremos sacar los criterios de ensayo en las instituciones vigentes y consejos para cuando sea necesaria la reforma, e imprimir así a la actividad legislativa una dirección científica y racional”.

LOS VALORES JURIDICOS

(dentro de la faceta axiológica de la F.D)

§34 **De los valores en general.**-La rama de la Filosofía general que estudia los valores es denominada Axiología o Deontología. Ortega y Gasset y otros le llaman Estimativa, de “estimar. Lenin; Marx, Engels y los seguidores afirmaron que los valores son representaciones sociales, creaciones del grupo, obras de la Razón humana, pues reflexionó el líder ruso que en la edad de los dinosaurios, cuando no había aparecido el hombre, no podía decirse que *era injusto* que un animal devorara a otro; que los valores fueron creación humana, esas ideas como la Justicia - y así lo estableció Hegel - que luego se consideran paradigmas, arquetipos, ejemplos perfectos que hay que alcanzar o imitar, ya que tienen una imperatividad. Platón les llamó “las ideas”, conforme las cuales está hecho este mundo aunque advirtió que ninguna cosa que vemos iguala a tal idea respectiva. Así, dijo, algunas cosas “participan” (o sea *tienen algo*) de la Belleza, pero solo son más o menos semejantes a ella. Los valores son: religiosos como la piedad, la misericordia ; éticos como la lealtad y la honestidad, artísticos como la belleza; científicos, como la verdad; vitales, como la salud; jurídicos, (estos abordados en §38); y así otras esferas estimativas..

§35 **-El objetivismo (o absolutismo) y el subjetivismo (o relativismo) en la Axiología.**

Las corrientes discuten (i) si los valores dependen de la subjetividad del individuo (gustos, tendencias, estado de ánimo, etc) o (ii) si ellos tienen una entidad que no toma en cuenta esa tal subjetividad, que existen de por sí, independientemente de que se perciban, de que se sepa de ellos, no importando si se “estimen “ o no, tal como la doctrina platónica los imaginó: allá están y algún día van a ser percibidos. Esto último es “absolutismo” u objetivismo, que sostiene que los valores “son invariables, absolutos, eternos”...Que “los valores no cambian al correr de la historia, sino solo la actitud del hombre respecto a ellos” Hay variaciones en su apreciación. “Una cultura exalta más los valores vitales, otra en cambio los religiosos” y así. “Pero por encima de este continuo cambio los valores permanecen en sí mismos absolutos e inalterables. La historia pasa, pero los valores que en ella se realizan son eternos”⁶⁷.

⁶⁷ De Eusebi Colomer, “Historia de la Filosofía”, quien cita a Max Scheler

Son, pues, *apriori*. En cambio el **subjetivismo** o relativismo sostiene que “los valores dependen de una serie de condiciones subjetivas, culturales, etc” Y ejemplifica “¿Qué valor estético tendría la pintura si los hombres no tuvieran ojos?...¿Qué sentido tendría la música si Dios nos hubiera condenado a una sordera eterna?”⁶⁸

Frondizi, filósofo argentino nos hace advertir de bulto una distinción: a) que hay allí un objeto al que nos referimos, y b) que usamos, tenemos nuestra subjetividad como instrumento para apreciarlo; tal – dice- la verdad. Que Pedro sepa la verdad, que es objetiva, y la expresa a Juan y éste se equivoque y la tome como mentira (es decir considera que no existe tal verdad). Esto último es solo la subjetividad de Juan, la valoración que hace él, lo que sucede en su espíritu. Así, digamos “lo agradable”, término con el cual nos referimos a un manjar – que es algo objetivo – al cual valoramos de “agradable”. “Lo agradable” es atribuido aquí al objeto; la calificación que le damos depende de nosotros, pues alguien puede decir que no le agrada. El valor que le damos se refiere al “agrado”, que estará *contenido en el objeto* según unos y no contenido en él según otros. Es subjetividad la que utilizamos, pero no por eso vamos a decir que los valores son subjetivos, que dependen del individuo.⁶⁹

Fines y valores.

§36 _Es claro que el ser humano se propone finalidades, unas actividades teleológicas, es decir aspira la consecución de ciertas metas, pero lo guía en ese camino lo que considera valioso; “la actividad que se orienta hacia un fin presupone en el sujeto de la misma, un juicio positivo sobre la valiosidad de

⁶⁸ De Rizieri Frondizi, Qué son los Valores. FCE

⁶⁹ El tema de los valores ha sido muy controversial ¿estarán “allí”, existentes y hay que descubrirlos conforme nuestra cultura o avance de civilización? Antes fue alabada la valentía del gladiador, la actitud del vengador. Ahora está vigente la dignidad y se repudia la venganza. Otra inquietud de los axiólogos es si en cuanto a la clasificación de los valores hay una clase preferida: Max Scheller establece que en el grado más bajo están los referidos a “lo agradable y desagradable”; siguen los vitales, como la salud, la vejez, el agotamiento; en tercer lugar, los espirituales (preferir, amar, odiar) y dentro de los espirituales los del conocimiento; encima de éstos, los religiosos.(Cfr. Frondizi)

aquello a que aspira. Los valores, pues, condicionan a los fines, no a la inversa”. “En el caso del Derecho habrá que decir, por consiguiente, que los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que ese Derecho tiene la misión de realizar” (Maynez). Así, si un Gobierno aspira a un desarrollo educativo, tendrá como valiosos: la devoción al estudio de los muchachos, la laboriosidad de los profesores, la investigación científica, la asistencia de grandes sabios, la productividad de libros, etc.

Abusando nos atrevemos a diferir un milímetro del sabio: en ciertas épocas los valores, ya existentes en el grupo, se han tenido como instrumentos para los fines del grupo. En los pueblos cuya finalidad era la expansión territorial por la conquista, se había cultivado coetáneamente o antes, la valentía, la temeridad, el arrojo, la devoción al Caudillo, un cuasi-desprecio por la vida.

§37 *Los fines mediatos del Derecho son señalados por LA POLÍTICA.* Estando el Derecho dentro de la cultura, al alcanzar el grupo el grado de civilización – y con instrumentos para llegar a la meta señalada,- se llena de los fines que la ideología social enumera. El propósito del grupo, el *desiderátum* a perseguir, lo puntualiza la ideología. El Derecho tendrá fines inmanentes, próximos, pero tiene también mediatos, los que marca el contenido social del grupo. Así, lo inmediato consistirá en la eficacia de remover dentro del grupo las molestias internas que la conducta de ciertos convivientes ocasiona, pero eso no es la sustantividad del Derecho sino sólo ha querido remover el obstáculo que esa conducta significa para la continuación del camino impuesto, para la carrera hacia los fines más elevados, que son mediatos.(cfr.*Kant*)

§38 *Clasificación de los valores jurídicos.*

Maynez clasifica los valores j. así:

- Valores *fundamentales*, los comúnmente mencionados: justicia, seguridad jurídica y bien común.
- jurídicos *consecutivos*, los que son consecuencia inmediata de la armónica realización de los fundamentales. Los más importantes – entre aquellos- aunque no los únicos- son la libertad, la igualdad y la paz social.
- Valores jurídicos *instrumentales*- Su denominación se aplica “por nosotros a los valores que corresponden a cualquier medio de realización de los de ca-

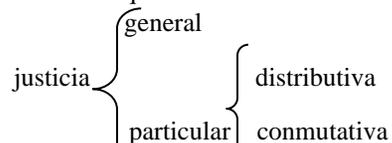
rácter fundamental y de los consecutivos. Se trata para expresarlo en una sola palabra, de los que los juristas germánicos dicen de adecuación final o teleológica (a concretizar). Las llamadas garantías constitucionales y en general, todas las de procedimientos, valen instrumentalmente en la medida en que fungen como medios de realización de valores de cualquiera de las otras especie.” (Maynez) Tendríamos aquí las formalidades, la oportunidad de ser oído, el non bis in ídem, la irretroactividad, la intermediación del Juez, etc.

§39 *De los valores fundamentales:*

LA JUSTICIA la trató Aristóteles y la división por él hecha ha sido desde entonces aceptada. La justicia, demostró, depende de la consideración del binomio igualdad-desigualdad, o sea debe conjugarse con éste a modo de conseguir una proporción, ya que si se trata con extrema igualdad no hay Justicia. Así, dijo: si a los que tienen más se les exige la misma cantidad a que están obligados los que tienen menos, no se está aplicando la igualdad. A los desiguales, con desigualdad, dijo.

Santo Tomás de Aquino (S.XIII) interpretó al Estagirita, así: la Justicia general sirve como instrumento del grupo (Estado) para formar el bien común, digamos el Tesoro Público, para lo cual impone cargas. Estas serán más graves para “los que tienen” y suaves para los desposeídos. Formado el patrimonio estatal (incluye elementos ideales), hay un reparto (distribución del bien común) hacia los particulares (bienes, derechos, privilegios); y ya ingresamos en la zona de la Justicia particular, la que tiene efecto en la zona privada, tiene referencia a aquello de lo que puede disponer el ciudadano, lo que ya es de él; éste en sus transacciones está envuelto en la Justicia conmutativa: el negocio justo es dar por lo recibido; siempre la proporción, un viso de igualdad.

El esquema aristotélico sería:



§40 La **conmutativa** opera en el Derecho Privado, cuando se contrata o pacta y se observa entonces que la equivalencia de los bienes es real: el di-

nero por el bien que se vende o la reparación de un daño, calculando el dinero necesario para reparar la pérdida que sufrió alguien; y la **distributiva** opera en el Derecho Público en el reparto de bienes, obligaciones, tributos, honores, etc.; ejemplo la distribución de los impuestos; aquí se tiene en cuenta la igualdad pero proporcionalmente: todos pagarán sus impuestos, pero pagará más el que más tiene y menos el que menos tiene. Proporción⁷⁰. “Se da cuando a personas con méritos iguales se les da partes iguales”.

También, dijo Aristóteles, hay **Justicia reparadora o represiva**; en la cual la ley considera “a las personas como completamente iguales. Solo se cuida de averiguar si el uno ha sido culpable, si el otro ha sido víctima; si el uno ha cometido el daño y si el otro lo ha sufrido”. En estos casos (de reparación debe usarse lo que llamamos “lo justo”; en resumen “lo justo (o justo medio) que tiene por objeto reparar los daños es el medio entre la pérdida o el sufrimiento del uno y el provecho del otro”. Bien se nota que Aristóteles siempre alude a una idea de igualdad en su tratamiento de la Justicia

LA EQUIDAD. Aristóteles descubrió o fue el primero en tratar sobre ella, inmiscuyéndola dentro de la justicia singular, la que se atiene al caso de la vida, la situación terráquea, y a lo que Maynez llama “la Justicia en su más alta concepción”. Y en efecto dice Dorantes, hay justo legal, según la ley, y necesita ésta una rectificación. La equidad viene a corregir los errores o a llenar los vacíos de la ley. No puede el legislador prever todos los casos que pueden presentarse en la realidad, ni puede preverlos siempre con justicia. La legislación del Estado, por eso, no debe ser dura e inflexible como el granito, sino dúctil y maleable como la cera. Por consiguiente, dice Aristóteles, el hombre equitativo es el que no sostiene su derecho con extremado rigor sino que, por lo contrario, cede de él aun cuando tenga en su favor el apoyo de la ley”. (*Dorantes, p 207*). Por eso dijeron los romanos: “*summn ius suma injuria*”, queriendo significar que el estricto derecho, el que no admite excepciones, es una suma injuria o sea daño, ya linda con la injusticia.

Ya que el Derecho creado por el legislador no es perfecto sino general, casi abstracto, es necesaria la equidad del Juzgador. “La equidad consiste en la consideración de un caso individual para darle una solución adecuada a

⁷⁰ Radbruch

sus exigencias particulares. La ley, la justicia, lo justo legal, tienen un carácter general; la equidad se refiere a las circunstancias concretas de un caso particular”⁷¹ En esta tarea de ser equitativo el Juez a veces desecha la norma o le da un alcance jurídico distinto del que hasta entonces se le ha asignado.

Aristóteles comparó la equidad con la regla de plomo que usaban los arquitectos de Lesbos, regla que medía los desniveles, los huecos, los desvíos, las curvas. Se revela la importancia de ella en las leyes cuando se establece: “según el criterio del Juez”, “según reza conveniente”, etc., y se establecen consideraciones de “eximentes”, “atenuantes” o sea consideraciones de casos singulares.

§41

a) **LA SEGURIDAD JURÍDICA.** El término no se refiere cabalmente a la seguridad física, a la protección de peligros, etc, aunque está arropada. Aquí la **seguridad** es certeza, saber a qué atenerse en cuanto a una actitud; haber confianza en el orden establecido, confianza en que las situaciones que se enfrentan serán resueltas por los funcionarios conforme la regulación previa. Al decidir ellos distintamente en los casos de la mismas categoría, no hay seguridad; no la hay “si no es posible conjeturar qué decisión formularán en cada caso”. Tampoco la hay cuando los reglamentos dictados son contradictorios. La seguridad *de la orientación del Estado* se obtiene, p. ej. en el plano de la actividad legislativa legislar con claridad, precisión y congruencia de las prescripciones legales; en el de la actividad jurisdiccional, la correcta inteligencia de esas prescripciones por parte de los encargados de aplicarlas y en la formación de una jurisprudencia bien definida y libre de antinomias” (*G.Mayne*). También juega el papel de dar seguridad el “*stare decisis*” concebido como una Jurisprudencia que es permanente por cierto tiempo razonable (“cierto tiempo” porque la Jurisprudencia de los altos Organos se nutre constantemente de nuevas corrientes teóricas y no debe estar anquilosada, vale decir no es extraño que cambie). Son otras instituciones que revelan la persecución de la seguridad jurídica: la irretroactividad de las leyes, el non bis in ídem, la exigencia del “Juez natural”, la caducidad, la prescripción, la presunción de Derecho, los formalismos estrictos en la contratación; la denega-

⁷¹ Cfr. Ducci Claros.

ción de que implique Derecho toda costumbre (por ser sus normas inciertas e imprecisas- v.§56).

§42 Radbruch enumera las condiciones a llenar para que efectivamente se dé la seguridad jurídica:

1) que el Derecho sea positivo (v§54), que se halle estatuido en leyes.

2) que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del Juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de “la buena fe” o el de “las buenas costumbres”.

3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean “practicables” (diríamos “bien definidos”); para ello no hay más remedio que aceptar, a veces conscientemente su tosquedad, como cuando por ejemplo se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace vgr. al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos.

