

MARÍA G. FAUROUX

Ideas para una
Introducción al Derecho

REIMPRESIÓN

Advertencia al lector
El contenido de la presente obra no ha sufrido
modificación alguna respecto de la edición anterior,
con excepción del diseño gráfico.

 AbeledoPerrot

Buenos Aires / Bogotá / México / Santiago

Fauroux, María Gerónima
Ideas para una introducción al derecho. –
1a ed. 2a reimp. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
200 p.; 18x14 cm.

ISBN 978-950-20-1331-2

1. Teoría del Derecho. I. Título
CDD 340.1

ISBN 978-950-20-1331-2

Todos los derechos reservados
© AbeledoPerrot S.A.
Administración y redacción
Callao 410, 3º piso
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044
Fax.: (54-11) 5239-1879
info@abeledoperrot.com
Buenos Aires – Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Se terminó de imprimir el día 15 de enero 2010,
en COOPERATIVA GRÁFICA VUELTA DE PÁGINA,
Carlos Pellegrini 3652, Ciudadela, República Argentina

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

El propósito de este libro es muy modesto.

Se trata en él —simplemente— de expresar algunos puntos de vista sobre una temática tan vasta y compleja como la que propone el programa de la materia Introducción al Derecho, tal como se dicta en algunas universidades de nuestro país: la Nacional de Lomas de Zamora y la Católica de La Plata, por ejemplo.

Es sabido que en ellas y singularmente, se han remarcado los aspectos humanos del Derecho. Los distintos momentos de la problemática jurídica se han trazado de modo de mostrar cómo se inserta el Derecho en un proyecto de existencia que tiene como dimensiones fundamentales el encuentro y el diálogo.

Una visión así del Derecho, que desplaza los elementos meramente externos y coactivos y trata de penetrar en el sentido profundo de la relación hombre-derecho, abre obviamente una gama de problemas (referidos al hombre, al Derecho y a la relación entre ambos) que por su magnitud reclamarían una obra de inmensa envergadura, acaso colectiva.

No descarto la idea de que algún día se la pueda realizar.

Mientras tanto, las urgencias de los requerimientos puntuales de la actividad académica, y en especial la necesidad de los alumnos de contar con algunos elementos

de base, me han llevado a publicar este breviario que trata de expresar, mínimamente, algunas aproximaciones a temas decisivos del hombre y el Derecho, como modo de invitar a pensarlos y profundizarlos.

Todo él es producto de los trabajos en la cátedra. De las lecturas compartidas, de las reuniones grupales, de las discusiones y de las clases.

Y del compromiso de afirmar, en un mundo cuyas aristas se muestran en tantos sentidos problemáticas, la importancia de la cultura del Derecho como expresión de respeto a la dignidad del hombre.

Ojalá que aun en la brevedad de su propósito y de sus páginas, este libro pueda servir para que una Introducción al Derecho propuesta de este modo, desarrolle sus frutos fecundos de armonía y paz.

M.G.F.

UNIDAD I

CAPÍTULO I EL HOMBRE

Cada hombre es único. Cada uno tiene una manera singular de ser persona.

Es inédito, diferente, inconfundible, no sumable dentro de una especie, no sustituible por ningún otro.

El nombre propio distingue precisamente esa unicidad que sólo el hombre posee. (Las cosas se numeran o bien, se designan con términos genéricos).

Somos entonces un "yo", pero nos constituirnos tales en el encuentro con los otros. La apertura al tú no es un accidente posterior, sino esencial para mi unicidad personal¹.

En todo lo que somos, está contenida una relación con nuestros semejantes que no puede pensarse en modo alguno separada de nuestra vida.

Por ello, la persona es una estructura relacional que consiste en la autoposesión consciente de su ser relacional. La autoconciencia y la autodeterminación no serían posibles sin el tú.

El tú que pone a mi disposición un mundo cultural históricamente construido; que me ayuda a ingresar en él mediante la imitación primero y la educación (incluyendo la

¹ NEGRI, Héctor, "Ser junto a los otros", *Revista Derecho y Diálogo*, año II, nro. 7, La Plata, 1992.

formación del espíritu crítico de ese mismo mundo) después; que me constituye, que me hace ser alguien y que me acoge para que yo responda y le permita ser también un "yo".

Nada de lo que somos, o hacemos, sería o tendría sentido —entonces— sin la participación de los otros.

El hombre aislado que proponía la egología es una ilusión, el producto de una conciencia que no ha podido tener en cuenta la realidad de esta interdependencia esencial².

La teología judeocristiana ha sostenido que hay un Otro Absoluto que es el fundamento último de mi unicidad, el que primero me ha amado por mí mismo y que ha hecho posible el encuentro con los demás: Dios. Pero incluso al conocimiento de Dios no se llega sino a través de los demás hombres, su llamado no se percibe sino atendiendo al llamado de los otros.

La palabra "Otro" no implica, propiamente, el no-yo, lo que no es yo, sino aquel que es susceptible de acogerme. Como yo soy una espera del Otro, así el otro es una espera de mí. Estoy expuesto a su llamado. Me exige ser tratado como alguien³.

El otro es constitutivo de la existencia personal, no sólo en la relación intimista "yo-tú" que tan bien describiera Martín Buber, sino que al decir "el Otro" quedan incluidas todas las personas.

El lenguaje revela claramente la estructura dialogal e interpersonal de la existencia.

² Comp. KWANT, Remy C., *Filosofía Social*, págs. 11 y sigs.

³ Ver LEPP, Ignace, *La Comunicación de las Existencias*, pág. 27.

La palabra no es sólo un medio para comunicar algo y dominarlo, es un instrumento de encuentro en sí mismo, por lo tanto es un medio de personalización.

Pero sobre todo el amor (el que recibimos y el que entregamos a los demás) nos dice que la persona se constituye en la apertura del yo y no en su aislamiento⁴.

El hombre es, en este sentido, un ser indigente y un ser oferente⁵.

Para descubrirse, para valorarse, necesita ser valorado por los otros, mirarse en los ojos de los otros.

Pero además necesita darse a los demás.

La persona, en síntesis, "no existe sino hacia los otros, no se conoce sino por los otros, no se encuentra sino en los otros"⁶

El hecho fundamental de la existencia es que todo hombre es interpelado como persona por otro ser humano, en la palabra, en el amor y en la obra, y debe dar su respuesta.

Pero esa respuesta, sin embargo, puede ser diversa: aceptación o rechazo. El encuentro con el Otro hace nacer así esperanzas pero también temores.

En efecto, si bien el diálogo y la comunión existencial se pueden dar, también aparece el rechazo, la agresión, la cosi-

⁴ Antonio Machado ha marcado muy bien este hecho: "Moneda que está en la mano / quizás se deba guardar / la monedita del alma/ se pierde si no se da".

⁵ LAFÍN ENTRALGO, Pedro, *Teoría y Realidad del Otro*, págs. 35 y sigs.

⁶ MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo*, pág. 20.

fificación. El trato humano encierra por igual diversas posibilidades de cooperación y de conflicto⁷.

Pero, además, siempre escapa algo del otro a nuestro más completo esfuerzo de comunicación; algo, en el fondo de nosotros, se resiste a veces al esfuerzo del tú por encontrarse; la finitud de la propia existencia no nos permite abarcar a todos los hombres en nuestro diálogo...

Así aparece en el existir el signo del fracaso y el mal.

I. FORMAS FUNDAMENTALES DE LAS RELACIONES INTERSUBJETIVAS*

Existen entonces dos formas fundamentales de inter-subjetividad: aquella que deviene del trato personal, que refleja la necesidad existencial del encuentro con el otro; y aquella que produce el trato cosificante⁸ y revela el horizonte de fracaso que se presenta siempre ante la acción humana.

Es cierto que el otro es siempre persona, sujeto, pero la respuesta concreta que yo le dé a su llamado hará que lo trate como tal o como si fuese una cosa, con todas las implicaciones prácticas consiguientes.

Analizaremos a continuación cada una de esas posibilidades existenciales.

⁷ LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso, *Estrategia del Lenguaje y Manipulación del Hombre*, pág. 22.

⁸ Los autores dialógicos suelen denominar el trato personal como el ámbito del "Yo-Tú" y el trato cosificante como generador de la relación "Yo-Ello". Así por ejemplo, Martín Buber en su obra *Yo y Tú*.

1. El trato personal

El trato personal implica considerar al otro como un Tú, una realidad llamada a hacerse presente creando con el yo una relación de encuentro, no delimitado por la circunstancia corpórea, sino abierta creadoramente.

Coparticipamos experiencias, vivencias, nuestras propias existencias co-crean ámbitos nuevos de realidad.

El trato personal requiere una actitud de entrega, participación y colaboración, que afecta íntimamente al yo.

Implica una relación reverente que puede alcanzar grados de intensa y profunda unión. Se rige por el esquema apelación-respuesta, fomenta la creatividad, da nacimiento a la libertad.

Reconoce en el otro un ser único, distinto a mí, lo cual no significa concluir que sean extraños u hostiles, porque es precisamente esa diversidad la que permite el diálogo y la creación de nuevos ámbitos de convivencia.

Podremos reconocer esta zona del trato personal (puesto que admite situaciones variadas) por ciertas características que se evidencian en los seres que la realizan.

La persona aparece entonces como:

Inabarcable: es un todo irreductible a la suma de sus partes. En modo alguno puedo concebirla como una suma de cualidades agotables en una serie de preguntas y respuestas (por más exhaustiva que pretendiera ser). Es originaria, inédita, creadora.

Inacabada: el hombre en cuanto persona es un ser-haciéndose. No es algo fijo, rígido, dado de una vez para siempre. Nunca podremos decir que "jamás cambiará". No puede etiquetarse a un ser humano, ni siquiera pronosticarse lo que llegará a ser mañana, puesto que no es mero

despliegue de potencias sino un crear y obturar posibilidades en el ejercicio de su libertad.

Inaccesible: atento las características antes mencionadas, la persona es interioridad. Un suyo de sí. Su disponibilidad, su apertura al otro, no puede jamás lograrse coactivamente.

No numerable: las personas, en cuanto tales, se designan por su nombre. Siendo realidades únicas, irrepetibles, no podrían ser objeto de numeración, de suma, de cuantificación.

No mensurable con criterios cuantitativos: nadie es más o menos persona, y por su unicidad tampoco será posible hacer comparaciones entre los seres humanos en este sentido. Quizás se pudiera decir que alguien es más inteligente que otro, pero en su sustantividad no es legítimo hacerlo.

No es una realidad exterior a mí: en el trato personal la oposición exterior-interior no se da, puesto que implica acercamiento, comprensión, coejecución, coexistencia, constitución recíproca. El ámbito que el encuentro interpersonal crea hace que se dé un "entre" tú y yo que impide la "distancia de lejanía" de la que habla Alfonso López Quintás.

Es afectante: una persona tratada como tal no puede ser indiferente. La escucha de su llamado hace nacer la exigencia de darle respuesta. Su ausencia llena de pesar, de angustia, de esperanza de retorno (si éste es posible).

2. Trato cosificante

En esta zona de las relaciones intersubjetivas, el otro —que no deja de ser persona— es percibido y tratado como si fuese un objeto, una cosa.

Eso implica una radical alteración del estatuto ontológico de la persona⁹.

Hay una actitud de desapego que permite ponerlo a distancia y someterlo a una observación no comprometida. Se trata de saber qué es lo que el otro "tiene" de interesante para nosotros, no importa lo que "es".

Rigen en este tipo de trato las causalidades lineales, coactivas.

El yo se cierra al llamado del tú, se torna indisponible y genera la indisponibilidad de ese ser objetivado.

El tú ya no es alguien, es algo, perdido, indiferenciado, en el panorama de las múltiples cosas que me rodean.

Con el agravante de que las cosas pueden ser incorporadas a un diálogo, ambientalizadas, mientras que en el trato cosificante es una persona la que es reducida a nivel de cosa.

Desgraciadamente, ya sea por el carácter finito de nuestra existencia que nos imposibilita abarcar a todos los seres humanos en un diálogo auténtico, o bien por el fracaso y el mal que nos impiden encontrarnos en el contexto en que sí sería posible, la cosificación —aun cuando sólo fuera en la forma de la indiferencia— tiene una esfera de acción muy vasta y variadísimas modalidades.

El otro degradado a la condición de cosa se presenta entonces como:

Abarcable: siendo objeto, es una sumatoria de cualidades o características perfectamente inventariables. Puede ser fichado, quedar reflejado en un legajo donde consten las notas particulares que lo constituyen, o bien únicamente

⁹ NEGRI, H., en su ensayo "Sobre la cosificación y la justicia" publicado en la revista *Derecho y Diálogo*, año III, nro. 19, La Plata.

mente las que resulten relevantes para mis fines. De ese modo resulta manipulable, objeto de posesión. El dato que se recopila —recuerda Negri— es siempre una referencia inmóvil de una personalidad que no lo es... el observador que observa la realidad personal a través de un dato, de una composición de datos o de una proyección de los mismos, no tendrá siquiera una pálida perspectiva de la persona a que se refiere. Tendrá, a lo sumo, una fotografía, un error, *una excusa*¹⁰.

Acabado: como cualquier otra cosa, el otro objeto es un mero despliegue de potencias, y en tal sentido está ya definitivamente constituido. Nada nuevo, originario, puede esperarse de él. Es previsible, pronosticable. "Jamás cambiará", suele decirse. Y entonces, la etiqueta ("blanco", "negro", "inteligente", "necio", "delincuente", "vago", "comunista", "conservador") que define esa realidad *absolutamente dada*.

Patente: en ocasiones quien objetiva se da cuenta de que algo se le escapa a su conocimiento del otro. Pero piensa que es cuestión de perspectiva, que si lo estudia desde otro punto de vista logrará aprehenderlo totalmente.

Numerable y cuantificable: como cualquier otra cosa, el otro reducido a objeto es susceptible de medida, se lo numera (es el reo 23.555, es el legajo 8000, es el Documento Nacional de Identidad 23.000.000), puede ser sumado estadísticamente puesto que es homogéneo a los otros cosificados.

Distante: entre el sujeto y el objeto hay siempre una distancia perceptiva y judicativa, aun cuando estén en

¹⁰ En "La informática y el derecho del hombre a no ser reducido a un conjunto de datos", *Revista Derecho y Diálogo*, año I, nro. I, pág. 4.

contacto físico. El otro objetivado se halla situado ante el yo, en actitud de posible competencia y hostilidad, en una distancia de indiferencia.

Indiferente: la falta del tú degradado a la condición de cosa deja nuestro ser intacto, no lo afecta, no lo marca indeleblemente, puede ser sustituido fácilmente por otro.

II. LAS RELACIONES SOCIALES

El hombre es, como ya dijéramos, un ser relacional. Ya sea que resuelva sus relaciones a través del trato personal o del trato objetivante, la soledad, el aislamiento cartesiano, no puede constituir un modo permanente de vida.

La realidad de la soledad, como todas las realidades existenciales, es sin embargo ambigua. No significa necesariamente, ni primariamente, la separación física del resto de los hombres, sino que resulta de una ruptura entre lo subjetivo y lo objetivo. El hombre se siente solo, abandonado, cuando para nadie es sujeto, centro de iniciativa y de libertad, cuando se siente un simple objeto entre objetos más o menos anónimos.

Para que el hombre la perciba se requiere que haya comprobado y afirmado la ausencia de los otros (en consecuencia, que haya reconocido primeramente su existencia)¹¹. De allí su aspiración para salir de ella restableciendo las relaciones que se han frustrado, o al menos nuevos diálogos que le ayuden a seguir adelante.

Lograr un verdadero diálogo personal es el anhelo más profundo del ser humano. La soledad sólo es benéfica como momento de preparación para el encuentro con el

¹¹ KWANT, R. C., *Filosofía...*, cit., pág. 92.

otro. Como etapa que habrá de conducirlo nuevamente a los otros.

La vida social se presenta, entonces, como una intrincada trama de innumerables y variadas relaciones intersubjetivas.

Si bien cada una de ellas es irrepetible, única, por cuanto así lo son sus participes y las situaciones en que se trazan, y aun por el carácter proyectivo de la existencia, los sociólogos han logrado descubrir algunos elementos cuya presencia recurrente en esa multiplicidad permiten clasificarlas en categorías básicas que despliegan las zonas del trato personal y del trato cosificante antes expuestas.

1. Comunidad

La comunidad es la relación social más intensa y donde el trato personal se da en su mayor plenitud, puesto que se encuentra presidida por el amor¹².

En ella nos comunicamos con la existencia misma del otro, se da una comunión existencial que constantemente se rehace y se renueva.

El amor es lo que hace que el otro sea el que está llamado a ser, él mismo desarrolla lo mejor de la persona amada. Por eso sostiene Lepp: "Es verdad que él idealiza al amado; más no por enceguecimiento sino por una especie de anticipación sobre lo valioso y bello que espera hacer nacer en el amado"¹³. Mounier, en igual sentido, lo expresa muy claramente también al decir que el amor es "extraclíco".

¹² Comp. NEGRI, H., "El derecho como orden de respeto", pág. 21.

¹³ En *La Comunicación...*, cit., pág. 103.

Los vínculos entre los miembros de la comunidad son de orden personal, ligan a los hombres no por lo exterior sino por lo que hay en ellos de más, profundo, de más auténticamente personal: por eso decimos que se da en ella una comunión existencial¹⁴.

Las personas se brindan recíprocamente, compartiendo las experiencias personales, creando posibilidades nuevas de desarrollo.

El amor es sustante e instante¹⁵.

Es instante porque llama al otro, lo convoca a ser. Es sustante porque ninguna convocatoria podría hacerse a quien no ha sido ya constituido por el amor, para el amor.

Pero también es constante, reclama fidelidad al otro. Es, dentro de la inexorable finitud de lo humano, "para siempre".

Esta relación significa entonces un "intenso desplazamiento de la frontera del yo"¹⁶.

Tal relación no puede darse más que entre seres que se conocen.

El amor auténtico es siempre amor de un ser concreto, insustituible, único y extraordinario para quien ama. Por eso está en su propia naturaleza no poder ser masivo, anónimo, no puede tomar como objeto la muchedumbre en cuanto tal. Aun en el caso de que fuera posible amar a miles de personas, se impone siempre la elección personal de cada uno de ellos.

¹⁴ Comp. LEPP, I., *La Comunicación...*, cit., pág. 78.

¹⁵ NEGRI, H., "Amor", en *Revista Derecho y Diálogo*, año II, nro. 3, pág. 7.

¹⁶ NEGRI, H., "Perspectivas para un nuevo derecho contractual", *Jurisprudencia de Lomas de Zamora*, T. I, pág. 15.

Todo lo que nos separa de los demás cede ante el amor y se crea un nosotros que nos eleva y enriquece, que anticipa lo valioso y bello que hay en cada uno¹⁷.

Pero no debemos confundir esta comunidad, con la fusión totalizante ni con la absorción por el otro. Fundada sobre el amor, la auténtica comunidad no sólo tolera y salvaguarda la autenticidad personal, sino que la promueve y exalta.

Ese amor no es, por cierto, el sentimiento, el enamoramiento, la dependencia o la posesión del otro. No lo es tampoco sólo en su vertiente erótica.

Se trata del amor como compromiso total con el otro. Requiere el cuidado, la responsabilidad hacia el tú. Incompatible con una actitud pasiva es una actividad exigente: trabajar, hacer, por el amado; impone la necesidad de responder a su llamado y hace nacer la consiguiente responsabilidad.

Comienza por una negación. Se da por el único goce de dar, gratuitamente. Se espera, se cree en la verdad del otro.

Pero no queda allí, esa negación se resuelve en una afirmación nueva, donde el yo y el tú encuentran lo que en soledad no hubieran podido: su mejor promoción personal.

Ese carácter integrador, comprometedor de la relación hace que sólo pueda darse en grupos pequeños, con un alto grado de convivencia y coparticipación de experiencias de vida.

¹⁷ Bien decía Eric Fromm que el hombre comprende el mundo a través de la razón y del amor. Su poder de razonar lo faculta para alcanzar la esencia de los objetos con que se relaciona, pero su capacidad de amar lo faculta para atravesar el muro que lo separa de las otras personas y comprenderlas. En FROMM, Eric, *Ética y Psicoanálisis*, pág. 111.

En palabras de Santo Tomás, que bien lo reflejan, "una amistad intensa no se tiene a muchos".

Debemos cuidarnos, entonces, del uso tan extendido de la palabra "comunidad" para designar a grandes grupos humanos, dejando traslucir con ella que hay una unión íntima entre sus integrantes, cuando en realidad quedan abarcadas realidades de trato personal y cosificante muy variadas¹⁸.

Se vuelve, además, peligrosísima la manipulación de un término tan prestigioso, porque podríamos perder de vista los problemas de cosificación existentes y propiciar quizás la aparición de nuevas y más terribles formas de objetivación¹⁹.

2. Reconocimiento *Respeto al otro*

El reconocimiento sucede cuando las personas ven en el otro un otro yo.

Es decir, un tú, que no me pertenece, que no resulta de una arbitraria creación de mi intelecto, que no es mi reflejo ni el de ningún otro. Un suyo de sí que me exige incondicionalmente respeto.

¹⁸ Pensemos por ejemplo, en la denominada "comunidad nacional" y analicemos si realmente lo que nos une a ella es el amor personal y concreto hacia todos sus integrantes. Aunque hubiera una unidad de pensamiento o de metas sobre algunos aspectos de nuestra existencia en conjunto, hay mucho de agresión, de dominio, de utilización recíproca, de respeto, de indiferencia. Basta en este aspecto leer los diarios.

¹⁹ No es casual que cuento dictador haya habido en el mundo fundara su tiranía en el discurso de que "somos una gran familia, una comunidad" sin querer, ni poder lograrlo a través de sus métodos, y dejando implícito el hecho de ejercer una especie de paternidad sobre sus sometidos.

El respeto reclama ser consciente de su singularidad personal y el compromiso de un trato que permita su realización. Es así condición necesaria del amor sin llegar a su cima.

Este tipo de vínculo resulta menos comprometedor que el anteriormente descripto, tanto como el respeto es menos comprometedor que el amor, pero adquiere importancia puesto que es ésta la actitud mínima necesaria para que el diálogo pueda trazarse.

En la medida en que descubro al otro como persona, como un otro yo, suyo de sí, estoy ya en el camino que puede conducirme a un encuentro más profundo. Pero cuidado, no basta con saber que es otro yo (lo que podría derivar en una actitud indiferente) sino que se requiere una actitud positiva de promoción, de preocupación por ese tú.

Son relaciones que no requieren necesariamente de la copresencia ni del conocimiento íntimo del otro, y por ello pueden extenderse a todas las personas.

Aquí la afirmación de la propia subjetividad se da juntamente con el reconocimiento de la subjetividad ajena.

En su extensión social, amplia, lleva a trabajar porque la facticidad refleje el conjunto de condiciones que permitan a todo ser humano existir como persona, tal como lo requería Levinas.

3. Poder

La relación de poder se configura como una relación de desigualdad. La libertad de uno se expande en detrimento de la libertad del otro, en consecuencia —como Negri sostiene— “el poder es la afirmación de uno y la negación del

otro”, resultando un tipo de vínculo conflictivo que refleja parte de la zona del trato cosificante.

Se enfrentan en ella una voluntad de dominio con una voluntad de sumisión.

Las posiciones de sus integrantes se hallan en contradicción.

Aclaremos que esa voluntad de sumisión puede lograrse de cualquier modo: fuerza, engaño, las técnicas del “camuflaje”²⁰ (que disimulan las metas y motivos reales del dominante detrás de seudofines y seudomotivos que son más soportables y aún más aceptables a la conciencia del sometido), etcétera.

Por cierto, también algunos hombres tienen miedo de tener que tomar iniciativas y decisiones, desean someter su persona a otra, aceptan como un alivio hacer lo que otros les digan.

Cualquiera sea la forma en que se genere, sin voluntad de sumisión, la voluntad de dominio se encuentra imposibilitada de conformar una relación de poder estabilizada.

Caracteriza a esta relación la percepción del otro (dominado) como una cosa-instrumento al servicio del dominante y en consecuencia la valoración desigual de cada uno de los partícipes.

Un instrumento es algo de que me sirvo para realizar mis fines. El dominado es objeto de posesión y como tal se lo conserva.

Claro está que existen distintos grados cualitativos y cuantitativos en la intensidad del desplazamiento de la li-

²⁰ DUVERGER, Maurice, *Introduction a la Politique*, págs. 249 y sigs.

bertad, así como en el número de personas sujetos al dominio.

Desde una familia constituida en torno de un padre o madre autoritarios hasta el caso del profesor arbitrario, del Estado-Nación, de una estructura militar o una empresa multinacional, existen variadísimas posibilidades de relaciones de poder.

Las más peligrosas son —sin duda— aquellas que reflejan una alta concentración de dominio estructurada.

En cuanto a su permanencia, puede tratarse de relaciones fugaces o duraderas, llegando a alcanzar en algunas un importante grado de estabilidad y organización.

Una cuestión que conviene aclarar es la relativa al fenómeno de autoridad que muchas veces es una incorrecta, y no inocente, manipulación del lenguaje se asimila al poder²¹.

Quien tiene o ejerce autoridad, en realidad actúa como un llamado, como una invitación a que realicemos lo que en cada uno hay de más específicamente suyo. Solicita directamente nuestra libertad. No desea que seamos como él sino como quienes estamos llamados a ser: nosotros mismos.

Un hombre así no desea dominar, sino que es el servidor desinteresado de un mensaje que él a su vez ha recibido y debe transmitir. No necesita intimidar ni espolear la admiración de los otros. No sólo permite sino que requiere constantes críticas. Se basa en la igualdad entre quien la ejerce y quien la recibe.

Hombres como el Mahatma Ghandi o Martin Luther King ciertamente ejercieron una autoridad así, y nada

²¹ Recomendamos en cuanto al uso del lenguaje como elemento de dominio y cosificación la lectura de LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso, *Estrategia...*, cit.

tuvo que ver esa experiencia con la relación de poder que antes describíamos.

4. Violencia

Este vínculo se establece mediante el odio, la recusación recíproca, la agresión.

En el odio se conoce la existencia del otro, pero se intenta poner fin a toda relación personal con el tú, y —si fuera posible— suprimir su existencia.

Los partícipes de esta relación se buscan para menoscabeza. La sola presencia del otro deviene insoportable para el violento y lo cosifica, pero en este caso, como obstáculo.

El yo y el otro son como dos naufragos que disputan por la tabla que —perciben— puede salvar a uno solo. Por ello la necesidad de remoción de ese obstáculo.

Esto puede suceder de variadas formas: la eliminación física del otro; el “asesinato personal”²² donde se lo reduce al silencio aun cuando su mera supervivencia objetivada se respeta; o bien evitándolo (es nadie, es nada, no existe entonces no es más mi obstáculo).

Esto da lugar a variadísimas relaciones de violencia²³.

No hay límites cuantitativos en cuanto a los partícipes y sus grados de expresión van desde los más sutiles de la mera evitación del otro hasta la supresión física de pueblos enteros.

