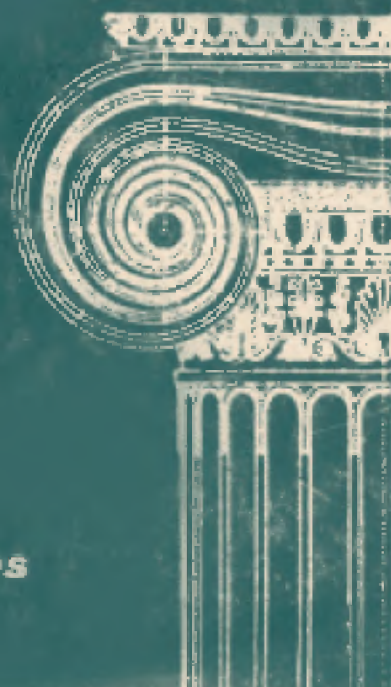


FAUSTO E. VALLADO BERRÓN

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

textos universitarios



TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

FAUSTO E. VALLADO BERRÓN

**TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO**

textos universitarios



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO *MÉXICO 1972*

Primera edición: 1972

**DR © 1972, Universidad Nacional Autónoma de México.
Ciudad Universitaria. México 20, D. F.**

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México.

ÍNDICE GENERAL.

INTRODUCCIÓN

A. Del conocimiento normativo	7
1. El deber ser	7
a) La normatividad	7
b) La definición	7
2. La “norma” fundamental hipotética	8
3. Validez y eficacia	10
a) La libertad	10
b) El problema de la validez	11
c) El problema de la eficacia	11
4. Causalidad y normatividad	12
a) La positividad	12
b) Realidad social y realidad natural	13
c) <i>Conditio sine qua non</i> y <i>conditio per quam</i>	14
5. Ser y deber ser	16
6. Singularidad del orden jurídico	17
a) La norma básica en el derecho internacional	17
b) La norma básica en el derecho nacional	18
c) La totalidad de la metódica jurídica	19
7. La “contradicción” normativa	20
a) Oposición psicológica de apreciaciones	20
b) Oposición aparente del ser y el deber	21
8. Jurisprudencia pura	22
B. Del conocimiento causal	25
1. El problema de la sociología	25
2. La sociedad	26
a) Georg Simmel	26
b) Menenius Agrippa. Lilienfeld, Spencer y Schaeffle	27
c) Savigny	29
d) Gierke. Steiner	29
e) Tomás de Aquino. Rousseau	30
f) Von Haller. Duguit	31
g) La sociología normativa	32
3. La sociología causalista	33

a) Huxley	33
b) Holmes Cardozo	33
4. La sociología como ficción científica	34

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Primero: Concepto del derecho (Estado de la investigación)</i>	39
--	----

1. El derecho	39
2. Irracionalidad del derecho: Marcadé. Demante. García Rojas	40
3. La postura coercitivista: Baudry-Lacantinerie, Chéneaux, Zacharías, Aubry y Rau, Bufnoir, Falck, May, Gèny, Ihering, Jellinek, Duguit, Levy-Ullmann, Del Vecchio, Kelsen, García Máynez	41
4. Principales concepciones iusnaturalistas del derecho	43
5. El sociologismo	45
a) Goodhart. Ehrlich. Holmes. May. Richad. Charmont. Pound	45
b) Kelsen. Verdross	46
c) Doctrina romano-canónica	47

<i>Capítulo Segundo: Concepto del derecho (Solución del problema)</i>	49
---	----

1. El método de la jurisprudencia	49
A. Los métodos lógicos	49
a) Concepción tradicional de la lógica	49
b) La lógica como ciencia del pensar científico	50
c) La lógica como filosofía	51
d) Deducción. Inducción. Analogía. Métodos Estadísticos	54
B. Los métodos filosóficos	57
a) La fenomenología	57
b) La deducción trascendental	59
2. El método crítico en la jurisprudencia	63
3. La bilateralidad	64
4. La coercibilidad	67

<i>Capítulo Tercero: La categoría jurídica de personalidad</i>	71
--	----

1. La tabla de las categorías	71
2. Las llamadas notas esenciales de lo jurídico	73
3. La conducta como concepto jurídico	75
4. La actividad causal del hombre	78
5. Sujeto, Objeto e Imputación en el acto jurídico	79

<i>Capítulo Cuarto: La norma jurídica</i>	81
1. La ley de la naturaleza	81
2. La regla de la técnica	83
3. La norma de la conducta	84
4. Las partes del juicio	85
5. La norma de derecho como juicio hipotético	86
6. Estructura lógica del derecho	87
7. Juridicidad. Antijuridicidad. Inviolabilidad	89
<i>Capítulo Quinto: La sanción</i>	91
1. Concepto de sanción	91
2. Norma primaria y norma secundaria	92
3. La esencia de la juridicidad	93
4. Los deberes absolutos	94
5. Coerción, sanción y coacción	96
6. Tipos históricos de sanción	97
7. La recompensa y el castigo	98
8. Supuesto. Consecuencia. Vinculación	101
<i>Capítulo Sexto: La soberanía</i>	102
1. Noción de soberanía	102
2. Soberanía. Sujeción. Autarquía	102
3. Estado y derecho	103
4. Concepto de Estado	105
5. Derecho y Estado	106
6. Multivocidad del término Estado	107
7. Dualismo de Estado y derecho	109

SEGUNDA PARTE

PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Primero: El derecho subjetivo</i>	113
1. La esencia del problema	113
2. Conceptos del derecho subjetivo	114
a) Windscheid	114
b) Ihering	114
c) Jellinek	115
d) Stammler	116
e) Del Vecchio	117

3. El derecho subjetivo como norma	117
4. El derecho subjetivo como posibilidad	118
a) Del sujeto	118
b) De la norma	119
5. La acción	119
6. El derecho subjetivo como: Autorización. Técnica jurídica. Participación en la creación del orden	121
7. Resumen crítico	122
<i>Capítulo Segundo: El deber jurídico</i>	<i>124</i>
1. El deber jurídico como restricción	124
2. El deber jurídico como probabilidad	125
3. El deber jurídico como temor	126
4. El deber jurídico como validez de una norma	126
5. Identidad del sujeto del deber y del objeto potencial de la sanción.	127
6. Los órganos del Estado como únicos sujetos del deber	127
7. El deber “ajurídico” de sancionar	128
<i>Capítulo Tercero: Las fuentes del derecho</i>	<i>130</i>
1. Concepto de fuente	130
2. La legislación	131
3. La costumbre	131
4. La jurisprudencia	132
5. El contrato y el tratado	133
6. Otras fuentes del derecho	133
7. Las “lagunas” de la ley	134
<i>Capítulo Cuarto: La pirámide jurídica</i>	<i>137</i>
1. Creación y aplicación del derecho	137
2. La interpretación del derecho	139
3. Los “métodos” de interpretación	140
a) Escuela clásica	141
b) Escuela histórica	141
c) La jurisprudencia conceptual	141
d) La teoría crítica	142
e) Método positivo sociológico	142
f) Métodos histórico-comparativos	142
g) La jurisprudencia progresiva	142
h) La escuela del derecho libre	143

i) La jurisprudencia de intereses	143
j) Método tradicional	143
k) La libre investigación científica	144
4. El sentido “único” de la norma	145
5. Los varios significados del precepto jurídico	146
<i>Capítulo Quinto: La acción en la teoría pura del derecho</i>	<i>149</i>
1. Iusprivatismo	149
2. Iuspublicismo	150
3. La acción como supuesto	151
4. La teoría pura del derecho	153
5. La moderna ciencia procesal	156

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Primero: Del conocimiento axiológico</i>	<i>161</i>
1. Los objetos y los valores	161
2. El subjetivismo axiológico	162
3. El objetivismo absolutista	163
a) Valores <i>a priori</i>	163
b) La verdad de razón (verdad lógica)	163
c) La verdad de hecho (verdad ontológica)	164
4. El ideal de justicia y el ideal de paz	165
5. El objetivismo histórico	167
6. Democracia y autocracia	168
a) Su valoración	168
b) Personalismo y transpersonalismo	168
c) La idea de la participación	169
d) Idealidad de los tipos	170
e) El ideal democrático	171
<i>Capítulo Segundo: Mala in se y Mala prohibita</i>	<i>172</i>
1. <i>Mala in se</i>	172
a) El delito	172
b) Homicidio	174
c) Robo	175
d) Violación	177

2. Construcción de los hechos por el derecho	178
3. <i>Mala prohibita</i>	178
a) La criminología	180
b) Antijuridicidad y sanción	182
<i>Capítulo Tercero: El pluralismo jurídico</i>	185
1. La unidad del objeto de la jurisprudencia	185
2. La tesis de los tres derechos	185
3. Irracionalidad de la doctrina	186
4. La elección necesaria	187
<i>Capítulo Cuarto: La moral y la causalidad</i>	190
1. El deber ser objetivo	190
2. La idea del deber	191
3. La unidad del hombre aislado	191
4. La moral como fenómeno natural	192
<i>Capítulo Quinto: Derecho público y Derecho privado</i>	194
1. La razón de la antítesis	194
2. La teoría del interés	195
3. La teoría de la coordinación y de la supraordinación	196
4. La teoría de la diversidad de sanciones	197
5. El Estado de Derecho	198
<i>Capítulo Sexto: La justicia</i>	200
1. Concepciones históricas	200
a) Protágoras	200
b) Calicles	200
c) Trasímaco	200
ch) Arcefilao. Aristipo	201
d) Sófocles. Sócrates	201
e) Platón. Aristóteles	201
f) Estoicismo	202
g) Los juristas romanos	203
h) Agustín de Hypona. Tomás de Aquino	203
i) Epicuro. Hobbes. Locke	204
j) Grocio	204
k) Puffendorf. Thomasius	205
l) Leibniz	206

m) Stammler	206
n) Cohen	207
2. El prejuicio del iusnaturalismo	207

APÉNDICES

A. El pensar objetivo	213
1. La posibilidad del conocimiento	213
2. La certidumbre	213
3. Progresividad y necesidad	213
4. El momento de la síntesis	214
a) El espacio tridimensional	214
b) La geometría	214
c) El sistema métrico decimal	215
d) La aritmética	215
5. La intuición como paracética del pensamiento objetivo	216
a) El "problema del pensamiento"	216
b) Temporalidad y espacialidad como categorías del entendimiento	216
6. La unidad del conocimiento	217
a) Comienzo y origen	217
b) La conciencia como punto de vista	218
c) La "razón razonada" como origen del conocer	219
7. El ser	220
a) La verdad	220
b) Los objetos naturales (corporeidad y substancialidad)	220
c) Los "objetos" ideales	222
B. El pensamiento científico	224
1. La metafísica	224
a) La naturaleza	224
b) Sensación y representación	224
c) Aristóteles	225
d) El pensamiento tradicional	226
2. La experiencia	227
3. La ciencia	228
a) Ciencias puras	228
b) Ciencias empíricas	230
c) El principio de unificación	230
d) La técnica	232
e) Esquema del conocimiento	233

C. El método de la filosofía	234
1. El principio de diversificación	234
a) Permanencia y devenir	234
b) La razón absoluta	235
c) La evolución	236
d) Diversificación e indentificación	238
e) Identidad tautológica e identificación progresiva	239
f) La continuidad	240
g) El origen	241
h) Resumen	241
2. Legitimación de los problemas	242
a) Los elementos componentes del juicio	242
b) El planteamiento de las cuestiones	243
c) El libre albedrío	244
d) La existencia de Dios	245
e) La inmortalidad del alma	246

Teoría General del Derecho, editada por la Dirección General de Publicaciones, se terminó de imprimir en los talleres de Tipografía "Cuauhtémoc", Tata Vasco No. 90, Coyoacán 21, D. F., el día 10 de abril de 1972. Se tiraron 3,000 ejemplares.

INTRODUCCIÓN

A. Del conocimiento normativo	7
1. El deber ser	7
a) La normatividad	7
b) La definición	7
2. La “norma” fundamental hipotética	8
3. Validez y eficacia	10
a) La libertad	10
b) El problema de la validez	11
c) El problema de la eficacia	11
4. Causalidad y normatividad	12
a) La positividad	12
b) Realidad social y realidad natural	13
c) <i>Conditio sine qua non</i> y <i>conditio per quam</i>	14
5. Ser y deber ser	16
6. Singularidad del orden jurídico	17
a) La norma básica en el derecho internacional	17
b) La norma básica en el derecho nacional	18
c) La totalidad de la metódica jurídica	19
7. La “contradicción” normativa	20
a) Oposición psicológica de apreciaciones	20
b) Oposición aparente del ser y el deber	21
8. Jurisprudencia pura	22
B. Del conocimiento causal	25
1. El problema de la sociología	25
2. La sociedad	26
a) Georg Simmel	26
b) Menenius Agrippa. Lilienfeld, Spencer y Schaeffle	27
c) Savigny	29
d) Gierke. Steiner	29
e) Tomás de Aquino. Rousseau	30
f) Von Haller. Duguit	31
g) La sociología normativa	32
3. La sociología causalista	33
a) Huxley	33
b) Holmes Cardozo	33
4. La sociología como ficción científica	34

INTRODUCCIÓN

A. DEL CONOCIMIENTO NORMATIVO

El derecho *comienza* con el hombre pero no se origina de él sino del conocimiento.

F.E.V.B.

1. EL DEBER SER

a) *La normatividad.* El pensamiento tradicional no ha conseguido definir el concepto de normatividad, de deber ser, aun cuando lo ha intentado desnaturalizándolo al pretender determinarlo como deber ser axiológico. Lo valioso debe ser, lo antivalioso debe no ser, se afirma, no obstante la inexistencia de un criterio objetivo de lo valioso. Decir que la normatividad, el deber de ser, es la categoría primaria que expresa la obligación que tiene el hombre de realizar lo valioso, lo justo, lo bueno, es quedarse a la vera del camino, pues nada nos enseña ni puede enseñarnos, ya que al hablar de valor, justicia y bondad, se están manejando conceptos ideológicos que carecen de validez universal. Por otra parte, sostener *in genere*, sin especificación histórica alguna que lo valioso debe ser, en tanto que lo antivalioso debe no ser, equivale a expresar una vacua tautología, como la de que lo bueno es lo bueno o lo justo es lo justo. Igual cosa le ha ocurrido al pensamiento idealista crítico cuando ha tratado de erigir como norma suprema de conducta la máxima socrática de lealtad a las propias convicciones o el conocido imperativo categórico del kantismo: "Obra siempre de tal suerte que la máxima de tu acción pueda ser elevada, por tu voluntad, a principio de universal observancia"; pues tales fórmulas vacías son incapaces para permitirnos reconocer cuáles son las convicciones o las máximas de conducta valiosas, frente a las no valiosas.

Ha sido del campo del conocimiento jurídico de donde ha obtenido la filosofía un concepto universal del deber ser. La ciencia del derecho se enfrentaba a la situación de no contar con ningún concepto de normatividad, que poseyera necesidad racional y exigibilidad universal, capaz de funcionar como género próximo de lo jurídico y, consecuentemente, de permitirnos definir el derecho a la manera aristotélica, esto es, por género y diferencia. Pero si el derecho no tenía un género próximo, entonces había que considerarlo como un género supremo, un predicamento como dirían los seguidores de la lógica clásica.

Y, así, surge el problema de investigar si es posible definir al derecho utilizando un procedimiento diferente del aristotélico.

b) *La definición.* Definir es explicitar las notas esenciales de un objeto

de conocimiento, determinar lo que él es. No todos los objetos pueden definirse por igual procedimiento, porque definir es tarea de las ciencias y existen varios tipos de ciencias, lo cual implica que hay también diversas formas de alcanzar una definición. Entre éstas tenemos la llamada definición genética, que caracteriza al objeto por determinar indicando el modo como se engendra u origina éste. Así, puede definirse la esfera diciendo que es un cuerpo engendrado por un semicírculo que gira 360 grados en torno de su diámetro. Siguiendo este procedimiento, podría decirse que el derecho está constituido por las formas compulsivas de convivencia que establecen los hombres, cuando se encuentran agrupados en el mundo de la naturaleza, del ser causal. Pero ello nada nos enseña acerca del derecho, puesto que no lo caracteriza de una manera esencial. Formas de convivencia de esta clase existen también entre los miembros de otras especies animales y, sin embargo, históricamente no se les ha considerado como derecho, cual sucede en la piara, el rebaño o la colmena. Lo que ocurre es que el procedimiento de definición genética sólo sería aplicable al derecho contemplado como un ser, ya que la génesis del mismo es génesis causal, y el derecho no es un ser sino un deber, pues no dice cómo se conducen los destinatarios de sus preceptos, sino cómo deben conducirse.

Por tanto, habrá que buscar otro procedimiento racionalmente válido para definir al derecho si queremos conocerlo esencialmente. Este procedimiento lo tenemos en la llamada definición dialéctica, que consiste en caracterizar un concepto en función de otro u otros que, a su vez, se comprenden en función de su mutua relación e interdependencia, entre sí y con el primero. Esto es lo que se llama definir mediante conceptos coordinados. Por ejemplo: *a*) el concepto es un predicado de posibles juicios, *b*) el juicio es la relación entre una pregunta y una respuesta, una materia y un concepto, un objeto y un predicado, una incógnita y una solución, y *c*) el objeto es la materia del juicio, la cuestión o el problema a que el predicado da una de sus posibles soluciones. Como se ve, cada uno de estos conceptos coordinados ilumina a los demás, siendo claramente comprendido en y por ellos. Esta manera de definir no es tautológica, por cuanto en ella el predicado no repite lo expresado en el objeto o materia del conocimiento, sino que simplemente nos permite comprenderlo a fondo. Es, en cambio, el único tipo de definición que conviene para manejar los conceptos fundamentales de la filosofía, que carecen de género próximo y que, por su carácter apriorístico, no pueden tener una génesis empírica.

En consecuencia, es posible intentar la definición del derecho por este procedimiento.

2. LA NORMA FUNDAMENTAL HIPOTÉTICA

¿Por qué una cosa debe ser para todos? y también ¿por qué ciertas conductas deben no ser? A estas interrogantes no podemos contestar que debe ser

lo bueno, lo justo, lo noble, y debe no ser lo malo, lo injusto, lo innoble, pues cada quien, con igual derecho histórico que los demás, puede tener sus personales convicciones al respecto. La más somera investigación histórica nos revela que lo bueno para un pueblo, en una determinada época, es visto en otros pueblos, y aun en el mismo pero en otro tiempo, como malo e indebido. No existe una sola conducta que en todo tiempo y lugar haya sido considerada como buena o mala, justa o injusta. El ingerir bebidas espirituosas y embriagadoras, por ejemplo, está prohibido por el quinto mandamiento del Pentálogo budista. Sin embargo, esa misma práctica no es considerada inmoral por el Decálogo cristiano, constituyendo inclusive uno de los ritos más importantes de la liturgia de las diversas iglesias de tal corriente religiosa. Para algunas morales de Oriente es malo matar a cualquier miembro del reino animal, por lo que sus seguidores deben ser vegetarianos. En cambio, en nuestro mundo occidental, no sólo no es malo sacrificar bestias para alimentarse, sino que matar hombres constituye un deber moral, como se predicó en las Cruzadas contra los infieles, así fueran éstos adoradores de Alá, Jehová o Huitzilopochtli. Hacer ciencia natural es, por hoy, una actividad considerada como buena y deseable; en otras épocas, se amenazó a Galileo y se inmoló a Miguel de Servet, por hacer física o biología respectivamente. En fin, que lo universalmente debido no podemos encontrarlo en ninguna moral, ni, tampoco, en ninguna religión, y menos, en los convencionalismos sociales. Sólo nos queda el derecho positivo, el derecho del Estado, como el único *factum* donde podemos encontrar el concepto del deber ser, de la normatividad. ¿Por qué debe ser lo que manda el orden jurídico? Una respuesta provisional y de factura popular podría ser: Porque si no es, nos hacemos acreedores a una sanción. El derecho puede mandar algo que nos parezca justo, o bien, algo que estimemos injusto, pero tan jurídicamente obligados estamos a hacer lo primero como lo segundo; igual si tememos la sanción que si no la tememos.

Ahora bien, ¿por qué lo mandado por el derecho positivo debe ser? Porque todos suponemos en nuestra vida cotidiana que el legislador primario tiene autoridad para dictar las normas supremas del orden, de las cuales derivan su validez las que rigen nuestra diaria existencia. Podemos estar en desacuerdo con el contenido de muchos preceptos, pero los acatamos. Si nos decidimos a desconocer el derecho del Estado estaremos haciendo una revolución que, si triunfa, establecerá un nuevo orden jurídico cuyas normas se obedecerán por la misma razón que se obedecían las del orden derrocado: el supuesto de que él o los revolucionarios (legislador primario) tienen autoridad para dictar las normas supremas del nuevo derecho.

Este supuesto que todos admiten, aunque muchos en forma inconsciente, es la "norma fundamental hipotética", de la que podemos decir que constituye "una hipótesis lógica indispensable para poder entender como aplicación de normas válidas, los hechos jurídicos de la experiencia cotidiana". Esta mal llamada norma no es un hecho como se ha creído. En primer lugar,

porque no es ni puede ser una norma positiva, ni escrita ni consuetudinaria, ya que si lo fuera necesitaría para valer como tal, de otra norma que le diese esa validez, es decir, que la norma básica no puede valer normativamente ella misma. Su función es exclusivamente determinar lo que es el deber ser, pero no lo que debe ser en concreto, toda vez que vale teórica y necesariamente, dando origen al deber ser mismo como método del conocimiento jurídico, mas no es obligatoria para la conducta, sino sólo necesaria para pensar jurídicamente. El contenido de esta "norma" suprema lo constituyen, así, los hechos jurídicos de todos los días, y no es por ende una mera invención del jurista, sino que es algo inmanente a toda experiencia jurídica, a los actos que diariamente realizan los prácticos del derecho (litigantes, jueces, procuradores, notarios), por cuanto los realizan bajo el supuesto de que aplican un orden válido, aun cuando no todos los preceptos de este orden les parezcan personalmente justos y buenos.

Luego, entonces, el deber objetivo y universal, la normatividad en una palabra, no es otra cosa que el deber jurídico, el deber que hemos determinado provisionalmente como coercible. Por esto es que no existe ni el más remoto peligro de que se confunda al derecho con la moral, los usos sociales o los mandatos religiosos, puesto que la normatividad objetiva es únicamente la jurídica. De manera que no existen ni pueden existir otras normas que las normas del derecho. Sólo desde un punto de vista causal, el psicológico, la moral, los usos y los mandatos religiosos asumen la apariencia de normas, pues constituyen motivaciones psíquicas similares a las que originan las representaciones subjetivas del contenido de las normas jurídicas.

Muchos autores incurren en grave incongruencia, pues pese a reconocer que el derecho es coercible, pierden sin embargo el tiempo en tratar de distinguirlo de las reglas éticas, convencionales y eclesiásticas, porque no se percatan de lo bizantino de sus esfuerzos, debido a la falta de pulcritud metódica de las investigaciones que realizan.

La "norma" fundamental hipotética no debe interpretarse como justificadora ideológicamente de ningún orden jurídico histórico, pues su función es simplemente explicativa de todo derecho positivo. Cuando se califica de jurídico a un orden normativo, no se le está considerando justo, como sostiene el pensamiento tradicional, dado que juridicidad y justicia son cosas diferentes.

3. VALIDEZ Y EFICACIA

a) *La libertad.* Si nos proponemos indagar por lo que sea el derecho, este objeto no podemos conocerlo mediante el método naturalista, o sea, por la indagación de las relaciones de causalidad del fenómeno jurídico, pues las regularidades que puede descubrir una investigación sociológico naturalista del derecho, en la conducta efectiva de los hombres, además de que presupondría el concepto normativo del derecho, para poder objetivizar el

comportamiento humano como su objeto, nada nos enseñaría, pues el derecho vale independientemente de su eficacia o ineficacia. En consecuencia, la relación de causalidad, por implicar forzosamente correlación entre el fenómeno y la regla, no puede explicarnos el fenómeno jurídico, que se rige precisamente por una relación diversa de la anterior, o sea la de libertad.

El deber para que sea tal, necesariamente tiene que pensarse como dirigido a hombres libres, pues de otra suerte no sería un deber sino un ser, no una obligación sino una realidad. El derecho más autocrático pensable descansa también, necesariamente, en la relación o categoría de la libertad, porque si una norma única estableciera que se debe obedecer ciegamente la voluntad del déspota, para poder pensarla como tal norma, es menester entenderla como dirigida a personas libres, pues de lo contrario expresaría lo que realmente hacen los súbditos del déspota y no lo que deben hacer. Y así como es necesario partir de la causalidad para entender los objetos naturales, así es preciso partir de la libertad para explicar el derecho, y con él, a todos los objetos culturales.

b) *El problema de la validez.* Por otra parte, el pensamiento sólo puede entender como válidos los actos jurídicos de la experiencia cotidiana, sin recurrir a justificaciones impuras metódicamente y de carácter ideológico político, partiendo de la suposición o hipótesis de que existe una razón fundamental, que otorga validez a las normas supremas o constitucionales del sistema jurídico. Y este supuesto del pensamiento, necesario para poder inclusive hablar de derecho, deviene por ello en el origen lógico dialéctico de la normatividad, es decir, de la validez normativa de todos y cada uno de los preceptos del sistema.

El problema de la validez del derecho es el problema de la determinación de una norma jurídica como tal, pues si una proposición normativa no vale, no puede ser contemplada como norma de derecho. La validez de un precepto jurídico es la razón teórica que lo hace tal precepto, y nada más. Por otro lado, el problema de la eficacia de un orden jurídico es el problema de la determinación real, fáctica, naturalista, de si los individuos ajustan o no su comportamiento en mayor o menor medida a las prescripciones de ese orden; esto es, de si los hombres orientan su conducta principalmente en el sentido del cumplimiento o del incumplimiento de sus deberes jurídicos. Y claro está que a la investigación o dirección metódica, que se plantea el problema de la validez, para nada puede interesarle y ni siquiera plantearse el problema de la eficacia, pues la solución del primero sólo puede alcanzarse en una ciencia teórica, y la del segundo, en la mera observación de hechos reales, únicamente tal y como pueden presentarse al pensamiento determinista causal.

El problema de la validez es el problema de la norma fundamental hipotética, de la fuente teórica de la normatividad, del origen lógico del deber.

c) *El problema de la eficacia.* Para entender el problema de la eficacia es menester comprender la misma en sentido fáctico, naturalista, como una concatenación de fenómenos reales, la que no puede expresar sino el hecho

de que unos hombres someten a otros y los obligan a realizar determinados actos. Pero ningún hecho de la naturaleza puede hacernos comprender como humanas las actitudes, ya que no acciones, de ningún individuo psicofísico, pues si bien es cierto que vemos cómo unas unidades biológicas llamadas hombres someten a otras, también lo es que otras unidades biológicas llamadas tigres, por ejemplo, someten o pueden someter a sus congéneres; y la actitud vital que estos seres de la naturaleza (hombres o tigres) asumen en virtud de los hechos reales de someter o someterse, en modo alguno puede ser calificada de conducta; pues ello sería tanto como afirmar que las bestias son capaces de conducirse humanamente por sí mismas, lo cual sólo sería posible si el derecho positivo les atribuyese afecciones humanas. Y cuando hablamos de someter, no entendemos el modo infinitivo del verbo en el sentido autoritario o normativo, sino simplemente como determinación causal de un fenómeno por otro, por lo que si hablamos de actos tampoco lo hacemos con propiedad, ya que los entendemos realmente como puros hechos.

En consecuencia, es absurdo preguntar tan sólo por la eficacia del derecho, pues la cuestión no es ni puede ser una auténtica aporía, toda vez que lleva imbebida una flagrante impureza metódica, o sea, la de inquirir por la eficacia o realidad natural de algo que no puede ser conocido en función de la causalidad, sino sólo en función de la imputación, como deber que es.

Así pues, en sentido estricto es imposible hablar de la eficacia o ineficacia del orden jurídico, pues sólo podemos referirnos legítimamente a la validez del derecho.

4. CAUSALIDAD Y NORMATIVIDAD

a) *La positividad.* Resulta indispensable aclarar qué es lo que entendemos por positividad del derecho, en virtud de que al vocablo se le han dado dos significaciones muy distintas. Por una parte se identifica positividad con eficacia y así se dice, que positividad es el hecho de la observancia de una norma. En este sentido sólo es derecho positivo aquel al que realmente ajustan su conducta los sujetos del orden. Por otro lado, se entiende por positividad la individualización del derecho (Verdross). De este modo, sólo es derecho positivo aquel que se va concretando progresivamente de normas más generales a menos generales y particulares o individualizadas, esto es, el derecho vigente o derecho del Estado. La positividad así entendida se comprende de la siguiente manera: Con excepción de la "norma" suprema del orden, que no es creada sino supuesta por el pensamiento jurídico, y de los últimos actos de aplicación de las normas individualizadas, que no dan origen a ninguna otra regla de conducta, cada norma cuando se aplica da lugar a la creación de otra menos general que ella, la que a su vez determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía menos general, al aplicarse, y a la inversa, la creación de cualquier norma, implica la aplicación de otra más general que la origina; en consecuencia, lo que frente a la primera norma es un acto de

aplicación de la misma, o sea un hecho, desde el punto de vista del tercer precepto, es una norma y no un hecho. Entonces, si cada norma es determinada como hecho o ser desde el punto de vista de la norma más general que regula su creación, y el concepto de positividad encierra una referencia del deber ser al ser, la positividad de un orden normativo no es la ejecución en la naturaleza de sus consecuencias, sino la determinación progresiva de unas normas por otras, la cual se realiza de preceptos más generales a menos generales e individualizados. O en otras palabras, positividad es individualización. En este sentido un derecho histórico no es positivo, como el romano por ejemplo, cuando sus normas ya no se individualizan progresivamente en un proceso dinámico, y no cuando ha dejado de ser eficaz, porque la eficacia como realidad causalmente determinable, nada tiene que ver con el conocimiento normativo. El ser a que se refiere el derecho, no es un ser causal, sino un ser normativo, el ser que constituye la realidad jurídica, diversa aunque subjetivamente nos parezca paralela de la realidad natural.

b) *Realidad social y realidad natural.* Ningún hecho es en sí mismo jurídico por lo que, contra lo sostenido por el pensamiento iusnaturalista, no puede haber hecho jurídico alguno fuera del derecho.

Normativamente puede haberse determinado que un edificio no dañó a la construcción vecina y, sin embargo, la mecánica de suelos como disciplina causal puede establecer lo contrario. Este caso se da frecuentemente en los tribunales. En ciertos juicios de indemnización por daños y perjuicios causados a la propiedad de una parte, por la edificación que haya realizado su contraria, si aquélla no acredita jurídicamente los hechos fundatorios de su demanda, o el juez estima que no los probó, resulta absuelto el reo, al establecerse que los daños no fueron ocasionados por la causa que afirma el demandante. Empero, la sentencia judicial no contradice ni puede contradecir, por ejemplo, un dictamen técnico que señale a la construcción del reo, como la causa directa e inmediata de los daños sufridos por la casa propiedad del actor. La verdad legal y la verdad natural son aquí diferentes, aunque no opuestas. Esto se debe a que la realidad jurídica es muy distinta de la realidad natural. Las consecuencias del fallo que establece la existencia o inexistencia de un hecho jurídico, son exclusivamente de carácter normativo y, por ello, no pueden influir para nada en el campo de la naturaleza, del conocimiento causal. Los hechos jurídicos son “construidos” por el derecho. Los hechos a que las normas se refieren son hechos jurídicos y no causales, de modo que aquéllos pueden muy bien ser necesarios o imposibles en la naturaleza, sin que por ello tengan el mismo carácter para el conocimiento normativo. Los juicios “a es” y “no a debe ser”, no son contradictorios.

La afirmación de que estas dos realidades son distintas e independientes, no es una afirmación metafísica, por cuanto a que ninguna de ellas se postula como absoluta ni como condicionante de la otra, sino que ambas se hacen derivar de la misma legalidad lógica, que entiende al juicio como una ecuación de conocimiento en la que el objeto es la pregunta, cuestión o problema,

y el predicado, una de las posibles soluciones de aquella incógnita a despejar. La diferencia entre el juicio normativo y el causal, en cuanto aquél expresa un deber y éste un ser, no es ninguna diferencia esencial, toda vez que la misma únicamente establece una forma distinta de dirigirse en ambos tipos de juicio, el predicado al objeto, pero no desmiente la afirmación capital de que el predicado se dirige siempre y en todo caso al objeto de conocimiento. La naturaleza constituida por la física de Newton es distinta de la creada por la física de Einstein, pero no contradice a ésta; y tal situación no postula ningún dualismo metafísico, por cuanto sólo se trata de dos sistemas causales diferentes, apoyados en postulados diversos. Algo similar ocurre con la realidad natural por una parte y la realidad social por la otra, pues cada una se determina conforme a un peculiar método de conocimiento.

Fuera del derecho hay hombres, seres humanos en sentido biológico, pero no personas, porque éstas no son, como veremos, sino centros *ideales* de imputación normativa, de imputación de obligaciones y facultades jurídicas. El pensamiento iusnaturalista estima que la unidad biológica hombre, por el solo hecho de pertenecer a esta especie animal, tiene derechos y deberes, pero ésta es una posición ideológica, una mera creencia, pues la historia nos muestra pueblos cuyos órdenes jurídicos positivos consideran a ciertos hombres como objetos (la esclavitud en su momento más primitivo).

c) *Conditio sine qua non* y *conditio per quam*. No lleva razón Kelsen cuando afirma que la eficacia es la *condición sin la cual* no valdría un orden jurídico total, aunque no *la razón por la cual* ese orden vale. El ser no condiciona al deber en ninguna forma. Entre ser y deber no existe antinomia, dependencia ni relación alguna. Todos los fenómenos causales pueden explicarse suficientemente sin referencia alguna a la normatividad. Igualmente, todos los fenómenos normativos son plenamente comprensibles sin necesidad de recurrir a la naturaleza, esto es, a la eficacia de las normas. Ya vimos que la positividad de un orden normativo no es la ejecución en la naturaleza de sus consecuencias, sino la determinación progresiva de unas normas por otras, la cual se realiza de preceptos más generales a menos generales e individualizados. O sea, que positividad es individualización. Un derecho histórico no es positivo, como el del México colonial por ejemplo, cuando sus normas ya no se individualizan progresivamente en un proceso dinámico. La pregunta de si puede ser válido un derecho que no tenga siquiera un mínimo de facticidad, no es una cuestión que pueda plantearse objetivamente en el marco de la historia universal, porque se presenta en términos insolubles, pues el derecho es deber ser y la facticidad es ser. Además, todo derecho que históricamente se haya visto como eficaz, también ha sido contemplado por la historia como positivo, es decir, como individualizable e individualizado en una cierta época y en un determinado lugar. Y no existiendo un solo ejemplo de derecho histórico no positivo, es una tontería preguntar si puede valer un orden jurídico que carezca de facticidad, algo así como si preguntáramos ¿pueden hablar los centauros?, porque no hay centauros. La única pregunta

correcta que podría formularse es la que inquiriera si puede ser válido un derecho que no se individualice, que no tenga positividad, porque estos conceptos pertenecen como el concepto del derecho, al campo de la normatividad. Y la cuestión tendría que responderse negativamente.

Así, no es cierto que para que pueda darse la normatividad, se requiera de una tensión permanente entre ser y deber. *Lo que necesariamente ocurre o lo que no puede suceder, de acuerdo con las relaciones de causalidad, muy bien puede ser prescrito por una norma*, porque lo que existe para el orden normativo no es forzosamente lo que existe para el orden causal, ya que el criterio lógico de la certidumbre no es igual para el primero que para el segundo.

Hay la tendencia a establecer un paralelismo entre los hechos jurídicos y los naturales. Generalmente se tiene como jurídicamente existente sólo aquello que causalmente existe. Habrá homicidio cuando haya muerte, lesiones cuando haya heridas, daños cuando haya desperfectos, etcétera. Pero todo esto es irrelevante para el conocimiento causal o el normativo, pues no toda muerte, herida o desperfecto es, respectivamente, homicidio, lesión o daño, ni viceversa. Por voluntad de la ley pueden existir homicidios, lesiones o daños, sin muertes, heridas o desperfectos, como en los llamados casos de error judicial, que no son errores en sentido estricto, por cuanto esos hechos se determinan en una realidad diversa de la natural. La falta de correspondencia entre los hechos normativos y los causales, no es solamente excepcional. En ocasiones estas discrepancias se transforman casi en regla, conforme lo revela la observación de la mayoría de los códigos vigentes, que regulan la "declaración de muerte" de las personas en el campo del derecho civil, mediante procedimientos que, de concluir con una sentencia estimativa de la declaración materia de la acción ejercitada, dan lugar a verdaderas actas de defunción sin muertos en sentido biológico. Los ejemplos se podrían multiplicar al infinito, pero bastan los apuntados para comprender la veracidad del aserto, de que las realidades causal y normativa no se corresponden necesariamente, ni siquiera en una mayoría notable de los casos. Cuántos hechos naturales paralelos al robo, por ejemplo, se cometen a diario en todas las grandes capitales, y sin embargo, las estadísticas judiciales por tal delito, muchas veces no reflejan más que un mínimo porcentaje de robos, frente a la totalidad de esos hechos, porque las víctimas de los mismos no hacen las denuncias correspondientes, o porque las autoridades judiciales no levantan las diligencias respectivas, determinantes desde el punto de vista jurídico de la existencia de tales hechos normativos.

Conviene establecer que esta situación de paralelismo, entre hechos naturales y hechos normativos, es registrable sólo desde el punto de vista causal, por cuanto es una apreciación psicológica. Es decir, que la relativa coincidencia entre naturaleza y normatividad existe verdaderamente, pero nada más entre las representaciones psíquicas de lo natural y las de los contenidos normativos, ya que para afirmarla objetivamente, entre los mundos diversos del

ser y del deber, sería menester un punto de vista distinto de éstos y del cual carecemos hasta hoy. Pero si no es posible postular objetivamente tal paralelismo, sí lo es sostener que no puede darse contradicción alguna entre lo conocido como ser y lo conocido como deber.

5. SER Y DEBER SER

Hans Kelsen, el propio creador del concepto lógico de deber ser, admite la existencia de una "antinomía inevitable" entre el ser y el deber ser, porque según él, entre el contenido de uno y de otro tiene que ser posible cierta antítesis, ya que "una norma cuyo contenido estuviese de tal modo determinado por el contenido del ser, del acaecer efectivo, que jamás estuviese en contradicción con aquélla, como la norma 'debes hacer lo que quieras', habría perdido su sentido normativo específico".¹ O, en otras palabras, la normatividad sólo tiene sentido respecto de una conducta posible por una parte y no necesaria por la otra, pues no se puede estar obligado a realizar lo imposible ni, menos, lo que forzosamente ha de suceder. De esta errónea afirmación kelseniana extrae Heller la consecuencia absurda de que ser y deber ser sí se relacionan en alguna forma, por cuanto resulta indispensable que, como dice Kelsen,² se dé una tensión permanente entre ambos para que haya normatividad.

Ahora bien, la tesis del jefe de la Escuela de Viena es en verdad la responsable de esta consecuencia, ya que según la misma el ser condicionaría al deber. Y aun cuando Kelsen pretende disimularla, diciendo que la eficacia del derecho es únicamente *conditio sine qua non* y no *conditio per quam* de la validez del orden jurídico, esta distinción entre el tipo de condicionalidad que ejerce al acaecer causal sobre la normatividad, no por ello elimina la subordinación ilegítima del deber ser frente al ser de la naturaleza. El positivismo del profesor austríaco olvida su propia distinción metódica entre norma jurídica primaria y norma jurídica secundaria, de las cuales sólo aquélla es auténtica y originariamente jurídica. La verdadera norma de derecho es así la que sanciona (verbigracia, el que roba debe ser castigado) y no la que, por mera consecuencia, enuncia el deber del súbdito (por ejemplo, no se debe robar), de lo que se desprende que el precepto no obliga normativamente al particular, al que debe abstenerse de robar, sino al órgano del Estado, al que debe imponer la sanción, la cual se enlaza así a la realización de un supuesto, de un hecho jurídicamente declarado como acaecido. Por tanto, si bien es verdad que carecería de sentido normativo decir que se está obligado a realizar lo imposible (verbigracia, que el sol deje de salir por oriente todas las mañanas), o lo que necesariamente ha de ocurrir (por ejemplo, que el sol salga por oriente todos los días), también lo es que no sucede lo mismo cuando

¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, 1951, p. 24.

² Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 124.

la no realización de lo imposible, o la realización de lo que necesariamente ha de suceder, no constituye sino el supuesto al que la norma enlaza una sanción, el antecedente que determina la obligación de sancionar del órgano del Estado. Sólo *debe ser* la sanción. Y aun cuando pudiera sostenerse que en el primer caso se está forzosamente frente a una sentencia de condena y en el segundo, forzosamente también frente a una sanción premial, de ningún modo podría afirmarse que la norma jurídica obligue ni a lo imposible ni a lo necesario, pues castigar o premiar es una obligación del órgano estadual y no una imposibilidad ni una necesidad causales. Y si en un caso concreto no es posible que el órgano del Estado cumpla eficazmente su obligación, no por ello deja ésta de ser la expresión de un deber jurídico. En multitud de ocasiones los delinquentes escapan a la acción del derecho, y sin embargo, no se piensa que el órgano encargado de aplicar la sanción deja de estar obligado a castigar, aunque esto le sea materialmente imposible.

En consecuencia, entre ser y deber no existe ninguna antinomia inevitable, pues todo fenómeno jurídico se explica plenamente sin necesidad de recurrir a la conducta efectiva de los hombres. Y no se diga que la validez del derecho es inexplicable, sin hacer siquiera la referencia kelseniana de la totalidad del orden a un *mínimum* de eficacia, pues ésta es otra desviación metódica del autor de la teoría para el derecho. En efecto, sostener que las normas de un derecho histórico, por ejemplo, ya no son válidas, porque en general ya no es eficaz el orden total a que pertenecen, es algo completamente absurdo, por cuanto equivale a decir, verbigracia, que la validez de las reglas aritméticas de la adición depende de la existencia actual de los efectos de comercio a que se aplican. La jurisprudencia pura, como la matemática, explica relaciones ideales totalmente independientes en cuanto a su legalidad de los hechos históricos. Es decir, los órdenes jurídicos históricos constituyen el material a explicar por la ciencia del derecho, pero no someten ésta a sus limitaciones espacio-temporales. Se pregunta por qué es o por qué fue válida una norma positiva. Su existencia espacio-temporal no está en cuestión puesto que, precisamente, se está exigiendo una explicación de lo que existe o existió en un aquí y en un ahora. Si se indaga por qué existe o existió una norma positiva, entonces ya no se pregunta por ella como un deber sino como un ser y, por ende, la cuestión no se plantea en el ámbito de la jurisprudencia ni respecto de la norma, sino en el campo de la sociología jurídica y con referencia a un hecho causalmente determinable.

6. SINGULARIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

a) *La norma básica en el derecho internacional.* Desde el punto de vista lógico no es posible hablar de pluralidad de órdenes jurídicos, sino únicamente del orden jurídico en singular, pues hablar en plural de derechos es dar al vocablo una acepción empírica y no teórica. Ese punto de vista lógico es el de la jurisprudencia pura.

Esta unidad ideal que llamamos derecho sólo es comprensible en función de la hipótesis de la norma básica, que nos permite concebir toda norma jurídica posible, como valiendo en y por su relación jerárquica piramidal. Las normas de inferior jerarquía son válidas, por haber sido creadas en la forma establecida por otras que les son jerárquicas superiores, y éstas a su vez son válidas, porque su creación se realizó de conformidad con preceptos más generales que ellas, y así sucesivamente, hasta no poder encontrar normas positivas que den validez a las demás del sistema. Y es aquí donde surge la necesidad de recurrir a la norma básica, la que, como antes dijimos, no es más que una hipótesis lógica indispensable para poder entender como aplicación de normas válidas, los hechos jurídicos de la experiencia cotidiana.

Ahora bien, cuando se trata de establecer la conexión de la norma fundamental hipotética con la realidad normativa, o la unidad de los diversos órdenes jurídicos nacionales y del internacional, como un todo normativo, puede optarse entre la posibilidad de situar aquella norma en el derecho internacional, como orden supremo, o en el derecho nacional entendido como orden autárquico, como orden que lleva en sí mismo el fundamento último de su propia validez.

Si atribuimos la soberanía al derecho internacional, la norma fundamental hipotética podemos enunciarla diciendo: "Los Estados deben conducirse como han solido hacerlo".³

b) *La norma básica en el derecho nacional.* Si por el contrario, predicamos la soberanía del derecho nacional, del Estado positivo, entonces la norma fundamental hipotética se enuncia así: "Debe obedecerse lo dispuesto por el legislador primario".⁴

Si colocados en el primer supuesto, o sea, en el de la supremacía del orden internacional, nos preguntamos cuál es la norma que da validez a los órdenes nacionales, nos percataremos de que la misma no será una hipótesis, sino una norma positiva del derecho internacional general, por lo que no podemos llamarla norma fundamental hipotética, sino simplemente norma básica, la cual es enunciable de este modo: "Es válido todo orden jurídico nacional que sea eficaz".⁵

Conviene aclarar que esta eficacia de que habla la norma básica, no es la razón teórica de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, ya que sólo se habla de efectividad, como contenido de una norma positiva jerárquicamente superior a todas las del derecho nacional, por lo que la validez de éstas deriva de esa relación de subordinación, y no del contenido de tal norma superior.

La preferencia por considerar soberano al orden internacional o al nacional es irrelevante para la teoría del derecho y de carácter subjetivo o ideológico, pues cualquiera de las posiciones que se adopte, explica en perfecta unidad

³ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 389.

⁴ *Op. cit.*, p. 119.

⁵ *Op. cit.*, p. 387.

el fenómeno de la pluralidad aparente de órdenes jurídicos nacionales e internacionales.

c) *La totalidad de la metódica jurídica.* El derecho nacional como punto de vista unitario no es una unidad empírica, por existir una multiplicidad de estos órdenes jurídicos. Tampoco el derecho internacional es una unidad positiva, pues existe una gran diversidad histórico-temporal de órdenes jurídicos internacionales. Empero, esto no significa una dificultad insalvable en el plan de una totalidad con la que se proyecta la metódica del derecho, pues el concepto de éste zanja el particularismo de la multiplicidad empírica de órdenes jurídicos nacionales e internacionales, de Estados y confederaciones de Estados, mediante la aspiración inmanente a todo derecho positivo que consiste en su carácter universalista, lo que es claramente comprensible en el derecho internacional, cuando se le postula como el fundamento de la validez de los órdenes jurídicos nacionales. Pero que también se comprende cuando se sostiene la supremacía del derecho nacional, pues aunque éste niega la soberanía de los demás órdenes jurídicos nacionales, no niega su existencia y pretende nada menos que ser el fundamento de su validez como tales, a través del reconocimiento del orden internacional, del cual deriva entonces la validez de los restantes derechos nacionales.

Y esto es así en toda manifestación de derecho positivo. Supongamos un orden jurídico que estableciera expresamente el desconocimiento de todo orden jurídico como tal, cuando poseyera ciertos contenidos positivos o negativos. Ni aún entonces quedarían negados tales órdenes, pues lo que en realidad se estaría estableciendo es la anulabilidad de los mismos pero no su nulidad *ab initio*, por ser ésta imposible, ya que el derecho sólo puede ocuparse de lo que tiene existencia para él, en cuanto carece de sentido declaración alguna sobre la nada jurídica. En consecuencia, la anulabilidad establecida estaría reconociendo la existencia jurídica del orden que se pretende negar.

Esto es, que no hay particularismo en el primado del derecho internacional ni en el primado del derecho nacional.

El derecho no se resiste a la totalidad cuando establece "la multiplicidad de los pueblos en la particularidad de los Estados",⁶ pues de los Estados en plural sólo puede hablarse como órdenes parciales de un todo concebido como único derecho, como único Estado en sentido universal. Ergo, el Estado en sentido positivo no es una mera particularidad, en cuanto sólo puede ser concebido como tal en el Estado ideal.

Particularismo sólo podría existir si se afirmase que únicamente determinado orden nacional puede darnos ese punto de vista unitario de la totalidad del derecho, pero no hay particularismo en sostener que cualquier orden nacional puede constituir y constituye ese punto de vista unitario.

⁶ Cohen, Herman, *Ethik des Reinen Willens*, Introducción, inciso 58.

7. LA "CONTRADICCIÓN" NORMATIVA

a) *Oposición psicológica de apreciaciones.* Vamos a ocuparnos aquí de la "contradicción" que puede darse entre dos normas jurídicas positivas, prescindiendo naturalmente de esas "contradicciones" que se afirman entre normas jurídicas y "normas" morales, o entre aquéllas y las de un supuesto derecho natural, por cuanto las mismas quedan suficientemente aclaradas si consideramos que "Cada jurista sabe de por sí que en su calidad de tal, es decir, cuando se trata de conocer normas jurídicas, debe hacer abstracción de la moral" (*Es versteht sich für jeden Juristen von selbst, dass er als solcher, das heisst, wenn es gilt, Rechtsnormen zu erkennen, von der Moral abstrahieren muss*)⁷ y del orden natural, ocupándose tan sólo de los preceptos del derecho positivo.

También habremos de omitir el considerar las "contradicciones" existentes entre normas de distintos Estados u órdenes jurídicos positivos, ya que ellas pueden explicarse totalmente con las consideraciones que siguen.

Se trata aquí de examinar únicamente aquellas situaciones en las que parece existir contradicción lógica entre dos normas pertenecientes a un mismo orden jurídico positivo, pese a que la razón de la validez de ambas normas es una y la misma norma fundamental. Desde luego prescindimos de la incongruencia manifiesta que resulta de lo anterior, es decir, del absurdo de afirmar que donde el conocimiento normativo encuentra la unidad teórica de un sistema de normas, puede darse empero contradicción entre ellas, atento a que siempre podría objetarse que el derecho no es reductible a unidad ni susceptible, por ende, de conocimiento científico de ninguna clase.

En tales condiciones, salta el argumento de que existen casos en que un mismo tribunal supremo pronuncia ejecutorias opuestas, no obstante que se trate de resolver causas idénticas, con lo que se presume la existencia de una contradicción lógica. Esto es erróneo, pues la contradicción sólo existe en la opinión particular de los que subjetivamente así lo estiman, pero no para el orden jurídico en cuanto ambas resoluciones valen normativamente. Y aun suponiendo realmente opuestas las ejecutorias e idénticos los casos —lo que es totalmente imposible de concebir, ya que para ello habría que pensar como coincidentes los ámbitos espacial, temporal, personal y material de validez de ambas ejecutorias—, la presunta contradicción no se habría dado en el reino del deber, de la normatividad, sino únicamente en el reino del ser, de la causalidad, toda vez que la misma sólo existiría en la conducta efectiva de los magistrados del mentado tribunal supremo, al querer de hecho dos contenidos diferentes en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar, pero la contradicción no se daría entre las normas individualizadas

⁷ Kelsen, Hans, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturechtslehre und des Rechtspositivismus, Philosophische Vorträge veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft. Herausgegeben von Paul Menzer.* U. Arthur Liebert. Pan Verlag Rolf Heise, Charlottenburg 2, 1928, III *Kapitel*, 15.

creadas por las ejecutorias en cuestión, pues si ambas valen normativamente, es por haber sido formalmente pronunciadas por uno y el mismo tribunal, esto es, dictadas con apoyo en las mismas normas generales de procedimiento. Desde luego que tampoco puede hablarse de contradicción en el mundo del ser, pues tal contradicción excluiría uno de los términos y, sin embargo, los hechos que se reputan contradictorios existen uno junto al otro. El error radica en que se confunde la mera oposición de dos apreciaciones psicológicas diversas acerca de un mismo hecho, con la validez objetiva simultánea de dos juicios contradictorios (lo que es verdaderamente impensable).

b) *Oposición aparente del ser y el deber.* Producto también de una confusión sobre el punto de vista de la predicación, es el error de referirse en un mismo juicio, al derecho como realidad natural y como realidad normativa. Desde un cierto ángulo —el de la jurisprudencia pura, por ejemplo— el derecho es normatividad, es deber; desde otro enfoque —verbigracia, el del iusnaturalismo— el derecho es una realidad natural, un ser. Cuando se dice que no se debe realizar la conducta *a*, porque la misma constituye el supuesto de una sanción, se está mirando a la regla jurídica positiva como norma. En cambio, si se afirma que una determinada regla de derecho es “injusta”, a la luz de un pretendido orden “natural”, se está contemplando al precepto como un hecho enjuiciable y enjuiciado a través de ese orden “natural”. Y de aquí surge la falaz argumentación que confunde a tantos juristas y les hace pensar en la posibilidad de auténticas contradicciones, en la existencia de verdaderos “conflictos de deberes”.

Uno de estos especiosos “razonamientos” es el que utiliza la palabra “norma” en dos sentidos diversos, esto es, como ser y como deber a un mismo tiempo y en una misma relación lógica. Así se dice: Una persona demanda el divorcio a su cónyuge, fundándose en la causal de adulterio. El juez, pese a estimar comprobada la infidelidad, declara improcedente la acción, porque sus ideas religiosas le impiden decretar la disolución del vínculo matrimonial. La parte actora, por la causa que fuere, no recurre la sentencia y, consecuentemente, ésta pasa en autoridad de cosa juzgada. Pero como esta misma parte considera ilegal la actitud del juez, lo consigna ante un jurado de responsabilidades oficiales, el cual falla resolviendo que existe una contradicción entre la sentencia de este funcionamiento (norma jurídica individualizada) y la disposición del Código Civil que manda disolver el matrimonio cuando esté probado el adulterio (norma jurídica general), por lo cual sanciona al juez, pero deja en vigor su sentencia. Con lo anterior se pretende acreditar que una norma inferior con fuerza de verdad legal, es contradictoria de una norma superior, de manera objetiva y no subjetiva, por cuanto tal cosa la ha determinado una autoridad jurídicamente competente para ello.

Ahora bien, nos ocuparemos de esta argumentación, a pesar de sostener el absurdo de que una norma, creada por otra superior, es contradictoria de esta última. Sin embargo, la equivocidad del argumento estriba en la equivocidad con que es empleada en el mismo la palabra “norma”. Cuando el jurado de

la causa de responsabilidad se refiere a una norma inferior, como “violatoria” de una norma superior, no establece que aquélla contradiga a ésta en cuanto la primera vale como norma de derecho, sino simplemente en cuanto su contenido es determinado como supuesto (ser y no deber) de una sanción. Luego, la “contradicción” no se da entre norma superior y norma inferior, sino entre norma superior (derecho) y contenido de una norma inferior (hecho). Pero los juicios “*a* debe ser” “*no a* es” no son lógicamente contradictorios, como pudieran serlo los juicios “*a* es” y “*no a* es” o bien estos otros: “*a* debe ser” y “*no a* debe ser”, toda vez que los dos primeros juicios indican, únicamente, la situación de oposición efectiva entre aquello que es y aquello que debe ser; pero no una contradicción lógica”.⁸

Lo que comúnmente se llama un conflicto de normas, es un proceso que de ninguna manera se desarrolla en la esfera del deber; no es la contradicción de dos juicios normativos, sino la mera concurrencia de motivos diferentes, de impulsos psíquicos que inducen a obrar en distintas direcciones. En el caso del jurado que condena a un juez por “violiar” una norma, no se da una contradicción normativa, pues en cuanto actúan ambos tribunales como entidades psicofísicas, como aplicadores de derecho, y no como investigadores de este mismo objeto, las normas (la representación subjetiva del contenido de ellas) son meros factores psicológicos que actúan sobre sus ánimos, y no la expresión de un deber lógico.

Igual cosa ocurre cuando la “contradicción” se presenta entre dos normas jurídicas pertenecientes a órdenes positivos diferentes. Cuando se establece que un precepto ordena la conducta *a* y otro la conducta *no a*, y se supone que ambos tienen el mismo ámbito de validez, uno de ellos está siendo contemplado como ser, como hecho, y el otro como deber, como norma. Y el conflicto de “normas” sólo se da psicológicamente en el reino del ser, pero nunca en el campo del deber.

8. JURISPRUDENCIA PURA

Se llama pura a una ciencia, cuando hace descansar la verdad de sus juicios en una hipótesis metódica de conocimiento, o sea, cuando contiene en su propia estructura el fundamento de su unidad como tal. Ahora bien, la unidad esencial de las verdades de una ciencia es la unidad de la explicación. Así, la jurisprudencia será una ciencia pura si su punto de vista para juzgar define y delimita ya, de partida, su esfera, es decir, si el mismo abraza en integridad ideal todos los hechos y singularidades posibles, como lo hacen la lógica, la matemática o la mecánica pura.

De manera que su objeto: el derecho, debe concebirlo en función de un principio fundamental, cualquiera que éste sea, y no apartarse de él en ningún momento de su desarrollo para conservar, sólo así, la característica de ser jurisprudencia pura. Si no lo hace de este modo, no será una ciencia pura

⁸ Kelsen, *obra citada*, III capítulo, inciso 13.

y, quizá, ni siquiera una ciencia, por no saber qué es lo que estudia y que bien pudiera ser una norma jurídica, una simple aspiración subjetiva de justicia o una mera forma de comportamiento, si es que quiere llamarse derecho a estos tres diversos objetos.

El procedimiento anterior es el que han seguido la mayoría de los juristas en el curso de la historia, por lo que han llegado a un verdadero callejón sin salida, en el cual se encuentran muchos de ellos hasta la fecha, por no poder cohonestar como juicios de una sola ciencia un abigarrado conjunto de conocimientos relativos a dos, tres o más objetos esencialmente diversos. De aquí han surgido los perspectivistas jurídicos y, más sagaces, los partidarios de la tesis de que el derecho es una simple actividad artística y no una ciencia.

La jurisprudencia pura requiere, pues, poner un punto de partida que le permita acotar el campo de lo que llamará derecho, prescindir de lo que no encuadre dentro de ese concepto de lo jurídico —aun cuando históricamente se haya designado como derecho—, y construir un sistema teórico sobre esa base exclusivamente, el cual describirá y explicará con precisión científica rigurosa, una cierta porción de lo que históricamente ha sido visto como fenómeno jurídico.

Naturalmente, si más adelante se propone un diverso punto de partida para delimitar el campo de lo que se estimará como derecho, sobre el cual sea posible construir un sistema teórico que explique, con mayor amplitud histórica y simplicidad que el primero, el propio fenómeno jurídico; la jurisprudencia deberá abandonar aquél por su relativa inutilidad y atenerse al nuevo principio de unificación que el trabajo de los investigadores le hubiese proporcionado.

El anteriormente señalado es el método de la pureza jurídica, que sólo nos exige no involucrar objetos diversos (normas, aspiraciones personales de justicia, formas de comportamiento), como materia de una sola investigación.

Por tanto, llamaremos jurisprudencia pura al punto de vista amplio y general desde el cual se estudia a todo derecho posible: el históricamente determinado como tal y todo lo que en el futuro pretenda conocerse como derecho. Sus elementos serán, así, exclusivamente teóricos, esto es, no empíricos, históricos o contingentes.

Y llamaremos jurisprudencia normativa o positivo empírica, al punto de vista histórico que estudia un orden jurídico concreto, o sea, tempoespacialmente determinado. Sus elementos serán, pues, tanto teóricos como empíricos.

Los conceptos de derecho en general y de un derecho histórico cualquiera no serán distintos, ya que el primero dominará al segundo, en cuanto éste sólo encontrará su fundamentación racional en la noción teórica y universal del derecho, existiendo entre ambas nociones la misma relación que media entre el concepto de Círculo (πr^2) y los conceptos de las cosas circulares (las ruedas, por ejemplo), que satisfacen íntegramente aquél y le adicionan elementos circunstanciales, como los de tamaño, color, material, etcétera.

El concepto general de derecho funcionará, simultáneamente, como el principio intrasistemático de unificación de la jurisprudencia pura, que es una ciencia ideal, y como principio nómico extrasistemático de la jurisprudencia normativa, que es una ciencia fáctica.

Como se ve, el problema central de la jurisprudencia pura es la determinación del concepto de derecho, a fin de poder deslindar posteriormente cuál es su propio campo de investigación y, también, cuál será el concepto guía de la jurisprudencia positiva.

B. DEL CONOCIMIENTO CAUSAL

La sociología es una actividad que postula como válida la descripción, en términos de metódica jurídico normativa, de un objeto causal: la sociedad entendida como algo distinto de la pira o el rebaño, a la manera de Maurice Maeterlinck.

F.E.V.B.

1. EL PROBLEMA DE LA SOCIOLOGÍA

En tanto que la actividad desplegada por diversos autores bajo el nombre de sociología, es calificada por algunos como científica, la misma es para otros de simple carácter literario.

Los llamados fenómenos sociales de carácter económico, jurídico y político, así como también las manifestaciones culturales denominadas arte, ciencia, moral, lenguaje, religión y mitología, han sido señalados como los que proporcionan a la sociología su temática. Sin embargo, habiéndose objetado a esta consideración que tales objetos ya son estudiados por sendas ciencias particulares, en concreto, y por la historia y la filosofía, en general, la sociología se debate en una angustiosa situación. De la primera objeción se defiende diciendo que el estudio de los fenómenos económico, jurídico y político, lo realiza desde un punto de vista diverso al de la economía, la jurisprudencia y la ciencia política, pero no puede precisar cuál es este punto de vista, toda vez que si afirma que el mismo constituye un enfoque superior y más general de tales fenómenos, invade bien el campo de la historia, entendida como ciencia teórica, o de la filosofía, como ciencia de las ciencias. Por otra parte, la filología como ciencia del lenguaje, la estética como filosofía del arte, la filosofía del mito y la ética como filosofía moral, se verían duplicadas como disciplinas científicas, si la sociología pretendiese estudiar los objetos de que ellas se ocupan.

La discusión ha permanecido en la superficie del problema, ya que se la ha centrado de manera simplista en la cuestión de establecer si su pretendido objeto de estudio, es o no materia de investigación por otras disciplinas; sin percatarse de que cualquiera que fuese la respuesta, la situación sería la misma. En efecto, si su objeto no lo estudia ninguna ciencia, ello no garantizaría sin más que la sociología sea ciencia, pues la astrología y la alquimia estudian un objeto privativo (pronóstico del futuro, transmutación en oro de otros metales) y sin embargo, no son disciplinas científicas. Y por el contrario, si el

objeto de la sociología fuese investigado por una determinada actividad científica, tal circunstancia no impediría que aquélla también tuviese este carácter, ya que la física y la química pueden estudiar los mismos cuerpos sin dejar de ser ambas, ciencias: Una, por ocuparse de la estructura atómica de ellos y la otra, por dedicarse a la constitución molecular de los mismos.

Como toda ciencia para ser tal debe contar con un objeto y un método propios, el planteamiento correcto del problema es el siguiente: Si la sociología estudia la sociedad, ¿cuál sería su método de investigación, el causal o el normativo? O también: Si el método de la sociología es el causal, ¿cuál sería la naturaleza de su objeto, causal o normativa? Estos planteamientos los realizamos sobre la base de entender a la causalidad como “una forma pura de ordenación de todos los contenidos posibles del pensamiento científico, los que enlaza en relación de causa a efecto”. Y a la normatividad como otra “forma pura de ordenación de esos mismos contenidos, los que enlaza en relación de supuesto a consecuencia”.

El principio de causalidad se enuncia como “idea de un orden *necesario* en el que ciertos fenómenos (causas) determinan indefectiblemente otros (efectos)”. El principio de normatividad o de imputación se enuncia así: “idea de un orden *obligatorio* en el cual (la determinación por el propio orden de la realización de) ciertos sucesos (supuestos) determinan indefectiblemente deberes (consecuencias)”, para cuya existencia es irrelevante que se realicen o se dejen de realizar.

2. LA SOCIEDAD

Se ha pretendido que es posible dar un concepto causalista de lo social, en lo cual no estamos de acuerdo por estimar incomprensible la idea de una sociedad sin normas, que ninguna diferencia esencial presentaría con el rebaño o el hormiguero, y cuyo estudio no podría ser, así, sino un capítulo de la zoología.

Consideramos que la sociedad es definible sencillamente como “ordenación normativa”. Empero, diversos autores han intentado la conceptualización causal de la sociedad, por lo que examinaremos brevemente sus doctrinas al respecto, con el fin de poder afirmar sin reservas nuestra posición.

a) *Georg Simmel*. Según Simmel, es posible arribar al concepto de ente social en particular y de sociedad en general, a partir de un elemento no jurídico sino puramente social, que dé la base para la unificación esencial de sus elementos. Así, parte del supuesto de que entre los individuos pertenecientes a una misma comunidad se da una acción recíproca que, como dato sociológico exclusivamente, constituye la unidad de los individuos que la forman como un cuerpo social. Simmel dice que un conjunto de individuos forma una unidad real, determinable por ende causalmente, cuando cada uno de ellos influye sobre los demás, percibiendo a la vez sus influencias.

Ahora bien, si aceptamos lo anterior, tendremos que también entre los ani-

males existen cuerpos sociales, porque entre sus miembros se dan influencias recíprocas de ayuda mutua, temor, atracción, repulsión, etcétera. Por otra parte, esa "interacción individual" se daría en todo caso, entre individuos pertenecientes a una *misma comunidad*, pero ¿qué comunidad? Desde luego no podría contestarse válidamente que la formada por la "acción recíproca", ya que éste es el punto de vista que se trata de explicar. Sino sólo que se trata de la *comunidad política*, de la constituida por normas. Y al establecer el propio Simmel este planteamiento, "denuncia claramente (su) tendencia a la ficción, es decir, a afirmar como ser lo que sólo puede ser conocido como deber",⁹ o sea, que supone al punto de vista normativo como anterior al punto de vista causal, el cual, aun cuando lo supusiéramos legítimo, tendría que fundamentarse en el criterio normativo de unificación de lo social. Y en todo caso, tendríamos que admitir que esa acción recíproca tiene grados, así como que la que se da entre los sujetos psicofísicos pertenecientes a una misma comunidad, es más fuerte que la existente entre miembros de distintas comunidades. Sin embargo, esto no es así, pues "la pertenencia a una comunidad nacional, religiosa, profesional o meramente ideológica —la cual no suele coincidir con la comunidad estatal—, crea de ordinario vínculos espirituales mucho más estrechos".¹⁰ Es indudable que en la comunidad internacional judía por ejemplo, se da una interacción psíquica entre sus miembros, mucho más intensa que la existente entre los propios judíos y los demás nacionales de los Estados a que jurídicamente pertenecen.

Y lo dicho con relación a la comunidad política (Estado) es aplicable a cualquier otra entidad social o colectiva, pues lo mismo puede argumentarse respecto de la comunidad religiosa (iglesia) o de la comunidad ideológica (partido).

b) *Menennius Agrippa. Lilienfeld. Spencer. Schaeffle*. Esta corriente considera a la sociedad un organismo vivo que, como tal, tiene órganos y funciones de carácter biológico. La sociedad es, así, concebida como un mero fenómeno zoológico de nacimiento, nutrición, crecimiento, reproducción y muerte.

La idea es extremadamente antigua. Menennius Agrippa, cónsul romano, es el primer autor que equipara a la sociedad con un ser viviente, en el famoso apólogo narrado a los plebeyos romanos sublevados, que estaban reunidos en el Monte Sacro, para convencerlos de que se reintegraran a la ciudad (496 a.c.), olvidando sus quejas contra el patriciado, a cuyas órdenes servían en el ejército, siendo muy mal recompensados, pues sus esfuerzos sólo recibían en pago promesas incumplidas, como la de abolir las deudas.

El orador romano dijo:

En la época que aún no reinaba como hoy, la armonía del cuerpo humano, todas las partes de éste se indignaron porque, gracias a sus cuidados,

⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, 1951, p. 10.

¹⁰ *Obra citada*, p. 10.

sus afanes y su ministerio, todo lo obtenía para sí, el estómago. La entraña suprema gozaba en medio de los placeres que las otras partes del cuerpo le proporcionaban. Tramaron, por tanto, una conspiración: las manos negáronse a llevar a la boca el alimento, la boca a recibirle, las muelas a masticarle, etcétera. Mas, he aquí que poco después los miembros y el cuerpo entero cayeron en postración lamentable. Entonces hubieron de comprender que el estómago no permanecía ocioso y que, si le alimentaban, él a su vez alimentaba a todo el cuerpo y los miembros, mediante la digestión de los alimentos.

Menenius Agrippa agregó que los plebeyos eran los miembros, y el senado, el estómago; sacando en conclusión que los plebeyos debían someterse a sus señores, como las manos y la boca sirven a la economía del estómago.¹¹

Esta tesis se afirma con mayor rigor en el sociólogo ruso Lilienfeld, quien, en su obra principal, escrita en alemán con el título de *Pensamiento social del porvenir*, identifica sin reservas la sociedad con un organismo vivo, y lleva la comparación hasta los menores detalles, llamando "formación del capital" a la constitución de las reservas orgánicas. Las tendencias hereditarias las compara con la producción y la transmisión de los bienes materiales. Para este pensador, en la sociedad no hay nada que no exista en la naturaleza viva.

Herbert Spencer defiende igualmente la tesis organicista, diciendo:

La sociedad integrada por individuos, también es un organismo, realmente un organismo y no una simple semejanza al organismo individual. En la sociedad ocurre lo que en un organismo individual: hay una interdependencia del todo a las partes. La sociedad tiene un sistema óseo y un sistema circulatorio. La estructura la forman sus ciudades, puentes y caminos. El sistema circulatorio está representado por las comunicaciones comerciales. Es más, las sociedades padecen enfermedades o desequilibrios, como las crisis económicas. Además, las sociedades se reproducen, las colonias no son otra cosa que vástagos de la sociedad. En una palabra, la sociedad es un organismo que cumple un fin biológico.

Alberto Everardo Federico Schaeffle, economista y sociólogo alemán discípulo de Spencer, en su obra *Estructura y vida del cuerpo social* (1875-1878), sostiene que la economía es una ciencia biológica, señalada por ciertas analogías entre el organismo animal y el social. La idea de Schaeffle es la asimilación de las leyes sociales a las leyes biológicas, concibiendo las colectividades humanas como organismos dotados de funciones análogas a las de los cuerpos vivos, como las de conservación y relación.

El error de que parten los sostenedores de la teoría organicista biológica, es que postulan a la sociedad como un ser, es decir, como un fenómeno empírico natural, no obstante que la misma no es perceptible por los sentidos. Todo lo que hacen es señalar analogías o similitudes entre las sociedades y los

¹¹ Caso, Antonio, *Sociología*, Editorial Stylo, 9ª Ed., 1958, pp. 368 y ss.

organismos animales, siendo que resulta imposible hablar con rigor científico de identidad de funciones entre aquéllas y éstos. La sociedad no se reproduce realmente en sus colonias como el animal en sus hijos. Aquélla no asimila "alimentos" como bioquímicamente lo hace una unidad biológica, ni parte alguna de ella engendra a otra, siendo a su vez engendrada por ésta, más que en sentido metafórico y literario, pese a que biológicamente al organismo sólo se le puede entender como "un todo cuyas diversas partes se engendran mutuamente" (Kant). Por último, el conocimiento biológico no agota el concepto de sociedad, en la cual se dan funciones como la jurídica, que ni siquiera tiene parangón alguno con las de un organismo animal.

c) *Savigny*. Friedrich Carl von Savigny, en su obra *System des Heutigen Roemischen Rechts* (1840), refiriéndose a los entes colectivos en general, los considera unidades psíquicas independientes de las psiques individuales, pero constituidos por las corrientes psicológicas coincidentes de los hombres de carne y hueso. Éste es el punto de partida de las famosas doctrinas del alma popular nacional (*Volkgeist*), la cual vendría a ser, según el romanticismo, la esencia misma del Estado como comunidad social, pues tales doctrinas se basan en el supuesto de que los nacionales de un Estado se constituyen en unidad social, por tener un interés y una voluntad comunes, los que denotan con las diversas expresiones de "voluntad colectiva", "interés colectivo", "conciencia colectiva" o "sentimiento colectivo".

Mas si aceptáramos la tesis anterior, tendríamos que admitir que esas unidades psíquicas tienen una entidad substancial que vive en sí y por sí, pues siendo independientes de las psiques individuales, serían diferentes de ellas, lo cual es impensable científicamente, ya que un substrato psicológico, independiente de la unidad biológica, es algo improbable en la experiencia, de manera que su postulación haría que la investigación filosófica degenerase en especulación metafísica. Además, "una unidad real (sociológica) sólo existe entre aquellos que realmente participan de una misma actitud mental y en los momentos en que esta identidad efectivamente prevalece",¹² siendo absurdo suponer que un numeroso conglomerado de individuos pueden querer, sentir o pensar siempre coincidentemente, ya que sería un caso jamás registrado por la historia universal.

Por ende, la voluntad común o los intereses comunes, como criterio unificador de lo social, corren pareja suerte que la interacción individual, o sea, que no son aptos para el fin al que fueron propuestos.

d) *Gierke, Steiner*. Doctrina del organismo social es el nombre que da Otto Gierke a su teoría, en la cual no compara los entes colectivos a los seres vivos, sino que los define como "organismos propios de carácter social con unidad de vida constituyendo un todo", lo que no es lo mismo ni puede reducirse según él, a una mera agregación o cómputo de individuos, si bien son éstos los integrantes de aquéllos. Los cuerpos sociales son para él, organismos

¹² Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, 1949, p. 195.

integrados por un entrecruce de conexiones espirituales, cuyo carácter resulta de índole superior al individual, por lo que los entes colectivos aparecen como organismos sociales superiores a los individuos. Esta tesis de Gierke ha sido sustentada y desenvuelta con ligeras variantes por Wundt, Lasson, Zithelmann y otros autores.

Steiner, con su doctrina de la “división tripartita del organismo social”, hace corresponder a los tres “sistemas” del organismo biológico humano: el de la cabeza, el del pecho o circulatorio y el metabólico, los sistemas constitutivos de la vida económica, la vida política y la vida espiritual. Sin embargo, este autor no hace trascender a la sociología los conocimientos biológicos y psicológicos, pues afirma que lo único realmente importante, es:

Que el pensamiento y el sentimiento humanos aprendan a percibir las posibilidades vitales, estudiando el organismo natural, para que puedan aplicar, después, al organismo social, esta modalidad de la percepción.

A estas dos tesis les son aplicables las propias consideraciones dirigidas a la tesis de Savigny.

e) *Tomás de Aquino, Rousseau.* Puede incluirse en la denominación de doctrinas del organismo social, la que ha sido expuesta y sustentada por algunas figuras destacadas de la Iglesia católica, habiéndola formulado entre ellas Tomás de Aquino. El padre Suárez, el padre Soto y otros, hacen suyas las principales ideas de este autor sobre el tema. Dice ese pensador que el Estado no es una suma de partes individuales, sino que es un todo organizado, de tal suerte que puede verse en él algo que constituye “como un organismo, en el cual sus varias partes no puede decirse que sean meramente agregados, sino que estas partes son miembros”. Es, pues, el Estado para el de Aquino, una unidad superior, algo que tiene magnitud propia, un todo en el cual se da una completa conexión. O en otras palabras: el Estado es para él un organismo ético, una unidad de lo social orientada por el supremo fin de bien común. Y todo lo dicho con relación al Estado, es aplicable según este autor a los demás entes colectivos.