4) finalmente el Derecho positivo – si se quiere garantizar la seguridad jurídica - no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley; los checks and balances – frenos y contrapesos- de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista una garantía de la seguridad jurídica. Legaz y Lacambra recuerda que el Derecho tuvo como finalidad en su origen histórico, establecer un orden, fueron consideraciones teleológicas, de organización y eso es lo que persigue la seguridad jurídica: asignar grados, jerarquía, funciones, regular la conducta a observar por los del grupo, excepciones como los privilegios, etc; En cuanto a la conducta, reflexiona: aunque el Derecho sea injusto, pero se prevé qué consecuencias llevará su transgresión - talvez el castigo demasiado cruel - por ello constriñe a conducirse como el precepto mande. Por eso cita a Goethe, quien dijo: si me dan a escoger entre la Justicia y la seguridad, prefiero la seguridad

§43 **Los valores Consecutivos.**-De los valores *consecutivos e instrumentales* podríamos decir que no son cabalmente valores, sino concretizaciones

de los fundamentales: así en el Proceso judicial encontramos “la igualdad de armas”, que es hermana de la Justicia: tratar por igual a los contendientes; el derecho de defensa que también es calcomanía de justicia y seguridad del justiciable. Desarrolla el tema el sabio para mostrarnos más terráquea la Filosofía: algunas instituciones son, digamos, para el logro de un fin principal, pero también se mezcla la consecución de los demás valores fundamentales. “Las destinadas al ejercicio de funciones de naturaleza jurisdiccional, por ejemplo, son instrumentos cuyo fin supremo es dar vida al valor de lo justo; pero es obvio que al propio tiempo fomentan la seguridad y el bien común; (de la seguridad menciona la prescripción, la caducidad, la preclusión en los juicios, la cosa juzgada, etc); las creadas para el cumplimiento de funciones administrativas, en cambio, tienen como meta más importante satisfacer intereses generales y por ende, están primordialmente al servicio del susodicho bien, sin que ello impida que a la vez realicen, aunque en menor escala, otros valores como la justicia.” Y luego examina la labor legislativa. “como ésta debe hallarse al servicio de todos los valores jurídicos, resulta imposible sostener, cuando dicha actividad se observa en conjunto, que su fin consiste en realizar uno u otro de esos valores.” Examina el caso de cuando el legislador le da al Juez la facultad de resolver los casos tomando en cuenta la singularidad; y entonces, dice, “aplicando criterios de equidad, colme los vacíos de las fuentes formales”, y así le ofrece al Juez “que realice la justicia en la más alta de sus formas, que es la del caso singular”

§44 C) **EL BIEN COMUN.**- Este no es un bien físico que pertenece a todos los miembros del grupo como un parque, una calle, y tampoco es el conjunto o suma de los bienes de todos. El concepto es abstracto; Dorantes cita a otro autor: “el bien común es el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humano puede cumplir su destino natural y espiritual” Radbruch⁷², lo considera con un sentido específicamente social; es el bien de todos o por lo menos del mayor número de individuos posible, el bien de la mayoría, de la masa. No es feliz esta concepción, sino en otro punto de vista que expresa Radbruch; tiene el carácter de una institución

⁷² Gustav Radbruch. Filosofía del Derecho

y entonces el bien consistiría en la realización de ciertos valores impersonales, cuya importancia radica en ellos mismos; tenemos como ejemplos, el arte y la ciencia; el bien común atiende al interés de los individuos, al interés de una personalidad colectiva como el Estado o la realización de valores culturales. Y concluye Dorantes: “el bien común es el bienestar de la mayoría de los individuos de una sociedad organizada políticamente. Para Dorantes “el vocablo bien como uno de los fines cardinales del Derecho, está tomado en el sentido de relativa calma, tranquilidad normal, paz regular, que pueden ser rotas eventualmente (no nos imaginemos un bien físico en co-propiedad). Quizá en el fondo del concepto de bien común no se encuentre sino la defensa de la mayoría débil en contra de la minoría fuerte de que hablaban los sofistas y que daría nacimiento a la famosa teoría del contrato social. El bien común sería entonces la justa organización de la sociedad para que el individuo no se haga justicia a sí mismo ni cometa injusticia impunemente. ...El bien común sería en consecuencia, la relativa seguridad de que goza el hombre en una sociedad organizada jurídicamente y los beneficios que de ella obtiene.” (*Op cit, p.211*)

Preciado Hernández especifica más: habla del bien común de la especie humana como el acervo cultural y civilizador, las ciencias, etc; asimismo existe el bien común nacional, que viene a ser la participación de un pueblo determinado en el bien común de la especie humana, participación a veces de siglos, que imprime un estilo de vida a los miembros de la comunidad de que se trate, dándole así una fisonomía o rostro nacional; es la comunidad fundada en vínculos naturales y culturales, como la sangre, la religión, el lenguaje, la cultura o la civilización, las tradiciones y costumbres, etc. Y existe el bien común público, que consiste esencialmente en la creación estable y garantizada de condiciones comunes, tanto de orden material como de orden espiritual, que sean las más favorables, de acuerdo a las circunstancias para la realización del bien común propio de cada uno de los individuos y de los grupos sociales que integran cada Estado.

Conclusión sobre las tres facetas de la FD.

Ahora que hemos examinado las tres “caras” o zonas de la Filosofía del Derecho, podemos unificarlas, para entender su función por entero.

§44 b- **Unidad indisoluble de las tres Indagaciones.**

Las tres investigaciones de la F.D son distintas pero inseparables cada una presupone las otras y recíprocamente se completa. Y en base a ellas da Vanni su definición de la Filosofía del Derecho:

“La Filosofía del Derecho es la ciencia que, al mismo tiempo que (i) integra a las ciencias jurídicas en la unidad de sus más generales principio, (ii) incorpora el Derecho al orden universal, en relación al cual explica la formación histórica del Derecho en la sociedad humana (iii) indaga desde el punto de vista ético las exigencias racionales” (separaciones nuestras)

PARTE 3 – POSITIVISMO JURIDICO. DERECHO NATURAL (iusnaturalismo). DERECHO POSITIVO.

-el positivismo jurídico - el Derecho natural.-defensa de Legaz y Lacambra - el Derecho natural es un ideal a realizar- la postura de Recasens Siches-defensa de Puffendorf- derecho positivo, -legalidad y legitimidad - validez, eficacia- el Derecho consuetudinario,- distinción filosófica entre iuspositivismo y ius naturalismo.- iuspositivismo de Kelsen en la definición Del derecho. -su Teoría Pura del Derecho-el ordenamiento jurídico - la pirámide jurídica.

§45 **-El positivismo jurídico** se derivó del positivismo filosófico. Este sostiene que todo supuesto conocimiento filosófico o metafísico es una fantasía ya que no usa de la medida, de la experimentación, de la observación de la realidad ⁷³, lo que sí hacen las ciencias, que son prototipos de la certeza, de lo exacto, de lo indudable, etc.. // Esa tendencia filosófica surge en Francia con Augusto Comte (1798-1857) y se prolifera en la segunda mitad del S. XIX. Se caracteriza por la sacrosantificación de la ciencia, la exaltación de

⁷³ G. Morente, Op. cit

ésta como única guía de la vida particular y asociada del hombre, esto es, como único conocimiento exacto, única moral y única religión posible. Las tesis fundamentales de esta corriente son entre otras: que la ciencia es el único conocimiento posible y el método de la ciencia es el único válido; los ejemplos que manejan son la física, la química, la matemática, etc; por lo tanto recurrir a causas o principios no accesibles al método de la ciencia, no origina conocimientos; y la metafísica que precisamente recurre a abstracciones carecerá de valor. El **p.** menosprecia la Filosofía calificándola de juego, novela o entretenimiento; que el método de la ciencia es loable por descriptivo, en el sentido de que describe los hechos y muestra las relaciones constantes entre éstos, relaciones que se expresan mediante las leyes; y éstas permiten la previsión de los hechos mismos (a veces para evitar que se den) o en el sentido que muestra la génesis evolutiva de los hechos más complejos partiendo de los más simples. El positivismo quiere en todo causa y efecto, relaciones cabalmente explicadas, rigurosidad, exactitud, medidas, etc., no postulados, reflexiones, supuestos. Los positivistas, por lo anterior, privilegiaron el método inductivo. “Este es el método de las ciencias naturales, y la ciencia natural era el modelo para ellos”.

§46 **Objeción contra el positivismo** (filosófico) que hace García Morente ⁷⁴: la ciencia no puede derivarse de abstracciones: la ciencia se dice trabaja con relaciones por ser universal; de esa manera con esa abstracción ya se incursionó en la Filosofía ¿Qué es una relación? Eso tan abstracto lo explicará la Filosofía. Por otro lado *la vida*, de que se ocupa la Biología, no es investigación de ésta (un ejemplo), sino de la Filosofía. Otro argumento: cuando decimos “el árbol”, ya hemos hecho abstracción (en la Botánica) de todos los árboles para aparecer como objeto de la ciencia una idea universal: “el árbol”, “la planta”, y no este guayabo de mi patio; de esa manera siempre en nuestro entendimiento hay abstracción, contra la cual pelea el **p.** siendo imposible eliminarla para el entendimiento de la ciencia.

§47 **En el positivismo jurídico**, dijeron los seguidores, tenemos que estudiar el Derecho de un país, de este otro, etc y así inductivamente extraer de

⁷⁴ Manuel García Morente. Lecciones Preliminares de Filosofía

las normas examinadas los conceptos jurídicos, pues el conocimiento intelectual es eso: conocer, no imaginar, no valorar, etc.. Hans Kelsen (1881-1973) gran maestro de la “Escuela Vienesa”, escribió su Libro “Teoría Pura del Derecho” (1911), en el que abordaba las categorías del Derecho limpias, puras, dijo, sin inmiscuciones filosóficas o éticas, políticas, sociológicas, sin iusnaturalismo. Asimismo no deben introducirse en lo jurídico cuestiones subjetivas como los valores (no a la Justicia). Kelsen dijo que de la Justicia no hay un concepto en serio sino solo subjetividades, ya que depende de cada individuo decir “esto es justo” o “esto es injusto”; y se ve que en un país es justo algún acto pero al cruzar la frontera en el otro país es un delito. No hay pues, universalidad en el conocimiento jurídico en esos casos, sino solo relativismo. En cambio en la verdadera ciencia, no dice el químico: “este gas no debía dar el resultado que dio, pues es injusto”; no dice el zoólogo: “es injusto que el lobo devore a la oveja”. Los positivistas en su tarea de desechar opiniones, subjetivismos de los juristas, dijeron que hasta una interpretación ya es “política”; que tomar una decisión ya no es un hacer jurídico pues la Ciencia del Derecho tiene por finalidad conocer, no actuar.

Norberto Bobbio en su obra **Positivism Jurídico** expresa cinco puntos que caracterizan esa postura: a) el Derecho es la voluntad estatal; b) la norma jurídica es un mero mandato; sólo esto. c) la fuente del Derecho es sólo la ley; la costumbre debe tomarse cuidadosamente; d) el ordenamiento jurídico es lógicamente cerrado, no puede concebirse con lagunas o vacíos ni antinomias; e) en la ciencia del Derecho: la tarea del jurista se limita a interpretar el saber existente, nunca otros, nunca nuevos.

§48 A pesar de alabar tanto la inducción ocurrió una gran contradicción, pues “hicieron ver la necesidad de que el estudio del Derecho positivo fuera precedido de una “Parte general”, dirigida a sistematizar según un orden lógico los conceptos y las proposiciones de carácter general. De esta forma, elaboraron conceptos tales como los de sujeto de Derecho, Derecho subjetivo, acto jurídico, persona, etc. por vía racionalista, deductiva (óigase)” y de estos conceptos derivar otros sólo por la Lógica, por trabajo de mera elucubración, olvidándose de su necedad anti-abstractista, haciendo así a un lado su regla de que todo debía ser arrancado de la experiencia. De allí surge la **Teoría General del Derecho**, concebida como una parte general dogmática dirigida a sistematizar según un orden lógico los conceptos y las proposiciones de ca-

rácter general, lo que resultó una confusión pues cada sabio hacía su “pronuario” respectivo, que casi siempre no coincidía con el de otro.⁷⁵

Con todo su rigor lógico (que admiran muchos tratadistas) sin embargo se contradijeron pues usaron conceptos como “relación jurídica, “persona”, que sabemos que son abstractos. Y aun el máximo representante, Kelsen, no supo explicar lo que él llamaba “Norma fundamental”, la Norma que está detrás de la Constitución y que no intuible, abstracta; no pudo fundamentarla jurídicamente sino por medio de una solución de facto, como expone-mos adelante, en §64. (Esa labor de construcción que se propagó se denominó *conceptualismo*, que dio origen a la llamada *Jurisprudencia de Conceptos* (que desarrollamos en §8 y agregamos adelante en Parte 4)

. “En la actualidad el positivismo filosófico y jurídico, pese a tener ilustres representantes, ha decaído” (*Galindo Pohl*)

EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO.

§49 *EL DERECHO NATURAL.*⁷⁶

A qué se llama *Derecho natural*. Se alude a él cuando se alega un régimen no calcado en las leyes positivas, pero se dice superior a ellas, anterior, más valioso que ellas y como un modelo al cual deben ajustar. En la Constitución salvadoreña de 1886 prescribía un artículo: “El Salvador reconoce derechos anteriores y superiores a los escritos”

La postura que no les pareció a los teóricos fue concebir ese derecho (nat) como un conjunto de principios unitarios, universales, e inmutables, con existencia propia, un cuerpo con entidad independiente del ser humano, trascendente, que era necesario descubrir.

⁷⁵ Cfr. Fasso, p.154.

⁷⁶ La idea de un “derecho natural” es antigua; se conoció en Grecia y Roma; y ya en el S.XVII y XVIII surge la “Escuela del Derecho natural”, formada por genios como el holandés Hugo Grocio (en su libro *De Iure belli et pacis* de 1625) la siguen Hobbes y Locke, Spinoza, Puffendorf, Leibniz, Tomasio, Wolf, hasta llegar en Francia con Rousseau. (cfr.Vanni, p. 244, Elías Díaz). Kant tiene a ese derecho como fundamento racional del D. positivo.

Desde antiguo los filósofos señalaron varias diferencias entre ese derecho originario y el positivo o estatal, de las cuales recoge Bobbio ⁷⁷ estas:

- el natural vale para todos; el positivo vale sólo en determinados lugares.
- el natural tiene inmutabilidad en el tiempo, el positivo cambia
- el natural se origina en la naturaleza racional del ser humano; el positivo, en la potestad del Gobernante
- el natural es conocido por medio de la razón, el positivo por medio de su promulgación
- el derecho natural establece lo bueno, el positivo lo útil.

El derecho a la vida, el derecho a la propiedad se dicen naturales. Todos los derechos humanos contemplados en los diversos tratados internacionales se califican de naturales como indicando que vienen con la propia naturaleza humana, originarios.