Pero, al contrario del poder, no puede estabilizarse como tal, puesto que cuando se despliega hasta su faz ex-

²² Del que hablara LAÍN ENTRALGO, P., *Teoría...*, cit.

²³ Entendido el término en la amplitud dada.

trema conlleva su propia destrucción al desaparecer —por lo menos— uno de sus términos.

El poder destructor del odio es evidentemente grande. Pero no es capaz de crear algo ni consolidar una existencia personal.

Es importante destacar que, en todos los casos, se trata de tipos abstractos de relaciones sociales que coexisten en nuestras experiencias personales y se interpenetran recíprocamente, con un alto grado de dinamismo. Podemos encontrar en los concretos y cotidianos vínculos que vivimos algunos que se hallen en un período de transformación —zonas grises— y aun otros en que elementos constitutivos de dos tipos contrarios aparezcan en conflicto —zonas de tensión—.

En suma, todo hombre tiene la potencialidad de establecer estas distintas formas de relaciones sociales y puede vivir simultáneamente como partícipe de variadísimos vínculos.

El desafío será estimular aquellos que efectivamente le permiten existir como persona y analizar —y eliminar en la medida de lo posible— aquellos que no convienen a su realización como tal (entendida como la de todos y cada uno de los seres humanos).

“Porque este futuro que puede llegar a ser real, esta historia humana que puede convertirse en efectiva, dependen enteramente de nosotros, de nuestra libertad, de nuestra acción. El hombre no tendrá lugar con la necesidad rigurosa de un eclipse de sol: puede superarse, puede hacerse, o puede perderse... (pero) Si en efecto, es posible ya negar totalmente lo humano, es porque ha llegado el momento en que puede ser afirmado en toda su riqueza. Una huma-

nidad primitiva no podría aniquilarse absolutamente, como es nuestro caso; pero también es verdad que su futuro no tiene la amplitud que puede tener el nuestro... El estado presente de las cosas... nos enseña que hay algo que hacer, que ningún destino nos encierra ni nos conduce, sin darnos cuenta, a la suprema felicidad, que todo, por el contrario, depende de nosotros...”²⁴.

²⁴ JOLIE, A., *Comprender al Hombre*.

UNIDAD 2

CAPÍTULO II EL DERECHO

A lo largo de la historia el Derecho, éste ha sido comprendido como un orden creado por el hombre para regular las relaciones intersubjetivas dentro de un grupo.

En cuanto a su definición no existe, sin embargo, unanimidad.

Pero si bien pudo decir Kant que "aún buscan los juristas una definición para su concepto de derecho", también es cierto que existen líneas conductoras que permiten enlazar la mayoría de las que se han dado; esas líneas se verifican fundamentalmente a través de la nota de correspondencia necesaria entre lo jurídico y lo ético.

Ya el nombre que los griegos dieron a las reglas jurídicas (*themistes*) revela su creencia en la justicia que ellas debían traducir en sus soluciones.

Los romanos, por su parte, antes de denominar al Derecho con la palabra "*directum*", hablaron del *ius* y lo definieron como el arte de lo bueno y de lo justo.

Mucho más tarde, Santo Tomás sostuvo que el Derecho era la misma cosa justa²⁵.

Antes y después, se expresan ideas similares.

(Es verdad que, en los últimos siglos, han tenido gran difusión concepciones que ateniéndose sólo a procedimientos formales para la sanción de las reglas, o compartiendo posiciones de relativismo ético, dejaron de lado esta nota, pero ello no disminuye la verdad de nuestra afirmación).

Una definición que reivindica el contenido del Derecho como elemento esencial de su identificación y que—creemos—predica acabadamente su sentido específico, es la que nos suministra Héctor Negri:

*"El Derecho es un proyecto de armonía social fundado y realizado en el respeto a la persona del hombre"*²⁶

En ella, la palabra "Derecho" indica un *modo de encuentro* entre los seres humanos; menciona las *pautas* que regulan ese encuentro, procurando evitar sus posibles fracasos o frustraciones; y permite un *juicio crítico* acerca de los desvíos o—in su caso—de los aciertos en la concreción del encuentro.

Desglosemos cada uno de los elementos de su definición para aclarar su significado.

Sostiene Negri que el Derecho es un *proyecto*.

En efecto, por su propia presencia ejemplar y docente promueve un comportamiento de armonía. Se presenta como una permanente proyección hacia el futuro de pautas y contenidos dialógicos.

Este proyecto se encuentra cualificado por su objetivo: lograr la *armonía social*.

Es éste pues, el segundo elemento de la definición que comentamos.

El hombre es—como señaláramos al inicio—un ser en el encuentro con el otro.

²⁶ NEGRI, Héctor, *El Derecho...*, cit., pág. 16.

Se constituye paulatinamente como tal a través del diálogo con sus semejantes. En su seno toma conciencia de sí así como de la subjetividad ajena.

Pero esa condición natural del hombre no conlleva—sin embargo—una conformación social única, dada.

La sociedad puede ser el ámbito donde su desarrollo sea efectivamente posible, o transformarse en un campo de agresiones, opresión, marginación, donde la personalidad se frustre.

Una y otra son obra del hombre.

Su tarea será lograr que la vida social se despliegue armoníicamente.

"Y hacerla todos los días, porque la permanente incorporación de los elementos de la técnica, y una progresiva captación de los valores morales —que son objetivos y absolutos, pero que se descubren paulatinamente— obliga a mejorar sus soluciones"²⁷.

Un tercer elemento entra aquí en escena: el *fundamento ético* de esa armonía.

En el Derecho el hombre procura resolver su natural insuficiencia mediante un diálogo respetuoso con los demás, creando el conjunto de condiciones mínimas que permitan a cada persona crecer, afirmarse en su propia dignidad y afirmar la ajena.

Busca una sociedad donde todos sean respetados por medios que también reconozcan la especial dignidad que cada persona posee por el solo hecho de existir²⁸.

²⁷ NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 5.

²⁸ "...no puede existir superioridad alguna por naturaleza entre los hombres, ya que todos ellos sobresalen igualmente por su dignidad natural...", Encíclica *Pacem in Terris*, nro. 89.

Todos los contenidos, todas las soluciones, todos los instrumentos técnicos del Derecho, giran en torno al respeto.²⁹

Queda así excluida de su ámbito la posibilidad de prescindir o sacrificar siquiera a un solo hombre en beneficio del grupo.³⁰

El orden jurídico se presenta como una permanente proyección hacia el futuro de pautas y contenidos dialógicos.

Al observar su desarrollo histórico, vemos como paulatinamente sus soluciones fueron quedando cada vez más abajo la exigencia moral de reconocimiento recíproco.³¹

Trátase, entonces, de un proyecto cualificado por su objetivo: la armonía social, sólo posible en cuanto los hombres se traten recíprocamente como personas.³²

Incentivando un diálogo respetuoso, creando el conjunto de condiciones mínimas que permitan a cada persona crecer, afirmarse en su propia dignidad y afirmar la ajena.

Todos los contenidos (tanto en la conducta, como en las soluciones regladas, y en la indispensable faz de crítica de unas y otras) que el Derecho recoge giran en torno al respeto.

Su lugar sociológico, su propuesta, es la de que las relaciones interpersonales se realicen en el marco del reconocimiento.³³

²⁹ Conf. NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 13.

³⁰ Así COING, H., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, pág. 151.

³¹ DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, T. I, pág. 554.

³² Si bien esa armonía puede lograrse aún más intensamente a través del amor, veremos más adelante por qué el Derecho pregonla la del mero respeto.

³³ COING, Helmut, *Fundamentos...*, cit., pág. 87.

De allí su oposición a cualquier trato cosificante y su permanente exigencia de que la persona (todas ellas) sea tratada como tal.

UNIDAD 3

I. UBICACIÓN SOCIOLOGICA DEL DERECHO

Ahora bien, cada relación social da origen a un criterio de ordenamiento propio. Cada una fija de modos peculiares las posiciones relativas de sus partícipes y establecen cómo han de solucionarse los conflictos que se presenten.

Como todas ellas se producen en la vida concreta de cualquier sociedad, el Derecho no es el único orden posible, ni su vigencia supone que no se den en ella —intrinsecamente— otros también vigentes.

La diferenciación de cada una de estas propuestas sólo será posible atendiendo más que a los aspectos formales de la formulación al contenido que signa al Derecho como orden de respeto.

Por su parte, el Derecho en tanto procura la armonía social, no puede permanecer indiferente ante las diversas relaciones que el hombre puede trazar con sus semejantes.

En especial, teniendo en cuenta que algunas de ellas al establecerse de modos que permiten el diálogo, son propicias para el crecimiento del ser humano, el despliegue de su dignidad y la creación de nuevas posibilidades de realización, mientras que otras lo obstaculizan enormemente.

Por tanto, la confluencia entre el Derecho y cada forma de intersubjetividad típica ha de resolverse de modos diversos.

Veamos:

La violencia intensifica los sentimientos de odio y venganza destruyendo la disposición a admitir la existencia del otro como un "otro yo".

En cambio, el Derecho establece modos de convivencia fundados en el respeto recíproco de la dignidad esencial de todo hombre. Rechaza la posibilidad de la violencia.³⁴, y en caso de no lograr sustituirla por otro modo de relación, le impone límites crecientes que la reduzcan en su existencia y virtualidad.

El poder también se presenta como una realidad al Derecho. Frente a la igual dignidad de todo hombre, se alza una relación fundada en una valoración diversa de sus miembros. Los súbditos son tratados como meros objetos e instrumentos de los deseos y caprichos del poderoso.

La nota de igualdad que el Derecho desarrolla encuentra una contradicción flagrante en la relación de poder.

De allí que, como sostiene Negri, el Derecho se va construyendo "en permanente vigilia frente al poder, a su expansión y a la arbitrariedad"³⁵. Limitándolo o eliminándolo de ser posible.

Distinta es la relación entre el Derecho y el reconocimiento.

El Derecho es el orden del reconocimiento. Su ubicación sociológica —en palabras de Coing³⁶— está justa-

³⁴ Existen, por supuesto, situaciones límites en las que dicha contradicción se desdibuja. Así en la legítima defensa, y la resistencia a la opresión. Pero son situaciones altamente excepcionales y en las que sólo se admite su justificación luego de pasárlas por el tamiz de numerosos y exigentes requisitos. Conf. NEGRI, H., "Sobre el derecho y poder", en *Jurisprudencia de Lomas de Zamora*, T. I., pág. 19.

³⁵ En *El Derecho como Orden de Respeto*, pág. 25.

³⁶ COING, H., *Fundamentos...*, cit., Cap. II.

mente en la gama de relaciones respetuosas que plantean la actitud mínima que permite a los hombres dialogar.

A partir de ese basamento inicial podrá luego, trascendiendo el ámbito jurídico, llegar a encuentros más altos y profundos³⁷.

Con la comunidad, el Derecho vive una relación que podríamos llamar "conflictiva por defecto".

El compromiso personal, la entrega incondicional que caracteriza dicha categoría social, supera los modos de convivencia jurídica ya que si bien la relación comunitaria es la que permite un mayor crecimiento personal, la imposibilidad del hombre actual de concretar un diálogo de tal intensidad con todos sus semejantes (aun los desconocidos que por millones pueblan el globo terráqueo) ha hecho que no exista la obligación jurídica de trazar con cada persona ese tipo encuentro interpersonal.

Por ello, ante el amor el Derecho debe silenciarse.

Si el Derecho se inmiscuye en esta relación, delimitando y fijando dentro de ella las prerrogativas de cada integrante, la desnaturaliza.

Sólo si el vínculo amoroso se rompe o se degrada a tal punto que ni siquiera puede conservarse entre sus miembros una actitud respetuosa podrá el Derecho intervenir válidamente a fin de evitar soluciones disvaliosas.

De todos modos, el Derecho pone las bases sobre las cuales podremos —cuando esto sea posible— avanzar hacia la comunidad de amor y trata de proteger su existencia de cualquier agresión externa³⁸.

³⁷ Conf. NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 13.

³⁸ Y si esa comunidad no logra sostenerse, que de ella no se pase

II. CARACTERES ESENCIALES

El Derecho como proyecto de armonía social presenta algunas notas que lo hacen especialmente característico:

- En primer lugar, debemos recordar que es una *creación humana*.

El diálogo que constituye su materia, revela una actividad en la que los partícipes expresan sus sentimientos, experiencias y conocimientos.

Toda la vida del Derecho es una manifestación de la vida del hombre³⁹.

Pero una creación vinculada a la moral y no una obra arbitraria o indiferente:

- Un segundo carácter es el de su *universalidad*.

Si bien la consolidación de este rasgo ha sido producto de una lenta y difícil evolución, que aún no ha logrado desprenderse de la territorialidad de ciertas normas jurídicas, en tanto que la dignidad humana es una sola, el Derecho vale como tal para todo hombre.⁴⁰

a algunas de las variantes de trato cosificante. Ése es el sentido del denominado "derecho de familia". Un desarrollo interesante del tema puede apreciarse en COING, H., *Fundamentos...*, cit., págs. 93 y sigs. también en HENKEL, Heinrich, Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid, 1968, pág. 54 y sigs.

³⁹ Como Negri aclara: "Uso la palabra creación no ciertamente en el sentido primero y absoluto de este concepto, que corresponde sólo a Dios, sino en una significación enteramente verdadera también que es la de participación del hombre, con su trabajo y esfuerzo, en un crecimiento cualitativo de lo creado". En *El Derecho...*, cit., pág. 30.

⁴⁰ Es con el Cristianismo que se abre paso en la historia de la cultura la idea de universalidad. Lo expresa el Evangelio así: "Ya no hay griego, ni judío, ni bárbaro ni amo ni esclavo sino la nueva criatura en Cristo", *Gálatos 3, 28*.

La protección y orientación que él brinda no distingue la pertenencia geográfica, política, religiosa o de cualquier otra índole.

No hay fronteras para el Derecho como no las hay para la dignidad humana⁴¹.

- Es en consecuencia también *expresión de una idea* que ha sido señalada desde muy antiguo como su sustento moral: la perpetua y constante voluntad de entender al otro.

Es decir, propender a la actitud inicial que permita establecer el diálogo y el encuentro interpersonal.

Y si es verdad que en estos tiempos el escepticismo y el relativismo parecen cundir, no es menos cierto que este carácter del Derecho se refleja vivamente en la lucha permanente por la vigencia de nuestros derechos fundamentales.

Algunas experiencias de épocas recientes han obligado a la conciencia humana a pronunciar un voto absoluto: hay límites que las acciones del hombre nunca deben traspasar.

En otras palabras, que hay normas que obligan al hombre más allá de su voluntad o de su capricho⁴².

- Otro rasgo esencial es su *obligatoriedad*.

La exigencia moral del respeto al otro reclama del hombre su aquiescencia.

Por ello, de la pertenencia del Derecho al orden moral deriva su obligatoriedad⁴³.

⁴¹ HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, refiere que las fronteras son zonas y lindes "arbitrarios", "artificiales", es decir, queridos por los hombres, nacidos de las relaciones de poder y de las manifestaciones de voluntad de los que trazan las fronteras (pág. 161).

⁴² Comp. KWANT, R. C., *Filosofía...*, cit., pág. 168.

⁴³ "El valor de la persona humana que él representa exige su eje-

La libertad es la consecuencia necesaria del reconocimiento de la dignidad moral de la persona. Por ende, los valores que se reflejan en el Derecho sólo pueden realizarse en virtud de la libre y personal decisión del hombre y no por procedimientos compulsivos.

Únicamente si la respuesta a la llamada ética ha sido libre, podremos considerar a su autor responsable de la conducta asumida.⁴⁴

Estas notas constituyen caracteres esenciales del Derecho que se dan en todos los pueblos.

Algunos otros, que habitualmente se mencionan, son en realidad propios de las reglas en las que se ha proyectado en algunas culturas. Por eso reservamos su tratamiento para cuando estudiemos el fenómeno de la posición de Derecho.

III. FINES EN EL DERECHO

El Derecho expresa un fin y un medio. Uno y otro sustentados en una misma idea ética: la del respeto al hombre.

En consecuencia, si bien el hombre lo ha creado para procurar satisfacer algunas necesidades propias de su existencia, no cualquiera de ellas puede ser recibida por este orden. Aunque a menudo presionan fuertemente sobre la persona y la sociedad, el orden jurídico no es su mera consecuencia causal.

cución. Anida en él la fuerza obligatoria propia de todo lo moral", NEGRÍ, H., *El Derecho...*, cit., pág. 48.

⁴⁴ Conf. HENKEL, H., *Introducción...*, cit., págs. 318 y sigs. Veremos en el Capítulo siguiente la relación del orden jurídico con la coactividad y sus implicaciones.

Al elaborar una solución de este tipo debemos tener en cuenta primariamente los datos de la situación, pero sin perder de vista que el Derecho por propiciar un modo de encuentro interpersonal es —además de social— un orden ético.

La etapa de valoración crítica de esos datos es ineliminable.

Sólo aquellas necesidades que puedan resolverse a partir de la exigencia moral de respetar al otro pueden ser aceptadas.

Se promoverán, entonces, los requerimientos concretos que se correspondan con la armonía social que el Derecho trata de desarrollar; en cambio, si su influencia es neutra los dejará fluir libremente; pero si son contrarios a la realización de aquella tarea encontrarán en él un límite (v.gr., la necesidad de vengar un daño sufrido).

Finalidades que tradicionalmente se han reflejado en el Derecho han sido las de seguridad y paz, justicia, igualdad y libertad.

El orden jurídico es así un *orden de paz*.

La relación entre ambos es bivalente. Por un lado, como propuesta de respeto recíproco el Derecho aporta paz a la convivencia social, pero ella es, por otro, su presupuesto.

Esa relación se verifica desde sus primitivos esbozos hasta los modernos intentos del derecho internacional público para eliminar la violencia de las relaciones interstatales, con mayor o menor éxito.

Más precisamente: lo que el hombre busca en él no es la erradicación de la violencia simplemente, que podría lograrse sin duda por otros caminos, sino la instauración de bases para una paz que fructifique en nuevos diálogos y encuentros interpersonales más intensos.

Una sociedad en la que se despliegue la cultura, el trabajo creador, la investigación científica, las relaciones interpersonales⁴⁵.

Por ello, el deseo de paz está en el corazón de todo ser humano. Y hoy día concretarlo además se ha vuelto una tarea especialmente apremiante.

Quizás más que en ningún otro momento de la historia, ya que se da la dolorosa paradoja de que el hombre ha logrado tener en sus manos la posibilidad de abolir toda forma de pobreza humana pero también de abolir cualquier forma de vida⁴⁶.

El derecho al establecer condiciones para un encuentro con todos los hombres, resulta un orden de paz.

Paz como fin y paz como medio⁴⁷.

Así frente a la paz aparente del poder, se alza la verdadera, aquella que se funda en la justicia, la recta razón y el sentido de dignidad humana. La que exige un desarme absoluto que llegue hasta las mismas conciencias.

Por otra parte, la paz es una necesidad del Derecho para su propia existencia y estabilidad.

En consecuencia se trata de una relación dinámica, recíproca⁴⁸.

Otra finalidad es la de la *seguridad* que en el orden jurídico encuentra apoyo en su inviolabilidad y en la previsibilidad que, en especial, sus reglas suscitan en el hombre.

⁴⁵ Ver en NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 23.

⁴⁶ Conviene releer en este aspecto la descripción de la situación actual que brinda la constitución pastoral *Gaudium et Spes*.

⁴⁷ NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 51.

⁴⁸ Conf. Negri, H., *El Derecho...*, cit., págs. 51 y sigs.

Si bien la certeza total y la total calculabilidad de la propia existencia serán imposibles de conseguir por ser ella inacabada y proyectiva, la estabilidad de las reglas jurídicas abstractas mucho hace para alejarnos de la angustia del cambio constante y abrupto.

Pero también aquí no es cualquier seguridad la que se procura, sino aquella que involucra a todos los que viven en una sociedad, incluso —y en especial— a quienes ejercen el poder.

Así la lucha por la seguridad es también una lucha contra la arbitrariedad, por cuanto su característica principal es el actuar caprichoso, sin fundamento objetivo.

El capricho no se ata a ninguna escala de criterio, diferencia a su gusto y según caracteres que nadie puede prever.

Esto supone —como lo señala Coing— un desconocimiento del propio valor del hombre. El tratado arbitrariamente es considerado como una cosa, violado en cuanto persona⁴⁹.

Este vicio sólo puede darse en aquel que cuenta con el poder suficiente para imponer su voluntad.

En cambio lo jurídico fija conductas, según el criterio objetivo de respeto a la dignidad del otro, de manera regular.

Brinda un modo estable para el encuentro. Es consecuente y constante, mientras que la arbitrariedad es fruto de un humor momentáneo.

Bien sostiene, en tal sentido, Recasens Siches que nota esencial de la regla jurídica es vincular a todos los miembros de la sociedad, más aún “ligar necesariamente al mis-

mo poder que la dictó... Por el contrario, la arbitrariedad consiste en actos de fuerza".⁵⁰

De este modo se manifiesta tanto en la voluntad de paz como en la de seguridad, una tercera finalidad: *la realización en el orden social de ciertos valores morales*, en especial la justicia.

En todas las culturas, en todos los tiempos, desde los más remotos hasta los más actuales, la invocación a la Justicia, el contenido moral del Derecho, aparece evidenciado en sus tres aspectos: encuentro, norma, y juicio.

Y junto a ella, la equidad, la fidelidad, la honestidad, entre otros valores que han sido de gran importancia en su conformación.

Por cierto, el Derecho ha sido también elaborado para asegurar la libertad de todo ser humano en iguales condiciones.

La historia del derecho público está atravesada por la lucha por la *libertad* y la *igualdad*. Sobre estas dos ideas morales se ha basado la democracia. Sobre ellas se ha construido el derecho constitucional y administrativo.

Lograr cumplir estas finalidades, y algunas otras que se enlazan con ellas (como el intento de erradicar la arbitrariedad, por ejemplo), no ha sido sencillo. Poderosas fuerzas se han opuesto a este esfuerzo y aún aparecen como obstáculos difíciles de remover.

Sin embargo, se vislumbran —en alguna medida— en las concreciones históricas del derecho de todos los pue-

⁵⁰ En DEL VECCHIO, Giorgio, *Estudios de Filosofía del derecho adiconados a Filosofía del Derecho*, T. I. págs. 231 y sigs. También en LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 466, encontramos conceptos concordantes.

blos, y a lo largo de los tiempos pareciera encontrarse una línea creciente de realización de las mismas.

IV. INSUFICIENCIA DEL DERECHO COMO NORMA ÚNICA DE VIDA

Adequar nuestra conducta a las exigencias jurídicas es necesario, pero insuficiente, para el logro de una vida personal y social plena.

Los diálogos y encuentros más intensos que el ser humano puede trazar se dan fuera del ámbito del Derecho, superándolo. Las exigencias éticas plantean muchas veces un compromiso mucho mayor que el jurídico, como el del amor y la solidaridad.

La necesidad de trascendencia del hombre no encuentra tampoco satisfacción plena en él.

La posibilidad de contar con una situación social en que toda persona desarrolle su unicidad con la mayor plenitud posible requiere no sólo de buenas normas jurídicas, sino de una organización política, económica, cultural puesta a su servicio. Y ello necesitará del aporte no sólo de hombres de Derecho, sino de la participación de todo el espectro social, de las conquistas técnicas y científicas necesarias para su realización.

Comprender la insuficiencia del Derecho para regular toda la existencia humana, solucionar todas sus necesidades y problemas, y dotar de las condiciones materiales que le son indispensables para su despliegue, nos alejará de un error frecuente en los juristas que muchas veces han caído en el reduccionismo de pretender fijar pautas sobre ámbitos o relaciones imposibles de abarcar correctamente por el orden jurídico.

Ello por supuesto, no impide considerar su importancia como *anuncio* de una sociedad posible de construir y como *denuncia* de aquellas estructuras y situaciones que todavía nos frustran y obstaculizan el encuentro interpersonal.

Por tal motivo Negri ha escrito acerca de la tendencia utópica del Derecho, recordando para ello que utópico no significa irrealizable sino —como él mismo explica— “una concepción que trasciende la realidad para modificarla”⁵¹.

CAPÍTULO III

LA CONCIENCIA JURÍDICA

I. EL SENTIMIENTO Y LA CONCIENCIA DEL DERECHO

En el curso de su historia existencial, el hombre recibe múltiples llamados, se encuentra en medio de variadas solicitudes, proyecta diversas metas.

Debe hacer, entonces, una opción fundamental que oriente sus demás opciones, que le proponga un ideal de vida, que le otorgue un sentido a su existencia.

No se trata de una opción cerrada o quietista, por el contrario es dinámica y debe permanentemente ser renovada. Refleja un compromiso libre frente a las demás personas (y aun frente a Dios).

Es que al percibir la llamada del otro, se me presenta simultáneamente la exigencia de asumir su pena, su alegría, su tarea. Reclama mi fidelidad, la continuidad del esfuerzo, no como un mero despliegue sino como un continuo resurgir, creando permanentemente nuevos modos que ayuden al otro a ser cada vez más él mismo.

Tratarlo como sujeto, reconociendo que no puedo definirlo, clasificarlo, que es inagotable, que está henchido de esperanzas, y que sólo él dispone de ellas, en una confiada entrega.

⁵¹ NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 73.

Porque la persona "no se nutre por autodigestión, ... nadie posee sino lo que da, o aquello a lo que se da, nadie alcanza su salvación totalmente solo, ni social ni espiritualmente" ⁵².

Reconocer a todo otro es afirmar —por otra parte— la necesidad de crear estructuras sociales de justicia y libertad, que hagan imposible la explotación y posibiliten concretamente su realización personal.

Esa afirmación de la propia subjetividad y el reconocimiento de la subjetividad ajena son elementos que surgen y se desarrollan necesariamente en la conciencia de todo ser humano ⁵³.

Es decir, el espíritu humano se encuentra facultado originariamente para sentir lo que ha devenido en el fundamento moral del Derecho.

Aunque el orden jurídico es obra consciente y deliberada del hombre, su contenido resulta del sentimiento moral de respeto recíproco ⁵⁴.

Toda persona se halla expuesta a la llamada del otro, que en el lenguaje clásico se denominó la "llamada de los valores", puesto que esa conciencia es un dato humano estructural ⁵⁵.

⁵² MOUNIER, E., *El Personalismo*, cit. pág. 21.

⁵³ Conf. DEL VECCHIO, G. *Aspectos y Problemas del Derecho*, Madrid, 1967.

⁵⁴ Comp. COING, H., *Fundamentos...*, cit. págs. 63 y sigs.

⁵⁵ Así en LEPP, I., *La Nueva Moral*, pág. 36. Y tan intensamente se sienten que como lo sostiene HENKEL, H., *Introducción...*, cit. pág. 219, "el lenguaje intenta ilustrar con imágenes esta experiencia anímico-espiritual mediante la analogía con procesos orgánicos: la conciencia está tranquila o intranquila, nos "late", tenemos "remordimientos de conciencia"..."