También el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau acerca de los entes sociales, cae bajo el rubro común de doctrinas del organismo social, pues refiriéndose a ellos sostiene en su obra *Del contrato social o Principios del derecho público*, capítulo VI: “El pacto social”, que la sociedad civil estructurada por este pacto, se constituye porque:

Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder, bajo la suprema dirección de la voluntad general y recibimos, además, a cada miembro como parte indivisible del todo. En lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, y que recibe su unidad del mismo acto, su yo común, su vida y su voluntad.

Tanto estas últimas doctrinas como las anteriormente expuestas, concuerdan en un punto común: la hipostatización mitológica de los entes colectivos, al considerarlos con existencia independiente de los individuos que los componen, pues como a un tiempo afirman expresa o tácitamente, que no son organismos biológicos ni psicológicos, sin decirnos lo que son de manera comprobable en la experiencia, es obligado concluir que para tales doctrinas los cuerpos sociales son entes metafísicos, por lo que las mismas son totalmente inocuas para la consideración filosófica, ya que la filosofía nada tiene que ver con pretendidas biología social, que imaginan organismos *sui generis* de carácter social o de tipo ético, pues no pueden decirnos qué son ni dónde están lo social puro ni organismo ético alguno fuera de derecho, de un modo objetivo.

f) *Von Haller. Duguit.* La doctrina de la fuerza, de las relaciones puramente sociales de dominación como elemento típico y esencial del Estado, tiene su más destacado representante en un tratadista francés de nuestros tiempos, que es León Duguit, en su obra *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1910). Sin embargo, el suizo Carlos Luis von Haller, con su obra *Restauración de la ciencia del Estado o Teoría del Estado natural-social en oposición a la quimera del artificial-burgués* (6 tomos, 1816-1825), puede ser visto como uno de los primeros sostenedores de esta concepción, la que considera que el Estado nace por virtud de que hay unos individuos que disponen de mayor fuerza, o sea, que lo que determina al Estado en un complejo de relaciones de fuerza.

Duguit sostiene que en la realidad social de todos los tiempos se mira el hecho de que unos individuos gobiernan y que otros son gobernados, y que, como no sería científico sino metafísico afirmar que unas voluntades son esencialmente distintas de otras, debe admitirse que la voluntad de los gobernantes es el elemento esencial del Estado, pues al poseer mayor fuerza pueden legítimamente usar ella para imponer su voluntad a los demás. Y claro está, continúa diciendo, que esa mayor fuerza de que disponen los gobernantes reviste formas distintas, pues en las sociedades primitivas la misma es una fuerza material o moral, basada en creencias religiosas, en tanto que en las sociedades modernas hay una mayor complejidad en las formas, pero aun dentro de esa complejidad es indiscutible la necesidad lógica de oponer las dos entidades mencionadas, o sean los gobernantes y los gobernados, cuya realidad es incuestionable. Consecuentemente, Duguit expresa su concepto de Estado diciendo que el mismo es "toda sociedad humana en la cual exista una diferenciación política, una diferencia entre gobernantes y gobernados".

La doctrina de la fuerza encuentra en Duguit un expositor que plantea con bastante precisión el problema de la conceptualización del Estado, pero que ingenuamente busca la solución del mismo en una realidad psicológico-naturalista, la cual resulta inocua para el fin propuesto, pues la pura relación de fuerza no nos permite caracterizar ningún fenómeno como de tipo social.

En efecto, si el Estado es una relación de dominación entre gobernantes y

gobernados, entre individuos que ordenan e individuos que obedecen, esta dominación, aunque exista, no puede representar un nexo puramente causal, como el que se daría entre el calentamiento de un metal y su dilatación, sino que necesariamente expresa una relación de mando; es decir, que la orden del que manda no puede interpretarse como una causa natural, sino como llevando imbibida una pretensión de ser obedecida, o sea, que esta dominación expresa un deber o no puede entenderse como tal, pues "lo que busca su expresión en el concepto de dominio no son los hechos escuetos, integrantes del nexo causal de la manifestación de una orden o mandato y de una conducta conforme a dicha orden",¹³ sino la pretensión normativa implícita en ellos. En una palabra, el elemento psicológico de dominación presupone al derecho como la unidad jurídica y no sociológica del Estado.

Por otra parte, la doctrina de la fuerza atiende a las relaciones reales de dominación que se dan entre los individuos, sin percatarse de que no todas esas relaciones son constitutivas del Estado, como las que existen entre el padre y el hijo, entre el marido y la mujer. Y si esto es así, ¿cuáles de todas las relaciones de dominación constituyen el Estado? Y a tal pregunta sólo hay una respuesta, la de que únicamente el derecho puede decirnos cuáles son las relaciones de dominación que constituyen la comunidad política, es decir, el Estado, pues:

Los mandatos emitidos "en nombre de Estado", son los que se expiden de acuerdo con un ordenamiento cuya validez debe ser supuesta por el sociólogo que pretende distinguir tales mandatos, de aquellos que no son imputables a la comunidad política.¹⁴

Así, pues, las relaciones de dominación no son simples realidades, sino hechos interpretables normativamente, de lo que resulta que tales relaciones tampoco nos permiten la conceptualización ajurídica de la sociedad.

g) *La sociología normativa.* En consecuencia, si lo social es un concepto jurídico, un estudio de la sociedad tendría que versar forzosamente sobre la realidad jurídico normativa. Pero esta realidad la determina objetivamente y estudia de manera exhaustiva, la jurisprudencia positiva, que lo hace por el método de la imputación o relación de supuesto a consecuencia, y no por el método natural o relación de causa a efecto, pues debemos tener presente que el método crea el objeto, por lo que el método causal sólo puede llevarnos a la conceptualización de un objeto natural, y para alcanzar un objeto normativo únicamente podremos utilizar la relación de imputación.

De manera que si llamamos sociología al estudio de la sociedad entendida como ordenación normativa, nos encontraremos con que la misma no es sino la jurisprudencia positiva. Pero esto no satisface a los sociólogos, cuya única salida entonces será postular para esta actividad el método natural e indagar cuál sería su objeto peculiar.

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, p. 13.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 197.

3. LA SOCIOLOGÍA CAUSALISTA

Por la razón ya expuesta de que el método crea el objeto, una sociología causalista no podría tener como la materia de su investigación el conocimiento de lo social. Y no se diga que aunque el concepto de sociedad sea normativo, la sociología podría estudiar la realidad social como ser, en sus relaciones de causa a efecto, porque si esto fuese lógicamente posible tendríamos un concepto natural de la sociedad (que ya vimos no resiste un serio análisis), que en todo caso sólo podría identificarse gramaticalmente con el concepto normativo de sociedad.

Esto ya lo han intentado Max Weber, Karl N. Llewellyn, Joseph W. Binham, T. H. Huxley, Oliver Wendell Holmes, Benjamín N. Cardozo, W. A. Robson, John C. H. Wu, John Austin, etcétera, sosteniendo en concreto que es necesaria una teoría que describa lo que realmente hacen los individuos en su relación con el derecho, y no lo que deben hacer, esto es, que precisa elaborar una doctrina natural y, por ende, causalidad del fenómeno jurídico real. Esta "ciencia", pues, vendría a ser algo así como una física social, pues estaría compuesta por juicios sobre lo que es y no sobre lo que debe ser. Lo anterior es imposible, pues la causalidad como expresión pura de un determinismo insalvable (idea de un orden necesario en el que ciertos fenómenos determinan indefectiblemente otros), no resulta apta para explicar un objeto que consiste en puras relaciones indeterministas de normatividad.

a) *Huxley*. En efecto, Huxley afirma que "una ley humana nos dice lo que podemos esperar que la sociedad hará en ciertas circunstancias" y que "la ley natural nos indica lo que los objetos naturales harán en ciertas circunstancias",¹⁵ tratando de establecer un paralelismo entre la ciencia natural y su "ciencia" particular; sin percatarse de que falsea a la primera, porque las leyes de la naturaleza no profetizan el futuro, sino solamente explican "acontecimientos presentes en función de otros pasados". Y ya veremos que la ley (no la relación o principio) de causalidad, no puede continuar siendo entendida con la fórmula "todos los sucesos en cualquier imagen física dada pueden ser absolutamente predichos, si se conocen las condiciones de tiempo y de espacio", ya que la Ley de Interdeterminación de Heisenberg ha puesto en crisis a la misma y nos obliga a sustituirla, por una simple "ley estadística de probabilidad" respecto al comportamiento de los fenómenos.

b) *Holmes Cardozo*. El primer autor define causalmente al derecho como "un conjunto de profecías sobre lo que los tribunales harán realmente",¹⁶ cuando un hombre se conduce en determinada forma. Esto es, cuando un individuo priva de la vida a otro intencional e injustificadamente, la ciencia del derecho se encargará de decirle lo que los tribunales harán con él, aun cuando no le hayan dicho antes que debía abtenerse de matar. Pero esto es notoriamente absurdo, porque para que esta predicción de lo que el tribunal

¹⁵ Kelsen, Hans, *obra citada*, p. 172.

¹⁶ *Obra citada*, p. 175.

hará, posea “un grado razonable de probabilidad”, sería preciso investigar toda una larga cadena de posibles causas de su acción, es decir, habría que indagar sobre la venalidad o probidad del juez o del jurado, sobre la eficacia o ineficacia de la policía y de los órganos investigadores, sobre los medios materiales con que pueda contar el delincuente para eludir la acción del derecho, sobre las características étnicas de la víctima y del ofensor (en la Unión Americana no es lo mismo juzgar a un negro por matar a un blanco que viceversa), etcétera, todo lo cual implica una indagación que ni los propios sostenedores de la postura son capaces de intentar, como lo demuestra Cardozo al decir que:

Más allá del punto en que la predicción no alcanza siquiera un grado que permita hablar de derecho incierto, está el punto evanescente en que el derecho no existe, sino que tiene que ser dotado de existencia por un acto libre de creación.¹⁷

Sin parar mientes en que “el derecho que adquiere existencia por un acto de ‘creación libre’, también es derecho, aun cuando evidentemente es un derecho impredecible”.¹⁸

En conclusión podemos afirmar, que una sociología causalista no puede tener como su objeto de estudio lo social en su estricto sentido jurídico, sino otro cualquiera que forzosamente deberá estructurarse en relaciones de causa a efecto.

4. EL OBJETO DE LA SOCIOLOGÍA

Lo que subconscientemente postulan los cultivadores de la sociología causalista, como el objeto de ésta, no es en realidad sino el hacer y el obrar físico material de la unidad biológica hombre, aun cuando confundiéndolo lamentablemente con lo que denominan “conducta real y efectiva del ser humano”, entendiendo por éste no a la persona jurídica, que es un concepto normativo, sino al individuo psicofísico en su dimensión zoológica. El error está en considerar que un animal en cuanto tal, es capaz de conducirse en alguna forma, pues el de conducta es un concepto esencialmente normativo, imputable únicamente a las personas jurídicas y no a los hombres.

Así, no resulta correcto hablar de ser humano biológico y de persona jurídica, porque el de humano es también un concepto normativo, determinado a partir del concepto jurídico de persona, entendida como centro ideal de imputación normativa, de imputación de obligaciones y facultades, por ser la jurisprudencia la única ciencia que proporciona el principio metódico para llegar a la idea de humanidad. El hombre de la biología no posee ninguna diferencia esencial con los miembros de las demás especies

¹⁷ *Obra citada*, p. 176.

¹⁸ *Obra citada*, p. 179.

animales, y si se dice que es humano en sentido histórico, es porque el derecho nos ha permitido determinar este concepto y porque generalmente atribuye la calidad de persona al bípedo implume. Lo humano no es lo racional como quiere la Escolástica, porque si sólo fuese humano quien discurre o puede discurrir lógicamente, ni el niño ni el loco ni el idiota son humanos porque no pueden hacerlo.

Por tanto, el individuo es humano cuando es persona, y no por sí mismo. De manera que es correcto afirmar lo siguiente: *El hombre puede ser persona* y generalmente lo es, porque la única excepción histórica conocida es la del esclavo más primitivo, o sea, el equiparado a un simple objeto mercantil; *pero la persona no es el hombre*. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, para nada interesa la conceptualización del hombre como unidad biológica, por ser éste un problema que no puede plantearse dentro de su campo. Entendamos esto con un claro ejemplo de la ciencia natural: La hoja de un árbol puede ser verde y generalmente lo es, pero lo verde no es la hoja. Desde el punto de vista de la física (capítulo óptica), para nada interesa la conceptualización de la hoja de un árbol, porque no es su problema, aunque si lo sean las longitudes de onda del fenómeno luminoso, entre las cuales se da la denominada como color verde.

De igual modo, a la sociología causalista que estudia el hacer y el obrar físico natural del hombre, para nada debería interesarle que esta actividad pueda o no ser calificada como conducta por otra disciplina. Sin embargo, hasta la fecha no ha podido librarse de tal preocupación, ni de la confusión consiguiente a tan anárquico proceder. Y quizá esto mismo sea lo peculiar de la sociología: postular que un objeto causal es descriptible acriticamente en términos de metódica jurídiconormativa, con lo que no podría ser una actividad científica *stricto sensu* y tal como entendemos lo científico (conjunto de juicios en conexión sistemática en sentido teórico), y ni siquiera *lato sensu* o como ciencia fáctica, pues si su principio de unificación fuese un concepto jurídico (lo social como ordenación normativa), su método tendría que ser el de la imputación y ya vimos que entonces sería la propia jurisprudencia positiva. Así, únicamente puede ser una actividad literaria del género denominado "ficción científica", de exactamente la misma índole que las tareas sociológicas de Maurice Maeterlink en sus famosas obras *La vida de las abejas-de las hormigas-de los termes*, en las que magistralmente describe la existencia biológica de relación que se da en los hábitculos de esos insectos: el colmenar, la termitera y el hormiguero, utilizando para ello conceptos extraídos de la metódica jurídica, de alcance popular, como los de *abeja reina, obrera*, etcétera, *vuelo nupcial*, *hormiga guerrera*, fundación de *ciudades*, *gobierno mirmense*, etcétera, a los cuales adiciona la divulgación de auténticos conocimientos entomológicos y, en ocasiones, hasta el serio tratamiento de temas disputados en esta especialidad de la zoología.

Se insiste empero en que el objeto de estudio de la sociología causal es la

actividad de la especie hombre en cuanto obra realizada o cultura, en sentido propio, desvinculada de su autor y con un afán totalizador de arte, ciencia, religión, derecho, política, etcétera. Pero si lo anterior no lo realizaran ya la historia universal y la antropología, habría que concluir que tal actividad no podría ser científica, por cuanto ninguna ciencia causal es capaz de distinguir esencialmente entre ciencia, arte, religión, derecho, política, etcétera, ya que algunas de tales expresiones de la cultura son causales, pero otras son normativas, técnicas o teoréticas.

En consecuencia, resulta legítimo afirmar que, hasta ahora, la llamada sociología no ha sido más que una actividad retórica, útil si se quiere desde el punto de vista didáctico, pero que no trasciende las lindes de la ficción científica.

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Primero: Concepto del derecho (Estado de la investigación)</i> .	39
1. El derecho	39
2. Irracionalidad del derecho: Marcadé. Demante. García Rojas . .	40
3. La postura coercitivista: Baudry-Lacantinerie, Chéneaux, Zacharías, Aubry y Rau, Bufnoir, Falck, May, Gèny, Ihering, Jellinek, Duguit, Levy-Ullmann, Del Vecchio, Kelsen, García Máñez . .	41
4. Principales concepciones iusnaturalistas del derecho	43
5. El sociologismo	45
a) Goodhart. Ehrlich. Holmes. May. Richad. Charmont. Pound .	45
b) Kelsen. Verdross	46
c) Doctrina romano-canónica	47

PRIMERA PARTE
CONCEPTOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DEL DERECHO

(Estado de la Investigación)

Hasta el siglo XIX se llamó derecho, indistintamente, a 4 cosas diferentes: a) Un arte empírica; b) Un conjunto de aspiraciones subjetivas de justicia; c) Formas de comportamiento causal altamente probables; y d) Normas positivas de conducta.

F.E.V.B.

1. EL DERECHO

Asomarse por vez primera al problema de precisar qué es el derecho, produce perplejidad por la increíble diversidad de conceptos o definiciones que de este objeto existen. Parece que cada autor dedicado a estudios jurídicos describe al derecho con rasgos totalmente disímolos. De modo que la regla de oro de toda investigación, consistente en partir de la historia de los esfuerzos que la humanidad ha realizado para resolver un determinado problema, se presiente muy difícil de cumplir en este caso.

Sin embargo, debemos hacerlo y afianzarnos con firmeza en aquella parte del conocimiento denominado historia del derecho, es decir, en el *fieri* cultural constituido por aquellas investigaciones que se han connotado indisputablemente como jurídicas; antes de dar un segundo paso en esta cuestión.

De momento, empero, podemos ahorrarle al lector tal esfuerzo por hoy innecesario, dado que ya tenemos una clara pauta para iniciar esta investigación. En efecto, todas las distintas concepciones del derecho son reducibles, sin mayor dificultad, a uno de cuatro esquemas fundamentales o, en todo caso, a una de cualquiera de las posibles combinaciones entre sí de los propios esquemas.

Ellos son, primero, el de los autores que niegan en forma expresa o tácita la posibilidad de un conocimiento objetivo del derecho, al presentarlo como un arte o técnica social que tiende a realizar o realiza un específico ideal de justicia y que sostienen la imposibilidad de conceptualizarlo o definirlo mediante el procedimiento aristotélico de precisarle un género próximo y señalar su diferencia específica, por cuanto no admiten o no ha llegado a su conocimiento la existencia de formas diversas para definir, como la genética o la dialéctica.

El segundo de tales esquemas es el que estima el derecho como un orden coactivo de la conducta. No todos los autores adscritos a esta dirección expresan con igual pulcritud metódica el postulado de la coerción, pero el mismo aflora con mayor o menor nitidez en sus respectivas elaboraciones. La mayoría de los investigadores que admiten tal principio lo combinan con otro u otros de los que estamos apuntando.

Como tercer esquema, englobador de una gran cantidad de concepciones del derecho, tenemos al de los autores que lo consideran como una parte de la naturaleza, bien sea de carácter divino bien de tipo racional, y lo afirman como un orden justo ya terminado e invariable, o como un orden que tiende a realizar la justicia y se encuentra en permanente elaboración y ajuste a las circunstancias históricas.

Por último, existe un variado grupo de tratadistas que miran al derecho como un objeto o ser causal, por cuanto afirman que sólo o que también es derecho el orden que realmente acata la comunidad, es decir, las normas que tienen eficacia —aunque sea una poca o, al menos, pertenezcan a un orden eficaz en lo general—. O en otras palabras: que debe ser lo que es o lo que, de alguna manera, puede llegar a ser.

Dentro de alguno de los grupos precisados o de cualquiera de sus varias combinaciones a dos, tres o hasta cuatro miembros, podremos insertar todas las definiciones del derecho que hasta ahora se han producido. Posiblemente enfrentemos alguna duda al pretender señalar el esquema de adscripción de la doctrina de ciertos autores, por lo confuso de sus concepciones. Pero esta duda quedará resuelta si incluimos tales doctrinas bajo dos o más rubros distintos cada una.

Fuera de las cuatro direcciones fundamentales del pensamiento del derecho que hemos apuntado, sólo podría existir una concepción diversa: la que lo entendiera como “orden bilateral (imperoatributivo) de la conducta” (León Petrazisky y Giorgio Del Vecchio).

Lo anterior demuestra que la jurisprudencia, como disciplina científica, no se encuentra tan perpleja como pudiera estarlo si, frente a cada autor, tuviera necesidad de renovar su análisis del punto de partida fundamental de la investigación jurídica: el concepto de derecho.

2. IRRACIONALIDAD DEL DERECHO

Marcadé expone que el derecho es un arte y no una ciencia: el arte de distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo.¹ En la misma dirección, Demante considera contradictoriamente que el derecho, “como ciencia”, es el arte de distinguir lo justo de lo injusto.²

¹ *Explication Théorique et pratique du Code Napoléon*, 6a. edición, tomo 1, p. xxv, núm. 1, 1869.

² *Cours analytique du Code Civil*, tomo 1, cap. primero.

Los juristas mencionados sostienen en sus concepciones, de manera expresa el primero e implícita el segundo, que el derecho es incognoscible. Esto es, un irracional por no poderse reducir a concepto. Marcadé niega directamente la calidad de objeto de conocimiento objetivo o científico al derecho. Demante expresa una incongruencia: que una actividad racional (la ciencia del derecho) es arte empírica (habilidad de la voluntad subjetiva para diferenciar lo que dogmáticamente se estima valioso de lo que se siente o cree no valioso).

Autores más sagaces, como García Rojas, sostienen la imposibilidad de definir (concebir) al derecho, por entender que el procedimiento aristotélico de precisar un género próximo y una diferencia específica del objeto que se estudia, no puede ser satisfecho en el caso del derecho.³

Efectivamente, el derecho no es conceptualizable a partir de un género supremo: la normatividad o deber ser, pues no existe ningún criterio objetivo de lo universalmente debido desde el punto de vista axiológico o estimativo. Luego, si el derecho es deber ser y resultara posible conceptualizarlo (definirlo) científicamente, entonces el deber jurídico sería el único criterio racionalmente necesario y universalmente exigible de normatividad.

Por tanto, a estas alturas de la investigación, no contamos con ningún concepto de normatividad capaz de funcionar como género próximo de lo jurídico. Antes por el contrario, puede afirmarse que si el derecho es algo racional constituirá un género supremo, un predicamento como dirían los seguidores de la lógica clásica.

Y si esto fuese así, resultaría un falso problema el de tratar de distinguir entre el derecho y otras supuestas especies normativas. Ahora bien, ¿tendrán razón quienes, consciente o inconscientemente, postulan al derecho como un irracional, si el mismo no es racionalizable (definible) por género próximo y diferencia específica? Desde luego que no están en lo correcto, porque existen otros procedimientos para definir: el genético y el dialéctico, y porque sí es conceptualizable el derecho en términos precisos, como veremos en el capítulo siguiente.

3. LA POSTURA COERCITIVISTA

Baudry-Lacantinerie y Chéneaux sostienen que el derecho es el conjunto de preceptos que rigen la conducta del hombre en relación con sus semejantes y merced al cual es posible, a la vez que justo y útil, asegurar su cumplimiento mediante la coacción exterior.⁴ En sentido similar se afirma por Zacharías, que la noción que se inscribe en reglas en las que lo característico es que su observación puede ser impuesta al hombre por vía de *coacción*

³ García Rojas, Gaciel, "Sobre la indefinición del Derecho", *Jus*, núms. 1, 2, y 3.

⁴ Baudry-Lacantinerie, con la colaboración de G. Chéneaux, *Précis de droit civil*, 4^a edición, 1891, p. 1.

exterior o física, es el derecho.⁵ En idéntica línea, Aubry y Rau expresan que el derecho es el conjunto de preceptos o reglas de conducta, a la observancia de las cuales está permitido sujetar al hombre por una *coacción* exterior o física.⁶

Con parecida orientación a los anteriores, Bufnoir concluye que el derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida, bajo la *sanción del poder social*, la libertad del hombre en conflicto con la libertad de otro;⁷ Falck asienta: entendemos por derecho un conjunto de preceptos y reglas, a los cuales los hombres que viven en un Estado o sociedad civil, están sometidos de tal modo, que pueden, en caso de necesidad, ser constreñidos a observarlos por la *aplicación de la fuerza*;⁸ y Gastón May dice que el derecho es un conjunto de preceptos que todos los miembros de la sociedad reconocen como regla de sus relaciones recíprocas, y cuyo mantenimiento asegura el poder social por medio de la *sanción*.⁹

François Gèny, en dirección diversa, extensamente expone que el derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida la conducta exterior del hombre en sus relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad, aparecen susceptibles de una *sanción social*, necesariamente coercitiva, y son o tienden a ser dotadas de semejante sanción y se presentan bajo la forma de mandamientos categóricos, que dominan las voluntades particulares para asegurar el orden de la sociedad.¹⁰

Para Ihering, el derecho es la forma que reviste la garantía de las condiciones vitales de la sociedad, fundada en el *poder coactivo* del Estado.¹¹ León Duguit concluye que el derecho es la línea de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, como la garantía del interés común, y cuya violación ocasiona una *reacción colectiva* contra el autor de dicha violación.¹²

Georg Jellinek opina que el derecho es el conjunto de reglas para las acciones humanas, que se refiere a las relaciones externas y mutuas de los hombres, y que proceden de una autoridad exterior reconocida, y cuyo *carácter obligatorio está garantizado por poderes exteriores*.¹³ Levy-Ulmann asienta que el derecho es el deslinde de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen

⁵ MC. S. Zacharías, *Cours de droit civil francais*, Estrasburgo, 1839, traducción de Aubry y Rau.

⁶ *Cours de Droit Civil Francais*, tomo 1, París, 1897, p. 2.

⁷ *A son Cours de droit civil*, 1888.

⁸ *Cours d'introduction generale a' l'etude du droit*, 1841, p. 3.

⁹ *Eléments de droit romain*, 11ª edición, París, 1913, p. 4.

¹⁰ Gèny, François, *Science et technique en droit privé positif*, primera parte, nú mero 16, p. 51.

¹¹ *Der Zweck im Recht* (El fin en el derecho), traductor L. Rodríguez, Madrid.

¹² *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, París, 1901; y *Traité de Droit constitutionnel*, París, 1927.

¹³ *Teoría general del Estado*, traductor Fernando Ríos Urruti, 2ª Ed., Cía. Editorial Continental, México, 1958, p. 274.

libertad de hacer y de no hacer, sin incurrir en una *condena*, en un *embargo* o en una acción particular de la *fuerza*.¹⁴

Del Vecchio expone que el derecho es la coordinación de la libertad bajo forma imperativa.¹⁵

Kelsen afirma que el derecho es el orden *coactivo* y soberano de la conducta.¹⁶

García Máynez expresa que el derecho es una regulación bilateral, predominante exterior y *coercible* del comportamiento humano.¹⁷

Los juristas cuyas concepciones se han transcrito señalan, con mayor o menor énfasis, a la coercibilidad (enlace por la norma de una sanción a la realización de un cierto supuesto) como elemento de sus nociones del derecho. Naturalmente que, entre ellos, existen variantes muy profundas, pues los hay que destacan fundamentalmente el carácter coercible del orden jurídico, otros como Baudry-Lacantinerie, Chéneau y Gèny que subordinan tal carácter a la idea de justicia de los contenidos normativos, y otros más, como García Máynez, que dan a la coercibilidad carácter predominante pero no esencial.

Entre los autores mencionados hay algunos para quienes el concepto de coercibilidad no es totalmente claro, como Baudry-Lacantinerie, Chéneau, Bufnoir, Falck, Gastón May, Gèny, Duguit, Jellinek, pues hablan indistintamente de *coacción exterior* al sujeto, sanción del *poder social*, aplicación de la *fuerza física*, *poderes exteriores*. Pero en lo general, sus concepciones son reducibles dentro del amplio rubro de tesis coercitivistas.

4. PRINCIPALES CONCEPCIONES IUSNATURALISTAS

La actividad histórica que llamamos iusnaturalismo es el equivalente en el campo del conocimiento social, de la metafísica. Se caracteriza en términos generales porque, consciente o inconscientemente, postula al derecho como una parte de la naturaleza, bien en su totalidad, bien en sus principios supremos. El derecho natural es, en esta dirección, un orden justo e invariable, o bien, un orden que tiende a realizar la justicia mediante el constante ajuste de la diversidad de las circunstancias históricas a los principios universales e inmutables que, junto con aquéllas, lo constituyen en su expresión normativa concreta.

Esta segunda corriente iusnaturalista afirma como variable no al derecho natural mismo, sino a sus diversas concreciones históricas, en las que existen dos elementos: la absoluta justicia de sus primeros principios y la circunstan-

¹⁴ *La definición del Derecho*, traductor César Camargo Marín, Madrid, 1925, p. 182.

¹⁵ *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 5ª edizione, A. Giuffrè, Milano.

¹⁶ *Teoría general del Estado*, traductor Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, S. A., México, 1951, pp. 68 y 142.

¹⁷ *La definición del derecho*, ed. mimeográfica de Octavio Calvo Marroquín, México, 1950.

cia accidental a que éstos se conjugan, dando lugar a diversos enunciados justos de un mismo principio.

El problema fundamental a que siempre se han enfrentado todos los iusnaturalismos, es el de la determinación inequívoca del concepto de justicia, que no podrá ser resuelto en tanto se persista en considerarlo como anterior al concepto de derecho.

Entre las más importantes nociones del derecho a que ha dado lugar la corriente iusnaturalista, aparte de las ya transcritas en el inciso 3 de Baudry-Lacantinerie, Chéneaux y Gèny, podemos señalar en primer término la producida por Inmanuel Kant, para quien "El derecho es la noción que se deduce de las condiciones bajo las cuales la facultad de obrar de cada uno puede armonizarse con la de otro, según una ley universal de libertad"¹⁸ Aquí la justicia se identifica con la democracia contractualista de Rousseau.

En el mismo sentido, Tanon expresa que:

El derecho es el orden que tiene por objeto la determinación de las relaciones obligatorias de coexistencia y de cooperación de los hombres entre sí, de acuerdo con sus intereses individuales y colectivos y con las ideas de justicia grabadas en la conciencia social.¹⁹

Este autor añade a la noción kantiana de coexistencia contractualista, la de cooperación que es, según él, esencial y característica de toda sociedad.

Gustav Radbruch sostiene que:

El derecho, como realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la Idea del Derecho, a la Justicia; es el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común.²⁰

Y, por último, la conocida fórmula de Rudolf Stammler que afirma: *Das Recht ist das selbstherrlich, unverletzbar verbindende Wollen* ("El derecho es el querer autárquica e inviolablemente entrelazante").²¹

Conviene aclarar que el querer o voluntad a que Stammler se refiere, no pasa de ser una voluntad subjetiva, porque tiene carácter causal y, por ende, no posee ninguna diferencia esencial con la voluntad psicológica, individual. Decimos que la relación teleológica constitutiva —según este autor— del querer o voluntad, es la propia relación de causalidad, porque:

Realizar un fin no es otra cosa que producir un efecto deseado; pero un efecto sólo puede ser producido mediante un proceso causal y necesario,

¹⁸ *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, y *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797.

¹⁹ *L'Evolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 158.

²⁰ *Filosofía del derecho*, traductor José Medina Echeverría, Madrid, 1933.

²¹ *Tratado de filosofía del derecho*, traductor, Wenceslao Roces, editorial Reus, Madrid, 1930.

ya que no hay efecto sin causa . . . La afirmación de que una acción futura es representada como fin, cuando dicha acción no se realizaría sin la intervención del sujeto, es falsa, pues nada nos autoriza a colocar nuestra actividad fuera del proceso causal de la naturaleza.²²

5. EL SOCIOLOGISMO

a) *Goodhart. Ehrlich. Holmes. May. Richard. Charmont. Pound.* Arthur L. Goodhart sostiene que el derecho es el conjunto de deberes respecto de los cuales los destinatarios de los mismos reconocen su obligatoriedad. Este autor, aparte de sostener una tesis de rasgos anarquistas, afirma implícitamente que es derecho la regla eficaz por cumplirse voluntariamente.

En forma similar, Eugen Ehrlich define al derecho como la ordenación u organización de la conducta humana, de acuerdo con la cual los hombres *efectivamente* se conducen. El causalismo de este escritor es notorio por cuanto expresa que es jurídica la norma que se cumple, o sea, que debe ser lo que es. Afirma que:

Es enteramente obvio que cada hombre vive en innumerables relaciones y que, con pocas excepciones, cumple de manera voluntaria los deberes que en virtud de esas relaciones le corresponden.²³

Concluye que únicamente respecto de esas excepciones entran o pueden entrar en acción las normas que aplican los tribunales, cuando ha sido violado un deber jurídico, y que sólo con relación a estas normas es fundamental la sanción, pues el cumplimiento forzado de todos y cada uno de los preceptos del derecho, no podría ser logrado por ninguna organización estadual. Este pensador pasa por alto la distinción radical entre conocimiento natural y conocimiento normativo, por cuanto pretende que algo que es propio y exclusivo de la esfera del ser (los motivos psicológicos de la conducta efectiva de los hombres), puede ser explicado en la esfera peculiar y también exclusiva del deber (la existencia o inexistencia de una obligación jurídica). El objeto de estudio de la ciencia del derecho es cómo *deben conducirse* las personas, no cómo *se conducen* realmente. Esto es, que la jurisprudencia estudia al derecho como conjunto de normas válidas de conducta, y no la representación psicológica de los contenidos jurídicos en relación con la conducta de los hombres.

Oliver Wendell Holmes postula una tesis que entiende al derecho como "Conjunto de profecías sobre lo que los tribunales harán realmente cuando un hombre se conduzca en determinada forma".

Gastón May dice que el derecho es un conjunto de preceptos que todos los

²² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho positivo*, cap. III.

²³ Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*; citado por Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 25

miembros de la sociedad *reconocen* como regla de sus relaciones recíprocas, y cuyo mantenimiento asegura el poder social por medio de la sanción. Esta tesis viene a ser esencialmente idéntica a la de Goodhart.

Buscando cómo la experiencia puede engendrar una determinada noción del derecho, Gastón Richard alude a éste como "Constreñimiento a deberes que, aun antes de conocer su naturaleza, no los presentamos *a priori* como exigibles".²⁴

Para Charmont el derecho es:

El conjunto de medios con la ayuda de los cuales cada grupo se protege contra las perturbaciones suscitadas por alguno de sus miembros o contra la hostilidad de los demás grupos, reduciendo la concurrencia vital al mínimo indispensable.²⁵

"Control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza", de la sociedad políticamente organizada. Así define al derecho Roscoe Pound, quien agrega:

Una norma social es jurídica si su infracción o su inobservancia provocan la aplicación —como amenaza o de hecho— de la fuerza física por parte de un individuo o de un grupo que posee el privilegio socialmente reconocido de dicha aplicación.²⁶

b) *Kelsen. Verdross.* Ya hemos visto que para Hans Kelsen el derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta, por lo cual su pensamiento parece estrictamente encuadrable en el ámbito de la corriente coercitivista. Sin embargo, no es así. Con todas las reservas y limitaciones que su innegable talento le permiten acumular, Kelsen implica que el deber ser jurídico está subordinado al ser causal, lo cual, aunque se resista la conclusión, hace que aquél forme parte de éste, no obstante reservársele una específica movilidad dentro de él. En efecto, el jefe de la Escuela de Viena expresa, que:

Si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay sin embargo una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerando en su totalidad, es eficaz.

A continuación aclara, escolásticamente, que "la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma" y que la:

Relación entre validez y eficacia sólo es cognoscible, empero, desde el pun-

²⁴ *Essai sur l'origine de l'idée du Droit*, París, 1892, p. 247.

²⁵ *L'Esprit juriste (le droit et l'esprit démocratique)*, 1908, pp. 120-121.

²⁶ E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, p. 28.

to de vista de una teoría dinámica del derecho, que se ocupe en el problema de la razón de validez y en el del concepto de orden jurídico.²⁷

Agrega que para una teoría estática sólo es problema la validez del derecho.

En Alfred Verdross, "un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza".²⁸ Así, la positividad del derecho constituye una jerarquía de actos de individualización: creación de una norma por aplicación de otra norma más general que la primera del mismo derecho, el cual, de este modo, es un sistema regulador de su propia producción (formación y ejecución). Y no se diga, con Kelsen, que es "una ilusión creer que de ese modo la positividad dejaba de ser un problema inmanente del sistema jurídico", por replantearse en cada grado del orden jurídico el problema de las relaciones entre el derecho como norma y el de la realidad adecuada a la norma, como realidad de la naturaleza; pues positividad es referencia del deber ser al ser que constituye la realidad jurídica, diversa de la realidad natural; además, lo anterior no es la postulación de un dualismo metafísico, sino la constitución simultánea de dos realidades, similar a la existente entre la naturaleza creada por la física clásica y la determinada por la física relativista; y la totalidad de los fenómenos normativos es plenamente comprensible sin necesidad de recurrir a la naturaleza, a las relaciones de causalidad, a la "eficacia" de las normas, pues éstas sólo prescriben sanciones y si, con el deseo de evitar esas consecuencias normativas, se piensa que en algunos casos tal finalidad sólo se obtendría con la realización de actos bien necesarios, bien imposibles dentro de la relación causal, estaremos frente a un doble error: 1. El de confundir la auténtica norma jurídica, la que sanciona, con la regla técnica que ella implica para eludir su actualización, o sea, la que expresa la conducta que habrá de observarse para no realizar el supuesto de la norma, y 2. Que ningún acto es causalmente necesario o imposible en el terreno de la realidad social, que sólo se constituye mediante declaraciones de obligatoriedad, las cuales valdrán normativamente por muy absurdas que parezcan a una mentalidad ligeramente versada en el conocimiento natural, si se producen en la forma jurídicamente prescrita para pronunciarlas.

El propio Kelsen admite que, para el punto de vista de una teoría estática del derecho, no viene en cuestión el problema de la eficacia y que la naturaleza del derecho sólo puede captarla ese punto de vista estático y totalizador del fenómeno jurídico, que no es una norma aislada sino un conjunto de normas que poseen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema.

c) *Doctrina romano-canónica.* La doctrina tradicional, denominada teoría romano-canónica, considera que el derecho no sólo está compuesto por las normas que el Estado mantiene en vigor o reconoce como jurídicas, sino también por aquellas que, aun cuando carecen del reconocimiento estadual,

²⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 43.

²⁸ Verdross, Alfred, citado por Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 327.

reúnen las características de *inveterata consuetudo* y *opinio iuris seu necessitatis*. *Inveterata consuetudo* es, para tal doctrina, la reiteración relativamente constante de ciertas formas de comportamiento, y *opinio iuris*, la convicción engendrada en el ánimo de quienes practican esas formas de comportamiento o costumbres, de que las mismas son fuentes jurídicas de obligaciones y facultades. Se ha objetado a esta tesis que el derecho es deber ser y que la *inveterata consuetudo*, en tanto acaecer causal y la *opinio iuris*, en cuanto convicción psicológica, pertenecen al campo del ser, de la naturaleza, por lo que no son elementos idóneos para caracterizar a lo jurídico.

De que algo sea puede inferirse que algo fue o que algo será, mas nunca que otra cosa deba ser. Lo que debe ser puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando, empero, como algo obligatorio (Kitz).

Este divorcio absoluto entre el ser y el deber, sostenido también por Kant, Fichte y Radbruch, entre otros, es combatido por Schleiermacher y Jellinek, en cuanto estiman, el primero, que si nada sucede en el mundo del ser en virtud de la norma, ésta no sería tal sino una simple proposición teórica, y el segundo, que como la repetición constante de ciertas formas de conducta, termina por engendrar en quienes la practican la idea de que son jurídicamente obligatorias, parece que en los hechos existe una cierta fuerza normativa. Aquí debemos aclarar que para Jellinek el derecho es un hecho de conciencia, aun cuando pretende eludir el subjetivismo de su posición, arguyendo que el hecho psicológico de sentirse obligado por una norma, no depende del capricho individual, sino que esta convicción es la del promedio de un pueblo.²⁹ Independientemente de lo anterior, podemos afirmar que si el Estado no reconoce una costumbre como jurídica, aunque la misma reúna los elementos *inveterata consuetudo* y *opinio iuris*, no existe ningún criterio objetivo ni, mucho menos, exacto, para saber si tal costumbre es realmente jurídica o no lo es, pues cabe preguntar ¿cuándo hay *inveterata consuetudo*?, ¿cuando la costumbre se observa en un determinado porcentaje de casos?, ¿qué porcentaje?, ¿del 50%, del 80%, del 90% o de algun otro? También cabría preguntar ¿cuándo existe *opinio iuris*?, ¿basta la convicción de una mayoría de la mitad más uno de los miembros de una comunidad, respecto al carácter jurídico de una costumbre, para que la misma sea jurídica?, o ¿se requiere una mayoría de los dos tercios?, o ¿de qué otra proporción? Cualquier respuesta que se diera a estas preguntas tendría el mismo fundamento que otra distinta, y entonces nos quedamos sin pauta alguna para saber qué es el derecho, por el camino del conocimiento causal.

²⁹ Jellinek, *Teoría general del Estado*, p. 274.

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Segundo: Concepto del derecho (Solución del problema)</i> . . .	49
1. El método de la jurisprudencia	49
A. Los métodos lógicos	49
a) Concepción tradicional de la lógica	49
b) La lógica como ciencia del pensar científico	50
c) La lógica como filosofía	51
d) Deducción. Inducción. Analogía. Métodos Estadísticos	54
B. Los métodos filosóficos	57
a) La fenomenología	57
b) La deducción trascendental	59
2. El método crítico en la jurisprudencia	63
3. La bilateralidad	64
4. La coercibilidad	67

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTO DEL DERECHO

(Solución del Problema)

El derecho es —hoy por hoy y hasta en tanto no se proponga un nuevo principio que explique con mayor precisión y amplitud el fenómeno histórico de las relaciones jurídicas— el orden coactivo de la conducta.

F.E.V.B.

1. EL MÉTODO DE LA JURISPRUDENCIA

A. *Los métodos lógicos*

a) *Concepción tradicional de la lógica.* Para la mayor parte de los pensadores llamados tradicionalistas, la lógica es la ciencia del pensamiento en general, o mejor aún la ciencia que estudia la forma de la corrección de los pensamientos exclusivamente, pues junto a ella colocan a la metodología como ciencia que investiga los métodos que aplican las otras diversas ciencias en su desarrollo, y a la epistemología o gnosología como ciencia que se ocupa del origen, de las leyes, de la esencia y de los límites del conocimiento. Las cuestiones de que se ocupan estas tres disciplinas son designadas por los tradicionalistas *problemas noéticos*.

La metafísica es para esos pensadores aquella parte de la filosofía que se ocupa de estudiar una pretendida realidad absoluta, trascendente al acontecer empírico, a la que generalmente se denomina la *cosa en sí*. Desde luego que tal disciplina tiene que partir de la afirmación dogmática de que esa realidad absoluta existe con independencia del pensamiento, por lo que en nada se diferencia de cualquier doctrina religiosa. En consecuencia, no es ni puede ser misión del pensamiento científico polemizar sobre la legalidad racional de la metafísica, por cuanto la misma da por sabida y probada de antemano la existencia sustantiva y todopoderosa del ser absoluto fuera del conocimiento y frente a él, con lo que coloca su objeto fuera de la jurisdicción del logos, es decir, de la razón, por lo que no tiene siquiera el derecho de intentar la demostración de la verdad o validez del juicio en que afirma su existencia, ya que ello sería tanto como reconocer que ese ser absoluto

está sometido a la ley de la razón y que sólo vale en y por ella, lo cual es contrario a su postulado de que el ser existe en y por sí mismo. Por tanto, la metafísica no puede ser considerada como actividad científica, sino más bien como actividad similar a la astrología, la alquimia, la magia o el ocultismo.

El pensamiento tradicional denomina al estudio de los problemas noéticos y metafísicos con el rubro común de *filosofía teórica*. Al estudio de los problemas del valor o problemas axioantropológicos lo denomina *filosofía práctica*.

Ahora bien, la lógica entendida como ciencia de la corrección de los pensamientos corre varios peligros. El primero, suponer que pensamientos lógicamente correctos sean falsos, lo cual es una consecuencia tan absurda que muchos tradicionalistas procuran eludirla, aun cuando no siempre lo consiguen con buen éxito, pues la razón de esa incongruencia estriba en que las leyes lógicas son las únicas vías metódicas que nos aseguran el feliz arribo a la verdad científica (que no es absoluta), y aquellos pensadores adscriben el estudio de los métodos científicos a una disciplina distinta de la lógica: la metodología, con lo que se atan de manos para descubrir el contrasentido a que conduce su concepción estrecha de la ciencia del logos que, por esencia, incluye también como su objeto de estudio la investigación de los métodos aplicados por las ciencias particulares. Otro peligro de entender a la lógica como disciplina de la corrección del pensar, es el de terminar considerándola como un arte o técnica dirigido a dictar normas para corregir los procesos mentales erróneos (concepción popular acerca de esta ciencia), cuando se acepta que las formas de la corrección de los pensamientos coinciden en todo caso con la verdad de los mismos. Lo que ocurre es que la lógica no se ocupa de la "corrección" de los pensamientos sino de su validez racional, de su verdad.

Por otra parte, divorciar a la lógica de la epistemología entendida como disciplina que estudia la esencia, las leyes, el origen y los límites del conocimiento, es algo completamente desafortunado, pues así como no puede estudiarse la verdad de los pensamientos sin investigar el método en virtud del cual se llegó a ellos, tampoco es posible comprender qué es método si no lo determinamos como el camino o vía adecuada para precavernos del error, como la guía segura del conocimiento, como el fundamento mismo de la verdad, y esto es establecer la esencia del conocimiento, su ley, su origen y su límite. Así, pues, no hay lógica que no sea metodología y, a la vez, teoría del conocimiento o gnoseología, resultando infundada la separación tradicional entre disciplinas distintas de los que no son más que problemas diferentes de una ciencia única.

b) *La lógica como ciencia del pensar científico*. De todo lo anterior se hace indispensable precisar qué debe entenderse por pensamiento, pues si a la lógica adscribimos como objeto el pensar, es preciso establecer a qué clase de pensar nos referimos, dado que por lo menos existen dos cosas totalmente distintas a las que se denomina igualmente pensamiento: el producto psicológico de nuestra mente y el resultado histórico de la actividad científica. Po-

demostramos decir que hay frío o calor, que tenemos hambre o sed, que el mar es verde o azul, etcétera; y habremos formulado juicios que pueden ser válidos para nosotros pero que carecen de necesidad racional, pues con ellos no expresamos nada objetivo, nada que posea exigibilidad universal, ya que podemos creer que hay frío cuando en realidad haga calor, ya sea porque estemos enfermos o por cualquier otra causa, y del mismo modo podremos afirmar falsamente por razones personales que tenemos hambre o sed estando en realidad satisfechos, así como ver azul una superficie marina que, según el análisis físico de su espectro, fuere sin embargo verde. Esto es, que puede llamarse pensamiento a manifestaciones eminentemente subjetivas y carentes de toda certidumbre. Pero esto no es ni puede ser objeto de la lógica, pues tal clase de juicios no han sido formulados con apoyo en ningún método racional sino sólo con fundamento en particulares decisiones de voluntad.

Por el contrario, el objeto de la lógica lo constituye el mundo de los pensamientos que poseen necesidad racional y exigibilidad universal, esto es, el conjunto de juicios objetivos que constituyen las ciencias y que la historia de estas propias ciencias nos permite determinar como conocimiento. El conocimiento, pues, no es otro que el conocimiento científico. Cuando sostenemos, de acuerdo con la física clásica, que "los cuerpos se atraen en función directa de sus masas e inversa del cuadrado de sus distancias", o, con apoyo en la geometría plana, que "el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos"; estamos formulando juicios verdaderos, pensamientos objetivos, conocimientos ciertos. Éstos son los que forman el objeto de la lógica, no los juicios personales, los pensamientos subjetivos, los conocimientos individuales, ya que sólo son manifestaciones inciertas de un querer psicológico y, por ende, interesado y carente de un propósito de certidumbre universal. Tales pensamientos carecen de existencia universal, así la tengan subjetiva, pues esta existencia sólo la puede acreditar como tal una determinación científica (histórica, psicológica, jurídica, etcétera), pero entonces ya no existirían para el pensamiento objetivo en cuanto juicios subjetivos, sino en tanto conocimientos metódicamente alcanzados por la historia, la psicología, la jurisprudencia o cualquier otra ciencia. Por tanto, la lógica tiene que entenderse como teoría del pensamiento científico, máxime si se considera que no va a inventar las leyes del conocimiento sino únicamente a descubrirlas en este mismo conocimiento, de lo cual resulta que si el objeto de su reflexión careciese de objetividad, la lógica no sólo no podría proporcionársela sino que ni siquiera la tendría ella misma.

Y si entendemos al conjunto histórico de las ciencias como el producto de una reflexión, la lógica que es una reflexión sobre el pensamiento científico históricamente determinado, puede ser calificada como una reflexión de segundo grado.

c) *La lógica como filosofía.* El pensamiento tradicional considera como el objeto por excelencia de la filosofía un problema por entero ajeno a la ciencia, como es el del "ser en tanto que ser y los accidentes propios del

ser",¹ según asienta Aristóteles, lo cual se revela más claramente cuando afirma en Brentano que "no podemos considerar como el objeto de la sabiduría humana, sino el concepto del ser en general".² Con lo anterior claramente se enlaza la consecuencia de que en la filosofía existe una primera parte, llamada filosofía primera o metafísica, que estudia lo que sea el ser y que es lo fundamental para la "sabiduría", así como que esta "sabiduría" es algo más que el mero producto de la actividad científica, por cuanto no sólo comprende a ésta y la fundamenta sino que se ocupa de algo que está más allá de la realidad histórica, parcial y por ende, particular que las diversas ciencias estudian. De lo cual resulta que la lógica es, para los tradicionalistas, una disciplina filosófica secundaria que, a lo sumo, podríamos colocar inmediatamente después de la metafísica o filosofía primera.

Ahora bien, ya hemos dejado establecido que únicamente puede hablarse de juicio o pensamiento como objeto de la lógica, en tanto sólo designemos con tales términos el resultado histórico de la actividad científica, a fin de eludir todo subjetivismo. En consecuencia cualquier "filosofía primera" o metafísica, en cuanto se ocupa de algo que trasciende la pura experiencia histórica, sólo puede encontrarse formulada en juicios subjetivos, en opiniones personales, que son irrelevantes para la consideración racional y objetiva del pensar filosófico. Por tanto, la lógica no es una disciplina filosófica secundaria sino fundamental y primaria.

Pero esto no es todo. Nuestra disciplina no sólo es una ciencia filosófica fundamental sino que es la filosofía misma, a menos que queramos hacer de ésta una nueva metafísica. En efecto, se ha dicho que la filosofía entendida como una reflexión sobre el *factum* de la cultura se escinde en lógica o teoría de la ciencia, ética o teoría de la moralidad, estética o teoría del arte, erótica o teoría del amor, filosofía o teoría de la religión, filosofía o teoría de la historia, etcétera, según se fraccione en más o menos partes la totalidad de la cultura definida como aquello en que encarna o se realizan valores, con lo que en realidad se hace de la filosofía una axiología de la cultura o teoría de los valores culturales, esto es, una moderna metafísica que, antes de "construir" u objetivar a la propia ciencia, al pensar teórico, pretende elaborar una doctrina forzosa y necesariamente "preteórica" de la cultura en general, sin parar mientes en que el criterio de la certidumbre sólo puede venir de la ciencia y no del arte, la moralidad, la religión o el amor. ¿Cómo puede fundarse racionalmente una axiología que se permite clasificar a la lógica, a la ciencia del pensar objetivo, como una disciplina del mismo rango en cuanto disciplina filosófica, que la ética, la estética y la erótica? De ningún modo. Esa clasificación de las disciplinas filosóficas se apoya en una partición previa de la cultura en diversos territorios, a los que "precientíficamente" se atribuye la encarnación o realización de diversos valores, sin que podamos todavía hablar de valor con necesidad racional y exigibilidad

¹ Aristóteles, *Metafísica*, Libro cuarto, I.

² Brentano, Franz, *Aristóteles*, Editorial Labor, 1930, p. 36.

universal, porque no hemos encontrado aún el criterio lógico de la verdad. Esto es, ¿cómo puede afirmarse antes de hacer lógica que las ciencias encarnan la verdad, si es la lógica la disciplina que tal cosa nos enseña? ¿Cómo podemos decir que en la moralidad reside la bondad, si lo que este valor sea esencialmente sólo puede enseñárnoslo una teoría, una ciencia, la que como tal tiene que ser objeto de la lógica?

En consecuencia, no basta afirmar que la lógica es la disciplina filosófica fundamental, pues ello implica la admisión de reflexiones filosóficas que no sean de carácter lógico sino ético, estético o erótico, lo que resulta evidentemente absurdo, pues podría hablarse de un conocimiento ético, estético o erótico que ostentase una legalidad racional propia y diversa de la legalidad lógica, con lo que se escindiría de manera irreductible la unidad del conocimiento.

Así, pues, debe sostenerse que no hay más filosofía que la lógica y que, cuando se pretende hacer ética, estética, erótica, filosofía de la religión o filosofía de la historia, en realidad se está haciendo lógica, así como que esas diversas denominaciones no tienen otro valor e interés que el de poder fácilmente ordenar diversas investigaciones desde puntos de vista prácticos y utilitarios.

No se califique peroyativamente de panlogista la tesis anterior, pues no deben espantarnos las palabras cuando las mismas son la expresión clara de conceptos racionalmente afirmados.

El *factum* de la moralidad, del arte, del amor, de la religión o de la historia, sólo podemos determinarlo objetivamente a través de una reflexión teórica, científica, que nos permita hablar de ellos como tales, y para esto se requiere inexcusablemente la implicación de la legalidad lógica. Toda reflexión de segundo grado, como lo es la reflexión filosófica, sólo puede ser racionalmente lógica. O en otras palabras: la lógica es el único camino o método *lato sensu* de todo conocimiento objetivo, lo que nos obliga a identificarla con la filosofía entendida como la disciplina que fundamenta la totalidad universal del saber.

La unidad del conocimiento es algo certeramente expresado por Descartes, aunque de manera antropologista y aprovechando el bello símil de Plotino, cuando dice que:

Las ciencias todas, no son más que la inteligencia humana, que es siempre una y siempre la misma, por grande que sea la variedad de su objeto, como la luz del sol es una, por múltiples y distintas que sean las cosas que ilumina.³

No se diga siquiera que el logos, el pensamiento universal, "en el marco de la causalidad espacio temporal está condicionado en la teórica y que

³ Descartes, René, *Regulae ad directionem ingenii*, traducción de Manuel de la Revilla, Regla I.

libre de esta condición se desenvuelve en la ética”,⁴ aun cuando a continuación se afirme la logicidad de la ética al estimarla “como lógica de las formas de la voluntad”, pues también la voluntad está condicionada en la teoría a pesar de encontrarse fuera de la legalidad causal, ya que la misma sólo puede ser objetivamente determinada —como imputación normativa— en la relación eminentemente teórica de supuesto a consecuencia. El deber ser hipotético es la única expresión objetiva de la voluntad. El deber incondicionado tiene que ser siempre subjetivo, pues nunca se le puede postular como un deber puro sin contenido alguno, ya que la noción misma de incondicionalidad no es más que una materia absoluta. Lo incondicional es únicamente el contrapolo necesario para pensar en toda su pureza el deber condicional, la voluntad de la norma, que sólo puede objetivarse en su total dependencia del supuesto material, siendo precisamente esta relación de dependencia la que de modo exclusivo puede purgarlo de toda contaminación subjetiva.

d) *Los métodos lógicos.* Para encontrar el concepto del derecho, resulta indispensable esclarecer cuál es el método adecuado a esta investigación. Por ello, haremos primero un estudio de los métodos empleados históricamente.

La problemática de la teoría de las ciencias o lógica se escinde en dos grandes secciones: La apofántica o estudio analítico de las funciones lógicas del proceder científico, y la teorética o investigación sintética de la estructura lógico-global de las ciencias.⁵ La apófansis (predicación, juicio) es la forma fundamental del mundo del logos, porque en ella se origina o desembocan todas las operaciones del pensar.⁶ La combinación de dos o más juicios da lugar a las estructuras lógicas denominadas *inferencias*. Estrictamente, inferir significa obtener, con arreglo a ciertas leyes, un juicio llamado *conclusión* de otro u otros intitulados *premisas*. Hay tres tipos de inferencias, denominadas métodos lógicos: la deductiva, la inductiva y la analógica. Existe asimismo un cuarto método lógico, el estadístico.⁷ Desde luego que los llamados métodos filosóficos, como el dialéctico y el fenomenológico, son también objeto de estudio de la lógica, pues ya vimos que, esencialmente, la filosofía es lógica.

Método es el procedimiento o plan que se sigue en el descubrimiento de las crecientes verdades de la investigación.⁸ Por no interesarnos en el plano en que ahora nos encontramos las cuestiones puramente didácticas, únicas en las que pueden tener alguna aplicación, no nos ocuparemos de las inferencias inmediatas, que sólo poseen una premisa, ni de las inferencias progresivas, pues ambos tipos de razonamiento carecen totalmente de importancia en el trabajo creador de las ciencias.

⁴ Natorp, Paul, *Kant y la Escuela de Marburgo*, traducción de Miguel Bueno (h), 1956, p. 74.

⁵ Larroyo, Francisco y Ceballos, M. A., *La lógica de las ciencias*, 8ª edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1954, p. 56.

⁶ *Obra citada*, p. 57.

⁷ *Obra citada*, p. 60.

⁸ *Obra citada*, p. 153.

La deducción. El método deductivo es aquella ruta de la investigación que va de lo general o universal admitido, demostrado o simplemente reconocido como válido, a lo particular y concreto no conocido. Si pretendemos aplicar este método para encontrar el concepto general del derecho, observaremos que carece absolutamente de funcionalidad, pues lo que se busca es una noción general y por la deducción se puede llegar a lo particular, pero no a la inversa. Es decir, que a través del método deductivo tal vez pueda arribarse a lo jurídico concreto, a partir de un concepto previamente aceptado o reconocido como racionalmente válido, de lo que el derecho es. Tal ha sido el camino seguido por todos los iusnaturalismos, que a partir del dogma de que el derecho es "el orden materialmente justo de la conducta", pretenden otorgar o retirar el carácter jurídico a los preceptos que, en la opinión particular de cada escuela, realizan o dejan de realizar la justicia. Con ello mutilan la experiencia jurídica, señalándole prematuramente los carriles por donde debe transcurrir. Separan de su objeto de estudio, el derecho histórico, las partes o segmentos que subjetivamente les desagradan. Su actitud resultaría idéntica a la de un físico que, por tener prevención a los usos bélicos que se han dado a la fisión y a la fusión nucleares, los apartara de su objeto de estudio: fenómenos naturales, y estudiara sólo aquellos otros que no le repugnen. Del físico diríamos que no es un científico sino un demagogo que se disfraza de investigador. Y no hay razón para dejar de utilizar idéntico calificativo para el iusnaturalista que se empeña en degradar la investigación jurídica, poniéndola al servicio de sus particulares intereses ideológicos, como ocurre cuando hablan por ejemplo de un sacrosanto "derecho natural" de propiedad privada y niegan el carácter jurídico o los órdenes colectivistas que no lo "consagran".

La inducción. El método inductivo es la vía inquisitiva que avanza al mundo de los hechos, de la realidad espacio-temporal, del territorio de la causalidad: ley por excelencia de los fenómenos.⁹ La esencia del proceso inductivo es el tránsito de lo particular observado a lo general o universal no observable, mediante un proceso de generalización, que hace posible la formulación de las leyes causales.

Consecuentemente con su naturaleza, para encontrar el concepto del derecho utilizando el método inductivo, habría que partir de los hechos jurídicos concretos para llegar a la noción general de orden jurídico. Empero, tal empresa se presenta desde luego como imposible, pues ¿cómo sería hacedero reconocer algún hecho como jurídico, entre los innumerables hechos que nos ofrece la historia de la humanidad, sin disponer del criterio indispensable que sólo puede proporcionar el concepto del derecho, para acotar el campo de los fenómenos jurídicos frente a fenómenos diversos? De ninguna forma objetiva.

Sin embargo, tal tarea la han emprendido todos los seguidores del sociologismo causalista. En efecto, partiendo arbitrariamente de ciertos hechos llama-

⁹ *Obra citada*, p. 179.

dos costumbres, en cuanto poseen una cierta pero indeterminada regularidad, así como en cuanto engendran en los individuos la convicción de que tal regularidad es origen de obligaciones y derechos; los califican como jurídicos y pretenden inferir de sus características singulares el concepto general del derecho. Es más, cuando una norma de derecho escrito deja de cumplirse, afirman que la misma ha sido derogada por una costumbre negativa que denominan *desuetudo*. Así, afirman que el derecho es "el orden realmente eficaz de la conducta", el que se cumple en la sociedad. Con ello reducen el deber ser al ser, la validez a la eficacia, la obligatoriedad a la probabilidad. Su postura equivale a sostener que se está más obligado a realizar una específica conducta positiva o negativa, cuando la regularidad en la aplicación de la regla es mayor en determinado momento, y menos obligado cuando la operatividad de la costumbre es menor que en otra época. Por ejemplo, si en la actualidad casi no se aplica la norma que sanciona el incesto, entonces no estaremos muy obligados, según esta tesis, a abstenernos de realizarlo. Pero sí estaremos grandemente obligados a no cometer despojo, porque este acto casi siempre se sanciona, especialmente si el ofendido es económicamente poderoso. Lo anterior implica una confusión esencial acerca de la noción de deber jurídico: éste es una *necesidad legal* y no una *probabilidad fáctica*. La obligación de derecho no admite grados. Tan obligado se está a ejecutar o abstenerse de una cierta conducta cuando los demás obran mayormente en igual forma, que cuando no lo hacen. Un inquilino no estará más obligado a pagar la renta cuando la mayor parte de los arrendatarios así lo hacen, que cuando es mayor el número de los morosos.

Por tanto, sólo quienes han perdido de vista la naturaleza de la obligatoriedad jurídica, pueden pretender que la inducción sea utilizable en la búsqueda del concepto del derecho.

La analogía. El método analógico, al igual que el inductivo, se apoya en el supuesto de la legalidad causal de la naturaleza. Pero a diferencia de éste, no va de lo particular a lo general, sino que permanece en el mismo grado de concreción o amplitud del objeto escogido como punto de referencia. El proceso analógico consiste en derivar de la semejanza en ciertas propiedades de los objetos que se comparan, la que puedan tener respecto de las demás: Si en la tierra existen organismos vivos, otros planetas del mismo o diverso sistema solar, con similares o parecidas cualidades, pueden igualmente contener vida orgánica.

Este método no ha sido usado históricamente para intentar la búsqueda del concepto general de derecho, tal vez por la dificultad de encontrar objetos con los cuales compararlo. Sin embargo, algunos autores que pretenden hacer sociología jurídica, apuntan semejanzas entre ciertas costumbres y usos que denominan "normas del trato social" con el sistema del derecho, al que ya vimos en el subinciso anterior que consideran erróneamente como un conjunto de regularidades de índole causal. Y, así, afirman que ambos tipos de regularidades (normas dicen ellos) poseen exterioridad (regulan la "conducta ex-

terna" de los hombres), heteronomía (se imponen por una instancia ajena al sujeto), etcétera.

Lo anterior resulta totalmente inocuo por la investigación jurídica, atendiendo a que ésta nada tiene que ver con la legalidad causal de la naturaleza. La confusión deriva de que los llamados usos sociales motivan o pueden motivar el ánimo de los individuos, como una de las causas del hacer y el obrar físico material de los mismos, y exactamente igual motivación producen o pueden producir en ellos las representaciones psíquicas de los contenidos de las normas jurídicas, no las propias normas en cuanto tales.

Por otra parte, las expresiones "conducta externa", instancia ajena al sujeto y otras similares carecen totalmente de objetividad, pues llamar conducta externa a la vida de relación implica un error de principio: la posibilidad de una *conducta* del individuo considerado aisladamente. Pero el individuo aislado es sólo un animal, una bestia. Su hacer y obrar físico material no puede ser conducta en sentido histórico y carece de toda relevancia para la ciencia del derecho, ya que a lo sumo podrá interesar a la zoología. Y hablar de instancia ajena al sujeto presupone, que éste puede ser en algún sentido juez válido de su propia conducta, lo cual, independientemente de ser algo intrascendente como mero juicio de conciencia y, por ello, totalmente subjetivo, resulta un hecho improbable en la historia universal fuera de la psicología como ciencia causal.

B. *Los métodos filosóficos*

a) *La fenomenología.* Modernamente Edmundo Husserl, maestro y fundador de la fenomenología, ese intuicionismo tan en boga que inspira la obra de autores como Martín Heidegger, Nicolai Hartman (renegado de los momentos idealistas de su maestro), José Ortega y Gasset, Carlos Cossio, Jean Paul Sartre y muchos otros fenomenólogos, existencialistas y vitalistas; sostiene que la *Wesensschau*, intuición inmanente *a priori*, ideación fenomenológica o abstracción ideatoria, que con todos estos nombres se designa a la operación que sirve de base al método fenomenológico, es una fuente legítima de conocimiento, con lo que hace depender a éste radicalmente de un irracional como lo es la intuición, cualquiera que ella sea: "intelectual" o sensible, substrayéndolo al exclusivo gobierno del pensamiento, de la razón.

Podemos afirmar que la fenomenología es aquella postura que hace depender o derivar lo que es para nosotros racional: el conocimiento, de algo que entendemos como irracional: la intuición. Y aun cuando esta sola consecuencia es bastante para que desde nuestro punto de vista rechacemos el método fenomenológico como fuente legítima de conocimiento, por el absurdo que según lo expuesto lleva implícito en su propia base, explicitaremos en qué consiste fundamentalmente dicho método, a efecto de hacerle algunas críticas inmanentes.

Husserl sostiene que en la primera fase del proceso intuitivo de conocimiento, se recibe en la intuición, fielmente y de manera natural, todo lo que se ofrece en la misma, es decir, todos los elementos de un fenómeno; en el segundo momento de ese proceso, se verifica la reducción eidética del fenómeno recibido, o sea, la escogitación de sus elementos esenciales y necesarios, prescindiendo de los que no lo son; y en la tercera fase del método fenomenológico, que es su momento culminante, se regresa de la conciencia empírica del fenómeno (intuición de todos sus elementos: los necesarios o esenciales y los circunstanciales o accidentales), a la conciencia pura del mismo (intuición de sus elementos esenciales exclusivamente). Este tercer momento del proceso intuitivo de conocimiento es lo que Husserl y los husserlianos llaman percepción inmanente *a priori*. Un ejemplo de este proceso nos lo proporcionan los propios fenomenólogos diciendo, que la representación psicológica de un triángulo proporciona a la intuición sensible, primero, un conjunto de elementos esenciales y accidentales de esa figura matemática, como serían el tratarse de un polígono cerrado por tres lados, los que tendrían cierta longitud y formarían determinados ángulos; segundo, la intuición intelectual efectuaría la reducción ideal del fenómeno, es decir, se quedaría tan sólo con los elementos indispensables o esenciales del triángulo, que son los que permiten intuirlo como un polígono cerrado por tres lados; y tercero, la propia intuición realizaría un regreso del contenido de su primera fase al de su segundo momento.

Ahora bien, como garantía de que esa intuición inmanente *a priori* es correcta y es auténtica, Husserl señala la evidencia apodíctica (*Einsicht*) o intelección de las esencias. Explicando esto, Larroyo y Ceballos dicen que, para Husserl, "Hay dos especies de evidencia, la asertórica (como cuando veo evidentemente este objeto ante mí) y la apodíctica (como cuando... inteliijo que 2 más 1 es igual a 1 más 2)".¹⁰

En contra de lo anterior nos dice Paul Natorp que "la conciencia es referencia al yo y lo que se halla en esta referencia es un contenido de la conciencia".¹¹ Contenido es todo lo que está referido en la conciencia a un yo, prosigue Natorp, y todos los contenidos tienen una y la misma referencia, siendo esto propiamente lo común y específico de la conciencia. "El yo como centro subjetivo de referencia para todos los contenidos de que tengo conciencia, se halla frente a esos contenidos de un modo que no puede compararse a ningún otro;... no es consciente para sus contenidos como el contenido lo es para él;..." o "Dicho de otra manera: toda representación que nos hiciéramos del yo convertiría a éste en un objeto. Pero en cuanto lo pensamos como objeto hemos dejado de pensarlo como yo", de donde se sigue que la percepción inmanente (contemplación de las esencias *a priori* de la conciencia y de la propia conciencia como tal) es imposible. Sobre el mismo tema Guillermo H. Rodríguez agrega, que:

¹⁰ *Obra citada*, p. 194.

¹¹ Natorp, Paul, *Introducción a la psicología según el método crítico*, 11; citado por Edmundo Husserl, *Investigaciones lógicas*, tomo III, p. 142.

La relación entre sujeto y objeto, entre conciencia de algo y algo de lo que se tiene conciencia, es irreversible; nunca un objeto puede tener conciencia de un sujeto, ni un sujeto puede ser objeto de un objeto.¹²

Y aún aceptando que la *Wesensschau* fuese posible, podemos afirmar que la misma sólo significaría un *regressus in infinitum*, cuando se buscara como debe hacerlo la ciencia un criterio de certidumbre. En efecto, la *Einsicht* que Husserl señala como garantía de autenticidad de la percepción inmanente, no lleva en sí misma la garantía de su propia autenticidad, por lo que la certidumbre sólo puede buscarse en una nueva percepción inmanente, lo cual es posible si se toma en cuenta, que para Husserl todo puede ser objeto de intuición, hasta el propio yo. Ahora bien, esta nueva percepción vendría a ser la garantía de validez de la evidencia apodíctica o *Einsicht* de la primera abstracción ideatoria, pero su propia validez queda siempre en cuestión, por lo que para el pensamiento científico requiere de su peculiar *Einsicht* y ésta de otra percepción inmanente, y así sucesivamente hasta el infinito. O, en otras palabras: llamemos A al proceso intuitivo fenomenológico y B a su *Einsicht* o evidencia apodíctica, que es la garantía de la validez de A; ahora bien, como B no puede postularse como evidente por sí misma sin incurrir en dogmatismo, porque tan evidente apodícticamente es, a la intuición, que “el todo es mayor que una de sus partes” como lo contrario, para estar convencidos de la validez objetiva de B sólo es posible recurrir a una nueva intuición, esto es, a C, que a su vez habrá menester de otra *Einsicht*, D, y ésta de un nuevo proceso fenomenológico, E, y así sucesivamente.

Por lo expuesto se ve claramente que la fenomenología, entendida como método de conocimiento basado en la intuición, desemboca forzosa y necesariamente en un ineludible *regressus in infinitum*.

Independientemente de lo inservible del proceder fenomenológico, para emplearlo en el conocimiento del derecho, bastaría encontrar un fenómeno jurídico cualquiera, para intuir los elementos esenciales del mismo, o sea, el concepto general del derecho. Esto es, que la fenomenología en el derecho es un simple proceso adivinatorio, pues si no se sabe qué es derecho, menos podrá identificarse un fenómeno como jurídico, y aún si admitiéramos esto, el resultado obtenido quedaría sin ninguna garantía de autenticidad.

b) *La deducción trascendental*. El *factum* de la filosofía no es otra cosa que la historia de las ciencias. Ahora bien, para que la filosofía sea ciencia requiere, además de un objeto, de un método propio, y a este respecto cabe decir que el método racional utilizado al efecto en toda la historia de la filosofía, es aquel que el idealismo trascendental designa con el nombre de método crítico, que consiste en reclamar una fundamentación trascendental o fundamentación de derecho para cada proposición filosófica, según expone Paul Natorp.

¹² Rodríguez, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia*, Departamento de Publicidad y Propaganda, S.E.P., México, 1947, p. 81.

Antes de seguir adelante, y a reserva de exponer en qué radica de manera específica el método de referencia, intentaremos explicar por qué no sería lícito a la filosofía trabajar con cualquiera de los métodos lógicos conocidos, por ejemplo, con el inductivo o con el deductivo. Y la razón es bien sencilla, si atendemos a que estos métodos son utilizados por las diversas ciencias particulares que componen el conjunto del conocimiento, de lo cual resulta que está implicada la legalidad de los mismos en los resultados de las ciencias concretas. Por tanto, si concebimos a la filosofía como una ciencia cuyo objeto es el conjunto históricamente determinado de las demás ciencias, inclusive la propia filosofía como tal, y por ende, de sus respectivos rendimientos, sería ingenuo partir para fundamentarlos o sistematizarlos de esos mismos rendimientos, ya que en ellos se encuentra inmerso el método que se utilizó para alcanzarlos; sería tanto como utilizar a la inducción o a la deducción para fundamentar a la inducción y a la deducción, lo que resulta carente de sentido.

Teníamos pues al método crítico trascendental, como la exigencia para cada proposición filosófica de una fundamentación de derecho.

Esta exigencia contiene dos aspectos esenciales: El primero exige la segura correlación con los *facta* patentes e históricamente demostrables de la ciencia, de la moralidad, del arte, de la religión. La filosofía no puede respirar en el "espacio vacío" del pensamiento abstracto, en el que el solo entendimiento quisiera elevarse en alas de las ideas; teme, según las precisas palabras de Kant, las "altas torres" del arquitecto metafísico en torno a las cuales "generalmente hace mucho viento". Busca el fructífero Bathos ("tierra profunda") de la experiencia en el sentido amplio de la palabra; esto es, se esfuerza por arraigarse en el conjunto del trabajo creador de la cultura; en el "deletreo" teórico científico de los fenómenos, en la configuración práctica de las normas sociales y de una vida dentro de ellas, humanamente digna también para los individuos; en las esferas artísticas y en la formación estética de la vida; aun en las más íntimas modalidades de la actividad religiosa. He aquí que "en el principio era la acción", la acción creadora de la estructura objetiva de toda especie, en la que únicamente el hombre construye por sí mismo su esencia humana y objetivándose en ella, imprime profunda, plena y unitariamente, la impronta del espíritu de su mundo; más aún, de todo un mundo de tales mundos, a los que puede llamar todos, suyos.¹³

Es decir, que no hay que dejarse ganar por la ilusión, por el orgullo de la pura razón especulativa, sino que es preciso siempre remitirse a la experiencia objetiva. "La ligera paloma agitando con su libre vuelo el aire, cuya resistencia nota, podría imaginar que su vuelo sería más fácil en el vacío".¹⁴

Éste es el primer aspecto del método trascendental, pero como el propó-

¹³ Natorp, Paul, *Kant y la Escuela de Marburgo*, Conferencia sustentada ante la Sociedad Kantiana de Halle el 27 de abril de 1912, *Kantstudien*, tomo xvii, inciso I.

¹⁴ Kant, Immanuel, *Kritik der Reinen Vernunft*, introducción, inciso III.

sito central del conocimiento es encontrar el fundamento de derecho del *fieri* de la cultura, “para descubrir cuál de entre todas las *concepciones* del mundo y de la vida puestas en acción, puede satisfacer la exigencia de objetividad científica y exigibilidad universal”;¹⁵ precisa determinar el segundo aspecto esencial del método de referencia.

El fundamento creador de todo acto tal de estructuración objetiva —prosigue Natorp— es la ley. Es, en último término, aquella ley originaria que se designa todavía y se comprende suficientemente como la del *Logos*, de la *Ratio*, de la razón. Y he aquí que tenemos la segunda, la decisiva exigencia del método trascendental: demostrar para el *factum* el fundamento de su “posibilidad” y con ello “el fundamento de derecho”. Esto es, simplemente obtener el fundamento nómico, la unidad del *Logos*, de la *Ratio*, en todos y cada uno de los tales actos creadores de la cultura, y reducirlo en su pureza, pues aun cuando el acto mismo de la estructuración es siempre lo primero, no garantiza así, y sin más, su propia pureza, o sea la rigurosa regularidad de la ley de su estructuración, que no se aparta nunca de su dirección.