El Derecho natural es un ideal a realizar.- Del Vecchio en su *Filosofía del Derecho* defiende: “las objeciones formuladas contra el Derecho natural no tienen fundamento bastante. Echan en cara al Derecho natural el que no siempre se halla confirmado en los hechos, el que es una mera idea. Se dice por ejemplo: el Derecho natural quiere hacer libres a los hombres y sin embargo ha habido y hay esclavos. En sustancia se viene a reprobar al Derecho natural que no sea derecho positivo. Pero el D.nat se distingue por esencia del positivo cabalmente en esto, es decir, en que se afirma como principio deontológico, indicando lo que debe ser, aunque de hecho no sea. Existe en cuanto tiene una vigencia ideal e idealmente está en vigor aunque de hecho haya sido violado. La violación se refiere al fenómeno, pero no destruye la ley supraordinaria al mismo. Nosotros le agregaríamos un ejemplo: se anhela la Democracia y se cree vivir en ella; pero al observar la realidad, es mero sueño; sin embargo ¿por eso renunciaremos al deseo de construir una democracia? (Algunas objeciones mencionan como peyorativamente “la creencia antigua en el Derecho natural” o “el antiguo derecho natural”)

Vale decir, no se puede derrumbar la normativa sólo porque no se cumple constantemente; así no podemos expresar de una ley (legislativa) que

⁷⁷ N.Bobbio. El Positivismo Jurídico.

no se cumpliera. No podemos por ese motivo (de incumplimiento) decir que esa ley es inexistente

La diferencia entre D. nat y la realidad es que él representa el *deber ser*, el ideal, aquello que constriñe idealmente a obedecerse, lo que es una aspiración de un grupo de la humanidad entera a hacerlo efectivo y en cambio la realidad es *el ser*. Pero ese *ser*, el hombre desea que se complete, se haga mejor ya que tiene defectos. Ese “querer que sea mejor” es el *deber ser*. Sobre decir “que el Derecho natural no es un código escrito y la consecuencia que se deriva de esta afirmación es que los preceptos del D. natural no son cognoscibles clara y distintamente de inmediato. Su conocimiento ha ido aumentando gradual y paulatinamente a medida que la conciencia moral de la sociedad se ha ido desarrollando”⁷⁸. Así, pues, “nos percatamos que determinado orden ideal, arraigado en la naturaleza del hombre y de la sociedad humana, puede imponer exigencias morales, por doquier válidas en el mundo de la experiencia, de la historia y del hecho, y crear, por igual para la conciencia y para la ley escrita principios permanentes y las normas primeras y universales del Derecho y del Deber”.⁷⁹ Por su parte el Dr. J.F.Fernandez afirma que el Derecho natural es una constelación de valores; escribe: “por muy perfecto que llegue a ser en el futuro el Derecho positivo de un pueblo cualquiera, siempre existirá por encima de él, como ideal inalcanzable esa constelación de valores (Justicia, bien común, seguridad jurídica y paridad esencial de la persona humanad) a la que llamamos Derecho natural” (*op. Cit.*)

Del Vecchio se adhiere a un iusnaturalismo, pero es bien claro: “la Escuela del Derecho Natural engendró casi una mitología que ofreció después materia abundante para una fácil crítica. Pero en realidad, el concebir el Estado como síntesis de los derechos fundados en la naturaleza humana, tiene

⁷⁸ Dr. Julio Fausto Fernández. Ensayos, Ed.CSJ. -Agrega: “no es ni un conjunto inmutable de reglas de conducta...Y el concepto rígido de del Derecho natural es el blanco hacia el cual van dirigidos los dardos de historicistas y positivistas” Y Fernández se adhiere a la concepción dinámica del D. natural, vale decir la de Stamler.

⁷⁹ Julio Fausto Fernández cita a Jacques Maritain.

una profunda razón, que nunca podido ser rebatida”. “Kant - que hablaba del Derecho natural - “tiene el mérito de haber despejado la confusión, afirmando el valor puramente racional (**regulativo**) de los principios del Derecho Natural”⁸⁰. Matizar: es solo regulativo, tal como la moral, tal como los valores. Un Derecho arquetipo racional (Tal como en el debatido tema del Contrato Social, dijo Kant, que sí debe aceptarse como “pura idea que expresa el fundamento jurídico del Estado como su arquetipo racional”⁸¹.

¿Cómo surge el deber ser? Simplemente el grupo se imagina unas actuaciones que debían tener realidad, unos actos ideales con los cuales compara los actos reales y califica éstos.. Es idealidad es una representación social o de una conciencia social (§11), todo para mejoría o progreso del grupo. El deber ser no termina nunca de anhelarse, aunque “una pulgada de él ya se haya logrado, ya se haya hecho ser

Un ejemplo. En *Sociología del Derecho* expone Geiger cómo surge la norma jurídica en la proto-historia, de donde podemos concluir que el grupo se ideó o tenía en mente un deber ser, una conducta que debía adoptarse ante un acontecimiento.

Del acto a la costumbre.- Toda impresión queda en la memoria; por eso hay una relación entre una situación típica que se presenta y la conducta típica que se adopta ante esa situación (abreviaremos situación.-cond tip). Ejemplo, se presenta la situación de ser atacado alguien por una fiera y la conducta típica que siempre se adopta es ayudarlo a defenderse. Si en un momento posterior a la situación-cond tip que ya se dio, se presenta otra situación semejante, de la misma especie, entonces el individuo tiene a impresión actual que se asemeja a uno de los elementos del complejo del engrama, esta impresión actual tiende a provocar una representación de todo el complejo *engrama*. Se presenta situación, el individuo tiene la impresión de que falta condición. Y él colma ese vacío que percibe en su memoria. “ante un nuevo caso de tipificación, el individuo preferirá responder de nuevo con

⁸⁰ Del Vecchio F.D, p.90.

⁸¹ Del Vecchio.Op.cit.

cond tip en vez intentar una nueva manera de actuar. “Cuanto más a menudo se ha encontrado ante situación y ha respondido con cond tip, tanto más probable será que la próxima vez actúe como ha actuado antes. . Así *cond tip* se convierte en un sólido hábito para él y los hábitos firmes se forman de modo preferente a partir de situaciones que se repiten a menudo. Se habitúa a actuar de determinada manera ante suceso similar./ Del hábito individual al modelo de conducta general. Habla del imaginario espectador participante que observa la conducta repetida del individuo antes dicho. El mecanismo de la imitación actúa : si M (el espectador) está acostumbrado a ver que el otro efectúa la secuencia situación –cond tí, cuando se encuentre en situación semejante completará también el engrama con el elemento que falte (cond tip) y así pasa del papel de espectador al de actor. La imitación gobierna su conducta; y así se va formando en la mente una regularidad, cuya violación es no actuar con la conducta típica. Tenemos, dice, una norma no escrita, pero debemos obedecerla.

§50 ***La equivocada nominación de la normativa.*** Las objeciones contra el D Nat se basan generalmente en la intelección del nombre que se le ha dado. Podría entenderse por “natural” algo que ha sido creado por la naturaleza; también algo (ese Derecho) que ya viene en la naturaleza humana; o sea como el venir esa idea innata en la mente humana..

Pero la verdad es que no debe formarse objeción a algo sólo por habersele mal titulado, sino por el fondo, el fundamento de que se hace uso.. Que el niño no puede tener la idea de su derecho y eso demuestra que no es “natural”, que no puede la naturaleza crea deberes, crear cuestiones ideales, que en unos lugares hay un derecho diverso al de otros y así varios argumentos. Las objeciones no tienen validez negando que haya una aspiración del grupo de querer alcanzar una perfección, y a ese anhelo ya sistematizado se ha llamado Derecho natural, un desiderátum. El haberse asignado un nombre errado se encuentra a cada rato en los tecnicismos y es una convención tácita de los científicos entender qué se ha querido designar con ese tecnicismo talvez no apropiado.

§51 ***Defensa de Legaz y Lacambra.*** Este autor abunda sobre su postura a favor de que SI existe un D Nat contiguo al positivo fundando a éste, sustentándolo. En primer lugar, del concepto de Derecho se deriva que éste no está

formado solo por el Derecho legislado. “El Derecho no consiste exclusivamente en la norma legislada sino en la estructura del obrar social en cuanto poseen un sentido de justicia...hay que convenir en que puedan coexistir dos distintos sentidos de la palabra o en buscar para la palabra Derecho un tercero y superior sentido que resulte válido por igual para lo que se llama D nat y Derecho positivo”

Expone que algunos teóricos incluso le dan al D nat una categoría de verdadero Derecho positivo, válido, existente, ya que el D nat no difiere en nada de cualquier otra forma de Derecho ¿por qué le dicen positivo? Porque positividad significa realidad social, con las características propias de lo social. “Realidad social no significa solo la realidad sociológicamente vivida, sino también las formas vivibles de comportamiento social, ya se encuentren en normas formuladas imperativamente por la autoridad o en contenidos ideales de conciencia que poseen una cierta vigencia en sociedades o grupos sociales determinados”. El D nat, estando en las conciencias, en la Psicología social, siendo una representación social, tiene positividad como realidad social, sin necesidad de ser prescrito por una autoridad concreta. Sin embargo, en ciertas épocas el D nat ha carecido de efectividad, no ha obligado. Pero la explicación de su inobservancia es esa: que no se tenía conciencia de él en ese grupo, ya que las representaciones culturales era diferentes. (Por eso Puffendorf habla de un D natural cambiante, pues en efecto, se han venido acumulando más preceptos racionales en la mentalidad social, según el avance cultural, modificándolo)

Así, pues, concebir el D nat es una vivencia. “Esa vivencia es un hecho sociológico perfectamente normal: el D.nat vive como dato sociológico en las conciencias individuales y puede informar los comportamientos sociales de los hombres, actuar como forma efectiva de vida social, aun sin convertirse formalmente en Derecho positivo”. Hace notar que “en la realidad estatal moderna, el Derecho natural trascendente⁸² queda convertido en un orden racional inmanente al sistema positivo. El orden racional a que aspiraba el Derecho natural se convierte ..en una realidad histórica...el poder se impregna de racionalidad porque se propone, como finalidad intrínseca, la armonía y el

equilibrio de las libertades”...Y aquí repite que Derecho no significa solo norma establecida por una voluntad gobernante, sino las diversas normativas del obrar social, las diversas estructuras impuestas a la conducta.

§52 **La postura de RECASENS SICHES**⁸³, jurista contemporáneo, se coloca en esta línea “defensora”, y expresa: “En términos generales, Derecho natural quiere decir los *principios ideales* intrínsecamente válidos – derivados de unos valores con inherente validez objetiva – según los cuales principios debe ser fabricado el Derecho humano, el Derecho positivo. Se entiende que tales principios constituyen aquello que la razón, referida a la esencia del hombre, a la llamada naturaleza humana, requiere respecto de las relaciones entre los humanos y respecto a las estructuras de la colectividad. Se entiende que esos primeros principios ideales normativos tienen una validez en sí mismos y por sí mismos, independientemente de que los hombres, en especial los legisladores, obedezca o no obedezcan sus exigencias. Son principios no puestos por los hombres, antes bien, son criterios dotados de intrínseca validez, la cual, por lo tanto, no depende del arbitrio humano

Y Siches es realista: los principios –dice- no contienen una regulación apta para la organización cabal de la vida social, sino que es preciso rellenarlos con los de cada realidad social histórica, y agregar otras reglas concretas que no están albergadas ni desenvueltas en tales principios o criterios ideales, según las necesidades y circunstancias. (*op cit. p 42*)

§53 **Defensa de Puffendor** (Samuel- 1632-1694). Jurista y filósofo anterior a Kant, toma como presupuesto para el Derecho, la libertad de que goza el hombre; el Derecho está producido para seres libres. Villoro resume su pensamiento: A-Para él la ley natural es la que de tal manera está de acuerdo con la naturaleza racional y social del hombre; que fuera de ella no puede darse una sociedad honesta y pacífica pura para el género humano, es una ley congénita. El hombre se someterá racionalmente a la ley u obligación cuando vea que ésta se halla concorde con la naturaleza racional y social del hombre, es decir con el ideal del ser humano. Pero se pregunta Villoro ¿cómo se reconocerá esa concordancia naturaleza-razón? La respuesta es que un ideal

⁸³ Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa.

histórico propio de una cultura histórica de la que formaba parte Puffendorf, el ideal de la época del filósofo queda erigido en precepto absoluto, universal e inmutable (inmutable por cierta época) y por eso se verá que los anhelos de ese S. XVII se hacen máxima. La base del D nat es el principio de la sociabilidad que ordena a los hombres la realización de sus propios intereses sin causar daño a la vida social.

La norma fundamental del D nat según Puffendorf es: “corresponde a todo hombre en cuanto le sea posible, el fomentar una sociedad pacífica y el conservarla así contra los demás y tal que esté de acuerdo con la índole y el fin del género humano universal”.. O sea, dice Villoro “hacer todo lo que tienda a fortalecer y estimular la vida social y evitar todo lo que pueda dañarla”. (B) de esa regla fundamental deduce Puffendorf los siguientes principios sociales (i) no dañar a los demás, honrarlos y tratarlos como iguales y como personas humanas (ii) ayudar los demás en todo lo que esté al alcance de cada uno (iii) cumplir con los compromisos contraídos (*pacta sunt servanda*)

(C) Dos son los pactos fundamentales: para la conservación de la sociedad y aplicación del D nat; uno, el convenio por el que los hombres abandonan el estado de libertad natural entran en una comunidad establecida para garantizar su mutua seguridad y otro por el que el gobernante se obliga a cuidar de esta seguridad y los ciudadanos se someten a la autoridad del gobernante en lo que éste haga para mantener esa seguridad.

Escribe: ..”los preceptos del Derecho natural...los más generales, son innatos a las almas humanas y que se hallan como impresos en ellas en forma de proposiciones distintas y actuales” Notar: no dice establecidas en Código y texto rígido. “En efecto los dictámenes de la recta razón son verdaderos principios que concuerdan con la naturaleza de las cosas, observada y examinada con exactitud...deducidos de los primeros principios verdaderos..”

Y variando en algo la ley fundamental que ya expresó, dice “la ley fundamental de la naturaleza es esta: corresponde a todo hombre en cuanto le sea posible, el fomentar una sociedad pacífica y el conservarla así contra los demás, y tal que esté de acuerdo con la índole y el fin del género humano universal” Y comenta Villoro: “esta es la famosa...ley fundamental del Derecho Natural y a partir de la cual va a deducir gran parte de sus conclusiones jurídicas”. En lenguaje moderno, dice Villoro, tradúzcase por esto”: el hombre debe comportarse como un ser civilizado, tomando decisiones libres y

bien pensadas, y respetando a los demás, y no como.. el cualquiera que carece de control de sí mismo y que está desprovisto de educación”. Villoro traduce a lenguaje de nuestra época la frase de Puffendorf, vale decir descubre el fondo, lo intrínseco que pensaba el filósofo, actitud que deberían tomar todos los comentaristas.

§54 DERECHO POSITIVO*.

(*positivo viene de *positum*, puesto)

Ya vemos que para combatir el D. natural se menciona tanto al Derecho positivo, haciendo un binomio. Pero éste vocablo no representa el origen del término “positivismo jurídico”; éste no significa tendencia a sacrosantificar el Derecho positivo, el cual toman en su realidad de “dado” los positivistas, sea que llene los requisitos o no para valer, para ser obedecido, para satisfacer los intereses reales o estatales, sea justo o injusto.

“El Derecho positivo es el que tiene aplicación práctica, que se cumple judicial o extrajudicialmente, que en efecto es observado en una sociedad y en una época determinada; es el derecho viviente, eficaz”.(Dorantes)

Derecho positivo significa que el Derecho es una realidad social con las características propias de lo social, la realidad sociológicamente vivida, y las formas vivibles de comportamiento social y en ciertos grupos, contenidos ideales de conciencia, existentes y obedecidos (*Legaz*).

De dónde nace este Derecho.-Tenemos la costumbre como fuente principal (v. §56), la ley estatal, la jurisprudencia judicial, la razón, y alguien menciona la naturaleza intrínseca del hombre. La costumbre, sabemos, tiene dos elementos: la *inveterata consuetudo*, la repetición incesante de los actos, realizarlos constantemente, y la *opinio iuris necessitatis*, que es el sentimiento de obligatoriedad que tienen los ciudadanos, de cumplirla cabalmente, obedecerla. Y así lleva coacción en los países donde se admite. Entre nosotros, el CC expresa que la costumbre no es ley sino cuando el Derecho la ampara, cuando le concede obligatoriedad. De esa manera, en países donde se admite sin más, ella es Derecho positivo. Para decir que “una norma dictada por el Estado es positiva, es necesario que tenga aplicación, observancia, cumplimiento eficaz. De modo que en este caso habrá derecho positivo cuando los preceptos legales vigentes sean obedecidos en la realidad social, sean puestos en prácti-

ca efectivamente” (*Dorantes*) Vemos hermanada aquí la positividad, la vigencia y la eficacia.