Pero además, el otro exige desde lo alto, como expresa Levinas al hablar de la asimetría fundamental. En efecto, puedo dar la vida por el otro, pero no puedo exigir que el otro dé la vida por mí. Su valor es tan incondicional que puede justificar por sí mismo esa opción de sacrificio. Por ello se caracteriza a los valores como absolutos ⁵⁶ y exigentes ⁵⁷.

Como bien lo ha expresado N. Hartmann el hombre es el punto de penetración de los valores en la realidad, no sólo por cuanto los conoce sino especialmente porque su llamado le exige adecuar su conducta a ellos.

Pero el *ser-junto-con-otros* es el valor fundamental de nuestra existencia humana. Todos los demás valores se afirman dentro de este valor fundamental. Separados de él carecen de significación ⁵⁸.

Cualquier ser humano, sin necesidad de formación jurídica alguna, sabe lo que es su derecho y cuando se le infiere un daño injusto, así como cuál es el derecho ajeno y siente la necesidad de respetarlo ⁵⁹.

Una vez reconocida la intrínseca dignidad del hombre, la voz de la conciencia se manifiesta indicando la exigen-

⁵⁶ Con ello se expresa que no son mera proyección de la subjetividad. Algo vale como valor no porque nos agrade o lo estimemos como tal. Estimo algo porque es un valor que se impone objetivamente a mi reconocimiento, conf. RECASENS SICHES, L., *Estudios...*, cit., pág. 155.

⁵⁷ HENKEL, H., *Introducción...*, cit., pág. 132.

⁵⁸ KWANT, R. señala por ello que el encuentro es el punto focal de los valores y exemplifica: "cuando el ser amado muere, la vida toda se torna difícil. No es como si algo se hubiera perdido mientras lo demás queda, sino como si todo hubiese perdido su esplendor" (*Filosofía...*, cit., pág. 81).

⁵⁹ Comp. CATHREIN, V., *Filosofía del Derecho*, págs. 38 y sigs.

cia moral de que la sociedad se organice en una armonía que se funde en su respeto.

En consecuencia, por *sentimiento jurídico* entendemos el sentimiento de lo que es o debiera ser "Derecho". En él, el hombre vivencia espontáneamente la tendencia valorativo-sentimental hacia el derecho correcto como una exigencia, como una fuerza que le obliga a realizar el comportamiento percibido como jurídicamente válido⁶⁰.

Frente a intentos que tratan de disminuir la importancia de este sentimiento, afirmando —por ejemplo— que sólo al Estado compete el valorar lo justo y lo injusto, podemos comprobar su prioridad e independencia.

Ninguna prohibición podría destruir nuestra facultad de sentir como injusta una determinada situación. Así, sostiene Del Vecchio, cuando las reglas no se corresponden con nuestra conciencia, se experimenta frente a ellas la inagotabilidad del sentimiento de lo justo⁶¹.

Cuando ese sentimiento se hace consciente, se vuelve conocimiento racional y reflexivo, el comportamiento y las soluciones jurídicas resultan de la deliberación y el espíritu crítico.

⁶⁰ Conf. HENKEL, H., *Introducción...*, cit. 698. También DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, T. I, pág. 593.

⁶¹ En igual sentido se había expresado AHRENS, E., en su *Curso de Filosofía del Derecho* al sostener que la idea del Derecho se manifiesta en la conciencia por tres hechos principales: la facultad de conocer y apreciar lo justo e injusto; la pretensión de juzgar con arreglo a esas nociones que sólo podría prohibirse en su expresión exterior, y el reconocimiento de que expresa un género de armonía entre nuestros actos o facultades con la naturaleza de la cosa (págs. 86-87).

Sus exigencias no cambian pero esa toma de conciencia permite un despliegue creciente y más depurado de su contenido.

Hablamos entonces de "*conciencia jurídica*"⁶².

Negri sostiene que si bien cada uno comprende con bastante claridad lo que es Derecho, de modo tal que ordinariamente no se siente la necesidad de precisar su significado, ello resulta insuficiente para su desarrollo y necesita ser superado por un conocimiento reflexivo y una actitud crítica, propios de la faz consciente⁶³.

Toda verdadera posición de Derecho significa el traslado de aquel sentimiento a una fórmula consciente.

II. LA PAULATINA CAPTACIÓN DE LOS VALORES MORALES Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Si bien los valores morales son objetivos y absolutos, su conocimiento es paulatino.

El hombre los descubre progresivamente en el curso de su historia —personal y social—. La experiencia así lo demuestra⁶⁴.

Si las nociones del bien y de lo justo han experimentado cambios en el curso de la existencia humana, no ha sido

⁶² Entre otros, COING, H., *Fundamentos...*, cit. pág. 73.

⁶³ En "Veintidós proposiciones para una teoría del derecho", publicada en *Notas de Filosofía del Derecho*, año I, Vol. I-II.

⁶⁴ Es ésta una clave de suma importancia para entender el fenómeno de la evolución del Derecho que Negri ha tenido la sabiduría de rescatar permanentemente. Así cuando en *El Derecho* sostiene: "Como la toma de conciencia de la propia y universal dignidad se ha realizado paulatinamente, ha debido rectificar muchas veces sus propios errores a través del tiempo" (pág. 26).

por el capricho de los hombres ni ha sucedido en forma gratuita, esas variaciones corren parejas con la evolución general de la conciencia humana.

Ciertas instituciones que fueron consideradas correctas en la antigüedad en algún momento comenzaron a suscitar preocupaciones y dudas crecientes hasta volverse inadmisibles para la conciencia moral⁶⁵.

Sucedió así con la esclavitud, la tortura, la pena de muerte, la explotación económica, la opresión política, que otrora eran sostenidas por hombres probos y justos como instituciones válidas y hoy son rechazadas por nuestro sentimiento jurídico.

En la medida en que las prerrogativas esenciales de la persona —su propia dignidad— son reconocidas, el hombre siente la necesidad de actualizarlas, y las posiciones del Derecho, que tratan de proyectar una armonía social fundada en ellas, se afinan y corrigen. En definitiva, marca el proceso de evolución jurídica.

No hacerlo así llevaría a que las soluciones se volvieran rígidas y que —ante un más profundo conocimiento moral— su primitivismo las convirtiera en fuente de mayores problemas sociales.

El profesor Del Vecchio ha señalado con gran claridad los pasos que llevan al progreso del Derecho en consonancia con la evolución moral del hombre⁶⁶:

⁶⁵ Por ello la frase de Lepp: "Si acusamos a Hitler de genocidio y no a Luis XIV ello se debe simplemente a que al cabo de tres siglos se ha operado un progreso gigantesco de la conciencia moral" (*La Comunicación...*, cit., pág. 55).

⁶⁶ Especialmente en su *Filosofía del Derecho*, T. I, págs. 543 y sigs.

- En primer lugar, dicha evolución se ha verificado al otorgarse *preeminencia a la elaboración deliberada, reflexiva y consciente del orden jurídico frente a la elaboración espontánea*.

Todo ser humano tiene una vivencia inmediata de lo que es Derecho (sentimiento jurídico). Primitivamente se lo verificaba casi intuitivamente, no había una clara conciencia de la razón de las reglas que se seguían. Cuando se despierta el espíritu crítico y se analizan las fórmulas, surge la necesidad de adecuarlas a una mejor comprensión de las exigencias valorativas.

La costumbre va cediendo entonces paso a modos explícitos de posición del Derecho. Incluso aparecen los juristas, dedicados al estudio de los fundamentos del orden jurídico y al mejoramiento de las reglas⁶⁷.

- Pero también significó un gran progreso el *paulatino abandono de la particularidad de la solución jurídica hasta volverla universal*.

En los primeros tiempos el Derecho se presentaba estrechamente ligado al grupo, reflejaba sus necesidades y vicisitudes, sólo se aplicaba en su seno.

Por cierto que cuando sus soluciones recogían la personal dignidad del hombre se encontraban implícitos en ellas elementos genéricamente humanos además de los grupales. Esos elementos progresivamente se desarrollaron y prevalecieron⁶⁸.

⁶⁷ Coincidientemente Cathrein expresa que el Derecho es más antiguo que los juristas y filósofos, quienes no lo han producido, sino que lo estudian, explican y fundamentan (*Filosofía...*, cit., pág. 39).

⁶⁸ La superación del espíritu de grupo (la formación de la autoconciencia y el correlativo descubrimiento de su universalidad) constituyó una de las más extraordinarias transformaciones de la humanidad.

- Un tercer momento se da con el *paso de motivos psicológicos inferiores que impulsaban la elaboración del Derecho a motivos morales superiores*.

De aquellas necesidades primitivas que llevaron a la creación del orden jurídico (como la de organizarse ante el peligro de lo desconocido) poco a poco otros motivos de convivencia y colaboración van prevaleciendo, reforzándose y generalizándose el sentimiento de la persona.

- Por último, en esta evolución se registra el *pasaje de la agregación necesaria a la asociación voluntaria*.

Primitivamente el hombre era una parte del grupo social al que pertenecía. Tenía una condición determinada por su nacimiento que no podía cambiar. Y tan era así que la responsabilidad penal era colectiva (por ello la reacción punitiva se dirigía contra el grupo del ofensor). Fuera de su tribu o clan era un "nadie": no tenía ni moral ni religión ni la protección del Derecho.

Poco a poco, al ir comprendiendo el hombre su individualidad, al tomar progresivamente conciencia de sí, ya no es absorbido por el grupo. Puede emigrar, formar parte de otras agrupaciones. La responsabilidad resulta individual, el patrimonio propio, su consentimiento es el que decide su pertenencia a una sociedad dada o la posibilidad de separarse de ella.

Hoy día estamos en condiciones de agregar un *nuevo momento* en esta evolución: así como pudimos romper con la conciencia grupal debemos hacer otro tanto con la ilusión de nuestra independencia de los demás, para comprender que alcanzamos nuestra más alta realización per-

dad, uno de los signos más notables de su crecimiento espiritual. (Comp. NEGRI, H., *El Derecho*, cit., pág. 42).

sonal gracias a los otros y que entonces debemos trabajar desde el Derecho —como desde todas las demás áreas de la cultura— para que la facticidad social cumpla su misión de hacer posible una existencia con sentido a toda persona, que nuestra responsabilidad es personal (individual y común a la vez⁶⁹) y que la propiedad no es un absoluto.

Este progreso jurídico —tal como lo hemos caracterizado— es parte de un más amplio progreso moral en el que un retorno a las fases primitivas es imposible⁷⁰.

Una vez llegado a determinado estadio de su desarrollo cultural, el hombre ya no puede abandonarlo. Sólo queda capacitarse mediante la educación moral para hacer un uso correcto de la autodeterminación que se le reconoce⁷¹.

III. LA CONCIENCIA FALSA

Una característica de nuestra época es la discordancia entre los sistemas de pensamiento y la realidad que pretenden describir. Las palabras mismas aparecen con diversos sentidos⁷².

Max Scheler expresó, en igual sentido, que "... la razón más profunda de por qué vemos hoy en lucha áspera, unas frente a otras, tantas y tan distintas concepciones de la

⁶⁹ Comp. KWANT, R., *Filosofía...*, cit., pág. 209 y sigs.

⁷⁰ Conf. DEL VECCHIO, G., *Aspectos y Problemus del Derecho*, pág. 159.

⁷¹ Comp. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 148.

⁷² "Se aumenta la comunicación de las ideas; sin embargo, aun las palabras definidoras de los conceptos más fundamentales revisten sentidos harto diversos en las distintas ideologías". Constitución pastoral *Gaudium et Spes*, nro. 4. En la misma dirección el trabajo de ZBINDEN, Hans, *La Conciencia Moral*.

historia y sociología, es que todas esas concepciones... se fundan en distintas ideas acerca de la esencia, estructura y origen del hombre. Cada teoría... encuentra su base en una determinada especie de antropología, tenga o no conciencia y conocimiento de ella el historiador, el sociólogo o el filósofo de la historia".⁷³

Creemos que esas diferentes concepciones —tanto antropológicas como sus derivaciones— se explican por la existencia finita y situada del hombre.

Decimos *finita* por cuanto el ser humano es un ser que no puede abarcar totalmente —entre otros— el conocimiento y la verdad. Sólo se le revelan aspectos del mundo y de sí mismos. Sólo logra adquirir en el curso de su existencia como persona, y como humanidad parcelas de la verdad.

¿Cuáles aspectos y parcelas logra conocer? Aquí juega decisivamente su *situación*.

Que el hombre sea un ser situado significa que nace en el seno de un mundo humanizado, pleno de sentidos, organizado culturalmente. Utiliza el lenguaje de su grupo. Participa de sus éxitos y fracasos. Dispone de las posibilidades que la técnica y la ciencia han alcanzado. Va haciendo sus propias experiencias en el curso de la vida, pasa por el cedazo de su personalidad las cosas que recibe —sin ser consciente de ello— a cada instante dentro de ese medio cultural.

Esta situación o facticidad en la que se encuentra y de la que no cabe escapar —pero que también contribuye a perpetuar, a modificar y formar para sí mismo y para los

⁷³ En *El Porvenir del Hombre. La Idea del Hombre y la Historia. El Puesto del Hombre en el Cosmos*, pág. 59.

demás— le permite visualizar la realidad desde una perspectiva.

Tiene el punto de mira que esa facticidad le otorga y desde él ve muy bien algunos aspectos, otros le resultan veladamente perceptibles y, por fin, hay algunos que ni siquiera puede distinguir.

Sin embargo, ha sido tentación constante de los hombres creer que su perspectiva, su "punto de vista", no es tal. Que lo que conocen, la forma en que comprenden la realidad en la que viven, la misma descripción de la realidad que efectúan, es la única posible. Es decir, absolutizan una visión que siempre, y necesariamente, es parcial.

Esto es lo que se ha dado en llamar *reducciónismo*.

Se reduce todo el campo posible de conocimiento humano a aquel sector que se puede llegar a aprehender, y luego se lo absolutiza, de modo que nada hay fuera de él.

Deja entonces de preocuparse por aquellos problemas que existen pero que no descubre, entiende como solución algo que quizás desde otra perspectiva fuera un conflicto a resolver, y cae en un vicio del pensamiento que resulta terrible por sus consecuencias prácticas: el dogmatismo.

Cuando un reducciónismo se sostiene de buena fe (esto es, sin darse cuenta, sin tener conciencia de él), el dogmatismo lleva a considerar equivocados a todos aquellos que no participan de él. A menudo incluso a tratar de eliminarlos, moral y aun físicamente.⁷⁴

Habrá que recordar que un peligro también acecha a quienes están atentos al carácter situado de la existencia, el de caer en el relativismo.

⁷⁴ El nazismo, el *apartheid* sudafricano, las guerras religiosas, son sólo algunas de ellas.

Esto es, a considerar que si cada uno ve las cosas según su punto de vista y nadie es dueño de la verdad, entonces nada importa demasiado y todas las posturas son igualmente válidas (y todas igualmente erróneas). Prácticamente no hay verdad posible de adquirir y no hay crítica alguna que efectuar.

Pero el hombre puede evitar el reduccionismo: recordando y haciendo consciente los elementos de su situación.

Y también puede escapar del relativismo: su parcial conocimiento de la verdad, su perspectiva, puede integrarse, cotejarse y conjugarse con las de los otros.

Hay una verdad trascendente que encontrar entre todos.⁷⁵

Muchos autores denominan al reduccionismo —cuando se produce de buena fe— como *ideología*⁷⁶.

Massuh la define como un sistema de ideas y actitudes, con pretensión de objetividad y universalidad, que encubre los intereses de un grupo, una clase o una nación, un fenómeno de distorsión de la actividad del pensamiento.⁷⁷

La mentalidad ideológica puede darse cuando el sujeto no advierte la incongruencia de sus ideas con la realidad por impedírselo el conjunto de axiomas que conforma el pensamiento social e histórico de su colectividad, o bien cuando tiene la posibilidad de descubrir esa incongruencia pero lo evita inconscientemente en aras de ciertos intereses vitales y emocionales.

⁷⁵ En tal sentido convendría releer la obra de MANNHEIM, Karl, *Ideología y Utopía (Introducción a la Sociología del Conocimiento)*, en la que despliega ambas posibilidades.

⁷⁶ Entre otros KWANT, R. C., *Filosofía...*, cit. Y así la utilizaremos nosotros en esta obra.

⁷⁷ *La Libertad y la Violencia*, págs. 81 y sigs.

En la conciencia falsa el conocimiento aparece instrumentado. Se presenta como una construcción intelectual absoluta, tiende a volver las finalidades históricas de un grupo o época en objetivo último de la vida humana. Todo propósito diferente deberá subordinarse a ella o será reprimido como un pensamiento contrario al "ser nacional"⁷⁸.

Empleando una conceptuación aparentemente rigurosa tratando de demostrar su verdad con datos empíricos, aparece como un conocimiento científico que sustituye —además— a la filosofía y a la religión. Aun utilizando como disfraz los rótulos de "ciencia", "filosofía", "religión" y "Derecho".

La ideología sirve, como puede verse, para conservar y afianzar el dominio de un grupo sobre la sociedad. Por tanto, representa un obstáculo muy importante para el Derecho —ya sea en su etapa de formulación, como en su desarrollo y vigencia—.

Buena parte de lo que en un tiempo y pueblo se presenta como Derecho no es el reflejo objetivo de la realidad de la conciencia moral, sino que ha sido generado bajo el imperativo de ciertos intereses.

El Derecho es usado como una herramienta para concretar objetivos ajenos a su fin último. En especial, sus reglas y la ciencia jurídica asumen un carácter instrumental.

Para ello se oculta el real sentido del orden jurídico, se desvirtúa su conflicto permanente con el poder y la violencia, se lo asimila con las reglas estatales, se lo separa radicalmente de la moral o se cae en un relativismo ético inadmisible para demostrar que no puede fundarse en los

valores la existencia de lo jurídico, se propugna la obediencia ciega a la ley.

En fin, el espacio del Derecho es ocupado por intereses y criterios propios de otros órdenes sociales.

Esta situación exige una constante revisión y una permanente vigilia⁷⁹.

Como advertía San Juan: "Examinad y probad los espíritus para ver si son de Dios"⁸⁰.

El Derecho, por su trascendencia cultural y su significación humana, se constituye en proposiciones y conceptos cuidadosamente revisados y decantados por el curso de una crítica renovada en el tiempo y siempre vigilante.

Esa operación no puede cumplirse sin un gran rigor que exige tomar conciencia hasta de los supuestos arbitrarios que se deslizan en cada operación mental, puesto que "el tener que vivir con lo inconsciente destapado, constituye el previo requisito de la conciencia crítica y científica de uno mismo"⁸¹.

Una solución jurídica falsa, un derecho incorrecto, es un derecho degradado que puede convertirse en instrumento de conquista y sometimiento y no ya como proyectada armonía en función del bien moral.

Los procesos previos de discusión y deliberación para el dictado de una ley; las distintas instancias judiciales; la revisión de constitucionalidad; el derecho judicial de estimación, el derecho comparado y la estimativa jurídica,

⁷⁹ La ciencia y la filosofía, según explica Massuh, implican "un doble estado de alerta: el de la vigilia espiritual, esto es, el permanente autoexamen de la actividad subjetiva, y el de la revisión y corrección infinita de los resultados" (*La Libertad...*, cit., pág. 89).

⁸⁰ Juan 4, 1.

⁸¹ Conf. MANNHEIM, K., *Ideología...*, cit., pág. 42.

son en parte soluciones y mecanismos de corrección —no exentos ellos también de contradicciones y problemas— para reducir la incidencia de posturas ideológicas, que tanto daño producen a la causa universal del respeto al hombre.

Se fomenta permanentemente el diálogo más amplio posible, en la esperanza de que surja en él la evidencia del error y, una vez identificado, su superación⁸².

Del mismo modo que el sentido de la libertad no se pierde por mucho tiempo, pese a las tremendas estructuras de opresión que existen, tampoco la conciencia puede ser paralizada de modo duradero. Puede enmudecer por algún tiempo, embotarse bajo la prepotencia, el embrutecimiento y la deshumanización, haccerse cobarde o caer en los encaramientos de las ideologías. Hasta fijarse en una ociosidad irremediablemente vacía o en el vértigo de la actividad diaria. Pero no se deja maniatar o seducir por mucho tiempo⁸³.

Tarde o temprano el hombre toma conciencia de la realidad que se le trata de ocultar y comienza su lucha por transformarla para que se adecue a las necesidades de su propia dignidad.

En el área del Derecho, para superar las distorsiones de una conciencia falsa habría que poner renovadamente en el centro de todas las consideraciones el principio supremo de respeto a la dignidad de la persona y analizar cada una de las reglas, doctrinarias y prácticas a la luz del mismo.

⁸² Recordemos que, como permanentemente enseña Negri, el crecimiento moral y la liberación del hombre no se dan individualmente sino juntamente con el resto de la sociedad, y en el diálogo.

⁸³ Comp. ZBINDEN, Hans, *La Conciencia...*, cit., pág. 68.

Y así para poder admitir —en un segundo paso— aquellas que lo reflejan correctamente y rechazar por ideológicas las que aparezcan fundadas en criterios discordantes a fin de sustituirlas por verdaderas reglas, doctrinas y prácticas jurídicas⁸⁴.

IV. EL SENTIMIENTO DE GRUPO Y LA IDEOLOGÍA DE LA COMUNIDAD ABSTRACTA

Primitivamente, como lo señalamos antes, el hombre se desenvolvía enteramente en la vida de su grupo. El sentimiento de propia individualidad se confundía con el de la pertenencia grupal. Se era hombre sólo *en* y *como* miembro de una *colectividad*.

Mucho más tarde, al constituirse la autoconciencia, el hombre comienza a percibirse como *individuo*. En la actualidad, sabe que es un *ser personal*.

Esta evolución se refleja notablemente en el desarrollo del Derecho.

- Así, de concepciones grupales de la moral, la religión y el Derecho, llegamos al descubrimiento de la idea de lo universal⁸⁵.

⁸⁴ De otro modo caeríamos en el error que señala Cathrein: “dar al (‘poder legal’) el nombre de Derecho es rebajar al Derecho hasta una pura regla de fuerza y arrebatarle la noble significación, la dignidad, la santidad, por decirlo así, que tiene ante la consideración de los hombres” (*Filosofía...*, cit., pág. 96).

⁸⁵ Conf. NEGRI, H. *El Derecho*, cit., págs. 42 y sigs. Una interesante explicación de las distintas etapas de esa evolución aunque efectuada desde otro ángulo, puede leerse en FOUSTEL DE COULANGES, *La Ciudad Antigua*.

A partir de entonces, aunque el hombre siga viviendo en sociedad, la idea del Derecho exige que se preserve su dignidad aun frente a ella. La persona ya no podrá ser utilizada como instrumento del grupo ni sacrificada él, no hay razón de Estado que pueda justificar una excepción⁸⁶.

Juan Pablo II expresó este principio diciendo que: “la ley moral, guardiana de los derechos del hombre, no puede ser dejada de lado por ninguna persona, ningún grupo, ni por el mismo Estado, por ningún motivo, ni siquiera por la seguridad o en interés de la ley o del orden público”.

El Derecho pues, se desarrolla y florece en la medida en que el hombre es respetado como persona, incluso por su grupo de pertenencia.

Pero, a pesar del amplio reconocimiento de la dignidad del hombre alcanzado en el desarrollo de nuestra conciencia, la práctica dista todavía de concordar con ese sentimiento.

Uno de los mecanismos más utilizados para distorsionar la conciencia jurídica y que implica un resurgimiento de aquel sectario sentimiento de grupo, es el de la *ideología de la comunidad abstracta*.

No es infrecuente encontrar doctrinas que exaltan y sostienen la incondicionada superioridad de la colectividad sobre el individuo: “Tú no eres nada, la patria lo es todo”, expresan.

En ocasiones son producto de un primitivismo moral pero —en general— revelan aquella falsa conciencia que encubre una realidad de opresión.

⁸⁶ Ello no excluye —por supuesto— el sacrificio voluntario. Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 218.

Son épocas en que el Derecho encuentra grandes obstáculos para su vigencia. Las reglas meramente administrativas ocupan gran parte de su "espacio".⁸⁷

Como sabemos, ante la comunidad auténtica el Derecho debe silenciarse. Aquí se trata de impedir que rija en una realidad sólo aparentemente comunitaria.

Relaciones de poder, y aun de violencia, se disfrazan como si fueran relaciones de amor.

Se habla entonces de la "gran familia nacional" o de la "comunidad nacional", de la patria, etcétera.

Se pide a los gobernados la entrega personal que el amor supone en nombre de la sociedad toda.

Incluso, se llega a presentar a aquellos que no se someten dócilmente a esta distorsión como enemigos, o a generar situaciones bélicas o de alta tensión con otros Estados.

Por otra parte, los miembros del sector dominante se presentan a sí mismos como los protectores de la nación, los restauradores del orden y la justicia, los gestores del bien común.⁸⁸

Es ésta una realidad que los argentinos (y tantos otros pueblos) hemos vivido con toda su carga de dolor y frustración.

Aflojados de tal forma los límites y restricciones del Derecho frente al poder y la violencia, la opresión del sometido se vuelve más intensa.

⁸⁷ La administración es, en esencia, ejercicio de poder "...el Derecho conduce a la libertad y a la seguridad, en tanto que la Administración fomenta la eficacia y rapidez de la decisión", como explica BODENHEIMER, E., *Teoría...*, cit. pág. 120.

⁸⁸ Es notable cómo se recurre a aquellos términos que gozan de un gran prestigio social y se los desfigura hasta que nada tienen que ver con su real significado.

No es casual que en la moderna política de los Estados dictatoriales se enfrente constantemente la idea de comunidad u organicidad (ante todo la "comunidad nacional") a la idea de Derecho, violando en nombre de aquélla las posiciones jurídicas del hombre.⁸⁹

Se aprovecha así la mentalidad comunitaria para debilitar el Derecho sin que realmente se pueda fundar una comunidad.

El resultado: la instauración de un poder ilimitado.

⁸⁹ Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 96. El organicismo como concepción política en la que el individuo es sólo una cédula del Estado-Nación, ha fundado en gran parte la ideología del moderno nacionalismo, en especial, el fascismo y el nacionalsocialismo.

UNIDAD 5

CAPÍTULO IV DERECHO Y PODER

I. RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y EL PODER

Uno de los rasgos del Derecho que se ha visto fortalecido en la constante lucha del hombre por su vigencia, es el de su oposición al poder.

La experiencia histórica demuestra que, frecuentemente, el Derecho ha sido avasallado sistemáticamente por diversas estructuras opresivas —entre ellas el Estado—.

Por ello, esa lucha ha debido realizarse en oposición a la ley, que en lugar de tender hacia la armonía social expresaba los intereses de quienes la habían dictado y podían imponerla coactivamente⁹⁰.

Sin embargo, todavía no pocas personas se resisten a aceptar ese antagonismo. Un Derecho despojado de los instrumentos del poder, o no originado en la estructura estatal, les resulta imposible de comprender⁹¹.

⁹⁰ El jurista italiano G. del Vecchio expresó con propiedad este fenómeno al decir que las ofensas más graves al Derecho no suelen proceder tanto de la oposición a las leyes cuanto de las leyes mismas, en su obra *Aspectos y Problemas del Derecho*, pág. 107.