La manera apropiada de resolver los problemas relativos al fundamento de derecho dice Rodríguez,

Es poner en crisis, es criticar las hipótesis que pueden proponerse para funcionar como principios explicativos. Por ello dice Kant: “los que rechacen... el proceder de la crítica... no pueden proponerse otra cosa que rechazar las trabas de la ciencia, transformar el trabajo en juego, la certeza en opinión y la filosofía en filodoxia”. El método crítico trascendental no va más allá ni puede ir más allá de los límites de los bienes de la cultura, históricos, y en ese sentido, empíricos. El método se eleva a un punto de vista superior, pero sin trascender los límites empíricos de los *facta culturae*.

Éste es, sencillamente expuesto por los autores citados, el método cuyo rigor hace de la filosofía una ciencia, o mejor, la ciencia de las ciencias. Al respecto no hemos querido hacer una exposición personal de dicho método, por estar convencidos de que resulta imposible superar en claridad y concisión la de nuestros maestros; y aún más, continuaremos refiriéndonos a Paul Natorp en la explicitación de los principales aspectos del método de la crítica.

El término trascendental con que se designa a nuestro método, y que significa una ascensión sobre la experiencia, no va en contra de la

Inmanencia del genuino punto de vista de la (propia) experiencia —afirma Natorp—, sino que se apoya precisamente en él, ya que no quiere imponer leyes desde fuera, al hecho de la experiencia, señalándole prematuramente su carril; quiere simplemente establecer en su pureza la ley “sólo por la cual” es posible como tarea, y en segura conciencia de esta su propia

¹⁵ Rodríguez, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia*, p. 6.

ley, asegurarle para su ulterior progreso en su propia independencia, salvaguardándola así de toda aberración extraña. Así deviene el método trascendental en crítico; crítico contra toda usurpación metafísica, crítico también contra un empirismo sin ley, fugitivo de la ley. Hace valer la autonomía de la experiencia contra la heteronomía de un metafisicismo que quiere señorearla, así como contra la anomía de un empirismo carente de ley, o mejor dicho, enemigo de toda ley.

Es por lo expuesto que el método trascendental, por ser inmanente a la experiencia,

No puede buscar la ley de la estructuración objetiva en otra parte que no sea esta misma estructuración objetiva; en la creación de la vida cultural de la humanidad, que se encuentra siempre en obra y nunca concluida. Conserva al mismo tiempo riguroso carácter objetivo, por lo que se distingue agudamente de todo psicologismo.

Lo afirma Natorp, quien al emplear la palabra ley no quiere significar sino principio válido, funcionalmente entendido en el sentido de la pureza como mera hipótesis explicativa, universal, inespacial e intemporal, unitaria y sintética, pero implícito en el mundo de lo empírico entendido científicamente en eterno progreso y dentro de sus límites, no más allá o fuera de ellos —precisa Rodríguez.

La psicología no puede servir de base a la filosofía —asegura el maestro de Marburgo. No puede llegarse en forma inmediata a lo inmediato de la vivencia del alma, sino sólo volviendo regresivamente de sus objetivaciones; es por esto que ellas deben ser aseguradas primeramente en su propio y puro fundamento objetivo.

Y es en este regreso de la conciencia, donde la filosofía crítica encuentra su mejor protección contra el absolutismo de las filosofías que, con un pequeño núcleo de elementos abstractivamente alcanzados, pretende gobernar la múltiple y compleja variedad de la vida, que se presenta en fluir constante e ininterrumpido; consiguiendo tan sólo deformarla y detenerla artificialmente.

El método trascendental, como método inmanente, no corre este peligro —explica Natorp—. Él mismo es progresivo, evolutivo y capaz de originar una evolución infinita; no es rígido ni está encerrado en la inmovilidad cósmica eleática; tampoco se mueve solamente alrededor de un punto fijo, en órbitas eternamente fijas, como las constelaciones de la antigua astronomía. La filosofía como método significa para nosotros precisamente esto: todo "ser" fijo debe resolverse en un tránsito, en un movimiento del pensar. La equivalencia eleática, y en general idealista, de ser y pensar, pierde así el aspecto de inerte tautología en la que es propio fundamentalmente el ser en el pensar, en la medida que congela también al pensar y lo hace un nuevo ser inerte. El genuino idealismo no es ni

con mucho el del "ser" eleático, o el del primer estadio de las "ideas" platónicas, que conservan aún la rigidez eleática. Es aquel del "movimiento", del "tránsito" de los conceptos que se plasmó en el "Sofista" de Platón, el de la limitación de lo ilimitado, del eterno "devenir para llegar a ser", según el "Filebo".

2. EL MÉTODO CRÍTICO EN LA JURISPRUDENCIA

Es según esta filosofía, o mejor, según este filosofar, que hemos tratado de realizar nuestra investigación, procurando evitar todo metafisicismo, todo absolutismo y todo subjetivismo, para lograr un correcto planteamiento de los problemas capitales de la filosofía del derecho.

En síntesis podemos expresar, que el método de la reflexión trascendental no es sino una actitud frente a los problemas universales, que plantea dos exigencias básicas: *a*) Reclamar la segura correlación de cada proposición filosófica con los hechos históricos, y *b*) Encontrar para tales hechos el fundamento de su posibilidad racional.

Aplicada al conocimiento del derecho, la deducción trascendental nos muestra que debemos partir del *factum* de la experiencia jurídica, de lo que históricamente se ha considerado como derecho, para descubrir el principio "sólo por el cual" es posible como tal, o sea, el fundamento unificador del mismo que lo haga racionalmente comprensible. Este principio no será empírico, pero tampoco trascendente, porque entonces sería metafísico. Así, sólo podrá tener carácter trascendental, es decir, no estará en la experiencia pero en ningún momento perderá el contacto con ella. Será como el concepto "polígono cerrado por tres lados", que no está en la experiencia física pero que tampoco la trasciende, pues si no existe el triángulo, sí existen las cosas triangulares, que el propio concepto permite determinar como tales.

Naturalmente que la postulación de un cierto principio, como *a priori* unificador del concepto del derecho, aunque nos permitirá construir un sistema teórico explicativo del fenómeno jurídico histórico, sólo tendrá la vigencia que los progresivos frutos de la investigación le determinen, por cuanto si sobre un principio diverso llegare a elaborarse otro sistema teórico cuya amplitud explicativa del fenómeno jurídico sea mayor, más simple o más precisa, deberá abandonarse aquél del modo que se abandonó la tesis geocéntrica ptolomeica (teoría de los epiciclos) por la tesis heliocéntrica copernicana, para describir y explicar el fenómeno sideral.^a

Históricamente sólo se ha propuesto como principio nómico del derecho, entendido como conjunto de normas válidas de conducta e independiente tanto de la calificación axiológica de su contenido como de la determinación empírica de su mayor o menor grado de aplicación o cumplimiento; a la *coercibilidad* debidamente precisada como "enlace por la norma de una

^a Véase inciso 8 de la sección A) de la Introducción.

sanción (consecuencia) a la realización de un cierto supuesto” (antecedente o causa jurídica).

Únicamente con el propósito de cotejar la funcionalidad de tal principio explicativo, analizaremos otro del que han hablado el ruso León Petrazisky, el italiano Giorgio Del Vecchio y el mexicano Eduardo García Máynez, y al que podemos suponer la finalidad de fundamentar un sistema teórico referido al fenómeno jurídico, o sea, la *bilateralidad* entendida como “carácter impero-atributivo de la norma de derecho”.

3. LA BILATERALIDAD

Con el propósito de diferenciar diversas especies de “sistemas normativos”, cuya obligatoriedad se supone gratuitamente, y aun sin contar con el concepto del género común: deber ser, normatividad; multitud de autores afirman que existen dos, tres o hasta cuatro de tales sistemas, cada uno de ellos con características definidas, como son:

- i) Moral: Autonomía (sus deberes se los impone el mismo sujeto), interioridad (regulan la “conducta interna” del individuo), unilateralidad, etcétera.
- ii) Derecho: Heteronomía (se imponen sus obligaciones por una instancia ajena al sujeto), exterioridad (regulan la “conducta externa” de los hombres), bilateralidad (sus normas imponen deberes y simultáneamente otorgan facultades), etcétera.
- iii) Usos sociales: Heteronomía, exterioridad, unilateralidad, etcétera.

De la anterior tabla de cualidades de cada uno de los apuntados “sistemas normativos”, destaca la bilateralidad como característica diferencial del derecho frente a la moral y a los usos sociales.

Para Del Vecchio el conocimiento normativo se desarrolla sobre dos categorías o conceptos fundamentales: la imperatividad y la imperoatributividad, que respectivamente aplica a la moralidad y a la juridicidad, excluyendo expresamente a los preceptos del trato social como normas diversas de las del derecho o de la moral, adscribiéndolos en general al territorio de esta última, por estimar que comúnmente no facultan a ninguna persona para exigir el cumplimiento de sus mandatos.

Las valoraciones jurídicas —afirma este autor— implican siempre una referencia transubjetiva. Lo que un sujeto puede jurídicamente lo puede frente a los demás: la facultad jurídica significa facultad de exigir alguna cosa de otro. De aquí que, mientras las valoraciones morales son subjetivas y unilaterales, las jurídicas, en cambio, son objetivas y bilaterales.¹⁸

Ya con anterioridad a este autor, Petrazisky estimaba que “los preceptos

¹⁸ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, traductor Luis Recaséns Siches, 2ª edición, p. 414.

del derecho son normas imperoatributivas; las de la moral son meramente imperativas".¹⁷

En ciertos casos de la conciencia ética —explica este pensador—, aquello a lo cual nos consideramos obligados parécenos como algo que pertenece a otro, como algo que le debemos, como algo que él puede exigirnos. Este cumplimiento no parece consistir en proporcionar o hacer un especial bien, sino meramente en aportar aquello que se le debe al otro, en proporcionarle lo que es suyo. El no cumplir con esto parece implicar para él, un daño, un agravio, un privarle de algo que él puede reclamar como debido a él. En otros casos de la conciencia ética (como, por ejemplo, si nos sentimos obligados a ayudar a una persona necesitada), aquello a lo cual nos consideramos obligados no parece consistir en algo que debemos al otro sujeto como suyo propio de él. Cualquier pretensión o demanda del otro sujeto nos parecería inadecuada y carente de fundamento. El hecho de proporcionarle el objeto correspondiente y de que él lo obtenga no parece en modo alguno suministrarle a él algo que se le deba, ni significa que él obtenga lo que es suyo, sino que consiste meramente en otorgarle un bien por virtud de una decisión que depende tan sólo de nuestra buena voluntad. Y el hecho de no darle tal bien no parece de ninguna manera una violación inadmisibles, la producción de un daño, o la negación de satisfacer una reclamación suficientemente fundada.

En los casos de la primera especie —continúa Petrazisky— sentimos tener una obligación para con el otro. Nuestro deber se halla asegurado por consideración al otro, porque lo que le debemos es un bien suyo, porque es algo que le pertenece, porque es algo que le está atribuido, porque es algo que él adquirió, algo a lo que tiene una fundada pretensión. En el otro grupo de casos no tenemos un deber exigible para con otras personas; y con referencia a tales casos nos sentimos libres, y no sujetos a ninguna imposición, ya que nada pertenece ni se debe a la otra persona.¹⁸

Para García Máynez, las normas morales poseen *interioridad* y *unilateralidad*; los preceptos del trato social, *exterioridad* y *unilateralidad*; y las reglas del derecho, *exterioridad* y *bilateralidad*.¹⁹

En todos los autores señalados, la bilateralidad se pretende indicar como *característica distintiva* del derecho frente a otros supuestos sistemas normativos, y no como *principio unificador* del concepto del derecho. Es decir, que admiten al derecho, la moral, los convencionalismos sociales, los preceptos religiosos, etcétera, como *dados* frente al conocimiento, pues evidentemente comparten la convicción de que las cosas existen en sí mismas, esto es, con independencia del pensamiento científico. Su tarea es, así, más sencilla que la nuestra. No tienen que buscar el fundamento de la posibilidad racional de su objeto

¹⁷ Petrazisky, León, *Teoría del derecho y del Estado* (en ruso) 2ª edición, 1909. Citado por G. Gurvitch *L'Idée du Droit Social*, París, 1933.

¹⁸ Petrazisky, Leo, *Theory of Law*, 1913, citado por L. Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Editorial Porrúa, México, 1963, t. I, pp. 92-100.

¹⁹ *Introducción al estudio del derecho*, 5ª Ed., p. 3.

de estudio. Naturalmente que en tanto algunos de estos autores y otros que comparten sus convicciones básicas, afirman que los convencionalismos, usos sociales o normas del trato social, constituyen un sistema normativo *sui generis* (Austin, Walter Heinrich, Ihering, Nicolai Hartmann, Stammler, Recaséns), no faltan quienes les niegan existencia autónoma frente al derecho y la moral (Del Vecchio, Radbruch, Sonmló), pues según todos ellos la ciencia no es *episteme* sino *doxa*, y así cada quien opina impunemente lo que le place al respecto.

Sin embargo, como nosotros queremos formular juicios que tengan necesidad racional y exigibilidad *erga omnes*, estamos obligados a determinar lo que sea obligatorio más allá de toda opinión, y en este estadio de la investigación aún no sabemos qué debe ser con sentido universal, ni siquiera si existe lógicamente la normatividad.

Trataremos, pues, de ubicar a la bilateralidad como principio nómico del orden jurídico, en acatamiento de las exigencias fundamentales del método de la crítica o deducción trascendental: *a*) La historia universal nos muestra, entre otros, ciertos fenómenos o hechos denominados *derecho*; *b*) Si proponemos para fundamentarlos racionalmente a la *bilateralidad*, veremos que no todos los fenómenos llamados derecho quedan explicados, ya que si bien muchos de ellos además de *imperativos* son también y correlativamente *facultativos*, otros en cambio sólo imponen obligaciones.

Efectivamente, multitud de normas tenidas históricamente como jurídicas no son bilaterales, como ocurre con las del derecho penal desde que se superó la etapa de la venganza privada, pues ahora, salvo en casos excepcionales como el de la legítima defensa, nadie tiene la facultad de exigir el cumplimiento de los deberes jurídicos impuestos por tales normas. En efecto, ningún ofendido por la comisión de un delito tiene la facultad de pedir que se pene al delincuente y, aun en aquellos donde se exige querrela de parte para poder perseguir a sus autores, el derecho de ejercitar la acción correspondiente compete en exclusiva al Ministerio Público que, entre otras funciones, ejerce la de representar a la sociedad en materia criminal. O sea, que este órgano del Estado es el único titular de la acción persecutoria de los delitos.

No se diga que el Ministerio Público es a quien se faculta para exigir el castigo del delincuente, pues ello constituye una incongruencia, ya que promover la imposición de sanciones es un deber de la Representación Social, que le impone su propio estatuto regulador. Y si una conducta es deber u obligación no puede ser, a la vez, facultamiento, por cuanto el derecho subjetivo o facultad jurídica es autorización que la norma o derecho objetivo confiere a una persona, para deducir una prestación contra otra, por lo que su conducta es jurídicamente potestativa al respecto, ya que sin incurrir en ilicitud puede ejercitar su acción o abstenerse de hacerlo. Pero cuando el derecho le impone la obligación de proponer su demanda, entonces sólo tiene una posibilidad de actuar lícitamente: cumplir su deber. Y el Ministerio

Público no actuaría con licitud si, en presencia de un delito y un presunto delincuente, se abstuviese de consignar y pedir la imposición de una sanción. Ergo, el Ministerio Público no tiene sobre este particular ninguna facultad, sino una simple obligación. Los conceptos de derecho subjetivo y de deber jurídico son esencialmente excluyentes respecto de una misma conducta. Esto es, se está facultado o se está obligado a hacer o dejar de hacer algo. Pero no se puede estar simultáneamente libre y constreñido a realizar una cierta conducta. Y hablar de que existe un derecho o facultad a cumplir con los deberes jurídicos, independientemente de que para nada sirve al conocimiento del derecho, no afecta en lo más mínimo la situación de exclusión de todo facultamiento por la calificación de la conducta como deber u obligación.

La caracterización esencial de una conducta la dará siempre, en consecuencia, el concepto del deber y no el de facultad o autorización. Por tanto, tan norma de derecho es la que faculta como la que no lo hace. En cambio, sólo puede ser norma jurídica la que obliga o establece un deber.

Así, únicamente al precio de mutilar gravemente la experiencia jurídica, podríamos aceptar a la bilateralidad o carácter imperoatributivo de la norma de derecho, como principio *a priori* unificador del concepto del derecho. Y esto sólo podría admitirse si no contásemos con un principio diverso, que explique con mayor amplitud el fenómeno jurídico histórico.

4. LA COERCIBILIDAD

Nos hemos referido anteriormente a la coercibilidad, como “enlace por la norma de una sanción a la realización de un cierto supuesto”, en los términos literales que usa al respecto la Escuela Jurídica de Viena, a través de los textos de su jefe y fundador Hans Kelsen.

Ahora bien, no existe acuerdo entre los autores sobre el concepto de coercibilidad, como lo demuestra el siguiente párrafo de García Máynez:

Al decir que el derecho es coercible no prejuzgamos el debatido problema que consiste en establecer si la sanción es o no esencial a las normas jurídicas. Coercibilidad no significa, en nuestra terminología, existencia de una sanción . . . Por coercibilidad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien: esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción.²⁰

En la misma dirección, Aftalión y García Olano expresan que:

La coercibilidad es una *posibilidad de derecho*, no de *hecho*, esto es, la licitud de reprimir la antijuridicidad. El hecho de que la observancia del derecho no se imponga en algún caso mediante la coacción, no afecta la *posibilidad jurídica* de la coacción misma.²¹

²⁰ *Obra citada*, p. 22.

²¹ *Introducción al derecho*, 3ª edición, p. 214.

La teoría jurídica del siglo XIX estuvo en general conteste en que la jurídica es una norma coactiva en el sentido de que manda la coacción. La teoría pura del derecho prosigue la tradición de esta teoría jurídica positiva. Para ella,

La consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición es el acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa, y solamente por eso la situación de hecho condicionante es calificada como lo antijurídico, y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico (Unrechtsfolge).²²

De una conducta nunca puede predicarse objetivamente que se encuentra sancionada por ser antijurídica, sino precisamente lo contrario, es decir, que una conducta es antijurídica sólo cuando constituye el supuesto al que la norma enlaza una sanción. Pero no una sanción cualquiera sino una "sanción política", esto es, una consecuencia normativa que pueda ser descrita como reacción de la comunidad política, del Estado, respecto del realizador directo o indirecto del supuesto de derecho. O sea, que no es sanción en sentido jurídico ninguna reacción individual o colectiva en relación al llamado "infractor" de una norma, si la misma no es imputable a la totalidad que llamamos Estado.

Naturalmente que "Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción".²³ O, en otros términos: carece de relevancia para la caracterización esencial de lo jurídico, la circunstancia de que la conducta que desea inducir el legislador en los particulares, mediante el enlace de una sanción al comportamiento contrario, se cumpla voluntariamente en una cierta proporción —que puede ser muy alta o muy baja—, porque la teoría del derecho no puede contestar y ni siquiera plantearse legítimamente la pregunta: ¿Cuáles son los motivos de que los hombres cumplan o dejen de cumplir los deseos de los legisladores y gobernantes? Éste quizá sea un problema válido de la psicología, la política o la sociología, pero nunca lo será de la jurisprudencia, ciencia que estudia normas, obligaciones, no causas y efectos del hacer y el obrar físico material del hombre.

Cuando se expresa que la "coacción es un elemento esencial al derecho", no se quiere decir y ni siquiera implicar remotamente "que la efectividad de la sanción jurídica es una parte del concepto del derecho".²⁴ Si muchos súbditos cumplen sus obligaciones jurídicas por temor a la sanción, estaremos en presencia de un hecho natural: la motivación psicológica que produce

²² Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho (Introducción a la problemática científica del derecho)*, Edit. Losada, S. A., 2ª Ed., Buenos Aires, 1946, p. 52.

²³ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traductor Legaz Lacambra, Editora Nacional, S. A., México, 1951, p. 62.

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traductor García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1950, p. 23.

en el ánimo de algunos individuos la representación psíquica del contenido de una norma jurídica (no de la propia norma), el cual nada tiene que ver, como fenómeno causal que es, en la teoría del derecho.

Para Kelsen, la sanción jurídica implica siempre un “daño aplicado al violador del orden cuando la sanción está socialmente organizada”, que “consiste en la privación de ciertas posesiones: vida, salud, libertad o propiedad”, y agrega que “Como las posesiones le son quitadas contra su voluntad, esta sanción tiene el carácter de medida coercitiva”.²⁵ La palabra “derecho” se refiere a “la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario”,²⁶ expresa el jefe de la Escuela de Viena.

Pensamos que esta noción kelseniana de la sanción jurídica subordina, de modo innecesario, un concepto de carácter esencialmente normativo a la dirección causal del conocimiento. En efecto, que la consecuencia de derecho se resienta por el individuo, en muchos casos, como un daño, privación de posesiones o amenaza, es algo psicológico y, por ende, totalmente subjetivo, pero sobre todo, ello pertenece al mundo del ser y no a la esfera del deber, que es donde se ubica el fenómeno jurídico.

En consecuencia, la naturaleza de la sanción jurídica es un tema que debe ser tratado con el máximo rigor lógico, pues de otra suerte puede llegarse a negar al mismo el carácter de concepto fundamental del derecho, por la distorsión de los términos del juicio normativo y la corriente postulación de que ella es sólo una de varias posibles consecuencias del incumplimiento de un deber, mas no la única. Esto ocurre en cuanto se identifica la sanción con los efectos psicológicos de la pena o el premio, con la eventual aflicción o satisfacción que ciertas sanciones pueden producir en el ánimo de un individuo psicofísico, olvidando que para el punto de vista del conocimiento jurídico, sanción es mera consecuencia normativa a cuya caracterización no puede trascender en lo más mínimo, que ocasione aflicción o goce a alguien, o bien, que no produzca ninguno de tales sentimientos. Si la aplicación de la sanción produce pena, placer o indiferencia en las unidades biológicas hombres, esto es algo que no interesa a la jurisprudencia sino, quizás, a alguna ciencia causal como la psicología naturalista.

Por otra parte, si la sanción fuese vista como causa de un efecto placentero o doloroso, habría que identificarla con la horca, la condecoración, las rejas del presidio o el látigo del verdugo, lo cual resulta por demás ingenuo.

Así, para nosotros el derecho es coercible sólo en cuanto enlaza un deber de sancionar, a cargo de uno o más órganos del Estado, a la realización de un cierto supuesto. Si el órgano sancionador es supremo, lo que se enlaza al supuesto es una simple facultad de sancionar.

En consecuencia, el principio *a priori* unificador del concepto de derecho,

²⁵ *Obra citada*, p. 19.

²⁶ *Obra citada*, p. 20.

en el actual momento histórico, sólo podrá serlo la coercibilidad por la máxima amplitud explicativa que, hoy por hoy, tiene el sistema que sobre tal supuesto se puede construir.

Por tanto, entendemos por derecho al *orden coactivo*, el cual, por ser uno y no par o múltiple, ya que el conocimiento no puede aceptar sin contradicción la existencia de dos o más objetos que, sin embargo, sean uno y el mismo; excluye por su coactividad a los restantes posibles órdenes como fundamento de su propia validez, por lo que resulta también el orden *único*, en cuanto tiene que comprender a los demás como órdenes parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos. En este sentido el derecho es el orden supremo, o sea que es *soberano*. Así, podemos conceptualizar al derecho como “el orden coactivo y soberano de la conducta” (Kelsen), o más concisamente y sin redundancia, como *el orden coactivo de la conducta*.

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Tercero: La categoría jurídica de personalidad</i>	71
1. La tabla de las categorías	71
2. Las llamadas notas esenciales de lo jurídico	73
3. La conducta como concepto jurídico	75
4. La actividad causal del hombre	78
5. Sujeto, Objeto e Imputación en el acto jurídico	79

CAPÍTULO TERCERO

LA CATEGORÍA JURÍDICA DE PERSONALIDAD

El hombre puede ser persona y generalmente lo es pero la persona no es el hombre.

F.E.V.B.

1. LA TABLA DE LAS CATEGORÍAS

Kirchmann sostiene que basta una sola palabra del legislador para hacer inútil (“transformar en basura”) toda una biblioteca jurídica, cuando sus textos se han concretado al estudio del derecho positivo. De esto se deduce que es menester prescindir de lo mudable y cambiante del derecho positivo, del derecho histórico y contingente, para poder encontrar verdades inmutables, lo que únicamente puede lograrse estudiando el derecho natural, que es el derecho intrínsecamente justo.

Ya mostramos que por no existir un criterio universal de la justicia, el derecho natural es indeterminable de manera objetiva, quedando reducido a un mero conjunto de aspiraciones subjetivas de justicia. Por otra parte, la ciencia del derecho, como toda ciencia que realmente lo sea, no persigue la obtención de verdades inmutables o absolutas, sino que se conforma modestamente con la consecución de verdades universales, conocimientos objetivos, juicios que tengan necesidad racional y exigibilidad frente a todos. No es posible afirmar nada como absolutamente verdadero, sino sólo como relativamente verdadero. Pero lo más importante es que el argumento de Kirchmann es totalmente erróneo. Es cierto que cualquier investigación concreta y particular sobre un determinado derecho positivo, puede transformarla en basura una palabra del legislador. Tal ocurre cuando se estudian, por ejemplo, las instituciones civiles, mercantiles, laborales o penales de un cierto país o conjunto de países. Sin embargo, cuando se estudia el derecho positivo en general, se encuentran algunos conceptos fundamentales sin los que no es posible pensar ningún material jurídico. Tales conceptos fundamentales son los que se llaman categorías jurídicas, cuya inexcusabilidad para el pensamiento del derecho es reconocida, inclusive, por el destacado escritor neotomista Rafael Preciado Hernández, al aceptar que sin las categorías jurídicas “no es posible pensar en las normas de derecho ni en un ordenamiento jurídico”, por representar “para el pensamiento jurídico, lo que las categorías del entendimiento para el pensamiento en general”. Dicho pensador reconoce también que esos conceptos fundamentales, entre los que coloca los de sujeto

de derecho, supuesto jurídico, relación normativa, objeto de derecho, deber jurídico, etcétera, "siempre han estado, cuando menos implícitos, en todo ordenamiento jurídico histórico, ya que vienen a ser los elementos estructurales de toda construcción jurídica".¹

La formulación sistemática de las categorías jurídicas se debe a Stammler que, en su Tabla de tales nociones básicas, las agrupa en cuatro núcleos dialécticos, expresando literalmente que:

El concepto del Derecho contiene cuatro notas fundamentales: voluntad, vinculación, autarquía e inviolabilidad. Se desprenden de aquí las cuatro categorías jurídicas siguientes, contenidas inexcusablemente como elementos condicionantes en toda afirmación a la que se atribuye carácter jurídico. 1º *Sujeto del Derecho*: noción de un ser concebido como fin en sí según un orden jurídico determinado; y en frente: *objeto del Derecho*, tomado también en un caso concreto como simple medio para determinados fines. 2º *Fundamento del Derecho*: noción de la determinación jurídica de varias voluntades como medios entre sí; *relación jurídica*, hecho de hallarse determinadas aquellas voluntades. 3º *Soberanía Jurídica*: noción de la voluntad jurídica que lleva en sí el fin de su propia determinación; *sujeción al Derecho*: articulación armónica de varias voluntades jurídicamente vinculadas como medios al servicio de una voluntad vinculatoria. 4º *Juridicidad*: conformación de las voluntades vinculadas a la voluntad jurídica que las vincula; y *antijuricidad* o contradicción entre aquéllas y ésta.²

Para Stammler "el derecho es el querer autárquica e inviolablemente vinculatorio" (*Das Recht ist das selbstherrlich, unverletzbar verbindende Wollen*).³ El querer o voluntad es, como la causalidad, una forma pura de ordenación de los contenidos de nuestra conciencia, sólo que en relación de medio a fin y no de causa a efecto. Fin es para él un efecto que se aspira a alcanzar; medio, una causa que se puede elegir. Todo fenómeno jurídico implica, según Stammler, planteamiento de fines y elección de medios para alcanzarlos.

El querer o voluntad puede ser aislado o entrelazante, según ordene con arreglo a fines las aspiraciones en la vida interior de cada hombre o en la vida social de varios hombres. El primero es el querer moral y se refiere a la vida interior, cuyo criterio formal unificador es la unidad del hombre aislado. El querer entrelazante, también llamado voluntad vinculatoria, se refiere a la vida social, la que se encuentra determinada por la vinculación de fines; éste es el que caracteriza el concepto del derecho.

El querer entrelazante puede ser autárquico o convencional: lo primero si impone la vinculación, y lo segundo, si propone simplemente tal vinculación como una invitación. A la vinculación de los fines humanos que es im-

¹ Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, Editorial Jus, México, 1947, 127.

² Brémer, Juan J., *Teoría crítica, teoría axiológica y teoría integral del derecho*, UNAM, México, 1933, 19.

³ Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, pp. 292 a 294, párrafo 111.

puesta y, por ende, permanente, pertenece el derecho; a la vinculación que es propuesta como mera invitación, pertenecen las reglas del trato o convencionalismos sociales.

Por último, el querer autárquico puede ser inviolable o arbitrariamente entrelazante, según imponga la vinculación de manera uniforme y regular o de modo irregular y caprichoso. El derecho es, a diferencia de las disposiciones arbitrarias, el querer entrelazante autárquico e inviolable.

2. LAS LLAMADAS NOTAS ESENCIALES DE LO JURÍDICO

Pese al gran mérito de Stammler, al descubrir la Tabla de las Categorías Jurídicas, la misma sólo puede admitirse en cuanto a su estructura formal, toda vez que no distingue con pulcritud entre ser y deber, causalidad y normatividad y, además, señala erróneamente diversos elementos conceptuales como característicos del derecho, que sólo son producto de lamentables confusiones. En efecto, ya se ha precisado que el querer o voluntad, entendido como relación teleológica, relación de medio a fin, es la propia relación causal, por lo que Stammler no distingue realmente entre ser y deber. También se ha demostrado que no existe ni el más remoto peligro de que se confunda al derecho con la moral, los usos sociales o los preceptos religiosos, puesto que la normatividad objetiva es únicamente la jurídica y, así, no existen otras normas que las normas de derecho. Esto es, si no se ha conseguido determinar objetivamente al deber, la normatividad, como un género supremo respecto del derecho y demás supuestos órdenes normativos, resulta por demás ingenuo proponerse la tarea de distinguir entre ellos. Esto es lo que hace Stammler, con sus pretendidas notas de voluntad (para diferenciar ser y deber), vinculación jurídica (para diversificar al derecho de la moral, entendida como querer aislado), autarquía del orden jurídico (para distinguirlo del orden social, concebido como conjunto de simples invitaciones a la vinculación) e inviolabilidad del derecho (para no confundir sus mandatos que poseen regularidad inviolable, con los mandatos arbitrarios que se caracterizan por su irregularidad caprichosa).

Otros autores también han perdido lamentablemente el tiempo en esta labor bizantina. Recaséns Siches, siguiendo a Stammler, caracteriza al derecho con la nota de socialidad, diciendo que sus preceptos tienen carácter social y carecen de todo sentido para la intimidad del hombre aislado, por lo que aquél no se confunde con la moral, cuyas "normas" no tienen carácter social. Ahora bien, lo social como lo normativo, no es un concepto superior al de derecho, pues la sociedad es ordenación normativa y ya vimos que únicamente en la juridicidad es posible objetivar el deber, la normatividad.

El propio Recaséns, pretendiendo sutilmente distinguir entre sanción jurídica y sanción social, por entender tal vez que tanto las normas del derecho como los convencionalismos son coercibles, esto es, enlazan una sanción a la realización de cierto supuesto; dice que la primera se caracteriza por la nota

de imposibilidad inexorable que no posee la segunda, y que consiste en que la sanción jurídica busca siempre la ejecución forzada de la conducta omitida por el destinatario del deber. ⁴ En primer lugar, no existe peligro alguno de confundir el derecho con los usos sociales, porque éstos no son normas, deberes, ya que el concepto de norma o deber es de carácter jurídico. Además, la sanción del derecho es de carácter político, y la de las "normas" sociales, no tiene ese carácter. Por otra parte, el hecho de que la sanción jurídica procure el cumplimiento forzoso de la conducta omitida, o no lo procure, es irrelevante para la caracterización esencial de la misma, ya que la finalidad de la sanción es un elemento metajurídico, algo que va más allá de nuestro objeto de estudio: el derecho positivo; y la caracterización de los objetos no puede hacerse teleológicamente, pues sería tanto como decir que un lápiz se conoce esencialmente porque sirve para escribir, siendo que si lo usamos para hacer un torniquete y detener una hemorragia, no por ello deja de ser lápiz; y por el contrario, un estilo o una pluma fuente sirven para escribir, y no son lápices. Por último, la sanción jurídica no siempre persigue el cumplimiento forzado de la conducta omitida, ya que cuando se sanciona un homicidio, pongamos por caso, ningún legislador en su sano juicio, pensará con ello resucitar al muerto, ni tampoco, imponer al agresor una conducta substituta de la omitida, sino que sólo buscará castigar al delincuente o afligirlo. En la guerra el homicidio se sanciona con premios, no con penas. La pena y el premio son igualmente sanciones jurídicas.

García Máynez, siguiendo en ello a Petrazisky y a Del Vecchio, propone el elemento llamado bilateralidad, para diferenciar al derecho de los demás "órdenes normativos". Sobre esto ya hemos hablado anteriormente y no consideramos necesario insistir en ello.

Tras los pasos de Stammler y de Kant, otros pensadores han pretendido distinguir a la moral del derecho, señalando para la primera las notas de interioridad y autonomía, y para el segundo, las de exterioridad y heteronomía. Ahora bien, el de conducta es un concepto jurídico, de manera que no se puede hablar de conducta interna regulada por la moral y externa regida por el derecho, ya que el hacer material del hombre sólo es conducta en cuanto se encuentra cualificado jurídicamente; y en todo caso, la "conducta interna", la intimidad del hombre aislado, sería algo absolutamente subjetivo y, por ende, no se podría hablar de ella objetivamente en ningún sentido. La autonomía de la moral, entendida como reconocimiento previo de su validez por el sujeto obligado, y la heteronomía del derecho, concebida como la validez del orden independientemente de la aquiescencia o rebeldía de los obligados, se apoyan en el error de creer que la voluntad psicológica del hombre puede tener relevancia en el campo del conocimiento normativo. La moral carece de objetividad intrínseca, de validez universal, pues está constituida, a semejanza del derecho natural, por

⁴ Recaséns Siches, Luis, *Estudios de filosofía del derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1936, p. 128.

simples aspiraciones subjetivas de bondad. Sólo hay morales históricas. En cambio, el derecho es universalmente válido en cuanto lo comprendemos como orden coactivo de la conducta. Además, el destinatario de un deber no es el hombre, único capaz de querer en sentido psicológico, sino la persona. Por otra parte, el derecho no es una instancia superior o distinta del sujeto del deber, porque éste es también derecho en cuanto persona (centro ideal de imputación normativa, orden personificado), y así, no existen ni pueden existir obligaciones heterónomas.

No queremos terminar sin hacer una aclaración importante. Stammler señala como característica distintiva del mandato arbitrario frente al mandato jurídico, la irregularidad caprichosa del primero en contraste con la regularidad inviolable del segundo. Pero es el caso que ambos mandatos resultan inconfundibles, pues pese a la identidad gramatical de ambos, expresan conceptos completamente distintos. El "mandato" arbitrario es la simple manifestación de una voluntad subjetiva, psicológica. El mandato jurídico, en cambio, es la expresión de una voluntad objetiva: la voluntad de la norma de derecho. El precepto jurídico no es un mandato psicológico, pues el mandato que se contiene, por ejemplo, en un contrato de representación, en un poder aceptado, subsiste en alguna medida aun cuando el mandante hubiese fallecido y ya no pudiese interpretarse tal mandato como una manifestación de voluntad individual. Por tanto, es en vano decir que el mandato jurídico se presenta como regularidad inviolable y el arbitrario como irregularidad caprichosa.

3. LA CONDUCTA COMO CONCEPTO JURÍDICO

El comportamiento humano no puede ser determinado causal sino sólo imputativamente, pues la conducta sólo es tal contemplada normativamente, ya que el hacer material del hombre no puede ser otra cosa que un simple hecho natural y no una conducta, pues ésta implica un carácter que no es capaz de proporcionarnos ninguna ciencia natural, como es el carácter humano de su autor. Y lo humano no es lo racional como quiere el escolasticismo, porque si sólo es humano el individuo que discurre o puede discurrir lógicamente, ni el niño ni el loco ni el idiota son humanos, porque no razonan ni pueden razonar lógicamente. No se diga tampoco que el infante o el enajenado son humanos en potencia y no en acto y que, si bien es cierto que carecen de la facultad de raciocinio, son empero capaces de obtenerla con la edad o por la curación, pues la relación de potencia y acto es imposible racionalmente, por no poder pensarse que una cosa sea de este modo en un momento y de otro diverso en el siguiente, siendo sin embargo uno y el mismo objeto y no dos. Sostener que esto es posible en función de la idea de que todo ser participa de la existencia de otro más general que él, es incursionar de plano en el terreno metafísico, que ya vimos carece de toda objetividad, pues sólo sobre el acto de fe de que existe el ser en sí, sería ad-

misible la tesis platónica de la participación. El objeto es simplemente la unidad omnicomprendiva de sus distintos predicados posibles, por lo que esas dos diversas determinaciones del ser: potencia y acto, necesariamente implicarán dos objetos diferentes. Además, aun cuando durante todo el lapso de su existencia un niño o un enfermo mental no hubiesen razonado nunca, habrían sido sin embargo íntegramente humanos, o humanos en acto como diría un tradicionalista, pero no porque fuesen o no capaces de razonar, sino porque el orden jurídico los construye objetivamente como tales, al hacerlos sujetos de derechos y obligaciones.

Por otra parte, aceptando la relación de potencia y acto, tendríamos que admitir que estamos en peligro inminente de compartir nuestra calidad de humanos, con algunos vertebrados superiores, ya que a demostrar la capacidad elemental del discurso en los antropoides y otras especies se dirige la psicología naturalista animal de nuestro tiempo. En efecto, la capacidad de razonar, de querer y de sentir, esto es, pensamiento, decisión y emoción, no pueden afirmarse como un monopolio del bípedo implume, de la unidad biológica hombre, sin incurrir en dogmatismo y unilateralidad, como nos lo enseñan las más modernas investigaciones científicas. ¿Con qué derecho y de qué manera objetiva se puede negar que los castores, al construir diques en los ríos, actúan igual que los hombres cuando realizan obras semejantes? Con ningún derecho y con ninguna objetividad, pues aun cuando se diga que el hombre valora y el castor no, ésta es una afirmación gratuita, ya que entre lo que se llama instinto y lo que se llama raciocinio, ha resultado imposible hasta hoy trazar una exacta y nítida línea divisoria, fundamentalmente porque los castores hacen diques pero no psicología. Se trata del testimonio singular, parcial y unilateral de una especie animal frente a otra. Además, el lenguaje entendido como medio de comunicación, es algo innegable en casi todas las especies animales. Y, por último, que un chimpancé logre empatar dos cañas cortas confeccionadas *ad hoc*, para alcanzar el alimento puesto fuera de su alcance con la vara larga que resulta de la unión de ambas cañas, puede ser la prueba de una capacidad rudimentaria del discurso, del raciocinio lógico en esa especie animal. En resumen, puede decirse que al menos es dudoso que únicamente el hombre piensa, valora y siente.

Ahora bien, aunque inaceptable para el pensamiento tradicional que los animales puedan ser concebidos en la dimensión humana, ello no tiene por qué repugnarnos objetivamente, porque así como el derecho determina lo humano de un individuo carente de raciocinio, también puede determinar y de hecho lo ha realizado históricamente, lo humano de una bestia y hasta de un objeto inanimado, como en Calígula cuando nombró cónsul a su caballo, como en el derecho medieval que ejecutaba a los gatos negros, y como el derecho helénico que, en el tribunal del Pritaneo, condenaba a machacamiento o pulverización, a las piedras y a las puntas de lanza que hubiesen privado de la existencia a un hombre, cuando el autor del homicidio no

había sido identificado. Y es que estos derechos primitivos suponían determinándola, la calidad humana en los caballos, los gatos negros y las perras, al hacerlos destinatarios de deberes jurídicos.

El derecho puede igualmente negar la calidad humana del individuo que razona, y esto también ha ocurrido en la historia, pues algunos órdenes jurídicos primitivos establecieron un régimen de servidumbre que equiparaba al esclavo con la bestia, al grado de no hacerlo siquiera destinatario de deberes jurídicos. Sin embargo, en casi todos los derechos primitivos, el esclavo era y es generalmente considerado como humano, pues aun cuando carece de facultades, es sujeto de obligaciones de derecho, pudiendo ser ejecutado en nombre del Estado.

Consecuencia de lo anterior es que no resulta correcto hablar de ser humano y de persona jurídica, pues el de humano es un concepto normativo determinado a partir del concepto jurídico de persona como centro ideal de imputación normativa, de imputación de derechos y obligaciones, por ser la jurisprudencia la única ciencia que proporciona el principio metódico para llegar a lo humano. El hombre de la biología no posee ninguna diferencia esencial con los miembros de las demás especies animales, y si se dice que es humano, es porque el derecho nos ha permitido determinar este concepto y porque atribuye generalmente tal calidad al bípedo implume. Esto es, que el concepto de aquélla es el supuesto de que parten todas las ciencias naturales y normativas que se ocupan del hombre. Claro está que al decir lo anterior, no nos referimos a lo humano ético sino a lo humano lógico, pues la cientificidad de la ética es algo que no está bien esclarecido.

Por tanto, el individuo es humano cuando es persona, no siendo concebible lo humano fuera del orden jurídico, pues aun cuando el concepto de hombre no se agota en el derecho, sino que permanentemente están construyéndolo todas y cada una de las demás ciencias, sin el concepto jurídico de persona no es posible unificar como refiriéndose al hombre, a lo humano del individuo, los rendimientos de las otras ciencias.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, para nada interesa la conceptualización del hombre como unidad biológica, por ser éste un problema que no puede plantearse dentro de su campo. Así, resulta metafisicista la posición kelseniana, al afirmar la existencia del ser humano como una realidad no jurídica, siendo que no se ha logrado su determinación objetiva por ninguna otra ciencia natural o cultural, pues el intento gramaticista de Cassirer al respecto, no ha producido el fruto deseado, ya que aun cuando habla de la palabra como función, no es posible entender en qué consiste esa supuesta funcionalidad pura de la expresión filológica, y aun cuando quiera reservarse la exclusividad del lenguaje proposicional, a la especie animal hombre, nada garantiza que esta reserva pueda mantenerse en el futuro.⁵

⁵ Cassirer, Ernst, *Antropología filosófica*, traductor Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, 2ª Ed., México, 1951, pp. 52 y ss.

4. LA ACTIVIDAD CAUSAL DEL HOMBRE

Con lo anterior no pretendemos negar la existencia objetiva del hacer y el obrar físico natural de los individuos, pero el mismo no es conducta fuera del derecho. Y las actitudes individuales y subjetivas no pueden constituir ningún problema en y por sí mismas, sino sólo en cuanto son objetivadas por el conocimiento como auténticas cuestiones de una ciencia determinada. Luego, si la conducta no es un objeto natural sino normativo, y la ciencia normativa por excelencia es la jurisprudencia positiva, no puede existir ninguna ciencia social sin supuestos jurídicos.

La jurisprudencia, pues, deviene el método *lato sensu* de las ciencias sociales, del mismo modo que la matemática es el método en sentido amplio de la física experimental, de la química y de la biología, pues si bien es verdad que el método de estas ciencias es el inductivo, el cual conduce a la formulación de las leyes de la naturaleza, también lo es que estas leyes sólo poseen valor objetivo por su fundamentación matemática, la que se encuentra contenida en las nociones de tiempo, espacio y movimiento que precisan la aritmética, la geometría y la física matemática o física pura, respectivamente. Así es como la jurisprudencia fundamenta a las leyes obtenidas por la inducción sociológica, pues le proporciona las nociones radicales de sociedad, persona y conducta, sin las cuales ninguna de tales leyes poseería valor objetivo.

Esto es, del mismo modo que la ley de la gravitación universal obtenida inductivamente, sólo tiene sentido a partir de los conceptos matemáticos de tiempo, espacio y movimiento, pues los cuerpos únicamente pueden atraerse en un determinado tiempo, ocupando un cierto espacio y poseyendo algún movimiento; así también las funciones mentales colectivas por ejemplo, de que nos habla de la sociología, sólo pueden comprenderse como teniendo lugar en una sociedad, entre determinadas personas y merced a una cierta conducta de las mismas.

Es decir, la jurisprudencia como ciencia teórica o pura, y no la jurisprudencia positiva o normativo empírica, fundamenta a la inducción sociológica a través de los mencionados conceptos de sociedad, persona y conducta. Y siendo esto así, no puede hablarse de sincretismo metódico, de que se conoce un objeto imputativamente determinado: la sociedad o la conducta, por el método de la causalidad, ya que lo que se está conociendo es un objeto causalmente determinado: los productos de una especie animal llamada hombre, a través de las nociones no empíricas sino teóricas, no fáctico normativas sino racionalmente puras, de sociedad, persona y conducta, o para hablar más propiamente, de las meras funciones intelectuales de sociabilidad, personalidad y relacionabilidad, de la misma manera que lo que se llama materia o energía es conocido a través de las funciones de temporalidad, espacialidad y movilidad.

5. SUJETO, OBJETO E IMPUTACIÓN EN EL ACTO JURÍDICO

Para Stammler la persona es un fin en sí misma, un autofin, pero esto es algo que desmiente una gran parte de la historia del derecho, ya que en ella vemos un cierto tipo de sujetos de derecho: los esclavos o los siervos, que sin embargo, no son considerados como fines en sí mismos, sino como simples medios de sus amos o señores. No se diga que la esclavitud o la servidumbre no son instituciones jurídicas porque son injustas, pues no sabemos ni podemos saber qué es la justicia en todo tiempo y lugar.

Otros autores sostienen que la persona es el ente capaz de tener derechos y obligaciones. Ahora bien, ¿dónde se encuentra ese ente?, ¿cómo podremos conocerlo fuera del derecho?, ¿qué es lo que nos puede permitir hablar de él objetivamente? Todas estas preguntas se quedan sin respuesta, si paramos mientes en que tal supuesto ente no es ni puede ser el hombre de la biología, el bípedo implume, porque al mismo sólo podemos conocerlo de una manera determinista, esto es, en la relación forzosa y necesaria de causalidad, o sea, que el hombre no es libre, sino determinado por esencia; y como el deber jurídico sólo puede dirigirse a sujetos libres, el destinatario de obligaciones de derecho no puede ser la unidad biológica hombre.

Tampoco es posible aceptar que la persona sea un substrato del propio derecho, pues las cosas no existen en sí mismas sino en el conocimiento. De la afirmación relativamente correcta de que las cosas no son ninguna de sus cualidades objetivas, aisladamente consideradas, no es racionalmente legítimo inferir que son algo diferente de esas cualidades, que existen en sí, pues la inferencia correcta es que son la unidad omnicomprensiva de todas sus cualidades posibles. Así, esta hoja de libro, que podemos definir como: rectángulo, blanco, liso, de papel, etcétera, no es ninguna de estas cualidades, pues no resulta exhaustivamente identificable con lo rectangular, la blancura, lo liso ni el material de que está hecha, pero no es algo en sí, sino la reunión de las citadas características y de todas las demás que podamos ir determinando objetivamente al respecto. De igual manera, aun cuando la persona jurídica no es exhaustivamente ninguna de las facultades u obligaciones que la constituyen, sí es la unidad omnicomprensiva de las que tenga en un cierto momento y de las que pueda ir adquiriendo posteriormente. Luego, *la persona* no tiene derechos y deberes, sino que *es derechos y deberes*, o sea, un centro ideal de imputación normativa. Por tanto, la persona no es sino una pura función metódica del conocimiento jurídico, para entender en unidad los diversos grupos de normas de derecho que imponen deberes y, en muchas ocasiones, otorgan facultades. Cada uno de tales grupos de normas constituyen lo que se llama una persona, que es un concepto esencialmente dinámico, pues si no pensamos a la persona como acción, como ejercicio o no ejercicio de derechos y como cumplimiento o no cumplimiento de deberes, no sabríamos cuándo estamos frente a uno y no dos o más sujetos de derecho, pues nada nos garantiza la unidad de un

complejo de normas, fuera de la actividad. Entender la unidad de la persona como algo estático, es substantivizarla metafísicamente al hacerla un ente, una substancia, una cosa en sí.

La unidad del sujeto de derecho proviene de la unidad de la acción y en ella tiene su más profundo fundamento. Está ante todo fuera de duda, que aún más que el objeto es el sujeto de derecho, el que constituye el problema peculiar de la jurisprudencia. Él es en todos los actos jurídicos no sólo el contenido al cual se orientan, es simultáneamente la fuente originaria de donde tienen que ser canalizados. El pensar planificado y consciente tiene como supuesto a la acción, al acto jurídico. Este supuesto no se limita al problema de la acción, incluye también al sujeto creador, al actor de esta acción.⁶

Ahora bien, para entender mejor a la persona como función metódica del conocimiento jurídico, es preferible hablar de personalidad que de persona, pues esta segunda expresión lleva implícitos profundos resabios metafísicos. El substantivo gramatical sugiere la idea de un ente. La expresión adjetiva invita mejor a pensar en una pura relación de conocimiento. Es más claro el juicio que se refiere a la circularidad que al círculo, a la triangularidad que al triángulo, a la personalidad que a la persona, pues ni el círculo ni el triángulo ni la persona son cosas sino funciones.

Entonces, como la persona es acción, sólo es pensable dentro del acto jurídico, en el cual se encuentra siempre vinculada a un objeto de derecho, es decir, a una cierta relación jurídica de compraventa, arrendamiento, hipoteca, matrimonio, delito, servicio, mutuo, parentesco o cualquier otra. El objeto de derecho se constituye en las relaciones comerciales y contractuales que son llevadas a cabo en los actos jurídicos. La unidad exigida por el concepto de este objeto consiste en el carácter de relación de este acto de las obligaciones.⁷ Por esto es que el *hecho jurídico* se define como *aquel donde un sujeto de derecho se relaciona con algún objeto de derecho*, dentro del acto jurídico.

La relación de sujeto y objeto no es imputativa como piensa Stammler. El objeto no es imputado al sujeto en el acto jurídico, sino que simplemente es vinculado a aquél, relacionado jurídicamente con él. El acto jurídico no imputa nada porque no es voluntad normativa. Por tanto, este núcleo de categorías es más correcto designarlo con los términos: Persona, Objeto y Vinculación, que con la expresión: Persona, Objeto e Imputación. Pero preferimos respetar la terminología stammleriana por razones históricas.

En consecuencia, por persona sólo puede entenderse con necesidad racional y exigibilidad universal, a un conjunto unificado de normas jurídicas. El principio de unificación de tales normas lo constituye la acción (ejercicio o no ejercicio de derechos, cumplimiento o incumplimiento de deberes), y no el ser humano de la biología como acriticamente afirma el jefe de la Escuela de Viena.

⁶ Cohen, Hermann, *Ethik des Reinen Willens*, Introducción, inciso 74.

⁷ Cohen, *obra citada*, inciso 74.

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Cuarto: La norma jurídica</i>	81
1. La ley de la naturaleza	81
2. La regla de la técnica	83
3. La norma de la conducta	84
4. Las partes del juicio	85
5. La norma de derecho como juicio hipotético	86
6. Estructura lógica del derecho	87
7. Juridicidad. Antijuridicidad. Inviolabilidad	89

CAPÍTULO CUARTO

LA NORMA JURÍDICA

Si la juridicidad es ser con arreglo a derecho, la antijuridicidad es también ser con arreglo a derecho, la diferencia estriba en que... la juridicidad es ser *positivamente* con arreglo a derecho.

GLLMO. H. RODRÍGUEZ

1. LA LEY DE LA NATURALEZA

La ley natural, expresión lógica del ser empírico, se caracteriza por implicar una relación de forzosidad para los fenómenos naturales, para los hechos. Es decir, un fenómeno sólo puede estar sujeto a una ley natural y, consecuentemente, sólo puede ser tal fenómeno, en cuanto necesariamente ocurre como lo enuncia esa ley. Por esto se dice que la relación de causalidad natural descansa sobre la hipótesis de la determinación absoluta, pues ésta es indispensable para concebir al ser como tal ser, ya que si pudiera dársele de otra manera no sería un ser sino un deber.

De acuerdo con las modernas concepciones de la física, la ley natural sólo expresa con un alto grado de probabilidad el acaecer causal de los fenómenos. O sea, que no es tan indefectible el acontecer natural como antaño se creía, pues si así fuera, al no encontrarse ninguna regularidad absoluta en el campo de la naturaleza, ya no habría ley natural alguna, por cuanto el concepto tradicional de la misma no puede admitir que siga valiendo como tal cuando existe una sola excepción a ella. Pero es el caso que a casi todas las leyes físicas se les han encontrado excepciones y, sin embargo, se les sigue considerando válidas. Ello es así porque, como apuntamos, la ley natural no es la expresión de un acaecer absolutamente rígido, uniforme e inflexible en todos los ámbitos del conocimiento natural, sino la formulación de una simple posibilidad estadística.

Por tanto, la ley de la naturaleza, aunque inviolable, como mera expresión probabilística, ya no es inexcusable. Para entender esto conviene acudir a una ejemplificación sencilla. La ley de la gravitación universal de la física newtoniana (los cuerpos se atraen en razón directa de sus masas e inversa del cuadrado de sus distancias), no se cumple exactamente cuando la aplicamos al cálculo del desplazamiento del perihelio de Mercurio, ya que la rapidez del mismo es mayor en 43 segundos de arco por siglo, de la que se había calculado según esa ley. Y aun cuando esta pequeñísima diferen-

cia la explica hoy satisfactoriamente la física relativista, no por ello ha dejado de considerarse válida la ley de Newton para el campo de los fenómenos cósmicos, aunque yerre en el mundo de lo macrocósmico.

Otro caso es el siguiente:

Si dos cuerpos de diferentes temperaturas se ponen en contacto, de acuerdo a las dos leyes de la termodinámica, la energía calórica pasa siempre desde el más caliente al más frío. Actualmente conocemos, gracias a los experimentos, que esta ley es tan sólo una probabilidad, pues especialmente cuando la diferencia de temperaturas entre los dos cuerpos es excepcionalmente pequeña, puede ocurrir que en este o aquel punto particular de la zona de contacto, y en un momento dado de tiempo, la propagación del calor tenga lugar en el sentido opuesto, es decir, desde el más frío al más caliente. La segunda ley de la termodinámica como es el caso de toda ley estadística, tiene una significación exacta únicamente para los valores medios correspondientes a gran número de acontecimientos similares, y no para el suceso en sí mismo.¹

Sin embargo, la estricta validez de la ley causal se mantiene para los casos individuales,

Pues métodos más minuciosos de investigación han demostrado que lo que nosotros llamamos propagación del calor de un cuerpo a otro, es un proceso muy complicado que tiene lugar mediante innumerables series de procesos particulares que son independientes unos de otros, y que denominamos movimientos moleculares. La investigación ha demostrado también que si presuponemos la validez de las leyes dinámicas para cada uno de estos fenómenos particulares —esto es, la ley de estricta causalidad— podemos llegar al resultado causal mediante este tipo de observación. En efecto, *las leyes estadísticas dependen de la aceptación de la estricta ley de causalidad aplicada a cada caso particular*. El hecho de que no se cumpla la regla estadística en los casos particulares no es, pues, debido a que no se cumpla la ley de causalidad, sino más bien a que nuestras observaciones no son suficientemente delicadas y exactas...²

Lo cual sólo permite a la observación anotar *grosso modo* el resultado. Lo anterior hace posible afirmar que las leyes naturales son únicamente leyes estadísticas, válidas con respecto a series numerosas de fenómenos, los cuales deben encontrarse enmarcados dentro de ciertos límites, pues no son idénticas las regularidades causales del mundo de lo cósmico, lo macrocósmico y lo microcósmico.

Lo antes expuesto no implica que en la naturaleza exista indeterminación o libertad, pues todo hecho natural se halla sometido al principio (no ley)

¹ Planck, Max, *¿Adónde va la ciencia?*, traducción de Felipe Jiménez de Asúa, 2ª Ed., Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1944, pp. 158-159.

² *Ibidem*.

de causalidad: idea de un orden necesario en el que ciertos fenómenos (causas) determinan indefectiblemente otros (efectos). “Todas las cosas que suceden presuponen un algo, a partir del cual se originan siguiendo una ley” (Kant). Si así no fuera, no se podría pensar a la naturaleza. Lo que ocurre es que existe una manifiesta imposibilidad cognoscitiva de fijar con la misma exactitud en el mundo de lo microscópico, la velocidad por una parte y el lugar por la otra:

Dónde una partícula o sistema de partículas en movimiento pueden localizarse en un determinado momento futuro; sabiendo su situación y velocidad actuales y las condiciones bajo las cuales el movimiento tiene lugar (ley de indeterminación de Heisenberg).

La ley (no principio) de causalidad, dice: “todos los sucesos en cualquier imagen física dada pueden ser absolutamente predichos si se conocen las condiciones de tiempo y de espacio”. Esto es lo que ha sido superado por la ley de indeterminación, no el principio de causalidad, pues como ya se vio, las leyes estadísticas dependen de la aceptación del estricto principio de causalidad, ya que los instrumentos destinados a las mediciones pueden influir sobre el resultado a que se llega durante el proceso de observación, especialmente cuando se trata de la observación de pequeños detalles, por lo que si alguno de estos fenómenos o serie de ellos, no pudiera ser observado sin producirse por el hecho mismo de pretender medirlo, su alteración esencial, entonces habremos de contentarnos con formular una ley estadística respecto a su comportamiento, sobre el supuesto inexcusable de que este comportamiento se realiza en relación de causa a efecto, aunque ni a aquélla ni a éste, nos sea dable conocerlos individualmente.

Así, pues, la ley natural admite excepciones.

2. LA REGLA DE LA TÉCNICA

La regla técnica, el tener que ser, se individualiza frente a la ley de la naturaleza, en tanto implica una relación de necesidad, no para los fenómenos sino para la cultura. Esto es, un determinado instrumento, una específica obra, sólo podrán ser alcanzados cuando el hacer y el obrar se sujetan a ciertas pautas de carácter técnico. Así, un soneto tiene que ser un poema endecasílabo de catorce pies de verso, pues si tiene más o menos sílabas, más o menos pies de verso no será un soneto. Por esto se dice que la regla de la técnica implica una relación de necesidad, ya que la misma constituye la estructura de toda obra cultural. Un automóvil tiene que ser un vehículo de tracción propia para ser automóvil, pues si pudiera serlo sin necesidad de realizar la regla técnica que lo determina como tal, no sería tal obra cultural.

Y la regla no se dirige a la conducta, como pudiera parecer a un obser-

vador superficial, en cuanto el mero hecho causal de acatarla o desobedecerla un individuo es totalmente irrelevante para la técnica misma, ya que ella sólo se objetiva en la obra realizada y, en consecuencia, malamente podrá hablarse de obediencia o desacato a la regla, porque si alguien pretendió hacer una cosa sin lograrlo, por no haberla construido tal como ella es, sólo metafóricamente puede hablarse de que desobedeció la regla que la constituye. Si nos proponemos hacer un soneto y realizamos una espinela o una octava real, podrá decirse que somos malos rimadores pero no que desobedecemos ciertas reglas de la métrica literaria, ya que las mismas no llevan la pretensión de ser acatadas sino, simplemente, la de configurar o estructurar un determinado tipo de poema. Es más, existe la regla matemática de que una serie de poliedros hexagonales, cubre mayor espacio con menor cantidad de superficies que cualquier otro de la geometría tridimensional, dando al conjunto mayor solidez y sin dejar espacios entre ellos, de la cual se puede deducir que así debe construirse para almacenar, por ejemplo, la mayor cantidad de miel con la menor cantidad de cera, y los panales de las abejas cumplen en sus celdillas esta regla; sin embargo, no puede decirse que las abejas obedecen tal regla, sino únicamente que sus panales la realizan. Claro es por no ser tales panales obra de la especie animal hombre, no se les denomina obra cultural, pero esto es totalmente arbitrario, toda vez que la cultura no tiene por qué considerarse racionalmente como un monopolio del bípedo implume.

Así como la ley natural objetiva los fenómenos y a ellos se orienta, así la regla técnica objetiva las obras culturales y a las mismas va enderezada.

La regla técnica es inexcusable en cuanto constituye la estructura de la obra cultural, la que no puede rehuir la regla y seguir siendo tal obra.

3. LA NORMA DE LA CONDUCTA

La norma, el deber, se caracteriza por implicar una relación de obligatoriedad para la conducta. Es decir, sólo se puede estar obligado a determinada conducta en cuanto es posible realizar la conducta contraria, en cuanto se es necesariamente libre frente al deber prescrito. Por esto se dice que la relación de imputación normativa descansa sobre la hipótesis de la libertad, pues ésta es necesaria para concebir al deber ser lógico como tal deber, ya que si el mismo se cumpliera necesariamente expresaría un ser y no un deber. Esto es, sólo puede estarse obligado a una conducta cuando el mandato implica y postula la posibilidad de que se realice la conducta contraria. Y aquí es conveniente afirmar que no hay para el conocimiento ninguna otra clase de deber, pues el llamado deber ser axiológico únicamente podría objetivarse a través del deber ser lógico.

De lo expuesto resulta que la norma de la conducta, como la regla de la técnica, no admite excepciones, en tanto que la ley de la naturaleza sí

las acepta. En efecto, la primera no puede tenerlas por cuanto las consecuencias normativas son, siempre y en todo caso, enlazadas a la realización del supuesto, independientemente de que esas consecuencias se hagan o no reales y efectivas, pues esto es algo que ya no interesa a la normatividad como deber sino a la realidad como ser. Si se realiza un robo (supuesto), inexorablemente se produce el deber de sancionar dirigido a un cierto órgano del Estado (consecuencia normativa), con lo cual ha concluido la jurisdicción del deber, sin que para tenerlo por cumplido, en el ámbito de la jurisprudencia, haya necesidad de investigar si el ladrón fue efectivamente castigado o pudo eludir la acción del derecho, pues esto ya no interesa a la ciencia jurídica, sino a una investigación natural causalista.

4. LAS PARTES DEL JUICIO

Las formas tanto de la norma de la conducta como de la regla técnica y de la ley natural, de ninguna manera constituyen ni pueden constituir formas diversas del juicio lógico, sino sólo modalidades empíricas del mismo, pues todas ellas pueden ser reducidas a la forma única de la judicación, de la ecuación de conocimiento: objeto y predicado. En efecto, las formulaciones más generales de norma, ley y regla son, respectivamente, las siguientes: Si A es, debe ser B; si A es, es B; y si A es, tiene que ser B. Y las tres se componen exclusivamente de problema u objeto(A) y de predicado o solución(B), sin que en ninguna de las tres formulaciones varíe lo más mínimo esta relación. Lo que cambia es la forma de la relación pero no la relación misma, la manera como el predicado se dirige al objeto, pero no el hecho de que aquél siempre y en todo caso se dirija a éste.

La lógica tradicional, que considera al juicio compuesto de tres elementos: sujeto, cópula y predicado, es la única que podría considerar distintas lógicamente esas tres formas empíricas de juicio, pretendiendo que existe una lógica autónoma para cada una, porque existen tres tipos diversos de cópula, siendo que ésta no es un elemento independiente de la judicación, pues apenas si se la puede comprender como el modo en que el predicado se dirige al objeto del conocimiento. Además, esta lógica tradicional se fundamenta en postulados metafísicos, pues afirma la existencia independiente de elementos inconexos: el sujeto y el predicado, inventando la cópula para enlazarlos, cuando que sujeto y predicado se correlacionan y codeterminan forzosamente. Si esto no fuera así, sujeto y predicado tendrían que ser pensados como conceptos perfectos anteriores al juicio, anteriores al conocimiento, preteóricos, lo que es claramente metafísico y, por ende, anticientífico. El juicio no es relación de conocimiento entre sujetos cognoscentes y objetos cognoscibles, sino que es el propio conocimiento, en cuanto objetiva, como psicología natural, al sujeto cognoscente, y como cada ciencia en particular, al objeto cognoscible por la misma. Luego, las partes del juicio: objeto o problema y predicado o solución, se encuentran indisolublemente

unidas en cuanto tales, por lo que no requieren de ningún enlace extraño a ellas mismas, como lo sería la cópula, que sólo existe en función del predicado o concepto y formando parte de él.

5. LA NORMA DE DERECHO COMO JUICIO HIPOTÉTICO

El carácter de la regla de derecho como un imperativo hipotético, es generalmente aceptado por los pensadores de todas las posturas. Sin embargo, podría pensarse que existen casos de frontera en los cuales el carácter hipotético de la norma jurídica pudiera ser puesto en crisis. En efecto, el propio Hans Kelsen dice que:

Quando una corte penal establece que determinado individuo es culpable de tal o cual delito y le impone determinada pena, por ejemplo, dos años de cárcel, el tribunal crea, sobre la base de la norma hipotética general, la norma individual de que el acusado debe ser privado de su libertad personal durante dos años. La norma especial es en este caso incondicional.³

Ahora bien, la norma jurídica tiene el carácter de hipotética, porque de la realización de ciertas condiciones, de cierto supuesto, hace depender una sanción. Y este carácter de condicional corresponde a toda norma de derecho sin excepción. En efecto, el jurídico es un sistema dinámico de normas, en el que a la aplicación de las de superior jerarquía, corresponde la creación de las normas jerárquicamente inferiores; sin embargo, este punto de vista dinámico es sólo explicativo, esto es, descriptivo del fenómeno jurídico. Para conocer el derecho es preciso contemplarlo simultáneamente en todo su desenvolvimiento, es decir, es menester mirarlo como si fuera un sistema estático. Y desde este punto de vista, la auténtica norma jurídica no es ni la superior ni la inferior en concreto, sino ambas en su total desarrollo. O sea, la verdadera norma jurídica no es el precepto constitucional que regula la creación de la norma general, ni es tampoco ésta que determina la constitución de la norma especial, ni menos esta última que sólo establece los últimos actos de ejecución del derecho, sino todo el proceso ya terminado y desenvuelto. Y esto lo sostiene el propio Kelsen al explicar la naturaleza del derecho constitucional, cuando dice que “en una exposición estática del derecho las normas superiores que integran la Constitución se hallan, por decirlo así, proyectadas, como partes, en las inferiores”.⁴ Es decir, los preceptos constitucionales son normas jurídicas en tanto establecen ellos mismos una sanción o, también, cuando su incumplimiento se encuentra sancionado en preceptos de menor jerarquía y de ellos derivados. Por tanto, la norma especial creada en la sentencia penal, no es auténtica norma jurídica si la miramos aisladamente, y sí lo es, si la contemplamos en su nece-

³ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 40.

⁴ *Obra citada.*, p. 149.

saría conexión con las normas generales que regulan su creación. En consecuencia, la verdadera norma jurídica expresa siempre y necesariamente un imperativo hipotético y nunca uno categórico, esto es, que la norma de derecho es siempre condicional y nunca incondicional.

Aquí conviene aclarar que, si no se quiere incurrir en absolutismo, sólo puede hablarse de imperativo incondicional o categórico, como concepto límite necesario para entender lo condicional o hipotético, pues de otra suerte nos estaríamos refiriendo a un deber inexcusable o absoluto, lo que únicamente puede admitirse en una postura dogmática. Y es en este punto donde se localiza la incongruencia interna del pensamiento kantiano considerado en su totalidad, pues mientras postula por una parte el relativismo histórico para el conocimiento como lógica, por la otra se inclina en la dirección del absolutismo dogmático para el conocimiento como ética, por mucho que quiera disimularse tal cosa en un ropaje dialéctico. Enunciar el imperativo categórico así: *Obra siempre de tal suerte que la máxima de tu acción pueda ser elevada a principio de universal observancia*, es no decir nada, porque nada nos enseña, ya que no expresa cuál debe ser la máxima de nuestra conducta. Esto es como el dar cada uno lo que es suyo, pues no dice qué es lo suyo de cada uno. No se pretenda que la máxima de nuestra acción sea la lealtad a las propias convicciones, a la manera de la moral socrática, pues independientemente de que nada se adelanta con ello, ya que las propias convicciones son asunto eminentemente subjetivo, esta máxima no podrá ser elevada a principio universal frente al deber objetivo, que es el deber jurídico, el deber coercible.

6. ESTRUCTURA LÓGICA DEL DERECHO

Corre en nuestro medio jurídico una falsa versión, propalada tal vez inconscientemente, que con toda inexactitud expresa que, para Hans Kelsen, la estructura lógica de las normas del derecho puede resumirse así: “en determinadas circunstancias, un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta; si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción”.⁵ O en otro giro, “si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C”.⁶ Lo anterior no sólo es erróneo, sino que por el entrecomillado con que se le menciona, tal parece que se trata de un texto literal del autor de la teoría pura del derecho. Para demostrar la falsedad de esa afirmación, transcribiremos algunos párrafos que sobre el particular se encuentran en diversas obras kelsenianas:

Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica,

⁵ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 5ª ed., p. 169.

⁶ *Obra citada*, p. 192.

a un determinado supuesto de hecho o condición . . . La ley jurídica dice: si a es, debe ser b; mientras que la ley natural dice: si a es, es también b.⁷

Frente a las proposiciones “no se debe robar” y “si se roba, se debe ser castigado”, Kelsen expresa textualmente:

Respecto de esta segunda norma, que adopta la forma de proposición jurídica primaria, la primera es realmente superflua; tanto más si se considera que esta proposición “no se debe robar” —supuesto que el derecho es esencialmente un orden coactivo— no constituye más que la expresión abreviada de lo que determina la norma primaria: “si se roba, se debe ser castigado.”⁸

La regla de derecho y la ley natural difieren no tanto en los elementos que enlazan sino en la forma de tales enlaces. La ley natural establece que si A es, B es (o será). La regla de derecho dice: Si A es, B debe ser. La regla de derecho es una norma (en el sentido descriptivo del vocablo).⁹

Se supone que, al enlazar una sanción al acto antijurídico, la norma de derecho crea el deber de evitar ese acto, deber que puede también ser presentado en la forma de una norma separada que prohíbe el mismo acto. Según se dijo ya, la formulación de tal norma facilita indudablemente la exposición del derecho. Pero semejante procedimiento sólo es justificable si se tiene presente que la *única norma jurídica genuina es la sancionadora*.¹⁰ (El subrayado es nuestro).

“Si la ley natural dice: si A es, tiene que ser B, dice la ley jurídica: si A es, debe ser B, sin que con eso se enuncie alguna cosa sobre el valor . . .”¹¹

Si en atención al fin del orden jurídico se supone la exigencia de que los hombres deben comportarse de modo tal que eviten el acto coactivo amenazador, puede entonces resolverse el orden jurídico en una suma de normas en las que aparece como mandada esa conducta que el orden jurídico tiene por fin, por ejemplo: no se debe matar, se debe restituir un préstamo recibido, etcétera. Pero es necesario tener presente que de ese modo queda sin expresión la relación con el acto coactivo que es esencial para el carácter jurídico de la norma.¹²

La acostumbrada idea de que dos deberes jurídicos, esto es, dos normas que están anudadas específicamente la una a la otra: 1: Debes conducirte de cierta manera; 2: y si te conduces de manera distinta, es decir, si vulneras el deber o norma señalado sub 1, debe aplicársete un

⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Legaz y Lacambra, 1951, p. 62.

⁸ *Obra citada*, pp. 67 y 68.

⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de García Máynez, 1949, p. 47.

¹⁰ *Obra citada*, p. 65.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Jorge G. Tijerina, 1946, p. 49.

¹² *Obra citada*, p. 57.

acto coactivo, no es atinada, porque no corresponde a la estructura del derecho positivo que esencialmente se presenta como ordenación coactiva.¹³

Esa radical censura entre una norma primaria y un precepto jurídico secundario que establece un acto coactivo para el caso de violación de la norma citada en primer lugar, no sólo es superflua sino que induce a error. Pues la función de obligar a una conducta adecuada, esto es, que evite la coacción, está cumplida por entero y plenamente por el precepto jurídico que ordena la coacción.¹⁴

Podríamos continuar transcribiendo textos de ocho o diez obras de Kelsen, para desmentir el aserto de que, para él, la estructura lógica de las normas del derecho puede expresarse mediante la fórmula "si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C", pero consideramos suficientes los asentados para mostrar al paciente lector, la forma impúdica en que se desnaturaliza una doctrina en su parte esencialísima, para después, cómodamente, manifestar un desacuerdo con la misma.

El punto de vista kelseniano sobre el particular, lo explica en idéntico sentido que nosotros el profesor William Ebenstein, en la magnífica exposición que ha hecho del pensamiento del maestro vienés.¹⁵

7. JURIDICIDAD, ANTIJURIDICIDAD E INVOLABILIDAD

La norma de derecho no puede ser violada en cuanto que las consecuencias normativas son, siempre y en todo caso, enlazadas a la realización del supuesto. Es decir, que el acto llamado antijurídico, que la llamada antijuridicidad, no destruye a la norma sino antes por el contrario constituye uno de sus elementos, pues tanto es la juridicidad característica de la conducta objetiva construida por el derecho, como la llamada antijuridicidad. Aquélla implica a ésta y ésta a aquélla, y ambas se comprenden sólo en el concepto de inviolabilidad que las abarca y unifica.

Si la juridicidad es ser con arreglo a Derecho, la antijuridicidad es también ser con arreglo a Derecho, la diferencia estriba en que en tanto la juridicidad es ser *positivamente* con arreglo a Derecho...¹⁶

La antijuridicidad es ser *negativamente* conforme a derecho. Esto hay que entenderlo a la manera platónica, es decir, que:

Lo que llamamos no ser, no es... lo contrario del ser, sino simplemente algo diferente de él... Por tanto, no admitiremos que la negación signifique lo contrario del término positivo. La palabra NO expresa solamente

¹³ Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, traducción de Francisco Ayala, 1946, p. 45.

¹⁴ *Obra citada*, pp. 45 y 46.

¹⁵ Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, traducción de J. Malagón y A. Pereña, 1947, p. 103.

¹⁶ Rodríguez, *obra citada*, p. 164.

algo que difiere de los nombres que la siguen, o más bien de aquellas cosas a que se refieren los nombres que van después de la negación.¹⁷

Además, la norma jurídica en sentido estricto, o sea la norma primaria kelseniana, no estipula directamente el deber jurídico, es decir, la conducta contravenida por el acto calificado como antijurídico, sino que el comportamiento debido lo expresa la norma jurídica secundaria, que no es otra cosa que la validez a *contrario sensu* de la anterior. Por tanto, el acto antijurídico no contraviene la norma primaria, sino que por el contrario constituye el supuesto al que la misma enlaza la sanción, o mejor, el deber jurídico de sancionar.