Por eso, puede haber derecho positivo *no vigente*. La vigencia puede ser externa o formal (por haberla dictado el Organismo correspondiente) o puede ser vigencia sociológica; esta última significa que la ley ha sido acatada, aceptada por la población sin necesidad de represión. Al contrario, de no ser obedecida por la mayoría ni aplicada por las autoridades encargadas no hay vigencia sociológica. *Dorantes* dice: “la ley puede perder su positividad si deja de ser aplicada en la práctica, aun cuando no pierda su vigencia” (sería vigencia formal)

Supra hemos dicho como fuente del D. positivo la Jurisprudencia. En efecto nuestra Corte (o Sala respectiva) puede crear la “doctrina legal” que es obligatoria general y jurídicamente, lo cual equivale a que dicho Tribunal crea ley general; y se dice que un Tribunal crea ley singular en los casos de sentencia que tiene efectos entre Juan y Pedro (equivale a una *ley* sólo para el caso decidido, que deben cumplir los contendientes.

§55 **Al derecho positivo se le aplican (en su caso) las características:**
-legalidad y legitimidad. Lega y L distingue: **legalidad** significa, en el sentido más amplio y general: existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes están gobernados. “La legalidad es una forma manifiesta del Derecho, la norma por la cual éste se hace patente” “lo cual es lo mismo que decir que el Derecho consta de normas”. Pero no nos parece la exposición que hace sobre la **legitimidad**: que en resumen la aborda como “la definidora de la libertad y el derecho de cada uno, instaurando un orden seguro y estable que permia a todos saber a qué atenerse y que el obrar humano-social y justo en cuanto que dé a la comunidad y al individuo lo suyo, esto es, los derechos que a una y otro competen pro naturaleza y la esfera de libertad conveniente y necesaria a la dignidad del hombre”. Ese párrafo podría ser sobre “el Estado de Derecho”.

El concepto de la LEGITIMIDAD es general y amplísimo, tanto como "la materia de la ley", que abarca todo lo bueno y equitativo, posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres patrias, conveniente al lugar y tiempo, necesaria, útil, y dado no para el bien privado, sino para utilidad común de los ciudadanos. (Dr Carlos Asleto, Enc. Omeba).

Otro autor: un gobierno es legítimo si adopta o actúa conforme el sistema de valores vigentes; esa es la base de la legitimación; estar de acuerdo con los anhelos populares, permitir la participación de los grupos (*Juan Fernando Badía, Regímenes Políticos Actuales. Tecnos, 1995*)

-La validez. *García Maynez (Fil. D)* dice: hay dos pautas para nominar: la validez *formal*, que se refiere a la producción de la norma, si está hecha siguiendo los cánones de construcción y por la autoridad competente; y la validez *material* o *intrínseca**, que es la verdadera justificación en cuanto al contenido, dictada conforme las estimaciones valorativas de los subordinados o de los aplicadores. Conforme la validez formal, las normas obligan aun cuando se ponga en tela de juicio su justicia o conveniencia, pero ateniéndose a la pauta formal, el desacato puede originar consecuencia de coactividad, pues el orden jurídico lleva siempre coacción . (* A veces Maynez llama a la *intrínseca*, objetiva o axiológica; y a la *formal*, extrínseca)

Si las dos pautas convergen, proviene la **eficacia** del ordenamiento jurídico y entonces la finalidad de los gobernados, conformes, es realizar la norma, o sea obedecerla voluntariamente, poner en práctica los medios para cumplir. El ciudadano pone su voluntad. Estará justificada, dice Maynez porque se ha atendido a los valores bien intuados por el productor de la ley, valores que darán sentido a la regulación.

La calidad de *validez jurídico-positiva* y *validez intrínseca*, remacha, pueden compaginarse; es decir no se excluyen lógicamente; y aquí es donde resulta la característica de la “eficacia” del régimen. Esta eficacia se da cuando no es necesaria la coacción, la fuerza para lograr la obediencia, ya que las normas tienen su origen en las fuentes formales de creación de las normas y además concuerdan éstas con otras de superior rango, como las que la población desea que se concreten. De aquí deviene “la vigencia sociológica”, tras la vigencia formal, ya que ésta (vigencia formal) solo es la validez de los pasos para la producción de tales normas. Entonces, resaltar que la vigencia formal puede no acompañarse de la vigencia sociológica.

- Eficacia – (de Vanni, p.72)- “ningún orden jurídico es eficaz, ninguna proposición de Derecho tiene la certeza de traducirse en realidad práctica para la vida si no responde a los sentimientos y a las ideas dominantes”... “que la fuerza obligatoria de la norma jurídica está en que responde a la norma misma de los sentimientos, a las ideas dominantes y especialmente al sentimiento

de justicia que prevalece en cierto tiempo en cierta comunidad, de modo que justamente esta respuesta determina la fuerza moral o el momento ético de la norma jurídica"... "que la norma vigente* que responde a los sentimientos e ideas dominantes, que encuentra una resonancia, un consenso, una adhesión espontánea en los ánimos, representa, como veremos, el proceso sano y normal de la formación del Derecho y es a un tiempo la condición fundamental para su eficacia real" (p79).

(* Hay **vigencia formal**, que se cuenta desde el momento de su producción, consistente en "estar allí", haberse aprobado y publicado; y vigencia sociológica,⁸⁴ cuando se observa en el grupo su acatamiento, su cumplimiento sin necesidad de presiones, coacción, lo cual linda con el consenso dicho por Vanni.)

En este punto aclara y amplía Maynez: un precepto de Derecho es *eficaz* significa que es cumplido por sus destinatarios o impuestos". Eso de "impuestos" ya se refiere a los instrumentos coactivos que tiene un régimen para que se cumplan. Lo que concuerda con Peces Barba⁸⁵, quien expone: "no es eficaz" en el sentido de no aplicarse "o dicho de otra manera, no exista conformidad de la conducta de los ciudadanos con el modelo prescrito". Y explica otra situación en que sí hay interdependencia entre validez y eficacia: "una norma que regula a una sociedad determinada... aunque no sea eficaz hasta un momento dado, puede serlo si los elementos de presión de que dispone un Ordenamiento jurídico se lo proponen"..."validez y eficacia ..se

⁸⁴ Recasens Siches se refiere a la vigencia sociológica cuando escribe: "la vigencia es la realidad sociológica efectiva que una norma tenga: el hecho de que una norma no sólo sea formalmente válida, sino que además, sea cumplida por la mayor parte de sus sujetos y que en casos necesario sea obedecida mayoritariamente por los destinatarios y no impuesta a inexorablemente por los órganos jurisdiccionales. Pues, sucede, a veces, que hay algunas normas formalmente válidas, pertenecientes al orden jurídico imperante, que no obtienen cumplida realización ni en la conducta de sus sujetos, ni en los actos jurisdiccionales...fue antes Derecho, pero que, por masivo incumplimiento reiterado y por la no imposición de su observancia deja de serlo"- (Intr. Est. Derecho".Porrúa).

⁸⁵ Gregorio Peces Barba, Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Debate, 1988.

identifican, son interdependientes, a través del poder (político), a través de su efectividad (efectividad del poder político) para hacer posible el mantenimiento del sistema” _a falta de cumplimiento espontáneo – aplicado o impuesto por órganos del poder público. Y luego aclara: eficaz es “independiente del de validez, puesto que no está referido a la fuerza obligatoria de los preceptos” sino que puede ser hecho eficaz en base a opresión, Para la eficacia, dice Soriano⁸⁶, influyen dos elementos: la eficacia depende del grado de aceptación por sus destinatarios y de la coactividad o fuerza de compulsión de que estén provistas. Son aspectos que deben tenerse en cuenta por el legislador a la hora de producir la ley. Un régimen revolucionario o innovador, hará uso de la coacción para lograr la realización de su programa, que considera el mejor para el desarrollo.

§56 *El Derecho consuetudinario.*

¿EL Derecho Consuetudinario es Derecho positivo? Muchos autores contestan afirmativamente, pues la diferencia con el escrito procedente del Estado, es poca, basada sólo en quién es el productor: en el consuetudinario el autor es la comunidad, el pueblo, como explicaron los sabios de la Escuela Histórica: el alma popular (v §14); y el llamado positivo estatal es generado por el Estado, pero en realidad ha sido “recogido” y autorizado por el Estado y no inventado por éste; ha puesto en documento lo que ambulaba dentro de la sociedad: las normas nebulosas, sus principios, etc. En todos los demás caracteres coinciden consuetudinario y escrito. Es un punto de vista sobre la Justicia, trata de realizarla, pues se refiere a creación o extinción de *relaciones jurídicas*, vale decir de obligaciones y derechos. Tiene vigencia y eficacia, pues su creación popular coincide con su vigencia, con su utilización o aceptación y repetición. Al decir *punto de vista sobre la Justicia* significa que no regula usos de “mesa” o “reglamentos caballerescos”, tratos sociales, ni de los usos en una profesión, sino de actuación con una efectividad en lo jurídico. Así como el escrito está en el papel, el consuetudinario está “en la vida”, con sus actos repetidos de la misma manera y estos son obligatorios, a fortiori, adecuándose a la máxima “*forma data esse ius*” (la forma da el ser al Derecho).

Un autor percibe que esos actos son un signo de que hay un Derecho positivo subyacente y obedecido en el grupo.

El Derecho consuetudinario tiene (i) forma y materia, que son los actos idénticos repetidos idénticamente, con objetividad y solemnidad, visibles, y deben ser en pluralidad, por largo tiempo o en una época, lo que constituye la *inveterata consuetudo* -v §54 y (ii) la conciencia de ser obligatoria la actuación, que es la *opinio juris seu necessitatis*, convicción de que la actuación tiene que ser *así porque sí*, ineludible, necesariamente. En los países donde se usó (ej. Alemania, Inglaterra), el Tribunal lo aplicaba, exigió su cumplimiento en los conflictos, vale decir sancionó su infracción.

“Históricamente la primera fuente inmediata del Derecho es la costumbre, que se ha llamado fuente inmediata del Derecho precisamente por “...su ..carácter de espontaneidad y de inmediación que caracteriza a la primitiva producción del Derecho” (Vanni,213)

Es de subrayar bastante, que al par del Derecho consuetudinario siguen existentes las demás costumbres o usos no jurídicas “La costumbre (no jurídica) o *uso* es el simple hábito, que no contiene obligatoriedad ni la probabilidad de la reprobación del grupo en caso de infracción:.. prosecución que nadie exige del individuo”⁸⁷ e ignorarla solo implica un reproche social.

Precisamente en la etapa del “consuetudinario” los usos se diferencian de las reglas jurídicas - que ya nacieron - en que ante la violación de éstas últimas interviene el staff jurídico (poder especial coactivo que designa el grupo) y no ante la transgresión de los usos⁸⁸.

§57 DISTINCIÓN FILOSOFICA ENTRE IUSPOSITIVISMO Y IUS NATURALISMO.

Hernández Marín establece de cara a la Filosofía las diferencias entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

- Esta última corriente no admite el objetivismo jurídico (objetivismo por decir absolutismo -v. §35). Consiste éste en tener por objetivo, existente en sí y

⁸⁷ Ramón Soriano, p111.

⁸⁸ Rehbinder. Sociología del Derecho.

por sí un Derecho, inmemorialmente, aunque no se haya descubierto o no se haya ejercitado; es “racional” que allí está presente, a veces desconocido. Esa objetividad, que admite el iusnaturalismo, el iuspositivismo no; éste solo acepta la producción intermitente, en etapas, históricamente, del Derecho.

- El iuspositivismo apela a lo ideal, sigue rasgos del idealismo, pero esa nota no lo hace confundir con creencia en “algo natural”, por allí oculto. Para empezar “la Norma” es un objeto ideal: el precepto – las palabras que encontramos en la ley – son un signo de la Norma (¿cuál es la literalidad de la Norma?). El Derecho positivo se sirve de conceptos ideales como “relación jurídica”, “persona”, “Estado” y otros, pero es distinto eso a creer en alguna regulación espiritual a lo que se debe imitar. La Escuela Histórica del Derecho tuvo como instrumento para su doctrina “el alma del Pueblo”, sin dejar de ser iuspositivista. Hegel usó “El Espíritu objetivo” o “la Idea”, sin ser iusnaturalista. Kelsen llega al idealismo con su “normatividad” y su “logicismo-formalismo” (V. §14 y §7)_Y “el iuspositivismo al sostener que existen entidades jurídicas ideales, esto va referido a entidades jurídicas positivas”⁸⁹

- Por último – redundancia del sabio – el iuspositivismo no admite el iusnaturalismo.

§58 -IUSPOSITIVISMO DE KELSEN EN LA DEFINICION DEL DERECHO. SU TEORIA PURA DEL DERECHO

Kelsen define: *El Derecho es la técnica social que consiste en obtener la conducta social de los hombres que se desea, por medio de la amenaza de una medida coercitiva que será aplicable en caso de conducta contraria*”.

En estas líneas no hay alusión a propósito o finalidad más que la de obtener la conducta deseada. “La <<norma técnica>> prescinde enteramente de la bondad o licitud de la acción” está usada “como sinónimo de idóneo o eficaz con relación a un supuesto intento”; en la técnica se usa algo “que responde a los fines de quien quiere servirse de eso: fin que por otra parte puede ser ilícito o reprochable” (citas *Del Vecchio*,324) Un mero ejemplo es: alguien

⁸⁹ Hernández Marín, Hist. Fil.D.p248.

sabe la técnica de reparar rifles; está reparando el suyo y lo logra; excelente, la técnica empleada no importa si el fin es para asaltar o ir a cazar conejos.

Kelsen no alude en su definición a Justicia, moralidad, desarrollo, teleología, etc. Tal como todos los adalides del iuspositivismo, trata de extirpar de lo jurídico elementos psicológicos, sociológicos y valorativos, por ser subjetivos, variables, o sea relativos⁹⁰. Su *TEORIA PURA DEL DERECHO*, tiene esa tarea.

Bobbio observa que la definición del alemán es cabalmente formalista, ya que no se refiere a contenido alguno, pues el contenido viene de la *empiria*, que la mancharía de relativismo (v. §35). Que la forma es la que interesa porque ésta es lo universal, lo no cambiante, intemporal, como exige toda ciencia: tratar los vínculos formales. Transcribimos de Bobbio ⁹¹ lo siguiente:

§59 “Tanto la definición del **positivismo** (en sentido estricto) como la del **realismo jurídico** ⁹², aun en su diversidad, tienen un elemento en común: son definiciones anti-ideológicas, estas definiciones que no hacen referencia a valores o fines que deberían ser propios del Derecho” (Notar: “que deberían”, se refiere a un deseo) “Desde este punto de vista ambas pueden ser calificadas como definiciones positivistas (en sentido amplio) en contraposición a las ideológicas o valorativas, que pueden calificarse como iusnaturalistas”.

⁹⁰ Albert Calsamiglia advierte (en Introducción a *Qué es Justicia*, de Kelsen) que el autor alemán no es escéptico en cuanto a los valores o sea no niega su existencia; solo se va por sostener el relativismo axiológico, y que por eso no deben ser integrantes del Derecho, pues éste se prestará también a variabilidad, a subjetividad.