⁹¹ Comp. NEGRI, H., *El Derecho como Orden de Respeto*, págs. 31 y sigs.

Surge entonces una pregunta clave: ¿por qué tan grave confusión entre dos fenómenos harto disímiles?

Negri sostiene en este punto que la dificultad para diferenciarlos radica—principalmente—in aparentes similitudes: ambos procuran crear un orden y brindar seguridad y paz⁹².

Toda relación social despliega su propio orden interno, como explicáramos anteriormente.

Una vez establecida la relación de poder, el dominante tiende a fijar su posición y organizar la sumisión de los demás miembros.

Con ello procura estabilizarse y, en la medida de lo posible, intensificar su dominio⁹³.

Pero mientras el orden jurídico delimita las posiciones de cada persona a través de criterios de diálogo respetuoso, igualdad y autonomía, el orden del poder se funda en la coacción, la represión organizada y la propaganda ideológica⁹⁴.

Ello hace que sus soluciones y las consecuencias de su aplicación lleven a establecer muy diversos modos de convivencia.

En un caso—por el derecho—armónico, y en el otro—por el poder—mutilante de las posibilidades de crecimiento del ser humano⁹⁵.

⁹² NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 32.

⁹³ Como el gas o la energía eléctrica, el poder tiende a extenderse o avanzar hasta donde pueda llegar, hasta que se construya a su alrededor una valla o recipiente que aquél no pueda trascender ni horadar. Conf. BODENHEIMER, E., *Teoría...*, cit., pág. 18.

⁹⁴ Comp. Negri, H., *op. cit.*, pág. 36.

⁹⁵ Al dificultarse enormemente el diálogo entre dominantes y do-

La violencia es un elemento altamente desestabilizante, tanto para el orden del poder como para el Derecho. Ambos tratan pues, de eliminarla, pero la paz resultante también tiene—más allá de su similitud externa—un signo diverso.

Lo mismo sucede en cuanto a la seguridad que uno y otro procuran.

Las diferencias pueden apreciarse, en primer término, en los medios a los cuales se recurre en cada caso para lograrlas.

El Derecho se presenta siempre como un buen fin que sólo se logra—sin traicionarse a sí mismo—por medios igualmente buenos. Su lema podría ser “a la justicia, justamente”. Su lucha se da fundamentalmente a través de la educación de la conciencia moral y el diálogo⁹⁶.

Al poder, en cambio, sólo le importa la eficacia. Cualquier método será válido en tanto consiga su objetivo. Su orden es un orden externo de conductas, cuyo acatamiento se procura a través de medios que van desde la represión física—incluso la eliminación del opositor—hasta la distorsión de la conciencia de los sometidos. Todos ellos configuran, ciertamente, agravios a la dignidad humana.

En segundo término, los resultados—la paz y la seguridad—son también de diverso contenido.

La paz del poder es una mera ausencia de violencia entre los súbditos y desde éstos hacia el opresor. Lo que se dio en llamar la “guerra fría” y el “equilibrio del terror” en

minados (además de aquel que podría darse entre los oprimidos) se produce un empobrecimiento espiritual de ambas partes de la relación. Tampoco el opresor puede crecer en plenitud.

⁹⁶ Así NEGRI, H., *El derecho*, cit., pág. 51.

las relaciones internacionales son ejemplos de esta paz aparente⁹⁷.

Las tensiones sociales no se resuelven, sólo se reprime su expresión. Por ello, al ceder los mecanismos de control social reaparecen con mayor virulencia⁹⁸.

Contrariamente, la paz del Derecho funda una sociedad sin marginados ni perseguidos, donde el pensamiento y la palabra fluyen libremente y el hombre se encuentra con sus semejantes en un diálogo creador⁹⁹.

Otro tanto ocurre con la seguridad.

La que otorga el poder se circumscribe a los sentidos. El opresor emerge libre de toda vinculación. Su arbitrio permanece ilimitado y por ello, ninguna seguridad se puede tener frente a él.

En cambio, la seguridad del Derecho vincula a todos. Resulta de la objetividad de la obligación moral que el hombre descubre y de la exigencia con que se presenta su conocimiento ante nuestra conciencia. Ello hace previsible que su respuesta sea aquiescente¹⁰⁰. Además, al fijar límites a quienes ejerzan poder, el hombre podrá planificar su existencia sin temor a intromisiones repentinamente caprichosas de ellos¹⁰¹.

⁹⁷ Que la sabiduría popular define como "paz de los cementerios".

⁹⁸ Así, por ejemplo, cuando una dictadura es desplazada por sistemas democráticos.

⁹⁹ Conf. las bellas palabras de Negri en *El Derecho como Orden de Respeto*, cit., pág. 6.

¹⁰⁰ Comp. NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., págs. 55 y sigs.

¹⁰¹ BODENHEIMER, E., *Teoría...*, cit., pág. 237. Juan Pablo II ha condenado duramente aquellas "ideologías y ciertas formas de interpretar la legítima preocupación por la seguridad nacional (si) dieran

Resulta entonces, imprescindible frente a cada caso concreto que —antes de aceptar como valores jurídicos el orden, la paz y la seguridad establecidos— examinemos cuidadosamente en qué medida responden al principio rector del Derecho.

De otro modo quedará desfigurado el intenso conflicto que vive con el poder y no podremos solucionar los problemas que la existencia de este tipo de relaciones ocasionan a la vida social y personal¹⁰².

II. EL DERECHO COMO LÍMITE DEL PODER

Poder y Derecho, en sus formas puras, son polos opuestos, en permanente contradicción y conflicto.

El progreso cultural se pone de manifiesto no sólo en la pacificación de la sociedad, sino también en la limitación y control del poder. Así el Derecho debe caracterizarse como un orden de protección y de paz¹⁰³.

El orden jurídico se presenta permanentemente como límite a la relación de poder.

Trata de llevarla progresivamente a una situación de igualdad y reconocimiento recíproco, poniendo vallas al actuar del opresor y protegiendo los derechos de los oprimidos.

como resultado el subyugar al Estado el hombre y sus derechos y dignidad" por cuanto cesarían de ser humanas y cristianas (recopiladas en *El Heraldo de la Paz*, pág. 404).

¹⁰² Recordemos que el primer paso para resolver un problema es reconocer su existencia y alcances, tomar conciencia de él.

¹⁰³ Bodenheimer sostiene que una cultura progresiva se distingue por una evolución que va de la sujeción a la libertad, del *status* al contrato, del poder al Derecho (*Teoría...*, cit., pág. 300).

En esta tarea, procura una liberación de ambos. Por una parte, trata de suprimir el vínculo de dominio para que los súbditos puedan vivir plenamente su autonomía. Por otra, procurando que el dominante se libere del error que significa creerse superior a los demás.¹⁰⁴

Caso contrario, no podrá haber reconocimiento reciproco. A lo más tendremos un poder reducido —lo cual es sin duda un paso importantísimo—, o una nueva relación de poder en que los oprimidos se vuelvan opresores y viceversa.¹⁰⁵

Las diversas ramas del Derecho que se refieren a situaciones sociales donde el poder se establece o puede aparecer, evidencian esta función de limitación.

Así, el derecho constitucional expresa —junto con el derecho administrativo— las principales reglas a que debe atenerse el poder político del Estado en su actuar.

En el derecho laboral, se trata de equilibrar las posiciones del obrero y el patrono, de manera que la propiedad del medio de producción no degenera en un medio de explotación económica.

El derecho internacional procura medios de solución que recusen la mera superioridad de fuerzas y la agresión como instrumentos válidos de respuesta.¹⁰⁶

¹⁰⁴ "Existen algunos seres que nunca sienten una mayor exaltación de su libertad sino cuando pueden sojuzgar a otros. Pero es evidente la naturaleza neurótica de este tipo de voluntad de poder". Conf. LEPP, I., *op. cit.*, pág. 44.

¹⁰⁵ Éste es un problema que a menudo se observa en las revoluciones populares y que debe examinarse con todo cuidado. Paulo Freire ha alertado vivamente sobre él.

¹⁰⁶ Las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, han sido creadas a ese propósito. Las soluciones deben encontrar-

Las declaraciones de derechos humanos, en especial, establecen los límites que ningún poder puede traspasar.¹⁰⁷

III. PUNTOS CRÍTICOS DE CONVERGENCIA

Aun cuando Derecho y poder se presentan como adversarios irreductibles, existen algunas estructuras en las que convergen y que los muestran en una coexistencia altamente inestable.

Algunas de ellas son: el Estado, la ley y la administración de justicia.

1. El Estado

La vinculación Estado-súbdito es una relación de poder, que en algunos casos también se extiende hacia otros Estados.

Pese a la naturaleza de esta estructura y al hecho de que el Estado moderno ha surgido generalmente de procesos violentos de conquista y anexión, se ha tratado de reivindicar para él una especie de dignidad moral atribuyéndole como tarea la realización de los valores éticos en la vida social.¹⁰⁸

se en el diálogo de todos sus miembros. La igualdad de voto de los Estados, pese a su fuerza política, militar o económica es una expresión del Derecho en su seno. Aunque, ciertamente, el voto otorgado a algunos países significa un "espacio" aún no conquistado por él, de igual modo que aquellas situaciones en que la entidad ha sido utilizada como un beligerante más.

¹⁰⁷ NEGRI, H., *Los Derechos Humanos*, pág. 10.

¹⁰⁸ "Sus triunfos históricos se deben al menos en parte, a su violencia en nombre de la cual tomó siempre para sí la parte del león y sofocó

En otros casos, su justificación se basa en la idea de que el individuo no se realiza sino como miembro de la sociedad política. Por ello, el Estado debe orientar y penetrar todos los ámbitos de la vida.¹⁰⁹

Ambas posturas confunden diversos órdenes del ser. El llamado religioso y las exigencias morales se dirigen sólo a las personas, nunca al grupo y mucho menos a metas estructuras de poder las que —por otra parte— son totalmente inadecuadas para la realización de tareas espirituales (por su propia naturaleza y más allá de la voluntad de los gobernantes).

La libertad es condición ineliminable para la creación y el desarrollo de nuestra personalidad. Toda limitación por medios y procedimientos externos —como los del Estado— resultan un obstáculo para la evolución moral del hombre.¹¹⁰

En realidad, la vigencia de estas concepciones no puede explicarse más que por la subsistencia de ideologías fundadas en el primitivo sentimiento de grupo.

Así, el Derecho fija permanentemente límites a la expresión del poder estatal.

en sus ceñidores otros tipos de sociedad, que quizás hubieran revestido caracteres más humanos, más dignos, más benéficos", sostuvo GRANERIS, G., en su *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, pág. 156.

¹⁰⁹ Comp. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 209.

¹¹⁰ Juan XXIII coincidentemente, sostuvo que el mando que se funda exclusiva o principalmente en la amenaza o el temor de las penas o en la promesa de premios no tiene eficacia alguna para mover al hombre a laborar por el bien común, y, aun cuando tuviera esa eficacia, no se ajustaría en absoluto a la dignidad del hombre, que es un ser racional y libre (*Encíclica Pacem in Terris*, nro. 48).

Cuando le reconoce alguna tarea que tiene que ver con lo espiritual, lo hace con suma cautela y siempre con un carácter subsidiario, para evitar cualquier exceso que agravie la dignidad humana.

El Estado podrá entonces ponerse al servicio de la educación y la salud —por ejemplo— construyendo las escuelas y hospitales necesarios, equipándolos, organizando su actividad para que puedan hacer uso de ellos todos los habitantes. Pero jamás imponer un determinado contenido a la enseñanza, imponer una fe religiosa, etcétera.

2. La ley

Otro punto típico de conflictiva convergencia de Derecho y poder es la ley.

Si por un lado es uno de los modos en que habitualmente se procura incorporar la idea de Derecho a fórmulas abstractas, por el otro se trata de una regla que se origina en el centro supremo de poder político del Estado.

Será siempre quien ejerza el poder legislativo el autor visible de la ley.

Esta doble circunstancia hace propicio que en su seno se produzcan situaciones de tensión muy intensas, que —incluso— trasciendan a la etapa en que se llevan a la práctica.¹¹¹

A pesar de ello, la convergencia Derecho-ley es estimulada por el propio orden jurídico como modo de trazar

¹¹¹ A veces el poder retrocede en la etapa de elaboración y sanción de la ley, pero luego obstaculiza totalmente su vigencia. Muchas reglas constitucionales se yerguen como una permanente denuncia de derechos fundamentales reconocidos que nunca se han llevado a la práctica por falta de políticas estatales que los hicieran efectivos.

una efectiva limitación al poder estatal, comprometiéndolo a respetar una solución que es objetiva y superior a su voluntad.

Cuando la relación se invierte y el Derecho es sustituido por posiciones de puro poder nos hallamos ante el fenómeno de la perversión de la ley tan bien analizado por Santo Tomás¹¹².

3. Administración de justicia

También la administración de justicia, tal como la conocemos, expresa conflictos similares.

El juez debe resolver con justicia y conforme a derecho cada caso que se presente a su tribunal. Pero, en el Estado moderno, es también parte de un poder (el Poder Judicial).

Las exigencias de independencia e imparcialidad que el derecho constitucional y procesal ponen al juez, tienen por objetivo una correcta administración de justicia que no se encuentre influenciada por los intereses de los litigantes, pero —muy especialmente— tampoco por los intereses del poder estatal.

En la medida en que el magistrado ceda a estos intereses, dejará de ser un juez de derecho para convertirse en un mero juez de poder.

En tales condiciones, su sentencia no será ya un elemento de armonía y de restauración de diálogos rotos, sino que constituirá —ella misma— un agravio y un obstáculo.

¹¹² Retoma esa idea Negri al estudiar el problema de la ley en *El Derecho como Orden de Respeto*, págs. 11 y sigs.

IV. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER ESTATAL

Desde el ángulo del Derecho, cuando hablamos de la organización del poder estatal nos referimos al conjunto de límites morales que aquél traza para evitar su expansión desmesurada.

El Derecho no ha creado al Estado, como tampoco a ninguna otra expresión del poder. Ello sería contradictorio con sus propias finalidades. Pero, siendo éste “una de las tantas construcciones humanas” —como expresa Graneris¹¹³— que se interponen en el camino hacia la armonía social, ha debido intervenir para reglarlo y reducir sus efectos negativos.

Los principios rectores de esa organización jurídica del Estado —entendida siempre como limitación— son fundamentalmente:

- a) el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales garantizándolos aun frente a la intervención del Estado;
- b) la división de poderes o, más propiamente, separación de funciones, de modo que nunca queden concentrados en un solo titular;
- c) la regulación del ejercicio del poder, expresada en los principios de legalidad de la administración, de constitucionalidad, etcétera; y,
- d) el control de todo acto de poder. Ya sea por el control recíproco de sus titulares (factores de co-poder) o por el ciudadano mismo (recursos administrativos, revisión por una justicia independiente, participación en los órganos de poder, elección de funcionarios, publicidad de los actos de gobierno, etc.).

¹¹³ GRANERIS, Giuseppe, *Contribución...*, cit., pág. 156.

Estos principios han sido recogidos por el movimiento constitucionalista clásico y dieron origen —en la medida en que fueron obedecidos por las estructuras estatales— al denominado “Estado de Derecho”¹¹⁴.

La Iglesia Católica también se ha hecho eco de estas exigencias y las ha respaldado.

Así, Juan XXIII en su recordada encíclica *Pacem in Terris* las resume al sostener que se debe “redactar, con fórmulas concisas y claras, un compendio de los derechos fundamentales del hombre e incluirlo en la constitución general del Estado... en términos estrictamente jurídicos... se definan los procedimientos para designar a los gobernantes, los vínculos con los que necesariamente deban aquellos relacionarse entre sí, las esferas de sus respectivas competencias, y, por último, las normas obligatorias que hayan de dirigir el ejercicio de sus funciones. Se requiere, finalmente, que se definan de modo específico los derechos y deberes del ciudadano en sus relaciones con las autoridades y que se prescriba de forma clara, como misión principal de las autoridades, el reconocimiento, respeto, acuerdo mutuo, tutela y desarrollo continuo de los derechos y deberes del ciudadano”¹¹⁵.

Aclaremos que, sin embargo, la vigencia de estas limitaciones —y en consecuencia el establecimiento de un Estado como “de Derecho”—, no implica que se haya alcanzado la meta de armonía social, ni que todas las disposiciones del Estado hayan de ser jurídicas¹¹⁶.

¹¹⁴ Comp. NEGRI, H. en su Cuaderno nro. 2 de la serie *Metodología e Instituciones del Derecho*, editada por la Universidad Católica de La Plata, 1982.

¹¹⁵ Nro. 2, 75 a 77.

¹¹⁶ En todo caso habrá una mayor probabilidad de que así sea.

Se trata del punto de avance más profundo al que hemos llegado en la lucha por el Derecho, pero queda todavía mucho por hacer.

En el seno de un Estado así organizado, se viven aún profundas tensiones ya que ningún poder —y menos aún uno tan fuerte como el estatal— se somete fácilmente a límites.

De allí que, muchas veces, logre zafarse de ellos y se produzca una quiebra del orden jurídico constitucional (“golpe de Estado”).

V. LA COACTIVIDAD

La coactividad constituye uno de los problemas más difíciles a los que debe enfrentarse una reflexión sobre el Derecho.

Hasta fines del siglo XVIII la coactividad no había sido incorporada a la definición del Derecho. Recién en la concepción kantiana aparece como nota constitutiva del orden jurídico¹¹⁷.

Sin perjuicio de que esta aseveración sea —en lo sustancial— correcta, no debe desconocerse el hecho de que a lo largo del pensamiento iusfilosófico el tema de la coactividad gravitó poderosamente.

Pareciera que la antigua pedagogía del Derecho —por decirlo con palabras de Negri— no pudo sustraerse a métodos en los que la coacción cumplía un papel vinculante.

Así, una solución jurídica parecía perfeccionada en la medida en que su aplicación viniese respaldada por una fuerza suficiente, capaz de sustentarla en el caso de que los comportamientos sociales se apartaran de ella.

¹¹⁷ CATHREIN, V., *Filosofía...*, cit., pág. 83.

En la época contemporánea, esta idea ha llegado a afirmarse hasta tal punto en el pensamiento de muchos científicos y filósofos del derecho que no han faltado teorías que la definen como nota esencial de lo jurídico.¹¹⁸

Sin embargo, incurren en un grave error. Cathrein dedica al tema párrafos que nos parecen decisivos, y si bien resulta evidente que al concluir sus reflexiones cede inexplicablemente paso a la coactividad como elemento concomitante, este hecho no alcanza a desvirtuar la profunda solidez de sus argumentaciones en contra de que tal elemento pueda incorporarse al Derecho.

Decir que el Derecho es coactivo significa conceder que el poder del que las leyes proceden pueda amenazar con penas la transgresión de sus disposiciones y aplicarlas si ella se produce.

Pero antes de toda coacción y más allá de la existencia de coacción —en tanto la ley contenga una solución jurídica— tenemos ya el deber de cumplirla.¹¹⁹ Ello permite a Cathrein sostener que este elemento es algo que desde afuera se le asocia al Derecho para ayudarlo a obtener una vigencia plena.

¹¹⁸ "Cuesta bastante trabajo percatarse de cuál es el rodeo psicológico por el que los juristas se han llegado a aferrar a esta monomanía de la sanción... El Derecho no es un sistema de intimidación... Es una directriz luminosa, un principio de educación y de rectitud...", como lo expresó LACHANCE, L., en *El Derecho y los Derechos del Hombre*, pág. 89.

¹¹⁹ Por ello pudo sostener Bodenheimer que el contrato entre Robinson Crusoe y el capitán inglés —en la famosa novela de Defoe— era un acto de derecho, aunque no hubiera una autoridad que pudiera imponer su cumplimiento, *Teoría...*, cit., pág. 27. En igual sentido se manifiesta HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, pág. 205.

Más aún en este último supuesto, no deja el filósofo alemán de reconocer su sentido altamente problemático y sostiene que la misma coacción debe ser regulada jurídicamente para que no se transforme en brutal arbitrariedad y violencia.

Recuerda asimismo que no todas las reglas jurídicas tienen apoyo coactivo y sin embargo, son parte del Derecho, que muchas veces el poder y la violencia avasallan la vigencia del Derecho sin que éste deje de existir, y muchas otras la coacción es instrumento para obtener el acatamiento de una voluntad contraria a Derecho.

Certamente concluye que "el que admite que la exigibilidad coactiva es esencial al Derecho, proclama así el derecho del más fuerte; el más fuerte no podrá, pues, ser injusto jamás".¹²⁰

Creemos que aquí se encuentra el núcleo del problema.

La idea de la coactividad implica la posibilidad de imponer una pena ante determinadas conductas. Esto sólo puede realizarse si se tiene poder.

Pero si —para respaldar una solución de Derecho— debemos recurrir necesariamente a la coacción (es decir, al poder) habría que caer en una contradicción interna irresoluble, a saber: que un principio de igualdad y afirmación recíproca necesitaría sustentarse en un medio que supone la desigualdad y la afirmación unilateral.

Autores que han tratado de justificar la coactividad a la luz de un razonamiento interno acerca del Derecho, debieron en algún momento de su existencia cuestionar sus aplicaciones fundamentales.

Un ejemplo lo tenemos en la obra de Giorgio del Vecchio quien —luego de defender la idea del derecho coac-

¹²⁰ CATHREIN, V. S. J., *Filosofía...*, cit., pág. 88.

tivo— ante la problemática de la pena penal formula una de las críticas más intensas a su concreción.¹²¹

Semejantes contradicciones indican a las claras que cuando el Derecho se vale del poder para cumplir sus finalidades y el sentido general de su existencia, se coloca en una situación de aporía.

Negri sostiene que en el Derecho no tiene cabida la coacción, que es el modo de la falsa obligatoriedad del poder.¹²²

Si ella fuera parte de lo jurídico se angostaría nuestra determinación y correlativamente nuestra responsabilidad moral, cuando en el seno de la conducta elegida hay una llamada de valor constante que tenemos que aceptar hacer nuestra libremente.¹²³

La educación moral y el esclarecimiento de las conciencias constituyen los medios específicos para la afirmación y consolidación del derecho.¹²⁴

En suma, *la lucha por el Derecho es una lucha de la conciencia, no de la fuerza*.¹²⁵

¹²¹ En *Aspectos y Problemas del Derecho*, pág. 224. Aclaremos que si bien la coactividad y pena se distinguen en sentido técnico, no es menos cierto el estrecho ligamen entre una y otra: no hay coactividad que no signifique una pena o amenaza de pena y no hay pena que no sea ella misma una forma objetivada de coactividad.

¹²² Por su parte Bodenheimer denunciaba que "la teoría imperativa del Derecho es un instrumento excelente para uso de un tirano que puede justificar con ella su régimen despótico como 'orden jurídico'" (*Teoría...*, cit. pág. 332).

¹²³ *El Derecho...*, cit., pág. 49.

¹²⁴ "La fuerza moral encadena así las voluntades de un modo muy distinto al de la violencia física, pero con no menor realidad", Conf. LACHANCE, L., *El Derecho...*, cit.

¹²⁵ Queda descartada la fuerza o la coerción —ha dicho Sánchez de la Torte— porque significaría convertir a la otra persona en objeto (*Los Principios Clásicos del Derecho*, pág. 185).

Unión e

CAPÍTULO V

NATURALEZA DE LA COSA E IDEA DEL DERECHO

A lo largo de siglos el hombre ha buscado la verdad, una verdad que desborda por todas partes los moldes que quieren encerrarla.

Pero si recordamos que somos seres finitos y situados, sabemos que nadie es dueño de la verdad. Sólo parcial y progresivamente se nos va desvelando.

Esto no implica caer en un escepticismo o relativismo, sólo ser realista en orden a las posibilidades humanas.

Que el discurso no se pueda igualar al mundo, que no sea absolutamente verdadero porque siempre quede algo por decir, no significa que todo haya de ser igualmente verdadero o igualmente falso, que todo sea indiferente, que dé lo mismo decir sí que decir no.

En el Derecho esa búsqueda de la verdad se ve reflejada en la idea —siempre presente— de que su creación y elaboración no son obra arbitraria, sino que existen ciertos contenidos prejurídicos que deben ser respetados para que sus soluciones sean correctas.

Dichos contenidos surgen de la consideración de dos temáticas diversas: la naturaleza de la cosa que intenta rescatarlos de un orden natural impreso en las cosas mismas, y la idea de Derecho, que pretende encontrar el prototipo moral de todo ordenamiento.

En la historia pocas veces se las ha tratado en forma conjunta, pero como se verá tienen más en común de lo que en un primer momento pudiera imaginarse.

I. LA NATURALEZA DE LA COSA COMO LEGALIDAD PREJURÍDICA

La naturaleza de la cosa ha sido propuesta como la solución de todos aquellos que procuran reducir el rígido dualismo entre ser y deber ser, realidad y valor¹²⁶.

La idea encuentra su origen en el pensamiento griego pero su formulación latina aparece con Lucrécio, quien escribe el poema didáctico *De Rerum Natura*, y logra su difusión a través de la obra de Cicerón.

En Lucrécio significa el universo, la legalidad natural estricta del mundo. En Cicerón se amplía hasta comprender la naturaleza del hombre. Los iusfilósofos romanos llegaron al convencimiento de que el Derecho se fundaba en esa naturaleza, y entendieron que las coincidencias en los órdenes jurídicos de los diferentes pueblos eran —por tal motivo— mucho más importantes que todas sus discrepancias.

En la Edad Media, Santo Tomás de Aquino recogió la idea, llegando a afirmar que el Derecho es la misma cosa justa.

Montesquieu reactualiza el concepto siglos después en su obra *El Espíritu de las Leyes*, al sostener que las leyes —en su significación más amplia— son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas.

¹²⁶ Conf. RADBRUCH, Gustav, *La Naturaleza de la Cosa como Forma Jurídica del Pensamiento*, pág. 63.

Desde entonces, la fórmula reaparece periódicamente en la historia del pensamiento cada vez que se trata de encontrar puntos de apoyo para la elaboración de un derecho correcto.

Buscar en la observación de la realidad el justificativo y contenido de las reglas jurídicas, parece —entonces— responder a una tendencia profunda del espíritu¹²⁷.

Radbruch explica con claridad el significado de la expresión "naturaleza de la cosa"¹²⁸. La cosa es el substrato, el material, al que el Derecho tiene que dar forma. Esta materia es la vida social y los hechos vitales que constituyen las relaciones interhumanas o tienen alguna relevancia en ellas.

Se estudiarán entonces los hechos naturales que tengan influencia en la vida del hombre, la naturaleza misma del humano, su dominio del medio ambiente progresivamente ampliado con el desarrollo técnico y las nuevas cuestiones que éste implica, así como las formas que pueden asumir sus encuentros con los demás.

En cuanto a la naturaleza de que aquí se habla, no es concebida como un ente, sino que es la esencia, el sentido objetivo de la cosa.

Esta fórmula ha pasado al uso lingüístico general como la expresión de una evidencia que parece no necesitar ninguna fundamentación.