¹⁷ Platón, *El sofista o del ser*, t. xiv, Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid, 1927, p. 104.

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Quinto: La sanción</i>	91
1. Concepto de sanción	91
2. Norma primaria y norma secundaria	92
3. La esencia de la juridicidad	93
4. Los deberes absolutos	94
5. Coerción, sanción y coacción	96
6. Tipos históricos de sanción	97
7. La recompensa y el castigo	98
8. Supuesto. Consecuencia. Vinculación	101

CAPÍTULO QUINTO

LA SANCIÓN

No existe ningún criterio lógico para distinguir esencialmente la recompensa del castigo, por lo que como consecuencias normativas tan jurídico es el uno como la otra.

F.E.V.B.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

Ya el pensamiento tradicional se había percatado de que no podría encadenarse lógicamente ninguna serie de “demostraciones”, sino a partir de un “elemento fijo” que sirva de punto de partida, ya que de otro modo la serie tendría que pensarse como infinita y, naturalmente, como flotando en el vacío. Y esta consideración es correcta. Sin embargo, cuando el punto de apoyo, el “elemento fijo” se hace consistir en algo absoluto, entonces nos quedamos sin punto de apoyo ni “elemento fijo”, por cuanto lo que es absoluto para uno puede no serlo para otro y, entonces, sólo puede ser afirmado dogmáticamente que es lo mismo que decir subjetivamente, porque lo absoluto se presenta nada menos que como el fundamento de lo racional, por lo que malamente puede pretenderse la “demostración” de su verdad o validez como tal; en consecuencia, poner algo absoluto como punto de partida es lo mismo que poner algo subjetivo, es decir, que resulta tanto como no poner nada y dejar flotando en el vacío la cadena de los juicios.

Este punto de partida sólo puede ser, pues, un elemento provisionalmente fijo, una hipótesis heurística, un mero supuesto necesario para que el pensamiento científico pueda comenzar a desenvolverse, un juicio que se supone convencionalmente verdadero, en tanto no se muestre que conduce a resultados contradictorios o que no es apto para explicar suficientemente el fenómeno de que se trate. Éste ha sido el proceder de la ciencia desde Ptolomeo, Euclides, Galileo, Kepler y Newton, hasta Copérnico, Riemann, Lobachetsky, Einstein y Kelsen. Primero se afirman en un principio que suponen indubitable para, después, construir su ciencia sobre esa base, pero este principio aunque se supone fijo, no se supone absolutamente verdadero y está expuesto, en el continuo devenir de la historia, a ser visto como relativamente inútil (no como falso), tal como ha ocurrido con la geometría euclidiana y con la física de Newton. Claro está que en ocasiones los propios

creadores de la ciencia no son conscientes de la relatividad histórica de sus hipótesis, pero tal cosa carece de relevancia para el pensamiento científico.

Los estudios relativos al derecho carecían hasta ha poco tiempo de un punto de partida fijo que permitiera sistematizarlos como ciencia, motivo por el cual pensadores como Renard les negaron carácter científico (en nuestro medio el Dr. García Rojas niega la cientificidad de la jurisprudencia). Es hasta el siglo XIX cuando se comienza a tener clara conciencia, de que en la coercibilidad del derecho es donde puede hacerse radicar este principio fijo o *a priori*, que permite unificar teóricamente los conocimientos relativos al mismo. Y sólo en Hans Kelsen, jefe de la Escuela de Viena, cobra cuerpo la postulación lógica y rigurosa de la coerción, como principio *a priori* unificador de los distintos elementos que concurren a integrar el concepto del derecho.

De lo que se lleva dicho se desprende claramente, que sería ingenuo pretender siquiera la "demostración" previa de que la coercibilidad es la característica esencial del derecho, pues tal "demostración" estará constituida precisamente por la explicación total del fenómeno jurídico que se haga partir de ese principio, lo cual no impide sin embargo que podamos ponerlo en crisis, criticarlo, frente a las "objeciones" más importantes de que ha sido objeto.

Desde luego debe advertirse que por coerción entendemos aquí la circunstancia de que toda norma jurídica, para ser tal, establezca una sanción, es decir, enlace una consecuencia normativa a un determinado supuesto. Luego, la sanción no es otra cosa que la consecuencia del derecho, el efecto jurídico que la norma enlaza a la realización de un supuesto, cuando esta consecuencia o efecto puede ser objetivamente interpretado como una reacción de la comunidad política, del Estado, en relación con quien es jurídicamente determinado como autor del supuesto, como realizador del llamado acto antijurídico.

2. NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA

Siendo la coerción elemento esencial del derecho, la norma jurídica en sentido estricto, esto es, la norma jurídica primaria, tiene que ser precisamente la norma que sanciona (verbigracia: "el que mata debe ser castigado") y no la que derivativamente establece un deber (por ejemplo: "no se debe matar"), quedando esta última como norma jurídica secundaria.

Lo anterior resulta fácilmente comprensible, pese a lo cual se ha tratado de presentarlo como absurdo, fundándose en la "evidencia" de que la norma jurídica primaria es la que establece el deber, en tanto que la secundaria que sólo surge eventualmente, es la que sanciona el también eventual incumplimiento de dicho deber.

Para evitar polémicas ociosas, seguiremos este razonamiento hasta sus últimas consecuencias para ver a dónde nos conduce, aceptando por el momento

que la norma primaria es la que establece el deber. Ahora bien, si esto es así, podemos suponer que la norma secundaria o sancionadora no existe, sin que la norma primaria se vea afectada en forma alguna en su calidad como norma de derecho. Pero entonces, si se pregunta ¿por qué no se debe matar?, sólo podría contestarse que porque lo manda el derecho. Y si se indaga ¿por qué debe hacerse lo que manda el derecho?, no queda sino responder, en el mismo orden de ideas, que debe hacerse lo mandado por el derecho porque éste es bueno y justo, lo cual nos obliga a sostener también que todo orden jurídico es bueno y justo, así disponga lo que más repugne a nuestras personales aspiraciones de justicia, si no queremos incurrir en subjetivismo. Y aquí nos encontramos ante un absurdo, pues un legislador tan puede establecer la esclavitud, por ejemplo, como proscribirla, y ante ambos casos tendríamos que afirmar que el derecho es justo. Y si decimos que sólo debe obedecerse el derecho cuando lo que ordene sea en sí mismo justo, entonces no sabremos cuándo será acatado y dejaremos abierta la puerta al anarquismo, pues si pudiéramos a nuestro arbitrio acatar el derecho o dejar de hacerlo cuando lo que ordena nos parezca injusto, no podrían subsistir el Estado, la sociedad ni el derecho mismo.

Dejemos pues a los creyentes en que la norma jurídica primaria es la que establece el deber, el problema de optar entre alguna de las alternativas propuestas, porque polemizar con ellos ya no tiene ningún objeto, y continuemos con nuestra investigación.

3. LA ESENCIA DE LA JURIDICIDAD

Mostrado ya que la norma jurídica primaria es la norma sancionadora y no la que establece el deber; que la sanción no es compulsión psicológica sino una característica técnica del derecho; que la coerción no tiende a asegurar la eficacia del derecho sino sólo a caracterizarlo lógicamente; y que sin coercibilidad no puede existir normatividad objetiva, ya que un ser no puede dar origen a un deber, un hecho a un derecho; consideramos oportuno mostrar (no demostrar) cómo la coercibilidad, la circunstancia de que la norma enlace una sanción a un determinado supuesto, es lo que engendra la juridicidad de la propia norma.

En efecto, es ya un lugar común entre filósofos del derecho que una misma materia, esto es, una misma conducta, puede ser regulada en diferentes ámbitos temporales, espaciales y personales de validez por el orden jurídico o por el "orden" social, es decir, por las normas jurídicas o por las "normas" del trato. Un ejemplo típico de esto lo tenemos en la conducta constitutiva del saludo: en la milicia y en la marina el saludo es un acto regulado por el derecho, en la sociedad civil el mismo acto es regulado por las "normas" de la cortesía. Ahora bien, ¿cómo podemos saber objetivamente que las normas que regulan el saludo en la comunidad castrense son jurídicas, esto es, son verdaderas normas, y que no lo son las que regulan esa misma conducta

en la sociedad civil? Únicamente porque las primeras son coercibles, por que enlazan una sanción política a la realización de un supuesto, en tanto que las segundas no son coercibles, no enlazan sanción política alguna a la realización de un supuesto. Ciertamente es, empero, que el incumplimiento de una "norma" de la cortesía puede traer aparejada una sanción, pero la misma nunca podrá tener carácter político, ya que no es posible interpretarla como una reacción de la comunidad política, del Estado, en relación con el infractor. Luego la juridicidad de la norma de derecho estriba en su coercibilidad, es decir, en la circunstancia de que enlaza una sanción política a un determinado supuesto, por lo cual es posible afirmar a la sanción política como la esencia de la juridicidad.

Se dice que la norma que conceptualiza al robo como "apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley", es una norma jurídica por cuanto establece el deber para los órganos del Estado, de considerar dicha conducta delictuosa. Sin embargo, el robo no siempre es delito, porque para que una acción u omisión pueda ser considerada como delictuosa, es menester que a la misma pueda legalmente imputársele una pena, lo que no siempre ocurre en el caso del robo. En efecto, no escasean los ejemplos históricos para mostrar que el robo no siempre ha sido penado, como sucedía en la instrucción de los efebos espartanos que eran inducidos a robar para conseguir el desarrollo de su habilidad. Pero no es preciso ir tan lejos para hallar ejemplos típicos de robo sin castigo, cuando nuestro propio Código Penal mexicano de 1931 establece, en su artículo 379, que "no se castigará al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento". Y no se diga que dicho precepto sólo estatuye una excluyente de responsabilidad con relación al autor del hurto y que, consecuentemente, esa conducta es siempre delictuosa aun cuando no se encuentre penada, pues con ello se desnaturalizaría el concepto de delito, entendido como la acción u omisión sancionada con una pena, esto es, *mala prohibita*. Por consiguiente, el precepto que conceptualiza al robo es jurídico, en cuanto el robo mismo constituya el supuesto de una sanción, pero no lo es si esa propia conducta carece de sanción, por lo que dicho precepto sólo establece uno de los supuestos de tal delito (norma definitoria lo llamaría el pensamiento jurídico que se apoya en la teoría tradicional del conocimiento). Del análisis anterior se desprende, pues, que la juridicidad de la norma de derecho depende de su coercibilidad, de la circunstancia de que enlace una sanción a la realización de un cierto supuesto.

4. LOS DEBERES ABSOLUTOS

Fundados en la creencia errónea de que la norma jurídica primaria es la que establece el deber, y no la que sanciona, algunos autores expresan que

el supuesto para que se realice la sanción es un supuesto secundario, ya que consiste, según ellos, en la inobservancia de un deber a cargo del sujeto sancionado; que la obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de primario; que si esta obligación se cumple voluntariamente, el supuesto secundario no se realiza y la sanción no puede imponerse; que así como se habla de supuestos primarios y secundarios, puede hablarse también de deberes primarios y secundarios y que de lo anterior resulta que el deber cuya inobservancia determina la obligación de sancionar, es primario, en tanto que la sanción es un deber derivado, una consecuencia jurídica secundaria.

De lo expuesto se concluye que la sanción es “la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado”,¹ considerando que aquélla no es la única consecuencia de derecho derivada del incumplimiento de las normas jurídicas, ya que puede haber otras como, por ejemplo: a) el deber impuesto a ciertos órganos estaduales, de aplicar las sanciones establecidas por los preceptos jurídicos; b) el derecho de legítima defensa ante una agresión actual, violenta, sin derecho, etcétera; c) el derecho del trabajador de rescindir un contrato laboral por causas imputables al patrón; etcétera.

Claro está que todo lo anterior es inexacto por partir de la creencia, injustificada teóricamente, de que el deber jurídico primario es el que establece la conducta querida por el legislador. Pero nos ocupamos de ello por cuanto queremos mostrar que no sólo es una postura equivocada, sino también una doctrina que introduce elementos superfluos para explicar el fenómeno jurídico. En efecto, el deber de sancionar que tiene un órgano del Estado, no es una consecuencia derivada del incumplimiento de un deber primario y absoluto de respeto a la vida humana, por ejemplo, sino simple y sencillamente del hecho mismo que constituye el acto antijurídico, como podría ser el dar muerte a una persona pongamos por caso. Ahora bien, el deber del Estado de sancionar a un homicida, es una mera consecuencia del *matamiento hominis*, sin que sea indispensable, para explicar suficientemente este deber de castigar, hacer la suposición de que dicho *matamiento* infringe un deber primario de respeto a la vida, como gratuita e innecesariamente postula la doctrina de los deberes absolutos, los cuales pretende presentar como indispensables para entender el fenómeno jurídico. La facultad de legítima defensa, que nace a favor del agredido sin causa suficiente que la justifique ante el derecho, sólo puede ser entendida como una consecuencia jurídica, cuando se la considera como una de las sanciones posibles que el acto antijurídico de la agresión trae normativamente aparejado, es decir, como un uso jurídicamente autorizado de la fuerza y la violencia contra el agresor, como una reacción de la comunidad política realizada por la propia víctima del acto antijurídico.

¹ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, quinta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1953, p. 295.

Del mismo modo, el derecho de rescisión de un contrato de trabajo por actos imputables al patrón, únicamente podrá ser entendido como una consecuencia de derecho, a condición de que se le acepte previamente como sanción, como efecto normativo del acto antijurídico del patrón.

Luego, es posible explicar clara y suficientemente toda manifestación objetiva del derecho, sin recurrir a elementos extraños a este orden, como los deberes absolutos, a partir del principio de que la sanción es el elemento esencial de la norma jurídica.

El pensamiento científico no puede aceptar que un acto se encuentra sancionado por ser antijurídico, sino que precisamente tiene que postular lo contrario, o sea, que un acto es antijurídico por encontrarse sancionado. Lo primero implicaría la aceptación de la existencia metafísica de conductas antijurídicas en sí mismas, como los llamados delitos naturales, lo cual sólo puede postularse con un criterio absolutista, dogmático y antihistórico, pues no es posible señalar una sola conducta que en todo tiempo y lugar hubiese sido considerada como antijurídica. Esto es reconocido por iusnaturalistas a ultranza como Garófalo y Durkheim, y es fácil mostrarlo con un ligero análisis de las conductas tradicionalmente consideradas como delitos naturales, cuyos casos tipo son el homicidio, el robo y la violación, pues ninguna de estas conductas ha sido considerada siempre y en todo caso delictuosa. El homicidio en ocasiones hasta es un deber, como en los encuentros bélicos de las naciones. El robo ya vimos que no siempre es sancionado como delito. Y la violación tampoco es delictuosa en todo caso, como ocurre con el apoderamiento sexual forzado de la mujer dentro del matrimonio, pues esta conducta ha sido expresamente excluida por algunas legislaciones y aun por la jurisprudencia, de entre las que traen aparejada una sanción.

5. COERCIÓN, SANCIÓN Y COACCIÓN

Hemos hablado de la coerción y de la sanción y, por otra parte, es común la referencia a la aplicación coactiva del derecho. Sin embargo, coerción, sanción y coacción son cosas distintas. En efecto, la coercibilidad es aquella nota lógica o característica de la norma de derecho, consistente en que el precepto enlaza una sanción a la realización de un determinado supuesto. La sanción es la consecuencia de derecho o efecto jurídico, que puede ser interpretado como una reacción de la comunidad política en relación con el autor del supuesto. Y coacción es la ejecución forzada de la sanción, respecto del realizador del acto antijurídico, del autor del supuesto, cuando la misma no se cumple voluntariamente por éste.

Como se ve, los conceptos de coercibilidad, de sanción y de coacción se explican el uno en función del otro. Y esto es así porque se trata de conceptos supremos que, como tales, no pueden explicarse por otro superior. La coacción tiene carácter jurídico en sentido estricto, porque también es un concepto normativo y no un concepto causal, es decir, porque pertenece al reino

del deber y no al reino del ser, aun cuando la violencia ejercida por un hombre sobre otro sea una realidad natural y no una realidad jurídica, ya que tal violencia sólo puede ser estimada como coacción, esto es, como violencia legítima de individuo a individuo, cuando se la interpreta como ejecución forzada de una sanción.

La coacción ha revestido históricamente dos formas capitales: la ejecución forzada y la pena o castigo. Generalmente, la primera es aplicada sobre el patrimonio de la persona sancionada, y la segunda, sobre su individualidad psicobiológica con una finalidad afflictiva. Y decimos generalmente, porque también es posible una ejecución forzada dirigida sobre el individuo, cuando por ella se le obliga materialmente a realizar determinado acto, o una pena sobre el patrimonio, como en el caso de la multa o de la confiscación.

6. TIPOS HISTÓRICOS DE SANCIÓN

Clasificar las sanciones es una antigua preocupación de los teóricos del derecho que, sin embargo, no siempre se han percatado de que la cuestión corresponde a la teoría especial del derecho y no a la teoría general del mismo, es decir, a aquella investigación que se interesa por el derecho positivo histórico, y no a la que se ocupa de las condiciones de posibilidad de todo derecho positivo posible. Por ello es que a las diversas clasificaciones realizadas, sus autores les han pretendido dar casi siempre, un carácter teórico general que no pueden poseer por estar sujetas a las mutaciones del acontecer histórico. Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con la clasificación que mencionamos en el inciso anterior respecto a las formas de la coacción, pues históricamente el derecho positivo no siempre ha enderezado la ejecución forzosa sobre el patrimonio, ni el castigo sobre el individuo.

Hecha la advertencia anterior, consideramos conveniente proceder a una revisión panorámica de los diversos intentos de clasificar a las sanciones, aclarando de antemano que a todos ellos los consideramos históricamente válidos.

La más común de las clasificaciones conocidas es aquella que divide las sanciones en penales, civiles, laborales, administrativas, internacionales, procesales y, en fin, en tantas como materias concretas del derecho se quieran considerar. En una palabra, puede decirse que esta clasificación se encuentra compuesta por tantos apartados, como materias convencionales del derecho se establezcan. Sin embargo, la utilidad de la clasificación queda siempre en entredicho, por cuanto una misma especie de sanción es establecida por varias diversas ramas del derecho. Así, la privación de la libertad individual es prevista no sólo por las leyes penales, sino también por las civiles y las administrativas; estas últimas bajo la forma del arresto disciplinario.

García Máynez, combinando dos criterios distintos, considera que las sanciones deben clasificarse "atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación que existe entre la conducta ordenada por la norma infringida y la

que constituye el contenido de la sanción".² Y de este modo obtiene los tipos siguientes: *a*) sanciones que persiguen el cumplimiento forzoso de la conducta omitida; *b*) sanciones que procuran indemnizar al afectado mediante una prestación económica equivalente a la conducta omitida, y *c*) sanciones que sólo buscan el castigo del infractor con una finalidad puramente aflictiva. La utilidad de la clasificación anterior, pese a introducir un criterio más, no supera la que posee aquella que sólo atiende a la finalidad de la sanción, como veremos enseguida.

Este punto de vista también nos permite agrupar a las sanciones en tres tipos fundamentales: *a*) sanciones retributivas, *b*) sanciones reparativas, y *c*) sanciones "preventivas". Las primeras son las sanciones características del derecho primitivo, el cual tenía primordialmente carácter penal, y su ejemplo clásico lo tenemos en la Ley del Talión: diente por diente, ojo por ojo, vida por vida. Las reparativas son las sanciones características del derecho civil, cuyas normas generalmente no enlazan directamente la sanción a la realización del daño causado, como por lo común ocurre en el derecho penal, sino que la enlazan a la no reparación de este daño. Y las llamadas sanciones "preventivas" son las que se conocen en la legislación criminal contemporánea como "medidas de seguridad", aplicables a los enajenados, los toxicómanos, los reincidentes, los enfermos contagiosos y, en algunos países, a los mendigos, las prostitutas y los tahúres; estas sanciones consisten en reclusiones no penitenciarias, tratamientos médicos forzosos, cauciones de no ofender, prohibición de concurrir a un sitio determinado, traslados a otros centros de población, etcétera.

Algunos autores proponen adicionar esta última clasificación con un cuarto apartado, a efecto de incluir en él las llamadas sanciones premiales o recompensativas, de las cuales nos ocuparemos en el inciso siguiente. Sin embargo, nosotros consideramos que no es menester tal cosa, por cuanto esa especie de sanciones puede muy bien ser incluida en el primer apartado, correspondiente a las sanciones retributivas, ya que el premio o recompensa no es más que una retribución.

7. LA RECOMPENSA Y EL CASTIGO

Para Hans Kelsen, de las dos clases de sanciones que pueden señalarse como típicas:

La desventaja con que se amenaza para el caso de desobediencia (castigo en el sentido más amplio del término) y la ventaja prometida para el caso de obediencia (recompensa), la primera desempeña en la realidad social un papel mucho más importante que el de la segunda.³

² G. Máynez, *Introducción...*, p. 298.

³ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 18.

Por cuanto la técnica del castigo es preferida a la de la recompensa, como puede verse del orden social que todavía conserva un carácter esencialmente religioso y que se encuentra garantizado por sanciones trascendentes. Kelsen excluye a la recompensa como medida de coerción, diciendo que sólo puede ser coactivo el orden que trata de provocar la conducta deseada, mediante el establecimiento de sanciones consistentes en un daño aplicado al violador de ese orden, el cual puede hacerse radicar en la privación de ciertas posesiones, como la vida, la salud, la libertad o la propiedad. El orden coactivo como tal —dice el maestro vienés—:

Difiere de todos los otros órdenes sociales posibles, aquellos que establecen la recompensa más bien que el castigo como sanción y, especialmente, los que no establecen sanciones en absoluto y descansan en la técnica de la motivación directa.⁴

La técnica de la recompensa, como técnica de motivación indirecta, ocupa un lugar intermedio entre la técnica de motivación indirecta a través de castigo, técnica de coacción, y la técnica de la motivación directa, que supone la obediencia voluntaria.⁵

Aclara el jefe de la Escuela de Viena. Las sanciones, para él:

Son medidas coactivas únicamente en cuanto los individuos de que se trate son privados contra su voluntad de ciertas posesiones y, si es necesario, mediante el empleo de la fuerza física. En este sentido el derecho —nos dice— es un orden coactivo.⁶

Con esto Kelsen rechaza la recompensa como sanción jurídica, reconociendo empero que tanto el premio como el castigo son técnicas de motivación indirecta de la conducta.

Ahora bien, el hecho de que históricamente se haya preferido por el legislador del derecho la técnica del castigo a la de la recompensa, no excluye la circunstancia de que también históricamente hayan sido vistas como jurídicas, una serie de disposiciones que establecen como sanción un premio y no una pena. Es decir, explica mejor el fenómeno jurídico-histórico, la consideración de que tanto la recompensa como el castigo son consecuencias de derecho, que aquella según la cual sólo éste es efecto jurídico y no la otra, por cuanto aquí tendríamos que negar la juridicidad a multitud de normas que siempre han sido vistas como normas de derecho, truncando con ello el objeto de nuestra investigación, de manera semejante a como el iusnaturalista lo hace al negar juridicidad a las normas coactivas que estima injustas.

Además, no existe inconveniente lógico alguno en considerar sanciones jurídicas tanto al premio como a la pena, puesto que ambas consecuencias

⁴ Kelsen, *obra citada*, p. 19.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

normativas sólo difieren entre sí, por la mera atracción o repulsión psicológicas que producen y no por otro carácter. Es decir, algo que para un individuo es un daño para otro puede ser deseable. Para el menesteroso habitante de un clima frío, la reclusión carcelaria durante el invierno puede ser agradable, por permitirle sobrellevar con menos dureza lo crudo de la estación y de su propia miseria. La muerte que el Estado aplicaba a las esposas y privados de algunos monarcas orientales de la antigüedad, al ocurrir el deceso del príncipe, no era una pena sino un premio para éstos, ya que les permitía gozar con él las supuestas delicias especiales que, por su rango y condición, le estaban reservadas en una vida supraterrrenal.

En pocas palabras: no existe ningún criterio lógico para distinguir esencialmente lo que se llama recompensa de lo que se llama castigo, por lo que como consecuencias normativas, si el uno es de carácter jurídico, la otra también lo será. Y la mera circunstancia de que un determinado efecto normativo, sea enlazado a la realización de la conducta deseada por el legislador (recompensa), o a la conducta contraria de la querida por este mismo legislador (castigo), en nada puede hacer cambiar la naturaleza lógica de ese efecto, ya que la intención psicológica del autor de la norma es irrelevante para la caracterización esencial de un concepto jurídico.

La norma de derecho, pues, puede enlazar una pena o castigo como consecuencia jurídica, a la realización de un acto ilícito como supuesto jurídico, o bien, enlazar un premio o recompensa como efecto de derecho, a la realización de un acto meritorio como antecedente jurídico. En ambos casos se está enlazando a la realización de un acto llamado antijurídico, una sanción como efecto o consecuencia de derecho. Aquí conviene puntualizar que, para la teoría, la antijuridicidad no es violación o destrucción del derecho, sino precisamente lo contrario, o sea la condición misma de la juridicidad.⁷

Por lo dicho, claramente se comprende que la recompensa es una sanción retributiva del mismo modo que lo es el castigo, toda vez que ambos tienden a restablecer el equilibrio de las relaciones sociales, roto por el acto ilícito o el acto meritorio. En este último se estima que el autor del supuesto ha dado a la colectividad más de lo que se encontraba obligado jurídicamente a dar.

Llambias de Azevedo señala los siguientes ejemplos de retribuciones que son recompensas y no castigos: "la rama de olivo (Grecia) y el elogio y el galardón (España medioeval), el ascenso y el aumento de sueldos, la condecoración, las pensiones gratificables, las primas económicas y las exoneraciones", añadiendo que "si se nos pasan inadvertidas, es porque no han sido unificadas en un Código como las penas".⁸

⁷ Véase mi ensayo, *El principio de contradicción*, "Revista de la Facultad de Filosofía y Letras", México, 1955, Núms. 55-56.

⁸ Llambias de Azevedo, *Eidética y aporética del derecho, Prolegómenos a la filosofía del derecho*, Editorial Calpe, Buenos Aires, 1940, p. 48.

8. SUPUESTO, CONSECUENCIA Y VINCULACIÓN

Ya en el capítulo anterior hemos destacado el carácter condicional o hipotético de la norma jurídica, el cual consiste en que a la realización de ciertas condiciones, de cierto supuesto, enlaza una determinada consecuencia. O como dice Stammler, la regla de derecho "condiciona una cierta voluntad jurídica a un determinado hecho como a su fundamento jurídico".⁹

Ahora bien, la función de la norma jurídica es enlazar a la realización del supuesto, fundamento de derecho o causa jurídica, un deber jurídico, consecuencia de derecho o efecto jurídico. Esto es, que resulta preciso entender el supuesto y la consecuencia, el fundamento y la obligación, dentro de la relación que los enlaza lógicamente. Este enlace se realiza en virtud de la voluntad jurídica objetivada en la norma. Por esto, a tal forma de relación se le debe llamar imputación, ya que este término es el que mejor traduce el pensamiento de voluntad normativa, y no vinculación como hace Stammler. Pero como ya es norma en esta investigación, por razones históricas preferimos respetar la terminología stammleriana.

Sólo en la imputación de la consecuencia al supuesto, es donde se puede comprender el deber jurídico y el fundamento de derecho.

Hay que hacer notar que se imputa un hecho (la consecuencia jurídica) a otro hecho (el antecedente de derecho, la conducta del sujeto). En cambio, se vincula un objeto (la relación jurídica o negocio jurídico) a una persona (el sujeto de derecho). De manera que vinculación es el estar sometida la persona al orden jurídico, "cuando su conducta constituye el contenido de un deber jurídico, es decir, cuando con la conducta contraria de la debida va enlazada la coacción jurídica",¹⁰ y esta conducta contraria de la debida (hecho) es el fundamento de derecho o supuesto jurídico, al que la norma enlaza (imputación) la consecuencia jurídica (deber de sancionar).

⁹ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 314.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, p. 198.

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Sexto: La soberanía</i>	102
1. Noción de soberanía	102
2. Soberanía. Sujeción. Autarquía	102
3. Estado y derecho	103
4. Concepto de Estado	105
5. Derecho y Estado	106
6. Multivocidad del término Estado	107
7. Dualismo de Estado y derecho	109

CAPÍTULO SEXTO

LA SOBERANÍA

El Estado es el derecho, en cuanto la jurisprudencia nos proporciona la pauta metódica para arribar al concepto de lo estatal.

F.E.V.B.

1. NOCIÓN DE SOBERANÍA

La soberanía sólo puede ser calidad de un orden, el cual es soberano en cuanto delimita los ámbitos de validez de los restantes órdenes que, por ello, por estar restringidos en sus alcances por un orden superior, no son soberanos. Por tanto, es imposible concebir dos o más soberanías yuxtapuestas en diversos Estados positivos; menos resulta pensable que la soberanía pertenezca a un pueblo o a un gobernante.

2. SOBERANÍA, SUJECIÓN Y AUTARQUÍA

La soberanía es la cualidad del derecho de ser jurídicamente válido por sí mismo, es decir, de manera plena y sin condición alguna, pues si la tuviera no sería soberano. "La soberanía es la sujeción inexcusable al derecho que es, como soberanía, jurídicamente válida *per se*".¹ O como sostiene Kelsen:

La soberanía... significa que el orden jurídico estatal es supremo, comprendiendo a todos los restantes órdenes como órdenes parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos, sin ser a su vez determinado por ningún orden superior: es un orden unitario y único, desde el momento que excluye a los restantes órdenes.²

Por lo tanto, la soberanía debe entenderse como la propiedad lógicamente necesaria de todo orden jurídico que se suponga válido, es decir, que sea visto como derecho vigente. Y, así, esta propiedad no puede ser otra sino que al orden propuesto a la investigación se le suponga como orden supremo, en el sentido de que su validez no se funde en ningún otro orden.

Ahora bien, la soberanía es tanto una propiedad del Estado como del de-

¹ Rodríguez, Guillermo H., *Ética y jurisprudencia*, p. 159.

² Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, p. 142.

recho, si atendemos a que el Estado es el derecho, en el sentido de que sólo a través de éste es conceptualizable aquél. En efecto:

La teoría del Estado es necesariamente Teoría Jurídica del Estado. La metódica de la Teoría del Estado consiste en la Jurisprudencia. Por más que otras ciencias tengan que concurrir para constituir el concepto de la ciencia del Estado, con todo, es indiscutiblemente la Jurisprudencia la que forma el fundamento metódico.³

Es decir, que el Estado como realidad social sólo puede ser objetivado a partir del derecho, que lo concibe como orden normativo jurídico, para que otras ciencias nos expliquen como referidos a él, los diversos elementos conceptuales que lo van construyendo como tal Estado. De donde resulta que es la jurisprudencia la ciencia que nos proporciona la pauta metódica para arribar al concepto de Estado.

Frente al de soberanía y como un concepto condicionado por éste, se encuentra el de sujeción o subordinación. Es decir, que si la soberanía es la propiedad del orden jurídico que nos permite contemplarlo como orden supremo, en cuanto su validez no deriva de ningún otro orden, es necesario suponer que la validez jurídica de todo elemento parcial del derecho, o sea del Estado, proviene de la subordinación o jerarquización que hace depender unos de otros tales elementos parciales, los que encuentran su radical fundamento objetivo en la soberanía o supremacía del orden estadual.

Por último, el que todo elemento jurídico parcial valga por otro al que se encuentra sujeto y que, sin embargo, el orden jurídico total valga *per se* por ser soberano, es lo que da al derecho el carácter de autárquico. Autarquía es pues autonomía, es sujeción y es soberanía, pues estos conceptos se encuentran unificados y a la vez diferenciados por aquél. La sujeción es un concepto sintético que nos permite conocer o construir el derecho a partir de sus elementos parciales, ascendiendo metódicamente hasta su radical fundamento objetivo en la soberanía. Y éste es un concepto analítico que nos permite hacer regresivamente el mismo recorrido.

3. ESTADO Y DERECHO

Casi nadie ha comprendido en su plena funcionalidad, el postulado de la igualdad entre el Estado y el derecho. Se piensa, como Heller,⁴ que al afirmar esa identidad se pretende elaborar una teoría del Estado sin Estado, que éste se reduce íntegramente al derecho, que los fenómenos sociales en general y los económicos, políticos, religiosos, artísticos, etcétera, en particular, se dejan fuera de la realidad estadual, mutilándola en principio. Esta desinterpretación parte del error de pensar que si el Estado es el derecho,

³ Cohen, *Ethik des Reinen Willens*, Introducción, inciso 61.

⁴ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, 1955, pp. 48 y 68.

no puede ser ninguna otra cosa, cuando que lo que quiere decirse con ello, es que: "La teoría del Estado es necesariamente teoría del Derecho político", teoría jurídica del Estado; y que "El método de la teoría del Estado se halla en la ciencia jurídica". Es decir, que al Estado se le puede estudiar como realidad política, esto es, como técnica para escoger las causas (medios) adecuadas, para producir los efectos (fines) queridos por el legislador, los cuales coinciden con lo que jurídicamente debe ser; como realidad religiosa o política de cultos; como realidad económica: feudal, capitalista o comunista; como realidad artística: clásica, oriental, occidental, moderna, contemporánea, etcétera; o como cualquier otra especie de realidad que pueda determinarse además de las enunciadas. Sin embargo, este estudio presupone la determinación previa de lo político, religioso, económico o artístico, a través de categorías jurídicas puras, como realidades que únicamente pueden comprenderse en sentido histórico cultural, mediante conceptos de la metódica jurídica, y no merced a la simple relación causal. Un partido político, una ideología económica, una confesión religiosa, una escuela de arte, sólo existen como realidades causales con relevancia histórica, dentro de un marco jurídico, bien se encuentren reconocidas o bien proscritas por el derecho positivo, y no como puras realidades causales, pues ¿cómo podría hablarse de una relación de mando fuera del orden jurídico, sino como un mero acto de fuerza, igual o semejante al que un animal realizase respecto de otra unidad biológica?, ¿de qué manera podría determinarse, fuera de la relación de imputación normativa, a propietarios y desposeídos, ricos y pobres, burgueses y proletarios, si sólo en cuanto personas de derecho son una u otra cosa?, ¿de qué modo sería posible hablar fuera de la comunidad de creyentes, que en tanto comunidad es de carácter jurídico, del fenómeno religioso o de aproximación a la divinidad, a no ser de un puro estupor animal frente a lo desconocido?, y ¿cómo se determinaría la obra de arte como tal, sin la consagración histórica social de la misma en un cuerpo jurídico? De ninguna forma objetiva, pues lo social en el sentido que interesa a la historia de la humanidad, no es sino lo social jurídico, por no existir lo social natural como algo distinto de la pira o el rebaño. Luego, al identificar Estado y derecho, al señalar a la jurisprudencia como la pauta metódica para alcanzar el concepto de lo estadual, no se pretende hacer una teoría del Estado sin Estado, ni olvidar los fenómenos sociales en general, sino clarificar y depurar con nitidez el objeto de estudio de la ciencia política. El Estado es lo que la determinación jurídica del objeto nos permita concebir, del mismo modo que el Sol es lo que la determinación físico-matemática de este cuerpo celeste, nos hace dable alcanzar en un momento histórico determinado. Y del modo que la astronomía contemporánea explica cómo son los diversos objetos siderales, así la jurisprudencia normativo empírica describe a los distintos Estados positivos.

4. CONCEPTO DE ESTADO

Para encontrar el concepto de algo no es posible partir de la nada, que nada es capaz de producir, sino que tenemos que hacerlo con apoyo en un *factum*, en una experiencia objetiva, y este punto de sustentación sólo se encuentra en la historia de las ciencias. Es, pues, en la ciencia del Estado históricamente considerada, donde debe comenzar nuestra búsqueda o investigación. Esta disciplina se ocupa de una problemática relativa al poder, el territorio, el pueblo, la Constitución, etcétera. Es decir, de conceptos que únicamente tienen un sentido histórico social en virtud de su determinación jurídica, pues el poder no es visto como fuerza física, sino como facultad de mando de una autoridad, ni el territorio como porción geográfica de tierra, sino como ámbito espacial de validez de un orden jurídico, ni el pueblo como conjunto de unidades biológicas, sino como ámbito personal de validez de este propio orden, ni la Constitución como pedazo de papel escrito, sino como sistema que establece las directivas generales de tal orden regulador. Todo esto hace que el Estado sea un deber y no un ser, una realidad normativa y no causal.

El Estado es así la personificación del orden jurídico, en cuanto éste lo fundamenta como el último centro ideal y no empírico, de imputación de todas las obligaciones y facultades. Decir esto no es agotar la determinación objetiva del Estado, como erróneamente interpretó Heller la doctrina kelseniana, al decir que “el logismo normativo que representan Kelsen y su escuela, al contraponer el deber ser, de carácter jurídico, al ser, de carácter social”, impide “que entre ellos exista modo alguno de relación”.⁵ Lo anterior es falso, la teoría pura del derecho no puede contraponer ser y deber, sino que simplemente sostiene que son caminos diversos del conocimiento, entre los cuales no puede haber contraposición alguna, como no la hay entre las proposiciones “a debe ser” y “no a es” (“no se debe robar” y “se cometen robos”), ni considera ningún ser de carácter social, pues concibe a la sociedad como ordenación normativa, como deber.

Ser y deber, causalidad y normatividad, no son ni pueden ser consideradas como dos realidades abismáticamente separadas, sino sólo como dos diversos métodos cognoscitivos, el primero de los cuales ordena todos los contenidos posibles de la conciencia científica, que no es la de A o la de B sino la del pensamiento objetivo en general, en relación de causa a efecto, o también, en relación teleológica, relación de medio a fin, en cuanto el medio no es sino una causa que se puede elegir, y el fin, un efecto que se aspira a alcanzar (Stammler). El deber es el método que enlaza esos contenidos de la conciencia trascendental (no trascendente en tanto no está más allá de la experiencia), en relación de imputación normativa, relación de supuesto a consecuencia.

El Estado sólo puede ser objetivado a partir del derecho, que lo determina

⁵ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, p. 202.

como orden normativo coercible, para que otras ciencias nos expliquen como a él referidos, los diversos elementos significativos que histórica y progresivamente van constituyendo su concepto. De lo cual resulta que el Estado es el derecho, en cuanto la jurisprudencia nos proporciona la pauta metódica para arribar al concepto de aquél. Esto es, que el Estado no es el derecho positivo, sino la personificación, la unidad lógica de todo derecho.

5. DERECHO Y ESTADO

De la misma manera que la pauta metódica para el conocimiento del Estado la proporciona la jurisprudencia, el concepto del mismo es una función teórica indispensable para el conocimiento del derecho, por cuanto constituye nada menos que la unidad personificada del orden jurídico, el centro de la imputación normativa, de la imputación de facultades y deberes jurídicos. El Estado es un orden, un sujeto de derechos y obligaciones, una persona, pero no persona en sentido substancial sino como puro entrecruce de relaciones normativas, lo cual hace de él una comunidad ideal y no real.

De la unidad del todo tiene forzosamente que derivar la relativa autonomía de sus partes, en cuanto sólo son tales por encontrarse constituidas en unidad dentro de la totalidad a que pertenecen. De tal manera, cada una de las normas que forman la totalidad del derecho, personificado en la unidad estadual, tienen que encontrarse referidas a la comunidad política para poder tener carácter jurídico. Esto es, que no pueden existir normas jurídicas que no se encuentren referidas al Estado.

Sobre este particular conviene aclarar uno de esos errores característicos del pensamiento ingenuo, consistente en querer ver normas de derecho que no hacen referencia a ningún Estado, como las del derecho internacional o las del derecho tribal primitivo. Aquí se comete el error de confundir a los distintos órdenes jurídicos positivos, modernos y contemporáneos, en los que se encuentran altamente diversificadas las funciones públicas, y que no son sino "Estados nacionales" en sentido jurídico normativo, con el Estado como función teórica del conocimiento jurídico, que no puede identificarse en forma alguna con el Estado inglés, francés o mexicano, sin incurrir en estatismo ideológico, en substancialización de un concepto puro: Hacer tal cosa es algo así como confundir la función del conocimiento matemático llamado círculo, con las ruedas reales que produce la técnica. El Estado y el círculo son relaciones ideales de conocimiento, son funciones puras que, si bien hacen posibles los Estados positivos y los objetos circulares, respectivamente, no por ello son sinónimos de los mismos. Esto es tan claro que casi da pena insistir en explicarlo, pero no queda otro camino ante las continuas reiteraciones de esa grave confusión.

En consecuencia, también en la descripción del derecho internacional y del derecho tribal primitivo, juega un papel explicativo la función metó-

dica del Estado, aunque aquellos órdenes jurídicos no hayan sido históricamente considerados como Estados positivos.

Esta situación es indispensable tenerla presente en todo momento, cuando se estudia a los clásicos de la filosofía del derecho, como Stammler y Kelsen, pues no siempre explicitan con minuciosidad su pensamiento. Así, Kelsen habla de "comunidad jurídica preestatal",⁶ pero es indiscutible que al hacerlo se refiere al Estado en sentido positivo y no en sentido metódico, pues no puede haber derecho sin Estado. La falta de pulcritud de los estudiosos de la jurisprudencia, en sus investigaciones, es lo que acarrea esas lamentables desinterpretaciones de la teoría pura del derecho, tan en boga en nuestro medio intelectual.

6. MULTIVOCIDAD DEL TÉRMINO ESTADO

Una de las causas que impiden la correcta comprensión del principio de la identificación progresiva de Estado y derecho, es la equívocidad de ambos términos. Históricamente se ha visto al Estado como ser o como deber, e igual cosa ocurre con el derecho. Pero si el Estado es un ser, sólo caben dos posibilidades al respecto, o se trata de un fenómeno empírico natural, determinable causalmente, o bien se le postula como un ente metafísico. Si lo primero, tendríamos que el Estado sería perceptible por los sentidos, que podríamos verlo, oírlo, o tal vez tocarlo. Sin embargo, esto no es así ni a nadie se le ha ocurrido afirmarlo seriamente, con excepción de los sostenedores del organicismo biológico, como Shaeffle, discípulo de Spencer, en su obra *Estructura y vida del cuerpo social*, y quizá también con excepción de Friedrich Karl von Savigny, que en cierto modo compara a las psiques individuales con los entes colectivos en general y el Estado en particular, al sostener que son como unidades psíquicas independientes de las psiques individuales, pero constituidas por las corrientes psicológicas coincidentes de los hombres de carne y hueso. En todo caso, no se ha logrado determinar objetivamente la realidad causal del Estado, y ello con independencia de que sería imposible hacerlo y postular, a la vez, que tiene alguna relación con el derecho como deber, porque la separación entre ser y deber, entre naturaleza y sociedad, es algo infranqueable si se considera que es el conocimiento el que determina al objeto, y algo que conociéramos causalmente como ser, no podríamos conocerlo normativamente como deber, porque entonces se trataría de una pura ilusión de identidad entre dos objetos radicalmente diferentes. Por esta misma razón, debe rechazarse la tesis de Jorge Simmel, que pretende asentar la unidad causal del Estado, en el fenómeno de la interacción individual o acción recíproca; así como la doctrina de Carlos Luis von Haller y León Duguít, que hacen descansar esa unidad en un mero complejo de relaciones de fuerza entre los individuos, de relaciones

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1950, p. 342.

ajurídicas de dominación entre gobernantes y gobernados. Si el Estado fuese un ser, habría que distinguir entre teoría sociológica del Estado, orientada causalmente, y teoría normativa del derecho, de carácter imputativo, lo que hace perder toda posibilidad de relacionar Estado y derecho en alguna forma, pues el método causal de la sociología naturalista, no puede determinar ningún objeto como idéntico a otro que fuera posible objetivar por el método normativo de la jurisprudencia, aun cuando a ambos se les llamase convencionalmente Estado.

Por esto resulta absurda la tesis de Jorge Jellinek, llamada doctrina de las dos caras o las dos facetas del Estado, en cuanto sostiene que, mirado en su vertiente social, el Estado puede definirse como "voluntad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio", y contemplado en su vertiente jurídica, como "corporación dotada de poder de mando originario y asentada sobre un territorio", o bien, como "corporación territorial dotada de un poder de mando originario". Si el Estado es un ser, no puede concebirse en la dimensión del deber, de la normatividad, del derecho. Sin embargo, Jellinek lo define jurídicamente tanto cuando lo contempla en la vertiente que él llama jurídica, como cuando lo estudia en su "vertiente social", pues la "voluntad de asociación", si no ha de dejársela en la pura subjetividad de su dimensión psicológica, sólo puede ser voluntad de la norma, voluntad jurídica, y no voluntad de hombres; el poder es la validez del derecho; las relaciones reales de dominación constitutivas de la comunidad política, del Estado, son las que se dan en nombre del propio Estado, o sea, las que derivan de mandatos expedidos de acuerdo con un ordenamiento válido; y por último, el territorio no es una porción geográfica de tierra, sino el ámbito espacial de validez del derecho. Entonces, bien o mal, Jellinek define al Estado, en ambos casos, como un deber y no como un ser.

Y si pretendiésemos afirmar al Estado como una realidad metafísica a la manera del organicismo ético de Tomás de Aquino, para quien el Estado no es una suma de partes individuales, sino que es un todo organizado, algo que constituye como un organismo, cuyas partes son miembros y no meramente agregados, una unidad de lo social orientada por el supremo fin del bien común: o bien, del organicismo también ecitista de Juan Jacobo Rousseau, para el que todo acto de asociación produce un cuerpo social y colectivo, el cual se encuentra integrado por miembros individuales, siendo sin embargo como un sujeto común; tendríamos únicamente un dogma, una afirmación subjetiva, la nada en una palabra, por cuanto se postularía una realidad trascendente a la experiencia objetiva, que es la experiencia determinada o "construida" por vía racional. Lo trascendente es, por esencia, improbable por el conocimiento, ya que se encuentra más allá de él, y sólo que le supiésemos gratuitamente a éste una capacidad milagrosa, podría explicarse que comprendiera algo que no le es asequible por serle externo. O en resumen: toda metafísica es objetivamente imposible, dado que hace

dependen lo racional: el conocimiento, de un irracional: el objeto en sí. La metafísica no es ciencia, porque tiene que partir de una convicción subjetiva, de una *doxa*, lo que priva a toda su construcción de necesidad racional y exigibilidad universal.

De las concepciones históricas nos queda así, únicamente, como susceptible de legitimarse por el pensamiento científico, la que considera al Estado como deber, como orden, del modo que ya lo había reconocido Aristóteles desde la antigüedad,⁷ al identificarlo con la Constitución. Por tanto, si el Estado es un orden y el derecho también, ambos se identifican en la forma que al principio se ha explicitado.

Empero, no siempre se ha visto el derecho como orden, como deber, sino que también se le ha tenido como realidad natural, como ser. Ésta es la posición de todas las escuelas del derecho natural, que hacen del derecho un mero postulado ideológico político o religioso, determinado por la idea peculiar de justicia que cada una de tales escuelas profesa. Así se sostiene que el Estado en sentido positivo, o sea, como orden normativo, debe ser de tal o cual manera, prescrita por el "orden jurídico natural", con lo que si el derecho es ser, al Estado se le convierte en un deber. Pero como no existe ningún criterio objetivo de lo justo, cada diversa pauta de justicia posee el mismo derecho histórico que las demás y, por ende, no tiene ninguna función teórica que realizar para determinar racionalmente al derecho como objeto de conocimiento. Aquí conviene subrayar que la fórmula que define a la justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo, es lo mismo que decir: La justicia es la justicia, porque no aclara ni puede aclarar qué es lo suyo de cada quien.

7. DUALISMO DE ESTADO Y DERECHO

Para admitir que el Estado y el derecho son cosas distintas, que el primero crea o es creado por el segundo, o que aquél es una realidad polarmente condicionada por éste (Cohn y Heller),⁸ tendría que admitirse también que el Estado es una realidad natural, lo que ya vimos que resulta imposible.

Heller sostiene que ni Estado ni derecho constituyen un *prius* lógico uno respecto del otro, sino que son entidades en correlativa vinculación, en inescindible y típica conexión dialéctica, objetos que se condicionan polarmente.⁹ Ahora bien, esta pretendida dialéctica que no es sino metafísica, considera al Estado como una realidad causal y normativa simultáneamente, como algo dado frente a estas dos rutas cognoscitivas y, por ende, rígido e inmutable en cuanto a su esencia (metafísica). La verdadera orientación dialéctica obliga a considerar Estado y derecho en la misma dirección de cono-

⁷ Aristóteles, *Política*, 4ª ed., Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946, Libro III, cap. I *in fine*.

⁸ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, p. 209.

⁹ *Op. cit.*, pp. 206 y 209.

cimiento, por lo que la “típica conexión dialéctica” que media entre ambos y de la cual habla Heller, no puede ser otra que la de identidad, pero no identidad tautológica sino progresiva.

Decir con Heller “que la hipótesis de una falta de relación entre el ser y el deber ser sociales” es una falsa hipótesis, y que pese a que son “elementos antagónicos que no pueden ser referidos ni el uno al otro, ni ambos a una común raíz lógica”, pueden sin embargo, “ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social”,¹⁰ es expresar un verdadero galimatías. En primer lugar, la imposibilidad de relacionar ser y deber no es una hipótesis sino una consecuencia de la propia distinta estructura de ambos métodos. En segundo término, resulta inexacto que ser y deber sean antagónicos, pues son simplemente diversos caminos del conocimiento. Y, por último, no existe ninguna ordenación normativa social que sea esencialmente diferente de la normación jurídica, pues el deber ser mismo como relación lógica de supuesto a consecuencia, y no teleológica de medio a fin (que es la propia relación causal), es una determinación del pensamiento jurídico, realizada merced a la hipótesis heurística de la norma fundamental, carente de todo contenido ideológico.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 203.

SEGUNDA PARTE

PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Primero: El derecho subjetivo</i>	113
1. La esencia del problema	113
2. Conceptos del derecho subjetivo	114
a) Windscheid	114
b) Ihering	114
c) Jellinek	115
d) Stammler	116
e) Del Vecchio	117
3. El derecho subjetivo como norma	117
4. El derecho subjetivo como posibilidad	118
a) Del sujeto	118
b) De la norma	119
5. La acción	119
6. El derecho subjetivo como: Autorización. Técnica jurídica. Participación en la creación del orden	121
7. Resumen crítico	122

SEGUNDA PARTE
PROBLEMÁTICA JURÍDICA

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO SUBJETIVO

Si el derecho subjetivo es algo jurídico, forzosamente tendrá que ser norma positiva.

F.E.V.B.

1. LA ESENCIA DEL PROBLEMA

Partiendo del supuesto de que el derecho subjetivo es algo diferente de la norma positiva, del derecho objetivo, el pensamiento jurídico tradicional se ha preocupado siempre por “definir” aquél, por encontrar las notas características que permitan destacarlo con individualidad y proyección propias frente al derecho objetivo. Esto es, se ha pretendido caracterizar metajurídicamente un objeto esencialmente jurídico, como lo es el derecho subjetivo. Ahora bien, independientemente de la contradicción que tal intento implica, porque o bien el derecho subjetivo es derecho, es algo jurídico, o bien no lo es, pero sin que pueda ser a un tiempo jurídico y no jurídico; podemos decir que ninguno de estos esfuerzos ha sido totalmente frustráneo, porque tales ensayos nos han permitido descubrir una larga serie de predicados objetivos, es decir, no contradictorios, del objeto en cuestión.

Claro está que para poder afirmar al derecho subjetivo como algo diferente del derecho objetivo, es menester partir de una postura que permita concebir ambos como especies particulares de un mismo género al que se llamase derecho en general, o bien, que permita deducir el uno del otro. Pero como la primera alternativa llevaría a la forzosa aceptación de dos órdenes jurídicos diferentes: el subjetivo y el objetivo, imposibles de vincular en forma alguna sin desnaturalizar uno de ellos, porque lo subjetivo no puede ser a la vez objetivo sin dejar de ser lo primero, o viceversa, esto es, que el solo planteamiento de la cuestión presenta una *contradictio in adjecto*; tiene pues que optarse por la segunda alternativa, es decir, por derivar el derecho objetivo del subjetivo, o a la inversa. El pensamiento jurídico ha derivado siempre el derecho subjetivo del objetivo, pero generalmente se ha negado a admitir tal cosa por razones que no son del caso analizar, porque lo importante es mostrar que, lógicamente, el derecho objetivo ha precedido siempre desde el punto de vista teórico al derecho subjetivo.

Desde luego que para derivar el derecho objetivo del subjetivo es preciso afirmar algo totalmente incongruente, o sea: que puede hablarse objetiva-

mente de una cosa esencialmente subjetiva, como sería la existencia en sí de derechos subjetivos. Sin embargo, conscientes de esta contradicción los autores que se han ocupado del tema, intentaron siempre arribar a la determinación objetiva del derecho subjetivo merced a criterios teleológicos y sociológicos, sin lograr su fin, como veremos más adelante, por haber tenido que retornar consciente o inconscientemente al criterio jurídico. Es de estos diversos intentos de los que habremos de servirnos para determinar los distintos predicados que, en nuestra opinión, concurren actualmente a formar el concepto del derecho en sentido subjetivo. Naturalmente que esta determinación la haremos de la única manera posible, esto es, precisando el derecho subjetivo en función del objetivo, del mismo modo que voluntaria o involuntariamente se ha hecho siempre por el pensamiento jurídico tradicional.

2. CONCEPTOS DEL DERECHO SUBJETIVO

a) *Windscheid*. Es Bernardo Windscheid en su obra *Lehrbuch des Pandektenrechts*, el descubridor del derecho subjetivo como “poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico”,¹ en cuanto el derecho atribuye al facultado una voluntad decisoria para la efectividad y, en ciertos casos, hasta para la existencia misma del mandato emitido por el orden jurídico. Habiendo sido criticada esta doctrina por diversos autores, principalmente por Ihering, quien sostiene que la substancia del derecho no puede residir en el fenómeno volitivo, Windscheid ha aclarado que por voluntad entiende “la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado”,² con lo que el derecho subjetivo viene a ser en este pensador el propio derecho objetivo, en cuanto otorga facultades al sujeto designado por la norma, por lo que sin incurrir en contradicción alguna podemos suscribir la tesis anotada, máxime cuando su mismo autor acepta que “el derecho objetivo puede ir asignando diferentes contenidos de voluntad, a las autorizaciones o pretensiones que caracterizan los derechos subjetivos”.³

Ahora bien, al suscribir la doctrina de Windscheid, lo que queremos decir es que para nosotros el derecho subjetivo es la voluntad objetiva, contenida en la norma positiva, del sujeto facultado por el derecho objetivo, y no la voluntad psicológica de los individuos. Esto significa que el ser voluntad normativa es una de las calidades o predicados posibles del derecho subjetivo, pero no el único, en cuanto tiene y puede tener muchos más, como veremos posteriormente.

b) *Ihering*. Para Rodolfo Ihering “los derechos (subjetivos) son inte-

¹ Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Párrafo 37, libro primero, primer tomo: contenido en el *Apéndice a la dogmática jurídica* de Ihering, traducción Enrique Príncipe y Satorres, Buenos Aires, Argentina, 1946.

² *Obra citada*, p. 226.

³ Rojina Villegas, Rafael, *Introducción al estudio del derecho*, p. 299.

reses jurídicamente protegidos".⁴ Pero habiéndose criticado este pensamiento, en el sentido de que el interés individual puede bien exceder o bien no alcanzar las ventajas que otorga el derecho objetivo, Ihering explica que su doctrina se refiere a los "intereses medios", esto es, a los intereses generales y constantes en una sociedad, los que el orden jurídico toma en cuenta para protegerlos, con independencia de los propósitos individuales. Con esto, Ihering desemboca en una concepción que, al igual que Windscheid con la suya, sólo puede suscribir hasta sus últimas consecuencias, negando el punto de partida: diferenciar esencialmente el derecho subjetivo del objetivo. En efecto, "frente a la irrelevancia del interés individual concreto respecto de la norma jurídica objetiva",⁵ los "intereses medios" no pueden ser sino los intereses protegidos por el derecho positivo en una época y en un lugar determinados, porque resulta imposible precisar universalmente, es decir, de manera objetiva, otra clase de intereses generales y constantes en una sociedad, y porque los sujetos concretos del orden no poseen otros intereses que los individuales. En consecuencia, el derecho subjetivo como interés medio jurídicamente protegido, es la propia norma positiva en cuanto ésta determina y protege idéntico interés que aquél. Es decir, que no puede distinguirse ya, como pretendía el propio Ihering, entre intereses con protección jurídica e intereses que carecen de ella, pues el interés individual será siempre algo subjetivo por esencia, y el interés general y constante, tendrá que ser determinado por el derecho —o protegido jurídicamente como diría este pensador— para ser tal interés en un sentido objetivo.

Así, pues, el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, en cuanto este interés se encuentra determinado objetivamente por la norma positiva, por el derecho objetivo.

c) *Jellinek*. Al expresar que suscribíamos la doctrina de Windscheid, especificamos que el ser voluntad normativa es una de las calidades posibles del derecho subjetivo pero no la única, esto es, que el propio objeto tiene y puede tener muchas más, lo cual es fácilmente comprensible si consideramos que todo objeto posee una serie innumerable de predicados, los cuales no se agotan en los que son conocidos, pues si se agotaran carecerían de sentido el progreso constante de la ciencia, el avance indefinido de la investigación, es decir, que nos encontramos obligados a pensar que si el objeto A tiene los predicados a y b, únicos conocidos hasta ahora, puede también tener otras diversas calidades.

Por tanto, no tenemos por qué ver con repugnancia alguna que el derecho subjetivo sea a un mismo tiempo voluntad normativa e interés jurídico, máxime si, como hemos visto, ambas calidades se disuelven íntegramente en la norma positiva, en el derecho objetivo, contemplado a través del sujeto facultado por el mismo, en el primer caso, y del interés objetivo, en el otro.

⁴ Ihering, Rudolf von, *Apéndice a la Dogmática jurídica*, p. 181.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, p. 73.

Ya Jorge Jellinek había reunido ambas determinaciones en el concepto de derecho subjetivo, al decirnos que es “un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual”. Claro está que Jellinek, pretendiendo superar a Windscheid y a Ihering, no consigue elevarse al punto de vista objetivo a que llegaron aquéllos, pues como se desprende del texto mismo de su “definición”, interés y voluntad son para él el interés y la voluntad de la unidad biológica hombre, el querer psicológico del individuo, en tanto que Windscheid alcanzó a precisar el concepto de voluntad como voluntad jurídica y no subjetiva, y por otra parte, Ihering pretendió determinar el concepto del interés mediante la desindividualización del mismo, al elaborar su doctrina de los “intereses medios” que, aun cuando no logra arribar con buen éxito a la objetividad del concepto de interés, muestra sin embargo el loable esfuerzo del autor por eludir las movedizas arenas de la *δοξα*, del prejuicio subjetivo y cambiante.

d) *Stammler*. En Rudolf Stammler, “todo Derecho subjetivo (o voluntad sujeta al Derecho) depende de un Derecho objetivo (o voluntad jurídicamente soberana)”,⁶ por lo que “una ‘facultad jurídica’ es la voluntad ‘conforme a Derecho’ de un ‘sujeto de Derecho’.”⁷ Esto es, que se puede hablar del derecho en sentido objetivo o en sentido subjetivo, “según que la voluntad jurídica se halle determinada en el sentido de la soberanía política o en el de la sujeción al Derecho”.⁸ Es decir, que para Stammler el derecho subjetivo no es otra cosa que “una voluntad históricamente dada, determinada ya por la noción condicionante del Derecho y de sus formas conceptuales puras”, por lo que habrá que concebir las en cuanto a “su modo peculiar de ser, sobre los modos condicionantes de ordenación del pensar jurídico”, acudiendo para ello “a las nociones metódicas de la soberanía política y de la sujeción al Derecho”.⁹ O en otras palabras: el derecho subjetivo y el objetivo no son en Stammler sino una y la misma cosa, por cuanto la posibilidad de su conocimiento se encuentra sujeta a idénticas condiciones lógicas, ya que si conocemos una voluntad como jurídicamente soberana, nos encontramos frente un derecho objetivo, y por el contrario, si se trata de una voluntad jurídicamente subordinada, nos hallaremos frente a un derecho subjetivo, por lo que si consideramos que toda voluntad objetiva es a un tiempo soberana, en cuanto jurídica, y subordinada, en tanto su validez como elemento parcial del derecho depende de otro elemento del mismo, tenemos que concluir que del pensamiento de Stammler se sigue la identificación (no identidad tautológica) del derecho subjetivo con el objetivo. Desde luego conviene anotar que Stammler da al concepto de derecho subjetivo, una acepción demasiado amplia al entenderlo como voluntad jurídica subordinada en general, pues esta significación no coincide con

⁶ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, Trad. Wenceslao Roces, Editorial Reus, Madrid, 1930, p. 293, nota 7.

⁷ *Obra citada*, p. 295, nota 2.

⁸ *Obra citada*, p. 336.

⁹ *Obra citada*, p. 336, nota 5.

el sentido histórico de la expresión, a la que sólo se ha visto por lo común como facultad de un sujeto de derecho, como voluntad de una persona jurídica solamente, y no voluntad en general. Por esto, resulta más acertado quedarse con lo que Stammmler entiende por facultad jurídica (voluntad conforme a derecho de un sujeto de derecho) para explicar y describir lo que se designa como derecho subjetivo.

e) *Del Vecchio*. Según Giorgio Del Vecchio es posible definir el derecho subjetivo... "*come la facoltà di volere e di pretendere attribuita a un soggetto, cui corrisponde un'obligazione da parte d'altri*",¹⁰ con lo cual establece la correlación inescindible del derecho subjetivo a un deber jurídico. Del Vecchio señala además una cierta identidad entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al afirmar que no puede haber facultad como derecho subjetivo, sino en tanto que sea declarada en una norma, la que a su vez es para él una limitación de esa facultad.

Para este autor, el derecho tiene dos momentos: el objetivo, como imposición o mandato, y el subjetivo, como garantía de libertad. "*Ma ambedue questi momenti si uniscono nella realtà e fanno una cosa sola*"¹¹ —nos dice—, formulando así una doctrina que se aproxima de manera inminente a la total indentificación del derecho objetivo con el subjetivo. Sin embargo, entiende al primero como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, conforme a un principio ético que los determina excluyendo todo impedimento, y por otra parte, concibe al derecho en su género común "*come la coordinazione della libertà sotto forma imperativa*".¹²

Ahora bien, no tenemos por qué oponer reparo alguno a la concepción de Del Vecchio acerca del derecho subjetivo, por cuanto lo considera como una facultad atribuida al sujeto designado por la norma, ya que lo primero sigue siendo aquí el derecho objetivo, que configura y aun limita tal facultad.

3. EL DERECHO SUBJETIVO COMO NORMA

De lo expuesto se desprende que el derecho subjetivo es a un mismo tiempo voluntad, interés y facultad, pero voluntad normativa, interés del derecho y facultad jurídica, no querer psicológico, interés individual ni facultad subjetiva.

Así, pues, todo lo que hemos predicado del derecho subjetivo es algo que pertenece o constituye a la norma positiva, al derecho objetivo, lo cual nos autoriza a decir que el derecho subjetivo es el propio derecho objetivo, en cuanto lo miramos a través del sujeto facultado por la norma.

Y es en este sentido como podemos afirmar, de acuerdo con Hans Kelsen, que "el derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho

¹⁰ Del Vecchio, Giorgio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, quinta edizione, riveduta e corretta, editore A. Giuffrè, Milano, p. 257.

¹¹ *Obra citada*, p. 259.

¹² *Obra citada*, p. 259.

en su relación con un individuo designado por la misma norma",¹³ designación que es también facultamiento en cuanto hace depender de su declaración de voluntad (ejercicio de una acción, presentación de una demanda), la aplicación de la norma coactiva estadual. A este respecto nos dice el maestro vienés que "el llamado derecho subjetivo, en cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del derecho objetivo: es norma",¹⁴ y que esa modalidad consiste en que el derecho "pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada conducta ajena, como condición del deber de realizar la conducta exigida y, en especial, como condición de realización del acto coactivo",¹⁵ por lo que "quien está por la norma autorizado a manifestar en tal sentido su voluntad, es, por sólo esa razón, el 'titular' del derecho subjetivo".¹⁶

En consecuencia, el derecho subjetivo es, *stricto sensu*, la norma positiva, el derecho objetivo, sin que esto sea obstáculo para que se pueda hablar también de él como facultad jurídica, voluntad normativa, interés objetivo y, aún más, como todas aquellas otras calidades que podamos determinar a través del orden jurídico, de lo cual se desprende una importante enseñanza: puede decirse cuanto se quiera del derecho subjetivo sin incurrir en contradicción, siempre que no abandonemos la guía metódica que nos proporciona el conocimiento científico del derecho, de la norma positiva.

4. EL DERECHO SUBJETIVO COMO POSIBILIDAD

En un doble sentido se habla del derecho subjetivo como posibilidad. En el primero se enfoca la atención a la conducta, en el segundo, a la norma.

Un punto de mira ve el derecho subjetivo como posibilidad de hacer o de omitir del sujeto designado por el orden jurídico. El otro como posibilidad de poner en movimiento el aparato coercitivo del Estado.

Ahora bien, en ambos punto de vista, cuando se habla de posibilidad, se lo tiene que hacer en el sentido normativo, en la dimensión del deber, y no en el terreno del ser, de las relaciones de causación, pues posibilidad no jurídica de hacer u omitir, o de excitar la actividad del Estado, sólo puede ser posibilidad metafísica de acción metafísica entre entes también metafísicos; y la metafísica como ciencia del ser en sí, u ontología, es la "ciencia" de lo esencialmente subjetivo, si a esa actividad quiere connotársele como científica, pues versa sobre la respetable creencia religiosa del "ser en tanto que ser y los accidentes propios del ser".¹⁷

a) *Del sujeto.* Respecto del primer sentido en que se habla del derecho

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, p. 85.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, p. 76.

¹⁵ *Obra citada*, p. 76.

¹⁶ *Obra citada*, p. 76.

¹⁷ Aristóteles, *Metafísica*, Espasa-Calpe, Argentina, S. A., 3ª ed., libro cuarto, 1, p. 75.

subjetivo como posibilidad, García Máynez nos dice, siguiendo en ello a Del Vecchio, que el mismo no es autorización o permiso para ejecutar una cierta conducta, sino que, como correlativo de un deber jurídico, es “posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo”.¹⁸ Lícita es para ese autor “toda conducta no contraria a un deber jurídico”,¹⁹ y éste es entendido por él como:

La restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa.²⁰

Ahora bien, si el derecho subjetivo es una posibilidad de obrar lícitamente, si lo lícito es lo conforme a un deber jurídico, y si éste deriva de una facultad concedida por el derecho objetivo, en última instancia el derecho subjetivo depende del objetivo, por cuanto éste determina a aquél al establecer mediante el deber jurídico, lo que es posible hacer lícitamente. En consecuencia, también el pensamiento de García Máynez nos lleva a la conclusión de que el derecho subjetivo es un aspecto o modalidad del derecho objetivo, en tanto aquél deriva teóricamente de éste.

b) *De la norma.* Con relación al segundo sentido en que se habla del derecho subjetivo como posibilidad, Hans Kelsen sostiene que “el deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción”,²¹ esto es, la validez de una norma que hace depender una sanción de la conducta contraria a la que constituye dicho deber. Ahora bien, para que el deber jurídico se actualice, enlazando una sanción a la realización de un supuesto, no siempre basta con que se efectúe la conducta sancionada, sino que también es menester una manifestación de voluntad (ejercicio de una acción, presentación de una demanda), de la persona autorizada por el propio derecho objetivo para hacerla. Y es este segundo supuesto de la sanción el que nos permite designar con Kelsen al derecho subjetivo, como “posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción”,²² es decir, la maquinaria coercitiva del Estado para obtener una sanción contra el transgresor del derecho.

5. LA ACCIÓN

Sin embargo, una cosa es el derecho subjetivo a obtener una sanción contra un individuo, y otra muy distinta la acción, pues ésta no es un derecho subjetivo ni en sentido material ni en sentido formal, es decir, no es

¹⁸ García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, p. 181.

¹⁹ García Máynez, obra y lugar citados.

²⁰ *Obra citada*, p. 230.

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 61.

²² *Obra citada*, p. 83.

un derecho ni público ni privado (si es que la distinción entre derechos públicos y privados tiene algún fundamento jurídico), lo cual es fácilmente comprensible si la miramos a través del concepto de persona, del cual es el principio unificador que la hace capaz de ser tal persona, ya que sólo es posible considerarla como punto ideal de imputación normativa, de imputación de deberes y de derechos, si la pensamos dinámicamente como puro ejercicio o no ejercicio de derechos y cumplimiento o incumplimiento de deberes. En efecto, estáticamente la persona sólo puede ser un ente metafísico, es decir, nada objetivo, pues no hay manera de concebir unificados los derechos y deberes que la constituyen, sin un substrato material trascendente. Por tanto, es sólo el punto de vista dinámico de la acción el que nos permite pensar como tal a la persona.

Así, pues, la acción puede desenvolverse y de hecho se desenvuelve sin obtener sanción alguna contra un sujeto, como ocurre en el caso de las sentencias desestimatorias, pues el sujeto mismo no es sino acción pura y pura acción.

García Máynez sostiene que puede haber derechos subjetivos con relación a los cuales no se tenga acción, arguyendo que aunque no se puede exigir judicialmente el pago de una deuda de juego, en lo que excede de la vigésima parte de la fortuna del deudor, si éste paga no puede repetir contra el acreedor por pago de lo indebido; luego, si lo que se pagó no es indebido —concluye— tiene que ser debido jurídicamente.²³ Pero esto es erróneo, porque si el derecho estatuye que el pago de la deuda de juego en la porción de referencia, es una situación inatacable jurídicamente, al no conceder al deudor derecho de repetir en cobro de lo voluntariamente pagado, este dato fáctico perteneciente al ser de un derecho positivo determinado, no puede trascender al campo del deber, para dar juridicidad a otra situación a la que el propio derecho positivo se la niega normativamente, por no enlazar a la misma ninguna consecuencia, esto es, por no sancionar la omisión del pago de tal deuda. Los hechos nada tienen que ver con el derecho y, menos aún, para trocar en jurídica una costumbre a la que el orden coactivo niegue tácitamente ese carácter.

El pago de las deudas contraídas es, generalmente, un deber jurídico. Si en un caso concreto (deuda de juego en cuanto excede de la vigésima parte de la fortuna del deudor), el derecho no sanciona la falta de pago de una obligación pecuniaria, la misma no tiene carácter jurídico, ni siquiera cuando el propio derecho niega al deudor que pagó ese crédito, la acción de devolución de la cantidad entregada, toda vez que si el legislador no creyó conveniente otorgar esa facultad, por las razones que fueren, esta simple opinión personal no es bastante para deducir que la obligación cubierta tenía carácter jurídico, ya que la juridicidad de una conducta no puede derivar de una simple convicción subjetiva. Lo que se trata de probar con esta tesis de las

²³ García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, edición mimeográfica del Lic. Octavio Calvo Marroquín, México, D. F., 1950.

Llamadas obligaciones jurídicas naturales, es que existe un derecho intrínsecamente justo que las impone. Sólo en caso de que todos los legisladores estuviesen obligados, por una instancia superior que no existe, a estatuir en la forma del ejemplo respecto de las deudas de juego, sería posible admitir que su pago en lo que exceda de cierta proporción, es una obligación jurídica natural. Pero únicamente para quienes beatíficamente crean en la existencia de un derecho natural, será posible aceptar que existe una instancia superior al legislador positivo, capaz de imponer obligaciones jurídicas respecto de las cuales no se tenga acción.

6. EL DERECHO SUBJETIVO COMO: AUTORIZACIÓN, TÉCNICA JURÍDICA Y PARTICIPACIÓN EN LA CREACIÓN DEL ORDEN

Otras cualidades o determinaciones que podemos precisar con relación al derecho subjetivo, son las siguientes:

a) El mismo puede ser visto como autorización o mandato, cuando se le contempla en relación con el sujeto facultado por la norma, ya que ésta le confiere permiso, autoridad o capacidad jurídica, para ejecutar determinados actos o para exigir de otro u otros una cierta conducta.

b) Es posible también contemplar el derecho subjetivo como una técnica jurídica específica del derecho civil, en cuanto éste hace depender la ejecución de las sanciones, de la acción o demanda de cierta persona. Sobre este particular es instructiva la expresión de Ihering que dice: "Donde no hay lugar para la acción, el derecho civil deja de proteger los intereses y la administración ocupa su lugar".²⁴ En la relación con el derecho subjetivo considerado como una técnica jurídica específica del derecho civil, debe decirse que existe la posibilidad de que un derecho positivo establezca una técnica diferente para la aplicación de las sanciones, en la cual no sea necesario que el proceso que conduce a la aplicación de las mismas, fuese iniciado por un sujeto al que señale el orden jurídico, como ocurre en el derecho civil; y sin embargo, ese derecho positivo crearía un deber jurídico, pero no otorgaría ningún derecho subjetivo. Esta técnica ha sido utilizada por los derechos antiguos y medievales, donde los delitos, por ejemplo, eran perseguidos de oficio por el tribunal, sin que fuese necesaria querrela de parte, denuncia o ejercicio de acción persecutoria de ninguna clase.

c) Igualmente podemos mirar el derecho subjetivo como participación en la creación del derecho objetivo, en tanto el sujeto actor, al ejercitar su derecho subjetivo en el proceso, es elemento decisivo en la creación de la norma individualizada contenida en la sentencia —condenatoria o absolutoria— que recae a su acción.

²⁴ Ihering, Rudolf von, *Apéndice a la dogmática jurídica*, p. 191.

7. RESUMEN CRÍTICO

El derecho subjetivo no nace de la nada, no es un en sí metafísico que acompañe al hombre desde su gestación, no es tampoco un simple correlato del deber jurídico en la mecánica del juicio normativo. La primera es tesis ideológico-política, insostenible científicamente por su visible arranque mítico y sobrenatural. La segunda es tesis de la doctrina realista que considera el juicio como una relación entre objetos que existen frente al conocimiento (sujeto y predicado) de manera absoluta y definitiva, por lo que a la manera husserliana afirma que si dos juicios son equivalentes, es decir, si se refieren a la misma "situación objetiva", se implican recíprocamente. Y así se deduce el derecho subjetivo del deber jurídico, o inversamente. Pero la clara referencia de la postura a sujetos, predicados y situaciones objetivas fuera del conocimiento, nos hace inaceptable por metafisicista la obtención del derecho subjetivo a partir del deber jurídico, o la de éste a partir de aquél. El derecho subjetivo se correlaciona con el deber jurídico, ya que se da siempre en relación paralela con éste, por tener que fundarse la facultad de uno en la obligación de otro, pero no es correlato forzoso de tal deber, ya que es posible la existencia de éste sin un derecho correlativo, como en el ejemplo que poníamos de los tribunales antiguos y medievales.