⁹¹

⁹² El **REALISMO JURÍDICO** es cuasi hermano del positivismo en cuanto al rechazo de ideales y valores; floreció en N. América en la época del New Deal, considerando el Derecho como una técnica en atención a las circunstancias sociales actuales que servirían, para hacer un Derecho en acción (legal action), realmente operante para una nueva sociedad; así, decían, debe fungir el Derecho aplicable, no el Derecho de los libros; y para satisfacer nuevas exigencias jurídicas serán técnicas tomadas de la Economía, la Sociología y la Política, no de deseo, pues “el Derecho no es de la zona del *deber ser*, sino del *ser*, es decir que el problema del Derecho debe analizar es “la realidad”, el ser, no paradigmas, porque él es “realidad”. (Cfr. Fasso, Fil D. p224.225.)

“Si queremos precisar otra característica de las definiciones positivistas, observaremos que éstas establecen lo que el Derecho es prescindiendo de su contenido, es decir, de las materias por el reguladas. Esto es así porque el contenido del Derecho es infinitamente variado: el ordenamiento de una sociedad primitiva y el de una sociedad desarrollada, el ordenamiento de un Estado liberal y el de un Estado socialista, el ordenamiento estatal y el eclesiástico o el internacional, pueden ser muy distintos por su contenido. Cualquier intento de definir el Derecho por su contenido estaría destinado al fracaso porque históricamente no hay materia que el Derecho no haya regulado o no pueda regular en un hipotético futuro: incluso la delimitación del Derecho como disciplina de las relaciones externas...podría ser desmentida en una sociedad del tipo imaginado por Orwell, en la que un Estado super-totalitario controlara también los pensamientos y los sentimientos de sus súbditos”

Sobre el contenido de las normas jurídicas sólo se puede hacer una afirmación: el Derecho puede regular todos los comportamientos humanos posibles, esto es, todos los comportamientos que no son ni necesarios ni imposibles” (Recordar que *lo necesario* es lo que ineludiblemente se da, lo que no puede dejar de ser) “En efecto, el Derecho es una técnica social capaz de influir en la conducta humana: sin embargo, Una norma que ordene un comportamiento necesario o prohíba uno imposible sería superflua; y una norma que ordene un comportamiento imposible o prohíba uno necesario sería inútil.

§60 “Esta forma de definir el Derecho puede denominarse *formalismo jurídico*, la concepción formal define, pues, el Derecho únicamente en función de su estructura formal, prescindiendo por completo de su contenido. Por ello toma en consideración sólo cómo se produce el Derecho y no lo que el Derecho regula”

Adelante Bobbio advierte que en la exposición del *positivismo* se usa tanto el término “formalismo”, pero que “no obstante, la relación entre concepción *positivista* y concepción *formalista* del Derecho son doctrinas que no se identifican pero tampoco son extrañas entre sí; son dos doctrinas diferentes que sin embargo, tienen muchos puntos en común y que se acompañan en su desarrollo histórico”.

Con respecto a la postura de Kelsen observamos que ha habido una confusión para entenderlo; no es un gruñón, sino alguien que quiere idolatrar el Derecho, pero el Derecho de veras. El no ha dicho que deben expulsarse los

fines del sistema jurídico. No puede ignorar que en la Historia el Derecho nació para conseguir ciertos fines el grupo, el Estado, el Reino. Una cosa es decir que el Derecho considerado en sí, o sea la sustancia del Derecho no abarca los fines (ni las consideraciones morales ni sociológicas). Es forzoso hacer una distinción: el Derecho y sus adláteres, que son los motivos, los propósitos de los conductores del grupo. En una nota de “Problemas...”⁹³ especifica que él no está en contra de investigaciones sobre otras disciplinas que haga el jurista. Pero esas ramas ya no son Derecho; no lo serán solo porque el jurista eche mano de ellas al alegarlas; en ese momento de usarlas no está en esa su calidad sino justificador de algo, y que por eso debe aplicarse el Derecho.

Dice Kelsen en un párrafo que necesita traducción: “No puede dudarse... de que el Estado tiene un fin; pero los factores que Jellinek destaca en relación con esto son factores de relieve exclusivamente político y no jurídico”. Claro que en un juicio valorativo acerca de un Estado concreto es necesario colocarse en un punto de vista teleológico, pero eso no va con “el Estado como concepto jurídico”; éste es a-teleológico: el concepto jurídico del Estado prescinde del factor fin. Traduzcamos: él dice “a la pregunta *¿Qué es el Estado?*” contestemos jurídicamente, no diciendo “tiene tal y tal fin”; si lo tiene, no importa, no es trascendente para el concepto jurídico.

Y en su mismo Libro “Problemas...” sigue aclarando que el jurista como jurista no tiene por qué meterse a exponer argumentaciones sociológicas, psicológicas, históricas o de otra especie”. Aunque –leamos- remachando...aunque no le está vedado, no es ilícito conjugar sus explicaciones normativas con esas otras consideraciones. Pero estas ya no serán Derecho. El Derecho sigue puro.

Continúa: “una cosa es fijarse en la vida jurídica efectiva de una colectividad, examinar las normas jurídica para ver si de hecho son observadas, y otra cosa distinta el contentarse con el conocimiento formal de lo que estas normas jurídicas prescriben. ..”El jurista no tiene por qué explicar materialmente el comportamiento jurídico efectivo de los hombres, por qué razonar explicativamente los fenómenos de la vida jurídica: su misión consiste en llegar a comprenderlos normativamente. El explicarlos es misión del sociólogo y del

⁹³ Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Porrúa.

psicólogo, el describir lo que son y exponer cómo han llegado a ser, incumbencia del historiador de la cultura y del Derecho”.

Sobre la interpretación del Derecho. Kelsen nos deja boquiabiertos con su Teoría Pura del Derecho. Para él la interpretación jurídica ya no es momento científico del Derecho; “margina del ámbito de la ciencia jurídica lo que es estrictamente la interpretación jurídica del órgano judicial” y dice que la decisión judicial solo es un acto de voluntad, ya no un acto de ciencia jurídica. “La Teoría pura del Derecho pretende mantenerse como auténtica ciencia del Derecho en cuanto solo persigue explicar el Derecho positivo como conjunto de proposiciones lógicas de *deber ser*, que son las normas jurídicas”. Entrar en la interpretación de tales proposiciones ya no toca a la ciencia del Derecho, pues “sería entrar en el terreno de los juicios de valor y de las opciones éticas o políticas, y en este campo ya no es posible para Kelsen una auténtica ciencia.” (citas de Lopez Calera, *Filosofía del Derecho*, 181) .

§61 **Lo que desea Kelsen: “que quede claro”** “Evidentemente, el punto de vista normal, estrictamente normativo del jurista es un punto de vista unilateral, que no se presta, ni mucho menos, para abarcar los fenómenos jurídicos en su conjunto. Ni queremos tampoco decir que al jurista, por el mero hecho de serlo, le estén vedadas las investigaciones sociológicas, psicológicas e históricas. Por el contrario, . Estas investigaciones son de todo punto necesarias, sólo que el jurista que las emprenda no debe perder jamás de vista que, en cuanto sociólogo, psicólogo o historiador, sigue derroteros totalmente distintos de aquellos que le conducen a sus conocimientos específicamente jurídicos, sin que le sea lícito encuadrar sus puntos de vista explicativos en sus construcciones conceptuales normativas”.

§62 EL ORDENAMIENTO JURIDICO

Exposición de Kelsen.

-Es lo mismo que el Derecho objetivo⁹⁴ como cuando decimos “el Derecho francés”, ”el Derecho salvadoreño”. No es de tomar en cuenta sus

⁹⁴ El Derecho objetivo, el Derecho dictado y ordenado, no es el opuesto al DERECHO SUBJETIVO como podría pensarse por las dos voces. Al contrario, el objetivo da origen, envuelve al DERECHO SUBJETIVO. Este consiste en la facultad dada por la norma al sujeto beneficiado ante la obligación de otro en la relación jurídi-

diversas partes, sino todo el orden jurídico en su integridad; en el conjunto de sus normas es necesario captar la nota peculiar, la naturaleza de dicho conjunto o todo. No se reduce a la suma aritmética de varias normas; no es una sucesión de determinados artículos, adicionados entre sí. Debe aceptarse como es indudable que un orden jurídico no es un agregado de partes, sino una unidad por sí y una unidad no artificial u obtenida por un procedimiento de abstracción, sino efectiva y y al mismo tiempo se debe reconocer que ese orden es algo diverso de los elementos materiales que lo componen. "Debe también subrayarse que no es posible tener un concepto adecuado de las normas de un orden jurídico sin anteponer a éstas la noción unitaria", indisoluble, con una concordancia interna.. Así como no es un hombre una serie de partes, sino la unidad hombre (*Maynez toma de Santi Romano, p.186*)

Conforme la idea común y nuestro lenguaje creemos que no hay diferencia en llamarle ordenamiento o sistema (*Maynez hace una larga distinción*). Este ordenamiento trata de comprender todas las ramas del Derecho: Penal, civil, laboral, procesal, etc)

Sus características son: es una unidad o ente total, su concordancia interna, su plenitud (no tiene lagunas*, se dice) ya que los casos no legislados se resuelven tomando en cuenta los fines del sistema, es decir desentrañando éste; usando la analogía, aplicando los principios Los fines que inspiran al ordenamiento están expresados o revelados en la Norma Fundamental o Carta Magna o Constitución del país, como principios o reglas directrices.

(*laguna se llama a un vacío legal: no hay norma. Kelsen aclaró que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas, es un todo hermético y pleno; puede tenerlas la ley. Lo que pasa es que a veces se le llama laguna a lo no dispuesto por el legislador; pero eso es verdad es cuestión valorativa, lo que debió ser, lo que debió ser previsto – ocurre una valoración de lo que se desea normado y no lo está. Del Vecchio – cita Legaz, apoyándolo - ejemplifica: si en un ordenamiento alguien debe entregar un objeto y por caso fortuito éste desaparece, parece injusto que ese vendedor deba entregarlo o su equivalente en dinero; pero en ese ordenamiento no establece

ca. El ordenamiento da las garantías por medio del Derecho objetivo para que el d. subjetivo, la facultad o pretensión del beneficiado seale satisfecha, cumplida

que por caso fortuito no sea obligado a cumplir, y en cambio la regla general que se encuentra es: “todo obligado debe cumplir”. No hay una laguna, sino que el ordenamiento no ha eximido de ello al vendedor, y “debía quitarle ese cargo”; eso se opina desde el punto de vista valorativo. Obligándolo, se está aplicando el ordenamiento: sí está legislado el caso con la regla general)

§63 *La pirámide jurídica.*

Kelsen arrojó la noción de Ordenamiento jurídico como una pirámide, la cual concretizó gráficamente su discípulo Merkel. En una visión a la ligera, explicamos:

En la cúspide la Constitución, norma rectora; hacia abajo las leyes que completan la estructura del Estado, ya que todavía están “arriba”, como los Reglamentos Internos de Organos Superiores, la Ley de Procedimientos Constitucionales, etc. Siguen las leyes secundarias, dentro de las cuales se incluyen los Tratados Internacionales, que están sobre la Ley secundaria en caso de contradicción, pero no pueden estar en contradicción con la Constitución; siguen los reglamentos que elabora la Presidencia y Reglamentos de ciertos entes como las Municipalidades, luego las sentencias judiciales, que dictan “normas” individuales en la sentencia (norma que fungirá entre Pedro y Juan, los contendientes cuyo pleito se ha resuelto), y también dictan normas generales, como el caso de la Doctrina legal, que es obedecida por los Tribunales inferiores y por los justiciables; luego los contratos y convenios entre los ciudadanos, etc.

Abundamos con Recaens Siches⁹⁵: “el orden jurídico positivo consta no solamente de leyes y reglamentos, sino además de otra serie de fuente normativas, tales como son los negocios jurídicos válidos, las sentencias judiciales, las resoluciones administrativas y consta además de las valoraciones positivas en que se inspiró el legislador, así como también de ciertas reglas consuetudinarias”

La coherencia, la unión esencial de las normas del Ordenamiento resuelve muchas dudas expuestas por los teóricos. Una es la aseveración de

⁹⁵ Sociología del Derecho. Porrúa.

Kelsen, quien dijo que hay normas jurídicas sin sanción, no mencionan consecuencia coactiva, como las facultativas o permisivas (*Peces Barba*). Ejemplificamos con la facultad de cercar su predio Juan. No menciona sanción esa norma. Pero en base a la coherencia del Ordenamiento, otra rama u otra zona o norma está prohibiendo que se le impida a Juan ejercer ese derecho, lo que equivale a decir el ordenamiento: “éste tiene esa facultad y se castigará a todo aquel que le impida cercar” (bien claro en la rama penal). Asimismo, dice el autor citado, el Ordenamiento, en base a la coherencia hace interdependiente Derecho y Poder (sea unipersonal, de Directorio o “democrático”) pues éste ejerce la coercibilidad que supone la eficacia del Ordenamiento; y allí se revela la nota indisoluble de lo jurídico: la coacción. Ya dijo Bobbio que esa unión da por resultado que la Justicia sea fuerte y la Justicia frene a la fuerza para que ésta sea justa, legal, exenta de arbitrariedad.

En el ordenamiento cada grado toma su validez del grado superior; así las leyes secundarias, de la Constitución; las sentencias de los Jueces, de las leyes, y así sucesivamente. Siempre debe buscarse una norma superior que es el fundamento de la inferior; es la producción derivativa: un proceso de producción del Derecho que va desde la validez del orden constitucional a (hasta llegar a) la creadora pluralidad de las situaciones jurídicas derivadas” (Terán); “una norma es válida porque se fundamenta en otra más general” (*Dorantes*) o sea anterior. De esta última aseveración surgió la interrogante que fue difícil contestar por Kelsen: ¿Y la Constitución en que Norma previa tiene su validez, su fundamento?.

§64 Kelsen dijo: la Constitución actual puede encontrar su apoyo en una anterior, más antigua: ¿Y esa Constitución anterior, primera, donde encuentra su punto de apoyo? Buscando, buscando se llega a la primera (históricamente) . ¿y esta primera...? ”Kelsen responde: fue formada por la voluntad de un usurpador, de un audaz y férreo dictador o por una asamblea que se reunió para tal fin.” “De este modo – objeta Dorantes, llegaríamos a la conclusión de que todo orden jurídico descansa en última instancia, sobre *un hecho*; que el deber ser desemboca en *el ser*, lo eidético en lo fáctico, la validez en la eficacia” Kelsen corrige: una norma solo puede ser originada por otra norma y enuncia un principio general para todo sistema jurídico positivo: un hecho lo convierte en Derecho, un hecho en norma fundamental, y dice “Debe realizar-

se la coacción en las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación”. Dice que “tal coacción debe realizarse en las condiciones y en la forma que determina el primer constituyente. Es la *Norma Fundamental Hipotética*, es el derecho de la fuerza que después se convertirá en la fuerza del Derecho”

Veamos que el rigor lógico, puro, que se quería se vino abajo, ya se invocó como fundamento del sistema algo no jurídico, un *factum*: la coacción originaria, la fuerza no autorizada previamente por una norma jurídica. Ese fundamento ya no responde a la cadena estrictamente lógico-jurídica que traía el sabio, pues es un *factum*, de hecho, sociológico.

§65 Terán⁹⁶ habla acerca de ese problema de **la justificación lógico-jurídica de la Constitución**: “¿Con qué derecho el Constituyente ha establecido las normas primigenias de las que ha de derivar toda creación jurídica? “..Si esas normas originarias han surgido de una situación de hecho, entonces, ¿cómo es posible que del *ser de hecho* pueda surgir el *deber ser* del Derecho? . Este autor cree resolver la antinomia reflexionando sobre un postulado (óigase: postulado, no Derecho positivo) y “que es el siguiente: será Derecho lo que sea establecido por un primer poder u órgano”...”Lógicamente en la creación originaria de todo sistema jurídico está presente aquella norma” (la originaria). No nos parece feliz la respuesta para remendar la rotura de toda la construcción pura-jurídica, bien hilada jurídicamente, que estábamos presenciando en el sistema kelseniano. De repente lo fáctico.