La filosofía cristiana planteó del modo más profundo la cuestión de la naturaleza de la cosa, al ver en la vida social la realización de las ideas divinas, del orden de la Crea-

¹²⁷ Comp. BATTIFOL, H., *Filosofía del Derecho*, págs. 51 y sigs.

¹²⁸ RADBRUCH, Gustav, *La Naturaleza...*, cit. págs. 70 y sigs.

ción impuesto por Dios al mundo, que el hombre debe descubrir y traducir reflexivamente a su derecho.¹²⁹

Así, de la comprensión de la naturaleza de las cosas y del hombre mismo, han surgido principios y datos rectores para el orden jurídico.

Siendo el Derecho un orden fundado en el respeto al hombre y a su dignidad, es evidente la importancia que tiene determinar cuál es su naturaleza, en qué consiste tal dignidad.

El estudio de la naturaleza del hombre ha llevado al descubrimiento de su radical diferencia con las cosas y su superioridad frente a todo lo creado, puesto que es el único ser de la creación visible con capacidad de encontrarse dialógicamente con el otro y crear con él nuevas posibilidades y ámbitos de realización en el ejercicio de su autonomía moral.

Por una parte, el hombre es único.

La persona —bien lo decía Mounier— se funda en una serie de actos originales que no tienen su equivalente en ninguna otra parte dentro del universo.

Es una existencia capaz de descentrarse para llegar a ser disponible para otros, tratando de comprenderlos, alcanzando su singularidad con la propia singularidad en un acto de acogimiento.¹³⁰

¹²⁹ Así Santo Tomás nos inculca "la necesidad de reconocer sinceramente los datos ineliminables del ordenamiento jurídico: datos escritos en las cosas y leídos por la razón... quien intenta sustraerse, cae por necesidad fatal en yugos peores, creados por el capricho e impuestos por la prepotencia humana, que son dos fuerzas terribles, siempre referidas a un feroz despotismo". Conf. GRANERIS, G., *Contribución...*, cit., pág..27.

¹³⁰ MOUNNIER, E., *op. cit.*

Esa estructura relacional del hombre se refleja en el diálogo que comienza con la llamada, con la palabra que me reclama y que me dice, con la voz o con la cara en la que el otro se manifiesta en la inefable originalidad de su ser.

Llamada que implica la asunción de una carencia, pero también de una esperanza. Si llamo, si pregunto, es porque espero una respuesta.

La admiración y el asombro por ese alguien que llega, que me responde con una voz única, que vuelve mi debilidad irrevocable en fortaleza, que me acoge, que torna el espacio circundante en ámbito de encuentro y realiza las promesas implícitas en mi condición de persona, son las notas más destacadas de ese inicio.¹³¹

De su escucha nacen, después, mi propio rostro y mi propia palabra, que son en lo esencial resultados del encuentro.¹³²

La existencia humana es asimismo una existencia encarnada.

El cuerpo es parte íntima de mi existencia, de la que no puedo deshacerme sin dejar de ser lo que soy.

Soy totalmente cuerpo y totalmente espíritu.

No es, entonces, el alma sola la que piensa, ni sólo el cuerpo el que siente. El hombre es el que piensa, quiere, ama, siente, obra y trabaja.

Así, siendo el hombre un espíritu encarnado, quien quiera responder verdaderamente al llamado del otro debe atender tanto a los aspectos corpóreos como espirituales de esa llamada.

¹³¹ NEGRI, H., "Admiración-asombro", *Derecho y Diálogo*, año II, nro. 8, La Plata, 1992.

¹³² NEGRI, H., "Asimetría fundamental", *Derecho y Diálogo*, año, II nro. 10, La Plata, 1992.

Pero el hombre no nace persona, sino que su existencia tiene un carácter proyectivo (va haciéndose persona). Es un ser-haciéndose.

La persona es un despliegue de creación y obturación de posibilidades y reserva siempre nuevas sorpresas; por eso es misteriosa e inaccesible.

Claro está que siendo un ser en relación, su proyecto de existencia es un proyecto compartido que se presenta como una tarea, una vocación. Vocación que muchas veces se expresa en una multiplicidad de llamadas, de solicitudes, entre los que debe realizarse la opción fundamental, aquella que dará sentido a todos los proyectos parciales, a todas las metas singulares, en un proyecto existencial único.

Desconocemos el punto final hacia el que tiende la realización de nuestra existencia, pero sabemos sin embargo (y esto debería alejarnos de la angustia sartreana del absurdo existencial) que hay conductas que nos acercan a ella y otras que nos alejan, con la suficiente claridad como para guiarnos.

Lo que nos aparta de nuestros semejantes seguramente nos aparta —también— de las posibilidades de realizar nuestro proyecto, lo que nos permite encontrarnos, conformar un proyecto compartido de mundo, nos acerca a la meta.

Al ser un ser encarnado y haciendo, el hombre es un ser-en-el-tiempo, un *homo viator* que se despliega entre el pasado y el futuro, que construye su historia.

Esa historicidad de la persona implica tener futuro. Refleja un *ya* y un *todavía-no*.

Es una invitación a la esperanza, una llamada a realizar nuevas posibilidades, a crear y recrear constantemente el mundo cultural en que vivimos para hacerlo más humano. Y hacerlo juntos, por supuesto.

Mundo cultural al que se ha denominado muchas veces "facticidad social".

No habría existencia humana posible sin dicha facticidad, si no se hallara al nacer una cultura que a veces por tan obvia el hombre considera naturaleza, olvidando que ha sido construida por el hombre y que como tal puede ser modificada.

El hombre llega a ser él mismo junto a los demás y gracias a la existencia en común que aquélla revela y que, sin embargo, jamás es superior a la persona ni puede reclamar para sí el acatamiento de una totalidad fusionante.

Perteneciendo a la esencia del hombre el ser-en-el-mundo, la facticidad es siempre una facticidad en este mundo y de este mundo, por lo que en ocasiones su constitución errónea impide la realización personal.

Y he aquí que aparece otra característica esencial de la naturaleza humana: su capacidad de crítica.

Criticar es distinguir —intuitiva o reflexivamente— lo que está bien de lo que está mal.

Con su ejercicio, el hombre puede modificar aquellos aspectos opresivos de la facticidad en la que vive y así ir poniéndola al servicio de su verdadera finalidad: hacer posible, para todos y cada uno, una existencia con sentido ¹³³.

Estos datos deben ser respetados por el Derecho.

Sin embargo, hay que recordar que la naturaleza humana no se encuentra en el pasado (en el "buen salvaje" roussoniano), sino en el futuro.

Por ello, no toda tendencia o aspiración del hombre recibirá igual tratamiento jurídico. Sólo se promoverán

¹³³ Sobre este tema KWANT, R. C., *La Crítica hace al Hombre*, Carlos Lolhé, Buenos Aires.

aquellas que permitan la realización de la naturaleza profunda y verdadera del hombre.¹³⁴

Fruto del análisis de la naturaleza de la cosa han sido señalados dos principios básicos:

El hombre no es una cosa y, por lo tanto, no debe ser tratado como una cosa sino respetando su propia esencia.

Todos los bienes deben ordenarse en función del hombre, de todo hombre.

Por aplicación del primer principio quedan recusadas todas las clases de convivencia que impliquen la consideración del otro como un mero objeto.

Entre ellas: la esclavitud, las formas modernas de opresión económica y política con sus tendencia a utilizar instrumentalmente a los sometidos, reduciéndolos a un número que consume, que vota, que pertenece a un determinado sector social, religioso, etcétera.

Es decir, todas aquellas situaciones que impiden o dificultan notablemente el diálogo.¹³⁵

Por aplicación del segundo principio quedan desplazados aquellos usos de las cosas que pudieran significar un modo de agravio al otro, ya sea por una apropiación desmesurada que restara a los demás lo necesario para una vida digna o por utilizar los recursos naturales para la pro-

¹³⁴ Conf. BATTIFOL, H. *Filosofía...*, cit., pág. 63. También COING, H., *Fundamentos...*, cit., págs. 139 y sigs.

¹³⁵ El jurista García López dice al respecto: "La persona es un fin en sí misma: nunca un medio. Las cosas son medios y están ordenadas a las personas, a su beneficio; pero las personas, aunque se ordenen en cierto modo unas a otras, nunca están entre sí en la relación de medio a fin; reclaman un absoluto respeto y no deben ser instrumentalizadas nunca". En *Los Derechos Humanos en Santo Tomás de Aquino*, pág. 84.

ducción de elementos que por sí mismos significan un peligro para la vida humana.¹³⁶

Como vemos, la implicación de la modesta frase inicial "naturaleza de la cosa" se amplía notablemente en el ámbito jurídico.

Dentro de las cosas mismas parece darse un orden que el hombre no tendría más que descubrir y respetar, para proceder con seguridad. La tarea del jurista y del legislador consistiría entonces en una tarea de conocimiento.¹³⁷

II. FUSIÓN DE LA IDEA DE JUSTICIA CON EL ORDEN ETERNO DEL SER

La concepción de un orden eterno del ser cuyo conocimiento permitiera encontrar la escala necesaria para saber que es lo suyo de cada cual (en cuyo respeto consiste la justicia) se remonta ya a la filosofía estoica.

Según ella, existe una ley eterna, es decir una ley divina que penetra en el mundo y que, reconocida por los hombres, constituye el contenido de la ley natural. "Quien no la obedece —en las palabras de Cicerón— se ignora a sí mismo porque significa desconocer la naturaleza humana".

Pero es en la doctrina de Santo Tomás donde esta idea logra su más plena formulación. Lo que la justicia debe dar a cada uno es aquello que le compete por serle atribuido por el orden del ser establecido por Dios mediante la ley eterna.

¹³⁶ Así los grandes latifundios inexplotados, la técnica de destrucción de excedentes agrícolas para mantener el precio del mercado, la construcción de armamento de todo tipo y muy en especial el nuclear, la contaminación del medio ambiente, etc.

¹³⁷ Comp. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 134.

Lo problemático es que el conocimiento de ese orden natural, o si se quiere de la naturaleza de las cosas y del hombre, no es total.

En general, sólo podemos obtener una dirección, una indicación, que luego el hombre deberá laborar con su libertad.¹³⁸

Graneris, al referir la posición de Santo Tomás al respecto, recuerda que para el Aquinate las relaciones entre las cosas en las cuales está la justicia objetiva, son indestructibles e idealmente inmutables, pero no son siempre tan definidas como lo requieren las necesidades de la vida social.

Muchas veces las cosas no hacen más que indicar una dirección, abrir un camino, que debe ser después forjado por el hombre, con una cierta libertad, circunscripto en ciertos límites, positivos o negativos, señalados por el empuje inicial.

Así se abre otro vasto campo a la actividad humana.¹³⁹

La naturaleza de la cosa, pues, nos ofrece elementos de ordenación pero no nos suministra un orden concluso. La tarea de valorar y ordenar los datos obtenidos de ella sigue siendo obra humana.

De entre varias soluciones posibles habrá que adoptar la que se reveló como más apta para el logro de las finalidades del hombre. Mas lo que de ningún modo podremos hacer es desconocer las conexiones objetivas que se presentan en la vida social al formular el Derecho.

Será la idea de justicia la que complementará ese conocimiento y permitirá llegar a la solución integral.

¹³⁸ Comp. BATTIFOL, H., *Filosofía...*, cit., págs. 62 y sigs.

¹³⁹ En *op. cit.*, pág. 31.

III. LA NATURALEZA DE LA COSA Y LA IDEA DEL DERECHO

Entre los juristas se ha designado con la expresión "idea del Derecho" el contenido ético del orden jurídico, especialmente la justicia.

La historia de la cultura —como antes indicáramos— evidencia que siempre se han buscado legalidades prejurídicas cuyo conocimiento permitiría identificar el contenido necesario del Derecho.

Cuando los juristas partieron de la materia de derecho buscando un orden natural se plantearon el problema de la naturaleza de la cosa. Cuando partiendo de las exigencias éticas de la vida social buscaron el prototipo y modelo moral de todo Derecho llegaron a la elaboración de la "idea del Derecho".

Coing la define como la *suma de los contenidos morales ligados al desarrollo del Derecho*. En su centro, se encuentran, pues, la justicia y la dignidad personal del hombre.¹⁴⁰

Pero la justicia misma, con su exigencia de un trato que respete la dignidad y que resuelva de modo igual las situaciones iguales, nos remite a la naturaleza de la cosa.

¿En qué consiste la dignidad humana? ¿Cuándo aparece la diferencia?

Si queremos evitar una decisión arbitraria tendremos que dar relevancia a las conexiones reconocibles en la propia vida social de las que da cuenta la naturaleza de la cosa.

Así, la justicia nos remite a aquel estudio, y de este modo penetra el orden del ser en la idea del Derecho.

¹⁴⁰ Comp. en COING, H., *Fundamentos...*, cit., págs. 158 y sigs.

Y aun cuando nuestro conocimiento del uno y de la otra es fragmentario (como en tantos otros campos del saber), es lo suficientemente amplio como para preservarnos de un relativismo sin fundamento y darnos firmes puntos de apoyo en nuestra labor.

Antes del hombre el mundo poseía una armonía dada en el orden de las cosas y en el equilibrio ecológico, como ha recordado Negri¹⁴¹.

Su evolución es mecánica, puramente signada por leyes físicas.

Cuando aparece el hombre, con una evolución signada por leyes morales y su libertad, se presenta la terrible disyuntiva: que multiplicara aquella armonía humanizándola o la destruyera u obstaculizara.

La idea del Derecho se presenta como una respuesta positiva, procurando abrir el hombre a sus semejantes, poniendo condiciones en que el diálogo sea posible y se profundice. Procura con sus exigencias, precisamente, la continuidad de su propio progreso de humanidad.

UNIÓNDOS I

CAPÍTULO VI LAS CONEXIONES MORALES ESENCIALES DEL DERECHO

I. DERECHO Y MORAL

Somos portadores de una luz que nos revela cómo debemos ser nosotros mismos, cómo deben ser los demás y cómo debe ser el mundo humanizado. Esta luz está en nosotros, pero su alcance ha de rebasar nuestra individualidad.

Ésta es una experiencia existencial originaria, sin embargo quien ha tratado de reflexionar sobre ella sabe cuán difícil es definir los valores.

Vivencialmente sabemos que existen algunos que afectan a la persona en cuanto tal. Son valores por los que el hombre se hace, que orientan su vida concreta en el mundo y con los demás. Estos son los valores éticos o morales.

El centro de los valores morales es la persona: es bueno lo que contribuye a su realización como tal y malo lo que la deteriora.

Se trata de que el hombre sea "fiel a sí mismo", a las llamadas más profundas de su ser. Marcel nos recuerda que las personas sin los valores no existirían plenamente, pero los valores no existen para nosotros sino por el *fiat veritas tua* que les dicen las personas¹⁴².

¹⁴¹ En NEGRI, H., *Los Derechos Humanos*, cit., pág. 11.

No se conciben normas sin valores. Las normas nospiden invariablemente que respetemos determinados valores.

Para construir esas reglas, para saber lo que el hombre "debe ser", debemos saber primero qué es el hombre (conocimiento que deriva del estudio de la naturaleza de las cosas).

Pero, además, las normas —y los valores en que se asientan— presuponen necesariamente la libertad del hombre. Sólo pueden realizarse juicios axiológicos sobre conductas libres y considerando el grado de influencia que pudiera tener la situación en ellas.

Ahora bien, otra vivencia indudable del hombre es la de que los valores (y las normas) son universales. Esto se evidencia muy claramente en el acto de la crítica.

Cuando critico comparo un acto, una obra humana dada, con el modo en que debería haber sido hecho.

El modelo, el valor, se me revela como absoluto. No considero que mi juicio es válido sólo para mí, sino que es el que debe ser incluso para los demás, y que si yo mismo fuera el sujeto cuya conducta se juzgara el mismo sayo me cabría.

Aun en los discursos más relativistas, si se deriva a una crítica, veremos aparecer este aspecto intersubjetivo de los valores.

Es que no podría haber juicios puramente subjetivos, pues el hombre no es una interioridad estrictamente individual. Sus juicios son siempre juicios humanos, es decir juicios de un yo que siempre es ya un nosotros, que está siempre en el mundo.¹⁴³

¹⁴³ Comp. DELGAAUW, Bernard, *La Historia como Progreso*, T. I, pág. 56.

Pero la imagen del hombre se va ahondando más y más a lo largo de la historia. A veces pasan siglos antes de que se tome conciencia del carácter antihumano de ciertas situaciones...

Paralelamente las normas y el conocimiento de los valores es puesto en cuestión. De hecho esto es necesario para afinar nuestro conocimiento moral y desplegar más aún las exigencias éticas en nuestro comportamiento.

Ello explica la variación de las normas morales, verifica la perennidad de la exigencia ética fundamental del respeto a la dignidad humana frente a la historicidad de nuestra existencia, y nos aleja de caer en el escepticismo o en el relativismo.

Más aún, frente al supuesto escepticismo de hoy en día, aparece la evidencia de que el hombre necesita más que nunca de unos valores absolutos, que hay límites morales que las acciones del hombre nunca deben traspasar, si ha de realizarse como tal.

No obstante hay que ser extremadamente prudente en la proclamación de ese absoluto. Recordemos que por nuestra finitud el hombre nunca posee lo absoluto de una manera absoluta. Los valores los realizamos en una particular forma histórica, los conocemos desde nuestra situación.

En consecuencia, se impone una permanente revisión crítica y la protección de la posibilidad efectiva de que esa crítica pueda ser expresada por todos los hombres.

Esto es especialmente importante en cuanto al Derecho, puesto que una de sus notas esenciales es el de su pertenencia al orden moral. Este rasgo ha sido advertido desde tiempos inmemoriales.¹⁴⁴

¹⁴⁴ "Si se niega el carácter moral del Derecho y de los deberes in-

Sin embargo, no agota toda la moralidad.

Existen contenidos morales que el Derecho no alcanza a desplegar, ya sea porque no pueden ser incorporados a un orden abstracto (como el amor) o bien porque se realizan fuera de su ámbito; procuran otras armonías (por ejemplo, la que deviene del sentido final de la trascendencia y que atiende especialmente la conciencia religiosa).¹⁴⁵

Por ser entonces un orden limitado, un mínimo de ética, la idea del Derecho se presenta sólo como la suma de las conexiones morales que presiden su realización, en especial la justicia.

Este valor se orienta hacia nuestra actitud para con el otro.

Exige que reconozcamos que cada hombre (todos y cada uno) es un ser único y suyo de sí, alguien que merece y exige una respuesta a su llamado.¹⁴⁶

Aquella vieja fórmula de Ulpiano que define a la justicia como la "perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo" sigue siendo magnífica a la hora de explicarla.

Sin embargo, el *suyo de cada uno* —que es su núcleo— no siempre ha sido bien entendido. Más allá de los que sostienen que es una frase vacía de contenido, muchos han

rídicos se quita toda su dignidad y toda su nobleza al orden jurídico entero, rebajándolo a una suma de medidas coercitivas, a un sistema policial". CATHREIN, V., *Filosofía...*, cit., pág. 276.

¹⁴⁵ NEGRI, H., *El Derecho*, cit., págs. 69 y sigs. En él remarca que estos límites propiamente morales del Derecho no dañan en un sentido general su extraordinaria importancia, pero previenen contra la tendencia a interpretar toda la realidad ética a partir de las forma del Derecho.

¹⁴⁶ NEGRI, H., *El Derecho*, cit., pág. 17; BODENHEIMER, E., *Tesis*, cit., pág. 201.

sido los que la han confundido con la premisa de restituir una cosa a quien tuviera derecho a ella.¹⁴⁷

Así quedó durante largo tiempo restringida a acciones y bienes externos. Se debía devolver lo prestado, pagar el precio, repartir, restituir...

Desde la filosofía del diálogo podemos ensayar otra explicación más fecunda en sus implicaciones.¹⁴⁷

El otro no es una mera proyección del yo, ni su instrumento, ni el de ningún otro. Se pertenece a sí mismo y en esa condición es que se encuentra con nosotros. Es suyo.

La palabra "suyo" no tiene sentido posible si no se la expresa en términos de yo-otro, es decir, de intersubjetividad. Sólo puedo decir suyo cuando alguien está copresente en mi existencia.

Pero el encuentro que supone la perspectiva del suyo no es estático ni suscita un mero estar de seres enfrentados entre sí. Sólo cuando actúo reconociendo, afirmando, promoviendo, mi existencia se abre a la dimensión del suyo, que es el tú.

El tú me llama, reclama de mí una actitud positiva: dar. Dación que ya no está circunscripta a actos o bienes externos, ni a una mera restitución.

Es más. Esa llamada está presente aunque el suyo nada pida en una concreta situación histórica. Incluso aunque por una circunstancia de alienación no tomara conciencia de su calidad de persona.

Dar implica salir de mí, abrirme a su encuentro.

El primer acto del dar será el del reconocimiento del otro como suyo. Luego, la búsqueda de bienes materiales

¹⁴⁷ NEGRI, Héctor, "Suum cuique tribuere", *Derecho y Diálogo*, año III, nro. 18.

y culturales; la propiedad, el cambio, las leyes y valores que el hombre ha de descubrir, emplear y ordenar, la organización de la sociedad política, el bien común, para el desarrollo del encuentro en condiciones interpersonales, son otras tantas expresiones de ese reconocimiento.

Y entonces será posible a través de la actualización de la justicia, recuperar el genuino sentido de lo humano que las cosificaciones disminuyen hasta lo más hondo.

Tanto en la forma intimista de este valor, expresada en una relación interpersonal directa e inmediata, como en su forma social y política, que atañe a la situación en que aquélla debe realizarse y que radica en la construcción de un mundo cada vez más humano.¹⁴⁸

Toda vez que la justicia responde a una situación de cosificación para modificarla, es necesario advertir su doble dimensión llamada y tarea.

Como llamada participa de la dimensión apelante de todo valor. Esa "voz de la conciencia" que se impone como una exigencia incondicionada y que vincula al hombre al reconocimiento de los demás y que viene, en lo inmediato, del otro.

Como tarea significa, muchas veces, el denodado esfuerzo de vencer cosificaciones consolidadas por las estructuras sociales y el tiempo, amparadas por la incomprendición y defendidas por posiciones de poder. Sin embargo, sólo a partir de las diversas situaciones históricas es posible propiciarla y actuarla.

¹⁴⁸ NEGRI, Héctor, "Sobre la cosificación y la justicia", *Derecho y Diálogo*, año III, nro. 19, pág. 7.

La justicia expresa además una escala para precisar el modo en que reconocer al otro. Y esa escala es la igualdad: el otro es tan suyo de sí como yo mío de mí. Ambos somos personas. Ambos tenemos una dignidad que debe ser respetada.¹⁴⁹

Incluso al gobernante se le exige el mismo respeto hacia sus gobernados.

Sin duda el reconocimiento puede adquirir formas diversas según sea la situación en que las personas se encuentren. Por ello también la igualdad se expresa tratando igual en iguales condiciones y protegiendo o auxiliando a quienes sufran disminuciones de cualquier orden.

Se trata, como vemos, de una exigencia positiva que debe expresarse como la obligación de hacer bien a los otros, antes que la más estrecha de no dañar al prójimo.¹⁵⁰

Así aparece también la estrecha relación de la justicia con la facticidad en la que debe realizarse.

En oposición a ella se destaca el trato arbitrario, caprichoso, propio de las relaciones de poder, que salta por encima del hombre como si fuera una cosa sin tomar en serio su existencia.

También la violencia y la venganza, que tratan de aniquilar al otro en virtud del odio que hacia él se ha generado. La justicia jamás permitiría la destrucción o aun el

¹⁴⁹ "...este principio debería ser la base de una *societas humani generis...*". Así lo sostiene DEL VECCHIO, G., *Aspectos y Problemas del Derecho*, pág. 215.

¹⁵⁰ Lepp recuerda que la obligación moral no necesariamente se presenta en forma de prohibición, sino que teniendo por misión principal promover al hombre a una existencia auténtica se expresa no por la fórmula 'no os portéis como animales' sino 'portaos como hombres'. Comp. *La Nueva...*, cit., págs. 37 y sigs.

daño a un ser humano, sino que exige en las situaciones más conflictivas lo mismo: respeto a la dignidad humana.¹⁵¹

Conviene recordar la advertencia de Juan Pablo II, en una de sus homilías: "la violencia es una mentira porque va contra la verdad de nuestra fe, la verdad de nuestra humanidad. La violencia destruye lo que pretende defender: la dignidad, la vida, la libertad del ser humano".¹⁵¹

Así, pues, la justicia ha de promover y orientar la dignidad del ser humano por medios que no contraríen su objeto mismo que es la humanización, tal como lo enseña Negri.¹⁵²

Por encima de ella, el amor que todo lo da, todo lo soporta, sin pedir nada a cambio y que se resiste a cualquier formulación abstracta.

Además de la justicia, otros valores morales también quedan incorporados a la idea del Derecho. En él cobran relevancia la fidelidad, la lealtad hacia el otro, la buena fe en los comportamientos, la veracidad, y todos aquellos que puedan realizarse mediante un orden abstracto y sean necesarios para una vida social armónica.

¹⁵¹ En casos realmente extremos el Derecho ha debido aceptar la violencia como modo de defensa de la dignidad, pero con grandes reservas y sólo como reconocimiento de la incapacidad actual del hombre para encontrar una solución pacífica. Así en la legítima defensa o en el recurso de la resistencia a la opresión.

¹⁵² En *El Derecho*, cit., pág. 51. En igual sentido se expresa SÁNCHEZ DELA TORRE, Ángel, *Los Principios Clásicos del Derecho*, Unión Editorial, Madrid, 1976, pág. 188.

II. LA JUSTICIA Y LA DIGNIDAD PERSONAL DEL HOMBRE

Dijimos que la justicia expresa el hecho del valor propio que debe ser respetado, su dignidad. Pero, ¿en qué consiste o dónde reside el valor?

Esa pregunta ha sido contestada de diversa manera en el curso de la historia, según progresaba el conocimiento moral del hombre.

Las concepciones más antiguas hallan ese valor en propiedades vitales como la fuerza, la valentía; o bien en la situación social de la persona dada por su origen racial, su riqueza o poder. Ninguna pudo llegar a elaborar un concepto universal de la dignidad humana.

En etapas más avanzadas comienza a fundarse en virtudes morales que el ser humano realiza.¹⁵³ Va constituyéndose así el ideal del humanismo. El hombre adquiere una relevancia especial por realizar valores y destacarlos en su ser.

Cada ser humano es visto como persona, algo especial y único, pero con ciertos rasgos que lo igualan a todos sus semejantes: su apertura a lo moral, su libertad y su subsiguiente responsabilidad.

Así dos elementos determinan la dignidad humana: su carácter de persona moral y su singularidad.

Dicir que el hombre es una persona moral significa que vive en propia responsabilidad. Que está abierto a los valores y que él tiene que realizarlos. Su responsabilidad surgirá del modo en que se comprometa ante ese llamado. Nadie puede ahorrársela. Nadie puede sustituirlo.