El derecho subjetivo no puede decirse que exista en sí mismo ni en la relación de alteridad, porque se carece de un criterio unívoco para determinar su contenido, lo cual nos impide discernir en la experiencia entre lo que se llama derecho subjetivo por una ideología determinada, y otros objetos, por lo que asegurar o negar su existencia extraempírica carece de importancia para la investigación científica, toda vez que el *factum* de la reflexión objetiva no puede encontrarse a merced de cambiantes opiniones. Por esto es que nos hemos abstenido de analizar las tesis de aquellos pensadores que, como Dernburg, consideran los derechos subjetivos como "derechos absolutos", ya que las doctrinas que se elaboran en lo trascendente parten de loables posturas religiosas, pero que nada tienen que ver con la investigación científica, aunque ésta tenga que agradecerles en ocasiones el haber proporcionado al pensamiento objetivo, el material para la reflexión y, también, muchas valiosas aportaciones intelectuales.

Ningún derecho subjetivo es pensable científicamente si no hay una regla jurídica positiva que le sirva de apoyo y le dé carácter jurídico. El derecho subjetivo es, pues, un aspecto del derecho objetivo. Las tesis que defienden la prioridad de los derechos subjetivos (*verbi gratia*, la de los "derechos del hombre" o la de los derechos de una clase) sobre los objetivos, son tesis políticas que tienden a proteger instituciones como la de la propiedad privada liberal, o la de la propiedad colectiva comunista, al afirmar que el orden jurídico no crea, sino sólo debe garantizar los derechos subjetivos preexistentes.

Las doctrinas que entienden el derecho subjetivo como un interés protegido o como una voluntad reconocida por el derecho, son a todas luces

infundadas cuando se refieren a una voluntad o un interés psicológicos, pues muy bien puede ser nuestro interés o nuestra voluntad que un deudor no nos pague y, sin embargo, tenemos contra él un derecho subjetivo; y cuando se refieren a un interés o a una voluntad objetivos, entonces desembocan forzosa y necesariamente en las mismas conclusiones que nosotros, ya que interés y voluntad en sentido objetivo sólo pueden determinarse dentro del derecho positivo, de la norma objetiva.

De todo lo anterior podemos concluir que el derecho subjetivo es, en estricto sentido, la norma positiva, el derecho objetivo mismo; pero también podemos decir de él que es voluntad normativa, interés objetivo, facultad jurídica, posibilidad de poner en marcha el mecanismo coercitivo del Estado, autorización o permiso, técnica específica del derecho privado y participación en la creación del derecho objetivo. Asimismo puede verse el derecho subjetivo, desde el punto de vista del sujeto, como posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo.

Los derechos subjetivos no forman, pues, un orden diverso del objetivo ni el antecedente forzoso de éste, ya que nuestras personales aspiraciones de justicia no pueden designarse objetivamente como derechos.

SEGUNDA PARTE
PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Segundo: El deber jurídico</i>	124
1. El deber jurídico como restricción	124
2. El deber jurídico como probabilidad	125
3. El deber jurídico como temor	126
4. El deber jurídico como validez de una norma	126
5. Identidad del sujeto del deber y del objeto potencial de la sanción.	127
6. Los órganos del Estado como únicos sujetos del deber	127
7. El deber “ajurídico” de sancionar	128

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DEBER JURÍDICO

El deber jurídico no es probabilidad de ser sancionado, ni temor a una pena, ni restricción de libertad, sino la única posibilidad lógica de ser libre.

F.E.V.B.

1. EL DEBER JURÍDICO COMO RESTRICCIÓN

Ya hemos visto en el capítulo anterior, que para García Máynez el deber jurídico es "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa". Esta es una definición eminentemente meta-jurídica, por cuanto habla de una "libertad exterior", lo cual nos obliga a considerar que alguien es libre fuera del derecho, o sea, físicamente indeterminado.

Ahora bien, si por persona entendemos un centro ideal de imputación normativa, de imputación de facultades y obligaciones, la misma es forzosa y necesariamente indeterminada, es decir, libre, ya que la estaremos considerando como constituida por normas y la normatividad, el deber ser, para que sea tal, tiene que pensarse como dirigido a sujetos capaces en principio de desobedecer el mandato, porque si así no fuera no habría normatividad sino simple legalidad natural. La persona es así libre porque puede ejercitar o no sus derechos subjetivos, y también, porque puede cumplir con sus deberes jurídicos o dejar de hacerlo. Luego, el deber jurídico no restringe sino que posibilita lógicamente el ejercicio de la libertad, que es libertad jurídica. Así, es inadmisibles en esta dirección el concepto de deber jurídico que examinamos.

Si por persona entendemos a la unidad biológica hombre, entonces no podemos hablar de libertad en ningún sentido, porque al hombre se le conoce como fenómeno causal, como un ser, y por ende, como ineludiblemente determinado en la relación de causa a efecto, ya que la indeterminación es algo por completo ajeno al mundo del ser. No se diga que el hombre se propone fines y que, mediante decisiones de su voluntad, actúa en el mundo de la naturaleza, pues aun cuando esto es cierto,

Realizar un fin no es otra cosa que producir un efecto deseado; pero un efecto sólo puede ser producido mediante un proceso causal y necesari-

rio, ya que no hay efecto sin causa. La afirmación de que una acción futura es representada como fin, cuando dicha acción no se realizaría sin la intervención del sujeto, es falsa, pues nada nos autoriza a colocar nuestra actividad fuera del proceso causal (Kelsen).

Por tanto, tampoco hay libertad en la realización de fines. Igualmente hay determinación en la elección del fin y en la selección de los medios para alcanzarlos, toda vez que estos actos sólo pueden estar presididos por motivaciones psicológicas que actúan causalmente. El pensamiento objetivo no conoce otra clase de motivación. En consecuencia, es asimismo inadmisibile en este sentido el concepto de deber jurídico que venimos estudiando.

Y si por persona se entiende una entidad metafísica distinta del hombre y del sujeto de derecho, entonces estaremos frente a una mera preocupación subjetiva, pero no ante una realidad científica. Ya precisaremos que la metafísica no es ciencia, sino una actividad similar a la astrología, la alquimia o el ocultismo.

2. EL DEBER JURÍDICO COMO PROBABILIDAD

John Austin se refiere al deber jurídico "como la probabilidad de sufrir el daño implicado en la sanción",¹ y de igual manera lo entiende Max Weber, sin comprender que una obligación de derecho no puede admitir grados y que "la existencia de un deber es la *necesidad legal*, no la *probabilidad fáctica* de una sanción".² Esto es, tan obligado se está a no robar cuando tenemos una policía enfrente, como cuando nos encontramos ante el arca abierta, por más que en el primer caso la probabilidad de ser sancionados sea mucho mayor que en el segundo.

Por tanto, definir el deber jurídico como probabilidad de sufrir el daño implicado en la sanción, constituye el error de confundir una posibilidad causal con una necesidad normativa. Además, ya se vio que no toda sanción es daño, pena o castigo, sino que también puede ser reparación, premio o recompensa.

¹ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, 5th. ed., 1885, 90. Citado por Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 179: "Mientras más grande es eventualmente el daño, y mayor la probabilidad de sufrirlo, mayor es la eficacia del mandato y más grande la fuerza de la obligación; o mayor la probabilidad de que el mandato sea obedecido y de que el deber no sea violado". Weber, Max: "La significación sociológica del hecho de que alguien tenga, de acuerdo con el orden jurídico del Estado, un derecho subjetivo, es la de que tiene una probabilidad, garantizada realmente por una norma jurídica, de requerir la ayuda de la maquinaria coercitiva para la protección de ciertos intereses ideales o materiales". *Wirtschaft und Gesellschaft* (*Grundriss der Sozialökonomie*, III, Abt., 1922), p. 371.

² Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 175.

3. EL DEBER JURÍDICO COMO TEMOR

En otro fascículo de su obra, John Austin, autor de la teoría analítica del derecho, describe al deber jurídico como un estar obligado, y el estar obligado es para él “estar expuesto a una sanción, en el supuesto de desobedecer el mandato...” y temer esa sanción.³ En el inciso anterior vimos que el deber jurídico no es una posibilidad causal, y como el estar expuesto a una sanción es precisamente eso, dejaremos de lado este aspecto del pensamiento de Austin. El temor de la sanción es un elemento psicológico que, como tal, no puede ser apto para cualificar objetivamente al deber jurídico, ya que es un dato eminentemente subjetivo. En efecto, muchas personas no temen una pequeña sanción pecuniaria, como una multa administrativa de escasa cuantía, y sin embargo, no por ello dejan de estar indirectamente obligadas a observar la conducta querida por el legislador del mismo modo que se está indirectamente obligado a no asesinar, aun cuando la pena capital con que esta conducta pudiera encontrarse sancionada, produzca en el ánimo de la mayoría de las personas un gran temor. El deber jurídico es necesidad legal, no miedo irracional a daño alguno.

4. EL DEBER JURÍDICO COMO VALIDEZ DE UNA NORMA

Para Hans Kelsen, “El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción”,⁴ esto es, la validez de una norma que hace depender una sanción de la conducta contraria a la que constituye dicho deber. O en otras palabras, el deber jurídico es el propio derecho objetivo contemplado a través del sujeto obligado por la norma positiva.

Aquí conviene recordar que al derecho subjetivo lo habíamos definido en términos similares, como el mismo derecho objetivo visto a través del sujeto *facultado* por la norma positiva. Con esto queremos destacar que ni el deber jurídico ni el derecho subjetivo se implican el uno al otro ni, por ende, se condicionan lógicamente. Los conceptos que hemos dado tanto de la obligación como de la facultad jurídica, no son definiciones por género próximo y diferencia específica, sino definiciones dialécticas por conceptos coordinados. El deber se entiende como validez de la norma, como vigencia del derecho objetivo, pero éste no es otro que el orden que establece deberes coercibles. O sea, que los conceptos de norma de derecho y de deber jurídico se iluminan mutuamente. Sin deber no puede haber derecho; en cambio, la facultad o derecho subjetivo no es indispensable para conceptualizar al derecho objetivo. Se ha dejado perfectamente establecido que las normas del derecho penal contemporáneo, por ejemplo, no conceden a nadie derechos subjetivos.

³ Austin, *Op. cit.*, p. 444.

⁴ Kelsen, Hans, *Op. cit.*, p. 61.

5. IDENTIDAD DEL SUJETO DEL DEBER Y DEL OBJETO POTENCIAL DE LA SANCIÓN

Según Kelsen, cuando la sanción va dirigida contra un individuo diferente del violador inmediato, el sujeto del deber no coincide en la realidad con el objeto potencial de la sanción. Por ejemplo, cuando un padre tiene que pagar (sanción) los daños que su menor hijo (infractor) ocasionó a la propiedad vecina. Lo anterior no es exacto. Si el padre debe pagar los daños causados, ello significa que jurídicamente es el infractor de la norma, por cuanto para el derecho representa a la comunidad familiar. O más estrictamente, para el derecho el padre y el hijo son, en esta relación jurídica, una misma persona, de manera que no se puede decir que uno destruyó y el otro pagó, como no se lo diría en el caso de que los daños los hubiera causalmente realizado una bestia propiedad del sancionado. El derecho atiende siempre a la realidad, pero no a la realidad natural, sino a la realidad normativa. Causalmente, padre e hijo, bestia y dueño, son dos unidades biológicas distintas. Jurídicamente, progenitor y descendiente, animal y amo, son una misma cosa en ciertas relaciones jurídicas, como las que analizamos.

Igual cosa ocurre si, verbigracia, el gerente de una sociedad deja de pagar la renta por el local en que se encuentra el domicilio social, pues la sanción de desocupación por ejemplo, no se le aplica a él sino a la sociedad, y causalmente padecen las consecuencias de aquella omisión todos los miembros de la agrupación. Esto se debe a que, para el derecho, en la citada relación jurídica de arrendamiento, los miembros de la sociedad son una sola cosa, una misma persona.

Conviene recordar que ya se precisó con el máximo rigor que la realidad natural y la realidad jurídica son distintas que ninguna condiciona a la otra, pese a que se da entre ellas una relativa coincidencia, un cierto paralelismo.

Por tanto, siempre hay identidad entre el sujeto del deber y el objeto potencial de la sanción.

6. LOS ÓRGANOS DEL ESTADO COMO ÚNICOS SUJETOS DEL DEBER

El acto antijurídico realizado por un particular, por un súbdito del orden, no sólo no es violatorio de ningún deber jurídico, de ninguna norma primaria, de ningún precepto sancionador, sino que constituye precisamente el supuesto de esta clase de normas, que por ser coercibles, son las únicas que poseen en sí mismas, originariamente, el carácter jurídico. La conducta que debe observar el particular, la enuncia siempre una norma secundaria. De estos dos preceptos: "A quien no pague sus deudas (supuesto) se le compelerá a hacerlo mediante la ejecución forzada sobre su patrimonio (sanción)", y "Deben cubrirse los compromisos contrados", el primero se dirige a los órganos del Estado encargados de realizar la ejecución forzosa, y el segundo, que es la norma jurídica secundaria, se refiere a los particulares.

Así, no podremos encontrar un solo ejemplo de norma jurídica primaria que se dirija a los súbditos del orden, porque si lo hiciera transformaría a éstos en órganos estadales. Aun en los derechos primitivos que todavía no superaban la etapa de la venganza privada, es cierto lo anterior, pues si bien es verdad que en muchos casos el orden autorizaba a los particulares para aplicar ellos mismos la sanción, también lo es que cuando actuaban éstos como ejecutores de las consecuencias normativas, lo hacían en calidad de órganos del Estado, el cual delegaba en las propias víctimas la facultad de castigar al infractor de sus derechos. Luego, únicamente los órganos del Estado pueden ser destinatarios de deberes jurídicos en sentido estricto, o sean, los que imponen las normas jurídicas primarias o sancionadoras.

7. EL DEBER "AJURÍDICO" DE SANCIONAR

Cuando un órgano del Estado tiene el deber jurídico de sancionar a una persona, al realizar ésta el supuesto de la norma que establece aquel deber, deviene en sujeto de otra norma que estatuye una sanción en contra de ese órgano del Estado, para el caso de que no cumpla su obligación de sancionar al particular infractor. El deber de sancionar al órgano violador de su respectiva obligación, corre a cargo de un segundo órgano del Estado que, a su vez, puede estar obligado por otra norma sancionadora, que prevea el caso de que él mismo no cumpliera con su correspondiente deber de sancionar al órgano inferior. Y así sucesivamente, hasta encontramos con un órgano del Estado, generalmente uno de los órganos supremos del mismo, que ya no tiene obligación de sancionar al órgano inferior, sino la simple potestad de que sus actos sean considerados, actos orgánicos constitutivos de derecho, por lo que jurídicamente puede sancionar o no al órgano infractor de su correspondiente deber.

Veamos esto con más claridad en el siguiente ejemplo: Un particular realiza el supuesto de una norma jurídica (a), pero el órgano (uno) encargado de aplicar la sanción, no cumple su deber de hacerlo. Tal cosa constituye el supuesto de otra norma (b), cuya sanción debe aplicar un diverso órgano (dos) del Estado, el incumplimiento por parte de este segundo órgano, de su deber jurídico de castigar al órgano uno, constituye a su vez *uno de los supuestos* de otra norma (c), cuya sanción debe imponer un órgano supremo (tres). Pero como si el órgano tres no sanciona al órgano dos, su omisión no constituye el supuesto de otra norma sancionadora, entonces su conducta viene a ser el *segundo supuesto* de la norma c, que si no se realiza, impide el surgimiento de la sanción para el órgano dos, y si se efectúa, representa un acto jurídico constitutivo de consecuencias normativamente válidas, o sea, que es un acto orgánico constitutivo de derecho, para llevar a cabo el cual está expresa o tácitamente facultado el órgano por el orden jurídico positivo. O con más claridad, un órgano del Estado es supremo

cuando su actividad, al menos en ciertas relaciones jurídicas, se encuentra en todo caso de acuerdo a derecho, por tener la facultad de crearlo.

Es pertinente aclarar que no se puede sostener con Verdross que el órgano tres (supremo), tenga un deber "ajurídico" de sancionar al órgano dos, por cuanto una obligación que no tenga su origen en una norma positiva, sólo puede ser una mera preocupación subjetiva, un "deber" axiológico inadmisibles por la teoría, máxime cuando pretende imponerse nada menos que como la norma fundamental del sistema, al presentarse como un "deber" moral de obediencia al derecho positivo, por parte de los órganos supremos del Estado. Este "deber" carecería de toda objetividad, porque muy bien podrían dichos órganos enfrentarse en un caso concreto, a otro "deber" moral diferente, que les "mandase" (o mejor, impulsase psicológicamente) actuar de manera distinta a la prescrita por la norma.

SEGUNDA PARTE
PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Tercero: Las fuentes del derecho</i>	130
1. Concepto de fuente	130
2. La legislación	131
3. La costumbre	131
4. La jurisprudencia	132
5. El contrato y el tratado	133
6. Otras fuentes del derecho	133
7. Las “lagunas” de la ley	134

CAPÍTULO TERCERO

LAS FUENTES DEL DERECHO

El juez es siempre legislador de normas jurídicas individualizadas. Pero el legislador de normas generales pretende hacerle creer, con el invento de las "lagunas de la ley", que sólo puede hacer uso de su arbitrio cuando él no ha previsto el caso concreto.

F.E.V.B.

1. CONCEPTO DE FUENTE

Legislación, jurisprudencia, costumbre, doctrina, tradición, ideología, etcétera, han sido señaladas por diversos autores como *fuentes* del orden jurídico, en el sentido de origen teórico o bien histórico genético de las normas de derecho. Por ello, precisar y definir tales *fuentes*, estableciendo su conexión con el derecho positivo, es uno de los *problemas* preferidos de cuantos juristas escriben sobre cualquier rama de la jurisprudencia, sin precisión metódica de ninguna clase.

Ahora bien, por principio de cuentas debemos indagar qué se entiende por *fuerate* del derecho, a fin de colocar el problema en su verdadera situación como tal. Si la norma jurídica fuese una realidad natural, cabría preguntar por sus fuentes en el sentido de sus causas fenoménicas. Pero ya hemos insistido en que la regla de derecho es un deber y no un ser, una realidad normativa y no causal. Por consiguiente, es imposible hablar como lo hace la doctrina tradicional, de fuentes reales del derecho, ya que éste no puede ser efecto de ninguna causa. De manera que sólo podría considerarse legítima, la indagación que se hace por las llamadas fuentes formales del orden jurídico, como veremos en seguida.

Siendo la regla de derecho una realidad normativa, esto es, un deber y no un ser, es imposible preguntarse por su verdad o falsedad, ya que sobre la misma sólo tiene sentido inquirir acerca de su validez o invalidez. Por otra parte, el contenido de las normas es siempre algo empírico, algo *creado* (objetivado) por ellas y cuya existencia como tal contenido no puede afirmarse sino en función de la validez de tales normas. Así, pues, no es el contenido de la norma algo acerca de lo cual pueda indagarse si es o no válido.

Por tanto, sólo puede preguntarse por la validez de la norma misma, y éste es el único sentido en que es posible preguntar científicamente por la

fuerza del derecho, pues sólo puede ser fuente del orden jurídico en sentido estricto, el origen teórico de su validez. Y tal origen teórico de la validez de una norma, o sea de la normatividad, es la norma fundamental hipotética o norma básica; luego, ésta es la fuente originaria del derecho.

También es posible hablar de fuentes de validez de cada norma jurídica particular, y estas fuentes serían las normas jerárquicamente superiores a aquéllas por cuyo origen lógico se indaga, esto es, aquellas normas que regulan su creación. Y así tenemos que la fuente (razón) de validez, de una norma individualizada creada contractualmente, por ejemplo, serán las normas que rigen la contratación, y que la fuente de otra creada jurisdiccionalmente, serán las normas procesales, es decir, las normas que establecen el procedimiento. O en otras y más sencillas palabras: *sólo el derecho es fuente del derecho*.

Y aquí conviene aclarar que esto no es formalismo, pues el término formal entendido a la manera escolástica, es aplicable tan sólo sobre la base de la distinción metafísica entre forma y materia (hilemorfismo), entre continente y contenido. Y la ciencia jurídica parte de la más firme base de que no hay ni puede haber otros contenidos, que los construidos como tales por la legalidad lógica (forma para los escolásticos) en la objetivación científica.

2. LA LEGISLACIÓN

En los regímenes de derecho escrito, como el mexicano por ejemplo, destaca la importancia de la legislación como fuente del derecho. Legislar es crear normas generales de derecho, llamadas leyes. Esto lo hace un órgano del Estado llamado Congreso, Parlamento, Dieta, Asamblea Nacional, etcétera.

La Ley suprema o Constitución del Estado, es también producto de la actividad legislativa. Esta actividad generalmente no la desarrolla el órgano encargado de dictar leyes ordinarias, sino un órgano especial normalmente llamado Asamblea o Congreso Constituyente.

Esos órganos legislativos también expiden, aunque por lo común en forma excepcional, normas individualizadas, como cuando imponen condecoraciones, conceden pensiones, otorgan ciertas concesiones de explotación, habilitan funcionarios y, en general, cuando realizan actos de administración interior.

3. LA COSTUMBRE

En los países de derecho consuetudinario, como Inglaterra por ejemplo, es muy notable la importancia de la costumbre como fuente del derecho. La costumbre consiste en el reconocimiento expreso o tácito del Estado, hecho a través de sus órganos legislativos, jurisdiccionales o administrativos, de la fuerza obligatoria de ciertos usos o formas de comportamiento que, por ello, adquieren el carácter de normas jurídicas generales de características esencialmente similares a las de los preceptos legislados.

En los órdenes nacionales que, como el de nuestro país, niegan expresamente a "la costumbre, desuso o práctica en contrario", aptitud jurídica para derogar cualquier norma de derecho escrito, se plantea el siguiente problema: Frente a la falta de aplicación prolongada indefinidamente de un precepto legislado, ¿podría decirse que continúa en vigor tal precepto, o bien, que ha sido derogado? La cuestión se resuelve fácilmente si se inquiere: ¿Tal falta de aplicación se debe a que nunca se ha presentado el caso regulado por la norma?, ¿a que los particulares no la aplican por considerarla derogada? o ¿a que los órganos del Estado la han dejado de tomar en cuenta por estimarla carente de validez? En el primer caso la norma sigue vigente, pues no se la aplica porque jamás se ha realizado el supuesto de la misma. Así, verbigracia, sigue en vigor en México la Ley de Responsabilidades Oficiales, aun respecto de los órganos superiores del Estado, pese a que nunca se han exigido tales responsabilidades a los funcionarios respectivos (supuesto normativo). En el segundo caso, también continúa en vigor el precepto, pues al igual que en el anterior, su falta de aplicación obedece a que no se ha realizado uno de sus supuestos: la exigencia del derecho correspondiente mediante el ejercicio de una acción, la presentación de una demanda. En el último caso, se dan dos posibilidades: si los órganos del Estado que estimaron carente de validez el precepto, no son órganos supremos del mismo, porque su actuación es revisable por otros órganos, la norma continúa en vigor, pues muy bien puede suceder que los superiores estimen que sigue siendo válida. En cambio, si la resolución que decidió tener por carente de validez el precepto, proviene de un órgano supremo, la pregunta tiene que contestarse diciendo que la norma ya no se encuentra en vigor, que ha sido derogada por otra norma general de carácter jurisprudencial: la que consideró a aquélla carente de validez. Pero nunca será legítimo contestar que una norma (deber) fue derogada por *desuetudo* (ser). Es más, no sólo fue derogada la norma que se estimó carente de validez, sino también la que prohíbe derogar cualquier precepto legal alegando "costumbre, desuso o práctica en contrario". Y si esta prohibición estuviera —que no lo está— contenida en una norma constitucional, habría que aceptar su derogación en función de otra norma constitucional de carácter consuetudinario, que autorice esa forma de derogación extraordinaria de los preceptos escritos de la propia Constitución, pues de no admitirlo así, dejaríamos sin fundamento lógico una resolución que, en principio, se ha estimado lógicamente válida como norma de derecho.

4. LA JURISPRUDENCIA

En muchos países, México entre ellos, es grande la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho. La jurisprudencia está constituida por normas jurídicas generales creadas por uno o varios tribunales específicos. En nuestro medio, el tribunal capacitado para dictar normas jurisper-

denciales, lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De acuerdo con la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, mejor conocida con el nombre de Ley de Amparo, cuando una de las salas de la Suprema Corte pronuncia cinco ejecutorias (cada una de las cuales contiene una norma jurídica individualizada) en idéntico sentido, no interrumpidas por otra en contrario, y las mismas fueron aprobadas por cuatro, por lo menos, de los cinco ministros integrantes de la sala, siendo además relativa a la interpretación de la Constitución, leyes federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; se ha creado una norma jurídica general, consistente en la tesis sostenida por aquellas ejecutorias, de características esencialmente similares a los preceptos legislados. Estas normas jurisprudenciales pueden ser derogados en la propia forma que fueron creadas, y también, por una disposición legislativa en sentido contrario a ellas.

También el pleno de la Suprema Corte puede establecer jurisprudencia y asimismo los Tribunales Colegiados de Circuito.

5. EL CONTRATO Y EL TRATADO

La contratación es una fuente de derecho en cuanto da lugar a la creación de normas jurídicas individualizadas, válidas únicamente para las partes contratantes. En la celebración de cualquier contrato se aplican normas jurídicas generales de la legislación, la costumbre o la jurisprudencia, y se crean normas especiales cuya validez está restringida a quienes intervinieron en la contratación.

Similar al contrato, que regula relaciones entre particulares, resulta el tratado que rige las relaciones de los Estados. En este campo, la contratación recibe el nombre de convención internacional, y el contrato se denomina tratado. La diferencia estriba en que mientras aquél generalmente da lugar a la creación de normas individualizadas, éste crea por lo común normas generales, las cuales constituyen el llamado derecho internacional especial. Los preceptos del derecho internacional general, son producidos por la costumbre.

Conviene aclarar que, excepcionalmente, la contratación puede dar lugar a la creación de normas jurídicas generales, como en el caso de los llamados contratos-ley del derecho laboral mexicano. También excepcionalmente, la convención internacional puede crear normas jurídicas individualizadas, como cuando dos Estados convienen resolver un problema relativo a un nacional de cualquiera de ellos, exclusivamente.

6. OTRAS FUENTES DEL DERECHO

Las sentencias judiciales constituyen la aplicación de normas generales de la legislación, la costumbre o la jurisprudencia y de normas individualiza-

das de la contratación, la testamentificación o la actuación de los órganos administrativos del Estado, y la creación de normas jurídicas individualizadas.

Los testamentos son también normas jurídicas individualizadas. Se diferencian de los contratos en que éstos requieren de un acuerdo de voluntades en tanto que aquéllos son la expresión de una sola voluntad.

Los actos y resoluciones administrativos constituyen igualmente una fuente de derecho que, generalmente, produce normas jurídicas individualizadas. Sin embargo, la reglamentación por ejemplo, es una actividad administrativa que da lugar a la creación de normas jurídicas generales, similares a las de la legislación.

Todo acto de creación de normas de derecho, generales o individualizadas, implica la aplicación de otras normas de superior jerarquía y, por ende, mayor generalidad. La legislación, pongamos por caso, es una actividad que trae aparejada la aplicación de preceptos constitucionales: los que facultan al órgano correspondiente para crear normas jurídicas generales llamadas leyes. La creación de las disposiciones constitucionales implica la aplicación de los preceptos de otra Constitución anterior, o bien, la aplicación de la norma fundamental hipotética: Debe obedecerse lo dispuesto por el legislador primario. Esta norma no se crea porque no tiene carácter positivo, de manera que su existencia no implica la aplicación de ningún precepto superior. Se trata simplemente de un supuesto del pensamiento jurídico.

7. LAS "LAGUNAS" DE LA LEY

Sobre la creencia errónea de que el derecho es un orden estático y no dinámico, surge la equivocada apariencia de que la ley tiene lagunas que es preciso llenar mediante la aplicación de principios jurídicos diversos de los legislados, porque *si hay lagunas en la ley, en el derecho no puede haberlas* (Zithelmann). Tales principios no pueden ser otros que los de un derecho natural cualquiera. Siguiendo este razonamiento, llegamos a la siguiente conclusión: Como el derecho natural no es sino un conjunto de aspiraciones subjetivas de justicia, cada juez puede llenar las "lagunas" de la ley a su arbitrio. Pero esto no es lo importante. Al jurista le interesa la ley, para resolver sus problemas concretos, pero lo que ocupa la atención del investigador es la legislación, el acto por el cual la ley se produce, y la contratación, la testamentificación o la actividad jurisdiccional, esto es, los actos mediante los cuales la ley se aplica. Visto así el problema, la ley no es más que un momento sin duración en el tiempo, un cambio conceptual, entre la producción y la aplicación de la norma jurídica general. Sólo artificialmente ha podido el pensamiento tradicional quedarse en el momento de la producción de la norma, para hacerlo su objeto de estudio como ley. A este error contribuye la permanencia en el tiempo de los textos en que están inscritas las normas. Pero la ley no es nada si no se la aplica ni se la ve como producida por las disposiciones constitucionales. Cualquiera puede es-

cribir un conjunto de preceptos codificados, imprimirlos y distribuirlos en idéntica forma que una ley, como ocurre por ejemplo con los proyectos legislativos, pero a nadie se le ocurrirá llamar a ese texto ley, porque no ha sido creado en la forma constitucionalmente establecida, ni se aplica por los jueces en sus sentencias, por los particulares en sus contratos y testamentos, ni por las autoridades administrativas en sus decisiones. La ley es, para el pensamiento jurídico, sólo un momento fugaz e inasible entre su producción y su aplicación. Entonces, de igual manera que en un río no existen huecos, porque se trata de una corriente de agua, de un permanente movimiento, tampoco puede hablarse de "lagunas" en la ley. Ésta no es sino un permanente movimiento, una corriente jurídica, ya que el derecho es un orden dinámico y no estático.

Se han inventado las "lagunas" para hacer creer al juez que sólo puede hacer uso de su arbitrio, cuando el legislador no ha previsto el caso concreto sometido a su conocimiento. Pero la verdad es que nunca puede prever el legislador ninguna situación específica, pues si lo hiciera, no dictaría normas generales sino individualizadas. En todo caso, el juez individualiza, atendido a su propio criterio, las normas generales que aplica en su sentencia. Es decir, crea derecho, produce una norma diversa de las que aplica, la cual puede estar más o menos determinada por las normas superiores, pero siempre tendrá elementos que escapan a la previsión del legislador: personales, temporales, espaciales y materiales. Luego, el juzgador crea derecho en todo caso, dentro de límites más o menos amplios, y no sólo cuando se encuentra frente a lo que se llama "laguna de la ley", las que no son más que una invención útil para quitarle al juez las pretensiones de legislador que fundamentalmente podría tener, ya que si bien no crea normas jurídicas generales, sí produce normas de derecho individualizadas.

Para hacer más inteligibles nuestras afirmaciones, a las mentalidades formadas en el pensamiento jurídico tradicional, nos remitimos al siguiente párrafo de Hans Kelsen.

El orden jurídico no puede tener lagunas. Si el juez está autorizado a resolver, como legislador, una determinada controversia, en la hipótesis de que el orden jurídico no contenga ninguna norma general que obligue al demandado a la conducta reclamada por el actor, no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general. El derecho realmente en vigor pudo ser aplicado al caso concreto mediante la absolución del demandado. Sin embargo, el juez está facultado para cambiar el derecho en relación con un caso concreto y obligar jurídicamente a un individuo que era con anterioridad jurídicamente libre.¹

Cuando Kelsen habla de una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general, se refiere únicamente a que el contenido de la pri-

¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 153.

mera no está predeterminado por otra norma, pues no puede existir ninguna norma individual cuya creación como norma de derecho no se encuentre determinada por una más general, que le sea jerárquicamente superior. Toda norma individualizada tiene que ser creada por un órgano del Estado, el cual lo es, siempre, en virtud de una norma general orgánica que lo hace ser tal órgano. Esta norma general, cuando menos, corresponde en todo caso a cualquier norma individualizada.

SEGUNDA PARTE
PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Cuarto: La pirámide jurídica</i>	137
1. Creación y aplicación del derecho	137
2. La interpretación del derecho	139
3. Los “métodos” de interpretación	140
a) Escuela clásica	141
b) Escuela histórica	141
c) La jurisprudencia conceptual	141
d) La teoría crítica	142
e) Método positivo sociológico	142
f) Métodos histórico-comparativos	142
g) La jurisprudencia progresiva	142
h) La escuela del derecho libre	143
i) La jurisprudencia de intereses	143
j) Método tradicional	143
k) La libre investigación científica	144
4. El sentido “único” de la norma	145
5. Los varios significados del precepto jurídico	146

CAPÍTULO CUARTO

LA PIRÁMIDE JURÍDICA

El postulado político de que la norma jurídica sólo puede tener un único sentido auténtico, carece absolutamente de objetividad.

F.E.V.B.

1. CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

La tarea de positivizar el derecho, o sea, de individualizarlo mediante la aplicación de normas más generales y la creación de otras menos generales y específicas o concretas, es una labor que sale completamente del marco de la teoría general del derecho, y aun de la teoría especial del mismo, al menos en la mayor parte de sus elementos, pues si bien es cierto que en casi todos los ordenamientos jurídicos históricos se formulan reglas de interpretación, también éstas tienen que ser individualizadas. Toda norma jurídica vale porque ha sido creada de acuerdo con otra más general que ella. La creación de la primera implica la aplicación de la segunda. Luego, en todo orden jurídico sus normas se producen en relación de supra y subordinación. Las más generales son de superior jerarquía con relación a las menos generales. Esto condujo a Adolph Merkl a la formulación de su tesis de la Pirámide Jurídica. Este poliedro representa al derecho en su totalidad. Su cúspide la ocupa la norma fundamental hipotética, que no es creada sino supuesta por el pensamiento jurídico. Su base la componen los últimos actos de aplicación jurídica, que por ser tales, es decir últimos, ya no pueden concretarse más. En los diversos planos horizontales de la pirámide, se encuentran las distintas gradas de la producción normativa. La grada más alta, inmediata inferior a la cúspide o norma fundamental, la ocupan los preceptos constitucionales. La segunda, las normas generales de la legislación y otras fuentes. La tercera, las normas menos generales reglamentarias de aquéllas. La cuarta, las normas aún menos generales o individualizadas de la contratación, la testamentificación y demás. La quinta, las normas individualizadas de la actividad jurisdiccional (sentencia), de la actuación administrativa, etcétera. La sexta y base de la pirámide, es la grada compuesta por los actos de aplicación de las normas individualizadas o concretas (ejecución en sentido estricto).

Ahora bien, el panorama anterior no pretende que todo fenómeno jurídico se desenvuelva necesariamente en seis momentos, ya que puede tener más o

menos estadios. La imagen de la pirámide es una analogía de valor simplemente didáctico para entender la producción escalonada de las normas jurídicas, en función de un proceso que va de normas superiores a normas inferiores, de preceptos más generales a preceptos menos generales. En estas condiciones, podemos precisar que cuando una norma general se aplica, ello da lugar a la creación de otra menos general, y a la inversa, todo acto de creación de una norma es, simultáneamente, acto de aplicación de otra superior. En una palabra, creación y aplicación jurídica son una misma cosa, sólo que vista desde diferentes ángulos. Lo que para el observador en el nivel de los preceptos constitucionales, por ejemplo, es aplicación de uno de ellos, para el observador apostado en la grada de la actividad jurisdiccional, pongamos por caso, es *creación* de un precepto legislativo.

Es importante subrayar que una norma vale jurídicamente como tal, cuando ha sido creada por una autoridad, aunque posteriormente se anule esa validez. Esto se debe a que la actividad de todo órgano del Estado, por el hecho mismo de serlo, puede ser interpretada por el conocimiento jurídico, al menos provisionalmente, como constitutiva de derecho. Es decir, una ley anticonstitucional, una sentencia ilegal, un acto arbitrario de autoridad, son válidos por todo el tiempo anterior a su anulación, inclusive en aquellos casos en que sus efectos resulten retroactivamente anulados, pues en tanto su invalidez no haya sido declarada, sólo puede conocerseles como normas jurídicas. Esto no significa que suscribamos el postulado político de que todo acto de autoridad tiene en su favor la presunción de juridicidad, aun en contra del propio derecho, pues lo que sucede es que la actividad de un órgano del Estado, en ningún caso puede concebirse como ajena o contraria al derecho, ya que es precisamente éste el único que puede dar al autor de esa actividad, el carácter de órgano del Estado. En efecto, un legislador que no crea una norma de acuerdo con la Constitución, un juez que no dicta una sentencia conforme a las prescripciones de la ley, una autoridad administrativa que no ajusta su actuación a las disposiciones reglamentarias que la regulan, no violan el derecho, porque es el propio derecho el que los hace legislador, juez y autoridad administrativa, respectivamente, y en consecuencia, el que quiere que esa ley anticonstitucional, esa sentencia ilegal y ese acto arbitrario, valgan normativamente aunque sólo sea en forma provisional. Es más, un diverso órgano del Estado puede sancionar a cualquiera de esos funcionarios, por no ajustarse a lo prescrito por el derecho al legislar, sentenciar o dictar una orden, dejando sin embargo con plena validez la ley, la sentencia o el mandato de que se trate, lo cual demuestra que el derecho no sólo quiere que se creen normas jurídicas en la forma prevista por los preceptos superiores relativos, sino también en una distinta, al no anular las normas creadas de manera diferente a la ordenada por tales preceptos. Esto es lo que ocurre en el caso de una sentencia que, por haber pasado en autoridad de cosa juzgada, continúa válida aun cuando el juez que la pronunció haya sido condenado por un jurado de responsabili-

dades, por haber fallado de manera diversa a la prescrita por el derecho sustantivo. También sucede lo mismo en los casos en que el robo o el despojo constituyen el origen de un derecho de posesión y aun de propiedad. Igual cosa ocurre en aquellas situaciones en que un acto de traición al orden constitucional (golpe de Estado), constituye el fundamento del nuevo orden jurídico implantado por este acto.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

La correcta comprensión de todo lo expuesto, resulta indispensable para entender la cuestión relativa a la interpretación del derecho, pues todo acto de aplicación y creación jurídicas implica la interpretación del precepto superior que lo rige. Interpreta el legislador ordinario al aplicar las normas constitucionales en el acto de creación de las leyes. Interpreta asimismo el particular al aplicar las leyes en el acto de contratar o en el de testar. Hace lo propio el juez al aplicar la ley y el contrato o el testamento en su sentencia. Igualmente interpretan las leyes, reglamentos o resoluciones correspondientes, los órganos administrativos que los ejecutan o aplican en el caso concreto regulado por esos preceptos. La interpretación del derecho en relación con su individualización, positivación, ejecución o aplicación, que estos cuatro términos denotan lo mismo, es lo que se llama técnica jurídica, hermenéutica jurídica o arte de interpretar el derecho.

Las artes, tantos pragmáticas o utilitarias (técnicas en sentido estricto) como las desinteresadas o bellas artes, consisten en la utilización de ciertos procedimientos para la consecución de objetivos predeterminados. Esto es, empleo de medios para la realización de fines. Entonces, como toda finalidad no es sino un propósito eminentemente subjetivo, la formulación de reglas artísticas o técnicas para la obtención de un cierto objeto, no puede ser en ningún caso una actividad científica, aunque la escogitación adecuada de los medios para alcanzar un determinado fin, supone el conocimiento de la eficacia de los procedimientos empleados, pues si bien este conocimiento es de carácter científico, la técnica y las artes no participan de la objetividad inherente a la ciencia, esto es, de la necesidad racional y exigibilidad universal de todos sus juicios, porque procedimientos diversos pueden conducir a idénticos fines, y el mismo procedimiento puede utilizarse para conseguir objetivos distintos. Dos diversas escuelas de arte pueden, mediante diferentes medios, realizar un mismo ideal de belleza, o bien, emplear un mismo procedimiento para plasmar dos ideales estéticos. O más claro aún: se puede producir jabón (fin) merced a diversos procesos de elaboración (medios), y utilizando idéntico procedimiento (medio) obtener el beneficio de metales distintos (fines). En cambio, una proposición científica es válida con exclusión de cualquier otra, en una misma dirección de conocimiento, y la veracidad no se realizaría a partir de un mismo supuesto, si se sigue un camino distinto del que aquella proposición señala.

Pues bien, con la técnica jurídica sucede lo propio. Si frente a un precepto legal se investiga la voluntad del legislador, para aplicarlo como presuntivamente él mismo lo habría hecho, puede llegarse a determinar en la norma un sentido idéntico al que pudiera fijarse investigando su significación literal. O bien, mediante uno cualquiera de los dos procedimientos anteriores, es posible arribar a determinaciones diversas del sentido de un precepto, según supongamos que la voluntad del legislador o el sentido literal de la norma, según el caso, tienden a realizar preferentemente ora la justicia, ora la seguridad jurídica. Por otra parte, aun suponiendo idéntico el fin, puede llegarse a diferentes fijaciones del sentido de la norma, de conformidad con las distintas convicciones que sobre la justicia o la seguridad jurídica tengan quienes realizan la interpretación.

Interpretar es dar un significado a algo. El juicio es el significado de la proposición, su sentido propio y exclusivo. La proposición no puede tener más de un sentido, porque el pensamiento científico se estructura siempre sobre una exigencia de unidad. Luego, sólo cabe una interpretación correcta de ella: la orientada en el sentido de la teoría. Aquí debemos señalar que no es posible hablar objetivamente ni de proposiciones ni de juicios científicos, pues fuera de la ciencia sólo existen opiniones, es decir, apreciaciones individuales de carácter subjetivo. Nuestros juicios personales únicamente poseen objetividad cuando coinciden con el pensamiento de la ciencia.

Por el contrario, la interpretación de un objeto cualquiera: paisaje natural, doctrina religiosa, norma jurídica, etcétera, no es unívoca, porque se carece de un criterio objetivo que permita fundar la exigencia de unidad en el descubrimiento de su significación, y que guíe al intérprete por senda segura e indisputable. Un pintor clásico y otro modernista, verán cosas distintas en un mismo accidente geográfico, y ambas interpretaciones pueden valer históricamente desde el punto de vista estético. Un católico y un protestante entenderán de manera diferente un cierto pasaje bíblico, y los dos poseen igual derecho histórico para sostener sus respectivos puntos de vista. Ateniéndose uno a la letra de la ley y otro a la voluntad real o presunta del legislador, dos juristas pueden llegar a descubrir sentidos diversos en una determinada norma de derecho, que valdrán ambos jurídicamente si se plasma cada uno por su parte, en sendas resoluciones ejecutoriadas.

3. LOS "MÉTODOS" DE INTERPRETACIÓN

No obstante lo que dejamos expuesto, multitud de juristas se aferran irracionalmente al dogma de que la interpretación de la ley (no del derecho), es descubrir *el* sentido que ésta encierra, pues suponen graciosamente que la ley sólo puede tener *un* significado, y en consecuencia, sostienen que tal significado no es otro que el señalado por cada uno de ellos. Así, se han elaborado lo que el pensamiento jurídico ha venido llamando impropriamente "métodos de interpretación", los cuales son sólo diversas técnicas para fijar

un determinado sentido de la norma jurídica, con fines de individualización de la misma. Originalmente, sólo se hablaba de interpretación de las normas de "derecho privado", sosteniéndose ingenuamente que las del "derecho público", como el penal, no se interpretaban sino que se aplicaban directamente. También se creía que sólo eran interpretables los textos legales oscuros, y que no lo eran los claros.

Ya veremos en su debida oportunidad, que no existe ningún criterio objetivo para distinguir entre lo que se llama derecho público y aquello que se denomina derecho privado. Igualmente habremos de percatarnos de que no es posible individualizar ningún precepto jurídico, por "claro" que sea su sentido, sin interpretarlo en alguna forma.

Las principales técnicas de interpretación, son las que llamándose métodos interpretativos, proponen los diversos criterios que les dan su nombre y para cada uno de los cuales se pretende, por sus respectivos autores, que constituye el único camino para desentrañar el "sentido auténtico" de la norma.

a) *Escuela clásica.* Los principales autores de la Escuela Clásica (protestante) del derecho natural: Grocio, Puffendorf, Thomasius y Wolf, consecuentemente con su punto de mira iusnaturalista, sostienen que las reglas y *soluciones* del derecho (civil) deben elaborarse por deducción de los principios absolutos del derecho natural, sin tomar para nada en cuenta el dato empírico.

b) *Escuela histórica.* En oposición al "racionalismo", Hugo, Savigny y Puchta afirman que la manera correcta de interpretar el derecho, no consiste en partir de postulados previos sino obtenidos empíricamente y operar lógicamente con ellos. Se considera por estos autores que tanto desde el punto de vista ontológico como desde el enfoque lógico de la cuestión, los que según ellos son distintos, el derecho es un todo orgánico, producido no por la razón sino por el "alma popular nacional" (*Volksgeist*), que produce igualmente todas las demás manifestaciones de la cultura. Estiman asimismo que el derecho se desenvuelve de un modo orgánico, revelado principalmente en la costumbre, y de manera secundaria, también en la ley y en la doctrina. Savigny se percató de que la interpretación de la ley es una actividad necesaria no sólo en el caso de oscuridad de los textos, sino también en toda aplicación de la norma. El propio autor "descubre" los cuatro elementos que según él, entran en juego en la función interpretativa: *gramma*, *logos*, *historia* y *sistema*. Es decir, que para interpretar correctamente un precepto deben atenderse simultáneamente sus diversos aspectos gramatical, lógico, histórico y sistemático. Respecto al "problema" de las lagunas de la ley, sostiene que deben llenarse por el procedimiento de la analogía, como expresión de la fuerza orgánica del derecho positivo.

c) *La jurisprudencia conceptual.* Postulada por Windscheid, Ihering, Regelsberger y Brinz, esta especial técnica de interpretación se hace consistir, frente a la "necesidad de colmar las lagunas de la ley", en entender al de-

recho como un conjunto de relaciones disciplinadas o relaciones específicas y de principios generales, lo que permitirá llenar esas lagunas con las normas implícitas extraídas de las normas expresas, apegándose siempre a la intención del legislador o a lo que éste racionalmente hubiera debido querer.

d) *La teoría crítica*. Para Rudolf Stammler, autor de esta doctrina, el “método” correcto de interpretación del derecho, consiste en la introspección crítica de las materias jurídicas que se presenten a nuestra conciencia, hasta llegar a aquellos conceptos y principios inexcusables para someter a unidad y ordenación todas las cuestiones de derecho concebibles. El concebir como jurídica una afirmación o afirmar o negar que sea justa, es aplicar mentalmente a la materia condicionada, un criterio armónico y absoluto —expresa el maestro. Agrega que las nociones de derecho (querer entrelazante e invariablemente vinculatorio) y de justicia (orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura) no son sino modalidades armónicas de ordenación. Para él, corresponde a la *teoría del derecho* elaborar los métodos universalmente válidos del pensamiento jurídico; el problema de la *técnica del derecho* es la expresión jurídica y el derecho formal que el práctico habrá de aplicar a los casos concretos; y la *práctica del derecho* exige la noción exacta de los problemas teoréticos de la filosofía del derecho, con el dominio técnico del contenido jurídico que tiene que aplicar y la pericia en la aplicación.

e) *Método positivo sociológico*. Este “método” afirma que la interpretación del derecho no debe hacerse a través de las normas legales ni de los principios dogmáticos, sino del conocimiento de la estructura social y económica de sus instituciones, alcanzado por la observación directa de los hechos y las enseñanzas de la sociología jurídica, que es una ciencia empírica y descriptiva de la realidad jurídica, que enseña lo que realmente hacen los hombres en su relación con el derecho (y no lo que deben hacer).

f) *Métodos histórico-comparativos*. Estas técnicas de interpretación son las que estudian el origen (método genético), la evolución (método evolutivo) y la transformación (método comparativo) de las instituciones jurídicas, a través de los cambios de las circunstancias económicas y sociales y de las semejanzas y diferencias de los sistemas jurídicos de los distintos pueblos. Algunos juristas conceden a estos “métodos” el valor de importantes auxiliares de la interpretación, pero con la reserva expresa de que con incapaces por sí mismos, de proporcionar un criterio metódico para la elaboración científica del derecho.

g) *La jurisprudencia progresiva*. Esta técnica autoriza la interpretación de la ley de conformidad con las variaciones históricas, modificando el pensamiento originalmente expresado en ella. Cimbali y Gabba, aun cuando postulan que debe atenderse a la voluntad del legislador, admiten interpretaciones del texto legal derivadas del medio, cuando correspondan a los elementos de la norma, aunque no hayan sido previstas por el legislador. Cogliolo y Ferrara, yendo más lejos, sostienen que la razón de la ley debe concebirse

como algo diferente del autor de la misma, como algo actual y no referida a la época en que fue dictada. Cogliolo expresa que el intérprete debe dar espíritu nuevo a la ley vieja y que, cuando la letra de la misma no sea abiertamente contraria, es lícito substituir lo que el legislador quería cuando la hizo, por lo que debería querer hoy si legislase. Para los juristas que combaten esta tesis, la misma quebranta la firmeza que constituye la razón de ser de la ley escrita. Ya veremos que esta firmeza o seguridad jurídica es una pura ilusión propiciada con fines políticos, nobles si se quiere, pero que nada tienen que ver con el conocimiento científico.

h) *La escuela del derecho libre.* Kantorowicz, el más destacado exponente de esta escuela, sostiene que el derecho libre no es sino una especie de derecho natural, pero no universal e inmutable sino en continua transformación y adaptación, que se manifiesta en la conciencia colectiva y, en algunos casos, en la conciencia individual, por lo cual el jurista debe investigar el derecho libre algunas veces, y otras, crearlo para aplicarlo en los casos de lagunas de la ley y cuando adquiera la convicción de que el legislador no resolvería actualmente el caso, en el sentido que el texto legal lo hace. Es decir, que el juez debe realizar, ante la insuficiencia de la ley, una labor personal y creadora que se aproxime asintóticamente a la actividad legislativa. Otros autores de esta misma dirección, señalan la insuficiencia de las fuentes y combaten los métodos puramente lógicos de interpretación del derecho, subrayando la necesidad de dejar al juez un campo de acción más amplio. Lo que ocurre es que estos pensadores no se han percatado de que el juez, aunque generalmente sin conciencia de ello, legisla siempre creando normas jurídicas individualizadas.

i) *La jurisprudencia de intereses.* Ph. Heck parte de la idea de que el derecho es un producto de los intereses que en la sociedad luchan por su reconocimiento, y combinando las técnicas de la jurisprudencia progresiva, de la libre jurisprudencia y otras más, señala estas tres directivas: 1. Para decidir una cuestión de derecho, deben investigarse los intereses en pugna; 2. El juez está vinculado a la ley, pero con limitaciones, porque debe interpretarla por sus fines y después de la fijación del contenido histórico de los intereses y acomodamiento de los mismos a la ordenación existente, y 3. La interpretación de las lagunas de la ley hacerse mediante la creación de normas judiciales, sobre la medida de los juicios de valor legales.

j) *Método tradicional.* A partir del principio de que las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley, esta escuela sostiene que la interpretación sólo es admisible en el sentido de exégesis de los textos, y rechaza todas las fuentes de decisión con las cuales se pretende substituir la voluntad del legislador, como precedentes, usos no reconocidos por la ley, consideraciones de utilidad general, equidad, doctrinas, adagios, etcétera. En algunos de sus seguidores, llega al extremo de afirmar que si el juez se enfrenta a la imposibilidad de descubrir la voluntad del legislador, como en el caso de leyes contradictorias, debe abstenerse de conocer el negocio y re-

chazar la demanda, considerando inexistentes los preceptos que se oponen contradictoriamente. Expresan los promotores de esta técnica interpretativa, que cuando el texto de la ley es claro, debe aplicarse en sus términos, por lo cual la interpretación resulta entonces puramente gramatical o literal. Cuando el texto es obscuro o incompleto, hay que usar también de la interpretación lógica, que descubre el espíritu de la ley. El pensamiento del legislador puede buscarse mediante el estudio de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, así como del análisis de la tradición histórica y de la costumbre, reveladora de las circunstancias prevalecientes en la época en que la ley fue elaborada y de los motivos que indujeron al legislador a establecerla. Si no obstante lo anterior el texto permanece obscuro e incompleto, debe acudir a la equidad y a los principios generales del derecho, para encontrar a través de ellos el criterio de utilidad y de justicia en que el legislador debió inspirarse. Cuando el caso a estudio no pudo haberlo previsto el legislador, hay que buscar la solución en la lógica, utilizando el argumento en sentido contrario (*a contrario sensu*) o el razonamiento por analogía. Pero si ni aun entonces se descubre el pensamiento del legislador, y sólo en esta situación, puede acudir a la equidad y a los principios generales del derecho, como medios directos para fijar el sentido del precepto. Éste es el único punto en el cual la escuela de la exégesis, abandona su postulado de que la significación auténtica de la norma sólo puede darla la investigación de la voluntad real o presunta del legislador.

k) *La libre investigación científica.* El creador de esta técnica, François Gèny, estima que la ley tiene una naturaleza intencional, pues no es más que la expresión de la voluntad del legislador, por lo que el principio rector de la interpretación debe ser la investigación de esa voluntad. Para Gèny, la interpretación gramatical y la interpretación lógica no pueden separarse, por cuanto se complementan. La voluntad del legislador no necesariamente tiene que ser real, pues al formular la ley no pudo haber tenido en cuenta todas las situaciones concretas que se presentan al intérprete, pero la fórmula legal debe aplicarse a todos los casos que abarca. Sostiene igualmente que el intérprete no tiene que limitarse en todo caso al texto de la ley, pues en ocasiones es preciso, para descubrir la voluntad del legislador, tener en consideración elementos extrínsecos, como la finalidad perseguida por el propio legislador, el medio social en que la ley se originó y los principios y doctrinas que el legislador tuvo presentes, aunque se rechace a éstos objetivamente. Gèny distingue entre interpretación e integración de la ley. La primera tiene lugar frente a un texto legal que prevé el caso concreto. La segunda se da como el procedimiento adecuado para llenar las lagunas de la ley, frente a las cuales no hay hermenéutica posible. Cuando ésta no prevé una situación específica, la tarea que se impone al juez es semejante a la del legislador, pues debe acudir a la "libre investigación científica"; libre, porque se encuentra substraída a la acción de toda autoridad positiva, y científica, porque sus bases sólidas las halla en los elementos objetivos que puede reve-

larle la ciencia. Por una parte, habrá de interrogar su razón y su conciencia para descubrir las bases de la justicia, y por la otra, deberá dirigirse a los fenómenos sociales para aprehender las leyes en su armonía y los principios de orden que requieren.

4. EL SENTIDO "ÚNICO" DE LA NORMA

Para que el pensamiento jurídico pudiera admitir como objetivamente válido, frente a la multiplicidad de "métodos" o técnicas de interpretación que hemos expuesto, el postulado de que la norma jurídica sólo puede tener un significado auténtico, un único sentido verdadero, sería preciso descalificar todas esas técnicas menos una, pues si bien es cierto que por caminos diversos puede llegarse a un mismo sitio, también es verdad que siguiendo distintas rutas, al menos en ciertos casos, habrá de arribarse a lugares diferentes. Entonces, como esto tiene que ocurrir en la hermenéutica jurídica, aunque sólo sea un mínimo de situaciones, es preciso elegir un "método" interpretativo con exclusión de todos los restantes.

Ahora bien, ¿de acuerdo con qué criterio objetivo podemos hacer la selección? Si nos consideramos obligados a elegir la técnica que conduzca a soluciones más justas, habremos de enfrentarnos a la exigencia imposible de satisfacer, de precisar primero qué es la justicia. Y ya vimos antes que tal propósito es lógicamente irrealizable. Igual cosa ocurre si acudimos a la equidad.

El principio de que debe respetarse la voluntad del legislador, carece de todo apoyo objetivo. La voluntad de los legisladores no vale como expresión de un querer subjetivo, sino como voluntad del Estado. Esta voluntad:

No es, pues, medio de interpretación, sino resultado y fin de la misma, expresión de la necesidad *a priori* de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico.¹

Lo mismo sucede con el criterio de que debe considerarse al derecho como un todo orgánico, refiriéndose al contenido de sus normas. Este contenido carece de validez intrínseca objetivamente reconocible, de manera que no existe posibilidad alguna de organizarlo como tal contenido, pues su aglutinación implica su sistema, el cual le da la validez derivada que en su papel de contenido le corresponde. Lógicamente, todo sistema o teoría vale con independencia del dato empírico, y aunque no se aparte de la experiencia, no depende de ésta. O en otras palabras, una norma jurídica vale como tal, independientemente de que su contenido lo calificuemos subjetivamente de justo o injusto, conveniente o inconveniente, bueno o malo, etcétera. Y sólo

¹ Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, traducción de José Medina Echeverría, Madrid, 1933, p. 148.

es posible considerar al derecho como una totalidad, desde el punto de vista lógico.

Otro tanto acaece con la afirmación de que debe observarse estrictamente el texto literal de la norma, para interpretarla correctamente. El dato gramatical no es unívoco. Un mismo texto puede interpretarse filológicamente en dos o más sentidos diferentes. De modo que habría necesidad de fundamentar una sola interpretación lingüística, prescindiendo de todas las demás que son posibles, para poder sostener la validez objetiva del principio de literalidad en la interpretación jurídica.

La "ponderación de intereses" como criterio hermenéutico corre pareja suerte que los anteriores, pues ni siquiera apunta una solución del "problema", ya que es apenas una formulación distinta del mismo, toda vez que no dice cuál es el criterio objetivo para realizar esa ponderación.

Parecido comentario es posible hacer respecto al principio de que debe buscarse el sentido de la norma, en el estudio histórico comparativo de las instituciones jurídicas, porque la historia no está dada sino en permanente evolución, merced a las continuas investigaciones que sobre ella se realizan, de manera que su contenido en siempre renovado progreso, resulta incapaz de proporcionar una pauta inequívoca de interpretación.

Podemos afirmar, en resumen, que ninguno de los criterios de interpretación propuestos goza de ventaja sobre los demás, y como veremos más adelante, todos sin excepción pueden producir resultados objetivos. Esto ocurre cuando se les incorpora al derecho positivo, como contenido de normas jurídicas generales o individualizadas.

Existe un error de principio cuando se afirma que las normas de derecho sólo pueden tener un único sentido auténtico. En efecto, las diversas interpretaciones que puedan darse a un precepto, serán producto de la actividad psíquica de los intérpretes, esto es, meros hechos. Ahora bien, ningún hecho puede contradecir a otro hecho, porque ambos coexisten. Regímenes democráticos y autocráticos. Economías capitalistas y comunistas. Religiones monoteístas y politeístas. Actividades lícitas e ilícitas. Interpretaciones jurídicas voluntaristas, literales, históricas, etcétera. Nuestras opiniones y expresiones personales no se contradicen. Un individuo puede creer que la tierra está inmóvil, pero su error no contradice el juicio científico de que nuestro planeta se encuentra en movimiento, ya que no le resta ni puede restarle validez objetiva, es decir, la necesidad racional y exigibilidad universal que posee dentro del sistema heliocéntrico copernicano. Pero a pesar de esto, es un hecho innegable que el señor en cuestión cree que la tierra no se mueve.

5. LOS VARIOS SIGNIFICADOS DEL PRECEPTO JURÍDICO

La validez de una interpretación del derecho, no depende de que en su formulación se hubiese investigado la voluntad del legislador, su sentido literal, su significación histórica o su mayor o menor justicia, sino simple-

mente de que un juez la hubiese incorporado o no a una sentencia firme. Así, cualquiera que sea la pauta seguida para determinar el sentido de la norma general, el resultado de la interpretación es jurídicamente válido como contenido de la norma individualizada creada por el intérprete, es decir, de la resolución judicial. Entonces, cualquier criterio hermenéutico puede conducir a resultados objetivos. Y no se diga que una misma norma, al ser interpretada siguiendo técnicas diversas, puede producir resultados contradictorios, pues los mismos sólo podrán ser distintos. Ya hemos visto que no es pensable una contradicción normativa.

Lo que realmente ocurre es lo siguiente: como señalábamos en el primer inciso, las normas jurídicas se producen en relación de supra y subordinación. Las normas más generales o superiores, condicionan la creación de las menos generales o inferiores. Los preceptos constitucionales determinan la producción de las leyes ordinarias. Éstas condicionan a las normas menos generales producidas por la reglamentación y a las individualizadas creadas por la actividad administrativa o jurisdiccional. Y así sucesivamente. Esto es, las normas superiores determinan al aplicarse la creación de las inferiores. Pero tal determinación no es absoluta o total.

Cuando se aplica una norma superior (o lo que es igual, se crea una norma inferior), el órgano encargado de realizar esta función tiene un margen más o menos amplio de discrecionalidad, porque no es posible que la norma de mayor generalidad regule en todos sus pormenores el acto de aplicación. Inclusive las normas más individualizadas o concretas, cuya aplicación es última porque ya no puede dar lugar a una ejecución más precisa (por ejemplo una orden de arresto), tienen que dejar al ejecutor un margen de discreción para cumplirlas: el cuándo, el dónde o el cómo habrá de llevarla a cabo. Con mucha mayor razón tiene la Constitución que dejar al legislador, o la ley al juzgador, un amplio margen para la aplicación de sus correspondientes preceptos. En ocasiones, la norma general hace esto de manera expresa, como cuando faculta al juez penal para determinar una sanción corporal o pecuniaria entre un mínimo y un máximo. Otras veces, la discrecionalidad del juez, está restringida a los ámbitos personales, espaciales, temporales y materiales de validez del precepto superior. Es decir, que el intérprete, por mucho que el legislador haya querido constreñir su campo de acción, siempre será quien decida si la norma es aplicable a una persona, la época y lugar de su vigencia y si la cuestión debatida queda regulada por ella. Existen asimismo casos, los mal llamados lagunas de la ley, en que el juez está autorizado (lagunas técnicas) o cree estarlo, para fallar como legislador una cierta situación concreta. O sea, cuando se crea en su sentencia una norma individualizada que no se corresponde con ninguna norma general de derecho substantivo. Sin embargo, si bien no puede haber determinación completa de la norma inferior por la superior, tampoco puede haber indeterminación absoluta, porque entonces se perdería la continuidad. En el caso de la norma individualizada que no se corresponde con ninguna norma

general substantiva, existe también determinación de aquélla por un precepto superior: la norma general de derecho adjetivo que hace del intérprete un juez, esto es, un órgano del Estado con capacidad para crear normas judiciales de ese tipo.

Las posibilidades de interpretación son, pues, siempre múltiples. En todo caso habrá que desentrañar el significado gramatical del texto de la norma, determinar si ésta se encuentra vigente, si regula la materia cuestionada, si es aplicable al caso concreto, etcétera. Además, si el juez cree hallar una discrepancia entre el texto y la voluntad del legislador, el sentido histórico del precepto o sus personales convicciones sobre la justicia, tendrá que elegir una de estas posibles interpretaciones.

De todo lo anterior se desprende que la interpretación de una norma jurídica, no es la solución de un problema de conocimiento sino el ejercicio de un acto de voluntad, por cuanto implica necesariamente una elección subjetiva entre varias posibilidades, un preferir psicológicamente determinada solución y no otra de las que se ofrecen a la consideración.

Esto no significa que sea en vano el trabajo de los juristas que se ocupan de los mal llamados métodos de interpretación jurídica, sino simplemente que su tarea no es de carácter científico, pues cae de lleno, como asentamos desde un principio, en el campo del arte, de la técnica, en cuanto está dirigida a la elaboración teóricamente infundada de reglas, máximas y procedimientos de base ideológica para aplicar el derecho, cultivando con su postulado originario de que la norma no puede tener más de un significado auténtico, la ilusión de la seguridad jurídica, que generalmente cumple con el fin político que le ha sido asignado: dar una relativa firmeza a las relaciones jurídicas en la dinámica de su desarrollo. Nos abstenemos de opinar sobre la conveniencia o inconveniencia de tal proceder, por no ser ésta nuestra misión como investigadores de la ciencia del derecho.

SEGUNDA PARTE
PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Quinto: La acción en la teoría pura del derecho</i>	149
1. Iusprivatismo	149
2. Iuspublicismo	150
3. La acción como supuesto	151
4. La teoría pura del derecho	153
5. La moderna ciencia procesal	156

CAPÍTULO QUINTO

LA ACCIÓN EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

La acción tiene que llegar a ser acción unitaria. La unidad de la acción constituye el concepto de la acción.

H. COHEN

1. IUSPRIVATISMO

Encontrar el concepto de la acción ha sido una de las mayores preocupaciones de los procesalistas. Aun algunos cultivadores de la ciencia del derecho en general, han hecho suyo este antiguo "problema" de la ciencia procesal. Inclusive nosotros hicimos alguna vez el frustrado intento de conceptualizar la acción.

Es fundamentalmente con Calamandrei cuando la ciencia procesal contemporánea cree haber hallado sus epifocos en las, para ella, radicales nociones de acción, jurisdicción y proceso. Sin embargo, ya Savigny en 1814, Hasse en 1834, Kierulff en 1839, Windscheid en 1856, Müther en 1857 y Bülow en 1868, se habían propuesto como problema el encontrar una definición de la acción. Uno de ellos sostenía al respecto posturas convencionalmente denominadas privatistas, otros, suscribían tesis llamadas también convencionalmente publicistas.

Modernamente, entre los que sustentan una concepción de la primera clase, o sean, los que consideran que la acción es un derecho substancial, se cuentan Chiovenda y Weissman. El primero la concibe con el poder de dar vida a las condiciones para que una concreta voluntad de la ley, se lleve a cabo respecto de unos determinados hechos o de una determinada situación de derecho. Para el segundo, la acción tiene dos aspectos: como un derecho procesal a una sentencia y como un derecho material a una sentencia determinada. En otro sentido, pero también otorgando a la acción un contenido substancial, Wach la considera como una pretensión de tutela jurídica del derecho.

En resumen, podemos decir que para la corriente nombrada iusprivatismo, la acción es un derecho material a una determinada prestación, establecido por la ley substantiva. Conviene aclarar que incluimos a Chiovenda en el iusprivatismo por lo que hace al problema de la acción, en virtud de que se refiere a ésta como un poder específico y positivo que el legislador otorga al súbdito para actuar en defensa de sus intereses privados, esto es, como

un simple derecho subjetivo más que generalmente se ejercitará o no en función de la mera voluntad individual del particular. Por tanto, no presenta ninguna diferencia esencial con los demás derechos llamados substanciales por la doctrina. Naturalmente que desde el punto de vista teórico, resulta absurdo hablar de derecho público y derecho privado, pues ninguno de los diversos criterios propuestos para fundar la distinción resiste el más somero análisis crítico.

Se objeta a la dirección de que venimos hablando, que una acción puede desenvolverse a partir de la presentación de una demanda, pasando por todo un complejo procedimiento judicial, hasta alcanzar una sentencia que, en fin de cuentas, declara que el actor carece de derecho a la prestación que reclama, o sea, que su pretensión es infundada; de lo cual se deduce que la acción no puede ser un derecho substantivo sino que tiene que ser algo distinto. Esta objeción, como veremos, parte del mismo error de la doctrina que combate.

Antes de continuar esta exposición, consideramos pertinente aclarar que si bien no compartimos la distinción implícita en las tesis que examinamos, entre derecho público y derecho privado, sí estimamos fundada la distinción entre derecho substantivo y derecho adjetivo, es decir, derecho material y derecho procesal. Sin embargo, tal distinción no es absoluta sino relativa, por cuanto lo que en un procedimiento como el amparo indirecto contra actos de autoridades judiciales, puede ser visto como derecho material a una específica forma de trámite en un juicio civil por ejemplo, en este procedimiento es considerado precisamente como un derecho adjetivo o procesal. Derecho substantivo se dice que es el que se tiene a una cierta conducta ajena, y derecho adjetivo, el que se posee para exigir una específica actividad del Estado.

2. IUSPUBLICISMO

Respetando empero, por sólo razones históricas, las denominaciones de iusprivatismo e iuspublicismo, para las dos corrientes que se han venido disputando la hegemonía en lo que hace al problema de la acción, podemos decir que la segunda dirección estima que la acción no es un derecho substantivo a una prestación concreta, sino un derecho procesal a la actividad jurisdiccional del Estado, esto es, un derecho adjetivo cuyo contenido lo constituye una decisión judicial, pronunciada en cualquier sentido, es decir, acogiendo o rechazando la pretensión específica del actor.

Los publicistas, entre ellos Plosz y Degenkolb, considerando que de hecho se deducen acciones infundadas ante los tribunales y que, sin embargo, la actuación jurisdiccional es exactamente igual que cuando la acción es fundada, conciben ésta como un derecho abstracto de obrar, para que nazca el cual basta la sola afirmación de que un derecho ha sido violado; y por

tanto, concluyen que el derecho substantivo no es un elemento de la acción, sino sólo un presupuesto de la misma.

En la propia dirección, Mortara entiende a la acción como una relación de derecho público entre las partes y el juez, concibiéndola en sentido estricto como la facultad de deducir una demanda ante los tribunales.

Nosotros mismos sostuvimos que la acción es un derecho subjetivo a la actividad del Estado (jurisdiccional, administrativa o legislativa), para obtener un pronunciamiento acerca de una pretensión concreta a determinada conducta ajena. Podría, pues, habérsenos incluido entre los publicistas, ya que no dábamos a la acción como contenido ningún derecho material. Pero aun de esto no estamos muy seguros, pues a la manera de Couture casi llegamos a identificar la acción con el derecho constitucional de petición. La verdad es que carece totalmente de relevancia clasificar unas tesis como privatistas y otras como publicistas, o bien, como substantivistas y adjetivistas.

Ahora bien, aun el llamado publicismo da a la acción un contenido específico, pues aunque la estima como un derecho general a un procedimiento y a una decisión judicial sobre la procedencia o improcedencia de la prestación reclamada, su tesis no explica suficientemente los casos en que se deduce una acción y la demanda es rechazada de plano, o resulta sobreséido el juicio. O sea, cuando a pesar de haberse ejercitado una acción, es denegada la actividad jurisdiccional del Estado y, especialmente, una decisión sobre el objeto de la demanda. Por tanto, tampoco la tesis publicista resuelve el problema de la acción.

3. LA ACCIÓN COMO SUPUESTO

El error clave de que se hubiesen frustrado los esfuerzos de tantos juristas, en la investigación del concepto de acción, radica en que supusieron que la acción es un derecho, cuando que la misma es algo más, pero mucho más profundo que eso: *Un supuesto del pensamiento en general* y, consecuentemente, también del pensamiento jurídico.

La cultura no constituye algo estático, sino que se encuentra en permanente evolución y progreso, es decir, en movimiento. De modo que es un *fieri* y no un *factum*. Luego, como principio del *fieri* cultural de la humanidad, hay que contemplar a la acción. Pero la acción en general no podría explicar nada si se atomizase en el mero devenir, en la borrosa multiplicidad de procesos y elementos como dice Cohen. En el campo de la cultura, el movimiento nunca puede quedar ligado a esta atomización, pues si así fuera jamás podría llegar a condensarse en la conducta. Entonces, es menester encontrar la conexión de la acción, la cual sólo puede ser el antiguo concepto fundamental de la unidad. "La acción tiene que llegar a ser acción unitaria. La unidad de la acción constituye el concepto de la acción".¹ O sea, que la acción como acción unitaria es el supuesto básico de la cultura en general.

¹ Cohen, Hermann, *Ethik des Reinen Willens*, Introducción, inciso 73.

He aquí que “en el principio era la acción”, la acción creadora de la estructura objetiva de toda especie, en la que únicamente el hombre construye por sí mismo su esencia humana y objetivándose en ella, imprime profunda, plena y unitariamente, la impronta del espíritu de su mundo: más aún, de todo un mundo de tales mundos, a los que puede llamar todos, suyos.²

Ahora bien, el derecho no es un orden estático sino dinámico, porque se desenvuelve de normas más generales a menos generales e individualizadas o concretas. Además, el derecho es una parte de la cultura y, como tal, concebible sólo en función del supuesto capital de la misma: la acción. Por ejemplo, “el sujeto de derecho tiene que ser la unidad del sujeto”,³ pues la persona no puede ser partida en dos o más sujetos y conservar empero su individualidad. La persona entendida como centro ideal de imputación normativa, de imputación de facultades y obligaciones, no podría ser pensada como tal sin el supuesto de la acción que nos permite concebirla como ella es, en el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes y el ejercicio o no ejercicio de sus derechos. La unidad exigida por el concepto del objeto de derecho, que se constituye en las relaciones comerciales y contractuales que son llevadas a cabo en los actos jurídicos, sólo se encuentra asimismo en la unidad de cada uno de esos actos, por lo que sin acto o acción no podría tampoco pensarse el objeto de derecho. Esto es, pensarlo como algo dado fuera del derecho es hacer grosera metafísica; objetivamente, el único modo de concebirlo es como determinación del propio orden jurídico. El objeto de derecho es tal, en y por el punto de vista unitario de una serie de elementos (relaciones) jurídicos, serie que se puede considerar como una sólo por el supuesto de la acción. Para comprender la creación dinámica de las normas jurídicas, generales o individualizadas, en todo momento productor de las mismas, hay que entender estos momentos como acción legislativa, actividad contractual, actuación administrativa, acto jurisdiccional, etcétera, es decir, siempre como devenir, como movimiento, como acción. No es pensable una norma que no haya sido creada mediante una acción, así se llame a ésta iniciativa de ley, uso, convenio o demanda. Sin acción no puede haber norma. La sentencia que declara infundada o improcedente una demanda es también norma, y sólo puede ser pensada como producida por la acción en el caso de las sentencias desestimatorias, y también, en aquellos en que se rechaza una demanda o sobrees un juicio y con ello se niega la prestación de la actividad jurisdiccional que en la misma se solicita. “*Actio* es la conducta y el proceso (la demanda) (*Handlung und klage*). Un derecho que no es demandable o exigible, no es derecho”.⁴

Consecuentemente, el de acción es un supuesto, una condición de la po-

² Natorp, Paul *Kant y la escuela de Marburgo*, conferencia ante la Sociedad Kantiana de Halle, abril 27 de 1912, *Kantstudien*, t. xvii, inciso I.

³ Cohen, *Op. cit.*, Introducción, inciso 75.

⁴ Cohen, *Op. cit.*, Introducción, inciso 62.

sibilidad del pensar jurídico; más aún, es la categoría radical del pensamiento del derecho y, por ello, del pensamiento de la cultura, ya que es la que permite concebir al protagonista de la historia universal que es la historia de la humanidad, del hombre, pero no del hombre como unidad biológica sino del hombre como persona. El hombre alcanza su dimensión histórica en el pensamiento cuyo supuesto es la acción y sólo por este supuesto, sin el cual la cultura no tendría sentido, ya que la misma sólo puede ser objetivamente pensada como tarea, como acción, y únicamente como acción personal. El hombre se define a sí propio como acción, como tarea, como construcción autónoma, en el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes objetivos, que sólo pueden ser sus deberes jurídicos, los cuales nos permiten pensarlo como persona de derecho, y naturalmente también, en el ejercicio o no ejercicio de sus facultades objetivas, que sólo pueden ser sus derechos subjetivos, entendidos éstos como actuación de las normas positivas, es decir, como actuación del derecho mismo.