Elías Díaz critica duramente tal rotura: Kelsen admite que “la Constitución nace de algo metajurídico ⁹⁷ (la toma del poder o “golpe de Estado”, la usurpación, etc) raíz de los saberes jurídicos desde fuera del Derecho (apartándose de lo que es Derecho) de modo que el ordenamiento jurídico jerarquizado...procede de un hecho sociológico. ..Todo el depurado formalismo de la teoría pura del Derecho asiéntase encima de un hecho que se dice la **norma fundamental**, cuya fijación es extraña al sistema jurídico de nor-

⁹⁶ Manuel Terán. Filosofía del Derecho. Porrúa.

⁹⁷ Metajurídico = fuera, más allá de lo jurídico.

mas..” y sin embargo se le estima como el fundamento. Semejante norma fundamental puede consistir entonces en preceptos éticos, en criterios de ideología política o en un simple acto de fuerza; mas en todo caso cae fuera del ordenamiento jurídico, fuera del Derecho, con lo cual la depuración normativista se recorta ...se rompe en la raíz del ordenamiento...”Con la norma fundamental Kelsen salta del *deber ser* al *ser*, del *Sollen* al *Sein*.”

El español cita a muchos tratadistas que también critican: eso de justificar con la usurpación o toma del poder es levantar norma del hecho...es acudir a una fundamentación ontológica, no formalista” que suena casi a “Derecho natural del que se pretendía huir”...hay ya en la construcción kelseniana “una veta de factores iusnaturalistas o éticos e ingredientes fácticos o sociológicos”.

Por todo esto, Calsamiglia⁹⁸, en Prólogo a “Qué es Justicia” de Kelsen, pregonaba que la teoría kelseniana es ya un caso cerrado, agotado.

El mismo Kelsen renegó de esa Norma Lógica Fundamental o Norma Básica imaginaria casi al fin de su vida.

- o -

⁹⁸ Albert Calsamiglia. Edit. Ariel.

PARTE 4

COMPLEMENTO DE LA INDAGACION CRITICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (v. §30)

conceptos jurídicos fundamentales. // definiciones del Derecho // otros conceptos jurídicos fundamentales // los conceptos jurídicos fundamentales y la jurisprudencia de conceptos.

I) CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

Lo expuesto en esta Sección pudo haber sido incluido en el tema “Indagación Crítica de la F.D”, pero no quisimos abundar demasiado en ella por no distorsionar la atención sobre las otras “Indagaciones”, ya que allá dábanos solo un bosquejo.

¿Por que el calificativo de *fundamentales*? Este vocablo traduzcámoslo en el sentido de “necesariamente común”, universal en el Derecho, usados en todas las ramas jurídicas, conceptos de los cuales no puede prescindir ningún campo jurídico. En cada sector del Derecho se encuentran conceptos propios de este sector, como en lo penal “delito”, falta”, “legítima defensa”; en la rama tributaria “tasa” e “impuesto”, “el Fisco”; en el Derecho Civil “cuasicontrato”, “posesión”, en el Derecho procesal “litisconsorcio”, (meros ejemplos); pero el de relación jurídica, persona, institución, etc, - vocablos que examinaremos adelante - son inmanentes al Derecho, no puede pensarse éste sin auxiliarse de esos conceptos, y por eso apellidados “fundamentales”.

A) DEFINICIONES DEL DERECHO.

§66 - *La definición del Derecho de Kant.*

La definición construida por el sabio de Konigsberg la presentan los autores con ciertas variaciones, pero es por la dificultad del idioma alemán para verterse al castellano. Unos traducen:

“El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales las acciones voluntarias de cada persona pueden ser armonizadas (o coordinadas) en la

realidad con las acciones voluntarias de todas las demás personas bajo una ley universal de libertad ⁹⁹

Otro (*Díaz Tejada, Hist. De la FD*) dice: “es el conjunto de condiciones bajo las cuales el albedrío de cada uno puede enlazarse con el albedrío de los demás según una ley universal de libertad”

Vanni sustituye albedrío por *el arbitrio* de cada uno...coordinado con “los arbitrios de los demás”

González Vicen, prologuista de *Introducción a la Teoría del Derecho de Kant*, hace aparecerla así: “el conjunto de condiciones bajo las cuales el *arbitrio* del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal ¹⁰⁰ de libertad”.

Quedémonos con esta última, comparando con las otras. Y leamos de letra de Kant que existe el arbitrio y el deseo. El arbitrio apunta hacia satisfacer el apetito (apetito en general: de tener, de realizar, etc). “Siempre que el apetito se halla unido a la conciencia de la capacidad de su acción para producir el objeto, el apetito se llama arbitrio; si no está, en cambio, unido a dicha conciencia (de capacidad de realización) se llama deseo”.

Un ejemplo vulgar: yo quiero ir a China, pero no tengo ni dinero ni visa, ni sé dónde queda, etc; no puede haber allí conciencia de la capacidad de realizar mi querer. Eso sólo es deseo. Igual las comidas exóticas en un lugar donde no existen ni los elementos para prepararlas. Pero si de una reunión de amigos quiero fugarme y todos son de confianza puedo hacerlo; si quiero salir de paseo y tengo automóvil y dinero, tengo al conciencia de la capacidad de mi acción para producir el objeto (realizar el objeto de mi querer. Eso es arbitrio. Digámoslo así: el arbitrio es la porción de libertad, una esfera concreta para ejercer mi querer o capricho o sea una acción (por eso algún autor dice (“las acciones libres de uno con las acciones libres de los demás”) y aquí puede ocurrir que al haber realizaciones de conductas mía y de otro esas conductas son posible de chocar. En cambio los deseos no pueden chocar. Entra en aquel caso de colisión y no en éste la función coordinadora del Derecho

99 *Galindo Pohl, La Idea del Derecho de Kant.*

¹⁰⁰ El texto que hemos leído dice “ley general”, que entendemos mejor, ya que “universal” parece Metafísica.

relativa a los arbitrios, de las libertades singulares. La colisión, machaque-mos, es de los arbitrios, no de los deseos.

Creemos que la frase “*según una ley general de libertad*” la explicó Kant cuando dijo en otras palabras: si yo no actúo conforme el Derecho, estoy obstaculizando que funcione cabalmente la ley general de libertad, es decir la ley general que da libertad a todo mundo. Y entonces viene el Derecho a remendar. Traducir algún autor “ley universal de libertad” suena a Metafísica, y Kant en el Derecho estaba alejado de ésta.

Dijo el de Koenigsberg: ”Todo lo que no es conforme al Derecho es un obstáculo a la libertad según leyes generales...En consecuencia si un cierto uso de la libertad es él mismo un obstáculo a la libertad según leyes generales – es decir, no conforme al Derecho, - la coacción que se opone a aquel (aquel obstáculo) coincide con la libertad. O, lo que es lo mismo, la coacción es un impedimento de un obstáculo a la libertad (la coacción que autoriza el Derecho impide el obstáculo a la libertad) O lo que es lo mismo, la coacción es conforme al Derecho. Por tanto, de acuerdo con el principio de contradicción, al Derecho se halla unida en sí la facultad de ejercer coacción sobre aquel que la viola”.

La libertad de uno debe conciliar con la libertad atribuida al otro. Si se le obstaculiza su libertad, aparece el Derecho derribando ese obstáculo. Esto último es la coercibilidad, inherente al Derecho, como acepta Kant.

¿Y la mención de “el conjunto de condiciones? ¿Se referirá a determinaciones culturales, políticas, socio-económicas, etc?. Estas serían la causa del sentido de las normas jurídicas. Estaríamos ya en una explicación sociológica de origen de ese Derecho. Pero nadie ha aceptado que Kant toque eso. Dejamos la interrogante.

§67 ***La Idea del Derecho*** que menciona Kant.

El Dr. Galindo Pohl¹⁰¹ ha aclarado la cita de Kant: “es necesario..distinguir entre Idea del Derecho y Derecho. La Idea del Derecho es el

¹⁰¹ La Idea del Derecho de Kant. CSJ.2003 // Kant explicó la Idea no solo en el sentido jurídico, sino en la Filosofía general. “Idea -dijo- es un concepto necesario de la razón respecto al cual no se halla en la experiencia sensible un objeto que le corresponde. Dios, libertad, deber, son ideas, todas a priori, carentes de objetos de experien-

arquetipo del Derecho, pero no es el Derecho...el Derecho tiende a aproximarse y a realizar en buena medida la Idea del Derecho” en el transcurso la historia. “La Idea del Derecho ofrece, pues, tanto una meta reguladora de la acción como una medida o instrumento de valorización de la experiencia histórica” Se compara y valora “por una unidad de medida y a ese efecto el modelo propuesto (la Idea) desempeña un papel”. En el mundo ¿qué sociedad no tiene un modelo “arquetipo” de todo? A veces “pega” con la realidad , a veces no. Matizar: Kant habla con “la Idea del Derecho”, pero no refiriéndose al Derecho positivo, y cabalmente dice “Idea es un concepto *a priori*”, vale decir no originado de la experiencia. (Remitimos a §69, donde Stammler expone también “la Idea” del Derecho)

Ahora bien, “la idea” común (representación mental de un objeto intuitivo) , la Idea, y “el ideal” son cosas distintas¹⁰²

§68 **La definición del Derecho de Kelsen**

Solo la repetimos, pues la examinamos en ap. §58

El Derecho es la técnica social que consiste en obtener la conducta social de los hombres que se desea, por medio de la amenaza de una medida coercitiva que será aplicable en caso de conducta contraria”. (En §58 describamos por qué usa “técnica social”)

§69 **La definición de Stammler** (1856-1938), Uno de los neokantianos:

“El Derecho en general es un querer vinculante, autárquico e inviolable.

.Ese es el concepto. Luego viene **la Idea** de él, que es el otro componente.

cia que se correspondan con ellas. Kant califica también como Ideas la paz perpetua y la forma republicana de gobernó...” (Galindo Pohl, Op.cit. p.228)

¹⁰² “No ha de confundirse la Idea con “el ideal”. Este último tiene mucho de subjetivo...sea ideal individual, sea ..colectivo. El ideal individual corresponde a la personalidad individual y el ideal colectivo, al ser histórico del pueblo. Pueden haber ideales jurídicos, ..y éstos pueden adoptar en mayor o menor grado la Idea del Derecho. (cfr. Galindo Pohl, op cit, p. 51).

Explica el jurista: El concepto está expresado en la definición. Querer o voluntad; su rasgo es voluntario, se trata de un **querer** y no de un conocer. Es “**vinculante**” de la voluntad jurídica, que se distingue por esto, de la voluntad aislada. Esta última es propia del individuo considerado en sí, en tanto que el querer jurídico pone necesariamente en relación a más sujetos, de manera tal que la voluntad de uno se convierte en medio necesario para el otro o para los demás. La tercera nota reside en su valor categórico (autárquico-definición del derecho de co); así los distingue de las reglas convencionales; la norma jurídica se impone por sí misma, por una fuerza autónoma y exige su actuación al margen y aun en contra del querer de los sujetos”. El término **inviolabilidad** mejor sustituirlo, decimos, por categórico, que significa “no hay para donde” (en salvadoreño).

El otro elemento relevante en la definición del Derecho, dijo, es la **Idea del Derecho**, esto es, su valor, su fin absoluto. “Es la **Idea del Derecho** la que constituye una guía segura. La Idea del Derecho hace referencia al problema de la Justicia: cuándo puede considerarse fundamentalmente justificado un querer formalmente jurídico. Esta Idea no tiene ningún contenido concreto: se funda en la posibilidad de representarse toda posible aspiración en una armonía incondicionada. Como especie de estrella polar que conduce a buen puerto al navegante, aunque nunca pueda éste alcanzarla. La Idea del Derecho nunca prescribe tal o cual contenido (específico) al Derecho”, pues decimos, es una aspiración quizá fijada por las circunstancias históricas, ya que recordemos que Stammler decía “un Derecho natural cambiante”.(remitimos a §67)

§70 *Definición del Derecho de Del Vecchio.*

La sabiduría de este italiano le impulsa a ser tan sintético:

“El Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento”.

Es una definición escueta, formal, pero no creemos que esté el sabio en contra de que en ella agreguemos los objetivos que se propone el Derecho, expuestos por el autor en la parte dogmática, en la fenomenológica y la axiológica de la Filosofía del Derecho, las que ya abordamos. Siempre alusión a la coactividad, al decir “excluyendo todo impedimento”

§71 **De Icilio Vanni.**

Con gran irreverencia, se nos perdonará advertir que el sabio mezcla la noción de Derecho Objetivo, el orden jurídico al que hemos aludido que constituye un fenómeno social que encontramos en la sociedad, con la facultad a que da origen ese Derecho objetivo.

Dice :*El Derecho en sentido objetivo es el conjunto de las normas generales impuestas al hacer humano en las relaciones exteriores, hechas valer por la autoridad del Estado para garantir los individuos y la comunidad en el logro de sus fines.*

El Derecho en sentido subjetivo es la facultad de los individuos y de los entes colectivos de obrar conforme a la norma que garantiza sus fines e intereses y de exigir de los demás lo que es debido por razón de la misma norma”.

§72 **De Eduardo Garcia Maynez.**

El Derecho es un orden concreto instituido por el hombre, para la realización de alores colectivos, cuyas normas, integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible, son normalmente cumplidas por los particulares y en caso de inobservancia, aplicadas e impuestas por los órganos del poder público. (F.D, p.135)

§73 **Definición de Manuel Teran.**

El Derecho es un contenido cultural, normativo-coercible.

Tiene otros caracteres, dice, pero esta es su esencia.

§73.1.- Recordemos **la definición de Iheringg**: el Derecho como “*la forma de la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, creadas por la fuerza coactiva del Estado*”.

§74 **De Prat Brufau.**

Este autor es bastante prolijo: “*El Derecho es una pauta social de comportamiento, que en un grupo concreto políticamente organizado y en un momento histórico determinado, está ordenado por quien legítimamente ostente el poder a regular obligatoriamente la vida social para hacer posible la obtención de aquellos fines sociales que se consideran necesarios y son objetivamente valiosos a fin de que los miembros del grupo encuentren en éste los medios que les son necesarios para su propio y personal perfecciona-*

miento y que aisladamente no podrían alcanzar y puedan conseguir así su total y plena realización como persona”.

-o-

B)- OTROS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

En el desarrollo de este trabajo hemos insertado muchos conceptos fundamentales porque era necesaria la explicación para el entendimiento del tema respectivo. Empero, algunos esa calidad de “fundamental”

Ellos, entre los más relevantes son (indicamos los respectivos apartados):

El positivismo -v §24

El Derecho positivo -v §54

El iuspositivismo -v §45

El Derecho natural, -v §49

El iusnaturalismo -v §49 -§57

Imputación -v §5

Teoría Pura del Derecho -§47

Formalismo -v §7

Hegelianismo o Hegelismo -v §30 np.

Norma jurídica -v §§3

Ley natural, -v §5

ordenamiento jurídico -v §62

Derecho objetivo: -v §62

Derecho subjetivo -v §62

Expongamos algunos no especificados antes. Son:

§75.-RELACION JURIDICA.