Su singularidad deviene de su carácter único. Cada hombre tiene que realizar las exigencias éticas que se le hacen accesibles. La llamada es a cada hombre, no al grupo.

¹⁵³ Entre otros en Heráclito, Platón y Aristóteles.

Es el hombre el único sujeto moral posible. Por ello, la dignidad debe preservarse aun frente al grupo.

Si bien aquél puede sacrificarse voluntariamente y aun hallar la plenitud de su existencia en esa entrega a sus semejantes, la sociedad no puede nunca —en nombre de la ética— imponer ese sacrificio.

El cristianismo ha efectuado un valiosísimo aporte a esta cuestión fundando el valor del hombre en la creación realizada por Dios a su imagen y semejanza, y en la obra redentora de Cristo.

Cada persona cobra entonces un valor incomparable no sólo ante Dios sino ante los demás hombres. Cada hombre ha sido creado y amado por sí mismo, por ello cada uno, único e irrepetible, debe ser respetado.¹⁵⁴

La razón más alta de la dignidad humana consiste, así, en la vocación del hombre a la unión con Dios. Desde su mismo nacimiento el hombre es invitado a dialogar con él.¹⁵⁵

Cristianismo y humanismo conformaron históricamente la imagen valorativa del hombre que ha penetrado en los órdenes jurídicos.

La necesidad constitutiva del otro construye y asegura nuestra recíproca dignidad de hombres: una dignidad que no puedo negar al otro sin negarla al mismo tiempo a mí mismo. Una dignidad, por tanto, cuya raíz no depende de una variable opción ideológica, de un juicio puramente subjetivo, sino que es establecida por nuestra propia naturaleza.

Por eso no puede haber entre los seres humanos ninguna relación moral sin —al menos— respeto recíproco.

¹⁵⁴ Conf. NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., págs. 42 y sigs. También NOVOA MONREAL, E. *¿Qué queda del Derecho Natural?*, pág. 280.

¹⁵⁵ Así lo manifiesta la constitución pastoral *Gaudium et Spes*, nro. 19.

Moralizado el Derecho por esta idea, la voluntad de paz, orden y seguridad recibe una nueva fundamentación, resulta del respeto a la dignidad humana que se convierte en el centro de sus contenidos morales.

Según la acertada expresión de Stammel el Derecho es un intento de justicia, caracterizado por la tendencia a la realización de la idea del Derecho en la medida en que quiera ser Derecho verdadero.¹⁵⁶

Pero sólo protegiendo la libertad, asegurando a los hombres una esfera en que puedan obrar como seres personales y extendiendo ese respeto a todo ser humano por el solo hecho de serlo, puede desarrollarse aquella idea en el orden jurídico.¹⁵⁷

La libertad es una vivencia fundamental de nuestra existencia humana.

Sin embargo, se ha opuesto a ella la presencia de diversos condicionamientos que —según algunas corrientes— determinan la existencia de modo tal que hablar de libertad es lo mismo que teorizar sobre un mito.

Creemos que el determinismo ha exagerado la influencia que estos condicionamientos tienen sobre la persona.

Más. Coincidimos con Kwant en que el problema radica en la definición de libertad de la que parten y que es la

¹⁵⁶ Precisamente la historia del Derecho, que tan frecuentemente ha sido tomada como fundamento del planteamiento escéptico, ofrece claras pruebas de la eficacia y de la existencia de aquella idea, como señala Coing en su *Fundamentos...*, cit., pág. 154.

¹⁵⁷ "De la noción de libertad es inseparable la de responsabilidad. Sólo un ser dueño al menos parcialmente de sus deseos y de sus actos, puede ser considerado como responsable, y el grado de responsabilidad es estrictamente proporcional al grado de libertad". LEPP, I., *op. cit.*, pág. 44.

misma de los individualistas: ausencia de toda necesidad, de toda influencia exterior¹⁵⁸.

La diferencia entre estas dos posturas fueron sus conclusiones: para el individualismo la defensa de la libertad (en la que creían) radicaba en evitar esa influencia (porque estimaban posible aislarse de la facticidad); para el determinismo, al ser esencialmente situada nuestra existencia, la libertad prácticamente no existe.

La filosofía dialógica, sin dejar de ser consciente de la facticidad que signa nuestra existencia, sostiene en cambio que la libertad existe y que es fruto precisamente de la situación¹⁵⁹.

Marcel ha dicho al respecto que "el hombre ya no está más bloqueado en su destino por el determinismo. Si bien permanecemos concretamente ligados a numerosos y cerrados determinismos, cada nuevo determinismo que el sabio descubre es una nota más en la gama de nuestra libertad"; y advierte que "quien se apoya en las fatalidades... para negar las posibilidades del hombre, se abandona a un mito o intenta justificar una dimisión"¹⁶⁰.

La crítica que supone siempre un juicio de valor sólo puede tener como objeto las acciones humanas en cuanto ellas sean producidas dentro de un ámbito de libertad. Supone que alguien esté llamado a responder a ciertas exigencias y que sea posible que las satisfaga o no. Con lo que de la libertad pasamos al terreno de la responsabilidad que se le corresponde como las caras de una misma moneda.

¹⁵⁸ KWANT, R. C., *Filosofía...*, cit., págs. 123 y sigs.

¹⁵⁹ LEPP, I., *op. cit.*, pág. 42.

¹⁶⁰ *Op. cit.*, pág. 14.

CONEXIONES MORALES ESENCIALES DEL DERECHO 105

Pero además la crítica supone un sujeto libre que puede valorar, que no está sitiado por su situación.

Para no caer en los errores del individualismo, recordemos que hablamos de una libertad y una responsabilidad personales, es decir que involucra no sólo al yo sino a los otros en cuanto me son constitutivos. Por eso hay dimensiones comunes de responsabilidad que exceden del campo puramente individual, y la libertad no es tal si no es accesible a todos¹⁶¹.

Por último, tengamos también en cuenta que la libertad entendida como liberación efectiva de toda alienación, de toda cosificación,— tanto de las personas como de los pueblos—, no es un dato definitivamente adquirido sino que debe ser siempre afirmada y conquistada, es parte de la tarea existencial.

III. FASES DE LA JUSTICIA Y SU ADSCRIPCIÓN A LOS DISTINTOS TIPOS DE RELACIONES SOCIALES

Los valores morales nos guían en las diversas circunstancias de nuestra vida, están vinculados (así como nuestra conciencia de sus exigencias) a la situación.

Por ello, no debe extrañar que desde antiguo se haya adscripto a cada relación social típica una faz diversa de la justicia¹⁶².

Retomando el esquema de relaciones sociales descripto en el Capítulo II, veremos cuáles son las fases de la justicia que se adscriben a ellas y los principios fundamentales que resultan de cada una.

¹⁶¹ LEPP, I., *op. cit.*, pág. 44.

¹⁶² NEGRI, H., *Metodología e Instituciones del Derecho*. Cuaderno 1.

La noción más antigua de justicia que se conoce es la de la justicia del cambio: la *justicia commutativa*.

Los principios de la *justicia commutativa* han conseguido especial validez en el ámbito del derecho privado¹⁶³.

Es la justicia de la balanza, cuya regla fundamental es la del respeto recíproco de los derechos existentes.

De ella se deriva el principio *neminem laedere* y la siguiente exigencia de reparación del daño causado de acuerdo al principio de culpabilidad¹⁶⁴.

También en el derecho contractual se expresa con las exigencias del precio justo, la obligatoriedad derivada de la libre y moralizada voluntad de las partes, la prohibición del enriquecimiento indebido¹⁶⁵.

A medida que el episodio del cambio económico se moraliza, el concepto de justicia commutativa se profundiza extraordinariamente, pasando de la exigencia de una igualdad matemática a la búsqueda de ecuaciones más complejas que la mera correspondencia numérica y que se adecuen mejor al debido respeto entre las partes.

Frente a relaciones de poder se desenvuelve la *justicia en su faz protectiva*, exigiendo que todo poder de un hombre sobre otro sea limitado y controlado por el Derecho¹⁶⁶.

¹⁶³ El ámbito del derecho público es, en cambio, la regulación de las situaciones sociales en que se desarrolla el poder y la violencia.

¹⁶⁴ No responde a exigencias de justicia commutativa el principio de reparación objetiva del daño, propio de la faz distributiva.

¹⁶⁵ Porque cuando se cambia equivalentemente, aunque las partes no se llegaran a conocer personalmente, se están respetando, están expresándose en conductas de recíproco reconocimiento. NEGRI, H., *Los Derechos Humanos*, pág. 9.

¹⁶⁶ Conf. NEGRI, H., *op. cit.*

Así si bien su desarrollo estuvo en principio signado en vistas a la existencia de relaciones de poder político, los principios de la justicia protectora valen en cualquier caso en que se presenten relaciones de poder a fin de que queden sometidas al Derecho¹⁶⁷.

Es esta faceta de la justicia la que se ve reflejada en el derecho constitucional cuando fija los principios del Estado de Derecho¹⁶⁸.

También en la existencia misma de las declaraciones de derechos humanos. Con ellas se procura enfrentar al poder y su arbitrariedad de manera de garantizar la vigencia de tales derechos y el desarrollo de la dignidad personal.

En el derecho procesal encontramos también sus exigencias expresadas como limitación al poder del juez frente a las partes (como se verá más adelante) y de los litigantes, para que ninguno alcance una posición de preeminencia indebida frente a los otros.

De igual manera, en el derecho penal quedan recogidos los contenidos de la justicia protectora. Así, frente a la pretensión estatal de aplicar sanciones antepondrá una serie de limitaciones progresivas —tanto en cuanto a su existencia e imposición como en cuanto a su cumplimiento—.

En ella se fundan los principios rectores del derecho penal: ninguna pena sin ley anterior que la prevea (tipicidad), ninguna pena sin culpa, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa en juicio, *in dubio pro reo*, etcétera.

¹⁶⁷ COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 196.

¹⁶⁸ Los principales rectores del estado de derecho que desplegamos en el Cap. IV son clara expresión de estas exigencias.

Toda la historia del derecho penal es la historia de la limitación de la pena por el Derecho¹⁶⁹.

Una tercer faceta de la justicia es la llamada *justicia distributiva* o —más modernamente— “*justicia social*”.

Esta faz de la justicia se corresponde con la zona gris existente entre el reconocimiento y la comunidad, en especial con la necesidad de desarrollar los principios de solidaridad hacia el otro.¹⁷⁰

Se trata aquí de distribuir los bienes y cargas dentro de un grupo de hombres que persiguen fines comunes conformando comunidades abstractas.

En la comunidad auténtica la actuación de la justicia es sobrepasada por el amor, pero en las abstractas —donde el sentimiento de unión no es más que transitoriamente vivido y donde los intereses personales pueden muy bien estar en pugna con los de los demás, por ser sus integrantes extraños entre sí— es decisivo que la distribución de los beneficios y sacrificios a realizar se compadezca con las exigencias éticas.

Se requiere en ella de un extremo cuidado para que en su realización no se produzcan situaciones injustas.

Estamos ante la necesidad de realizar la igualdad frente a una disparidad de facticidades personales.

Al lado de quienes poseen muchísimos bienes están los que ni siquiera pueden subsistir.

¹⁶⁹ Comp. NEGRI, H., *Metodología e Instituciones del Derecho*, Cuaderno 5.

¹⁷⁰ La justicia no podría avanzar más allá de esta zona, pues el amor implica su superación.

Ante quienes pueden desplegar todas sus aptitudes, aquellos que se encuentran en situaciones de discapacidad...

La única forma de restaurar la igualdad será privilegiando al que menos tiene en la faz de distribución y al que más tiene en la de la recaudación.

Esta última, muchas veces olvidada en los planteos teóricos, es de gran relevancia. Es que lo que se da a unos ha debido requerirse a muchas otras personas. Ese requerimiento deberá en todos los casos ser respetuoso de la dignidad de aquellos a quienes se solicita su aporte.¹⁷¹

Pero no basta tampoco con asegurar igualdad de oportunidades y proteger la libre competencia, como procura el liberalismo económico.

Debemos asumir que muchísimas personas por diversas circunstancias no podrán jamás competir en igualdad de condiciones. Necesitan de nuestro apoyo personal y material, de nuestra ayuda, de nuestro mayor esfuerzo por eliminar las facticidades que los han llevado a esa situación, o paliar —al menos— sus efectos negativos.

En el Documento de Puebla se manifiesta desgarradamente esta realidad de desigualdad económica que lleva a la “situación de inhumana pobreza en que viven millones de latinoamericanos expresada, por ejemplo, en mortalidad infantil, falta de vivienda adecuada, problemas de salud, salarios de hambre, el desempleo y subempleo, desnutrición, inestabilidad laboral, migraciones masivas, forzadas y desamparadas”.

Esa pobreza —nos dice— no es casual, sino producto de situaciones y estructuras económicas, sociales y políti-

¹⁷¹ Comp. NEGRI, H., *Metodología...*, cit., Cuaderno 1. También COING, H., *Fundamentos...*, cit., págs. 206 y sigs.

cas, entre otras muchas, y exige cambios profundos que respondan a "las legítimas aspiraciones del pueblo hacia una verdadera justicia social".

Y remarcando el carácter dialógico del encuentro interpersonal, que es también encuentro con Dios, nos dice que debemos reconocer los rasgos sufrientes de Cristo.

Que nos cuestiona e interpela en: "...rostros de niños, golpeados por la pobreza desde antes de nacer, por obstaculizar sus posibilidades de realizarse a causa de deficiencias mentales y corporales irreparables...; rostros de jóvenes, desorientados por no encontrar su lugar en la sociedad, frustrados... por falta de oportunidades de capacitación y ocupación; rostros de indígenas..., que viviendo marginados y en situaciones inhumanas, pueden ser considerados los más pobres entre los pobres; rostros de campesinos, que como grupo social viven relegados...; rostros de obreros, frecuentemente mal retribuidos y con dificultades para organizarse y defender sus derechos; rostros de subempleados y desempleados, despedidos por las duras exigencias de crisis económicas y muchas veces de modelos de desarrollo que someten a los trabajadores y a sus familias a fríos cálculos económicos; rostros de marginados y hacinados urbanos, con el doble impacto de la carencia de bienes materiales, frente a la ostentación de la riqueza de otros sectores sociales; rostros de ancianos, cada día más numerosos, frecuentemente marginados de la sociedad del progreso que prescinde de las personas que no producen".¹⁷²

Es entonces necesario hacer la antes indicada opción preferencial, que signa los desarrollos actuales de la justi-

CONEXIONES MORALES ESENCIALES DEL DERECHO 111

cia distributiva bajo la denominación de "justicia social", para compensar estas faticidades opresivas.

Pero en su realización es donde suelen surgir serias dificultades prácticas, puesto que sin una alta conciencia de la solidaridad que debe expresarse en las relaciones interpersonales, resulta muy difícil advertir la justicia del sacrificio que se me exige para aliviar la situación del prójimo.

Otro factor que vuelve problemática la concreción de esta faceta es la utilización del Estado como organizador de la distribución. Así muchas veces por la vía de profundizar las exigencias de la justicia social se han ampliado tanto las atribuciones estatales que los límites puestos por las exigencias protectivas sufrieron graves daños.¹⁷³

En algunas circunstancias se ha hecho crítica la tensión entre las exigencias de uno y otro tipo de justicia, seguramente debido a nuestra limitación, lo que nos ha impedido —hasta ahora— armonizarlas y realizarlas conjuntamente.

Esas dificultades, sin embargo, no deben disuadirnos, puesto que una vez alcanzado un grado de conocimiento moral ya no se puede volver atrás (al menos con la conciencia tranquila).

No queda otro camino para el hombre que adecuar su vida a él. Debieran ser más bien el acicate para el desarrollo de renovados esfuerzos de concientización sobre la interdependencia y corporeidad de nuestra existencia y de mejores mecanismos para poner en práctica estas exigencias de la justicia distributiva.

En nuestros tiempos se propician otros modos de distribución más allá de la estructura estatal. A esto tiende el movimiento cooperativo, la participación obrera en las

¹⁷² Documento de Puebla, notas 31 a 39.

¹⁷³ En especial cuando se hace un uso demagógico de ella.

ganancias de las empresas, los sistemas de cogestión, etcétera.

Buena parte del derecho laboral es reflejo de exigencias propias del momento distributivo de la justicia.

Por ejemplo, en la determinación del salario justo, la retribución en período en que no se efectúa la prestación del trabajo (vacaciones, descanso semanal, etc.), la consideración especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y aun después del parto, situaciones todas que exceden el viejo problema del precio justo de la faz comunitativa.¹⁷⁴

Las modernas concepciones acerca de la existencia de límites sociales en cuanto al derecho de propiedad reflejan esta faceta distributiva también.

En cuanto a la etapa de recaudación, generalmente efectuada en el marco global de una sociedad por la vía del derecho tributario, la justicia distributiva sustenta el principio de progresividad —es decir, que pague más quien más tiene—.

Antes de terminar, y aun a riesgo de ser reiterativos, recordemos que al hablar de justicia comunitativa, protectora y distributiva no sostendremos la existencia de tres valores diferentes, sino que distinguimos, a los fines de un estudio más profundizado, tres momentos o facetas de un mismo valor: la justicia según como se adscribe a las distintas situaciones que pueden presentarse en la vida social.

¹⁷⁴ Com. NEGRI, H., *Metodología...*, cit., Cuaderno 6. Otras instituciones del derecho laboral responden a la faz protectora en la medida que el contrato de trabajo surge en un ámbito donde resulta altamente factible la utilización de la propiedad de los medios de producción como instrumento de dominio sobre el salario.

UNIDAD 8

CAPÍTULO VII EL DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD

I. DERECHOS FUNDAMENTALES: SUS CARACTERES

El núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre.¹⁷⁵

Variada es la terminología utilizada para referir a estos derechos. Se los ha denominado derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del hombre, derechos humanos.

Sin perjuicio de ello, existe una convicción jurídica y ética compartida reflejan el reconocimiento de una esfera de vida y determinados bienes en los que la persona debe ser protegida; un ámbito que jamás hombre o estructura alguna podrán sobrepasar forzadamente.

Los argumentos con los que se ha querido fundamentar la existencia de estos derechos son diversos.

¹⁷⁵ Así lo sostuvo Del Vecchio: "La idea del Derecho natural es, en efecto, de esas que acompañan a la humanidad en su desenvolvimiento; y si, como no pocas veces ha ocurrido, sobre todo en nuestro tiempo, algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida" (*Los Principios Generales del Derecho*, pág. 71).

Si bien, ante este panorama no son pocos los que sostienen que no importa tanto la fundamentación sino la vigencia de estos derechos, creemos que ésta no es una postura aceptable, puesto que separados de su razón de ser, los derechos humanos no podrían asegurarse suficientemente ni desplegarse en lo futuro.

¿Qué es lo que nos permite decir que existen derechos humanos? ¿Por qué es correcto sostener que ésos derechos son los que se han proclamado universalmente? ¿De dónde deviene esa universalidad? ¿Por qué esos y no otros? ¿Podrá desvelar la conciencia de la humanidad más de ellos?

No es igual dar una respuesta que otra: sus consecuencias prácticas pueden variar diametralmente. Y si lo que se quiere —y en esto sí concordamos— es que los derechos humanos se respeten (y no sólo se declaren), entonces la cuestión de su fundamentación no puede omitirse.

Las muchas explicaciones que se han dado sobre este tema pueden agruparse en corrientes:

- las *historicistas*, que sostienen que los derechos humanos aparecen como un producto histórico y son propios de la situación cultural en que se elaboran;

- las que, en cambio, piensan que los derechos humanos han surgido y se mantienen gracias a un *consenso* no sustentado en más razones que los intereses prácticos que los generan;

- las *positivistas*, que, encontrando el origen del Derecho en un acto de voluntad del poder estatal, concluyen entonces que si existen derechos humanos es porque ese poder así lo ha decidido;

- las *iusnaturalistas*. En este caso, encontramos las posturas que derivan el derecho natural del descubrimiento de las legalidades prejurídicas que devienen de la natu-

raleza de la cosa; sostienen que los derechos humanos se corresponden con la naturaleza misma del hombre, en ellos se expresan distintos aspectos de esa naturaleza; y aquellas que —en cambio— derivan su contenido de la suma de conexiones morales que conforman el núcleo de la idea del Derecho, encuentran su fundamentación en las exigencias básicas de la justicia en cuanto demanda el reconocimiento de la dignidad humana.

Descartamos totalmente las tres primeras posturas por cuanto no brindan más explicación que la de una especie de capricho histórico, interesado o poderoso para los derechos humanos, y de tal modo —aun cuando sus sostenedores quisieran efectivamente su vigencia— debilitan al extremo las posibilidades de una lucha eficaz para su sostenimiento y despliegue, dejándonos inertes ante un nuevo capricho que pudiera decidir —también histórica, interesada o poderosamente— eliminarlos. Esto hace que entre quienes defienden su existencia sean precisamente posturas altamente minoritarias.

En cuanto a las posturas *iusnaturalistas*, creemos que son las que brindan el basamento más sólido a la cuestión y que, sus aparentes divergencias iniciales, pueden armonizarse y aún complementarse.

La naturaleza del hombre no es otra que su dignidad. Al exigir la justicia respecto a esa dignidad, tratar al otro como un suyo de sí, no hace sino exigir que el ser humano sea tratado como persona —que es lo que naturalmente está llamado a ser— y no como cosa —lo que trastocaría esa naturaleza—. De modo que tan sólo se trata de dos puntos de partida diversos¹⁷⁶.

¹⁷⁶ En el fondo lo que estas dos variantes demuestran es que la se-

En orden a la vivencia generalizada, se ha llegado a aquella convicción común en la humanidad que antes habíamos referido en cuanto a que los derechos fundamentales derivan del reconocimiento de exigencias que dimanan de la dignidad personal. Se reconoce así que existe una esfera de vida y determinados bienes en los que la persona debe ser protegida, por cuanto son expresión de su necesaria autodeterminación.

El objeto de esos derechos resulta de la naturaleza del hombre¹⁷⁷, de sus aspiraciones y tendencias.

Se caracterizan esos derechos por las siguientes notas esenciales:

- *Son independientes de los acuerdos y estatutos humanos.*

Como también lo ha dicho Negri "estos derechos son algo que le conciernen (al hombre) propia y personalmente. Algo que nadie le da ni le regala. Que son una mera y radical proyección de su dignidad como persona y de su existencia como hombre. Que el territorio de los derechos es su territorio íntimo y profundamente suyo. Y que esto no está circunscripto a un grupo o a un sector social"¹⁷⁸.

Conviene insistir sobre esta propiedad, porque algunos Estados, en especial los más autoritarios, hacen depender

paración del "mundo del ser" y del "deber ser" no es tal, a menos que el hombre trastorne el ser o cree un deber ser arbitrario.

¹⁷⁷ El hombre vive simultáneamente en el mundo de los valores materiales y en el de los valores espirituales. Las necesidades, las libertades y las relaciones con los demás pertenecen a ambas esferas, tal como señaló Juan Pablo II en su discurso ante la XXXIV Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁷⁸ En *Los Derechos Humanos*, pág. 4.

de ellos todo derecho, reconociendo como tales sólo los expresamente formulados o concedidos por ellos.

- *Son obligatorios por sí mismos.*

Para que los derechos fundamentales obliguen a su cumplimiento y aún a la reforma social que posibilite su vigencia plena, no hace falta indicación ni intimación alguna por parte de los otros¹⁷⁹.

Se trata de una obligación que se presenta a nuestra conciencia y debe realizarse autónomamente.

- *Son inviolables.*

Estos derechos no pueden ser negados ni impeditidos o disminuidos. No pueden ser afectados en su absoluta validez por ningún acto arbitrario de individuos, asambleas o gobiernos, ni aún disimulados bajo las formas de la legalidad positiva¹⁸⁰.

Ello no supone —como a veces se ha querido demostrar— un libertinaje que atente contra los derechos de los demás. Por el contrario, la libertad nunca puede permitir una ofensa contra nuestros semejantes, puesto que "libre, en realidad, es la persona que modela su conducta responsablemente conforme a las exigencias del bien objetivo".

Es que mi libertad no encuentra en el otro un límite, ni mis derechos llegan hasta donde comienzan los de aquél. Por el contrario, no soy libre si el tú no lo es, no tengo en verdad derechos si el tú no los tiene. Mi libertad y mis de-

¹⁷⁹ Comp. *Gaudium et Spes*, 17.

¹⁸⁰ Juan Pablo II advirtió por ello que "la ley moral, guardiana de los derechos del hombre, protectora de la dignidad de la persona humana, no puede ser dejada de lado por ninguna persona, ningún grupo ni por el mismo Estado, por ningún motivo, ni siquiera por la seguridad, o en interés de la ley o del orden público" (*El Heraldo de la Paz*, pág. 33).

rechos son tales cuando nos encontramos, cuando apelamos y respondemos, cuando trabajamos juntos.

Si algún modo de armonización debe pautarse para el ejercicio de los derechos fundamentales, sólo será válido jurídicamente en la medida en que no vulnere la naturaleza y los contenidos principales de aquellos a que se refieran.

- *Son irrenunciables.*

El hombre no puede renunciar a sus derechos fundamentales puesto que devienen de su propia naturaleza¹⁸¹. Más aún, el hombre está obligado no sólo a conocer sus derechos y a ejercerlos, sino a defenderlos cuando alguien trata de arrebatarlos¹⁸².

- *Su goce debe ser igual para todos.*

Toda persona por el hecho de serlo, y sin posibilidad de discriminación alguna, tiene derecho a que le sean respetados y a que se instaure en su sociedad un orden que los proteja y en que puedan ser disfrutados.

D. HUMANOS

Otra cuestión que surge es la de cuáles son los derechos humanos:

De lo antes dicho es evidente que ellos derivan del reconocimiento de los diversos rasgos de la existencia personal.

Así por ejemplo:

- del carácter *dialogico*: los derechos de reunión, expresión y libre pensamiento; tanto como los de sujeto colectivo;

¹⁸¹ Por eso obrar como sujeto y no como objeto para el hombre es además de una aptitud psicológica, una exigencia ética, como remarcó G. del Vecchio. *Aspectos y Problemas del Derecho*, pág. 2.

¹⁸² Conf. WELTY, E., *Catecismo Social*, pág. 234.

— de su *unicidad*: el derecho a la intimidad, al nombre, a la nacionalidad;

— de su *libertad*: el reconocimiento de sus diversos aspectos (de movimiento, de pensamiento, de opinión, religiosa, etc.).

— de su carácter *corpóreo*: los derechos a la salud, al trabajo y la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, etcétera.

Por último, podemos preguntarnos si son los actualmente declarados en los instrumentos internacionales y en las positivaciones nacionales los únicos derechos fundamentales.

Creemos que no. Su declaración implica un grado de avance de la conciencia jurídica en cuanto a la comprensión del misterio personal, pero no su formalización definitiva. Por ello, seguramente, hay otros derechos no expresados y que se fundamentan en aspectos de su existencia que no han sido objeto de una toma de conciencia todavía.

La propia aparición en "oleadas" de los derechos humanos así lo corrobora (derechos de la primera generación, de la segunda generación y de la tercera generación, suele denominárselos), situación, por otra parte que se corresponde con el carácter proyectivo e inacabado de la existencia.