De lo dicho se desprende que la acción no es un problema legítimo de la ciencia del derecho, ya que es imposible el solo planteamiento del interrogante ¿qué es la acción?, dentro de la jurisprudencia, pues sin el supuesto de la acción esta disciplina carecería de objeto: el derecho, que sólo puede existir como regulador de la conducta de personas, mediante normas. Y ya vimos que no puede haber conducta, persona o norma, sino como actividad, como acción.

La acción es un supuesto metódico del conocimiento jurídico, y los supuestos no pueden ser puestos en cuestión, ya que si esto se hiciera, el pensamiento habría menester de otros supuestos que explicaran o permitieran pensar los cuestionados. Sin acción, no sería pensable ninguno de los conceptos fundamentales de la jurisprudencia. La cultura misma, como historia universal, resulta imposible sin la noción de actividad.

Ha sido, pues, muy presuntuosa la ciencia procesal, al proponerse como problema propio y exclusivo el de conceptualizar a la acción.

4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Hans Kelsen, fundador de la Escuela de Viena, ha entendido a la acción como:

Expresión de voluntad de la otra (parte en un contrato) en el sentido de que la sanción se ejecute en contra del infractor. La parte expresa tal voluntad mediante la presentación de una demanda en contra del otro contratante. Al hacerlo así, el actor pone en movimiento la maquinaria coercitiva del derecho.⁵

Expresa el autor de la teoría pura del derecho, que para la ejecución de la

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, Trad. E. García Máynez, México, 1950, p. 84.

sanción, dentro de la técnica específica del derecho civil, no basta que se haya celebrado un contrato e incumplido el mismo por una de las partes, sino que la sanción también se hace depender, entre otras condiciones, del hecho de que una parte demande a la otra, a fin de que pueda iniciarse el procedimiento por el cual el acto antijurídico, es decir, el incumplimiento del contrato, es comprobado, y el tribunal aplica la sanción.

O en otros términos, para Kelsen lo que se llama acción, es *una condición de procedibilidad indispensable para la aplicación de una sanción, mas no la única*. Esto implica asimismo, que expresiones de voluntad semejantes pueden no determinar una ejecución coactiva y, así, las mismas ya no podrían ser consideradas como antecedente de derecho o causa jurídica. Tal situación se presenta en los casos de sentencias desestimatorias o en los de resoluciones desechatorias de la demanda y de sobreseimiento del juicio.

En consecuencia, también la teoría pura del derecho entiende a la acción como un mero supuesto del conocimiento jurídico y no como un derecho autónomo de carácter substancial o procesal.

Ahora bien, algunos intérpretes del pensamiento kelseniano aseguran, con algo de razón como veremos, que el jefe de la Escuela de Viena llega a conclusiones muy semejantes a las de Coviello, quien sostiene que la acción es definible como la "facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho", y distingue a la misma, escolásticamente, como potencialidad y como actuación, afirmando que en su primer aspecto se confunde con el derecho subjetivo, y en el segundo, se destaca tan claramente que parece tener vida propia.⁶ Por otra parte, es exacto que Hans Kelsen: "Estima que el derecho subjetivo no puede concebirse independientemente de la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales, la aplicación del acto coactivo".⁷

En efecto, Kelsen habla de que "un derecho subjetivo es... la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada", y se refiere igualmente a que tal "individuo" es el "actor potencial".⁸

Sin embargo, tomando en cuenta que, para la teoría pura del derecho, la persona jurídica no *tiene* obligaciones y facultades, sino que es deberes y derechos; se impone concluir que en esa teoría no puede hablarse de un "derecho de acción", ya que la de acción es una cualidad indispensable para que exista cualquier derecho subjetivo o deber jurídico. La persona jurídica es conjunto ideal de facultades para realizar diversos actos y de obligaciones para ejecutar ciertas conductas, lo cual se efectúa a través de diferentes actividades jurídicas o acciones. Ergo, no es pensable siquiera

⁶ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1953, p. 232.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Kelsen, Hans, *Op. cit.*, p. 85.

un derecho de acción dentro de ella, por ser ella misma (la persona) acción pura e insubstancial.

En efecto, la llamada "persona física" al igual que la designada "persona moral" no son más que "persona jurídica" a secas, es decir, una función del pensamiento jurídico que unifica mediante la acción (y no a través del *hombre* como quiere Kelsen) ⁹ un determinado complejo de normas de derecho. Lo que se predica válidamente del hombre que es "persona física", como por ejemplo su raza, su sexo, un estado patológico, puede carecer de sentido si se predica de la persona moral, pero ninguna de esas calidades pertenece a la esencia del concepto, pues en muchos derechos positivos las personas no se clasifican étnicamente, en algunos países tampoco se establecen diferencias por razón de sexo, y casi en ningún Estado varían los derechos de las personas en atención a consideraciones individuales de sanidad: un manco o un ciego tienen iguales derechos civiles que un hombre normal.

El hombre *muere* como los demás organismos biológicos, esto es, cuando han cesado las principales funciones de la vida vegetativa del organismo animal de esa especie.

La persona *muere* como las demás entidades jurídicas, o sea, cuando se han extinguido sus facultades y obligaciones de derecho. El caso de la extinción de los deberes y derechos de las llamadas "personas morales", se denomina *disolución* y no muerte, por un prejuicio identificador de la persona con el hombre, pero sus efectos jurídicos son esencialmente idénticos.

Por otra parte, *si bien generalmente el hombre es persona, la persona no es el hombre*. El de hombre es un concepto que proporciona una ciencia causalista: la biología. El de persona es un concepto que obtiene una ciencia imputativa: la jurisprudencia.

En la mayor parte de los Estados positivos, se otorga al hombre personalidad jurídica, inclusive en aquellos donde existe o existió la esclavitud, por cuanto el esclavo disfruta de derechos mínimos y, en casi todos los casos, se le imponen obligaciones jurídicas, las cuales por sí solas hacen de él una persona, a través de su actividad consistente en cumplir o no cumplir sus deberes.

Todo lo anterior demuestra la validez del aserto de que ni el hombre es siempre persona —aunque estimamos que debería serlo—, ni la persona es el hombre. Y aún más, el hombre como tal ni siquiera funciona, en tanto que concepto biológico, como elemento determinante de la unidad en la pluralidad del complejo de normas que se llama persona, sino que esta unidad la constituye la actividad del sujeto de derecho, quien sólo se manifiesta como acción en el ejercicio o no ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes.

De igual manera que el punto matemático carece totalmente de extensión o substancia, la persona jurídica es en absoluto inmaterial. El concepto de punto es una función del pensamiento matemático útil para hacer geome-

⁹ Kelsen, Hans, *Op. cit.*, p. 98.

tría. Así, el concepto de persona es una mera función del pensamiento jurídico, útil para hacer jurisprudencia positiva, ya que permite manejar con agilidad vastos complejos de normas.

El punto matemático podemos describirlo, entre otras formas, como la intersección de dos rectas, el centro de un círculo, un epifoco de una elipse. Y puede funcionar en todas esas formas aislada o simultáneamente, pues nada impide que la intersección de dos rectas sea también centro de un círculo, vértice de un triángulo, uno de los epifocos de cierta elipse.

Igual ocurre con la persona jurídica. Ella se describe como unidad personificada de un conjunto de derechos y deberes. Pues bien, contrariamente a lo estimado por Hans Kelsen, sí tiene buen sentido declarar que el derecho impone deberes y confiere facultades jurídicas a las personas. Y aunque tal expresión implica la de que el derecho impone deberes a los deberes y confiere derechos a los derechos, como expresa el jefe de la Escuela de Viena, tal cosa no es absurda como pudiera parecer a una mentalidad acrítica, porque ya vimos que no lo es la afirmación de que la matemática hace centro (de una esfera por ejemplo) al centro (de un círculo), vértice a otro vértice, intersección a otra intersección.

Lo que realmente se está expresando en ambos casos: el del punto y el de la persona, es que una función intelectual es polivalente. Y esto nada tiene de absurdo.

En verdad, aun cuando Kelsen es el creador de la teoría pura del derecho y percibe con toda claridad la interfuncionalidad de la substancia y de la forma, por falta de rigor crítico incide en viejos errores del pensamiento iusnaturalista tradicional, que profesa un mítico horror a la desmaterialización que preside la investigación científica en general, tanto la natural causalista como la jurídico normativa. Olvida que ningún objeto existe en sí mismo. Los objetos naturales, de los cuales se dice que tienen *corporeidad* y *substancialidad*, como se precisa en el Apéndice A, inciso 7, subinciso b), no están sino el pensamiento de la ciencia natural de fundamento matemático, pues, "la materia tiene que ser constituida en el pensamiento" (Cohen), es decir, legalizada en la razón científica, para que pueda existir objetivamente (con necesidad racional y exigibilidad universal), de la misma manera que las relaciones del álgebra y la geometría.

5. LA MODERNA CIENCIA PROCESAL

Ante el influjo que la teoría pura del derecho ha tenido en todas y cada una de las disciplinas jurídicas concretas, en cuanto al planteamiento metódico de su problemática, del cual no ha escapado la ciencia procesal, es de justicia destacar que uno de nuestros más distinguidos procesalistas, el Dr. Alcalá-Zamora, ha señalado la evolución que esta disciplina presenta en el último cuarto de siglo, apuntando que:

Principalmente en el ámbito del proceso civil, pero también en el del penal e incluso en el del administrativo o el constitucional, sigue preocupando a expositores de diversas nacionalidades, con excepción de los alemanes, que fueron, sin embargo, quienes renovaron su estudio, el tema eterno de la *acción*, tanto en sus lineamientos generales, como en orden a algunas de sus especies...¹⁰

Y agudamente precisa el maestro Alcalá, que “Con raras excepciones, la tendencia predominante es hacia la total procesalización del concepto, considerado como acto provocatorio de la jurisdicción”.¹¹

Aun cuando este autor relaciona la acción así entendida con el derecho constitucional de petición, concebido como un derecho público adjetivo, expresa a renglón seguido con extraordinaria precisión metódica, que por fin se han impuesto las teorías dualistas —que diferencian acción y derecho— sobre las monistas, que los identifican.

¹⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *25 años de evolución del derecho procesal, (1940-1965)*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, UNAM, 1968, p. 141.

¹¹ *Ibidem.*

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Primero: Del conocimiento axiológico</i>	161
1. Los objetos y los valores	161
2. El subjetivismo axiológico	162
3. El objetivismo absolutista	163
a) Valores <i>a priori</i>	163
b) La verdad de razón (verdad lógica)	163
c) La verdad de hecho (verdad ontológica)	164
4. El ideal de justicia y el ideal de paz	165
5. El objetivismo histórico	167
6. Democracia y autocracia	168
a) Su valoración	168
b) Personalismo y transpersonalismo	168
c) La idea de la participación	169
d) Idealidad de los tipos	170
e) El ideal democrático	171

TERCERA PARTE
ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO PRIMERO

DEL CONOCIMIENTO AXIOLÓGICO

Los valores son ideas o pautas metódicas de conocimiento, inaprehensibles por la conceptualización, ya que si se les determinara se transformarían en cosas u objetos.

F.E.V.B.

1. LOS OBJETOS Y LOS VALORES

El concepto de valor sólo es aprehensible en contraste con el concepto de objeto, pues en tanto el objeto es, el valor simplemente vale. Esto es, las cosas son y lo que es vale, positiva o negativamente, pero siempre valiendo mucho o poco en un sentido o en otro.

Ahora bien, si todos los objetos valen, no son sin embargo valiosos desde todos los puntos de vista. En efecto, de un río podemos predicar que es bello o que es feo, que es útil o que es inútil, pero no que es verdadero o que es falso, que es bueno o que es malo. En consecuencia, no todos los valores tienen sentido para todos los objetos, sino que el propio objeto determina el o los puntos de vista valorativos que le convienen, es decir, que cada objeto tiene su o sus propias esferas de valor.

Ahora bien, lo anterior no significa que "los valores son cualidades en sí de las cosas",¹ como dice José Ortega y Gasset, toda vez que los valores no son caracteres imbibitos en los objetos, pues un cuadro, por ejemplo, no es bello o feo en sí, ya que el cuadro no es otra cosa que un concepto natural, un objeto del que sólo puede predicarse que es rectangular, de tales dimensiones, de diversos colores, de este o aquel material, etcétera, pero nada más, pues para predicar de él que es útil para decorar una estancia, que la combinación de sus colores es agradable, que es una obra de arte antigua o moderna, etcétera, es menester ponerlo en relación con otros objetos y con los sujetos que pueden calificarlo como útil, agradable o artístico.

Por tanto, los valores no pueden ser pensados como cualidades de los objetos en sí mismos, sino más bien como relaciones o referencias entre sí de las cosas. Nada es en sí mismo útil o inútil, bello o feo, malo o bueno, justo o injusto, sino sólo es una u otra cosa, en mayor o menor medida, por la relación que guarda con las demás realidades. En efecto, el golpear

¹ Terán Mata, Juan M., *Filosofía del derecho*, p. 201.

un individuo a otro no es malo ni bueno en sí, sino que puede ser tanto lo uno como lo otro. Si el que pega lo hace en legítima defensa de alguien a quien tenga la obligación legal de proteger, tal acto será jurídicamente bueno, pero si lo hace para robarle, el mismo acto será malo, según nuestro derecho positivo.

Con referencia al orden jurídico, y también a cualquier otro objeto, podemos decir que los valores tienen que ser mirados como "modos de referencia relativos"² y no como cualidades sustantivas. En efecto, una institución jurídica cualquiera no puede ser justa o injusta en sí misma, pues su justicia o injusticia depende del ángulo histórico desde el cual se le enjuicie. La poligamia resulta injusta para la cultura occidental, por considerarla inicua con relación a la mujer, en cambio, la misma institución resulta justa desde el punto de vista mormón, por ejemplo, en cuanto asegura una posición estable y exenta de preocupaciones a una mayor parte de la población femenina. La pena de muerte puede ser justa para un criterio defensorista de la sociedad, en cuanto la considera como un medio útil para la consecución de la paz social y, por el contrario, la capital y toda pena trascendente pueden ser injustas para un criterio individualista, ya que las mismas presuponen el conocimiento de la culpabilidad en el delincuente de una manera absoluta, toda vez que este tipo histórico de sanciones se agotan en el momento mismo en que comienza su aplicación, por lo que no pueden suspenderse sus efectos ni repararse el daño que ocasionan.

2. EL SUBJETIVISMO AXIOLÓGICO

Se ha sostenido con pretensión científica que todo juicio de valor es necesaria y esencialmente subjetivo, por no existir ningún criterio absoluto de valoración. Es decir, que todo es relativo, que si la Venus de Milo es bella para Petronio, el *Arbíter Elegantiarum* de Roma, resulta de poca agilidad en el contorno y de exagerada pesantez en las líneas para los estetas de la actualidad. Esto es cierto, independientemente de que tal relativismo es también relativo, como habremos de mostrar más adelante. En efecto, el gusto contemporáneo no concuerda con el antiguo, ni las negras bellezas africanas de belfo distendido son agradables ante nuestros ojos.

En el ámbito de la historia del derecho, el subjetivismo postula también un relativismo absoluto en el enjuiciamiento axiológico de las instituciones. Y así dice que la esclavitud, por ejemplo, es injusta para el individuo de mentalidad democrática, aunque es justa a la vista del autócrata.

Pero el subjetivismo se destruye a sí mismo, pues resulta un contrasentido afirmar que nada es absoluto, que todo es relativo, ya que entonces también es relativa la proposición que enuncia la relatividad de todo, de lo

² Terán, *obra citada*, p. 202.

cual se deduce que algo no es relativo, o de lo contrario, tal proposición es absoluta, lo que la pone en contradicción consigo misma.

En consecuencia, el subjetivismo como postura científica es absurdo por implicar un contrasentido al enunciar una contradicción. Empero, el subjetivismo como realidad histórica, como ideología, no puede ser contradictorio por constituir un hecho, toda vez que los hechos no se excluyen ni se pueden excluir como tales, sino que coexisten. Y éste es el auténtico punto de vista de la investigación objetiva, en cuanto estudia los hechos históricos acomodando los principios a la realidad y no pretendiendo amputar esa realidad en aras de interesados dogmas, que se presentan con pretensión científica, como hace el iusnaturalismo al afirmar que "hablar de derecho justo es un pleonismo y sostener la existencia de un derecho injusto una aberración", pues la ciencia no prejuzga axiológicamente de los objetos que conoce, y así, frente a una ordenación normativa, se concreta a estudiarla en sus conexiones lógicas, sin rechazar los preceptos que el investigador estima subjetivamente injustos, ni negarles por ello su carácter de normas.

Y no se diga que este punto de vista se traduce en un iusnaturalismo no sobrenatural sino simplemente natural, pues el mismo se coloca en la historia y ésta no es considerada como dada de manera definitiva y última, sino en constante determinación progresiva en función del conocimiento jurídico, por lo que ese punto de vista objetivo no es natural sino normativo, no es absoluto sino progresivo.

3. EL OBJETIVISMO ABSOLUTISTA

a) *Valores a priori*. Esta postura es la que postula a los valores en general o, por lo menos, a algunos de ellos, con validez *a priori*, es decir, como valiendo siempre y con independencia de las contingencias históricas. Y decimos que el objetivismo absolutista de la modernidad no postula en todo caso la validez apriorística del valor, porque los más destacados exponentes de esta posición retroceden ante la imposibilidad manifiesta de absolutizar valores tan escurridizos, por así decir, como la utilidad y la belleza, contentándose con refugiarse en valores aparentemente más firmes como el de verdad y el de justicia.

Con relación a la verdad, el objetivismo absolutista argumenta en forma poco seria y valiéndose de ejemplos, para generalizar después inductivamente con notoria carencia de derecho. Y así dice que existen dos clases de verdades, acogiéndose a Leibniz, las verdades de hecho y las verdades de razón, asegurando que ambos tipos de verdad expresan siempre y en todo caso una verdad absoluta, para acreditar lo cual utilizan dos socorridos casos concretos. El pensamiento tradicional, en lo tocante a este punto, habla de verdad lógica y de verdad ontológica, entendiendo a ambos como la adecuación entre el pensamiento y la cosa.

b) *La verdad de razón (verdad lógica)*. Algunos autores sostienen, por

ejemplo, que los teoremas de la geometría son muy buenos ejemplos de la existencia de verdades absolutas, pues la afirmación de que "los ángulos de un triángulo suman siempre ciento ochenta grados", es un juicio verdadero independientemente de que lo piense o no una mente humana, de lo cual concluyen que es una verdad absoluta. Esto es erróneo. Lo que en realidad acontece es que si la afirmación de que se trata, es verdadera considerada en conexión sistemática con los demás juicios que integran la geometría euclidiana, la misma ni siquiera tiene sentido si tratamos de conectarla con los juicios que integran cualquiera de las diversas geometrías no euclidianas, como la geometría afín, la geometría proyectiva o el *analysis situs*, pues o bien no es válido en ellas el teorema en cuestión, o no existe siquiera en el sistema el concepto de triángulo. De donde resulta que la verdad de ese juicio, como la de todos los juicios en general, está condicionada y restringida a la hipótesis de que parta el sistema en que pueda mostrarse su validez. En consecuencia, ni el teorema analizado ni otro cualquiera son verdades absolutas, es decir, juicios válidos aquí, acá y acullá, ayer, hoy y mañana, sino simples verdades relativas, aunque no por ello menos universales y objetivas, puesto que un sistema nuevo jamás determinará la falsedad del precedente, ya que su función sólo consiste en explicar mejor, más comprensivamente, el fenómeno de que se trate. La teoría ptolomeica de los epiciclos fue substituida por la tesis heliocéntrica copernicana, para explicar la mecánica celeste, pero ni aquélla es falsa ni ésta verdadera en sentido absoluto, pues ambas explican, sólo que una mejor que la otra, un mismo fenómeno o complejo de fenómenos.

Y la afirmación de que no hay verdades absolutas, no es de carácter escéptico, pues la relatividad de la verdad o validez de los juicios, es una relatividad condicionada a hipótesis científicas, históricamente determinadas, y no a opiniones individuales, esto es, que el número de hipótesis será siempre limitado y finito, pese a que el proceder por hipótesis, es en principio, ilimitado e infinito.

La verdad es, pues, *la legalidad lógica del conocimiento*. Y como éste se encuentra en permanente evolución y progreso a través de la investigación científica, puede afirmarse que la verdad es *una tarea infinita de determinación teórica*.

* c) *La verdad de hecho (verdad ontológica)*. Se afirma que, entre las verdades de hecho, es posible señalar como evidentemente absoluta la existencia histórica de Aristóteles, porque resulta imposible que la historia pudiera ser retrotraída más de dos milenios, para que se reprodujese sin que aparezca en ella la figura del pensador de Estagira; ergo, que Aristóteles existió es una verdad incommovible expresan los filósofos tradicionalistas.

Subrayando que no hay más teoría del objeto u ontología, que la teoría del conocimiento o lógica, trataremos aquí la cuestión relativa a la ver-

dad del juicio que enuncia la existencia histórica de Aristóteles. Esta verdad no es absoluta en ningún sentido. El Aristóteles que interesa a la historia no era uno de los hombres que, bajo ese nombre, deambulaban por las calles de Atenas, pues la unidad biológica como tal, individualmente considerada, carece de toda relevancia para el conocimiento; sino el pensamiento aristotélico, y este pensamiento no es nada absoluto, puesto que día a día lo van determinando mejor las investigaciones de los adláteres del aristotelismo en el mundo, por lo que su significado cultural se está haciendo permanentemente. Así, cuando se dice que Aristóteles existió, cabe preguntar de qué Aristóteles se habla, ¿del de Tomás de Aquino?, ¿del de Averroes? o ¿del de Brentano?, porque cada uno de estos autores lo ha interpretado de diverso modo, igual que como ocurre con Platón, es decir, con el pensamiento platónico (teoría de las ideas o idealismo), del que el propio Aristóteles ha dado una interpretación con la que no está conforme Natorp, y que es diversa de la que posteriormente ha hecho Jäger. Luego, tampoco la existencia histórica de Aristóteles es una verdad absoluta.

4. EL IDEAL DE JUSTICIA Y EL IDEAL DE PAZ

Hans Kelsen piensa en el ideal iusnaturalista de justicia, cuando afirma que “la justicia es un ideal irracional” y que, “por indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento”.³ En efecto, el maestro arremete contra todo iusnaturalismo en el desarrollo de su teoría jurídica, que ha sido elaborada sobre los escombros del pensamiento metafísico tradicional. La justicia iusnaturalista efectivamente es un ideal irracional. Ahora bien, claro está que el ideal de justicia sí puede ser determinado racionalmente por el conocimiento, como un principio cuya función es meramente regulativa, el cual es precisable históricamente en sus concreciones sucesivas dentro de los diversos órdenes jurídicos positivos.

Y este último pensamiento se encuentra implícito en los textos kelsenianos donde se identifican justicia y legalidad, entendiéndose por ésta la conformidad entre el comportamiento humano y la norma positiva.

Justicia significa subsistencia de un orden jurídico a través de una consciente aplicación del mismo. Se trata de la justicia “bajo el derecho”. La afirmación de que la conducta de un individuo es “justa” o “injusta” en el sentido “legal” o “ilegal”, significa que su comportamiento corresponde o no a una norma jurídica que el sujeto que juzga presupone como válida, en cuanto pertenece a un orden jurídico positivo;⁴

³ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 14.

⁴ Kelsen, *obra citada*, p. 15.

Eso dice Hans Kelsen expresamente, revelando con ello su claro sentido de la relatividad de la justicia. Y claro está que la justicia como legalidad es determinable progresivamente en la historia, o sea que es un ideal racional, pues la legalidad es perfectamente cognoscible dentro de cada orden jurídico.

Es más, la racionalidad de los valores del derecho, es decir, su cognoscibilidad por determinación histórica progresiva de los mismos, es algo inmanente al pensamiento kelseniano. En efecto, el autor de la teoría pura del derecho afirma el ideal de paz como perfectamente racional, entendiéndolo como “una transacción entre los intereses opuestos, como la convivencia organizada, como la superación de las reiteradas luchas”. Y con ello no absolutiza a la paz, pues no nos da ninguna receta insuperable de la misma, ya que no dice qué interés ideológico se debe preferir ni cómo habrá de lograrse definitivamente la convivencia organizada y la superación de las reiteradas luchas, sino que esto lo deja a la historia, la cual nos muestra la *pax romana* del mundo antiguo, como “el exterminio total del interés contrario” (*Delenda est Cartago*), junto a la paz contemporánea de las Naciones Unidas, como “la coexistencia permanente de los intereses en pugna”. Y ambas concepciones de la paz contribuyen a determinar uno y el mismo ideal racional, pues tan se logra la convivencia organizada con la destrucción de Cartago, como con el respeto pleno de la integridad material y espiritual de los pueblos.

En consecuencia, debe verse en la postura kelseniana una dirección, aun cuando no muy clara en cuanto hace posible una interpretación diversa, hacia el objetivismo axiológico relativista.

Con relación a lo expuesto podría decirnos el pensamiento tradicional que, de acuerdo con la tesis sustentada, tan se logra el ideal de paz o de justicia si triunfa un orden que consagre la libertad y las demás prerrogativas del hombre, como si triunfa el sistema ideológicamente opuesto, aquel que imponga nuevamente las peores formas de esclavitud, preguntándonos si vale la pena considerar que el único estudio que cabe calificar de científico es el que llega a tan pobre conclusión. Y le contestaríamos que sí, haciendo notar que la libertad y las demás prerrogativas del hombre a que se refiere, son absolutamente valiosas sólo en la opinión subjetiva y particularista de los partidarios de esa peculiar ideología social, así como que la ciencia no puede estar al servicio de tal ideología ni de ninguna otra, ya que no pueden afirmarse con validez universal y objetiva, esto es, como absolutamente debidas o necesarias. Y decir que esta conclusión es pobre, equivale a sostener que también lo es la postura que evita introducir elementos empíricos en la matemática pura, la que por ello tampoco es útil para resolver problemas prácticos, cuya solución es preciso buscar en el arte y en la técnica.

5. EL OBJETIVISMO HISTÓRICO

La posición crítica postula a los valores como ideas, es decir, como determinables racionalmente *a posteriori*, o sea, como cognoscibles en sus concreciones históricas sucesivas. Esto es, que el conocimiento de los valores no nos puede servir para decir cómo debe ser la realidad, pues esto es función exclusiva de las ideologías, sino sólo para decir cómo es esta realidad a la luz de un cierto criterio empíricamente determinado como objetivo, *verbi gratia*, un teorema matemático vale en el sentido de la veracidad, sólo en función de la hipótesis que fundamente históricamente al sistema en que es formulado; una creación artística vale en la dirección de la belleza, en relación con el criterio estético de la época en que fue producida; una institución jurídica vale en la órbita de lo justo, a la luz del concepto de justicia correspondiente a su momento histórico.

Y claro está que lo anterior significa que todo objeto puede ser en dos diversas direcciones verdadero y falso, bello y feo, justo e injusto, bueno y malo.

Ahora bien, se nos preguntará ¿dónde radica pues la objetividad del valor, si un objeto puede ser por igual bueno o malo?, ¿en qué se distingue el objetivismo histórico del subjetivismo, si ambos postulan la relatividad del criterio valorativo? Y a esto es fácil responder diciendo que la objetividad del valor está en la historia, en la determinación empírica de las cosas valiosas, a partir de las cuales se conoce a los valores. Lo histórico no es individual ni, por tanto, subjetivo, sino que en lo histórico se encuentra la única posibilidad racional de conocimiento axiológico, es decir, de conocimiento objetivo, pues la pretendida objetividad absolutista no es otra cosa que metafísica embozada o descartada. Y en lo histórico se encuentra también el criterio para distinguir el objetivismo axiológico relativista del subjetivismo relativista. En efecto, en tanto éste postula un *relativismo absoluto* que lo conduce a su propia destrucción por implicar un contrasentido, aquél sostiene un *relativismo relativo* en cuanto se remite al *factum* de la historia, al *fieri* de la cultura, para encontrar el criterio del valor.

En la historia de las ciencias encontramos el criterio de verdad, objetivizado y a la vez relativizado, pues la verdad de la ciencia newtoniana no es la verdad de la física de Einstein, pero ambas son verdades en su respectivo momento. En la historia del arte hallamos el criterio de belleza, también objetivizado y relativizado, ya que la belleza de la Venus de Milo no es la belleza de la Señorita Universo, y sin embargo ambas son bellezas, una de la antigua Hélade y otra del Occidente contemporáneo. En la historia de la sociedad, es decir, en la historia del derecho, tenemos el criterio de justicia, asimismo objetivizado y relativizado, toda vez que la justicia de la servidumbre feudal no es la justicia de las garantías individuales, sin que ambas dejen de ser justicia en las peculiares circunstancias de su tiempo, que no es lo mismo el medievo que la modernidad.

Así, pues, los valores no son conceptos *a priori* a los que deban ajustarse los objetos para justificar su existencia, sino conceptos *a posteriori*. Las cosas valiosas son concreciones de las ideas de valor, ideas indeterminables de manera absoluta por la conceptualización, pero racionalmente cognoscibles en tales cosas valiosas, es decir, determinables de manera progresiva en la experiencia histórica.

O en otras palabras, hay cosas valiosas en la experiencia objetiva y universal, en la experiencia histórica y científica, pero no hay valores absolutos ni puede haberlos, porque los valores son ideas, esto es, *pautas metodicas de conocimiento* que si se hicieran objetos, es decir, si fuera posible conceptualizarlas definitivamente, dejarían de ser tales pautas para transformarse en cosas que, a su vez, necesitarían de otras ideas para poder ser determinadas como tales cosas. La idea es inaprehensible por la conceptualización, por lo que siendo ideas los valores es absurdo pretender conocerlos como cosas. La función de la idea es regulativa de la investigación y no constitutiva de la realidad científica, por lo cual sólo podemos describirla como "oriente de la dirección metódica del conocimiento", Estrella Polar del navegante en los mares procelosos de la indagación objetiva.

6. DEMOCRACIA Y AUTOCRACIA

a) *Su valoración.* Con relación a las formas de gobierno cuyos nombres sirven de epígrafe a este inciso, en todo tiempo se han emitido juicios de valor, bien para aprobar una, bien para desaprobar la otra. Por ello, y por la singular importancia que tiene en la actualidad la discusión entre ambos tipos de Estado, conviene precisar los términos a la luz de la teoría, para no confundirlos ni considerar que ésta puede utilizarse para justificar o condenar una de estas formas técnicas de organización política.

Hacer tal cosa resulta por demás indispensable, si consideramos que fácilmente puede haber un mal entendimiento sobre el particular, dado que tanto Hans Kelsen como los principales y más serios expositores de la teoría pura del derecho, declaran su preferencia ideológica por uno de estos tipos de Estado y lo hacen en las propias obras en que exponen tal teoría. Esto es, el hecho de que Hans Kelsen y muchos de sus seguidores se pronuncien por la ideología democrática, no significa que la teoría pura del derecho justifique esta forma de gobierno y condene la forma autocrática. Claro está que tal cosa la postulan los citados cultivadores de la ciencia jurídica, pero es necesario insistir en ello para evitar desviaciones metodicas entre los discípulos de la postura.

b) *Personalismo y transpersonalismo.* Se ha dicho por algunos pensadores que la democracia encarna la forma de gobierno orientada por ideales personalistas, en tanto que la autocracia representa el régimen inspirado por ideales transpersonalistas. Por los primeros se entienden aquellas pautas de valor, características de la ideología cristiana y occidentalista, que considera

a la persona como un fin supremo, siendo principalmente los principios del liberalismo individualista los que se califican de ideales personalistas, como por ejemplo: el de respeto pleno a la integridad física y patrimonial del hombre, el de inviolabilidad del domicilio, el de igualdad política, el de libertad individual, etcétera. Los llamados ideales transpersonalistas son aquellas pautas de valor propias de las ideologías racistas, teológicas, absolutistas o socialistas, que consideran al grupo étnico, a la Iglesia, al monarca o a la clase —aristocrática, burguesa o proletaria— como fin supremo, siendo entre otros los principios del feudalismo, del nacional socialismo, del falangismo y del socialismo comunista, los que se designan de ideales transpersonalistas, como serían: el de engrandecimiento del Estado o de la Iglesia, el de supremacía de la nobleza o del proletariado, el de preponderancia del hombre blanco o de la raza aria, etcétera.

Sin embargo, pueden existir y de hecho existen regímenes políticamente tenidos como democráticos que, sobre los personalistas, persiguen ideales transpersonalistas, como son aquellos que orientan las leyes de segregación racial en los Estados Unidos de Norteamérica, en el Imperio Británico y en otras democracias políticas, y a la inversa, Estados políticamente autocráticos que por encima de los ideales transpersonalistas, se orientan por valores personalistas, como son los que inspiraron o inspiran las leyes de protección a los individuos económicamente débiles, en la Alemania nazi y la Rusia comunista. Por tanto, democracia y autocracia no son otra cosa que criterios políticos meramente cuantitativos, para la formación o integración del orden jurídico, y como tales nada tienen que ver con el contenido del mismo.

Independientemente de que la teoría no debe ni puede emitir fallo alguno acerca de la justicia o injusticia del personalismo y el transpersonalismo, podemos consecuentemente asegurar que ni la democracia se identifica con el primero ni la autocracia con el segundo.

c) *La idea de la participación.* Desde nuestro punto de vista, ambas formas de gobierno se presentan como simples técnicas o modos de creación jurídica, es decir, como maneras distintas de producción del derecho. La infinita variedad histórica de formas estatales, puede ser reducida en cuanto a su comprensión, a dos conceptos radicales que, si bien no coinciden con ningún orden positivo en particular, sí nos permiten comprender a todo derecho posible en función de la idea de participación en la creación del orden jurídico. Estos conceptos son los que entienden a la democracia, no como el gobierno de la mayoría, sino como aquella forma de producción de normas en la que participan *todas* las personas que integran el orden, y a la autocracia, no como el gobierno de una sola persona, sino como la manera de creación del orden en la que sólo participa *una* persona.

Por tanto, no es cierto lo que dice Kelsen de que “la democracia significa que la ‘voluntad’ representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos”,⁵ pues los súbditos como personas que

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 298.

son no tienen otra voluntad que la construida por el orden que constituye el Estado. Y por la misma razón, tampoco es exacto que "un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social 'debe hacer', coincide con lo que 'quiere hacer'",⁶ ya que no hay más sujetos de deberes jurídicos que las personas de derecho, y la voluntad psicológica o querer individual de las unidades biológicas hombres, no interesa ni puede interesar a la teoría. Es decir, que ni la voluntad ni el querer individuales pueden servir para la connotación científica de la democracia o de la autocracia.

d) *Idealidad de los tipos.* Ahora bien, entendidas democracia y autocracia como participación de *todas* las personas o sólo de *una* de ellas en la creación del derecho, de la voluntad del Estado, es fácil percatarse de que en la historia no ha habido un solo caso de democracia o autocracia auténticas, es decir puras. En efecto, en los Estados estimados como más democráticos en el mundo, carecen del derecho de participación en la creación de los grados superiores del orden los menores, los delincuentes, los extranjeros, los anormales y en muchos casos hasta las mujeres, lo que se orienta más hacia la autocracia que hacia la democracia, por hacer que el número de los participantes en la creación del derecho, se aleje del punto "todas las personas" y se aproxime al polo opuesto "una persona". Por el contrario, en los Estados más autocráticos de la historia, el déspota tiene personas que colaboran con él como secretarios, ayudantes y consejeros, en la creación del derecho, dejando inclusive a la mayoría de la población, el derecho de crear por sí misma las normas jurídicas individualizadas de la contratación, por la imposibilidad facticia en que se encuentra de desempeñar por sí mismo todas las funciones del Estado, lo cual está más orientado hacia la democracia que hacia la autocracia.

De consiguiente, no es posible encontrar en la experiencia histórica un solo ejemplo de autocracia o democracia puras. Por lo que aprobar o desaprobar una de estas formas de creación del derecho, uno de estos tipos de Estado, es imposible al punto de vista de la teoría. Más aún, es absurda la pretensión de justificar o condenar valorativamente a la democracia o a la autocracia, pues ninguna de ellas es un hecho, y sólo acerca de las realidades empíricas (causales o normativas) caben los juicios de valor, aún en el ámbito del objetivismo histórico relativista.

Como se ha dicho, democracia y autocracia son meras técnicas de elaboración jurídica y no criterios para enjuiciar la realidad histórica, las instituciones, pues democracia no es sinónimo de bueno o justo ni autocracia lo es de malo o injusto, ya que nadie es capaz de sostener que la historia pueda darnos un criterio para calificar objetivamente de mala o injusta la privación de derechos políticos a los anormales, a los menores, a los delincuentes y a los extranjeros, y sin embargo, tal privación de derechos políticos es más autocrática que democrática.

⁶ *Ibidem.*

Por tanto, que la democracia y la autocracia sean buenas o malas, justas o injustas, es algo total y definitivamente ajeno a la teoría pura del derecho.

e) *El ideal democrático*. Pretender con Kelsen que la técnica democrática está "más de acuerdo" con el punto de vista del conocimiento que la autocrática, en cuanto aquélla acepta las más diversas opiniones para crear el derecho, al igual que la ciencia recoge los rendimientos objetivos de toda investigación, asimilándolos progresivamente; es algo que no constituye ni puede constituir un argumento en pro de la democracia y en contra de la autocracia, pues la similitud con la ciencia que se anota a la primera, no pasa de ser una mera analogía facticia incapaz, como hecho, de fundar un juicio de valor, aunque éste sea de carácter relativista. Similitud parecida puede señalarse para *probar* lo contrario. En efecto, es indudable que la autocracia está "más de acuerdo" con el punto de vista unitario de la predicación que la democracia, en cuanto aquélla significa un origen ideológico único en la creación de las normas supremas del orden jurídico y, en cambio, la democracia establece la coincidencia de distintas ideologías en la creación de esas mismas normas. Estos símiles y otros parecidos entre la ciencia y la ideología, tienen marcado sabor escolástico por fundarse en un peregrino método analógico.

De paso conviene destacar que la argumentación similar que se hace en pro del primado del derecho internacional, cuando se trata de establecer la conexión entre la norma fundamental hipotética y la experiencia jurídica, corre pareja suerte que la que pretende justificar la preferencia por la democracia.

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Segundo: Mala in se y Mala prohibita</i>	172
1. <i>Mala in se</i>	172
a) El delito	172
b) Homicidio	174
c) Robo	175
d) Violación	177
2. Construcción de los hechos por el derecho	178
3. <i>Mala prohibita</i>	178
a) La criminología	180
b) Antiuridicidad v sanción	182

CAPÍTULO SEGUNDO

MALA IN SE Y MALA PROHIBITA

Ningún hecho natural es en sí mismo jurídico. Los hechos jurídicos son *construidos* por el derecho.

F.E.V.B.

1. MALA IN SE

a) *El delito*. Sobre el supuesto de que existen conductas malas en sí mismas, el pensamiento jurídico tradicional afirma, en el ámbito del derecho penal, que hay dos clases de delitos: los artificiales como los políticos y los naturales como el homicidio, el robo y la violación. Ahora bien, el ilícito penal no es sino el aspecto criminal del acto antijurídico en sentido amplio, entendido históricamente como la conducta que el legislador desea evitar (técnica del castigo). Tanto en el derecho civil como en el penal se da el acto antijurídico, distinguiéndose el delito del ilícito civil, únicamente por el tipo de sanción que en cada caso trae aparejada la conducta constitutiva del supuesto de la norma. Si la sanción es retributiva o preventiva, el acto antijurídico será un delito; si reparativa, ilícito civil.

Garófalo acomete la tarea de conceptualizar el delito natural, afirmando que “el sociólogo no debe dirigirse al legislador para pedirle la definición del delito”, sino que “debe adquirirla él mismo”, y se pregunta: “¿Pero ante todo existe un delito natural? o lo que es lo mismo, ¿podemos agrupar cierto número de hechos que en todo tiempo y en todos los pueblos hayan sido considerados como delictuosos?, ¿puede obtenerse el criterio del delito por medio del método inductivo, único de que se puede valer el positivista?”,¹ a fin de sentar en la respuesta afirmativa a estas cuestiones, las bases para formular el concepto de delito natural. Pero apenas iniciada tal tarea tiene que abandonarla, ante la imposibilidad de encontrar un solo caso que le permita fundar la contestación positiva a su interrogante, por lo que recurre al expediente de refugiarse en la falsa objetividad de un elemento sociológico para conceptualizar el delito. Aunque relativizando ingenuamente ese concepto al referirlo al grupo social históricamente considerado, con lo que no hace sino referirlo realmente al derecho positivo, en cuanto éste es el que determina objetivamente los sentimientos del grupo. Y así nos dice, que el delito es:

¹ *Criminología*, 2ª ed., Turín, 1891, p. 4.

la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad,²

pero sin esclarecer cuáles son esos sentimientos de una manera objetiva, fuera del orden jurídico, siendo que los mismos varían de una clase social a otra, de una confesión religiosa a una ideología política, etcétera.

Alimena considera que

la postura de Garófalo no sólo es inútil para el derecho penal, debido a que no explica ni fundamenta un gran número de delitos contenidos en el código, sino que es falsa ante la historia y la psicología, ya que sólo se aplica para un momento determinado.³

Al igual que Garófalo, Emile Durkheim, jefe de la Escuela Sociológica Francesa, recurre a la indirecta referencia al derecho positivo para conceptualizar al delito de manera absoluta, considerándolo como "toda ofensa a los sentimientos profundamente arraigados y claramente definidos de la conciencia social".⁴

Ahora bien, la conciencia social objetiva sólo puede ser el contenido de un orden jurídico determinado en un cierto momento histórico, y por otra parte, los sentimientos claramente definidos de esa conciencia tendrán que ser los que las normas del derecho positivo establezcan coactivamente, pues las ideologías que difieren de los contenidos jurídicos sólo poseen una mera objetividad histórica, y únicamente en la medida en que contrastaron con el orden vigente.

Carrara estima que existen delitos naturales,

porque para concebirlos no es necesaria la configuración de un consorcio de ciudadanos, habiendo la naturaleza misma acordado al hombre derechos de los cuales tiene necesidad como individuo . . . y ya que la Ley natural concede al hombre esta serie de derechos y quiere que en él sean protegidos, y quiere sólo como medio indispensable de tal protección la organización de la autoridad civil, la denominación de delitos naturales dada a aquellos hechos que se limitan a lesionar tales derechos, no es más que una deducción lógica de nuestros principios.⁵

Para Carrara, "delitos naturales son aquellos que tienen por objeto un derecho atribuido al individuo por la misma ley de la naturaleza".⁶

Es decir, que ni Garófalo ni Durkheim definen al delito como algo na-

² *Op. cit.*

³ *Principii di diritto penale*, vol. 1, p. 240.

⁴ Citado por Constancio Bernaldo de Quiroz, en *Criminología*, p. 42.

⁵ *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial*, vol. 1, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944. § 1081, p. 30.

⁶ *Op. cit.*, § 1084, p. 33.

tural el primero o como algo "social normal" el segundo, sino como algo exclusivamente jurídico positivo, muy a pesar de los propósitos absolutistas que animan a ambos pensadores. Y en cuanto a Carrara, podemos decir que como cada ideología política (feudalismo, absolutismo, capitalismo, socialismo, etcétera) sostiene la existencia de sistemas de derechos naturales diversos entre sí, y cada una de ellas posee el mismo derecho histórico que las demás para autoafirmarse, la única conclusión viable que deriva de sus principios es que habrá tantos catálogos de delitos naturales como ideologías se puedan registrar en la historia universal.

Para Wilhelm Sauer, otro iusnaturalista, el delito es "un querer y obrar antijurídico (socialmente dañoso) y culpable, insoportable cultural y ético-socialmente, en contradicción grave con la justicia y el bien común".⁷

En Puffendorf "el delito es una actividad inmoral", aun cuando —aclara— "de esta afirmación no se deduce que todo acto inmoral sea punible, sino únicamente que la inmoralidad de la acción es una de las condiciones de su punibilidad", o sea, que "para que un hecho sea punible debe ir acompañado de una culpa moral".⁸

Ahora bien, la existencia de delitos naturales es inaceptable, pues presupone una conducta mala de por sí, independientemente del orden jurídico, y la conducta sólo puede ser un concepto jurídico alcanzable a través del derecho, por lo que no pueden existir conductas ajurídicas. En efecto, el comportamiento humano sólo puede ser determinado imputativa y no causalmente, pues la conducta únicamente es tal contemplada desde un punto de vista normativo, ya que el hacer material del hombre no puede ser otra cosa que un simple hecho natural y no una conducta, porque ésta implica un elemento que no es capaz de proporcionarnos ninguna ciencia natural, como es el carácter humano de su autor. Y ya vimos en el inciso 3 del Capítulo Tercero de la Primera Parte, que lo humano no es lo racional como quiere el escolasticismo.

En igual sentido que nosotros se expresa el finalista Maurach, para quien

no existe ningún delito natural desprendido del derecho positivo; tan sólo a reserva del expreso mandato de la ley, puede la criminalidad ser concebida como fenómeno de patología social.⁹

Por último, si hacemos un análisis particular de cada uno de los ejemplos típicos de delito natural, llegaremos a la misma conclusión.

b) *Homicidio*. Se puede hablar de homicidio *lato sensu*, como "la muerte de un hombre cometida por otro hombre" según la doctrina clásica. En esta concepción caben todos los homicidios no sancionados por la ley:

⁷ *Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, p. 52.

⁸ Citado por Fausto Costa, en *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, UTEHA, México, 1953, p. 80.

⁹ *Tratado de Derecho Penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, vol. 1, p. 39.

por fuerza física irresistible, fuerza mayor, error, legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, etcétera.

Carrara se refiere al homicidio *stricto sensu*, definiéndolo como “la destrucción del hombre injustamente cometida por otro hombre”.¹⁰

La palabra asesinato se usó en el código francés (artículo 296) para expresar cualquier homicidio premeditado. En el lenguaje clásico, el vocablo asesinato —indica Carrara— quiere decir “el homicidio cometido por orden y cuenta ajena”, y hay quienes agregan “en vista de una merced pactada”, por lo que también se le denomina homicidio mercenario.¹¹

Para Antolisei, “el homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento doloso o culposo y sin el concurso de causas de justificación”.¹²

En los proyectos mexicanos de Código Penal, los de 1949 y 1963 disponen: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro” (artículos 302 del primero y 263 del último). Y el proyecto de 1958, en su artículo 221, estatuye que “homicidio es la privación de la vida de una persona por otra”.

Ahora bien, el homicidio realizado en ciertas circunstancias especiales (las que hacen precedente su sanción jurídica), no posee ninguna diferencia esencial con la privación de la vida de un hombre realizada bajo cualesquier circunstancias, pues esas específicas condiciones sólo pueden ser determinadas objetivamente por un orden jurídico concreto. Es decir, que el *matamiento hominis* no es una conducta mala en sí misma, pues en ocasiones hasta es un deber, como en la guerra o en la legítima defensa. Claro que en estos casos no puede hablarse en rigor lógico de la figura jurídica de homicidio, pues no existe objetivamente ningún hecho determinado como tal por el derecho, en cuanto no lo sanciona en forma alguna (pena o premio). En consecuencia, el homicidio no es ningún delito natural.

c) *Robo*. En Carrara, penalista del capitalismo, la

clase de los delitos contra la propiedad encuentra lugar adecuado en el orden de los delitos naturales, porque aun cuando en ellos (según es condición de todo delito) concurre el daño mediato, que es puramente social y político, el daño inmediato hiere un derecho que, por una parte, tiene su origen directo en la ley de la naturaleza y, por la otra, es puramente particular en los individuos en los cuales la propiedad es violada.¹³

Sobre el derecho de propiedad privada dice este autor, que “el destino que la ley de la naturaleza ha dado a la humanidad, no podría ser alcanzado sin la apropiación de las cosas indispensables para el mantenimiento de la propia existencia y para el mejoramiento de las propias condiciones... Del

¹⁰ *Op. cit. Parte Especial*, vol. III, p. 142.

¹¹ *Op. cit.*, p. 226.

¹² *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, I, p. 35.

¹³ *Op. cit.*, vol. IV, p. 3.

derecho incontrastable de servirse de las cosas nace el derecho de apropiárselas... De este derecho nace el derecho de propiedad".¹⁴

La clara tendencia individualista de Carrara, comprometida a ojos vistas con una de las ideologías políticas en boga desde el siglo pasado, nos releva de la necesidad de objetar un concepto tan estrecho del derecho de propiedad, confrontado ya en estos tiempos por ideologías opuestas que han sido incorporadas hasta en nuestro derecho positivo (artículo 27 constitucional).

El delito más destacado de la clase de infracciones penales contra la propiedad es el robo. Sobre el mismo expresa el Código italiano: "El que se apodera de una cosa mueble que pertenece a otro para sacar provecho quitándola del lugar en que se encuentra, sin consentimiento de aquel a quien pertenece, es castigado..." El Código Penal francés, con mayor concisión dispone: "Todo aquel que sustrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece, es culpable del delito de robo". Y el Código Penal alemán establece: "Cualquiera que con la intención de apropiárselo e ilegalmente toma un objeto mueble que pertenece a otro, es culpable de robo".

El Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales de nuestro país y en toda la República en materia federal, desde 1931, ordena:

Art. 368. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

El proyecto de Código Penal de 1949, reitera la definición anterior salvo la expresión "sin derecho y". Más elaboradamente, el proyecto de 1958 en su artículo 274 dispone:

Comete el delito de robo el que con ánimo de dominio o de uso se apodera de una cosa ajena, mueble, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella.

Y, por último, el proyecto de Código Penal de 1963, artículo 332, establece que comete robo "quien se apodera de una cosa mueble, ajena, con ánimo de apropiársela y sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella".

El robo tampoco puede ser un delito natural, pues el mismo ni siquiera podría ser conceptualizado fuera del derecho. En efecto, si el robo es apoderamiento sin derecho de cosa ajena, la determinación de lo que es ajeno y de la facultad exclusiva de disposición, es algo que sólo el orden jurídico positivo puede hacer, por lo que resulta imposible hablar siquiera de robo fuera del derecho. Además, el robo presupone también la existencia objetiva de un derecho: *el de propiedad*, que tampoco es un derecho natural,

¹⁴ *Op. cit.*, vol. IV, p. 1.

según lo demuestra la existencia histórica de órdenes jurídicos que lo han abolido en relación con los particulares, como el de la URSS, o totalmente, como el de algunas tribus polinésicas en donde nada pertenece a nadie y ni siquiera a la tribu, pues se tolera al extranjero la disposición de cuanto encuentre. Por otra parte, también en el derecho espartano tenemos un ejemplo de que no siempre y en todas las circunstancias ha sido sancionado el apoderamiento de cosas como delito, pues Esparta no castigaba el hurto realizado por sus efebos, sino más bien lo fomentaba como un ejercicio de su habilidad, sancionando por el contrario la torpeza de quien se dejaba descubrir como autor del robo realizado. Aun en el derecho mexicano el robo no siempre es sancionado como delito, pues en el llamado robo por necesidad de que habla el artículo 379 del Código Penal de 1931, no se enlaza ninguna consecuencia normativa a la ejecución del hurto. En estos casos en realidad no existe delito de robo, pues éste es un concepto jurídico positivo, que nace del hecho de que la norma vigente sanciona una conducta así denominada.

d) *Violación*. Maggiore sostiene que “el delito de violación carnal, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas”.¹⁵

Para Soler, “Violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado mediante violencia real o presunta”.¹⁶

El artículo 265 del Código Penal vigente entre nosotros desde 1931, define implícitamente la violación, al sancionarla, diciendo: “Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le aplicarán...” Igual disposición contiene al respecto el proyecto de Código Penal de 1949. El proyecto de 1958 dice esencialmente lo mismo, al disponer en su artículo 260:

Se sancionará... a quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, cualquiera que sea su sexo; así como al que tenga cópula con persona menor de catorce años, o que por cualquier causa no pudiese resistir.

El proyecto de Código Penal de 1963, reitera casi literalmente la disposición ahora en vigor.

La violación o uso sexual forzado de una persona, no sólo carece también del carácter absoluto de delito, sino que inclusive ha sido históricamente la base de una de nuestras instituciones civiles de mayor prestigio: el matrimonio. En efecto, entre los pueblos primitivos no era delito usar de las mujeres del enemigo vencido (despojos del combate); más aún, la fundación de Roma y la primera institución matrimonial romana, tienen su origen histórico en el rapto de las sabinas. Aun en el derecho moderno, la

¹⁵ *Derecho penal*, 4^a ed., Editorial Temis, Bogotá, 1955, vol. iv, p. 56.

¹⁶ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1956, vol. iii, p. 342.

violencia sexual es un acto permitido por la ley o la jurisprudencia en ciertas circunstancias, como el apoderamiento sexual obligado de la mujer dentro del matrimonio, el cual podrá tal vez constituir el delito de lesiones si las hubiere, pero no siempre el de violación. En realidad, la jurisprudencia de algunos países indoamericanos ha considerado que siendo el débito conyugal una de las obligaciones fundamentales de la esposa, su exigencia y consumación violentas por parte del marido no son deseables pero tampoco delictuosas, por faltar el bien (libertad sexual) que se pretende proteger en el tipo concreto. Luego, la violación no es ni puede ser un delito natural.

2. CONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS POR EL DERECHO

Ningún hecho es en sí mismo jurídico, por lo que no puede haber homicidios, robos, violaciones ni delito alguno fuera del derecho. La muerte de un hombre por otro hombre, el apoderamiento de un objeto y la cópula con violencia física o moral sobre una persona, son hechos naturales, cognoscibles causalmente, pero nunca delictuosos en sí mismos, ya que ocurren sin que el derecho enlace a la determinación naturalista de su existencia ninguna consecuencia normativa. El homicidio, el robo y la violación son hechos también, pero no se les puede conocer como tales por el método natural, es decir, por la relación de causalidad sino sólo por el método normativo, o sea, por la relación de imputación. Esto es, surge un homicidio, robo o violación, únicamente cuando el derecho imputa una sanción a la realización de ciertos actos, que el propio derecho reputa como homicidio, robo o violación. Ahora bien, tampoco la ejecución de tales actos se determina causalmente, sino sólo normativamente. En efecto, es posible hablar objetivamente de homicidio, por ejemplo, cuando ciertos órganos del Estado, dentro de un procedimiento determinado por la ley, han *construido* ese hecho, mediante el levantamiento de un acta, la declaración de testigos de identidad, la expedición de un certificado de autopsia, etcétera. Por tanto, para hablar correctamente debe decirse que también los hechos jurídicos son *construidos* por el derecho.

3. MALA PROHIBITA

De los grandes penalistas, Carrara ha conceptualizado lo que él llama delito civil, diciendo que es

la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.¹⁷

¹⁷ *Op. cit.*, *Parte General*, vol. v, § 21, p. 41.

La definición de este autor adolece desde luego de dos errores, pues habla de actos moralmente imputables, siendo el de imputabilidad un concepto exclusivamente jurídico que nada tiene que ver con la ética, y también de que los mismos pueden ser políticamente dañosos, cuando que objetivamente sólo puede hablarse de lo estimado por el legislador como socialmente perjudicial, ya que se carece de un criterio universal para determinar lo socialmente pernicioso fuera del derecho. Lógicamente la definición transcrita yerra también al pretender conceptualizar un objeto (el delito), atendiendo a un fin específico (la seguridad) que algunos legisladores han puesto en él; pero ningún objeto se caracteriza o concibe merced a un fin, puesto que ninguno tiene un fin propio o único, primero, porque la finalidad es algo que el pensamiento pone en los objetos; segundo, porque a un mismo objeto se le pueden dar y de hecho se le dan diversas finalidades; y tercero, porque a distintos objetos se les puede dar idéntica finalidad.

En el mismo sentido Radbruch considera, con Federico Julio Sthal, que "la justicia penal es el restablecimiento del señorío del Estado mediante el aniquilamiento o dolor de aquel que se ha sublevado contra él",¹⁸ entendiéndose así el delito como el acto al cual el derecho enlaza una sanción, no obstante cualificar ésta biopsicológicamente como destrucción causal o sufrimiento físico.

En la propia dirección, Bohmer entiende al delito como "la acción anti-jurídica, punible, típica, culpable y sancionada con una pena". Y nuestro Código Penal considera al delito simplemente como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (artículo 7), asumiendo así un criterio exclusivamente positivista, pues no inmiscúe para nada apreciaciones subjetivas.

Los Códigos Penales de 1871 y 1929, igualmente definen el delito desde un punto de vista jurídico y positivo, y así hablan, el primero, de que "delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda", y el segundo de que "delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

Ferri también critica la noción de delito natural y aporta datos para la creación de un nuevo concepto de los delitos, atribuido a él y a Berenini, que los entiende como "acciones punibles determinadas por móviles individuales, antisociales, que perturban las condiciones de vida y contradicen la moralidad media de un pueblo en un cierto momento".¹⁹

"Es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige una pena criminal como sanción", o sea, "todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena",²⁰ expresa acertadamente Antolisei.

En opuesta corriente, pero con precisión no exenta de psicologismo, Pes-

¹⁸ *Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 122.

¹⁹ *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 383.

²⁰ *Manual de Derecho Penal. Parte General*, UTHEA, Buenos Aires, 1960, p. 125.

sina define lo que él llama “delito legal” como “la acción humana que la ley considera como infracción del derecho y que, por ende, prohíbe, bajo la amenaza de un castigo”.²¹

El teutón Maurach, con característica concisión, enseña que “delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible”.²²

a) *La criminología*. La actividad denominada Criminología se inicia en el año 1876, con la publicación por César Lombroso de la primera edición de *L'uomo delinquente*. Aunque es hasta 1901 que Lombroso forma definitivamente la edición del *Hombre delincuente*.

Para algunos autores

la criminología constituye la ciencia fundamental (en relación al derecho penal), (pues) define la esencia del delito como un fenómeno de patología social, investiga los factores de la criminalidad y dota al derecho penal del instrumento que, conforme a las experiencias de la investigación etiológica, constituye la mejor garantía para una oportuna profilaxis vinculada al hecho singular y al autor concreto.²³

Según Maurach, la tesis anterior es degradante del derecho penal, pues el mismo

se convierte, de este modo, en una teoría táctica configurada según puntos de vista de conveniencia, dependiente de la investigación etiológica, transformándose en un órgano de expresión de la criminología.²⁴

Maurach sostiene que “la ciencia normativa del derecho es la que configura a la criminología, su firme punto de partida”.

El delito es, pues, su punto de partida; la criminología, al considerar al delito como fenómeno de patología social, constituye una disciplina perteneciente a la sociología, que opera, sin embargo, con métodos de investigación de la ciencia de la naturaleza, y cuyo punto de partida está integrado por el hacer humano terminantemente descrito por el legislador penal.²⁵

En Sauer,

la Criminología considera el delito como una aparición social de nuestra vida cultural; sólo como un hecho histórico, sin referirlo a las leyes y orientaciones estaduales, esto es, lo estudia como un hecho en conexión con las causas productoras del mismo. Es una disciplina —prosigue Sauer— que

²¹ *Elementos de Derecho Penal*, 4ª ed., Reus, Madrid, 1936, p. 276.

²² *Op. cit.*, vol. I, p. 154.

²³ Cfr. Maurach, *Op. cit.*, vol. I, p. 39.

²⁴ *Op. cit.*, vol. I, p. 39.

²⁵ *Op. cit.*, vol. I, pp. 41 y 42.

participa de la naturaleza de la sociología y la psicología; en un sentido amplio... también se relaciona con la biología y la psiquiatría.

Y concluye este autor, que "la investigación criminológica es un venero inagotable para el conocimiento del delito y del delincuente".²⁶

Se ha considerado, en fin, que la criminología investiga la criminalidad con medios propios de las ciencias naturales, pero ante todo con medios sociológico-estadísticos en una pura dirección fáctica.

Toda la estructura de la criminología se levanta sobre el presupuesto inicial de encontrar el origen del crimen. Y se la ha definido como una ciencia sintética, causal explicativa, que se ocupa del hombre que realiza conductas antisociales.

Algunos autores, carentes de toda agudeza crítica, afirman que es una disciplina a la vez natural y cultural, sin percatarse de que ciencia es método y de que las características diferenciales de lo natural y de lo cultural son exclusivamente metódicas.

En consecuencia, esa actividad llamada Criminología, que pretende tener carácter científico y cuyos procedimientos intentan un estudio naturalista del acto antisocial (delito) y del individuo que lo realiza (delincuente), o de ambos, ha obtenido resultados que se quieren hacer trascender a la jurisprudencia normativo empírica, concretamente al derecho penal, mediante la política criminal.

Ahora bien, para que una ciencia sea tal, ha menester de un objeto y un método propios. La criminología pretende que su objeto es el delito o el delincuente o ambos, y que el conocimiento del mismo puede ser conocimiento de sus causas, es decir, la determinación naturalista de los motivos del delito y de la delincuencia. Pero es el caso que esto sólo es posible en un sentido puramente derivado.

En efecto, el delito y el delincuente no son nada real en el marco de la naturaleza, pues ya vimos que no es fundada la tesis del delito natural; en consecuencia, el delito y el delincuente sólo pueden ser una construcción jurídica, una realidad normativa, como objetos determinados imputativamente por la norma de derecho y no causalmente por la ley de la naturaleza. Y si esto es así, acerca del delito en general no cabe ni puede haber un conocimiento por la relación de causa a efecto, como lo pretende esa moderna actividad criminológica, sino tal vez sólo acerca de lo que por delito entiendan los diversos órdenes jurídicos positivos, en un cierto momento histórico o en una determinada tradición cultural.

Y en este caso, el del estudio naturalista del delito con fundamento en un concepto histórico jurídico del mismo, pensamos que no puede hablarse de sincretismo metódico, pues si bien es verdad que el delito es un concepto alcanzado por el método de la imputación, y que el estudio criminológico emplea el método de la causación, también es cierto que aquél debe consi-

²⁶ *Op. cit.*, p. 8.

derarse como un mero supuesto de la criminología y que el objeto de ésta lo serían las causas de un hecho natural que la propia criminología considera convencionalmente como delito.

En consecuencia, estimamos que quizá sea posible aceptar a la criminología como ciencia, bajo el supuesto de que sus rendimientos no podrán nunca ser universales, como los de las ciencias teóricas, sino meramente históricos, como los de toda ciencia fáctica, en cuanto su objeto de estudio lo constituyen hechos que jamás podrán considerarse objetivamente como invariables.

b) *Antijuridicidad y sanción.* La sanción es uno de los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica, y lo es porque no es posible pensar ningún orden jurídico sin sanción, ya que en este caso dicho orden no podría ser de carácter jurídico.

Históricamente la sanción aparece como de tipo esencialmente penal por ser de índole retributiva, carácter que se destaca notablemente en la Ley del Talión: ojo por ojo, diente por diente, vida por vida. Las llamadas sanciones preventivas o medidas de seguridad, son en verdad la retribución vergonzante que la sociedad aplica a situaciones que ella misma ha creado: mendicidad, prostitución, vagancia, alcoholismo, toxicomanía, taurismo, etcétera, y que hipócritamente se niega a calificar como delictuosas, por reconocerse coautora de las mismas, y así, con gazmoña pudibundez llama prevención a la *vendetta*.

Con posterioridad a la penal surge la sanción civil, cuyo carácter es básicamente reparativo, ya que busca la reparación del daño causado. Empero, esto no significa que en algunos casos un cierto código civil no pueda establecer una sanción retributiva o preventiva, y a la inversa, que un código penal sea incapaz para estatuir sanciones reparativas, pues estos caracteres que señalamos a la sanción son meramente históricos, y por ende, contingentes y variables, los que no pueden diferenciar esencialmente un tipo de sanción del otro, ya que la sanción jurídica sólo puede tener una caracterización universal y objetiva.

El derecho convierte la sanción en consecuencia normativa de la conducta estimada socialmente perniciosa, a la que se llama acto antijurídico y constituye el supuesto al que la norma enlaza la sanción. Este acto antijurídico será delito si la sanción es de carácter retributivo o preventivo, y será un ilícito civil si la sanción es de índole reparativa. Sin embargo, un legislador puede elegir la técnica del premio en vez de la del castigo al establecer una cierta sanción, y entonces se llamará antijurídico al acto meritorio y no al acto ilícito.

Ahora bien, como ya se vio, una conducta no trae aparejada una sanción por ser antijurídica, sino que es antijurídica porque su consecuencia es una sanción, ya que carecemos de un criterio objetivo que nos permita calificar de antijurídica una conducta, previamente al punto de vista del derecho. De aquí el absurdo del llamado delito natural que, según la doctrina tradicional,

es sancionado por constituir una conducta antijurídica en sí misma, aun cuando no exista ningún criterio objetivo que nos permita determinarla como tal fuera del orden jurídico.

El acto antijurídico es un supuesto de la sanción, pero no es el único, pues como se ve claramente en el campo del derecho civil por ejemplo, es menester que se realice por lo menos otro supuesto: el ejercicio de una acción. Claro que el ejercicio de una acción es también supuesto de otros tipos históricos de sanción jurídica y no sólo de la civil.

El acto antijurídico es la conducta del individuo contra el que se dirige la sanción, y en su conceptualización nada tienen que hacer ideas religiosas o políticas acerca de la conducta, las cuales nos permitan calificarla como pecaminosa, indebida, violatoria, injusta, etcétera, pues tal conducta sólo es ilícita (“violatoria del deber jurídico impuesto en el tipo”) porque la norma enlaza a la misma una sanción. Es decir, que “hay derecho porque hay verdugo”, o sea, que hay juridicidad porque hay sanción, que una conducta no es en ningún caso objetivamente pecaminosa, indebida, violatoria o injusta, si la misma no constituye el supuesto de una sanción.

Sólo una conducta intencional o negligente puede ser antijurídica, porque la sanción tiene que dirigirse contra el que directa o indirectamente produce el efecto socialmente estimado perjudicial. Y si en algún derecho bárbaro se ejecuta por ejemplo al hijo por un acto del padre, es ésta una pena indirecta contra el padre. Y lo mismo ocurre en el caso de la ejecución de rehenes, que permiten las actuales leyes de la guerra, pues esta ejecución se entiende como una sanción contra el Estado o población que, por conducto de algunos de sus miembros inidentificados individualmente, hostiliza a un invasor.

El acto antijurídico civil, a diferencia del penal, no hace consistir generalmente el supuesto normativo en la realización de un daño, sino más bien en la no reparación de ese daño.

En numerosas situaciones tanto del derecho primitivo como del moderno y del contemporáneo, el orden jurídico identifica al individuo con el grupo, como ocurre en los casos en que una institución es sancionada por el acto de uno de sus miembros, es decir, por el acto que si bien en sentido causal pudiera ser referible a uno de los individuos que componen el grupo, en el aspecto normativo sólo puede ser imputado a éste por cuanto su actuación es reputada como de la institución por la norma positiva. Y lo que ocurre es que para la ciencia del derecho no existen individuos entendidos como unidades biológicas, sino sólo personas, por lo que si una de éstas representa para la observación causal, una unidad, una pluralidad o una totalidad (Estado) biológicas, ello es irrelevante para la jurisprudencia, la que sólo estudia aquello que el derecho construye.

Por esto es por lo que Hans Kelsen está en lo justo al afirmar que, “antes de que la sanción sea establecida, el comportamiento no tiene el ca-

rácter de *malum* en sentido jurídico”,²⁷ ni en ningún otro sentido —agregamos nosotros—, pues no se puede hablar en forma alguna de conducta fuera del derecho. El hacer y el obrar físico material de la unidad biológica hombre, no es lo que se denomina “conducta real y efectiva del ser humano”, entendido éste como individuo psicofísico, es decir, en su auténtica y única dimensión zoológica, por cuanto es un error considerar que un animal es capaz de conducirse en forma alguna. El de conducta es un concepto esencialmente normativo, imputable únicamente a las personas jurídicas y no a los seres vivos: árboles, peces, tigres, hombres, chimpancés, etcétera. El organismo biológico se define, como “un todo cuyas diversas partes se engendran mutuamente”. La persona jurídica, como un *conjunto activo de obligaciones y derechos*. Sólo las personas tienen conducta, no los organismos vivos.

En conclusión, podemos decir, con el jefe de la Escuela de Viena, que “no hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*, pues un comportamiento es *malum* sólo cuando es *prohibitum*”.

²⁷ *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 54.

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Tercero: El pluralismo jurídico</i>	185
1. La unidad del objeto de la jurisprudencia	185
2. La tesis de los tres derechos	185
3. Irracionalidad de la doctrina	186
4. La elección necesaria	187

CAPÍTULO TERCERO

EL PLURALISMO JURÍDICO

La tesis de la posible existencia de tres derechos distintos que pudieran ser un solo derecho verdadero, sólo es asequible por un acto de fe.

F.E.V.B.

1. LA UNIDAD DEL OBJETO DE LA JURISPRUDENCIA

Conocer es unificar. Se conoce un fenómeno cuando se le puede explicar unitariamente en función de un determinado principio. El sentido del conocimiento es, pues, la unidad fundamental de los juicios. Así, aun cuando existe una pluralidad espacio temporal de órdenes jurídicos positivos, del derecho sólo puede hablarse en singular. El concepto de soberanía es, precisamente, el supuesto del conocimiento normativo que expresa la exclusividad de la validez de un orden normativo y representa la unidad de todos los órdenes normativos posibles, por cuanto no es pensable la coexistencia de dos o más soberanías, así se atribuya una al orden jurídico internacional y otra u otras a los "órdenes normativos" moral, social o religioso, o también, otra u otras a los "órdenes normativos" moral, social o religioso, o también, una al derecho positivo y otra al derecho natural.

De tal suerte que, en lo tocante al problema del conocimiento jurídico, sólo es racionalmente legítima la postura monista. De los monismos jurídicos positivista y iusnaturalista, el segundo tiene que desecharse, por cuanto afirma que cualquier orden jurídico positivo que no realice en alguna medida su peculiar idea de la justicia, será un mero hecho, un simple fenómeno de fuerza, pero nunca derecho, y esto es una infundada mutilación de la experiencia histórica.

Pero lo que resulta de todo punto inadmisibile, es la postura dualista, o sea, aquella que junto a un derecho natural admite la existencia de un derecho positivo, ya que frente a la exigencia de unidad del conocimiento, viene a ser impensable su validez simultánea.

2. LA TESIS DE LOS TRES DERECHOS

Empero, existe una posición denominada perspectivismo jurídico, que no sólo postula la existencia de un orden intrínsecamente válido de la conducta

junto a otro formalmente válido, sino que aun agrega un tercer orden, el realmente válido, esto es, el que efectivamente se cumple en una sociedad. Es la famosa teoría de los tres círculos, que afirma la existencia de tres derechos distintos que son sin embargo un solo derecho verdadero.

Esta teoría sostiene que si, a través de la historia, los diversos autores que se han ocupado del problema de la definición del derecho, no han logrado coincidir acerca de lo esencial del mismo, ello se debe a que sus estudios se refieren a objetos de conocimiento que no son englobables bajo una fórmula común, es decir, a objetos diferentes, los cuales se caracterizan, respectivamente, en función de los conceptos de validez formal (derecho del Estado), validez intrínseca (derecho natural) y positividad (derecho vivido), notas que no se excluyen entre sí pero que tampoco se implican recíprocamente, por lo que pueden coexistir en un mismo precepto jurídico e, incluso, en todo un sistema de derecho. Representando cada uno de estos tres órdenes mediante un círculo, y haciendo que cada una de estas figuras geométricas corte a las otras dos, esto es, utilizando la representación de tres círculos secantes, esta doctrina obtiene ya no tres sino siete clases distintas de normas jurídicas: 1a. Dotadas de validez formal exclusivamente; 2a. Con validez formal y validez intrínseca; 3a. Válidas sólo intrínsecamente; 4a. Vigentes y eficaces pero sin valor intrínseco; 5a. Vigentes, justas y eficaces (derecho ideal o perfecto); 6a. Intrínsecamente justas y positivas o eficaces, y 7a. Únicamente con positividad.¹

3. IRRACIONALIDAD DE LA DOCTRINA

Ahora bien, tengamos presente que el método empleado en la investigación es lo que permite determinar al objeto con necesidad racional y exigibilidad universal, es decir, que sólo podemos hablar objetivamente de aquello que la ciencia ha precisado o "construido" mediante la especial legalidad lógica utilizada por la misma. Entonces, un objeto determinado causalmente (derecho vivido o eficaz), otro precisado normativamente (derecho vigente) y otro más construido idealmente (derecho natural), tienen que ser no sólo diferentes sino completamente inconexos, por no existir la más remota posibilidad de relacionarlos. De modo que hablar de superposición de unos y otros es incomprensible.

No se diga que a esos tres derechos puede considerárselos como uno solo por razón de analogía, pues tal actitud presupondría a los objetos análogos como cosas en sí mismas, lo que puede aceptarse en el terreno metafísico pero no en el ámbito de la investigación racional.

Por otra parte, la tesis comentada afirma que una misma disciplina científica: la jurisprudencia, puede estudiar tres objetos esencialmente diversos

¹ G. Máynez, *Curso sobre la definición del derecho*, cap. V, apartado A, 1950.

como son los aludidos "derechos", sin pararse a medir que si la meta de su labor la constituye la explicación de todo derecho posible, entonces sus elementos serán exclusivamente teóricos, como los de la matemática pura, cuyo objeto de estudio lo constituyen las relaciones numéricas o temporales (aritmética) y las geométricas o espaciales, o bien, los conjuntos de invariantes. Y si esto es así, la jurisprudencia no podrá investigar ningún objeto empírico como el derecho vivido o eficaz, o axiológico como el derecho natural o justo, aunque los elementos sociológicos y estimativos sean la materia o contenido de la normación jurídica, al igual que la matemática no estudia los efectos de comercio a que se aplica, por ejemplo, en el cálculo mercantil.

Además, la doctrina de los tres círculos parte de la postura que dice:

La perspectiva es el orden y forma que la realidad toma para el que la contempla. Si varía el lugar que el contemplador ocupa, varía también la perspectiva. En cambio, si el contemplador es substituido por otro en el mismo lugar, la perspectiva permanece idéntica. Ciertamente, si no hay un sujeto que contemple, a quien la realidad aparezca, no hay perspectivismo.²

Y así, se propone el estudio de cada objeto, de cada "derecho", "desde el único punto de vista en que es correcto colocarse para analizarlo".³ En primer lugar, cabe establecer que el perspectivismo es un nuevo y pobre metafisicismo, por cuanto postula la existencia de una realidad absoluta y condiciona su conocimiento a una pluralidad infinita de puntos de vista, lo cual hace que desemboque en un subjetivismo por mucho que a ello se resista. En segundo término, contradictoriamente con el punto de partida, el perspectivismo jurídico afirma que se ocupará de objetos diferentes, cuando debía hablar de un mismo objeto desde tres enfoques distintos. Pero si a pesar de esto expresa que esas tres cosas diversas son, sin embargo, uno y el mismo objeto: derecho, entonces tendrá que acudir a los recursos teológicos de la tesis de la trinidad unitaria, para hacerse "comprender" siquiera por los posibles adeptos de tal nueva fe jurídica.