Vanni explica: *es una relación entre personas (humanos), por razón de la cual una de ellas puede pretender cualquier cosa a la que otra está obligada, relación que concierne a un objeto determinado, nace de un hecho particular y está regulada y garantida por una norma jurídica.*

Desgrana el sabio: es entre personas; en un extremo una tiene derecho, y en el otro extremo otra tiene obligación para con la primera; concierne

a un objeto determinado, vale decir gira alrededor de un objeto (esto es relevante porque no es relación con el objeto, sino que depende de que haya un objeto sobre la cual se asienta la relación: ej el caballo prestado, el camión, el fundo dado en arrendamiento); nace de un hecho particular (aquí Vanni comprende en “hecho” jurídico también el “acto” jurídico, que ya veremos); subrayar: la relación entre humanos se hace jurídica si está regulada y garantida por el Derecho, pues hay relaciones humanas que el ordenamiento no regula como la amistad, el noviazgo, el compadrazgo, etc.

§76.-**Génesis de las relaciones jurídicas.** Distingue Vanni: o nacen (i) provenientes de un acto, que es un negocio, un acuerdo o lo que se llama “título”, es decir con intervención de la voluntad humana, estableciendo las reglas de la relación libremente las partes, como la compraventa, el arrendamiento, el otorgamiento de testamento, etc. O (ii) nacen de un hecho, acontecimiento donde la voluntad humana no tiene intervención, son de la naturaleza, como la muerte de una persona, el nacimiento de un niño, ejemplos en los cuales si se da ese acontecimiento nace la relación jurídica: la herencia y la responsabilidad alimentaria de los padres. Este nacimiento de la relación es *ipso jure* (por la ley): el nacido tiene ya derechos, los padres tienen ya obligaciones para con él. Advierte (iii) que hay unas relaciones que nacen de un acuerdo libre como el matrimonio, pero ese acuerdo está regido - en cuanto a celebrarlo, iniciarlo -por la voluntad humana, pero ya en el desarrollo de la relación de allí nacida rige cabalmente el Ordenamiento legal; este establece las reglas ineludibles. .

§77.- EL OBJETO JURÍDICO o sea el objeto de la obligación o de la facultad.

En la exposición de Terán encontramos la aclaración: no debe confundirse técnicamente, el objeto terrenal, el objeto de la vida, con el objeto jurídico, sobre el cual recae el derecho o la obligación. Dice: “el objeto de la relación jurídica, de la obligación, del derecho, no es el bien terrenal, el objeto físico o material que se da en la vida diaria sino una conducta consistente en dar, hacer o no hacer.

Por ejemplo, si en la relación de compraventa se concibe que el objeto de la compraventa es la casa vendida, el dinero entregado o recibido, ..se falsea la concepción del objeto de derecho, porque lo que importa esencial-

mente para la relación jurídica no es la existencia de la cosa materia, sino la imposición de determinada conducta; tan es así que puede destruirse la cosa material y sin embargo, se producen las consecuencias inherentes a la relación de compraventa; es decir que la relación de entrega de un bien que llega a desaparecer antes de su real entrega, puede transformarse en otro contenido de conducta, como el pago de una indemnización o pago de daños y perjuicios. Lo que importa al Derecho es el control de la conducta que puede ser la entrega de una cosa o acaso la realización de determinados actos, como en las obligaciones de hacer. En la obligación de hacer no hay de por medio una cosa del mundo corpóreo y no por ello deja de haber un objeto de la obligación. El objeto del Derecho, pues, es una obligación o la facultad de actuar de determinada manera dando, haciendo o no haciendo”, En los pactos de *no hacer*, el objeto jurídico es la abstención. (*op.cit*)

§78.- SUJETO DE DERECHO.

Esto es, quién jurídicamente es el destinatario de las obligaciones o facultades que exige o confiere el ordenamiento jurídico. O sea, en palabras de Kelsen, el centro de imputación de la norma jurídica, “a quién se le imputa”, “la persona obligada”..

Recasens Siches en *Introd. al Estudio del D*, agrega: “Se atribuye personalidad al sujeto individual, así como al ente colectivo. Desde ya digamos que hay persona individual como Toño, Pedro, etc. A todos los individuos humanos se les debe reconocer personalidad jurídica. Tan solo por ser humanos son persona jurídica, aunque solo se diga “persona”; y se reconoce como persona jurídica (es más popular este adjetivo para los entes que no son humanos pero son “personas”. El humano no es persona por su carne y huesos, su voz, su color, etc, sino por una ficción que viene desde los griegos y romanos: persona era el “que jugaba un papel en el teatro. La ficción después consistió en que persona era el “cúmulo de derechos y obligaciones que lleva inherente un humano”, “sus derechos en conjunto”, “los derechos que anda llevando” y deben respetarse. Por eso es que la ley dice que todas las personas son iguales ante ella; no dice que todos los seres humanos son iguales, pues es claro, como humanos son diferentes. Dice Siches: “El individuo como personalidad jurídica no es la persona humana total entrañable, profunda, auténtica, que cada ser humano es, antes bien es tan sólo un conjunto de

funciones preconfiguradas por el Derecho, consistentes en la serie de todos los deberes jurídicos y de los derechos subjetivos de un ser humano. Lo que en el Derecho funciona como personalidad jurídica individual no es el individuo entrañable e irreductible, el hombre de carne y hueso, el sujeto auténtico, único e incanjeable; antes bien, es un repertorio de funciones (deberes y facultades) establecidos o reconocidos por el Derecho.”

“Así, pues, la personalidad jurídica, tanto por lo que se refiere al individuo como al ente colectivo, no es una realidad, un hecho, sino que es una categoría jurídica, un producto del Derecho, que éste puede ligar a diferentes sustratos. La personalidad es *la forma jurídica de unificación de relaciones*. Y puesto que las relaciones jurídicas son relaciones humanas y el fin de ellas es siempre la realización de intereses humanos, la personalidad no sólo se concede al hombre individual, sino también a colectividades o a otro sustrato de base establece, como los bienes de una fundación para la realización de obras comunes o de utilidad colectiva.”

Persona colectiva (o comúnmente “jurídica”).-“Las personalidades colectivas son pluralidades de individuos, que persiguen un interés común, grupos (cuyos componentes pueden cambiar, que se encaminan a un mismo fin, a la realización de unas determinadas funciones. El Derecho, al conceder personalidad a esas colectividades, unifica conceptualmente, jurídicamente, su actuación; con lo cual las dota de agilidad y facilidad de movimientos parecidos a los individuos. Y, en las fundaciones, Derecho,, al considerarlas personas, subjetiviza y unifica las obras o actividades que encarnan el fin o la función a cuyo servicio fueron creadas.”

Tipos corrientes de personas colectivas.-A) las corporaciones que son las personas jurídicas colectivas creadas oficialmente por el Derecho, Así, entes públicos de la Administración, comenzando por el Estado mismo, e incluyendo los municipios, las provincias, ..los Estados miembros de una federación, los entes administrativos oficiales descentralizados, etc.

B) **las asociaciones**, fundadas por iniciativa de un grupo de individuos, las cuales comprenden las asociaciones de todos los tipos, (religioso, cultural, filosófico, científico, político, deportivo, benéfico, etc); las sociedades civiles, las sociedades mercantiles (simples, en comandita, anónimas, de responsabilidad limitada, etc).

C) *las Fundaciones*, o sea, las consistentes en una masa de bienes adscrita al cumplimiento de unas finalidades o funciones, caritativas o filantrópicas, religiosas, culturales; es decir, la afectación perpetua de un fondo productivo de rentas a la realización, al sostenimiento o al aumento de un servicio determinados. Por ejemplo: una escuela, un asilo, un hospicio, una institución de investigación científica, una institución de ayuda técnica, etc, sobre la base de la voluntad fundacional, la cual constituye la norma, o mejor dicho, el conjunto de normas por las cuales se va a regir ese ente”.

§79.- LA INSTITUCION.

Esneña Legaz y Lacambra: “Así como la fundación institucional crea un sujeto de Derecho, que impone su entidad frente a terceros, el contrato sólo produce un vínculo efímero y solo afecta con la cualidad de acreedor o deudor a la persona de los contratados. Representa la categoría de lo discontinuo frente a la continuidad de la Institución. Esta es adaptable y lleva la perpetuidad en su razón de ser; lo contractual es rígido y sólo es susceptible de adaptación cuando se infiltra en el contrato la savia de lo institucional. Pero hay contratos que, en realidad están dentro de lo institucional” como la concesión de un servicio público.

Las Instituciones perduran con las generaciones. Maurice Hauriou en su *Teoría de la Institución y de la Fundación (Abeledo Perrot)* define la Institución como una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un grupo”; idea que es de la comunidad. Y en esto amplía Legaz: “La institución posee vida jurídica autárquica. Hay una unidad de ser en la diversidad de sus órganos, que implica un Derecho y una justicia interior, articulados con el Derecho y la Justicia Comunes; y esa unidad se basa en la intimidad institucional, en una confianza que impide que las discrepancias posibles rompan la unidad de su ser. La Institución posee además estructura jerárquica y autoritaria; es una organización, la cual implica una jerarquía y ésta una autoridad. Toda autoridad es institucional”

Hauriou escribe: “Las instituciones nacen, viven y mueren jurídicamente; nacen por operaciones de fundación que les suministran su fundamento jurídico al continuarse; viven una vida a la vez objetiva y subjetiva, gracias a operaciones jurídicas de gobierno y de administración repetidas y, además, ligadas por procedimientos; por fin, ellas mueren por operaciones jurí-

dicas de disolución o de abrogación. De este modo, las instituciones presentan jurídicamente la duración y su urdimbre sólo se cruza con la trama más floja de las relaciones jurídicas pasajeras”.

Existen dos tipos de instituciones:

Las que se personifican y las que no se personifican. En las primeras, que integran la categoría de las **instituciones-personas** o de los cuerpos constituidos (Estados, asociaciones, sindicatos, la Policía, el Ejército), el poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo se interiorizan en el marco de la idea a la obra; después de haber sido el objeto de la institución corporativa, la idea deviene el sujeto de la persona moral que se desarrolla en el cuerpo constituido”.

Sigue Hauriou: ”En las instituciones de la segunda categoría (que no se personifican), que pueden denominarse **instituciones-cosas**, el elemento del poder organizado y el de las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo no están interiorizados en el marco de la idea de la obra, y aunque existen en el medio social, permanecen exteriores a la idea. La regla del Derecho, socialmente establecida, es una institución de este segundo tipo: es institución porque tanto que es idea se propaga y vive en el medio social, pero ella no engendra, visiblemente, una corporación que le sea propia: vive en el cuerpo social – en El Estado, por ejemplo- tomando de éste su poder de sanción y aprovechando de las manifestaciones de comunión que se producen en él, pero no puede engendrar una corporación porque no es un principio de acción o de empresa, sino por el contrario, un principio de limitación”. Los estudiosos ponen como ejemplo de las instituciones cosa, la Ley del Talió, las arras en el convenio.

Los elementos de toda institución corporativa (que ha llamado **institución-persona**)son ..tres: **1º**-la idea de l obra a realizar en un grupo social; **2º** el poder organizado puesto al servicio de esta idea para su realización; **3º** las manifestaciones de comunión que se producen en el grupo social respecto de la idea y de su realización. Recordemos además que, para nuestras instituciones se produce un fenómeno de incorporación, es decir, de interiorización del elemento poder organizado y del elemento manifestaciones de comunión de los miembros del grupo, dentro del marco de la idea a realizar y que esta incorporación conduce a la personificación. Y ella conduce a esto tan cómodamente que, en realidad el corpus mismo que resulta de la incorporación es

ya un cuerpo muy espiritualizado: el grupo de los miembros es absorbido allí en la idea de la obra, los órganos están absorbidos en un poder de realización y las manifestaciones de comunión resultan manifestaciones psíquicas”.

“Bajo este aspecto todos esos elementos son más espirituales que materiales, y este cuerpo es de naturaleza psico-física.

“El elemento más importante de toda institución corporativa es el de la idea de la obra a realizar en una agrupación social o en beneficio de esa agrupación. Todo cuerpo constituido lo es para la realización de una obra o de una empresa. Una sociedad anónima es la puesta en marcha de un negocio, es decir, de una empresa de lucro; un hospital es un establecimiento constituido para la realización de una idea caritativa; un Estado es un cuerpo constituido para la realización de un cierto número de ideas, las más accesibles de entre las cuales se agrupan en la fórmula siguiente: protectora de una sociedad civil nacional, por un poder público con jurisdicción territorial, pero separado de la propiedad de las tierras, dejando así un gran margen de libertad para los sujetos”.

B) Los conceptos jurídicos fundamentales y la Jurisprudencia de conceptos.

Ya hemos aludido a esta tendencia en ap. §7 y §8. De la Pandectística (estudio de las Pandectas¹⁰³ o del Corpus Iuris Justiniano para extraer conceptos del Derecho romano) surge el afán de descubrir los conceptos esenciales del Derecho Civil y de otras regiones jurídicas. Y de esta ocupación surge la Escuela dicha, que adopta el método **lógico formalista** (v §7) para formar del Derecho un sistema, una ciencia rigurosa; piensa elevar al Derecho a una especie de matemáticas del Derecho, con necesidad lógica (*Fasso*).

Esta tendencia ya es manifestación del positivismo, querer remedar la investigación de las ciencias naturales, para no inmiscuirse en problemas de observación de circunstancias, sociales, de valores, etc. Pero sucede que por ejemplo su representante máximo, Ihering (1865), se vuelve con visos de

¹⁰³ “Pandectas” se llamó también al Digesto. “Pandectas” significa t compilación de varias obras. Fue tendencia hacia mediados del S. XIX, liderada por Savigny.

“positivista-idealista” pues alude a que “en el Derecho lo que manda son los fines, los cuales no emanan de las normas sino que son inmanentes a la vida misma de la sociedad, sociedad que, en sentido jurídico, consiste precisamente en la unión de personas que están vinculadas por la consecución de un fin común, siendo por tanto, los fines las necesidades de todas especie que surgen de la vida social y que deben ser satisfechas para que la sociedad sobreviva. El Jurista, dice, debe mirar a dichas necesidades si quiere comprender las instituciones jurídicas por mera fuerza de la lógica. Entre dichas necesidades se encuentran no solamente los intereses utilitarísticamente entendidos sino también **los valores**” (*Fasso*)- Subrayemos: un positivista hablando de temas sociológicos y de axiología; muy raro. Este alemán se distinguió por sus cambios de tendencias.

II) PRINCIPIOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

§80.- En algún párrafo de la Crítica de la Razón Pura dice Kant: principio en efecto es el inicio, el arranque de un razonamiento. Después dice él - es “una proposición general, aun inferida por **inducción** de la experiencia, que pueda servir como premisa mayor de un silogismo” Y también (Sec 3ª de Cap. II) expresa “si existen en general principios, es por obra únicamente del **entendimiento puro**”...esto es, sometido a reglas porque sin ellas no podríamos nunca aplicar a los fenómenos el conocimiento”. Entonces, se infiere de sus palabras, que el principio es para aplicar el conocimiento a los fenómenos (y que esto puede derivarse de la inducción o del pensamiento *a priori*). Los filósofos han dicho que el principio es una máxima, la más alta y la más general que da nuestra razón y de donde arranca un sector del conocimiento. Es a la vez una regla rectora y fundamento del orden jurídico.