El grado de satisfacción de sus exigencias depende en gran medida de la capacidad de la sociedad de que se trate en cada caso, pero los esfuerzos deben estar siempre dirigidos hacia el aumento de esa capacidad y la consecuente más amplia vigencia de esos derechos. Y esa tarea —en especial en el área de los derechos económicos, sociales y culturales— recae muy especialmente en quienes tienen a su cargo la elaboración de planes de gobierno que deben

prioritariamente contemplar medidas que amplíen progresivamente su ámbito de vigencia.

II. CLASIFICACIÓN

Como habíamos advertido, una doble clasificación de los derechos humanos se ha ido consolidando en la doctrina.

Por un lado, la que distingue entre los derechos de sujeto singular y de sujeto colectivo (o derecho de los pueblos).

En verdad, esta clasificación remarca aspectos parciales de la existencia dialógica del hombre, puesto que estrictamente no hay un sujeto individual sino personal (y esto implica, en relación con el otro ineludiblemente), en tanto que las colectividades no pueden ser entendidas como sujetos superiores o desprendidos de sus integrantes (como lo hacen algunos órdenes jurídicos basados en una concepción antropológica totalizante).

Con esas salvedades, adoptamos este primer criterio.

Pero hay un segundo modo de clasificación, que si bien se ha elaborado en torno de los derechos de sujeto singular podría también extenderse a los de sujeto colectivo:

Clásicamente se los ha dividido en: derechos civiles y políticos, por un lado; y derechos económicos y sociales, por el otro.

Tal división resulta, por un lado, de su aparición en momentos históricamente distintos de la humanidad, pero por otra parte devino necesaria en tanto y en cuanto resultan de exigencias de distintas facetas de la justicia. Los primeros, de aquéllas que propone la faz protectiva de este valor. Los segundos, de las que procura su faz distributiva.

Preferimos, entonces, referirlos en orden a esa tipología por cuanto nos parece que quedan mejor evidenciados sus fundamentos en uno y otro caso.

Desechamos la clasificación en derechos de la "primera generación", de la "segunda generación" y de la "tercera generación", cuya terminología, que ha sido tomada del lenguaje informático, no sugiere ningún contenido, más bien los oculta.

Con el agravante de remarcar quizás excesivamente su historicismo y diluir su carácter absoluto.

Estas aclaraciones resultan necesarias por cuanto las cuestiones terminológicas no son, en este tema como en tantos otros, para nada inocuas.

A tal punto que López Quintás ha podido sostener con total justicia que "el uso estratégico de la lengua hablada y escrita tiene tales virtualidades que permite a los virtuosos de la expresión demagógica llevar a cabo simultáneamente dos tareas opuestas: convencer a las gentes de que se las está promocionando a niveles de libertad y someterlas a un implacable dominio. Hace unos lustros, la manipulación del hombre se realiza... de forma descarnada, abrupta, manifiestamente repulsiva. Hoy día, se prefiere emboscar el mismo espíritu dominador bajo formas cultivadas, incluso seductoras. Para llevar a cabo este colossal fraude, ningún medio más dúctil y eficaz que el lenguaje..."¹⁸³

Además, habrá que tener siempre presente que toda clasificación en este punto es meramente metodológica, ya que ninguno de ellos puede desprenderse de los restantes, puesto que reflejan aspectos de una misma y única existencia (la del hombre) y que por ser relacional no permite su realización total si la vigencia de este plexo de derechos no es plena para todas las personas.

¹⁸³ LÓPEZ QUINTÁS, A., *Estrategia...*, cit., pág. 9.

III. ALGUNOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como queda dicho, el derecho general de la personalidad se manifiesta entonces en una serie de derechos fundamentales:

1. Derechos de sujeto singular

El primero de estos derechos fundamentales es el *derecho a la vida*.

Aquí el punto de referencia, el objeto de este derecho, es la vida humana integralmente considerada¹⁸⁴.

Sus formas de protección pueden ser muy diversas, pero siempre será necesario que se facilite al hombre todo lo necesario para vivir verdaderamente como ser humano.

Es por ello que Santo Tomás denunciaba como imposible que el último bien de la razón y de la voluntad humana fuera la mera conservación del ser del hombre, su mera subsistencia¹⁸⁵.

Otro derecho fundamental es el *derecho a la libertad* en todas sus posibles manifestaciones.

La libertad es parte de la realidad humana. Tanto porque permite el llamado del otro, cuanto porque se refleja y concreta en mi respuesta esa apelación.

¹⁸⁴ La vida corporal debe tener aquella suficiencia que es necesaria para los bienes del alma. Incluso para el acto mismo de la felicidad tal como se puede alcanzar en esta vida, se requiere la vida del cuerpo, y por supuesto no una vida cualquiera, sino una vida con cierto desahogo o suficiencia, que deje espacio y energía para la contemplación y la vida espiritual. Conf. GARCÍA LÓPEZ, *Los Derechos Humanos en Santo Tomás de Aquino*, cit., pág. 109.

¹⁸⁵ *Suma Teológica*, I-II q.2 a.5.

La crítica misma no existiría si el hombre no fuera libre, en tanto que supone la posibilidad de que tome distancia de la situación y pueda compararla con el modelo de cómo debería ser.

Es entonces un don propio y exclusivo de la persona que le confiere la dignidad de ser dueña de sus acciones en forma responsable. Por ello, su ejercicio no puede fundar el menoscabo de la dignidad de ninguna persona (ni siquiera de quien la ejerce).

Los variados aspectos en que es protegida reconocen las características de la persona como espíritu encarnado así como su estructura relacional.

Poreso se habla de las "libertades físicas", por ejemplo, la libertad de movimiento que comprende la prohibición de la detención arbitraria, la garantía de la libre elección del lugar de residencia y de trabajo, etcétera.

Las llamadas "libertades propiamente espirituales" comprenden la de conciencia, de elección de la propia fe religiosa, la libre investigación científica.

El hombre —como sabemos— es un ser que se constituye a través de sus encuentros con los demás, abriendo su ser al otro y comunicando sus inquietudes, conocimientos, deseos.

La virtud dialógica exige el esfuerzo permanente de comprender al otro, de estimularlo para que exprese su interioridad y expresarse —a su vez— de manera de poder ser comprendido.

Por ello, si bien el pensamiento debe ser libre, es necesario que el hombre pueda manifestar su vida espiritual sin tener que pagar el precio del martirio¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit. pág. 184.

Únicamente en el marco de una expresión veraz de la propia espiritualidad podrá trazarse un diálogo. De otro modo sería un mero ejercicio retórico.

A este derecho a la libertad está estrechamente ligado el *derecho a la intimidad*.

El hombre debe tener en sus manos la decisión sobre qué elementos de su vida quiere hacer públicos y cuáles permanecerán en el seno de su conciencia. Por ello, se ha reconocido la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados, se ha prohibido la tortura como modo de forzar confesiones, así como los ataques al honor.

Hoy en día se procura detener y evitar la intromisión que en la intimidad puede producirse por el mal uso de los nuevos adelantos tecnológicos, en especial a través de la informática¹⁸⁷.

Otro derecho fundamental, clásicamente reconocido, es el *derecho a la propiedad*.

La personalidad del hombre se expresa en gran medida a través de las cosas, lo que vuelve necesario un cierto dominio sobre ellas.

No sólo su ser corpóreo requiere la satisfacción de algunas necesidades básicas para su existencia (habitación, vestimenta, alimentación) que se logra a través de medios

¹⁸⁷ Algunos países como España y Portugal han establecido protecciones de nivel constitucional contra el avance de estas nuevas técnicas, en cuanto tal avance podría avasallar la dignidad personal. Otros han legislado severas restricciones y requisitos a su desarrollo. Así Francia, Suecia, Italia, etc.

materiales, sino también como ser espiritual necesita de esos bienes. Así un pintor para expresar su idea artística necesita de pinturas, telas, pinceles, etcétera.

Pero, incluso, más elementalmente: un ser humano desnutrido, preocupado por buscar abrigo de las inclemencias del tiempo, sin vivienda, se encuentra demasiado presionado por su situación corpórea como para dar rienda suelta a sus posibilidades espirituales, las que, de persistir esas condiciones, suele verse afectada irreversiblemente.

Piénsese —por ejemplo— en los niños que sufren de raquitismo, cuya inteligencia y facultades quedan gravemente disminuidas por la enfermedad (ciertamente social además de física) que padecen.

La Iglesia Católica enseña por ello que “la propiedad privada, o un cierto dominio sobre los bienes externos, aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar, y deben ser considerados como prolongación de la libertad humana”¹⁸⁸.

Contra la legitimidad del derecho a la propiedad se han lanzado dos objeciones fundamentales, provenientes de sectores del pensamiento muy diferenciados.

La primera objeción señala que hombres de superior resolución de la moralidad han superado e incluso abandonado toda propiedad de bienes materiales. Entonces, la mayor virtud moral requeriría la renuncia de la propiedad.

Creemos que si bien es cierto que santos y algunos filósofos han llevado adelante una vida intensa despojados —en muchos casos— de bienes externos, debe observarse desde la filosofía del diálogo que la conclusión —además de reflejar un intenso dualismo— es peligrosísima.

¹⁸⁸ Constitución pastoral “Gaudium et Spes”, nro. 71.

Su ejemplo debe ciertamente apartarnos de la idolatría de los bienes materiales, del tener como criterio de valor sobre el ser, del consumismo, de la avidez económica que nos separa de nuestros semejantes.

Pero no puede servir de excusa para olvidar las necesidades materiales del hombre común.

Así como no puede ya sostenerse que el hombre encerrado en un calabozo y aislado del mundo es libre porque todavía puede pensar, tampoco podría—de buena fe—argüirse que el hecho de que alguien esté desposeído de las cosas necesarias para su existencia corpórea en nada obsta a su desarrollo espiritual.

El Derecho debe posibilitar que el hombre medio, que vive entre hombres medios tenga una existencia digna. Sería inhumano obligar al individuo a vivir sin propiedad.

Por cierto, aquellos que han renunciado a ella por superación de las necesidades materiales nos brindan un lúmido ejemplo¹⁸⁹. Pero nunca el Derecho toma lo excepcional como base de sus soluciones.

La segunda, muy diversa, lo cuestiona al preguntarse si precisamente la propiedad no ha dado lugar a la opresión y a la explotación del hombre por el hombre, en especial cuando se refiere a los medios de producción.

En efecto, muchas veces la propiedad se ha transformado en instrumento de poder, por ejemplo, cuando se enlaza con una situación monopólica. Por ello, debe delimitarse el objeto de este derecho y su modo de ejercicio a fin de prevenir tal distorsión, mas no procurar su eliminación.

¹⁸⁹ En especial en épocas en que una de las mayores perturbaciones radica en la exaltación de la posesión de cosas como criterio de progreso y *status*.

Debemos siempre recordar que los bienes tienen un destino universal, es decir, que su uso corresponde a todo el género humano. Es el hombre quien debe estar por encima de las cosas y utilizarlas conforme a su naturaleza¹⁹⁰.

La ignorancia y la miseria hacen difícil, si no imposible, ese esfuerzo humano hacia la liberación, es decir, hacia la más alta realización posible de la persona y por eso deben ser combatidas en nombre de la moral¹⁹¹.

Las declaraciones clásicas de derechos humanos se refieren básicamente a los derechos de la justicia protectora hasta aquí referidos, pero en los documentos más modernos se han desplegado otros no menos importantes: los *derechos de la justicia distributiva*.

Así los derechos a la educación, a la enseñanza, al trabajo y a la seguridad social entre otros muchos.

Estos derechos exigen para su concreción una intervención positiva de la sociedad que deberá generar la infraestructura y recursos necesarios para que cada hombre pueda ser educado, tenga un trabajo y sea beneficiario de un sistema de seguridad social en caso de infortunio.

No se trata de una prohibición dirigida a los demás para que no se inmiscuyan sino que son pretensiones que derivan de la naturaleza humana que exigen su promoción por la sociedad¹⁹².

¹⁹⁰ No olvidemos —dijo Juan Pablo II ante las Naciones Unidas— que el hombre por más que dependa de los recursos del mundo material para vivir, no puede ser esclavo suyo, sino señor.

¹⁹¹ Conf. LEPP, I., *La Nueva Moral*, cit., pág. 44.

¹⁹² Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit. pág. 187.

Si bien su satisfacción depende en gran medida de la capacidad de la sociedad de que se trate en cada caso, los esfuerzos deben estar dirigidos hacia el aumento de esa capacidad y la consecuente más amplia vigencia de estos derechos.

Otro tanto ocurre con los *derechos de los pueblos* (en lo económico, político y social) que reclaman el respeto y la solidaridad en las relaciones internacionales.

2. Derechos de sujeto colectivo

Estos derechos a los que también se los ha dado en denominar "derecho de los pueblos", "derechos de la solidaridad" o "derechos de la tercera generación", son reconocidos como consecuencia de una mayor conciencia respecto de los lazos que unen a los seres humanos.

Los derechos humanos constituyen un complejo integral, interdependiente e indivisible, de modo que sólo su reconocimiento integral puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, y sólo en la medida en que todos los hombres puedan gozarlos estarán efectivamente vigentes.

Si alguno de esos derechos encuentra obstáculos, los demás se resienten o se vuelven meras formalidades. De igual modo si su campo de vigencia no abarca a toda persona.

Los derechos de sujeto colectivo no implican la existencia de un todo superior a las personas, y al que ellas se deban entregar inexorablemente como lo describen ciertas teorías jurídicas adheridas a la antropología de la totalidad.

Por el contrario, remarcan el carácter relacional del ser humano y la necesidad de contar con ciertas bases de gran amplitud social para la conformación de una facticidad que cumpla debidamente su objetivo: hacer posible para todo hombre una existencia con sentido.

Exigen para su conceptualización y vigencia un grado mayor de solidaridad interpersonal. Surgen de exigencias tanto de la justicia protectiva (por ejemplo, el derecho a la autodeterminación política) como de la justicia social (así, el derecho de beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad).

Algunos han recibido consagración normativa. Otros aún no. Muchos, sin duda, se definirán en los tiempos por venir.

Algunos de ellos son:

2.1. Derecho a la paz

El derecho a la paz —o a vivir en paz— que se ha ido configurando en las últimas décadas es un derecho síntesis que supone la posibilidad real del ejercicio del plexo de los derechos fundamentales y es la condición necesaria para su vigencia.

En efecto, sin el reconocimiento y la tutela de todos los derechos humanos no habrá paz plena y estable, paz auténtica. Habrá solamente un equilibrio externo de fuerzas bélicas, engañosas y enfrentadas seguridades nacionales, opresiones internas, rebeldías sofocadas, ansias de liberación.

Pero no debemos tener un concepto estático acerca de ella; por el contrario, debe ser entendida como una realidad dinámica, renovadamente querida por los hombres y los pueblos.

Resultado de este reconocimiento del derecho a la paz se ha tipificado como acto internacional ilícito la propaganda en favor de la guerra en el artículo 20 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

La guerra en sí misma es la más radical negación de los derechos humanos, en cuanto su desarrollo supone nece-

sariamente el desconocimiento y la agresión del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la propiedad, etcétera.

Por ello, Juan Pablo II ha exigido en momentos en que se desarrollaba, supuestamente en pos de un nuevo orden internacional más justo, la guerra del Golfo Pérsico: "¡Nunca más la guerra! que destruye la vida de los inocentes, que enseña a matar y trastorna igualmente la vida de los que matan, que deja tras de sí una secuela de rencores y odios, y hace más difícil la justa solución de los mismos problemas que la han provocado".

2.2. Derecho al desarrollo

A partir de 1960 comenzó a elaborarse el concepto de desarrollo como eje de otro derecho fundamental. "El desarrollo no debe ser entendido de manera exclusivamente económica, sino bajo una dimensión humana integral. No se trata solamente de elevar a todos los pueblos al nivel del que gozan hoy los países más ricos, sino de fundar sobre el trabajo solidario una vida más digna, hacer crecer efectivamente la dignidad y la creatividad de toda persona, su capacidad de responder a la propia vocación y, por tanto, a la llamada de Dios"¹⁹³.

Debe ineludiblemente fundarse en el reconocimiento del derecho de todo hombre a una vida libre y digna dentro de la sociedad.

Este derecho al pleno desarrollo personal sirve de base —al mismo tiempo que condiciona e implica— al derecho de los pueblos al desarrollo.

¹⁹³ Juan Pablo II, *Encíclica Centesimus Annus*, 1 de mayo de 1991.

El progreso es tal sólo en cuanto mejore la condición económica, social y cultural de cada persona.

Es decir, estamos en presencia de un derecho personal en su principio y finalidad, pero colectivo en su puesta en práctica y vigencia.

Su sola caracterización como derecho colectivo entraña el riesgo de que sea interpretado de modo totalizante, haciendo de la búsqueda del desarrollo una forma más de opresión y violación de otros derechos.

Así ha sucedido a menudo en sociedades colectivistas altamente planificadas.

En cambio —correctamente entendido— trae consigo la exigencia de que todos —sin distinción— contribuyan en la medida de sus posibilidades para su efectiva vigencia. Comporta una expresión de la integralidad del hombre que responde a sus necesidades materiales y espirituales.

En cuanto al modelo práctico de desarrollo, éste en tanto responda a su fundamento ético, puede variar, por cuanto es un concepto relativo a las circunstancias históricas y culturales y debe ser dinámico para adaptarse a los cambios que se produzcan en ellas.

Cada pueblo, sobre la base del respeto de todos sus miembros, debe elegir y realizar su propio modelo, según su latrocinaria.

Pero habrá de alertarse en el sentido de que, con el pretexto de respetar plenamente la independencia de los países subdesarrollados y su derecho a mejorar las condiciones de vida, no se los abandone a la "autarquía de la miseria", sino que en nombre de la justicia social y la solidaridad, los pueblos más ricos cumplan su deber de ayudar a los más pobres, sin que esto implique —por supuesto— ningún tipo de sojuzgamiento.

2.3. Derecho a la libre determinación de los pueblos

Se trata, en este caso, de un derecho complejo cuyo reconocimiento, sin embargo, ha modificado en los últimos treinta años la faz política del mundo.

Si bien en un primer momento se pensó que este derecho lo era de los pueblos dominados o colonizados, hoy en día se considera que son titulares del mismo todos los pueblos, de modo que la integridad territorial de Estados independientes deberá respetarse en tanto estén dotados de una organización político-económica que represente a todos sus miembros sin distinciones, conforme lo exigen los pactos mencionados.

Por otra parte, se reconoce su ejercicio en tanto sea el presupuesto para la institucionalización de formas políticas basadas en el respeto de los derechos fundamentales.

En consecuencia, el principio de integridad territorial y unidad del Estado debe prevalecer cuando estén dotados de un orden que represente a todos y resalte los derechos de cada uno.

Pero si la unidad nacional es una ficción que encubre una real dominación, el pueblo sometido tiene derecho a ejercer su libre determinación, pidiendo y recibiendo, incluso, apoyo internacional para su lucha¹⁹⁴.

Ahora bien, este derecho no se agota en el logro de la independencia político-económica, ni en la adopción de alguna otra fórmula, sino que se mantiene frente a toda forma de acción colonialista o neocolonialista futura¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Así lo ha sostenido, entre otros, GROSS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Caracas, 1985.

¹⁹⁵ "Con la reconquista formal de su soberanía estatal, estos países en muchos casos están comenzando apenas el camino de la construc-

Se ha dicho que el principio democrático y el derecho a la libre determinación de los pueblos son la vertiente interna y la externa de un mismo derecho, puesto que sin el uno no puede darse el otro.

2.4. Derecho a beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad

Aun cuando no se halla positivizado específicamente como tal, es ya una convicción jurídica extendida que entre los derechos de sujeto colectivo se encuentra el derecho de todo ser humano a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad.

La expresión *patrimonio común de la humanidad* es de reciente aparición.

Surge a consecuencia del debate sobre la titularidad de los fondos marinos y subsuelo fuera de las jurisdicciones nacionales que se originara a partir de la década del sesenta.

Entraña la idea de un bien indivisible afectado a una finalidad común y utilizado sólo para fines pacíficos e implica una administración común y un reglamento y reparto equitativo de los beneficios.

La "humanidad" aparece entonces al lado de los individuos y los pueblos como sujeto de derecho.

Pero ese término no debe considerarse sinónimo de una asociación de Estados, sino en tanto y en cuanto rebasa las

ción de una auténtica independencia. En efecto, sectores decisivos de la economía siguen todavía en manos de grandes empresas de fuera,... la vida política está sujeta también al control de fuerzas extranjeras, mientras que dentro de las fronteras del Estado conviven a veces grupos... no amalgamados todavía en una auténtica comunidad nacional..." (Conf. Juan Pablo II, Enc. cit.).

fronteras estatales y las facticidades nacionales. Tampoco debe ser entendido como otra variedad de totalidad.

Dialógicamente lo ha explicado Bernard Delfgaauw: "...Los miembros de una nación, comunidad religiosa o asociación pueden salir de ella sin que por eso dejen de ser esencialmente hombres y sin que la correspondiente comunidad deje de ser la misma... La humanidad, a su vez, está de otro modo frente al hombre. No tiene sentido hablar de que un hombre pueda salirse de la humanidad... La unidad fundamental de la humanidad puede atribuirse a... la consiguiente igualdad de esencia de todos los hombres en la posibilidad de dirigirse unos a los otros... La unidad del organismo es unidad orgánica, dividida; la de la humanidad actual es unidad distribuida... El hombre existe para la humanidad, pero como hombre. *Esto significa que él debe ser por la humanidad y debe conservar su sustantividad. El individualismo no conoce una sustantividad superior a la del hombre. El colectivismo considera que esa sustantividad superior, la humanidad, es al mismo tiempo la sustantividad primaria.* La paradoja estriba en que la adquirida sustantividad de la humanidad es superior a la del hombre individual, pero al propio tiempo es secundaria a diferencia de la sustantividad primaria del hombre concreto..."¹⁹⁶

Por lo demás, esa titularidad colectiva sólo se justifica si los beneficios se comunican efectivamente a todos los seres humanos.

Algunos bienes que se han considerado parte de ese patrimonio común son:

¹⁹⁶ En *La Historia como Progreso*, T. I, Carlos Lohé, Buenos Aires, 1968, págs. 129 y sigs.

— Los cuerpos celestes y el espacio ultraterrestre.

— El espacio de frecuencias para las comunicaciones que, siendo un recurso agotable, debe tener un uso compartido que permita a todos acceder a él.

— Las diversas culturas: así lo sostiene la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de la Unesco (1966) donde se expresa que en su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte de este patrimonio común. Y este aspecto del patrimonio común de la humanidad resulta de la mayor importancia si recordamos que cada cultura refleja, en el fondo, una manera diversa de plantear la pregunta acerca del sentido de la existencia personal.

En cuanto a las prerrogativas que otorga, se ha sostenido que la humanidad tiene el derecho de explorar, explotar y utilizar estos recursos en forma pacífica, en beneficio de todos los hombres, más allá incluso de los intereses estatales y prestando especial consideración a los países en desarrollo, debido a las exigencias de justicia distributiva que lo fundan.

2.5. Derecho al medio ambiente sano

En el curso de estos últimos años pocas cuestiones han suscitado tan amplia inquietud como la que se refiere a las relaciones del hombre con el medio ambiente en que vive, que condiciona su existencia y por el que, incluso, puede llegar a ser destruido¹⁹⁷.

En la raíz de la destrucción del medio ambiente —que ha hecho nacer la conciencia del derecho que comenta-

¹⁹⁷ En *Los Derechos Humanos*, pág. 11.

mos— se encuentra el error antropológico que ha llevado al hombre a realizar los aspectos del tener y gozar, más que los de ser crecer, disponiendo arbitrariamente de los recursos. La Tierra tiene una fisonomía propia que sí puede de desarrollarse; pero que no debe traicionarse.

Por ello el derecho a un medio ambiente sano hace alusión a todo el conjunto de condiciones externas que conforman el contexto de la vida humana. Su inclusión entre los derechos fundamentales deviene de la inmediata incidencia del ambiente en la existencia del hombre como ser encarnado.

2.6. Derechos de las minorías

Así como todo individuo tiene derecho a no ser discriminado por ningún motivo, las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas deben ser respetadas en su identidad cultural.

Su consagración como derecho colectivo tiene lugar en diversas declaraciones y documentos internacionales, a partir del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Organización de las Naciones Unidas que establece que no se les podrá negar el profesor y practicar su propia religión, emplear su propio idioma y aún tener su propia vida cultural.

Ello no implica, por cierto, aislacionismo alguno ya que se trata de facticidades que por definición no tienen fronteras ni enemigos, y que en consecuencia —preservada su identidad— pueden coexistir armónicamente entre sí.

De lo que aquí se trata es de impedir su discriminación o segregación, en orden al goce de los derechos fundamentales singulares y colectivos.

Por ello, la protección internacional de este derecho se ha desarrollado básicamente en torno del tema de la no discriminación.

IV. RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y EL ORDEN ECONÓMICO

Al analizar algunos de los derechos fundamentales hemos visto cómo el ser humano necesita, para su pleno desarrollo, de bienes materiales que sostengan su vida corporal y permitan el despliegue de su espiritualidad.

De allí deriva la importancia de cuál sea el orden económico que se instaure en una sociedad y cuáles las exigencias jurídicas que a la elaboración de tal orden se impongan.¹⁹⁸

Los bienes materiales —es bien sabido— tienen una capacidad limitada de satisfacer las necesidades y requerimientos humanos. Su distribución no es tarea sencilla.

El progreso de las técnicas de producción y la mejor organización del comercio han convertido a la economía en un instrumento capaz de satisfacer mayores necesidades.

Sin embargo, las diferencias entre quienes tienen mucho y quienes carecen de los elementos más esenciales aumenta, de igual manera que la brecha que separa a los países exportadores de materias primas (en general, subdesarrollados) y los países importadores de ellas.

A esto se suma la utilización de recursos que podrían satisfacer reales necesidades del género humano en la

¹⁹⁸ Seguimos aquí las líneas fundamentales de nuestro trabajo "Algunas ideas acerca del derecho y la planificación económica", publicado en *Jurisprudencia de Lomas de Zamora*, T. I.

producción y mantenimiento de elementos de destrucción o altamente suntuarios.

- ⑩ La tarea del Derecho en la vida económica es de la mayor gravedad si queremos eliminar estos factores de agravio. Es él quien debe fijar las ideas y principios éticos fundamentales que lleven el respeto y promoción de la dignidad personal nuevamente al centro de la cuestión de la distribución de los bienes externos.

Existen dos formas básicas de organización económico-social: la libre economía del mercado y la economía central planificada. La una, postulada por el liberalismo clásico; la otra, propiciada por el socialismo.

La *libre economía de mercado* exige la total entrega de la vida económica a sus propias leyes; al juego libre de las fuerzas que participan en ella. Se basa en la creencia de que, de permitirse al individuo perseguir sus propios objetivos e intereses materiales, se logrará un mejor desarrollo del bienestar social.