4. LA ELECCIÓN NECESARIA

Frente al problema de que, históricamente, se ha llamado derecho a tres objetos diferentes, se plantea la necesidad imperiosa de elegir entre ellos al que lógicamente debe considerarse como tal, con exclusión de los otros dos. Esta situación la percibe incluso la doctrina de los tres derechos, cuando dice:

Habrá, pues, que hacer una caracterización de esos objetos, a fin de investigar más tarde si son realmente irreductibles o, por el contrario, pueden

² Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, en *Obras*, t. II, 2ª ed., p. 906. Citado por G. Máynez, *Curso sobre la definición del derecho*, cap. I, apartado B.

³ G. Máynez, *obra citada*, apartado B.

ser considerados como especies distintas de un género común. En el caso de que pueda demostrarse que se refieren a realidades dispares, quedará en pie el problema fundamental, ya que habrá que discutir cuál de ellos merece el nombre de derecho.⁴

El intento ecléctico de postular la existencia de un derecho natural, aceptando la posibilidad del derecho vigente y aun la del derecho vivido o eficaz, se enfrenta al gravísimo problema de explicar cómo varios objetos diferentes son una y la misma cosa. Si el orden jurídico natural es un objeto de conocimiento, otro el eficaz o positivo y otro más el estadual, sólo por virtud de operaciones irracionales que podemos llamar como sus propios autores, sincretismo metódico y perspectivismo jurídico, sería posible hablar de que los tres son lo mismo, pues el objeto no es sino lo que la dirección metódica singular nos ha permitido conocer como tal.

Por tanto, si el método crea al objeto, dos diversos métodos darán lugar a otros tantos objetos, por lo que resulta imposible el conocimiento de un mismo objeto mediante métodos diferentes, como quieren los sincretistas y perspectivistas. Y si decimos que el orden jurídico natural es el derecho *par excellence* (predicado éste indeterminable, pues cada quien tiene o puede tener su propio patrón de justicia), que el derecho positivo es el orden considerado como jurídico que realmente viven los hombres (predicado también indeterminable, porque no es la opinión de la mayoría lo que puede decidir la juridicidad o ajuridicidad de una norma) y que el derecho estadual es el orden coactivo de la conducta (predicado determinable en la experiencia como enlace por la norma de una sanción política a la realización de cierto supuesto); habremos de concluir que hemos puesto tres predicados diferentes en otros tantos objetos (problemas) también distintos, porque esos predicados se encuentran determinados por tres preguntas inconexas entre sí: ¿cuál es el orden jurídico inmutable?, ¿cuál es el orden jurídico real?, y ¿cuál es el orden jurídico inexorable?

A los tres se les ha llamado orden jurídico, pero la identidad gramatical y arbitraria no implica, ni puede implicar la identidad de tres objetos en uno solo, ya que para ello sería preciso que las tres preguntas pudieran resumirse en una y la misma, y esto no es posible. Si dijésemos que tanto el derecho estadual como el positivo y el natural son igualmente justos, reales o inexorables, entonces nos encontraríamos en presencia de uno y el mismo objeto y no de varios, porque idéntico predicado supone idéntica cuestión a resolver en un determinado orden de ideas, lo que es contrario a la hipótesis pluralista.

Tampoco puede identificárseles diciendo que todos son normativos y reguladores de la conducta, pues el concepto de conducta sólo tiene sentido en función de la norma que la crea objetivamente como tal. Aquí cabe

⁴ *Obra citada*, apartado B.

preguntar qué se entiende por conducta; y si respondemos que conducta es el comportamiento humano, entendiendo lo humano en sentido naturalista, nos encontraremos con que estamos poniendo fuera de lo normativo un ente metafísico capaz de desarrollar una acción: el hombre, pero ¿qué es lo humano de la unidad biológica hombre?, nada biológico ni natural claro está, sino su obra y su hacer objetivo, es decir, su conducta, lo que sólo puede ser construida como humana por la norma coactiva, por la norma de derecho.

En consecuencia, ningún pluralismo jurídico puede encontrarse fundamentado científicamente y racionalmente. Sólo en posturas de raigambre realista (metafísica) se puede hablar de cosas distintas que también son una y la misma, y esto porque hacen depender la verdad del juicio de algo que está fuera y por encima de la *ratio*: la cosa en sí. Por derecho sólo puede entenderse al orden coactivo de la conducta, al derecho vigente o estadual, ya que es el único determinado por el conocimiento jurídico de una manera objetiva y, por ende, racional.

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Cuarto: La moral y la causalidad</i>	190
1. El deber ser objetivo	190
2. La idea del deber	191
3. La unidad del hombre aislado	191
4. La moral como fenómeno natural	192

CAPÍTULO CUARTO

LA MORAL Y LA CAUSALIDAD

La moral es un conjunto de fenómenos naturales, de relativa constancia y generalidad, similares al hambre, la sed, la fatiga y la libido, que determinan causalmente el hacer individual del hombre.

F.E.V.B.

1. EL DEBER SER OBJETIVO

Moral y derecho no son dos especies de un mismo género: el deber ser, pues como hemos mostrado antes la normatividad sólo existe objetivamente como obligatoriedad coercible, esto es, como deber ser jurídico. Vimos también que no es posible encontrar un solo ejemplo de conductas que, en todo tiempo y lugar, hubiesen sido consideradas como moralmente debidas o indebidas. Pero, ni aun el supuesto de que existieran conductas de esta clase, estaríamos frente a un deber moral objetivo, pues siempre cabría la posibilidad de pensar que en el futuro, el mismo acto fuese juzgado de manera diversa de como se le juzgó en el pasado y se le juzga en el presente.

No se diga que fenómeno semejante se produce en el campo de la experiencia jurídica, por no existir tampoco ninguna conducta que, en toda ocasión y circunstancia, haya sido considerada como jurídicamente obligatoria o hubiese estado jurídicamente proscrita; ya que aun cuando esto pudiera ser exacto, existe empero un criterio universal indisputable de lo que es debido conforme a derecho, por cuanto lógica y no axiológicamente podemos afirmar con necesidad racional y exigibilidad universal, que debe ser aquello que, si no es, trae como consecuencia una sanción.

Ahora bien, si el derecho es coercible, necesariamente tiene que ser soberano con respecto a todo otro orden posible. Así, a lo más que podría aspirarse en el campo de la ética, sería a determinar la validez de una moral íntegramente subordinada al derecho, o sea, obligatoria sólo donde y en cuanto el orden jurídico lo consintiese. Pero aun esto es imposible, porque no existe ni puede existir un criterio lógico de validez normativa distinto del jurídico, en atención a la exigencia fundamental de unidad del conocimiento.

Pese a lo antes expuesto, y sólo por razones históricas expondremos bre-

vemente el pensamiento de los principales autores que han intentado, sin ningún buen éxito, la conceptualización de lo moral como algo normativo.

2. LA IDEA DEL DEBER

Kant pretende caracterizar a la moral, diciendo que: "Es ética aquella (legislación) que hace de una acción un deber y de este deber, al mismo tiempo, el móvil (de la conducta)" (*Diejenige, welche eine Handlung zur Pflicht und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, its etisch*). "En cambio, es jurídica aquella que no incluye lo último en la ley, sino que admite también otro móvil que la Idea del deber mismo" (*Diejenige aber, welche das letztere nicht im Gesetze mit einschließt, mithin auch eine andere Triebfeder als die Idee der Pflicht selbst zuläßt, ist juridisch*).¹

Consecuentemente con la caracterización de lo moral como un deber puro, es decir, como un querer despojado de todo impulso psíquico, Kant enuncia el imperativo ético, al que determina como incondicional o categórico, diciendo: "Obra siempre de tal suerte que la máxima de tu acción pueda ser elevada, por tu voluntad, a la categoría de la ley de universal observancia". Máxima es aquí, el principio subjetivo de la conducta. Ley de universal observancia o ley moral, el principio objetivo de la misma.

Pero este deber absoluto del kantismo, al pretender depurarlo su creador de toda materia concreta y, consecuentemente, librarlo de las contingencias del devenir temporal, no sólo resulta antihistórico y metafísico, por su alejamiento de la experiencia, sino que sólo expresa una vacua tautología, esto es, que nada enseña porque nada dice, ya que no expresa cuál debe ser la máxima de ninguna conducta concreta. Es algo así como afirmar que uno es igual a uno o que el círculo es redondo, pues resulta tan cierto e indiscutible como estas aseveraciones, pero no aprendemos cosa alguna de su enunciado. El imperativo categórico equivale al principio básico del derecho natural de Tomás de Aquino: Haz el Bien y evita el Mal, que da por hecho el conocimiento de la bondad y la maldad, cuando el propósito fundamental de la investigación ha sido la determinación absoluta de esta polaridad estimativa o axiológica, lo cual es imposible de un modo apriorístico.

De manera que la Idea del deber por el deber mismo, no es apta para conceptualizar a la moral como un orden normativo.

3. LA UNIDAD DEL HOMBRE AISLADO

Con idéntico propósito que Kant, o sea, encontrar el principio unificador de la ética, y en el mismo sentido que el profesor de Königsberg, Stammeler sostiene que lo moral y lo social son conceptos distintos y contrapuestos, por

¹ Kant, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Immanuel Kants Werke, Band. VII*, Verlegt bei Bruno Cassirer, Berlín, 1916, p. 19.

lo que se propone lograr su diferenciación, la cual cree encontrar en que “la característica condicionante de la vida interior (o moral) es la unidad del hombre aislado, en tanto que la existencia social se halla determinada conceptualmente por la vinculación de los fines humanos”.² La voluntad social o voluntad jurídica es así, para este pensador, voluntad social o voluntad vinculatoria, querer entrelazante, mientras que la voluntad moral o voluntad interior, es voluntad individual, querer aislado. Claro está que en Stammler la voluntad individual no es de carácter psicológico, sino voluntad pura, esto es, mero enlace de medios a fines, simple relación teleológica.

Ahora bien, ya sabemos que la relación de medio a fin es la propia relación causal, de manera que la moral no es en última instancia un orden, un deber, sino un fenómeno, un ser. Entonces, la unidad del hombre aislado no permite concebir a la moral, en cuanto circunscrita a la vida interior del hombre, como algo normativo.

4. LA MORAL COMO FENÓMENO NATURAL

La representación psicológica del contenido de una norma jurídica, generalmente produce en el ánimo de los individuos que la experimentan, un impulso subjetivo de conducirse en el sentido que el precepto ordena. Es decir, que la representación de una norma (no la norma misma) actúa como una de las causas posibles de la conducta. Pues bien, otros fenómenos naturales diversos de la representación psíquica del contenido de la norma de derecho, como pudieran serlo las convicciones religiosas, las ideas políticas, los motivos estéticos, las razones económicas, etcétera, propios y ajenos, producen también generalmente impulsos subjetivos similares a los que ocasiona aquella representación. Y de aquí deriva el error de considerar que, junto al orden jurídico, existen un orden moral, otro social y otro más religioso.

Sin embargo, el hecho psicofísico de que tanto las representaciones del contenido de las normas de derecho como nuestros prejuicios, nuestras preocupaciones subjetivas de salvación personal, justicia social, bien parecer, bienestar individual o colectivo, etcétera, originen causalmente un anhelo personal de obrar en determinada dirección; no puede tener como consecuencia que tales convicciones, creencias y apetitos, puedan llegar a constituir verdaderos sistemas normativos, pues la actuación a que los mismos nos dirigen obedece a un mecanismo igual que aquel a que pueden conducirnos el hambre, la sed, el cansancio, la libido y demás motivaciones psíquicas del hacer material del hombre. Sólo una extrema vanidad y una crasa ignorancia de los principios metódicos, ha llevado a teólogos, líderes y moralistas, a elevar sus propios temores, ambiciones y prejuicios, al rango de imperativos, normas, deberes u obligaciones.

Si se tiene hambre, se busca alimento. Si frío, resguardo. Si miedo, pro-

² Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 88.

tección. Es decir, aquello que consideramos habrá de satisfacer nuestras necesidades. De igual modo, si se es pobre y se quiere ser rico, creyendo que un cierto régimen económico satisfará nuestro anhelo, seremos según el caso socialistas, individualistas o feudalistas. Si nuestra ignorancia de la naturaleza nos infunde temor, pensando que una determinada deidad habrá de protegernos, adoraremos a un fetiche, un ídolo, un santo o un dios. Si deseamos parecer bien a otros, convencidos de que mediante modales, costumbres y modas específicos lo conseguiremos, actuaremos, viviremos y nos vestiremos de manera especial. Pero no debemos engañarnos creyendo que las reglas (no las normas) de cierta ideología, determinada religión o una específica forma de convivencia, son auténticos imperativos, pues sólo constituyen causas psicológicas del comportamiento.

Exactamente lo mismo ocurre con lo que se llama "orden moral", el que nada más está compuesto por un complejo de esas creencias, temores y convicciones a que nos hemos referido, así como por apetitos de todo jaez. Por ello, la moral es un fenómeno o conjunto de fenómenos naturales, traducidos en reglas prácticas del obrar, que junto con otras motivaciones, determina causalmente el hacer individual del hombre.

En consecuencia, lo moral se encuentra en el ámbito de la naturaleza y no en el de la normatividad.

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Quinto: Derecho público y Derecho privado</i>	194
1. La razón de la antítesis	194
2. La teoría del interés	195
3. La teoría de la coordinación y de la supraordinación.	196
4. La teoría de la diversidad de sanciones	197
5. El Estado de Derecho	198

CAPÍTULO QUINTO

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Jurídicamente todo Estado es Estado de derecho. Se llama Estado *de facto* a la comunidad política cuya estructura nos desagrada subjetivamente.

F.E.V.B.

1. LA RAZÓN DE LA ANTÍTESIS

Aunque inútilmente se haya pretendido encontrar una fundamentación teórica de la distinción entre derecho público y derecho privado, se ha mantenido siempre la antítesis entre ambos, por razones de carácter ideológico. Y como no se sabe qué es lo que quiere decirse cuando se les distingue y contraponen, los sostenedores de esta posición se conforman con enumerar convencionalmente, las ramas del derecho que se incluyen en una y otra denominación, colocando dentro del derecho público, el constitucional, el administrativo, el procesal, el penal y el internacional público; y dentro del derecho privado, el civil, el mercantil y el internacional privado. Pero no existe certeza alguna en el criterio fundamental de esta división, pues en tanto algunos autores sitúan los derechos laboral y agrario en el ámbito del derecho privado, otros sólo admiten dentro de éste al primero, y los más, a ninguno de los dos. Éstos hablan de un tercer tipo en la clasificación: el derecho social.

La falta de probidad intelectual de quienes sustentan la división, aun después de reconocer que ninguna de las pautas propuestas para distinguirlos, y que después estudiaremos, es apta para tal fin; queda de relieve cuando se enseña que “las instituciones del derecho público no pueden tratarse con el mismo método que las del derecho privado”, por lo que es preciso aplicar a su tratamiento “un método de interpretación no fundado en el derecho positivo”; y que constituye un principio de la teoría del Estado, que “los actos de los órganos supremos de la comunidad política tienen a su favor la presunción de jurisdicción”, con lo cual “se comete el abuso de convertir una norma general no fundada en el orden jurídico positivo, en una modificación fraudulenta” del mismo, en beneficio de los hombres que tienen a su cargo la ejecución de ciertas funciones orgánicas del Estado, pues “se pretende que todos sus actos valgan como jurídicos, sin consideración a la ley, a pesar de que aquellos hombres no pueden ser considerados como órganos estatales sino en tanto que obran jurídicamente” (Kelsen). Es decir,

que se trata de una vulgar justificación ideológica de la dictadura, vestida con los ropajes de la teoría, por cuanto se pretende postular que lo hecho por el jefe del Estado, el Congreso o el Tribunal Supremo de un país, es jurídicamente recto mientras no se demuestre lo contrario.

La anterior es sólo una de las posibles razones que mantienen en pie la antítesis entre derecho público y derecho privado, pues el método del uno no puede ser más que el mismo seguido por el otro: el que se funda en el derecho positivo, por cuanto no existe ningún criterio objetivo para diferenciar las normas jurídicas en públicas y privadas.

2. LA TEORÍA DEL INTERÉS

La doctrina de que el derecho público está constituido por las normas que regulan o protegen el interés general, y el derecho privado por las que miran al interés individual, al interés de los particulares, es infundada por las siguientes razones: a) El del interés es un punto de vista que está más allá del derecho positivo, pues la protección del mismo es el fin que aspiran a realizar las normas jurídicas, por lo que preceptos estructuralmente distintos, si los hubiera dentro del derecho, podrían orientarse a un mismo interés; esto es, que no podemos clasificar las normas jurídicas tomando en consideración un dato metajurídico, ya que ello equivaldría a distinguir los objetos por el fin a que se les destina, lo cual daría pábulo a confundir por ejemplo los lápices con los estilos, porque todos ellos se usan para escribir, o bien, a distinguir entre dos lápices cuando uno de ellos se utilizara para un fin diverso del de escribir; o como dice el jefe de la Escuela de Viena, “querer cualificar jurídicamente las normas de derecho con arreglo al fin que aspiran a realizar, equivaldría a pretender clasificar los cuadros de un museo por precio; y uno y otro criterio son igualmente inservibles”. b) Es imposible determinar de cualquier norma jurídica el tipo de interés público o privado al que sirve, pues todas sirven siempre a uno y otro; por ejemplo, es indiscutible que la conservación del derecho privado constituye un interés público, ya que si así no fuese, la aplicación del mismo no se confiaría a órganos estatales; y por otro lado, el Estado puede ser parte en una relación de derecho privado, pese a lo cual los intereses de la comunidad política siempre se han considerado de carácter público. c) Metódicamente, la división de las normas jurídicas sólo puede hacerse por referencia a su contenido, a la articulación de los hechos que constituyen el supuesto o la consecuencia de las mismas, o sea, a objetos inmanentes y no trascendentes al derecho; así, hay normas que poseen sólo validez “dispositiva”, esto es, que ellas y su contenido sólo valen cuando las partes no han convenido otra cosa (v. gr., las que fijan el interés legal en los contratos), y normas que poseen validez “taxativa”, es decir, que valen aunque las partes convengan lo contrario (por ejemplo, las que establecen la irrenunciabilidad de ciertos derechos del obrero, del menor, de la mujer casada); pero esta división, que puede hacerse

coincidir con la distinción entre derecho público y privado, no tiene nada que ver con el criterio del interés, porque el derecho taxativo y el dispositivo protegen intereses públicos y privados a un mismo tiempo.

3. LA TEORÍA DE LA COORDINACIÓN Y DE LA SUPRAORDINACIÓN

La doctrina que hace consistir la diferencia entre derecho privado y derecho público, en una diferencia entre relaciones jurídicas propiamente dichas, o sea, entre sujetos iguales, y relaciones de poder o dominación, es decir, entre un sujeto superior y otro u otros inferiores, diciendo que las primeras se dan entre particulares y las segundas entre el Estado y una o más personas privadas, carece de todo fundamento por lo que sigue: a) Esta doctrina no distingue entre normas de derecho sino entre relaciones jurídicas, por lo cual no es apta para diferenciar el derecho público del privado; así, en el derecho civil, por ejemplo, se dan relaciones jurídicas coordinadas, como cuando contratan dos particulares, y supraordinadas, como cuando el Estado celebra un arrendamiento o una compraventa con una persona privada, pero no por ello las normas que rigen estas especies contractuales, adquieren el carácter de preceptos de derecho público; esto obliga a los partidarios de la distinción, a introducir un nuevo dualismo injustificable teóricamente: el de la doble personalidad del Estado, como persona de derecho público y persona de derecho privado; pero como el supuesto de la superioridad del Estado sobre los particulares, es el que permite distinguir al derecho en público y privado, resulta imposible lógicamente hablar a la vez del Estado como particular. b) No existe ninguna superioridad del Estado sobre los particulares, pues como sujeto de derechos y deberes que es, lo mismo que las personas privadas se encuentra sometido al orden jurídico. Decir que la voluntad del Estado es superior a la de los particulares, es un error. Si por voluntad se entiende el querer psicológico, se está afirmando un disparate, porque el Estado no es un organismo psicofísico, y si por ella se entiende voluntad jurídica, voluntad de la norma, entonces no hay ninguna diferencia entre él y las personas privadas, cuya voluntad es también la de la norma (verbigracia, cuando el mandante ha muerto y no tiene voluntad psíquica, el mandatario sigue estando obligado como tal en alguna medida, lo cual demuestra que la voluntad del particular es voluntad jurídica; o, por ejemplo, un acreedor puede no tener la voluntad o deseo de cobrar a su deudor, pero un acreedor de aquél puede ejercitar la acción de cobro en su lugar y, obtenido el pago, quedar extinguida la obligación del deudor; todo ello porque una norma jurídica así lo dispone, lo cual significa que la voluntad psicológica nada tiene que ver con el conocimiento jurídico). Toda relación jurídica es, pues, de dominación, pero no del Estado sino del derecho. c) Por otra parte, relaciones jurídicas históricamente consideradas de derecho público, cual son las internacionales, se realizan entre sujetos "coordinados" y no "supraordinados", porque para el derecho internacional ge-

neral todos los Estados son jurídicamente iguales. d) Las relaciones jurídicas casi nunca se dan entre sujetos coordinados realmente, pues siempre uno de los contratantes es más fuerte que el otro, como ocurre por lo general en la relación crediticia, donde el deudor está económicamente subordinado al acreedor. e) Lo que quiere decirse con relaciones jurídicas entre sujetos iguales y relaciones entre un sujeto superior y otro inferior, es que en el primer caso, ambos sujetos participan en la creación de la norma que los obliga, como en la compraventa, y en el segundo, el obligado no participa en la creación de tal precepto, como en la relación impositiva; pero esta diferencia tampoco es apta para distinguir entre derecho público y derecho privado, pues estrictamente el sujeto de una obligación sólo está sometido a la autoridad de la norma que lo obliga, no al individuo creador de la misma; luego, en realidad aquí se está frente a una diferencia en la forma de creación de las normas, y no frente a una diferencia de las normas mismas. f) La relación jurídica no se da entre personas sino entre hechos, por lo que no pueden existir relaciones entre sujetos coordinados o supraordinados. En efecto, la norma enlaza un hecho (sanción) como consecuencia normativa, a la realización de otro hecho (antecedente) como supuesto de derecho. Los supuestos pueden ser de tres clases distintas: primera, acontecimiento en el que no interviene ninguna voluntad (incendio accidental, por ejemplo); segunda, manifestación de voluntad de las personas que se obligan (verbigracia, celebración de un contrato); y tercera, manifestación de voluntad de personas distintas de los obligados (orden administrativa). Pero esta división de los supuestos de las relaciones jurídicas, no coincide con la división arbitraria en relaciones jurídicas públicas y privadas ni, menos, con la distinción convencional entre derecho público y derecho privado, ni sirve tampoco para fundamentar el mayor valor que interesadamente se concede a la voluntad del Estado sobre la del particular.

4. LA TEORÍA DE LA DIVERSIDAD DE SANCIONES

León Duguít, contradictoriamente, reconoce la imposibilidad de distinguir entre derecho público y derecho privado, y sin embargo, persiste en afirmar que hay razón en distinguirlos.¹ Aclara el profesor de la Universidad de Burdeos que la diferencia entre uno y otro

sólo existe desde el punto de vista del modo de sanción del derecho. . . Todas las disposiciones del derecho público que crean obligaciones a cargo del Estado, no pueden ser sancionadas directamente por la compulsión, puesto que el Estado, dueño de la fuerza, depositario único del poder de compulsión, no puede ejercerla directamente contra sí mismo.²

¹ Duguít, León, *Manual de derecho constitucional*, trad. José Acuña, editor Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1921, p. 50.

² *Opus cit.*, p. 49.

Ahora bien, si las normas del llamado derecho público no tuviesen sanciones, no serían jurídicas, como hemos visto antes. Así, los preceptos constitucionales que, desde un punto de vista estático, parecen normas sin sanción, desde un punto de vista dinámico, sí la tienen, por cuanto se encuentran proyectadas, como partes, en las normas inferiores a ellas de la legislación, los contratos, los actos administrativos y las sentencias judiciales. Además, no es exacto que el incumplimiento de muchos de los deberes de los órganos supremos del Estado, no se encuentra sancionado, pues lo que ocurre es que tales órganos son supremos, precisamente porque su actividad en ciertas relaciones jurídicas, es interpretable en todo caso por el conocimiento normativo, como conjunto de actos orgánicos constitutivos de derecho. Por ejemplo, si una norma escrita de la Constitución establece que el Jefe del Estado debe convocar al Parlamento en ciertas circunstancias, y pese a realizarse el supuesto no lo hace, sin que esta situación constituya a su vez el antecedente o supuesto de una norma sancionadora, entonces es forzoso entender que el legislador constitucional ha dejado a la discreción del Jefe del Estado, el convocar o no al Parlamento en las circunstancias previstas, por no sancionar en forma alguna la omisión al respecto de ese funcionario. Y esto es así aun cuando, por una incorrecta técnica de formulación del precepto, gramaticalmente se exprese de modo categórico que el Jefe del Estado debe hacer la convocatoria, una vez realizado el supuesto a que alude la norma, sin referirse a ninguna otra condición para que nazca ese deber.

Por otra parte, el hecho de que no proceda la ejecución forzada en contra del Estado, sólo significa que las sanciones en contra del mismo son técnicamente deficientes, puesto que ello ni impide que jurídicamente se le estime como obligado a solventar las sanciones pecuniarias a que, verbigracia, pudiera hacerse acreedor. En nuestro país tampoco procede la ejecución forzada contra los bancos, por ejemplo, al menos en cierta medida, pues por disposición de la ley se les presume solventes, lo que determina la improcedencia de medidas cautelares sobre sus bienes, pero ello no significa que el incumplimiento de algunos de sus deberes jurídicos no se encuentre sancionado. No hay que confundir la imposibilidad eventual de hacer efectiva una sanción, con la inexistencia de la misma. Luego, tampoco atendiendo a la sanción es posible diferenciar al llamado derecho público del denominado derecho privado.

5. EL ESTADO DE DERECHO

De todo lo anterior salta a la vista una consecuencia de gran importancia: la de que por no existir diferencia alguna entre derecho público o político y derecho privado, es imposible sostener que Estado y derecho sean cosas distintas y que aquél, como realidad natural, sea el supuesto y garantía del derecho como deber (autocracia política); y tampoco, que el derecho sea

el supuesto del Estado, en el sentido de que éste sólo es tal cuando tiene un contenido específico (democracia política o Estado de derecho en sentido técnico); porque para el conocimiento normativo todo Estado es Estado de derecho en sentido teórico. Cosa distinta es el problema material, de la política como técnica, respecto a qué garantías concretas deben exigirse para asegurar que los actos individuales, tanto de los gobernantes como de los gobernados, se ajusten a lo dispuesto por el derecho.

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Sexto: La justicia</i>	200
1. Concepciones históricas	200
a) Protágoras	200
b) Calicles	200
c) Trasímaco	200
ch) Arcecilao. Aristipo	201
d) Sófocles. Sócrates	201
e) Platón. Aristóteles	201
f) Estoicismo	202
g) Los juristas romanos	203
h) Agustín de Hypona. Tomás de Aquino	203
i) Epicuro. Hobbes. Locke	204
j) Grocio	204
k) Puffendorf. Thomasius	205
l) Leibniz	206
m) Stammler	206
n) Cohen	207
2. El prejuicio del iusnaturalismo	207

CAPÍTULO SEXTO

LA JUSTICIA

Antes de que el pensamiento jurídico fuese instrumentado mediante la hipótesis de la norma básica, resultaba una necesidad metódica inexcusable la postulación de un derecho natural, como último fundamento de validez del derecho positivo.

F.E.V.B.

1. CONCEPCIONES HISTÓRICAS

a) *Protágoras*. Protágoras enseña que Dios ha dado a todos los hombres por igual, el sentimiento de la justicia (*dikke, aidos*), para que puedan concertar formas de convivencia. Siguiendo esta pauta de igualitarismo, Lycophrón reclama la abolición de la nobleza; Alcidas, la proscripción de la esclavitud; Faleas, las mismas oportunidades sociales y económicas para todos por la educación; y otros, la equiparación de derechos entre hombres y mujeres.¹

b) *Calicles*. Para Calicles el derecho natural se opone al derecho positivo, puesto que la justicia natural radica en la desigualdad, y la legal en la igualdad, y:

quienes escriben las leyes son los débiles y la gran masa... teniendo en cuenta sólo aquello que les puede interesar... Para amedrentar a los más fuertes... dicen que es feo e injusto aventajar en algo a los demás, y que trabajar por hacerse más poderosos es hacerse culpables de injusticia, porque siendo los más débiles se consideran felices de que todos sean iguales, ya que ellos son peores.²

Según el derecho humano, dice Calicles, es una afrenta hacer injusticia, pero según la ley natural es una afrenta padecerla, pues la igualdad no existe en la naturaleza, como puede verse entre los individuos y aun los animales, cuya norma de lo justo es que el fuerte se imponga al débil.

c) *Trasímaco*. Al igual que Calicles, Trasímaco postula que es justo todo lo que conviene al más fuerte, como lo demuestra el hecho de que

¹ Windelband, Wilhelm, *La filosofía de los griegos*, trad. Francisco Larroyo, pp. 114 y sig.

² Platón, *Gorgias o de la retórica*, trad. Luis Roig de Lluis, 10ª ed., 1952, p. 195.

los regímenes democráticos o Estados populares, promulgan leyes populares; los monárquicos, las promulgan en beneficio de la realeza; y los aristocráticos, en favor de la nobleza; declarando justa la observancia de tales disposiciones, con lo cual revelan que la justicia no es sino la ventaja del que posee autoridad y es, por ello, el más fuerte.³

ch) *Arcecilao. Aristipo*. Arcecilao de Mileto, discípulo de Anaxágoras y maestro de Sócrates, declara que lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto (*dikaion Aisjron*), son conceptos provenientes del capricho humano y, por tanto, que toda apreciación ética es convencional,⁴ con lo que no sólo sustrae al obrar de todo sentimiento personal, como Calicles y Trasímaco, sino que postula por vez primera un monismo jurídico positivista, al negar que lo justo y lo injusto lo sean por naturaleza. Aristipo, jefe y fundador de la Escuela Cirenaica, sostiene que lo justo y lo injusto no lo son por naturaleza sino por disposición de la ley.

d) *Sófocles. Sócrates*. Desde dos diversos puntos de vista, se ha sostenido la tesis de que el derecho natural vale *per se*, en cuanto tiene su fundamento en la voluntad divina. Sófocles en *Antígona*, la cual se defiende ante Creón de la imputación confesada por ella de haber violado las leyes del Estado, expresa que "Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono entre los dioses inmortales. Yo no creí que tus edictos valiesen más que las leyes *no escritas* e inmutables de los dioses, puesto que tú eres sólo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron". Esto es, que sobre el derecho positivo se encuentra el derecho divino, con lo que se sostiene una tesis claramente anarquista.

Sócrates afirma también la existencia y validez de leyes no escritas de origen divino, junto a las leyes humanas, admitiendo que ambas se pueden infringir, pero que si bien es posible librarse del castigo de las segundas, no lo es del que justamente imponen las primeras.⁵ Sin embargo, en el diálogo *Critón o El deber del ciudadano* de Platón, Sócrates expresa que en caso de conflicto entre ambas clases de leyes, deben obedecerse las humanas.

e) *Platón. Aristóteles*. Según Platón, los órdenes jurídicos positivos tienen la misión, el fin (*telos*) de realizar el orden natural, la Idea de la Justicia. En su juventud, Platón considera a la *idéai* o *eidée* como una mera equivalencia inmóvil entre el ser y el pensar, a la manera de los eléatas, por lo que el derecho positivo que no realizara plenamente la Idea de Justicia, no era verdadero derecho, ya que las Ideas eran entonces para él, arquetipos inmutables, modelos permanentes, paradigmas fijos. En Platón, la justicia consiste en la armonía de las tres virtudes capitales del individuo y de la sociedad: sabiduría, valor y templanza.⁶ La sabiduría es la ciencia

³ Platón, *La república o El estado*, trad. Patricio de Azcárate, 5ª ed., 1949, pp. 62 y sig.

⁴ Windelband, *Opus cit.*, pp. 116 y sig.

⁵ Jenofonte, *Memorias sobre Sócrates*, trad. Deleito y Piñuela, cap. IV, p. 144.

⁶ Platón, *La república o El estado*, traducción de Patricio de Azcárate, Espasa-Calpe, Argentina, S. A., 5ª ed., Bs. As., 1949, p. 173.

que tiene por objeto la conservación del hombre o de la sociedad.⁷ El valor, la idea que dan las leyes por medio de la educación respecto de las cosas que son de temer, y que se conserva en medio del dolor o del placer.⁸ Y la templanza, la armonía establecida por la naturaleza entre la parte superior y la inferior de una sociedad o de un individuo, para decidir cuál es la que debe mandar a la otra.⁹

Aristóteles, al igual que el Platón de juventud, distingue entre ley natural y ley positiva, entendiéndolo por aquélla el conjunto de principios universalmente válidos (*nomos koinós*), y por ésta, la que regula la vida de una comunidad determinada (*nomos ídios*). El orden natural es para él inmutable, el positivo es, en cambio, variable. Éste tiene la misión de realizar aquél y es el medio por el que la ley natural se manifiesta en la historia. Distingue asimismo entre justicia natural y legal, dando a los principios de la primera validez universal e inmutable y a los de la segunda, una validez puramente histórica sujeta a la voluntad del legislador. Para Aristóteles la justicia legal no es ni puede ser nunca perfecta, por cuanto “la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional”.¹⁰

Esta imperfección de la ley la explica el fundador del Liceo, recurriendo a la equidad y diciendo que “lo equitativo y lo justo son una misma cosa”, pero que “lo equitativo es mejor aún”, pues “siento justo, no es lo justo legal”, ya que la ley necesariamente es siempre general, y hay objetos sobre los que no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. “Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido”. Lo justo legal es como una regla rígida. Lo equitativo es, en cambio, como una regla flexible que se amolda y acomoda a la forma del objeto que mide (regla de Lesbos).

f) *Estoicismo*. La Escuela estoica sostiene que existe una razón universal a la que llama *logos*, que se encuentra pulverizada en infinidad de gérmenes racionales (*logos spermatikoi*). El *logos* se encuentra difundido en el alma de los individuos, por lo que puede sostenerse la participación de la razón individual en la ley del universo, y por ello, la igualdad fundamental de todos los hombres y la existencia, en el espíritu humano, de conceptos innatos como el de la distinción entre el bien y el mal, el de la inmortalidad del alma y el de la eternidad y bondad divinas. Esta Escuela afirma que, en caso de conflicto entre las leyes terrenas de los fuertes y la ley moral, aquéllas resultan fruslerías. O sea, que debe prevalecer la ley natural sobre la ley positiva.¹¹

⁷ *Obra citada*, p. 156.

⁸ *Obra citada*, p. 157.

⁹ *Obra citada*, p. 160.

¹⁰ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, V. 10. 1137 a. (citado por G. Máñez en su *Curso sobre la definición del derecho*, p. 50).

¹¹ G. Máñez, *La definición del derecho*, ed. mimeográfica, cap. IV, apartado C, inciso 5.

g) *Los juristas romanos*. Para los juristas romanos la justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que es suyo. Posteriormente, como el concepto de voluntad que aquí se menciona sólo puede ser de carácter psicológico y, por ende, subjetivo, se despojó a esa popular fórmula de tal elemento y se acuñó la conocida expresión “dar a cada quien lo suyo”, como definición de la justicia.

h) *Agustín de Hypona. Tomás de Aquino*. Para Agustín existen tres diversas leyes: *aeterna*, como razón divina que rige el universo; *naturalis*, como la misma *lex aeterna* en cuanto se halla inscrita en el corazón y en la conciencia de los hombres; y temporal, como creación humana, innecesaria para los primeros hombres santos y justos, pero indispensable después del pecado. La primera es inmutable y cognoscible por cada individuo mediante la razón. La segunda, que es relativa a las circunstancias de tiempo y de lugar, por lo que debe tener contenido variable, se subordina a la primera por ser como su reflejo en el individuo. La tercera deriva materialmente de la segunda y tiene que ser justa para ser ley, pudiendo modificarse justamente según lo exijan las circunstancias.

En forma parecida, Tomás de Aquino entiende por ley “cierta ordenación de la razón al bien común”, distinguiendo cuatro diversas leyes: eterna, como “la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento”; natural, como “participación de la ley eterna en la criatura racional”; humana, como ley positiva o “ley por hombres instituida” que “se deriva de la ley natural”; y divina, también como ley positiva “por la cual se prohíben todos los pecados”, “para que ningún mal quede sin prohibir e impune”.

La primera no es cognoscible en sí misma, sino a través de sus efectos, pero el hombre está sujeto a ella por cuanto conoce de algún modo esa ley, por cuanto lleva impresa en su misma naturaleza, una natural propensión hacia aquello que ordena. La primera norma del orden natural es para el de Aquino, la que dice “haz el bien y evita el mal”. La ley humana puede derivar de la natural, por deducción o por determinación de lo que en ella está especificado; las normas que derivan por deducción, toman algo de su vigor de la ley natural. Para regular perfectamente la vida humana, se sobreañade la ley divina a las leyes natural y humana, porque el hombre tiene un fin: la beatitud eterna, que excede el poder de sus propias facultades, pues sus apreciaciones pueden resultar equivocadas, a causa de la incertidumbre de su juicio, y él necesita saber, sin duda alguna, qué es lo que debe hacer y qué evitar; porque el hombre sólo puede establecer leyes sobre las cosas de que puede juzgar, y hay cosas desconocidas acerca de las cuales es necesaria una norma de la acción; y porque la ley humana no puede castigar y prohibir todo lo que se hace malamente, pues al intentar suprimir todas las cosas malas, se suprimirían también muchas buenas y se impediría la utilidad del bien común.¹² Para él, la justicia es el criterio para estable-

¹² Tomás de Aquino, *Suma Teológica (selección)*, 4ª ed., pp. 137-142.

cer los *deberes* del individuo para con los demás, atendiendo a los *derechos* que emanan de sus respectivas personas.

i) *Epicuro. Hobbes. Locke.* En Epicuro, que no es iusnaturalista, la justicia es el resultado de un pacto o convención entre los hombres, los que deben pensarse en un estado de naturaleza anterior al social, que se caracteriza como una lucha de todos contra todos y en el cual no existen derecho ni justicia, porque ésta nada es de por sí, sino el resultado de convenciones que se hacen para no dañar ni ser dañados. Los animales no pueden gozar justicia ni padecer injusticia, porque no pueden convenirse con pacto alguno. Lo justo es así lo útil: cuando una ley ya no reporta utilidad ya no es justa, aun cuando lo haya sido antes.

Ahora bien, inspirándose en esta tesis, Thomas Hobbes parte de la hipótesis de un estado de naturaleza, al que caracteriza como *bellum omnium contra omnes*, y en el cual no se conocen la justicia y la injusticia y hay derecho a todo en cada individuo. Así, como este derecho a todas las cosas está garantizado por la propia fuerza, el afán utilitario de seguridad y comodidad lleva al hombre a buscar la paz abandonando el estado de naturaleza, siendo entonces en la razón donde encuentra “las normas que pueden llevar a un estado de convivencia pacífica”, a saber: a) Cada hombre debe buscar la paz y, si no puede conseguirla, ha de usar de todos los recursos y ventajas de la guerra; b) Cada hombre debe estar dispuesto a despojarse de su derecho a todas las cosas, si los otros también lo están, en la medida que sea necesario para obtener la paz y su propia defensa; y c) Los acuerdos de voluntad son obligatorios (*pacta sunt servanda*).¹³

En cambio, para John Locke el estado de naturaleza y la lucha de los hombres entre sí, son cosas diferentes. Lo que propiamente puede llamarse estado de naturaleza, es el de los hombres que viven juntos de acuerdo con la razón, sin un superior común dotado de autoridad. El empleo de la fuerza, allí donde no hay un superior común a cuya ayuda pueda acudir, es lo que introduce el estado de guerra. En el estado de naturaleza hay cinco normas que derivan de la razón: igualdad de los hombres entre sí; independencia de unos frente a otros; libertad de hacer u omitir lo que la razón no ordena ni prohíbe; derecho al trabajo y al producto de la propia actividad; y propiedad como derecho a la propia persona, a la obra de nuestro esfuerzo, a la libertad, a la igualdad y a la independencia. Sin embargo, como en el estado de naturaleza no hay superior común capaz de dirimir las contiendas y garantizar el derecho de cada quien, se hace necesario que los hombres abandonen su poder natural y lo depositen en la comunidad.¹⁴

j) *Grocio.* Hugo Grocio, llamado por Puffendorf y Thomasius el padre del derecho natural, entiende a éste como “un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente,

¹³ G. Máynez, *La definición del derecho*, cap. IV, apartado C, inciso 8, subinciso a).

¹⁴ *Ibidem*, subinciso b).

está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza". Para este pensador, "el derecho natural es tan inmutable que ni Dios mismo lo puede cambiar", porque así "como ni Dios siquiera puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco que lo que es malo intrínsecamente no lo sea" (*De jure belli ac pacis*). Según Grocio, el fundamento del derecho natural se halla en la índole social del ser humano, en su *appetitus socialis*, y sus principios son cuatro: el deber de respetar lo ajeno, el de cumplir la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*), el de reparar el daño ocasionado culpablemente, y el de imponer justo castigo al delincuente.¹⁵

k) *Puffendorf. Thomasius*. Samuel Puffendorf, quien con Christian Thomasius representa a la Escuela Clásica del Derecho Natural, considera que las normas de la conducta derivan de tres fuentes principales: las del derecho natural, de las luces de la razón; los preceptos civiles, de la voluntad del soberano; y los mandatos religiosos, de la revelación divina. Con excepción de estas últimas, cuyo fundamento encuentra en la divinidad, las demás normas las fundamenta en la sociabilidad humana, a través de la razón en lo tocante al derecho natural y de la voluntad del soberano en cuanto a las leyes civiles. Los deberes jurídicos, que el hombre tiene frente a los demás, son de dos clases para este autor: absolutos y condicionales. Los primeros pueden entenderse como impuestos por el derecho natural y es posible señalar cuatro principales: no dañar a nadie, reparar el daño causado injustamente, tratar como a iguales a los demás hombres, y contribuir a su bienestar.

Para Puffendorf, el estado de naturaleza atendiendo a la relación moral que la propia naturaleza ha establecido entre todos los hombres:

es aquel en que se concibe a los individuos en cuanto no tienen entre sí más relación moral, que la que se funda sobre esa unión simple y universal que resulta de la semejanza de su naturaleza, independientemente de toda convención y de todo acto humano susceptible de someter unos hombres al poder de otros hombres. (*Los deberes del hombre y del ciudadano*).

En dicho estado, los derechos fundamentales del hombre son dos: independencia de cada individuo, "frente a cualquiera que no sea Dios", e igualdad natural. Y como este estado tiene grandes desventajas por la carencia de un poder común, guiados por su instinto de sociabilidad y por su propia conveniencia, los individuos lo abandonan concertando tres pactos o contratos: el de sociedad, por el que se comprometen a unirse en un todo social; el constitucional, por el que establecen las normas para la constitución del cuerpo civil; y el de sujeción, por el que entregan el poder al soberano y se obligan a prestar obediencia a los gobernantes.¹⁶

Según Thomasius, la sociedad es el fundamento de todo orden jurídico, pero aquélla no es algo natural sino el resultado de un pacto celebrado

¹⁵ *Opus cit.*, inciso 9.

¹⁶ *Opus cit.*, inciso 10.

entre los individuos, para realizar sus fines específicos. Considera que en el estado natural prevalecen las tendencias hostiles sobre las pacíficas y que la sociedad civil es producto de consideraciones meramente utilitarias. Thomasius se revela como recalitrante eudemonista al sostener, como norma suprema del derecho natural, que: *Facienda esse, quae vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam et evitanda, quae vitam reddunt infelicem et mortem accelerant* (debe hacerse lo que en grado sumo prolonga la vida humana y la hace feliz; debe evitarse lo que la hace desgraciada y apresura la muerte) (*Fundamenta iuris naturae et gentium*). El pacto social tiene para él la función de crear un *orden jurídico coactivo*, por lo que los principios que rigen en el estado de naturaleza, son más bien consejos o preceptos morales que normas jurídicas, porque "la característica esencial del derecho es la coercitividad". El derecho natural comprende tres órdenes de preceptos: de lo honesto o morales, de lo justo o jurídicos y del decoro o convencionales, cada uno de los cuales tiene una norma fundamental que, respectivamente, son: *quod vis ut alii tibi faciant, tu et facias* (haz contigo mismo lo que desees que otros hagan con ellos mismos); *quod tibi no vis fieri, alteri ne feceris* (no hagas a otros lo que no quieras para tí); y *quod vis alii tibi faciant, tu et ipsis facias* (lo que desees que los otros hagan contigo hazlo tú con ellos).¹⁷

1) *Leibniz*. La ley o *ius voluntarium* vale sólo en cuanto es el mandato de un superior —expresa Leibniz—, pero el derecho en sentido material vale porque es justo. Hablar de derecho justo, es un pleonismo, y de derecho injusto, una aberración. La justicia no depende de los juicios estimativos de los hombres y ni siquiera de la voluntad divina. El fuerte justo no es justo en cuanto es fuerte, sino en cuanto es justo. Lo justo no es justo porque Dios lo quiere, sino que Dios quiere lo justo porque es justo. La justicia no es algo arbitrario, puesto que tiene su razón de ser en las verdades necesarias y eternas de la naturaleza de las cosas, como los números y las relaciones, y existe en y por sí misma. Conviene anotar que Leibniz no intenta siquiera la definición de la justicia.¹⁸

m) *Stammler*. Según Stammler, la justicia o Idea del Derecho es la orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura (*Gerechtigkeit ist das Richten eines besonderen rechtlichen Wollens im Sinne der Lauteren Gemeinschaft*),¹⁹ y esta idea puede encauzar empíricamente la vinculación de los fines humanos, siguiendo dos principios: el de respeto y el de solidaridad; el primero consiste en considerar siempre a los individuos vinculados como personas, es decir, como fines en sí mismos y no como medios, y el segundo, en no trazar los límites de la vinculación de modo subjetivo sino objetivo. Por comunidad entiende este pensador, el

¹⁷ *Opus cit.*, inciso 11.

¹⁸ *Opus cit.*, inciso 12.

¹⁹ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía de derecho*, traductor Wenceslao Roces, de la 2ª edición alemana, editorial Reus, Madrid, 1930.

punto de mira ideal de la vinculación de fines en la convivencia humana. Por comunidad pura, una comunidad de hombres librevolentes, de hombres que orientan sus aspiraciones concretas en el sentido de la pureza o libertad del querer. Por pureza o libertad del querer, la depuración de toda materia concreta. Por querer, una forma pura, como la causalidad, de ordenación de todos los contenidos posibles de la conciencia, sólo que en relación de medio a fin y no de causa a efecto. Fin es para él un efecto que se aspira a alcanzar; medio, una causa que se puede elegir.²⁰

n) *Cohen*. Hermann Cohen sostiene la necesidad de postular la existencia de un derecho natural, como fundamento último de toda ciencia jurídica. Y así dice que “la concepción del Derecho Natural descansa sobre el antiguo pensamiento griego originario de la ley no escrita” (*agraphoi nomoi*).

Por muy remotamente que se hayan puesto por escrito las leyes fundamentales —agrega—, se ha sentido la necesidad de separar de lo escrito una forma primordial de la legalidad, para convertirla en el fundamento de esta misma legalidad.²¹

Esta necesidad la justifica el Maestro de Marburgo afirmando que, si el conjunto sistemático de la filosofía del derecho no debe ser limitado a la lógica y se encuentra a cada paso con los problemas y los conceptos de la ética, tal filosofía se erige y se mantiene, más o menos constante, sobre el fundamento de la ética, siendo ésta la antigua correlación del derecho positivo con el derecho natural, la cual se abre paso siempre de nuevo. Es decir:

si no se restringe la Jurisprudencia a la exégesis de las leyes en vigor, aun cuando se reconozca en ella a la ciencia de la legislación, nunca debe ser denegado el espíritu que ha encontrado una expresión en el antiguo término del Derecho Natural. Una Jurisprudencia que rechace la relación con la Ética es inconcebible como también lo son sus fundamentos últimos. *El derecho del Derecho es el Derecho Natural o la Ética del Derecho*.

O en otros términos, la postulación de un derecho natural es, en Cohen, una necesidad metódica inexcusable para entender el derecho positivo, que no lleva en sí mismo el fundamento último de su validez. (El maestro ignora en su tiempo la hipótesis heurística de la norma básica, que fundamenta lógicamente el deber ser jurídico).

2. EL PREJUICIO DEL IUSNATURALISMO

Todas las doctrinas anteriores y muchas más que no tiene objeto mencionar, son sólo una larga serie de tentativas dogmáticas que, pretendiendo fun-

²⁰ *Opus cit.*

²¹ Cohen, *Ethik des reinen Willens*, Introducción, inciso 68.

dar el concepto del derecho en posiciones ideológicas irreductibles, hacen imposible el conocimiento jurídico y desembocan en un anarquismo vergonzante.

En efecto, si sólo fuesen jurídicas las normas que realicen o tiendan a realizar un específico ideal político, como la igualdad (Protágoras); el predominio de los más fuertes (Trasímaco); el bien común (Tomás de Aquino); definible en la práctica por los detentadores del poder; la paz, la seguridad y la comodidad (Hobbes); la propiedad privada, la libertad y la independencia (Locke, Grocio, Puffendorf); la felicidad (Thomasius); la comunidad de hombres librevolentes (Stammler), etcétera; entonces todas las normas cuyo contenido no satisfaga la finalidad que emocionalmente prefiera el investigador, tendrán que ser eliminadas del campo de trabajo de la investigación jurídica, con la consiguiente mutilación del fenómeno histórico denominado derecho y, por ende, con el corolario de imposibilitar el conocimiento jurídico.

Y por otra parte, si todos los iusnaturalismos sostienen que las obligaciones supremas proceden del derecho natural y no del derecho en vigor, al postular que en caso de conflicto entre los mandatos de ambos deben acatarse los del primero; en este supuesto estamos frente a la más cruda tesis anarquista, ya que bastaría que un individuo crea que sus personales convicciones sobre la justicia se oponen a los mandatos del derecho vigente, para que pregone un “deber natural” de inobservancia de lo mandado por el orden jurídico. Y el anarquismo es impensable por cuanto expresa una contradicción esencial: la validez del derecho a que no haya derecho y la del deber de que no existan deberes.

En cuanto a la tesis platónica, por ejemplo, de que la justicia es la “armonía de las tres virtudes cardinales del alma humana: sabiduría, valor y templanza”, podemos afirmar que este concepto no es apto para definir al derecho natural como un derecho justo, por cuanto tal noción de justicia es, esencialmente, una noción jurídica. En Platón, la sabiduría es la ciencia que tiende a la conservación de la sociedad. Pero el de sociedad es un concepto jurídico, ya que si no lo fuere resultaría indistinguible de un mero agrupamiento animal, y así, sólo podemos saber lo que es la sabiduría —definida en función de la noción de sociedad—, luego de conocer al derecho. Lo mismo sucede con el valor, definido por el maestro de la Academia como “la idea que dan las leyes por medio de la educación...”, pues únicamente después de saber qué son las leyes, entendidas como una parte del derecho, estaremos en aptitud de concebir a la fortaleza en función de las mismas. Y en cuanto a la templanza ocurre lo propio, porque se la define como “armonía establecida por la naturaleza entre la parte superior y la inferior de una sociedad, para decidir cuál es la que debe mandar a la otra”, y objetivamente (sobre toda opinión) es imposible conocer cuál es la parte superior y cuál la inferior de una sociedad, ya que todas se complementan, fuera de la relación de gobernante y súbdito. En consecuencia, si para determinar

lo que es la justicia en Platón, es preciso conocer primero al derecho, aquélla no es utilizable para conceptualizar a éste como un orden justo.

Por lo que toca a la fórmula tomista de que "justicia es el criterio para establecer los *deberes* del individuo para con los demás, atendiendo a los *derechos* que emanan de sus respectivas personas", como el de propiedad del individuo sobre sus facultades físicas y psíquicas, el producto de su esfuerzo particular, etcétera; conviene precisar que, objetivamente, no es posible afirmar que alguna cosa pertenezca absolutamente al individuo, pues este aserto sólo puede sostenerse sobre el supuesto de que la persona es un fin en sí misma, un autofin, y no un esclavo, lo cual es un mero juicio subjetivo de valor, característico de la ideología liberal individualista que, como cualquier otra ideología, tiene un derecho histórico para afirmarse a sí misma sin que, por ello, las demás carezcan de ese mismo derecho. Además, no existe ningún criterio universal que permita sostener lógicamente, que la institución de la esclavitud no es jurídica por ser injusta, ya que precisamente este criterio es el que se busca inútilmente. Por tanto, es irrelevante para la investigación científica, el juicio que afirma a la persona como un fin en sí misma. Y no se diga que la justicia es un sentimiento, porque entonces para nada servirá, ya que los sentimientos son eminentemente subjetivos, además de que, históricamente, no siempre se ha sentido a la esclavitud como injusta, como lo prueba la existencia de tal institución, hoy considerada como monstruosa en muchos países, en la mayoría de los pueblos primitivos, cuyos moralistas la contemplaron como un progreso moral frente a la práctica inveterada de sacrificar al enemigo vencido, al deudor insolvente o al reo de ciertos crímenes. Aún contemporáneamente, en la Arabia Feliz (Saudi-Arabia), el Yemen y otros países, como el Tibet antes de la intervención china, se comercia con hombres. Se arguye que la referencia a los derechos "emanados" de las personas, que menciona la "definición" de justicia de Tomás de Aquino, debe entenderse tomando en cuenta simultáneamente la igualdad, la armonía y la proporción, entendiéndose por igualdad la paridad entre prestación y contraprestación; por armonía, el tratar por igual a los iguales y desigualmente a los desiguales; y por proporción, el determinar los derechos de cada uno según sus propios méritos, esto es, según su valor en la sociedad. Pero la existencia de una paridad entre prestaciones, de una desigualdad entre las personas y de lo socialmente valioso o meritorio, sólo puede establecerse objetivamente merced al derecho vigente y por los tribunales instituidos por el mismo, ya que de otra suerte cualquier opinión al respecto tendría el mismo valor que otra diversa y aun contraria, y no podría conocerse con certidumbre qué es lo igual, lo armónico y lo proporcional en el campo de las relaciones jurídicas. Por tanto, si para establecer lo que es la justicia tomista, al igual que ocurre con la platónica, es preciso saber antes qué es el derecho, las mismas no son aptas para definir a éste.

La Idea del Derecho de Stammler, como él llama a su noción de justicia (orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comuni-

dad pura), tampoco puede funcionar como elemento unificador del concepto del derecho. En efecto, ya hemos visto que no se puede afirmar objetivamente que el individuo es un fin en sí mismo y no un esclavo. Stamm-ler sostiene que los límites de la vinculación deben establecerse objetivamente; lo objetivo es lo que tiene necesidad racional y exigibilidad universal; pero no dice cómo se puede alcanzar esa objetividad de la regulación, pues el punto de partida que señala: la persona concebida como autofín, es dogmático.

A. El pensar objetivo	213
1. La posibilidad del conocimiento	213
2. La certidumbre	213
3. Progresividad y necesidad	213
4. El momento de la síntesis	214
a) El espacio tridimensional	214
b) La geometría	214
c) El sistema métrico decimal	215
d) La aritmética	215
5. La intuición como paraclética del pensamiento objetivo	216
a) El “problema del pensamiento”	216
b) Temporalidad y espacialidad como categorías del entendimiento	216
6. La unidad del conocimiento	217
a) Comienzo y origen	217
b) La conciencia como punto de vista	218
c) La “razón razonada” como origen del conocer	219
7. El ser	220
a) La verdad	220
b) Los objetos naturales (corporeidad y substancialidad)	220
c) Los “objetos” ideales	222
B. El pensamiento científico	224
1. La metafísica	224
a) La naturaleza	224
b) Sensación y representación	224
c) Aristóteles	225
d) El pensamiento tradicional	226
2. La experiencia	227
3. La ciencia	228
a) Ciencias puras	228
b) Ciencias empíricas	230
c) El principio de unificación	230
d) La técnica	232
e) Esquema del conocimiento	233
C. El método de la filosofía	234
1. El principio de diversificación	234
a) Permanencia y devenir	234
b) La razón absoluta	235
c) La evolución	236
d) Diversificación e indentificación	238
e) Identidad tautológica e identificación progresiva	239
f) La continuidad	240
g) El origen	241
h) Resumen	241
2. Legitimación de los problemas	242
a) Los elementos componentes del juicio	242
b) El planteamiento de las cuestiones	243
c) El libre albedrío	244
d) La existencia de Dios	245
e) La inmortalidad del alma	246

APÉNDICES

A. EL PENSAR OBJETIVO

El ser es el pensar, en tanto el ser es el problema del pensamiento.

F.E.V.B.

1. LA POSIBILIDAD DEL CONOCIMIENTO

El conocimiento es posible. Este aserto no podemos cuestionarlo o ponerlo en crisis, porque si lo hiciéramos tendríamos que expresar como provisionalmente válido cuando menos, el diverso juicio que sostuviese la imposibilidad del conocimiento, lo cual constituye un absurdo: el de que no es posible conocer nada con certidumbre, o sea, el enunciado "nada es verdad", lo que implica una contradicción en los términos, ya que esta proposición es válida o no lo es, y en ambos supuestos tendríamos que concluir, que sí se puede conocer algo con certidumbre.

En consecuencia, la posibilidad misma del conocimiento es el postulado inicial de toda investigación filosófica, ya que resiste la más seria prueba de validez: la crítica metódica.

2. LA CERTIDUMBRE

La fuente de certidumbre por excelencia está en la historia de las ciencias. La afirmación de que el conocimiento es posible, no implica lógicamente la existencia de objetos cognoscibles ni de sujetos cognoscentes, sino únicamente que hay juicios válidos: los formulados por las ciencias y registrados en la historia de las propias ciencias. Con esto se ve que la filosofía sólo puede ser una *reflexión sobre la ciencia*, o sea, una reflexión de segundo grado. Sin ciencia no puede haber filosofía. Ésta es una reflexión crítica que persigue la comprensión de todos los conocimientos científicos, mediante su reducción a la unidad teórica que los explica y fundamenta en la hipótesis.

3. PROGRESIVIDAD Y NECESIDAD

El conocimiento sólo es posible como síntesis a priori. En efecto, los juicios analíticos simplemente aclaran lo que ya se conocía por un juicio anterior, es decir, que sólo son una mera descomposición explicativa de un concepto dado, por lo que no hacen progresar el conocimiento. Así, un conocimiento progresivo sólo puede lograrse a través de juicios sintéticos, en

cuanto son aquellos que siempre agregan un elemento significativo más a los que ya se tenían. Y por otra parte, los juicios *a posteriori* son los que tienen su razón de validez en la empirie y, por ende, carecen de necesidad racional, la que nunca podrá provenir de la experiencia, como se ve del juicio empírico “todos los cuerpos son pesados”, que amplía nuestro conocimiento de los cuerpos, aunque no podamos afirmar su pesantez como algo racionalmente necesario. Luego, un conocimiento válido sólo puede obtenerse merced a juicios apriorísticos, o sea, aquellos que son anteriores a toda experiencia y condicionantes por ello de la misma, esto es, que ella existe para el pensamiento sólo en función de las nociones apriorísticas que nos permiten conocerla como tal. *Por tanto, si el conocimiento ha de ser progresivo (extensivo) y no meramente tautológico (explicativo), tendrá que elaborarse con juicios sintéticos. Y si el mismo ha de ser necesario racionalmente, deberá desarrollarse mediante juicios a priori.* Entonces, si se postula que el conocimiento es posible, *resulta una necesidad metódica admitir que también lo es la síntesis a priori, único medio de realización del conocimiento, en cuanto tal, tiene que ser progresivo y válido.*

4. EL MOMENTO DE LA SÍNTESIS

a) *El espacio tridimensional. La síntesis a priori es realizada por la razón, al poner sus hipótesis heurísticas.* Cuando la geometría euclídea dice “la recta es la distancia más corta entre dos puntos” no está formulando un juicio analítico, como se cree, sino uno sintético, pues el concepto de recta sólo implica *dirección*, no *distancia*. O sea, que el juicio sintetiza los conceptos “recta entre dos puntos” y “más corta”, al colocarse previamente en el supuesto del espacio tridimensional (quinto postulado de Euclides: dos líneas paralelas prolongadas hasta el infinito no se encuentran nunca), pues en un espacio de más o menos dimensiones, o no habría rectas o éstas no serían la distancia más corta entre dos puntos. Y tal síntesis es pura o *a priori*, en cuanto la tridimensionalidad del espacio no es algo empírico sino, precisamente, la condición de la posibilidad racional del espacio sensible. Por tanto, el juicio “la recta es la distancia más corta entre dos puntos”, no es un juicio válido porque así aparezca a la intuición, sino que lo es porque así lo exigen las condiciones a que está sujeta la posibilidad racional de esta misma intuición.

b) *La geometría.* Por esto, *la geometría es la ciencia de lo espacial y la de espacio una noción que funciona como coexistencia de todos los posibles objetos empíricos.* El espacio no es un objeto de experiencia, pues si intentásemos suprimir en nuestro pensamiento a los objetos, podemos hacerlo fácilmente y quedarnos con los espacios que ocupaban, los cuales no son más que partes de un espacio mayor y, también, único en cuanto ilimitado. Si pretendemos en cambio suprimir el espacio, resulta imposible pensar los objetos. “Podemos, pues, pensar el espacio sin objetos, pero no los objetos sin espacio”

(García Morente, *La filosofía de Kant*, Cap. II, inciso 9). Y esto es así, porque los mismos sólo pueden ser pensados en función de sus formas, y las formas son siempre espaciales (las esencias metafísicas de la escolástica no son más que entelequias incomprensibles). En suma, *el espacio funda la diversidad de los objetos entre sí*, y, por ello, encuentra su representación en el número discreto, es decir, el número cardinal.

c) *El sistema métrico decimal*. *La síntesis a priori también se realiza en la aritmética*. Cuando esta ciencia expresa “7 más 5 igual a 12”, tampoco está formulando un juicio analítico, como se podría creer, sino uno sintético, pues el concepto 7 más 5 sólo implica *suma*, no *resultado*. O sea, que el juicio sintetiza los conceptos “7 más 5” y “12”, al colocarse previamente en el supuesto de que la tensión permanente entre futuro y pasado se representa en el sistema métrico decimal (serie numérica de base 10), pues si representamos aquella relación en una diferente serie numérica, la de base 7 por ejemplo, el predicado no sería 12 doce sino 14 uno cuatro. Y esta síntesis es *a priori* o pura, por cuanto no es la sucesión de momentos reales, el acontecer empírico, lo que da validez al juicio, sino que esta validez se la dan las condiciones a que la razón sujeta esa misma sucesión sensible de los fenómenos. Por tanto, el juicio “7 más 5 igual a 12” no es un juicio válido porque así aparezca a la intuición, sino que lo es porque así lo exigen las condiciones que hacen racionalmente inteligible tal intuición.

d) *La aritmética*. Por lo expuesto, *la aritmética es la ciencia pura del acontecer temporal* y la de tiempo una noción que funciona como *anticipación del futuro* para poder pensar el pasado. Al igual que el espacio, el tiempo tampoco es un objeto de experiencia, pues no tiene sentido preguntar cuándo comenzó ni cuándo habrá de terminar, y tampoco lo tiene preguntar por sus dimensiones, ya que el mismo es una dimensión, una *función unificadora* de lo que es esencialmente diverso por el espacio. Si el tiempo fuera un objeto tendría límites. Pero sin el tiempo no podemos pensar los objetos, pues si éstos se dan como tales en el espacio, únicamente pueden hallarse en él simultánea o sucesivamente, y las de simultaneidad y sucesión son funciones temporales. Por esto es que el tiempo resulta una función unificadora de lo que es esencialmente diverso por el espacio. Y así, comprendemos también que ambos, *tiempo y espacio*, o mejor, las funciones de *espacialidad y temporalidad*, de *diversificación* y de *unificación*, se implican recíprocamente. Sin el tiempo “no es posible comprender la posibilidad de una sucesión cualquiera”,¹ pero el mismo no es una sucesión, porque si lo fuera requeriría de un primer elemento que diera lugar a la serie, sino tensión permanente entre futuro y pasado. Éste sólo es posible en función de la idea de futuro, pues no sería pensable sin él; y si sólo hay un pasado porque suponemos que existe un futuro, anticipamos éste a aquél. Así es por lo que funciona el pensamiento del tiempo, representable por el número continuo, o sea, el número ordinal, como anticipación del futuro.

¹ García Morente, Manuel, *La filosofía de Kant*, cap. II, inciso 10.

Al pensar en el acaecer natural, en los sucesos ocurridos en el tiempo, podemos suprimir los fenómenos acontecidos y quedarnos con la pura serie sucesiva, con la sucesión de momentos, con el número, con el tiempo en una palabra. Pero si prescindimos del tiempo, será imposible el pensamiento de la concatenación de los fenómenos naturales.

5. LA INTUICIÓN COMO PARACLÉTICA DEL PENSAMIENTO OBJETIVO

a) *El "problema del pensamiento"*. La intuición a que nos hemos referido, la cual llama Kant intuición pura o percepción *a priori*, es la propia intuición sensible o percepción material, entendida como "problema del pensamiento", como su "pretexto" (ocasión), como la pura incógnita a despejar en la ecuación del conocimiento que es el juicio, sin predicado alguno proveniente de la percepción sensorial, la cual sólo juega el papel de simple motivo o acicate del conocimiento, por lo que resulta paracletica del pensamiento progresivo y válido.

En este sentido, los datos sensibles, la sensación y la representación, son también un producto meramente intelectual, en cuanto son pensados como objetos de conocimiento, pero sin determinación empírica alguna. Esto es, que tales datos son siempre, pregunta, nunca resultado.

Por ejemplo, tenemos la intuición de que en el firmamento existe en determinadas circunstancias, una curva de varios colores a la que llamamos "arcoiris". Pero cuando la física indaga por lo que ese objeto es, no lo propone como curva o arco de tales o cuales dimensiones y colores, ni como situado en el firmamento visible para este o aquel individuo, sino como un mero problema que es preciso plantear en conexión sistemática con otros juicios de la propia ciencia: aquellos que enseñan lo que es una curva, un color, un firmamento, una dimensión, etcétera. Y esto, sin adelantar determinación alguna de la cosa.

b) *Temporalidad y espacialidad como categorías del entendimiento*. El tiempo y el espacio no son como quería Kant, "formas puras de la intuición sensible",² sino categorías del pensamiento, pues el *factum* de la filosofía no puede ser sino el pensamiento científico históricamente determinado, y no el origen causal del conocimiento en la conciencia individual, ya que la filosofía sólo puede investigar legítimamente aquello que tiene validez objetiva, no pudiendo como tal indagar sobre las pretendidas formas de la intuición, dado que el dato sensible únicamente puede ser subjetivo, objetivándose sólo como problema del conocimiento.

Su validez científica no la adquiere el dato sensible por la intuición sino por el pensamiento, en cuyas hipótesis y sólo por ellas se legitiman los pro-

² Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, tomo I, traductor José del Perojo, 3ª Ed., Sopena-Argentina, Bs. As., 1945, p. 90.

blemas del conocer como aporías, es decir, como verdaderos problemas. Lo que no puede ser legitimado en esta forma jamás pasa de ser una simple preocupación subjetiva, como las cuestiones metafísicas: ¿existe Dios?, ¿es libre el hombre?, ¿el alma es inmortal?, etcétera.

Tiempo y espacio son funciones o relaciones, pero no de los objetos sino de la posibilidad de los mismos en la concepción, son "la condición de posibilidad de los fenómenos",³ y no determinaciones dependientes de ellos, es decir, son funciones o relaciones de la concepción misma, del punto de mira de la predicación, o mejor, de la conciencia, mas no de la conciencia personal y subjetiva de A o de B, sino de la conciencia universal, de la conciencia objetiva, de la conciencia científica general e hipotética, que por ello no es ninguna especie de superconciencia como querría el romanticismo naturalista que, con Savigny, desinterpretó el famoso espíritu objetivo hegeliano.

Así, tiempo y espacio se determinan como funciones del entendimiento puro, del pensar teórico, de la conciencia científica, conciencia que no está en la experiencia pero que tampoco se encuentra más allá, porque sólo en y por ella se le descubre como la unidad del pensamiento de la ciencia. El tiempo como unificador de los objetos es lo que, junto con el espacio diversificador, hace posible la experiencia, entendida como pensar hipotético constructor de la realidad. Hablar de tiempo y de espacio es, como ya se dijo, hablar de temporalidad y de espacialidad, porque no son cosas sino funciones o dimensiones para pensar los objetos.

El tiempo y el espacio así concebidos se articulan, enlazan y unifican con el sistema de las categorías kantianas en la conciencia trascendental o punto de mira de la predicación. De esta manera resulta que las categorías de la cantidad o principios de la matemática, como son: la realidad (unidad en Kant) o magnitud, entendida como lo cuantificable (es real lo que es posible cuantificar); la pluralidad, que implica suma, resta, multiplicación y división; y la totalidad, que se representa en el número discreto; comprenden dentro de ellas al tiempo y al espacio, pues la pluralidad hace posible al tiempo y la totalidad al espacio.

6. LA UNIDAD DEL CONOCIMIENTO

a) *Comienzo y origen.* El pensamiento primitivo se pregunta ingenuamente, ¿qué es primero, la "razón razonante" o capacidad psicológica de pensar, o la "razón razonada" o conocimiento científico? Y su respuesta, más ingenua aún que la pregunta, es que la "razón razonante" es condición de la existencia de la "razón razonada", con lo cual hace depender la validez del conocimiento científico de la conciencia individual. Y esto se llama subjetivismo. Claro que en el concepto de "razón razonante" existe, así sea a

³ *Obra citada*, p. 91.

nivel mitológico, la exigencia de unidad del conocimiento. Pero postular la existencia de sujetos cognoscentes como el origen del conocimiento, es pretender asentar éste en un dogma de fe: el de que los hombres tienen existencia objetiva con independencia del conocimiento.

Aun cuando desde un punto de vista histórico genético, todo conocimiento comienza con el hombre, ninguno se origina de él por cuanto su validez depende de su propia y autónoma legalidad racional, esto es, que desde el punto de vista lógico teorético, que es el único que puede proporcionar certidumbre y, por ende, objetividad al juicio, el origen del conocimiento o sea de su validez como tal, está en el propio conocimiento, en los principios intrasistemáticos de cada disciplina científica y en última instancia en la suprema unidad de estos principios, que no son otra cosa que las categorías del pensamiento en general o conceptos fundamentales del mismo conocimiento, cuya unidad denominamos conciencia científica universal o ego trascendental.

b) *La conciencia como punto de vista.* La conciencia científica es, pues, la conciencia trascendental, es decir, una conciencia hipotética, lógica y no psicológica. Esta hipótesis no es una invención arbitraria de la filosofía, sino que su contenido es una realidad plena y perfectamente determinada por la experiencia de los hechos que constituyen la historia universal, la historia de las ciencias, pues es a partir del hecho innegable del conocimiento científico, determinado por la historia del pensamiento, como se postula a la conciencia trascendental como la conciencia creadora de esa propia ciencia, dada la necesaria impersonalidad de sus rendimientos, los que como tales poseen validez objetiva, esto es, necesidad racional y exigibilidad universal. Así, pues, sólo podemos referirnos a la *Ratio* como el pensamiento creador de la ciencia, y en consecuencia, la determinación empírica de aquélla es la que se alcanza por la historia de esta misma ciencia.

Por otra parte, la filosofía como reflexión sobre el *factum* de la ciencia y la historia como conocimiento de ese mismo *factum*, se encuentran en estrecha e íntima conexión y colaboración. Y como la filosofía es también una ciencia, el conocimiento de su propia historia hace que la historia comprenda a la ciencia y a la filosofía abarcándolas como un solo *factum*. De lo anterior resulta clara la afirmación coheniana de que “la historia de la ciencia, es el suelo en que descansa la historia de la razón y asimismo la historia de la filosofía”, así como la conclusión que el propio pensador extrae de su anterior aserto, diciendo que “mediante esta función radical de la ciencia, se fundamenta la filosofía como razón científica”.⁴

Lo anterior se entiende mejor si consideramos que todo conocimiento o juicio implica otro anterior del que deriva su validez, porque de la nada, nada se produce. Así, la pura actividad racional viene a resultar completamente estéril, si carece de toda relación con la experiencia, de todo punto de partida, de todo *factum*. Y este *factum*, por lo que hace a la actividad

⁴ Cohen, Hermann, *La teoría de la experiencia de Kant*, 3ª Ed., editada por Bruno Cassirer, Berlín, 1918, introducción, inciso II, apartado 7.

filosófica, sólo podrá estar constituido por la historia de las ciencias mismas, por el devenir cultural de la humanidad, que más que *factum* es un *feri* por estar en permanente movimiento conceptual, dialéctico. Por dialéctica entendemos evolución o progreso del conocimiento en tres momentos fundamentales: tesis, heterotesis (no antítesis) y síntesis. De manera que el punto de partida de la filosofía es el *feri* de la cultura universal. Pero el conocimiento exige y tiene unidad, y a ésta la llamamos conciencia científica universal. Por tanto, nada puede existir objetivamente fuera de la conciencia científica universal, que está formada por los conceptos más fundamentales (categorías) —permítasenos la expresión— del propio conocimiento, integrados en unidad.

c) La “razón razonada” como origen del conocer. Conviene ahora volver sobre la mencionada distinción entre “razón razonante” y “razón razonada”, pues según la misma parece que al hablar de la razón como razón científica, nos hemos ocupado sólo de la “razón razonada” y no de la “razón razonante”. Es decir, que existiendo dos diversos sentidos en que es posible entender el concepto de razón, hemos atendido sólo al segundo de ellos, dejando de lado al más importante, al que parece tener prioridad lógica sobre el otro, ya que de improviso podría pensarse que sin “razón razonante” no existiría “razón razonada”, razón científica y que, siendo ésta el conocimiento, la razón pensada, aquélla tendría que ser algo anterior al mismo, algo trascendente y metafísico: la razón pensante. Pero la realidad es otra. La razón como facultad psíquica de los individuos de carne y hueso, no es ni puede ser razón en sentido objetivo, porque en tal caso existirían tantas razones como unidades biológicas hombres por lo menos. Y que existe una facultad anímica llamada razón, es algo que sólo puede enseñarnos objetivamente la ciencia psicológica y no la observación personal, por tener ésta carácter esencialmente subjetivo. Es decir, que el sujeto del conocimiento individual, sólo existe cuando una ciencia, la psicología, viene a determinarlo como tal. En consecuencia, la objetividad de la ciencia, de la “razón razonada”, es la que nos permite hablar objetivamente de la “razón razonante”. No es la psicología naturalista la que puede fundar la referencia a ésta como el origen del conocimiento, por cuanto ella sólo construye las razones particulares y subjetivas de por lo menos una especie animal, en tanto que lo que se busca es arribar a la razón universal, a la razón creadora del pensamiento científico. Y en virtud de que del conocimiento sólo podemos hablar como unidad en cuanto supongamos un origen teórico único del mismo, al que históricamente se ha llamado conciencia trascendental, ésta viene a ser así una hipótesis heurística que da satisfacción a la exigencia de unidad fuera o más allá del conocimiento, sino que está inmersa en todos y cada uno de los juicios del propio conocimiento.