Con respecto a los “principios” jurídicos debemos distinguir a) “los fundamentales” o “**universales**, que son ya una reflexión filosófica; b) los principios **generales** del Derecho”, estos son, en palabras de Legaz y Lacambra, “ aquellos que inspiran una determinada legislación positiva” y que por inducción (es decir examinando norma por norma) se encuentran en ese ordenamiento invivitos, “escondidos”, talvez no expresados. . De tal manera que pueden ser distintos los principios reguladores de la legislación inglesa, de los que inspiran la legislación salvadoreña (ejemplo) Asimismo el princi-

pio constitucional nuestro de que “los funcionarios no tienen más atribuciones que las que les da la ley”, es un principio que no cuaja en otros sistemas políticos como el inglés con respecto al “arbitrio de los Jueces” (que los hace “cuasi-soberanos”). Etc..

Y podemos agregar un literal c), los principios particulares, de una rama constitutiva de un ordenamiento. Así tenemos ejemplos: en la rama Penal *in dubio pro reo*; en la rama tributaria “la reserva de ley y no retroactividad en los tributos”; en el Derecho Procesal “*audiatur altera pars*”; en lo Civil: la libre disponibilidad del patrimonio”. No mandan en toda la legislación.

En cuanto a los principios del literal a) (para la reflexión filosófica) “se trata de verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del Derecho, el fundamento de toda legislación positiva” (*Legaz*). Es lo que Kant hubiera dicho son *a priori*, productos de la *Razón pura*.

§81.- Radbruch sostiene que los principios fundamentales del Derecho o sea universales, son:

Salus populi suprema lex esto (Que la salud del pueblo sea la suprema ley significa el fin del bien común

Justitia fundamentum regnorum (la Justicia es el fundamento de todo),

Fiat justitia mundo summum (hágase Justicia aunque se termine el mundo)

Sumum ius, summum injuria (El Derecho demasiado estricto implica la mayor injusticia).

Antes había enunciado Hobbes como principio universal eterno: *pacta sunt nunca* (los pactos deben cumplirse). En efecto, no puede permitirse el arbitrio, el desorden, el libre arbitrio en cuanto al cumplimiento en la rama privada.

Advertencia en este punto sería: hay **técnicas llamadas “principios”**, pero son solo eso: instrumentos ideados para el mejor desenvolvimiento de una rama del ordenamiento, como tenemos en el Código Procesal Civil y Mercantil el “principio de oralidad”: no tanta redacción minuciosa; es para hacer más expedita la administración de Justicia. Así el principio de “impulso procesal por el Juez” en cuanto al proceso, para no esperar petición para continuar en el paso siguiente.

PARTE 5. NUEVAS POSICIONES RESPECTO DEL POSITIVISMO-IUSNATURALISMO.
--

Surgen tendencias que quieren compaginar las dos tendencias antagónicas, positivismo y ius naturalismo. Uno de los autores más destacados es Ronald Dworkin, norteamericano Profesor de Oxford¹⁰⁴. El ha criticado duramente al positivismo, afirmando valientemente que el Derecho está indeseablemente unido o sea tiene invivitos elementos de la moral y de la Política. Ha dicho: “el umbral entre derechos morales y jurídicos es difuso”. Y admite en el Derecho “directrices que hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos”. Algunos autores califican la posición de Dworkin como *neoiusnaturalismo* por predicar derechos individuales previos al ordenamiento, pero recalca él que no es iusnaturalista aunque sí entendiendo – sin rechazar - que lo que se llamó *Derecho natural* es un arquetipo, como lo que Stammler, Kant y otros llaman “la Idea del Derecho” o visión de Justicia; una fundamentación racional del Derecho.

§82.- La teoría de Dworkin es destructora del esquelético positivismo jurídico, que sostiene separaciones absurdas entre lo social, lo moral, la política, etc. El es norteamericano y tenía que heredar concepciones de la Jurisprudencia Sociológica que en Estados Unidos lideraron los Holmes, Cardozo, Pound¹⁰⁵, hacia mediados del S.XX. Escuela que sostenía “la idea de que la labor del jurista teórico, la del legislador y la del Juez no deben limitarse a un proceso meramente lógico, sino que debe contener además, indispensablemente una gran dosis de conocimiento sociológico de las realidades actuales, que sirva como base para la formulación de normas generales e indivi-

¹⁰⁴ Nos valemos para el comentario, de su Libro “Los Derechos en Serio”, Ariel.

¹⁰⁵ Holmes y Cardozo fueron magistrados de la Corte Suprema de E.U.; Pound, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

duales inspiradas en los criterios de Justicia”. Pero eso no implicaba que aquellos jurisconsultos desahuciasen por completo a la lógica del campo de la práctica jurídica”¹⁰⁶. Eso sí, no puede estarse sometido sólo al pensamiento lógico-deductivo, que no es rechazable al ser usado correcta y oportunamente.

Dworkin es innovador; pero para leerlo debemos tener cautela, pues él se refiere con reticencia a ciertas instituciones que no “cuajan” en nuestro sistema jurídico y gasta demasiadas páginas comentándolas. Ellas son propias del Derecho anglosajón. Ejemplos son:

La discrecionalidad del Juez.- En las legislaciones occidentales no se habla de tal facultad, sino de una decisión ajustada a la sana crítica y se exige expresar la motivación que ha impulsado a resolver en cierto sentido. Y tal motivación tiene reglas que atender, escala de donde escoger, como el art. 19 del CPrCM nuestro, que establece: acudir a la regulación de situaciones análogas al caso en revisión, ir a la normativa constitucional, a los principios que deriven del Código, a la doctrina legal, y al final, a consideraciones de buen sentido y razón natural.

Dentro de esa discrecionalidad, estiman los ingleses que *el Juez crea el Derecho*, tipo legislador. Leemos en Dworkin con respecto a normas: “algunas fueron creadas por un Organismo legislativo...otras fueron creadas por los Jueces, que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro”. Y escribe: “Si un abogado reconoce, *como debe*, que los Jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas...” (Es decir pueden hacer a un lado una norma).

Dworkin hace una pregunta que no puede hacerse en nuestro medio jurídico: ¿Cuándo se le permite a un Juez que cambie una norma jurídica existente?. En los sistemas occidentales nunca puede el Juez “cambiar” sino alguna vez “inaplicar” por inconstitucionalidad, únicamente.

¹⁰⁶ Recasens Siches. Nueva Filosofía de la Interpretación...

En el Derecho anglosajón el Juez es “superpoderoso”; dice el autor: “los Jueces son los que tienen la última palabra en el Derecho”. Y alguno dice: el que estudia Derecho lo hace para poder adivinar qué decidirán los Jueces.

Al aludir a la falta de norma ante un caso, tienen un mito los anglosajones: *el Juez Hércules*, omnisciente, tipo el Salomón bíblico, que siempre decide acertadamente, admirablemente.

El vacío legal, que Dworkin llama “caso difícil”, no puede darse, sino excepcionalmente. Y además nuestra ley establece para el Juez la obligación de resolver (art. 15 CPrCM) ineludiblemente, sin excusas.

La retroactividad la menciona Dworkin como denotando miedo de que la aplique el Juez. Entre nosotros está prohibidísimo por la Constitución.

Una cuestión que no nos parece, y tal vez ocurra en verdad en esos lares, es que pueden haber *principios jurídicos contradictorios* a aplicar y el Juez entonces se ve en un aprieto. ¿Será así un sistema jurídico, que tenga principios fundamentales que se contradigan? ¿Qué pasa con la coherencia, la unidad, la sistematización? No creemos que en los órdenes jurídicos occidentales ocurra eso.

§83.- Dworkin, para oponerse al positivismo jurídico comienza con una distinción: para él hay **normas, directrices y principios**. El positivismo solo habla de normas, dejando fuera lo de directrices y principios.

§84.- Las *directrices* tienen carácter político. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Notemos una inmiscusión de lo social, elemento sociológico que expulsaba Kelsen de lo jurídico.

§85.- Los *principios* hacen referencia a la Justicia y la Equidad, mientras las normas (en ese sistema anglosajón) se aplican o no se aplican. Los principios dan razones para decidir en un sentido determinado. El contenido material del principio es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada. Los principios - además - informan las normas jurídicas concretas

de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el Juez cuando ella viola un principio que en ese caso específico se considera importante.

Calsamiglia¹⁰⁷ cita a un autor que interpreta a Dworkin: “el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico... Y por tanto, la tesis central del positivismo- la separación entre el Derecho y la moral- es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. “ (p.11)

Y Calsamiglia aclara: “Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables...” Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico de naturalismo – que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta construir una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo... El razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones”.

Dworkin se muestra defensor invencible de los derechos individuales, que los hay previos al Estado. Llega a decir que aun contra la mayoría deben triunfar los derechos del individuo. “La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. El Derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos...”. Creemos que se refiere a derechos intransferibles, innegociables, adheridos a la persona humana, como el derecho a la vida, la dignidad, el honor, la privacidad, el respeto y la consideración, etc. Porque es universal el lema de que “el interés público prima sobre el interés privado”.

Por esa reticencia en los “derechos” se le tiene como restaurador del *liberalismo individualista radical* (§16.1); pero él se califica de liberalista progresista, con vista al liberalismo igualitario, apartado del utilitarismo; y

¹⁰⁷ Albert Calsamiglia, Ensayo “Sobre Dworkin”, como Prólogo a “Los Derechos en Serio”, libro de Dworkin.

aquí una diferencia que desea se tome en cuenta: el utilitarismo quiere obtener como objetivo máximo el desarrollo económico-social, pero nuestro autor ve en el desarrollo unas garras que van contra los derechos, vale decir es una contradicción: “el desarrollismo económico perjudica más de lo que ayuda a la concepción liberal de la igualdad”

BIBLIOGRAFÍA BASICA.

Aguilera Barchet., Bruno. Introducción a la Historia Jurídica del Derecho. Universidad de Extremadura.

Bobbio, Norberto. El Positivismo Jurídico. Debate, 1998.

Dorantes Tamayo, Luis Alfonso- Filosofía del Derecho. UNAM.

Emile Durkheim- Sociología

Ducci Claros, Carlos.-Interpretación Jurídica.

Del Vecchio, Georgio – Filosofía del Derecho

Díaz Tejada, Elías Tratado de Filosofía del Derecho. Univ. Sevilla.

Fasso, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho. Pirámide.

García Maynez, Eduardo -Filosofía del Derecho

García Maynez, Eduardo-Lógica del Juicio Jurídico. FCE

Fernández, Julio Fausto-. Ensayos, Ed. de CSJ.

González, Antonio. Introducción a la Práctica de la Filosofía. UCA)

García Morente, Manuel. Lecciones Preliminares de Filosofía.

Geiger, Theodor.- Sociología del Derecho.

Hauriou, Maurice. Teoría de la Institución y de la Fundación -Abeledo Perrot

Hernández Marín, Rafael. Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea.- Tecnos.

Kelsen, Hans- ¿Qué es Justicia?-

Kelsen, Hans –Teoría Pura del Derecho. CSJ. 2013.

Kelsen, Hans- Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Porrúa.

Kant- Introducción a la Teoría del Derecho.

Kant. Crítica de la Razón Pura. Ed. Losada.

Kant. Crítica de la Razón Práctica. Porrúa..

Kant. Metafísica de las Costumbres.

Kant. Esbozo de una Historia universal Desde el Punto de Vista Burgués-Cosmopolita.

Legaz y Lacambra, Luis- Filosofía del Derecho.

Liévano Chorro, Gerardo. Moral y Derecho. Mrio de Educación.

López Calera, Nicolás María. Filosofía del Derecho. Ed.Comares.

Pescador, Augusto.- Ontología. Losada.

Peces Barba, Gregorio. Introducción a la Filosofía del Derecho.

Preciado Hernández, Francisco. Filosofía del Derecho. Porrúa

Radbruch, Gustav. Filosofía del Derecho.

Rehbinder, Manfred-. Sociología del Derecho. Pirámide, Madrid.

Recasens Siches, Luis- Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho

Recasens Siches, Luis-Introducción al Estudio del Derecho.-Porrúa.

Recasens Siches, Luis- Sociología del Derecho.

Soriano, Ramón. Sociología del Derecho. Ariel.

Terán, Manuel.- Filosofía del Derecho. Porrúa

Torré, Abelardo. Filosofía del Derecho.

M. Ureña, Enrique. La Crítica Kantiana de la Sociedad y la Religión.

Tecnos, Madrid.

Vanni, Icilio.- Filosofía del Derecho.

Velis, Carlos Adrián.- Síntesis de la Crítica de la Razón Práctica de Kant.

INDICE GENERAL.

INTRODUCCION.....P.9

PARTE I.-

 APROXIMACION A LA REALIDAD DEL DERECHO.

- DERECHO, SEGURIDAD Y JUSTICIA.

 El Derecho es un punto de vista sobre la Justicia- el Derecho como norma, hecho social y valor- el Derecho como norma -estructura del juicio jurídico.-Ley natural y Norma jurídica- imputación.-formalismo lógico

gico jurídico Jurisprudencia de Conceptos -El Derecho como hecho social.- Derecho y poder. -Derecho y realidad social- Las capas de la realidad - Derecho y Política. -Derecho y moral -¿Autonomía o heteronomía.?- Moral en Kant.-“Libertad” en Filosofía especulativa y en la práctica -¿El Derecho surgió de la moral? p11

PARTE 2 - PREGUNTA FILOSOFICA POR EL DERECHO.

DERECHO Y JUSTICIA.

¿Hay un Derecho justo y otro injusto? - el idealismo -el positivismo- el idealismo -el formalismo crítico- el iusnaturalismo - ciencia jurídica.- Derecho, Filosofía del Derecho.-política jurídica - ciencia jurídica - Filosofía del Derecho.-Indagación crítica – problema ontológico --Indagación sintética o Fenomenología jurídica -Indagación deontológica (que Del Vecchio llama ética) o Axiología jurídica o Estimativa jurídica. - Filosofía como forma vida - los valores jurídicos- **el objetivismo** (o absolutismo) y **el subjetivismo en la axiología** -_Fines y valores._ - clasificación de los valores jurídicos - la Justicia -la Equidad -**la Seguridad jurídica** -el Bien común.- unidad de las tres indagaciones de la F.D.
..... P.36

PARTE 3 – **POSITIVISMO JURIDICO. DERECHO NATURAL** (iusnaturalismo). DERECHO POSITIVO.

-el positivismo jurídico - el Derecho natural.-defensa de Legaz y Lacambra el Derecho natural es un ideal a realizar- la postura de Recasens Siches- defensa de Puffendorf - derecho positivo. -legalidad y legitimidad - validez. -eficacia- el Derecho consuetudinario.- Distinción filosófica entre iuspositivismo y ius naturalismo.- iuspositivismo de Kelsen en la definición Del derecho. -su Teoría Pura del Derecho- El ordenamiento jurídico - la pirámide jurídica. p.59

PARTE 4

COMPLEMENTO DE LA INDAGACION CRITICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (v. §30)

Conceptos jurídicos fundamentales. // definiciones del Derecho // Otros conceptos jurídicos // relación jurídica// qué es principio // génesis de la

relación jurídica // objeto jurídico // sujeto de Derecho // institución // principios- principios fundamentales del Derecho // los conceptos jurídicos fundamentales y la Jurisprudencia de Conceptos. ----- p.85

PARTE 5. NUEVAS POSICIONES RESPECTO DEL POSITIVISMO-IUSNATURALISMO. Dworkin // Dworkin y el positivismo jurídico // normas, Directrices y principios.

..... p.100

Bibliografía 104.