Por conciencia se entiende, así, función, función creadora de hipótesis, que permite llegar a nuevos conocimientos, a juicios sintéticos a *priori*. Pero debe

aclararse que la hipótesis no es conjetura ni canon de que haya que partir, sino que es fundamentación.

7. EL SER

a) *La verdad*. Al afirmarse que nada existe objetivamente fuera de la conciencia científica universal, se está implicando que los objetos sólo existen en el pensamiento de la ciencia, cuyos métodos “crean” en el sentido de que nos permiten hablar objetivamente de él, el objeto de conocimiento. Y contra lo que gramaticalmente pudiera parecer, la existencia universalmente válida del objeto deriva de la objetividad del conocimiento, y no a la inversa.

Por esto es que resulta indispensable puntualizar qué debe entenderse por objetividad, habida cuenta de que posturas como el realismo y la fenomenología hablan también de objetividad, tomando con ello una correcta actitud frente al psicologismo y al subjetivismo, pero que olvida el propósito esencial de la certidumbre.

Así se ha dicho que “objetivo es lo dado o fundado en el objeto”, con lo cual se admite dogmáticamente que el objeto existe con independencia del conocimiento, al margen de la jurisdicción del logos, fuera de la ley de la razón. De modo que ni siquiera se puede intentar la demostración racional de la verdad o validez de ese juicio, ya que ello sería tanto como someter la existencia del objeto a la legalidad del pensamiento, lo cual queda excluido por principio en cuanto se define la verdad como adecuación entre el pensamiento y la cosa (*veritas est adaequatio intellectus et rei*).

Ahora bien, la bondad del aserto de que “el conocimiento deriva del objeto” sólo está garantizada por una creencia u opinión, por la fe irracional en el dogma de que “el objeto existe en y por sí mismo”. En cambio, la Historia Universal que es la historia del pensamiento científico, nos muestra que el único criterio confiable de certidumbre es el de la propia ciencia, la cual nos enseña que la verdad es “una tarea infinita de determinación teórica”, que un juicio sólo puede tenerse como universalmente verdadero y no como absolutamente verdadero, es decir, que su validez está condicionada a la hipótesis radical del sistema de conocimiento dentro del cual se le formula. Esto es, que si el juicio “la Tierra es el centro del sistema planetario” es válido para la teoría ptolomeica de los epiciclos, no lo es dentro de la tesis heliocéntrica copernicana, en la cual “el Sol es el centro del sistema planetario”. Cada uno de los juicios anteriores es universalmente válido dentro de sus respectivos sistemas, pero ninguno de los dos es absolutamente verdadero, por lo cual sólo puede definirse la verdad como “la legalidad lógica del conocimiento”.

b) *Los objetos naturales (corporeidad y substancialidad)*. Ningún objeto existe en sí mismo. Los objetos naturales, de los que se dice que tienen corporeidad y substancialidad, no ocupan ninguna predeterminada zona ón-

tica, pues “la materia tiene que ser constituida en el pensamiento”,⁵ es decir, legalizada en la razón científica, en el pensamiento de la ciencia natural de fundamento matemático, para que pueda existir objetivamente, de la misma manera que las relaciones del álgebra y la geometría. Para el hombre primitivo sólo existen cuatro elementos: aire, agua, fuego y tierra. La Física clásica enseña al hombre que los elementos materiales son muchos más: Tabla de Mendeleieff. La Física contemporánea muestra que toda materia se reduce a energía cuántica. La substancia absoluta de la materia sensible, se esfuma así de las manos y la mirada del sorprendido creyente en la corporeidad del objeto. La substancia no es, como se ha creído, “lo permanente ante los cambios”, sino “lo permanente en la ley del pensamiento”. Algo es permanente porque algo cambia, y algo cambia porque algo es permanente. La substancia es así función, primer principio de la naturaleza, la cual no es sino “lo entendido en y por leyes causales”, segundo principio del conocimiento natural. El tercero y último de estos principios, que nos permiten pensar a la naturaleza, es el de la acción recíproca, según el cual concebimos al ser vivo de la biología como “un sistema de causalidades en acción recíproca”, por lo que el organismo es “un todo cuyas diversas partes se engendran mutuamente” (Kant).

La corporeidad y substancialidad de las cosas naturales, repetimos, sólo se objetiva cuando es científicamente determinada en el concepto de las mismas. De otra manera, la materia tendría que aceptarse como algo existente en y por sí misma, de igual modo que como la concibe por ejemplo el realismo marxista. Y al respecto cabe decir con Hermann Cohen, que en ello sigue a Platón, a Descartes y a Leibniz, que “la realidad de las cosas consiste en la idealidad de las reglas y de las leyes”. En efecto, “si retiro todo el pensamiento (operado por las categorías) de un conocimiento empírico, no queda conocimiento alguno del objeto, pues por la simple intuición nada en absoluto es pensado, y de lo que esta afección de mi sensibilidad se produce no se sigue ninguna relación de esta misma representación a un objeto”.⁶

Un objeto natural se determina progresivamente dentro del conocimiento científico. La astronomía nos enseña por ejemplo: a) el Sol es un cuerpo, b) el Sol es un cuerpo celeste, c) el Sol es un cuerpo celeste con luz propia, d) el Sol es un cuerpo celeste con luz propia que ocupa el centro del sistema planetario, e) . . . con tal volumen y tal peso, f) . . . con tal volumen, tal peso y tal dirección, g) . . . con tal volumen, tal peso, tal dirección y tal velocidad de desplazamiento, etcétera, etcétera. La afirmación de que el Sol existe en sí mismo es dogmática e irracional, pues frente a ella cabe preguntar, ¿a qué Sol se está refiriendo el juicio?, ¿al que vemos como un disco brillante de pequeñas dimensiones?, ¿al que precisa la astronomía ptolemeica de los epíclis, como girando en un sistema geocéntrico?, ¿al cuerpo celeste que de-

⁵ *Obra citada*, introducción, inciso VIII, apartado 7.

⁶ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, tomo II, traductor F. L. Alvarez, 2ª Ed., Edit. Sopena Argentina, Bs. Rs., 1945 p. 10.

termina la teoría heliocéntrica copernicana?, o ¿al que una tesis diversa pueda caracterizar de otro modo en el futuro? Y si se responde que el juicio no se refiere a ninguna de estas distintas determinaciones del objeto Sol, sino al Sol en sí, entonces no sabremos siquiera ni de qué se habla. Y al conocimiento no puede interesar aquello que para él no existe, por no poderse reducir a concepto. Es decir, que para el pensamiento científico sólo existe el objeto en cuanto concepto, y por ende, “no hay más teoría del objeto u ontología que la teoría del conocimiento o lógica”. Así, los principios lógicos supremos son a la vez principios ontológicos, por cuanto condicionan la posibilidad de los objetos (conceptos) como tales. Es decir, que el objeto es una incógnita a despejar por el conocimiento científico, el cual lo va determinando progresivamente en la función judicial, mediante la adjudicación de predicados cada vez más ricos de contenido, por la mayor cantidad de cualidades o elementos significativos que lo caracterizan. Podemos, pues, definir al objeto como “la unidad omnicomprendiva de todas sus cualidades posibles”, esto es, de las que se hayan determinado históricamente del mismo y de las que puedan irse determinando en el futuro como pertenecientes a él.

c) *Los “objetos” ideales.* Y esta definición es válida para toda clase de objetos: los naturales de que ya nos hemos ocupado, los normativos como el de persona jurídica, y los mal llamados objetos ideales, que no son sino las funciones o relaciones mediante las cuales se conoce a los objetos reales, es decir, a los objetos naturales o causales y a los objetos normativos o jurídicos. La afirmación de que estas funciones o relaciones de conocimiento son objetos de un género especial, carentes de corporeidad y substancialidad, pero de consistencia propia frente al pensamiento; deriva de un error elemental de carácter psicologista. En efecto, cuando se dice que el número 5 por ejemplo, que piensa el sujeto A, no es distinto sino el mismo número 5 que piensa el sujeto B, porque lo único que difiere es el proceso psicológico de la representación, y no la magnitud matemática que en ella se encuentra, de manera que ambas representaciones se refieren a una y la misma situación, que por ser diferente de los procesos psicológicos en que se presenta resulta objetiva y no subjetiva; se comete el yerro de pensar que la objetividad de los números, deriva de su identidad dentro de la diversidad de los procesos psicológicos en que se les piensa, cuando que esta objetividad es simplemente hipotética y relativa a la serie numérica convencionalmente admitida para operar matemáticamente, como la de las letras del alfabeto, las que no necesariamente tienen que ser las mismas en todos los idiomas. Esto se comprende con mayor claridad si tomamos en cuenta por ejemplo, que el teorema de Pitágoras no es válido porque así lo piensen dos o más sujetos psicológicos, sino que lo es porque así lo exigen los postulados de la geometría plana, siendo esa validez relativa a estos postulados.

De todo lo dicho se desprende que “la objetividad es una característica del juicio, del conocimiento” y que por objetivo sólo puede entenderse “lo que tiene necesidad racional y exigibilidad universal”, o como dice Kant, “lo

que está informado por las categorías del sujeto trascendental". Dicho sujeto trascendental es lo que nosotros hemos llamado "conciencia científica universal".

Llegados aquí podemos formular las siguientes conclusiones:

a) "el método crea al objeto", b) "conocimiento es concepto y juicio de lo que se llama objeto", c) no se puede afirmar objetivamente que además de los conceptos de las cosas existan las cosas mismas, pues éstas son sus conceptos, y d) si al objeto lo llamamos "ser" y al concepto "pensamiento", y éste no puede ser otra cosa que pensamiento científico o conocimiento, el cual se encuentra en permanente evolución y progreso, al través de los sistemas teóricos que la historia universal registra, "como una recta trazada al infinito" (Kant); "el ser es el pensar en tanto significa un momento del pensar congelado como ser en el concepto" (Natorp).

B. EL PENSAMIENTO CIENTÍFICO

La impresión sensible es lo único que permite al pensamiento objetivo plantear un problema, o sea, proponer un objeto a la investigación, pero jamás permitirá anticipar determinación alguna de la cosa.

F.E.V.B.

1. LA METAFÍSICA

a) *La naturaleza.* Un conjunto de escritos aristotélicos fueron recogidos por Andrónico de Rodas y presentados bajo el rubro de metafísica (del griego *metá tá phisica*), término que fue usado primeramente por Herennius,⁷ para designar aquello que está más allá de la física, de la realidad natural.

Ahora bien, para el pensamiento crítico no hay más naturaleza que la determinada como tal por las ciencias naturales de fundamento matemático, pues la llamada "naturaleza" que percibimos sensorialmente carece de toda objetividad, ya que la sensación y la representación, obtenibles a través de los sentidos, en ningún caso pueden constituir en y por sí mismas nada objetivo, por cuanto sólo son pensables en función de los sujetos psicofísicos que las sustenten, cuyas impresiones personales son variables al tenor de la mayor o menor agudeza de su sensibilidad. De manera que la sensación y la representación no pueden fundar el origen del conocimiento, por su inconfiabilidad y porque, como hemos visto, el propio sujeto no es objetivable en este estadio de la investigación, por lo que menos puede serlo aquello que se da en él. El sujeto psicofísico es una realidad natural, una parte de la naturaleza, que están determinando continua y progresivamente todas y cada una de las ciencias naturales, por lo que no puede anteponerse al conocimiento de esa misma naturaleza.

b) *Sensación y representación.* Con lo anterior no queremos decir que la sensación y la representación no pueden objetivarse en forma alguna, ni que dejen de jugar un importantísimo papel en la función cognoscitiva, sino sólo que no son nada objetivo por sí mismas. En verdad, sin sensación ni representación no es posible ninguna construcción del intelecto, entendido como conciencia trascendental, pues sin ellas el pensamiento carecería de materia para la reflexión, porque no es posible plantear un problema, es decir, proponer un objeto a la investigación, con prescindencia absoluta de tales elementos. Ningún físico podría haberse preguntado, por ejemplo, ¿qué es una

⁷ Larroyo y Cevallos, *La lógica de las ciencias*, Edit. Porrúa, 7ª Ed., México, 1951, p. 37.

aurora boreal para el conocimiento natural?, si ninguna persona hubiese visto tal fenómeno y registrado su impresión como un dato histórico. Pero la explicación racional del mismo, esto es, la solución del problema, la respuesta a la pregunta en cuestión, no puede tomar elemento alguno de la sensación o de la representación individual de la aurora boreal, fenómeno que sólo ha podido encontrar una fundamentación satisfactoria para el pensamiento, en la física cuántica que lo explica sin referencia alguna a elementos sensibles, porque lo hace sólo con apoyo en la teoría del campo magnético.

Así, pues, podemos y tenemos que aceptar la importancia de la sensación y de la representación, como la ocasión o el motivo del planteamiento de los problemas científicos. Y aquí conviene repetir con Platón, que la sensación es paracléctica del pensamiento matemático. La sensibilidad juega así el papel de acicate del conocimiento, al dar ocasión para que el pensamiento pueda proponer el objeto, el cual constituye uno de los dos términos del juicio, de la "ecuación de conocimiento" como dice Natorp, compuesta de objeto o pregunta y predicado o solución.

c) *Aristóteles*. Sin embargo, para Aristóteles la naturaleza no es la de las ciencias naturales de fundamento matemático, pues según él:

no debe exigirse rigor matemático en todo, sino tan sólo cuando se trata de objetos inmateriales. Y así, el método matemático no es el de los físicos; porque la materia es probablemente el fondo de toda la naturaleza. Ellos tienen, por lo mismo, que examinar ante todo lo que es la naturaleza. De esta manera verán claramente cuál es el objeto de la física, y si el estudio de las causas y de los principios de la naturaleza es patrimonio de una ciencia única o de muchas ciencias.⁸

Es decir, que esta física aristotélica se funda en postulados que no pueden ser comprobados en la experiencia, porque como él mismo asienta, el método matemático no es el de los físicos y porque la materia (absoluta) es probablemente el fondo de toda la naturaleza. Pero si esta materia no es la que nos determina y construye objetivamente como tal, la ciencia natural de fundamento matemático, tendrá que ser una substancia metafísica, y si todo aquello que va más allá de la experiencia debe ser considerado metafísico, tenemos que aceptar que lo que se ha llamado física por Aristóteles, es también metafísica.

El pensador de Estagira da las siguientes razones para rechazar el método matemático en las ciencias naturales:

Hay hombres —dice con velada referencia a Platón— que no admiten más demostraciones que las de las matemáticas; ... que exigen que todo sea rigurosamente demostrado; mientras que otros encuentran este rigor insoporrible, ya porque no pueden seguir la serie encadenada de las demostraciones,

⁸ Aristóteles, *Metafísica*, traductor Patricio de Azcárate, 3ª Ed., Espasa Calpe Argentina, Bs. As., 1945, pp. 51 y sig.

ya porque piensen que es perderse en futilidades. Hay, en efecto, algo de esto en la afectación de rigorismo en la ciencia. Así es que algunos consideran indigno que el hombre libre lo emplee, no sólo en la conversación, sino también en la discusión filosófica.

Sobre esta actitud del fundador del Liceo, fielmente seguida por el pensamiento tradicional, en cuanto rechaza el método científico y el proceder de la crítica de la razón, podemos comentar con Kant, que:

no tiene otro propósito que desprenderse de las trabas de la Ciencia, y convertir el trabajo en juego, la certeza en opinión y la Filosofía en Filodoxia.*

d) *El pensamiento tradicional.* Para los pensadores llamados tradicionalistas por considerar que la metafísica es una disciplina filosófica fundamental, ésta es aquella parte de la filosofía que se ocupa de estudiar una pretendida realidad absoluta, trascendente al acaecer empírico, a la que generalmente se denomina la cosa en sí o *nómeno*. Claro que como los objetos en tanto que conceptos son los que constituyen el conocimiento, el objeto en sí no puede conocerse o determinarse por vía racional, pero en cambio puede creerse en él y con base en una fe cualquiera, elaborarse un sistema dogmático que tendrá perfecto derecho histórico de afirmarse como absolutamente válido, aunque incurra en contradicción consigo mismo y vaya en contra del conocimiento científico, pues el campo de la fe está en la política, la religión y el arte, es decir, de la voluntad o de la sensibilidad, y no en el de la reflexión.

Por esto es que ni las leyendas de la "creación" del mundo, de la concepción virginal de los dioses o de la transmigración de las "almas", ni las utopías de la "sociedad sin Estado", del "individualismo generoso" o del "esclavismo paternal", consiguen trascender o siquiera contradecir las verdades de la geología, la biología, la psicología y la ciencia económica. La validez del conocimiento jamás ha estado sometida a la decisión de un Concilio, de una Academia de Ciencias o de una Sociedad Anónima, sino sólo al veredicto de la Historia Universal que es la historia de las ciencias mismas. En consecuencia, ninguna metafísica puede ser considerada como actividad científica, sino más bien como similar al Yoga, el Vudú o la Magia Negra.

Algunos sistemas metafísicos, como el occidental cristiano, asumen la apariencia exterior de una disciplina científica, en cuanto clasifican los "problemas" metafísicos en dos clases: generales y especiales. Entre los primeros se apuntan: a) el de acreditar la existencia de la cosa en sí y, consecuentemente, la posibilidad de su conocimiento; b) el de establecer el método adecuado para descubrir y determinar esa cosa en sí; y c) el de encontrar la esencia de la misma y el principio que rige su desarrollo. Los llamados problemas especiales de la metafísica, son los relativos a la existencia de Dios, la inmortalidad del alma, el libre albedrío y el valor del Universo.

No se diga con Kant, que es "absurda la proposición de que habría apa-

* Kant, *obra citada*, tomo 1, p. 73.

riencias (fenómenos) sin algo que en ellas apareciera",¹⁰ refiriéndose a los conceptos u objetos, pues lo que aparece *a priori* en todos los objetos es lo que el propio pensamiento ha puesto previamente en ellos, como el mismo profesor de Koenisberg enseña al hablar de la experiencia, según veremos en el siguiente inciso.

2. LA EXPERIENCIA

Varias posturas filosóficas hablan de la experiencia y a ella se remiten para encontrar el "fundamento" de sus tesis, situar ahí el origen de las ideas o partir de ella como el *factum* de las teorías. Pero carecen de un claro concepto de la misma. Y arribar a este concepto correctamente implica la necesidad de precisar lo que se busca, legitimándolo racionalmente, pues de otra suerte se corre el riesgo de llegar a una conclusión equivocada por un ilógico planteamiento de la cuestión. Así que si pretendemos encontrar el concepto filosófico de la experiencia, tenemos que buscarlo con espíritu universal, esto es, hay que indagar por la experiencia objetiva y no por una pretendida realidad metafísica, que se oculta tras la engañosa ilusión de una cambiante experiencia sensible. Es decir, que no podemos entender por experiencia el mundo subjetivo de nuestra sensibilidad, ni menos, el mero aprendizaje o habilitación práctica del individuo en el transcurso de los años, porque entonces carecería de sentido objetivo.

La noción o idea de la experiencia tiene la función de constituir el punto de partida y piedra de toque de todo conocimiento. Y como es el conocimiento, según se ha visto, el que determina u objetiva la realidad natural (causal) y, como igualmente ya se vio, también la realidad social (normativa), es en la experiencia donde tienen que estar los objetos, cosas o hechos que el pensamiento de la ciencia vendrá a transformar en realidad. Pero como tales objetos, cosas o hechos no son todavía objetivos, la experiencia, en la cual únicamente pueden ser conocidos éstos, sólo puede ser la idea de todos los objetos, cosas o hechos racionalmente posibles, es decir, que sólo pueden ser objetos de la experiencia aquellos que puedan proponerse a la investigación, sin destruir la unidad de la explicación de los hechos históricos. Esto es, que la experiencia es toda posible legalidad científico natural o social jurídica, históricamente determinadas o determinables. La experiencia es, así, función y no substancia, desarrollo, idea de progreso, por estar abierta a un infinito acrecentamiento de su contenido, ya que si la pensáramos como algo dado se detendría la marcha de las ciencias, lo cual resulta anti-histórico, pues la historia nos muestra que el mundo conocido contemporáneamente es mayor que el determinado en épocas precedentes. La experiencia puede, pues, ser descrita como la Idea de todo pensamiento objetivo, que determina la dirección del progreso.

¹⁰ *Obra citada*, tomo I, p. 70.

La ley natural supone la existencia de los fenómenos o hechos naturales a que se dirige dándoles existencia objetiva como tales, en la relación de causalidad en que los determina, pues no tendría ningún sentido el mero enunciado de una ley, dirigido a fenómenos que no se pueden pensar objetivamente más que a partir de ella misma, si no se pudiesen pensar hipotéticamente, como ocurre en los diversos ensayos históricos que se han realizado para pensarlos de manera objetiva.

Igual cosa sucede con la norma jurídica, pues ella supone la existencia de las conductas o hechos sociales que regula objetivándolos como tales, en la relación de imputación normativa en que los determina, ya que tampoco tendría sentido alguno el simple enunciado de una norma, dirigido a conductas que no se pueden pensar objetivamente más que a partir de ella misma, si no se pudiesen pensar al menos de manera hipotética, cual ocurre en los ensayos históricos que se han realizado para explicar el fenómeno social, la conducta jurídica.

Y desde este punto de vista la experiencia está constituida por un conjunto de hipótesis, de posibles objetos propuestos a la investigación, y la experiencia misma como reunión de todas esas hipótesis, de todos esos objetos posibles, es también una hipótesis, un objeto, pero no una hipótesis ni un objeto cualquiera, sino la hipótesis de que son válidas todas las hipótesis posibles racionalmente, *anhypothetón*, el objeto absoluto (Idea de una realidad incondicionada) a cuyo conocimiento tiende y tenderá sin descanso, sin alcanzarlo nunca, la investigación científica.

Aun cuando con una terminología psicologista, Kant explica lo anterior de una manera magistral, al decir que:

La Experiencia misma es una especie de Conocimiento, que exige la presencia del Entendimiento, cuya regla tengo que suponer en mí antes de que ningún objeto me sea dado, y por consiguiente *a priori*. Ésta se manifiesta por medio de conceptos *a priori* que sirven, por lo tanto, para reglar necesariamente a todos los objetos de la Experiencia, y con los cuales tienen también que conformar. Por lo que a los objetos toca, al ser sólo pensados por la Razón, y esto de una manera necesaria, pero sin poder en modo alguno darse en la experiencia (por lo menos de la manera como la Razón los piensa), los ensayos que se han hecho para pensarlos (pues deben poderse pensar) suministrarán, según esto, una magnífica piedra de toque para lo que tomamos como método variable de la manera de pensar, a saber, que sólo conocemos *a priori* en las cosas lo que hemos puesto en ellas.¹¹

3. LA CIENCIA

a) *Ciencias puras*. Tradicionalmente se ha entendido por ciencia, el estudio de las cosas por sus causas. Otras corrientes consideran científica toda actividad que intenta la total comprensión de un objeto. Pero como ya se ha visto que las cosas u objetos no pueden existir en sí mismas para

¹¹ *Obra citada*, tomo I, p. 68.

el pensamiento científico, sino que tales cosas u objetos son los conceptos que las propias ciencias elaboran; tenemos que enfocar el problema de lo que es la ciencia desde un punto de vista crítico, el cual muestra que sólo podemos partir legítimamente de las ciencias mismas, para encontrar las características esenciales de esa actividad cultural. Y así, debemos afianzarnos primero con firmeza en aquella parte del conocimiento llamada historia de las ciencias, es decir, en el *feri* cultural constituido por aquellas investigaciones que se han connotado indisputablemente como científicas.

Contemplado objetiva y no subjetivamente el objeto de nuestra investigación, esto es, contempladas las ciencias no como resultado de un proceso psicológico, sino como un *factum* desligado de los sujetos, las mismas se nos presentan como un conjunto de juicios. Pero no como un conjunto formado por la simple super o yuxtaposición de los juicios, de manera abigarrada e informe, sino de modo perfectamente organizado y relacionado en sentido teórico, o sea, conectados en un sistema teórico. Esta conexión en sentido teórico de los juicios, no es otra cosa que la fundamentación de cada uno en otro u otros que forman parte del sistema, de lo cual resulta que cada juicio deviene en consecuencia lógica de otro que le es teóricamente anterior, así como en fundamento de otro que le es posterior. Consecuentemente, cada juicio es a un tiempo un conocimiento condicionado y un conocimiento condicionante. Las definiciones de un diccionario constituyen un sistema, porque están ordenadas alfabéticamente, pero no una ciencia, porque su ordenación no las conecta unas con otras como supuestos y consecuencias, ni las refiere globalmente a un determinado objeto teórico.

En efecto:

El enlace de los conocimientos forma una unidad, la de la "conexión sistemática en sentido teórico"; esta conexión es propia de la Geometría y de otras ciencias gnomológicas o teóricamente puras como las restantes disciplinas matemáticas; pero una unificación con arreglo a leyes *a priori* y sin las cuales no es posible la unidad teórica; estas leyes no son sino las leyes del juicio y las del concepto, . . . como dice Natorp son leyes metódicas del conocimiento, son los elementos dialécticamente funcionales del método crítico, son la estructura dialéctica en persona. Los juicios como elementos constitutivos de la ciencia que tomamos como materia de reflexión, son verdaderos sólo como eslabones de esa su concatenación metódica, sistemática, en una palabra dialéctica; ningún juicio es verdadero si no pertenece o puede ser mediatamente referido a un sistema teórico. La filosofía es ciencia, la ciencia es unidad metódica, método dialéctico; la filosofía es, en consecuencia, unidad metódica, método, o como ya la llama Platón en el *Filebo* y en *La República*: dialéctica.¹²

Así, pues, entendida la filosofía como ciencia, como unidad metódica del conocimiento científico, deviene en la ciencia *par excellence*, o mejor, en

¹² Rodríguez, Guillermo H., *Ética y jurisprudencia*, Departamento de Publicidad y Propaganda, S.E.P., México, 1947, pp. 94 y sig.

la única ciencia en sentido estricto, ya que aun las llamadas ciencias gnomológicas por contener en su propia estructura el fundamento de su unidad: la hipótesis, siguen un método para poner esta hipótesis unificadora, el crítico o dialéctico, que es el método de la filosofía.

La calidad de conocimiento condicionado y conocimiento condicionante que tiene cada juicio científico, hace que ninguno pueda servir para fundamentar la ciencia a que pertenece ni, menos, para unificarla. Esta función sólo puede corresponder a la hipótesis que, como tal, debe encontrarse inmersa y surcar todos los juicios de la ciencia, todos sus objetos. Y necesariamente ha de ser así, puesto que esos juicios derivan su verdad o validez científica de la hipótesis que los fundamenta.

b) *Ciencias empíricas*. En la geometría, en el análisis, en el cálculo, nos encontramos con hipótesis, como el postulado de las paralelas de Euclides, que hacen de ellos ciencias en el sentido antes explicitado. Sin embargo, históricamente se conocen como ciencias actividades que en su conjunto no hacen descansar la verdad de sus juicios, en ninguna hipótesis metódica de conocimiento. Éstas son las llamadas ciencias reales, facticias o concretas, cuyos objetos de estudio pueden encontrarse en la naturaleza o en la sociedad, las cuales no contienen en la arquitectura de su construcción el fundamento de su propia unidad, es decir, aquello que es indispensable para poder mirirlas como ciencias, y sin embargo lo son, porque hay "puntos de vista extraesenciales para coordinar verdades en una ciencia. Como más inmediato mencionamos la unidad del objeto, en un sentido más literal. Enlázanse en efecto, todas las verdades que se refieren por su contenido a uno y el mismo objeto individual o a uno y el mismo género empírico. Éste es el caso de las ciencias concretas".¹⁸

Como ejemplo de esta clase de ciencias podemos mencionar a la física experimental, cuya unidad o "cientificidad" sólo es explicable por las matemáticas, y a la jurisprudencia normativo empírica (estudio de un derecho positivo en particular), que sólo es ciencia merced al concepto del derecho como principio unificador de sus juicios, el cual proporciona la jurisprudencia pura (estudio de todo derecho positivo en general).

De lo dicho se desprende que así como hay ciencias en sentido estricto, por contener en su propia estructura el fundamento de su unidad como tales, existen también ciencias en sentido lato, porque sus juicios se encuentran igualmente referidos a un concepto unificador, aunque éste se encuentre fuera de ellas mismas. Y esto es así, porque "el principio unificador puede ser de doble naturaleza, esencial y extraesencial" (Husserl).

c) *El principio de unificación*. Explicitando en qué consiste lo esencial del principio de unificación de una ciencia, Husserl enseña que:

¹⁸ Husserl, Edmundo, *Investigaciones lógicas*, tomo 1, *Prolegómenos a la lógica pura*, traductores Manuel García Morente y José Gaos, Revista de Occidente, Madrid, 1929, p. 238.

Las verdades de una ciencia tienen esencialmente unidad cuando su conexión descansa en lo que ante todo hace de la ciencia-ciencia; y esto es, como sabemos, el conocimiento por el fundamento, o sea, la explicación o fundamentación en sentido estricto. La unidad esencial de las verdades de una ciencia es la unidad de la explicación. Pero toda explicación hace referencia a una teoría y encuentra su conclusión en el conocimiento de los principios de explicación. La unidad de la explicación significa, pues, unidad teórica, es decir, según lo expuesto anteriormente, unidad homogénea de leyes fundamentales, o por último, unidad homogénea de principios explicativos.

Nosotros no entendemos con Husserl los principios explicativos, como algo que se halla fuera de las ciencias mismas y en diversa zona, sino como el más puro fundamento de ellas, como categorías que surcan todos y cada uno de sus juicios, pues si los principios explicativos fueran algo distinto de la ciencia, no se entiende cómo es posible la fundamentación de ésta en aquéllos de una manera racional.

Los principios explicativos no son otra cosa que las condiciones de posibilidad de las propias ciencias, es decir, que los principios de la explicación son immanentes al conocimiento.

Las ciencias exactas, también llamadas gnomológicas, teóricas, formales, eidéticas o ideales, son aquellas en las que el punto de vista concreto de la predicación, el *scopós*, define y delimita su esfera; son las ciencias que abrazan en integridad ideal —explica Husserl— todos los hechos y singularidades posibles. Entre las ciencias anteriores podemos citar a la lógica, la matemática, la mecánica pura, la jurisprudencia pura y todas aquellas cuyos juicios están ligados metódica, dialécticamente, en unidad teórica.

La situación en que se encuentran unas frente a otras las ciencias ideales y las ciencias facticias, “es la de condicionante a condicionado (pues) toda ciencia de principio extraesencial de unificación supone una ciencia de principio esencial que la hace que valga como ciencia. Así sucede con la ciencia normativa del derecho positivo o jurisprudencia concreta y la jurisprudencia pura; aquélla es posible como ciencia en tanto en cuanto que supone a ésta”.¹⁴

Por esto dice Husserl, que “las ciencias normativas dependen de las teóricas y, sobre todo, de las teóricas en el sentido estricto de gnomológicas, de tal modo que otra vez podemos decir que extraen de éstas cuanto hay en ellas de científico, que es precisamente lo teórico”.

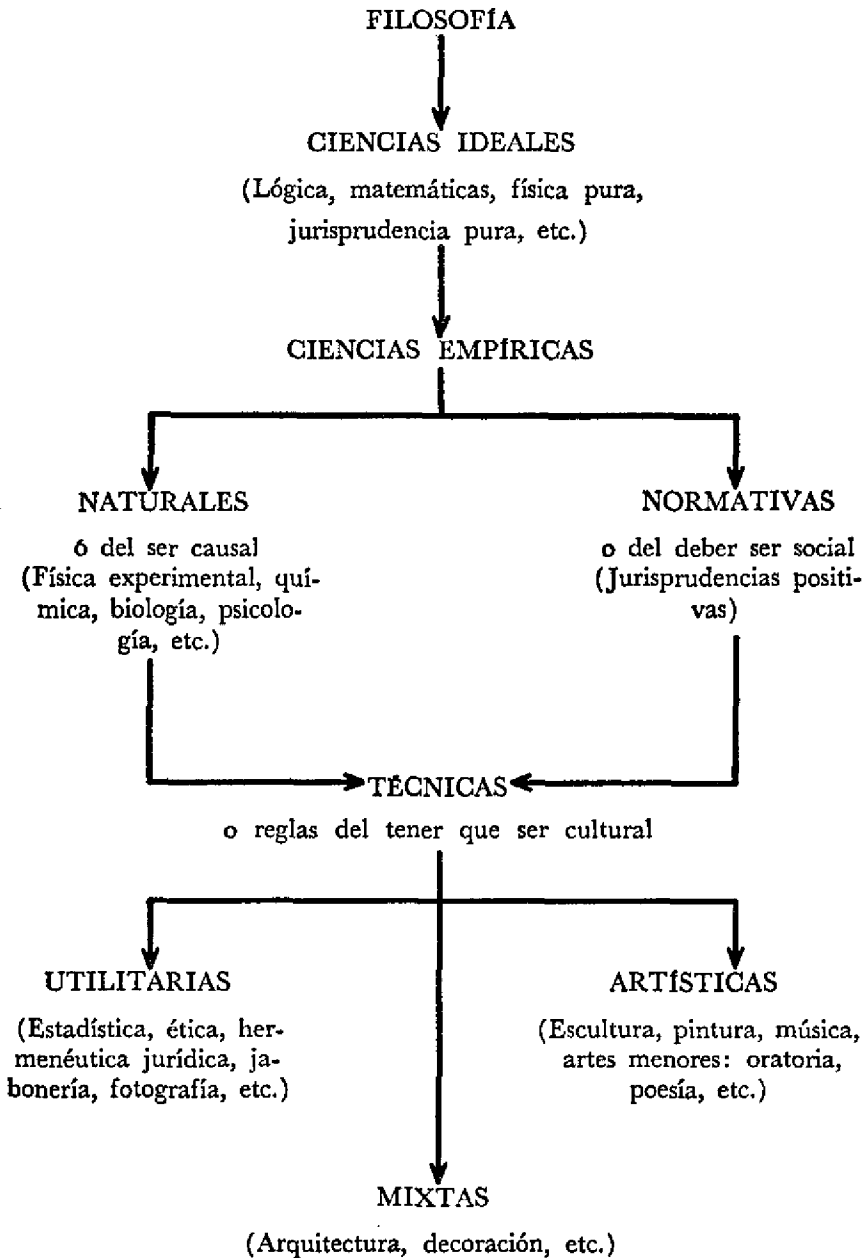
De todo lo anteriormente expuesto podemos precisar, en síntesis, lo siguiente: Históricamente, las ciencias se nos presentan como conjuntos de juicios, que se encuentran conectados dentro de un sistema y no simplemente super o yuxtapuestos. La conexión de esos juicios no es externa, con excepción de los pertenecientes a las llamadas ciencias facticias o de hechos, sino intrasistemática, o sea, en el sentido de la teoría, esto es, en

¹⁴ Rodríguez, *obra citada*, p. 97.

relación de supuesto a consecuencia, de conocimiento condicionante a conocimiento condicionado. De manera que podemos definir la ciencia como *conjunto de juicios en conexión sistemática en sentido teórico*. De lo cual se desprende que la unidad de la explicación reside en la unidad de los principios, que son immanentes a la propia ciencia y no extrasistemáticos, porque si así no fuera, los mismos resultarían externos al conocimiento y, por ende, trascendentes a toda experiencia. Hay dos clases de ciencias, aquellas cuyo principio nómico se encuentra en ellas mismas, y aquellas cuyo elemento unificador les viene de otras ciencias. Las primeras son las llamadas ciencias eidéticas o puras, y las segundas, ciencias facticias o empíricas. Las ciencias puras son las que proporcionan a las ciencias concretas su principio unificador, en el concepto de su objeto. Las ciencias empíricas se subdividen en naturales o del ser causal y normativas o del deber ser social.

d) *La técnica*. La aplicación práctica de los resultados de las ciencias empíricas y aun de las teóricas, da nacimiento a las técnicas o reglas del tener que ser cultural, que sin embargo no pueden considerarse una derivación de aquéllas, ni constituyen una parte del conocimiento, puesto que en las mismas interviene siempre un elemento volitivo, irracional, que procede al azar y se guía por preferencias subjetivas. No obstante lo anterior, como esas técnicas son tomadas en cuenta y, de esta manera, objetivadas por las ciencias empíricas, conviene presentarlas dentro del panorama del conocimiento, en la inteligencia de que sólo poseen un interés histórico. Tales técnicas son de tres clases fundamentales: a) utilitarias o pragmáticas, que persiguen una finalidad mercantil como la jabonería y la carpintería, religiosa como la ética, política como la hermenéutica jurídica, o de cualquier otro carácter no simplemente contemplativo; b) desinteresadas o artísticas, que persiguen una finalidad estética como la escultura y la música; y c) mixtas, que persiguen ambas clases de finalidades, como la arquitectura, la decoración, la música bélica o religiosa, etcétera.

e) *Esquema del conocimiento*



C. EL MÉTODO DE LA FILOSOFÍA

Ninguna cuestión objetiva puede plantearse en absoluto, en el vacío, como los pseudoproblemas metafísicos, sino orientada siempre en el camino de su solución.

F.E.V.B.

1. EL PRINCIPIO DE DIVERSIFICACIÓN

a) *Permanencia y devenir*. Para el materialismo el auténtico método de conocimiento es el dialéctico, el cual interpreta a la manera de Hegel, para quien el método lógico es "la fuerza infinita a la que ningún objeto puede presentar resistencia y por la que no puede dejar de ser penetrado".¹⁵

Dicho método, inventado por Hegel en oposición a la lógica formal, consiste fundamentalmente en la negación del principio de no contradicción, con que el pensamiento tradicional absolutiza al ser, a la substancia, es decir, a la permanencia. En efecto, la lógica clásica parte de que no es posible la validez de dos juicios contradictorios; esto es, si se predica que A es con pretensión de verdad, no se puede predicar que A no es con la misma pretensión. Es decir, que para esta postura ser y no ser se oponen irreconciliablemente, pues lo que es no puede simultáneamente no ser y, en este sentido, lo que no es nunca podrá racionalmente llegar a ser; Callias no puede ser Callias y al mismo tiempo ser Sócrates.

Para el materialismo dialéctico ser y no ser se complementan, superándolos un nuevo ser. A es tesis de su antítesis no A, que son abarcadas por una síntesis *nueva* A, que viene a ser tesis de otra antítesis *nueva* no A, las que a su vez tienen su síntesis y así sucesivamente, con lo que se garantiza el perpetuo devenir histórico. Empero, esta tesis negada siempre y radicalmente por su antítesis destruye al ser, es decir, a la permanencia, porque el ser se diluye íntegramente en el movimiento, en el perenne tránsito dialéctico de tesis, antítesis y síntesis. O en otras palabras: se absolutiza el devenir.

En consecuencia, así como la lógica formal no puede explicar el devenir y, por ello, se contrapone a la historia, así la lógica dialéctica no puede explicar al ser y transforma la historia en un mero torrente incontrolable de palabras, procesos y elementos, por no poder detenerse en parte alguna. Con esto la propia doctrina materialista niega la historia a la luz de su

¹⁵ Hegel, *Lógica*, tomo v, *Obras completas*, p. 330, citado por Natorp, Paul, *Kant y la escuela de Marburgo*, Ediciones Filosofía y Letras, volumen 5, 1956.

método peculiar, el cual pretende ser precisamente el método de la historia. En efecto, si se postula la lucha de clases como el *fieri* de la historia universal, entonces o bien tal lucha no tendrá fin, lo que es contrario a su postulado de la sociedad sin clases, o bien la historia tendrá que detenerse por no ser ya posible la antítesis a la tesis de la lucha de clases.

b) *La razón absoluta*. Por otra parte, de una oposición inconexa entre tesis y antítesis, entre A y *no A*, no puede surgir una síntesis racional constructiva y perenne, pues ésta tendría que ser forzosa y necesariamente el producto de una razón perfecta e incapaz por tanto de todo auténtico progreso, ya que la única dialéctica que puede llevarnos indefinidamente hacia adelante, es la que supone una tensión permanente entre realidad y pensamiento, y no la que postula la identidad de ambos mediante la hipótesis de que el método lógico es una fuerza infinita capaz de construir y destruir los objetos sin obstáculo alguno.

Esta situación no puede salvarla la ciencia de la Lógica de Hegel. En efecto, él sostiene que:

La ciencia pura presupone... la emancipación de la antítesis de la conciencia. Entraña el pensamiento en cuanto éste es, en la misma medida, la cosa en sí, o la cosa en sí en cuanto ésta es, en la misma medida, el pensamiento puro... es por eso tan poco formal, se halla tan poco carente de la materia para un verdadero y real conocimiento, que, lejos de ello, su contenido, y sólo él, es lo absolutamente verdadero o, si queremos seguir empleando esta palabra, la verdadera materia; pero una materia que no es por su forma, un algo externo, ya que esta materia es, por el contrario, el pensamiento puro y, por tanto, la misma forma absoluta. La lógica debe concebirse, por tanto, como el sistema de la razón pura, como el reino del pensamiento puro. Este reino es la verdad, tal como existe, sin envoltura alguna y considerada por sí misma.

Hegel estima que a este contenido puede vérselo como “la representación de Dios, en su esencia eterna anterior a la creación de la naturaleza y de un espíritu finito”.¹⁸

Pero con esa ciencia pura termina la constante carrera de realidad y razón; ésta ya no va en pos de aquélla en persecución infinita, sino que la comprende íntegramente como “una materia que no es, por su forma, un algo externo” al pensamiento. Deja así la realidad de ser un incondicionado y la razón es privada de su función constructiva, el pensamiento no es ya la limitación de lo ilimitado sino la totalidad plena de la realidad, “la verdadera materia”. Para Hegel el método es así la meta, el mero avanzar simultáneo y paralelo. Y aunque él está de acuerdo con nosotros en que la realidad no es externa al pensamiento, en que forma y materia no están una aquí y otra allá, y en que el entendimiento es función ge-

¹⁸ Hegel. *Wissenschaft der Logik*, introducción, en *Samtliche Werke*, tomo III, p. 33. Citado por Cassirer, Ernst, *El problema del conocimiento* (1832-1932), Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 11 y sig.

neradora de la naturaleza (de la naturaleza de las ciencias naturales de fundamento matemático), su sistema implica la paralización del proceso cognoscitivo, porque resulta antihistórico y negativo del auténtico progreso que significa un ir hacia una meta, o mejor: ir con dirección firme y segura, un "perseguir". Esto es, que Hegel da a la razón, con el planteamiento trascendental del problema cognoscitivo, un arma para rechazar todas las limitaciones que se le imponían, al contrario de Kant que gracias a este mismo planteamiento autolimita a la razón en su segura correlación empírica. Pero si el planteamiento trascendental en la teoría del conocimiento, pone en cuestión, toda base tenida por segura e inmovible del saber, carece de todo derecho para afirmarse a sí mismo como segura e inmoviblemente verdadero a la manera hegeliana, pues esto es dogmatismo puro y desembosada metafísica (superior si se quiere a la metafísica realista, en tanto no permanece en el "espacio vacío" del pensamiento, ya que Hegel transforma a éste en la materia absoluta, pero metafísica al fin, porque priva al entendimiento de todo correlato empírico). Es ésta una actitud intrínsecamente irracional, en cuanto la razón se niega a sí misma al afirmarse como perfecta y plena, quitándose toda posibilidad de desenvolvimiento y petrificándose al absorberse en el círculo de acero de su autoconocimiento.

Indiscutiblemente la lógica de Hegel resulta inexpugnable desde adentro, pues elimina toda posibilidad de contradicción y, con ello, cualquier crítica immanente. Es, en este sentido, un sistema perfecto y definitivo, una metafísica acorazada en el seno del *Logos*, en el centro mismo de la *Ratio*. Pero nada explica. Sólo viéndola como una pura negación de la actividad racional, como un concepto huero de sentido, como un poder tan plena y completamente poderoso que no tiene dónde mostrar su fuerza, es posible rechazarla como guía del conocimiento, pues seguir este método es lo mismo que asegurarse el arribo a una Nirvana del intelecto, en donde sólo puede gozarse la total ausencia de actividad racional, puesto que se encierra en la noria de su omnipotencia y total perfección.

c) *La evolución*. Para dar una aparente movilidad a sus estructuras conceptuales rígidas e inmutables, el pensamiento tradicional utiliza indistintamente los términos cambio, transformación, evolución, etcétera, pretendiendo apoyarse en su conocida relación de potencia y acto, la cual consiste fundamentalmente en que un objeto se encuentra en acto, cuando cumple o realiza su fin esencial, y en potencia, cuando no lo hace pero puede llegar a cumplirlo o realizarlo. Así tendremos por ejemplo una pluma fuente en acto, cuando la misma sirve para escribir, y en potencia, cuando está descompuesta. De esta manera intenta el realismo aristotélico tomista, romper el estancamiento del proceso cognoscitivo que deriva de su afirmación rotunda, de que no es posible la validez simultánea de dos juicios contradictorios. Y se trata de explicar el hecho de que un objeto pueda ser de un modo en un momento y de otro distinto en el siguiente, sin dejar por ello de ser uno y el mismo objeto y no dos, arguyendo que todo

ser concreto participa de otro que le es superior y lo comprende, por virtud de un proceso que desemboca en la afirmación de la existencia de un ser que es a la vez único y unitario.

Ahora bien, la relación de potencia y acto resulta inadmisibles por dos razones, a saber: a) el pensamiento objetivo no puede admitir como racionalmente necesaria y universalmente exigible, la existencia de la cosa en sí, del ser en sí, del nóumeno; luego, tampoco es aceptable que un ser concreto participe de otro hasta desembocar en el ser absoluto, y así, la relación de potencia y acto es imposible lógicamente, por no poder pensarse que una cosa sea de un modo en un momento y de otro distinto en el siguiente, sin dejar por ello de ser uno y el mismo objeto y no dos, y b) no es válida la afirmación de que los objetos se caracterizan o conciben merced a su "fin esencial", pues ningún objeto tiene un fin propio o único, primero, porque la finalidad es algo que el pensamiento pone en el objeto; segundo, porque a un mismo objeto se le pueden dar diversas finalidades; y tercero, porque a diversos objetos se les puede dar idéntica finalidad; en efecto, las caídas de agua por ejemplo no tienen ninguna finalidad específica y, sin embargo, la técnica contemporánea las ha puesto principalmente a generar energía eléctrica (el pensamiento, pues, pone la finalidad en las cosas); un lápiz, que es construido por la técnica con la finalidad de utilizarlo en la escritura, puede usarse y se usa entre otros fines, para hacer un torniquete con qué detener una hemorragia (así vemos cómo a un mismo objeto se le pueden dar diversas finalidades); y con la finalidad de escribir pongamos por caso, no sólo se han producido lápices sino también estilos y plumafuentes (de manera que a diversos objetos se les puede dar idéntica finalidad); por tanto, al no tener los objetos un "fin esencial", nunca podrá establecerse objetivamente si se encuentran en acto o en potencia.

Un concepto objetivo de la evolución, del cambio, de la transformación, únicamente es posible alcanzarlo merced a la noción del tiempo, es decir, a la relación de temporalidad de que antes se ha hablado. El cambio sólo es posible por el tiempo en cuanto éste anticipa el futuro y, con ello, hace posible el pasado, porque sin futuro no puede haber pasado ni, por ende, cambio alguno. Es así la anticipación posibilitada por la relación de temporalidad, la que permite pensar el cambio o transformación de un mismo objeto empírico, es decir, su evolución entendida dialécticamente, como movimiento conceptual. Conviene destacar aquí que, en sentido teórico, no puede hablarse de presente sino sólo de evolución, de cambio, esto es, de futuro y de pasado, pues ¿qué vendría a ser el presente fuera de una paralización convencional del pasado más o menos inmediato? Nada. Debe señalarse también que aun cuando pasado y futuro se condicionan recíprocamente, éste constituye un *prius* lógico en relación con aquél, ya que el futuro carece de todo contenido empírico siendo, sin embargo, el supuesto indispensable del pensamiento del pasado que se encuentra pleno de realidad.

d) *Diversificación e identificación.* El auténtico método lógico tiene que explicar tanto la permanencia como el movimiento, el ser y el no ser en conexión dialéctica, pues de lo contrario se niega la historia o se la vuelve un fluir inconsistente e inasible por la conceptualización. Lo primero si se absolutiza la permanencia y lo segundo si se absolutiza el devenir.

Entonces el principio de "contradicción" debe ser entendido de manera diversa de como lo entiende la lógica formal (no contradicción), pero sin negarlo como la lógica dialéctica (sí contradicción). Esto es, que debe relativizarse tal principio, restringiendo su validez a la aplicación que de él se haga en una misma relación de conocimiento, o sea, que si A es verdadera en un sentido, $no A$ puede ser también verdadera en otra dirección. *Verbi gratia*, "los tres ángulos de un triángulo suman siempre 180 grados", en la geometría euclídea, pero "los tres ángulos de un triángulo no suman siempre 180 grados", en otras geometrías. Esto se entiende más claramente cuando consideramos que si A es igual a 1 uno, también puede ser igual a algo distinto de 1 uno: A igual $\frac{1}{2}$ más $\frac{1}{2}$; A igual a $\frac{1}{2}$ más $\frac{1}{4}$, más $\frac{1}{8}$, más... $\frac{1}{n}$; con lo que se destruye la identidad absoluta de A consigo misma y se le capacita, por ende, para comprender también a $no A$ en la función sintética del pensamiento. Es decir, que A no es un objeto dado, sino apenas un problema, una X , una incógnita a despejar; y esta X es igual a a , pero también lo es a , b , a , c , a , d , etcétera, sin limitación alguna.

Analicemos una X cualquiera, la hoja de un árbol por ejemplo. Esa X se enunciaría así: ¿qué es esto para el conocimiento natural, para la botánica? Posibles respuestas: a) un cuerpo, b) un cuerpo verde c) un cuerpo verde, liso, d) un cuerpo verde, liso, lanceolado, e) un cuerpo verde, liso, lanceolado, de tales dimensiones, f) ... etcétera, hasta el infinito.

A y $no A$ no tiene sentido predicarlos de un mismo objeto, de una misma X , pues por ejemplo la hoja de un árbol no puede ser verde y no verde. Pero si por A entendemos al objeto, a la X y decimos que el mismo tiene la cualidad a , esto no nos impide racionalmente afirmar que también tiene la cualidad b , con lo que A comprende a a y a b , porque es al mismo tiempo y en la misma dirección una y otra, ya que por ejemplo la hoja de un árbol puede ser verde y al mismo tiempo lisa, con lo cual se muestra que A es, que tiene ser. Pero como los predicados de A no se agotan en a y b ni en c y d , sino que los mismos constituyen una serie infinita, se muestra también que A , que el concepto dialécticamente integrado, explica el devenir histórico al determinar a la cultura como un *fieri*, como un incansable constructor del objeto. La ciencia nunca termina de conocer sus objetos. La ciencia natural está agregando cada día nuevos predicados a sus materias de investigación. Esto es particularmente notorio en el tiempo que nos ha tocado vivir, puesto que la física nuclear ha venido a abrir nuevos e inexplorados campos de investigación a los cultivadores de disciplinas como la química y la biología.

En resumen, el principio de no contradicción es válido cuando se aplica en la misma relación de conocimiento, pues un objeto no puede tener a la vez

las cualidades a y $no a$, pudiendo sin embargo tener a un tiempo las cualidades a, b, c, d , etcétera, pero es incapaz de impulsar por sí solo tal conocimiento, porque no puede promover las siempre renovadas adquisiciones de la ciencia, ya que sólo asegura la diversidad de los predicados del ser como no contradictorios entre sí, los que por otra parte se identifican con él en virtud del principio de identificación relativa (no identidad tautológica) del ser con todos y cada uno de esos distintos predicados. Es decir, en el juicio “el triángulo es un polígono de tres lados”, el principio de no contradicción nos permite asegurar la validez de los predicados “polígono” y “polígono de tres lados” como referidos a un único objeto, en cuanto los mismos no se oponen contradictoriamente; y el principio de identidad progresiva nos permite identificar el objeto (concepto) triángulo con el predicado “polígono” y, también, con el diverso predicado “polígono de tres lados”.

e) *Identidad tautológica e identificación progresiva.* Decir que todo objeto es igual a sí mismo (principio ontológico de identidad), constituye una simpleza tal, que nadie, en su sano juicio, consideraría digno siquiera de enunciar. Empero, esta identidad del objeto (concepto) consigo mismo, no la garantiza en cuanto a su certidumbre u objetividad, sino la identidad del proceso cognoscitivo que lo determina como tal. De consiguiente, siendo el conocimiento un proceso que se desarrolla interminablemente, la identidad del objeto (concepto) no es absoluta, ni por ende, tautológica, sino funcional y explicativa del avance infinito del propio conocimiento, que merced a la identificación sucesiva del objeto (concepto) con el punto de mira de la predicación, se va generalizando de manera progresiva. Así ocurre, por ejemplo, en la siguiente determinación científica del objeto (concepto) aire: a) el aire es un cuerpo, b) el aire es un cuerpo pesado, c) el aire es un cuerpo pesado, compuesto principalmente de nitrógeno y oxígeno, en proporción de 4 a 1, etcétera. Esto es, que lo que interesa al conocimiento no es la identidad del objeto como tal, porque para ello habría que aceptar el dogma de que los objetos existen en sí mismos e independientemente de su determinación objetiva, sino la identidad del proceso seguido para alcanzar esta determinación objetiva.

Por tanto, el principio lógico de identidad no es el que se enuncia diciendo: “es verdadero todo juicio en el que sujeto y predicado son idénticos”, sino el que se expresa como “la función metódica del conocimiento que, en todo juicio, determina el objeto identificándolo progresivamente con el punto de vista de la judicación”, o sea, la tarea infinita de la ciencia consistente en generalizar el conocimiento por identificación progresiva de lo aparentemente diverso.¹⁷

Decir que A es A , que el Sol es el Sol, que 1 es 1, es casi una tontería y, lo que resulta más grave, no sirve para nada, es algo completamente

¹⁷ Cf. mi estudio *El principio de contradicción*, “Revista Filosofía y Letras”, números 55-56, México, 1954, p. 63.

estéril. Y como la esterilidad no puede ser misión de la ciencia, el principio de identidad absoluta no es un principio científico.

f) *La continuidad*. En consecuencia, ni la identidad ni la contradicción aisladamente consideradas, son principios aptos para explicar el progreso continuo de la ciencia, porque todo juicio, a la vez que generaliza el conocimiento por identificación del objeto con el punto de mira de la predicación, especifica dicho conocimiento al diversificar o individualizar el mismo objeto mediante los varios predicados que sucesivamente le va adjudicando. Y como el conocimiento es progresivo y es continuo, cada nuevo juicio implica la "limitación del proceso generalizador y de la función especificadora", representando así un paso más "en el camino infinito de la identidad y de la diversificación perfectas del conocimiento". La de limitación es así la categoría que resulta de la unidad sintética de las categorías de la identidad relativa y de la diversificación o no contradicción. Conocer es, pues, la correlación inescindible "de la función generalizadora y el proceso diversificativo".¹⁸

Esta correlación creadora, esta fuente inagotable de verdad, es lo que Hermann Cohen ha llamado *juicio del origen*, considerando que el fundamento u origen dialéctico del conocimiento radica en esta síntesis suprema: identidad de la diversidad, diversidad de la identidad; síntesis que significa la continuidad, esto es, el conocimiento como proceso, como tránsito o movimiento del pensar, como dialéctica.

Ya en este punto podemos precisar, que los tres principios supremos de la lógica son los de identidad relativa o juicio positivo, diversidad o juicio negativo y continuidad o juicio del origen, así como que el conocido principio de tercero excluido de la lógica tradicional no puede funcionar en la lógica crítica, pues los juicios científicos no pueden pensarse como absolutamente contradictorios entre sí, sino simplemente como diversos.

Antes de seguir adelante, conviene salir al paso de una posible crítica del realismo, consistente en que ya Brentano enseñaba dentro de esta dirección, que "es imposible que una misma propiedad y en un mismo sentido se afirme y se niegue al mismo tiempo de una cosa",¹⁹ pues cuando hablábamos de que el principio de no contradicción sólo es aplicable "en la misma relación de conocimiento", nos referíamos a la relación puramente lógica que construye u objetiva al objeto en la conceptualización, de la manera que antes se ha explicitado, y no a la llamada relación ontológica que presupone a su objeto fuera del juicio, como hacen Brentano y todos los realistas, pues en esta dirección el principio lógico formal de no contradicción también absolutiza al ser al postularlo fuera del conocimiento. De modo que no es verdad que el mencionado autor, ya se hubiese percatado del principio de diversificación que postula la lógica crítica.

¹⁸ Larroyo y Cevallos, *obra citada*, p. 125.

¹⁹ Brentano, Franz, *Aristóteles*, traductor Moisés Sánchez Barrado, Edit. Labor, Barcelona, Bs. As., 1930, p. 46.

Sobre la base de relativizar el principio de no contradicción, sí es posible una dialéctica científica, ya que si A es verdadera en un sentido y $no A$ lo es también en otra dirección, entonces surge la síntesis en un concepto que las comprende a ambas y se postula como una nueva tesis para otro proceso sintetizador. Es, pues, la dialéctica que progresa por tesis, heterotesis (no antítesis) y síntesis, la que puede explicar la historia que es a un tiempo ser y devenir, permanencia y movimiento. Esto resulta claro en el siguiente ejemplo: **TESIS:** Todos los cuerpos celestes —cuyos pesos son distintos y sus distancias al observador diferentes— giran a la misma velocidad en torno de la Tierra (observación empírica históricamente corroborada). **HETEROTESIS:** Los cuerpos más pesados se desplazan más lentamente que los menos pesados. Los cuerpos más cercanos se desplazan más rápidamente que los más alejados (leyes de la Mecánica). **SÍNTESIS:** Es válido suponer que la tierra gira sobre su propio eje, lo cual avala como simultáneamente verdaderas a la tesis y a la heterotesis, que se presentan por sí mismas como aparentemente contradictorias (tesis-antítesis), pero que no lo son realmente.

g) *El origen.* Para entender mejor los principios supremos de la lógica crítica, es menester precisar lo siguiente: Respecto del principio del origen conviene tener en cuenta, que en tanto el Comienzo remite a las cosas como dadas, el Origen representa al pensamiento una perspectiva de ir hacia el infinito, por lo que el juicio del Origen es el juicio del Infinito, esto es, que el Origen es la fuente del conocimiento y, por ello, inagotable, infinito; lo infinito admite determinaciones finitas; y el Origen está en relación con el futuro, porque la ciencia tiene pasado, presente y, especialmente, futuro, y porque nada está hecho, dado. En cuanto al principio de identidad relativa debe tomarse en consideración, que “una cosa es lo que es en tanto puede ser pensada” y que el ser es el pensar, en tanto el ser es el problema del pensamiento. Y respecto del principio de diversificación, que el no ser contradice la identidad y el origen, por lo que el llamado principio de no contradicción de la lógica formal, al referirse al no ser absoluto en vez de al devenir o tránsito dialéctico, carece de toda funcionalidad explicativa en el marco de la historia universal.

h) *Resumen.* Resumiendo lo hasta aquí expuesto puede decirse, que todo conocimiento apoyado en las leyes fundamentales de la razón tiene carácter científico. Así, ningún juicio científico puede ser falso en el sentido de carecer de validez racional. Esto es, que los juicios objetivos no son sino los juicios científicos, y como la ciencia es conjunto de juicios en conexión sistemática en sentido teórico, es decir, un todo orgánico, dentro de ella no puede haber contradicciones, pues si las hubiere no sería ciencia. O en otras palabras: toda contradicción aparente dentro del conocimiento, será posible resolverla acudiendo a los conceptos fundamentales o categorías que rigen su construcción. Por tanto, ninguna aplicación tiene en el ámbito de la investigación racional, el llamado principio de la no contradicción que postula la lógica clásica o aristotélica.

El principio lógico que funciona explicativamente dentro del conocimiento objetivo, es el de diversificación, que asegura la diversidad de los predicados del ser, entendido éste teoréticamente, como no contradictorios entre sí. Dicho principio nunca funciona de manera aislada, sino que lo hace en adjunción con el principio de identificación progresiva, en virtud del cual se identifica íntegra pero no absolutamente, al objeto con todos y cada uno de sus diversos predicados. El funcionamiento mancomunado de estos dos principios lógicos, trae aparejada la consecuencia de que el conocimiento no presente soluciones de continuidad, es decir, de que el saber no progrese a saltos, de que no tenga lagunas. Esto es lo que se llama principio de limitación o de continuidad del conocimiento, o también, juicio del origen, principio lógico supremo.

2. LEGITIMACIÓN DE LOS PROBLEMAS

a) *Los elementos componentes del juicio.* La lógica tradicional considera el juicio compuesto de tres elementos: sujeto, cópula y predicado. El primero sería el objeto de conocimiento, el tercero, un concepto prefabricado e independiente de tal objeto, y el segundo, un nexo que la función judicativa pone entre aquéllos. Es de notarse que esta estructura del juicio lógico es idéntica a la del juicio gramatical. Por ello se estima que la lógica aristotélica es gramaticista. Pero lo más importante es que para esta corriente, el conocimiento no se da en el juicio mismo sino que deriva o depende de dos elementos preteóricos: el objeto cognoscible y el sujeto cognoscente. Sin embargo, tal posición no es subjetivista, puesto que el criterio de verdad lo sitúa en la adecuación entre el pensamiento y la cosa. Pero sí es dogmática, por cuanto esa adecuación no la garantiza más que la fe, la creencia o la opinión personal.

Lo más endeble del pensamiento aristotélico tomista, se encuentra en la circunstancia de que hace depender lo racional: el conocimiento, de dos irracionales: el objeto cognoscible y el sujeto cognoscente, sin los cuales, dice, es imposible el juicio, pues nadie puede conocer lo que no existe, ni juicio alguno sobre el objeto puede emitirse si no es por un sujeto que lo conozca. Esta posición obliga a sus seguidores a creer, a tener fe en que existen el objeto y el sujeto como la *conditio sine qua non* de la validez del juicio.

La Historia muestra que en el terreno de las creencias y de los dogmas todo es posible, y que nadie tiene mejor derecho que otro para creer lo que le plazca, tanto en el terreno religioso como en el político y en el artístico. Pero en el ámbito del conocimiento científico no existe tal libertad, porque en él no cuentan las opiniones y está subordinado a su propia legalidad lógica. Entonces, la única fuente histórica de certidumbre se encuentra en la ciencia y no en el arte, la política o la religión. De manera que el

punto de partida de la investigación filosófica no puede estar más que en el conocimiento científico, en el juicio. Y así, éste no puede tener la estructura que le da el pensamiento tradicional, pues en el comienzo de tal investigación no se pide creer en nada, sino por el contrario, exigir la demostración metódica, sistemática de la validez racional y exigibilidad universal de cada proposición filosófica, por lo que no existen para el punto de vista del pensamiento de la ciencia, objetos y sujetos en sí mismos, ni conceptos prefabricados, pues todo concepto, objeto o sujeto se tendrá que determinar por la propia ciencia, la cual, en tanto que método, crea sus objetos, que no son sino los propios conceptos como ya se ha visto, entre los cuales se encuentra el sujeto individual, objetivado por la psicología, la biología y demás ciencias naturales.

El juicio nos queda, entonces, como una mera relación de conocimiento, dentro de la cual sólo pueden descubrirse dos elementos básicos, entre los que media una forzosa conexión, pues el segundo no es posible sin el primero, y que son: una pregunta y una respuesta, esto es, objeto o problema y predicado o solución. Y como no hay respuestas sin preguntas previas, resulta innecesario inventar la cópula para enlazarlas, como hace la gramática para dar forma a la oración, uniendo substantivos entre sí o substantivos y adjetivos, mediante el verbo.

b) *El planteamiento de las cuestiones.* El haber mostrado que todo juicio implica otro anterior del que deriva su validez racional, nos enseña que el conocimiento es una conexión sistemática de juicios, en la que cada uno de ellos es consecuencia de otro anterior y antecedente de otro posterior. Así, un juicio es válido en y por su conexión sistemática en sentido teórico, es decir, sólo en y por la relación de conocimiento condicionado en que se encuentra respecto de un juicio o conocimiento precedente. Claro está que la cadena de los juicios tiene un principio en la hipótesis radical que fundamenta al sistema. Esto es, ningún juicio aislado es verdadero.

En estas condiciones, podemos afirmar que, por ejemplo, "el oro es un metal" no es un juicio válido independientemente examinado, porque para la ciencia económica el oro no es un metal sino "un instrumento de cambio". Por el contrario, "el oro es un metal para la física" sí es un juicio válido, porque esta ciencia nos enseña que los elementos son clasificables en metales y metaloides, así como que el oro presenta las características atómicas de los primeros.

O en otras palabras: el juicio "el oro es un metal" constituye una de las posibles soluciones a la pregunta "¿qué es el oro?"; pero esta cuestión podría también responderse diciendo que "el oro es un instrumento de cambio", "el oro es un símbolo de riqueza", "el oro es la perdición del hombre", etcétera. Respuestas todas que pueden estimarse correctas desde determinados ángulos, pero erróneas desde otro enfoque, porque el oro es un instrumento de cambio para la economía, pero no lo es para la física.

Con lo anterior queda de manifiesto que no es correcto preguntar ¿qué

es el oro? en absoluto, sino que es preciso señalar además qué ciencia, qué dirección de conocimiento, qué método puede darnos la respuesta buscada. Pues bien, esto ocurre con relación a todos los objetos de conocimiento. Ninguna pregunta científica se plantea en absoluto, o sea, en el vacío, sino orientada siempre en el camino de su solución. Un objeto en absoluto no es nada.

El no haberse dado cuenta de lo anterior, es lo que constituye el más grave error de los "filósofos" tradicionalistas, quienes han perdido lamentablemente el tiempo preguntando en absoluto por diversos objetos de conocimiento, como por ejemplo ¿qué es la Justicia? Si hubiesen indagado concretamente sobre ella, tal vez habrían encontrado respuestas satisfactorias. Verbigracia, ¿qué es la Justicia para el derecho positivo mexicano contemporáneo? Porque entonces podría responderse, sin discusión posible, que la Justicia en el México de hoy está objetivamente determinada en el contenido de la Constitución de 1917. Del mismo modo, la justicia comunista es la contenida en las Constituciones de los países socialistas del mundo. Y la justicia capitalista, la que expresan las Cartas Fundamentales de los Estados liberales.

c) *El libre albedrío.* El propio error anotado se observa en el planteamiento de las cuestiones fundamentales de la metafísica: a) ¿es libre el hombre?, b) ¿existe Dios?, c) ¿el alma es inmortal?, etcétera, pues en ellas se ha preguntado por el Hombre, por Dios y por el Alma en absoluto o en sí. Veamos lo que una investigación objetiva puede decirnos acerca del primero de estos problemas, tomando en consideración que no toda preocupación individual es una auténtica aporía.

Frente a la pregunta ¿es libre el hombre?, se han desenvuelto en el curso de la historia dos corrientes igualmente fundadas y razonables en sus conclusiones: la determinista, que sostiene que el hombre no es libre, y la indeterminista, que afirma que sí lo es. Ambas posiciones se encuentran en abierta pugna y polemizan sin que el triunfo parezca favorecer a ninguna de las dos, pues sus argumentos son igualmente sólidos. Nos abstendremos de enunciar siquiera las razones que se esgrimen por uno y otro bando, en virtud de que como veremos, no existe contradicción entre sus respectivas conclusiones, sino sólo un erróneo planteamiento del problema, error común a los deterministas y a los indeterministas.

Lo que ocurre es que la pregunta ¿es libre el hombre? tiene dos sentidos y consecuentemente, dos respuestas diversas pero no contradictorias. El primer sentido es el que designa con el término hombre un simple fenómeno natural: la unidad biológica hombre. En esta dirección, al mismo sólo podremos conocerlo de una manera determinista, esto es, en la relación forzosa y necesaria de causalidad, pues de otra suerte no podríamos ni siquiera pensarlo, ya que, ¿dónde está el fenómeno de la naturaleza que pueda concebirse como tal si no lo suponemos inserto en la serie causal? En ninguna parte, pues la indeterminación es algo por completo

ajeno al mundo del ser, de la realidad natural, por lo que ni siquiera tiene sentido plantearse como problema si la unidad biológica hombre es o no libre, toda vez que no puede ser pensado fuera de la relación de causalidad, o sea, como forzosamente determinado.

El segundo sentido de la pregunta ¿es libre el hombre?, es el que entiende por hombre un fenómeno cultural, dirección en la cual sólo podemos conocer al hombre como persona jurídica, es decir, como un centro ideal de imputación de deberes y facultades, esto es, en la hipótesis necesaria e ineludible de la libertad, pues la norma, el deber ser, sólo es tal cuando admite la posibilidad de la conducta contraria a la querida por el legislador, ya que de otra suerte lo enunciado en la norma expresaría lo que ocurre y no lo que debe ocurrir, lo que es y no lo que debe ser, un ser y no un mandato, pues diría lo que se hace más no lo que se debe hacer. La determinación es algo por completo ajeno al mundo del deber, a la relación imputativa, por lo que tampoco tiene sentido plantearse como problema si la persona jurídica hombre es libre o no lo es, toda vez que no puede ser pensada fuera de la relación de imputación normativa, o sea, como necesariamente indeterminada.

En consecuencia, la pregunta genérica ¿es libre el hombre? no es una auténtica aporía, una cuestión científica, porque para la biología el hombre no es libre y para la jurisprudencia sí lo es. De manera que las preguntas correctas son: ¿es libre el hombre para la ciencia biológica? y ¿es libre el hombre para la ciencia jurídica? Y así propuestas las cuestiones, las respuestas maduras e indisputables son que no es libre el individuo de la biología, porque no puede eludir la ley causal, y sí lo es la persona jurídica, en cuanto sólo puede *estar obligada* a realizar una cierta conducta, si está en aptitud de desobedecer el mandato.

d) *La existencia de Dios.* La pregunta ¿existe Dios? se plantea sobre un objeto esencialmente vago, por subjetivo, pues Dios es para cada uno lo que él mismo piensa al respecto, por lo que para considerarla es menester inquirir previamente, qué se entiende por Dios de manera universal y objetiva. Ahora bien, esta cuestión no se la ha planteado ni se la puede plantear ciencia alguna (teórica, normativa o natural), sino que sólo puede ser propuesta por las religiones, las cuales constituyen una actividad fundamentalmente diversa de la científica, por implicar toda religiosidad una actitud particularista, la cual se opone a la científicidad que se sustenta en la actitud universalista, pues en tanto la religión afirma poseer la verdad absoluta, la ciencia sostiene modestamente que sólo alcanza verdades relativas a las hipótesis en que se fundamenta. En consecuencia, la existencia o inexistencia de Dios no puede constituir ningún problema, esto es, la ciencia como tal no puede afirmar ni negar la realidad de Dios, pues para ella sólo existe lo objetivo y Dios es esencialmente una preocupación subjetiva.

Según Joseph Maréchal, pensador neotomista:

Negar el Ser necesario, es destruir el fundamento de toda posibilidad. Luego queda suprimido todo "posible". Pero suprimir todo "posible" (*alles Mögliche*) es negar el mismo pensamiento objetivo, suprimiendo todo contenido posible del pensamiento (*alles Denkliche*). Ahora bien, negar el pensamiento objetivo mismo es una imposibilidad *a priori*, ya que el pensamiento objetivo negado en un juicio, se afirma implícitamente por su misma negación. Luego suprimir toda realidad de los posibles es una imposibilidad *a priori*, como igualmente suprimir toda existencia o suprimir la existencia del Ser necesario.²⁰

La logmaquia anterior, que su autor pretende apoyar en el pensamiento kantiano, se fundamenta en una falsedad: la de que negar el Ser necesario es destruir el fundamento de toda posibilidad. Lo que Kant afirma al respecto es que "lo que suprimiría toda posibilidad es absolutamente imposible", o sea, que es imposible o contradictorio lo que suprime toda posibilidad, por lo que la ausencia de toda existencia es imposible. La jurisprudencia pura, por ejemplo, no requiere de ningún ser trascendente, necesario o innecesario, para mostrar el fundamento de su posibilidad como ciencia, la cual funciona explicativamente en la experiencia jurídica histórica y se apoya en hipótesis heurísticas como la de la norma básica. La geometría euclidea tampoco requiere de nada trascendente para estructurarse como ciencia y mostrar su posibilidad racional, sustentándose en postulados como el de que dos líneas paralelas prolongadas hasta el infinito, no se encuentran nunca. Claro está que si considerásemos como Maréchal y todos los realistas, que existe una realidad dada preteóricamente y, por ende, exterior al conocimiento científico, entonces sí nos enfrentaríamos a la necesidad de construirnos un ser trascendente, para derivar de él la posibilidad metafísica de una imposible realidad objetiva. En consecuencia, el texto de Maréchal no atañe ni de lejos al fundamento de nuestro aserto, de que Dios es una preocupación subjetiva.

e) *La inmortalidad del alma*. Con respecto a la pregunta de si el alma es inmortal, podemos decir lo mismo que en lo tocante a la existencia de Dios, por ser ésta del alma otra cuestión puramente religiosa. Sin embargo, por alma se ha entendido también una realidad psíquica, como es el conjunto de las facultades mentales del individuo. El alma como capacidad individual de raciocinio, emoción y decisión, es una realidad natural indiscutible, por haberla determinado como tal la psicología naturalista animal. Ahora bien, según esta disciplina, toda psique se sustenta en una entidad biológica y no puede existir sin ella. Luego, si todo organismo muere, forzosamente tendrá que morir también su psiquismo. Conviene aclarar que

²⁰ Maréchal, Joseph, *La crítica de Kant*, traductor Leonardo Castellani, ediciones Penco, Bs. As., 1946, p. 97.

por muerte entendemos aquí la cesación de las principales funciones de la vida vegetativa de un organismo animal, esto es, que no nos referimos a la muerte en sentido jurídico, o sea, como extinción de facultades y deberes de la persona.

Por otra parte, el alma entendida como conciencia trascendental integrada por razón, voluntad y sentimiento puros, es una hipótesis de conocimiento que, como tal, no es posible poner en cuestión, ya que para hacerlo sería indispensable partir de otra hipótesis o supuesto más radical aún que aquélla. Así, tampoco tiene sentido preguntar si el alma es o no inmortal, ya que sin la hipótesis de la conciencia científica o ego trascendental, ni siquiera sería posible tal pregunta, porque no lo sería el mismo conocimiento.