Su ley fundamental: "*laissez faire, laissez passer*".

En este esquema, el Derecho es un obstáculo que inhibe el progreso económico. Por ello, se reduce su intervención a un mínimo imprescindible.

Con él se incorporó al orden jurídico el principio de la autonomía de la voluntad. Las partes llegaban al acuerdo económico en una situación de igualdad y de libre expresión de su voluntad, por tanto lo que así pactaban era como la ley misma para ellas.

Sin embargo, el liberalismo económico no advirtió que en la realidad sólo existían esas condiciones en un grupo social, mientras que los grandes actores desposeídos se hallaban sometidos al poder de aquél.

Por ello, la aplicación indiscriminada de la regla del *laissez faire* dio lugar a la desaparición de la libre competencia, a la concentración progresiva del poder económico, a la explotación de la clase obrera y a un desarrollo desordenado que a larga, atentó contra la calidad de vida de la población y su medio ambiente.

En el otro extremo del espectro, la *economía centralmente dirigida* supone un organismo administrativo que fija todas las variables de la vida económica.

Se da así un considerable poder a ese organismo. La alta especificidad técnica de las decisiones económicas vuelven sumamente difícil el control jurídico de sus consecuencias.

Además, en un sistema tal, el hombre se ve imposibilitado de autoconformar su vida, con lo cual se afecta sus derechos fundamentales.

La dignidad humana queda subordinada a decisiones administrativas y en última instancia a cómo esas decisiones prevén la posibilidad de lograr una igualdad en la posesión de los bienes materiales.

Aquí también la actuación del Derecho se minimiza.

Uno y otro sistema económico constituyen el fundamento de graves atentados contra la persona.

Un sistema económico, en cambio, que se funde en la idea del respeto a los demás hombres, debe necesariamente corresponderse estrechamente con el Derecho.

Esto supone, en primer lugar, una cierta dirección y planificación de los esfuerzos.

La solidaridad, expresada en actos singulares, no es suficiente si deseamos construir una sociedad en que todos participen de las ventajas materiales y de los sacrificios necesarios.

En segundo lugar, el aumento del bienestar no debe procurarse sólo desde el punto de vista cuantitativo de aumento de bienes, sino muy especialmente sobre la base de una más justa distribución de la riqueza, conciliando la igualdad de todos los hombres con la necesidad de una esfera de libertad para su actuación moralmente responsable.

Un sistema económico técnicamente puede ser perfecto, pero si no tiene en cuenta la personalidad total del hombre y excluye el ejercicio de los derechos fundamentales, debe ser rechazado.

"Porque todo programa concebido para aumentar la producción, al fin y al cabo, no tiene otra razón de ser que el servicio de la persona. Si existe es para reducir las desigualdades, combatir las discriminaciones, liberar al hombre de la esclavitud, hacerle capaz de ser por sí mismo agente responsable de su mejora material, de su progreso moral y de su desarrollo espiritual"¹⁹⁹.

En la realización de esa tarea habrá que tener en cuenta ciertos principios básicos, como ser:

— Los bienes materiales deben ser puestos al servicio de todos los hombres.

— La propiedad obliga. Su uso debe hacerse teniendo en cuenta el destino universal de los bienes.

¹⁹⁹ Enc. *Populorum Progressio*, nro. 34.

— Debe preservarse el medio ambiente y la continuidad de los recursos naturales.

— La utilización de la riqueza y los adelantos científicos en la construcción de todo tipo de armamento agravia la dignidad humana y revela un erróneo aprovechamiento de la naturaleza²⁰⁰.

— La cooperación internacional no debe utilizarse como instrumento de dominio de los pueblos menos favorecidos²⁰¹.

— Debe asegurarse a todo hombre la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo y/o a los beneficios de un sistema de seguridad social, para quienes no pudieran desempeñar tareas productivas. La remuneración debe permitirle gozar de una vida verdaderamente humana.

— Las cargas fiscales deben ser adaptadas siempre a la capacidad económica del contribuyente.

Esta enumeración es meramente ejemplificativa. No agota las premisas básicas que necesariamente deben realizarse en una organización económica justa.

Sin duda, lograr un orden económico justo es una de las tareas más difíciles que se plantean a la conciencia del hombre, puesto que se trata —nada menos— que de armonizar planificación con libertad y libertad con justicia.

Pero en un mundo donde poblaciones enteras se debaten en la opresión, la ignorancia, la enfermedad y la miseria,

²⁰⁰ "La carrera de armamentos es la plaga más grave de la humanidad y perjudica a los pobres de manera intolerable". Constitución pastoral "Gaudium et Spes", nro. 81.

²⁰¹ Resultan de provechosa lectura los párrafos que Lepp le dedica al tema (*op. cit.*, págs. 158 y sigs.).

ria, en tanto se dedican importantes recursos al mantenimiento del equilibrio del terror, no hay empresa más apremiante²⁰².

"Cuando tantos pueblos tienen hambre, cuando tantos hogares sufren la miseria, cuando tantos hombres viven sumergidos en la ignorancia, cuando aún quedan por construir tantas escuelas, hospitales, viviendas dignas de este nombre, todo derroche público o privado, todo gasto de ostentación nacional o personal, toda carrera de armamentos, se convierte en un escándalo intolerable. Nos vemos obligados a denunciarlo. Quieran los responsables oírnos antes de que sea demasiado tarde"²⁰³.

UNIOPD 9

CAPÍTULO VIII LA POSICIÓN DEL DERECHO

I. CONCEPTO DE POSICIÓN DEL DERECHO*

El Derecho se caracteriza por ser un orden incorporado a fórmulas. Si bien sus contenidos pueden ser aprehendidos intuitivamente, se ha preferido expresarlos en reglas.²⁰⁴

Como enseña Negri, en el traslado a la fórmula de la idea moral de respeto al otro se objetiva el episodio de la creación del Derecho por el hombre.

Ese traslado se designa técnicamente "posición del Derecho".²⁰⁵

Cualquiera sea la forma que la posición del Derecho asuma (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina u otras) ese contenido moral deberá estar presente. De otro modo, las reglas no serán de derecho.²⁰⁶

²⁰⁴ Como advierte Negri "positividad y juridicidad no son, de este modo, expresiones coincidentes ni se implica una con otra. El que cierto mandato sea jurídico depende de circunstancias diversas de la afirmación histórica, que no se lastiman si la indicada afirmación no se produce, o si desaparece luego por influjo de las diversas circunstancias". En *Sobre la Positividad del Derecho*, pág. 3.

²⁰⁵ NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 23.

²⁰⁶ En igual sentido, COING, H., *Fundamentos...*, cit., págs. 55 y sigs.

²⁰² Las dramáticas estadísticas de UNICEF sobre la muerte por hambre en el mundo revelan también las víctimas causadas por armas que —dicen— jamás serán usadas y por el consumismo que reina en algunos países del orbe, junto a la injusta distribución de las riquezas de la humanidad.

²⁰³ Enc. *Populorum Progressio*, nro. 52.

Asimismo tendrán que respetar —para que su solución sea correcta— los datos que provienen del estudio de la naturaleza de la cosa.

En suma, para que podamos hablar de posición del Derecho resulta imprescindible que las soluciones puestas en las fórmulas respondan a la exigencia de respeto a la dignidad del hombre y tengan por finalidad lograr la armonía en las relaciones sociales. Si ello no ocurre, encontraremos normas propias de otros órdenes sociales, mas no de Derecho.

La importancia de la posición del Derecho resulta de ciertos aspectos positivos que ella acarrea.

Uno de ellos es que las fórmulas anticipan respuestas, pautas de solución de tensiones sociales, posibilitando así al hombre prever el futuro, saber qué puede esperar de sus semejantes. En gran medida la seguridad que el Derecho ofrece deriva de su formalización.

Toda posición puede comunicarse, difundirse, compararse con otras fórmulas con las que se haya tratado de solucionar el mismo problema. Queda al margen de toda valoración subjetiva, vincula a todos los miembros de la sociedad (incluso a quienes hubieran participado en su elaboración).²⁰⁷

Pero también desempeña un rol decisivo en la tarea educadora que el Derecho realiza.

“Con el Derecho se fijan en fórmulas y se hacen fácilmente comunicables y compatibles las respuestas morales a los problemas de la vida social... quedan simultáneamente denunciadas aquellas estructuras de poder y de vio-

²⁰⁷ Conf. NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 22.

lencia que plantean opciones moralmente inaceptables, y a la vez, formulado un proyecto de aplicaciones prácticas para una armonía fundada en el respeto y la afirmación recíproca. Esa doble perspectiva tiene una notable fuerza propagadora y conscientizante... ”²⁰⁸

Atento tan importante significación, el advenimiento de toda posición de Derecho viene precedida de profundos estudios, de esforzados esfuerzos en encontrar los términos más adecuados para expresar la solución moral.

Sin embargo, también entraña algunas dificultades que deben tenerse en cuenta.

En ocasiones ese maravilloso instrumento de diálogo que es el lenguaje se vuelve hostil, indócil a nuestra necesidad de expresar esas soluciones. Un error en la manifestación de la idea moral ha provocado muchas veces conflictos mayores a aquellos que se trataban de solucionar.

Otro inconveniente es que la formulación otorga un grado de rigidez inevitable a la respuesta moral. Sin duda, la aplicación intuitiva tendrá una ductilidad mucho mayor.

Estos problemas no invalidan la posición del Derecho, pero previenen contra la tendencia a reducir el orden jurídico al conjunto de fórmulas y a conceder a éstas un papel sobrevalorado en la vida del Derecho, que oculta que él es ante todo, contenido, idea moral, exigencia ética de respeto.

Graneris ilustra claramente este error cuando expresa que el ingreso de la fórmula en el templo del Derecho “tiene el efecto casi mágico de crear una ilusión óptica por la cual, la recién llegada disfrazada de diosa, crece desmesuradamente a nuestros ojos; mientras la vieja patrona de la

²⁰⁸ NEGRI, H., *El Derecho...*, cit., pág. 66.

casa, la cosa, retrocede y empalidece hasta parecernos microscópica".²⁰⁹

Por último, no conviene olvidar que el Derecho es fundamentalmente una práctica. La lucha por él no ha sido nunca la de llegar simplemente a una fórmula sino que el trabajo es prioritariamente que esa regla se cumpla efectivamente en la vida social.

Esta etapa de la lucha por el Derecho es la que llevan adelante los movimientos que en todo el mundo claman por la vigencia de los derechos fundamentales.

Mientras "esa otra mitad del camino no sea recorrida, la formulación del Derecho no pasará de ser una propuesta irrealizable, un proyecto no cumplido".²¹⁰

II. CARÁCTERES

La posición del Derecho presenta algunas notas características que valen para cualesquiera de sus modos, a saber:

Vinculación: toda regla que se precie de jurídica debe contener una solución vinculada a la idea ética del respeto a la dignidad humana y ser adecuada a la naturaleza de la cosa que pretende regir.

Nunca podrá ser el producto de una arbitrarria decisión. Cuando esta vinculación no se traduce en la fórmula, deberemos excluirla del ámbito jurídico.²¹¹

²⁰⁹ Conf. GRANERIS, G., *Contribución...*, cit., pág. 31.

²¹⁰ Conf. NEGRI, H., *Los Derechos Humanos*, cit., pág. 13.

²¹¹ Así G. del Vecchio enseña (si bien refiriéndose a la ley pero en términos que bien pueden extenderse sin desfigurarlos a cualquier modo de posición) que "un voto de la mayoría podrá darles este carácter (positividad) pero no el de juridicidad, que depende exclusivamente del significado intrínseco de las normas propuestas". En *Aspectos y Problemus del Derecho*, cit., pág. 83.

Generalidad: la regla jurídica se refiere a los posibles conflictos —cuya solución procura— de manera abstracta y típica. Plantea y resuelve un número indefinido de casos, situaciones recurrentes en la vida social, fuera aun de los límites de determinada época o cultura. Descansa en estructuras básicas de la naturaleza humana y del mundo circundante.

Si así no fuera, si cada caso tuviera una solución específica, nos encontraríamos en el ámbito de la aplicación intuitiva de la idea y la regla carecería de sentido.

Pero, además, este carácter de la posición del Derecho resulta —junto al de su estabilidad— decisivo en orden a la lucha contra la arbitrariedad.

Resulta importante destacar que los grados de abstracción son naturalmente muy diversos en las distintas culturas. Los procesos sociales se describen cada vez más precisamente en su peculiaridad jurídicamente relevante. Esto posibilita la elaboración de reglas cada vez más abstractas y con ello la subsunción de casos cada vez más numerosos bajo menos reglas.

En este sentido, su lenguaje conceptual-abstracto demuestra que el Derecho es ordenación mediante principios y reglas generales. El orden jurídico no ve más que una sección del conflicto de intereses que se le somete y no contempla jamás toda la plenitud de las relaciones y de la vida humana.²¹²

²¹² Pero si bien esta limitación es generalmente necesaria en orden a la libertad personal, la seguridad, y la lucha contra la arbitrariedad, bien destaca Coing, también puede dar lugar a trágicos resultados, al considerar un hecho de la persona y no a la persona en su integridad. Comp. COING, H., *Fundamentos...*, cit., Cap. II, *in fine*.

Historicidad toda la obra del hombre (y la creación del Derecho es parte de ella) se encuentra inserta en la historia. El desarrollo de la conciencia jurídica, la paulatina penetración de la idea de respeto en ella, puede observarse nítidamente a través de las distintas posiciones que han traducido ese contenido en el transcurso del tiempo.

Un Derecho que se desvinculara de los datos que la realidad proporciona no podría desarrollar elementos que armonicen la vida social. Obraría en el vacío y ninguna utilidad reportaría.²¹³

Permanencia y evolución cada regla jurídica es elaborada de manera de traducir en ella la mejor respuesta moral a una inquietud social. Una vez alcanzada, se presenta como la solución definitiva, permanente.

Cuanto más duradera es la persistencia de una regla tanto más seguros se sentirán los hombres bajo su protección.

Transformaciones frecuentes —ya estén bien fundadas y materialmente justificadas, ya sean convulsiones violentas que afectan al Derecho— son desfavorables al desarrollo del orden jurídico, pues impiden que se produzca el sentimiento de protección y confianza que constituye el ideal de la seguridad jurídica.

Sin embargo, el Derecho se presenta en una constante y lenta evolución.

A medida que avanza el perfeccionamiento moral del hombre, las fórmulas antiguas que devienen insuficientes deben ser adecuadas a su mejor conocimiento de las exigencias éticas.

²¹³ Esto no implica derivar el contenido del Derecho únicamente de la estructura social existente, sino reconocer que el primer paso para la solución de un problema es descubrir su alcance y naturaleza, y para ello debemos volvernos hacia la realidad social.

Si ello no sucede “se presenta en un momento u otro aquella situación en que ley y Derecho se heredan como una enfermedad, y el Derecho recibido se siente como una carga y una tradición sin sentido”²¹⁴.

Pero tal cambio debe darse en el marco de un esfuerzo por mantener la continuidad de la tradición, enlazando lo nuevo con ideas y formas antiguas. En ningún punto haciendo tabla rasa con lo viejo, colocando en su lugar algo plenamente nuevo.

Permanencia y evolución son pues parte de un movimiento interno y necesario.

Universalidad la regla jurídica por traducir una idea universal vale para toda la humanidad.

Ese carácter no implica desconocer las características propias de cada pueblo, las que deberán tenerse en cuenta en la integración de sus soluciones, pero sí recordar que la dignidad humana es una sola, en cualquier lugar y tiempo.

Ni tampoco olvidar el carácter territorial de la vigencia de aquéllas nacidas en el seno del Estado, como la ley.

Vinogradoff explica a este respecto que “los alemanes conciben los problemas jurídicos de un modo muy distinto que los ingleses o los franceses. Pero también escriben poesía y pintan cuadros de modo distinto y sin embargo a nadie se le ocurriría definir la poesía o la pintura como la expresión de las ideas nacionales en la literatura o en arte”²¹⁵.

Tampoco tendría que discutirse el carácter universal de la regla jurídica, sin embargo, las ideologías de poder obstaculizan grandemente este carácter.

²¹⁴ Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 43.

²¹⁵ VINOGRADOFF, S. P., *Introducción...*, cit., pág. 108.

Publicidad: sólo serán posición del Derecho aquellas fórmulas que cobren notoriedad en la vida social, sea por tratarse de una costumbre que se manifieste en una práctica general o bien en el caso de aquellos modos explícitos se hayan publicado convenientemente.

Por ello no puede ser posición de Derecho la decisión que no se hace pública. El Derecho es un asunto público; vincula a la sociedad entera. Hace a su naturaleza que se cumpla con este requisito.

III. MODOS DE POSICIÓN DEL DERECHO

Los modos de posición del Derecho son las formas históricas que asume el proceso de expresión de la conciencia jurídica.²¹⁶

Nosotros estamos acostumbrados a imaginar el orden jurídico como un sistema de leyes amplias, precisas y coherentes. En realidad este sistema es relativamente nuevo incluso en su cuna —los países del continente europeo—. Culturalmente el sistema legal es resultado de la Ilustración y del esquema constitucional de división de poderes.

Pero también existe el derecho consuetudinario que subsume tipos muy diversos de estructura jurídica, desde un sencillo derecho popular a un derecho desarrollado y elaborado científicamente, y que se caracteriza negativamente por la ausencia de codificaciones. Cuanto más progresan la ciencia, la cultura y la diferenciación social, tanto más se transforma el carácter del derecho consuetudinario. Así, por ejemplo, el actual *common law* sigue siendo,

²¹⁶ Una terminología difundida designa a los modos de posición como "fuentes formales del Derecho".

sin duda, derecho consuetudinario, pero es tan diverso del derecho popular de los comienzos como lo es del derecho legal europeo.

Y aún más, aquellos sistemas originariamente basados en codificaciones tienden a transformarse en el curso del tiempo a causa de la práctica judicial y de la ciencia jurídica en su permanente labor de aplicación, integración, interpretación y sistematización del Derecho.

Como se trata de un fenómeno histórico, no puede hablarse entonces de modos necesarios sino que debemos limitarnos a descubrir las formas típicas más importantes que se han dado en las diversas sociedades.

Algunos tipos principales se repiten: la costumbre jurídica, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, aunque con diversa intensidad.

Pero estas categorías no agotan los modos posibles en que el Derecho se ha puesto ni los que en el futuro podrían aparecer.

Dentro de estas otras formas, adquiere cada vez más importancia la Declaración de Derechos del Hombre.

Como toda otra posición, estas declaraciones articulan la idea moral de respeto en un lenguaje que actualiza de manera permanente su vigencia e inviolabilidad. Sus objetivos (a menudo expuestos en partes introductorias) son llevar a nivel consciente su existencia y necesidad, vincular a los gobernantes a su respeto y, en definitiva, cumplir una función educadora.

Así contra la extendida tesis que ve en el Estado al autor único del Derecho se alza la comprobación de que el orden jurídico se expresa, y se ha expresado siempre, no sólo a través de reglas originadas en esa estructura, sino en muchas

otras (incluso menos conflictivas) que nada tienen que ver con su existencia u organización.²¹⁷

Pero, por otra parte, resulta oportuno remarcar que el episodio de la posición del Derecho no agota la finalidad de su propia creación, sino que por el contrario marca un camino aún más arduo: el de su práctica. No es la sanción de una regla la que soluciona un problema social, sino su aplicación concreta. No es la declaración de derechos fundamentales —con toda su importancia en orden a la concientización que implica— la que los hará vigentes, sino nuestro empeño en que las condiciones sociales permitan su vivencia y su consiguiente modificación si no lo hacen. Recordar que *el Derecho es el diálogo y el encuentro efectivo con el otro, no su formalización*.²¹⁸

²¹⁷ Nos parece inadmisible —sostiene Lachance— que el poder del Estado sea la fuente suprema del Derecho. Eso equivale a erigir la fuerza y la arbitrariedad en regla de Derecho. Si el Estado crea el Derecho halla en el mismo su justificación y su legitimidad. Ya no hay principios jurídicos que permitan controlar el valor de sus decisiones... Además, con tales teorías sobre los orígenes del Derecho, se pregunta uno adónde van a parar los derechos del individuo y los de los grupos particulares. Pues si el Estado es el que crea el derecho, éstos no tendrán más derechos que los que él se digne concederles. En *El Derecho y los Derechos del Hombre*, pág. 93. También en HENKEL, H., *Introducción...*, cit., pág. 183.

²¹⁸ Conf. NEGRI, H., "Acerca de la ley", *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 17, La Plata, 1993.

CAPÍTULO IX

LA COSTUMBRE JURÍDICA Y LA LEY

I. LA COSTUMBRE COMO FASE PREVIA A LA FORMULACIÓN DEL ORDEN ABSTRACTO

Si bien el Derecho, en su origen, es coetáneo al hombre —tal como sostuvo Del Vecchio— su posición histórica no fue inmediata, sino que ha sido el resultado de un largo y complejo proceso.²¹⁹

El primer paso en esa evolución, que marca en gran medida la progresiva constitución de la conciencia jurídica, es la costumbre.

En ella la fórmula aparece implícita en la vida social misma. Respecto de los modos de posición explícitos, la costumbre aparece como un derecho no escrito, que surge de modo espontáneo y silencioso, sin autor conocido.²²⁰

El derecho consuetudinario es la forma primitiva del Derecho. La voluntad jurídica de un grupo social se ma-

²¹⁹ En *Aspectos...*, cit., pág. 66.

²²⁰ La costumbre comprende normas jurídicas que no han sido promulgadas por los legisladores ni expuestas por jueces de formulación jurídica, sino que han surgido de la opinión popular y están sancionadas por un largo uso. VINOGRADOFF, S. P., *Introducción...*, cit., pág. 107.

nifica en ella inmediatamente a través de su comportamiento²²¹.

Sólo observando ese comportamiento podemos inferir la condición jurídica que la costumbre traduce. Por ello muchos juristas consideran que esta manifestación del Derecho se ubica en una fase previa a la del proceso de formulación abstracta y conciencia. Se trataría de una vivencia espontánea e intuitiva de la idea moral.

Su presencia en los inicios de la sociedad humana y el amplio convencimiento de obligatoriedad que originó es un hecho de la mayor importancia, que demuestra la falsedad de la afirmación de que el Derecho fue fruto de aquellos que se erigieron como fundadores de la civilización²²².

No toda costumbre que aparece en la vida social es jurídica, sino aquella que cumple los requisitos intrínsecos y extrínsecos para calificarla como tal.

En primer lugar, se requiere que exista un uso, es decir, que la voluntad del grupo se exprese materialmente.

Ese uso adquiere certeza cuando es uniforme, generalizado, inveterado y notorio.

Es decir, que no haya al mismo tiempo una costumbre diversa (o contraria), pero también que se lo practique en todo el grupo o en aquella parte del mismo aludido por ese uso (por ejemplo, los que se refieren al ejercicio de alguna profesión).

Requiere asimismo que se repita durante un tiempo suficientemente largo como para comprobar la uniformidad

²²¹ Coing sostiene que entonces "el Derecho vive directamente en el uso y en la convicción del pueblo. Todos conocen y ejercen el Derecho. Lo cual no es posible, naturalmente, más que en situaciones sociales relativamente sencillas", *op. cit.*, pág. 52.

²²² Comp. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*..., cit., T. I, pág. 252.

del uso²²³, de manera continua, sin que haya una medida específica del lapso durante el cual ha regido para considerarlo —si se dan los restantes elementos— costumbre jurídica.

Y que —como en toda posición del Derecho— se trate de un uso público.

En segundo lugar, un requisito intrínseco que determina su juridicidad: la *opinio necessitatis* u *opinio iuris*.

La repetición constante es un elemento material, aparente, pero por sí solo no basta, ya que hay actos que se repiten continuamente sin constituir costumbre en sentido jurídico.

Se transforman en expresión del Derecho cuando quienes las practican les reconocen obligatoriedad²²⁴ por ser de esa naturaleza el uso que promueven y responden a la idea de lo que debe ser el Derecho²²⁵.

Como se verá, por ser el que se refiere concretamente al contenido de la costumbre y permitir no sólo diferenciarla de los demás usos sociales sino también de aquellas incorrectas que frustran la armonía social, resulta un requisito de la más alta importancia²²⁶.

²²³ Ese período es flexible y depende de la costumbre de que se trate, como señala Del Vecchio en *Filosofía del Derecho*, T. I, pág. 251.

²²⁴ Conf. GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 62.

²²⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*.

²²⁶ Conf. NEGRI, H., *El Derecho...*, pág. 27. En palabras de La chance: las costumbres no son puras porque sean de la mayoría (*El Derecho...*, cit., pág. 167).

En las formas más rudas, toscas y primitivas de convivencia humana encontramos costumbres jurídicas.

Gozaban de un gran prestigio y de un cumplimiento espontáneo amplísimo.

Con el progreso de la cultura y la diferenciación y complejidad que asumió la vida social, tiende a ser desplazada por modos explícitos de posición: legislación, jurisprudencia y doctrina.

Esa evolución se debió en gran parte a la dificultad para precisar el contenido de la costumbre cuando no se trataba de cuestiones muy concretas.

Además, la cada vez mayor integración entre hombres de distintos pueblos, hacía necesario contar con modos que permitieran un más inmediato conocimiento del orden jurídico.

Antes de llegar a esos modos explícitos, se pasó por una etapa intermedia en la cual, si bien no se alteró la naturaleza originaria de derecho no escrito, se compiló y ordenó las costumbres jurídicas de aquellos pueblos.

Así aparecieron numerosas recopilaciones privadas y oficiales, que tratarían de salvar aquellos inconvenientes. Muchas de ellas agregaron comentarios y glosas para precisar mejor sus contenidos.

También la actuación de la judicatura asumió en algunos casos esa labor de consolidación de la costumbre.

Este modo de oposición no perdió importancia sino hasta que se produce la aparición de las teorías racionalista que se propusieron elaborar un derecho científico, sistemático, y menospreciaron las reglas consuetudinarias.

Y aunque éstas no sucumbieron, quedaron totalmente subordinadas a los modos explícitos.

La reacción provino de la Escuela Histórica del Derecho pero ya nunca más se concedería a la costumbre el papel privilegiado que en los primeros tiempos tuvo.

II. LA LEY Y SUS PROBLEMAS

Uno de los modos de posición del Derecho más extendido actualmente es la ley.

Muchas definiciones han tratado de describirla.

En principio, el concepto de ley es puramente formal.

Se caracteriza por proceder del titular de la fuente de poder político estatal, o al menos ser sancionada en esa instancia. Dependerá de la organización institucional de cada país la determinación de la figura del legislador, así como de los procedimientos formales que deben ser cumplidos para su sanción²²⁷.

En este sentido, es cierta la expresión de Recasens Siches: "la ley es obra de los que detentan el poder social organizado"²²⁸.

Sin embargo, el cumplimiento de aquellos procedimientos no otorga a la ley carácter jurídico.

Por el contrario, su validez como tal dependerá siempre de que la solución que despliegue se encuentre fundada en intelecciones morales.

Es decir, la juridicidad de la ley no depende del poder del que emana, sino que surge pese a ese origen en el seno de una relación social adversa al Derecho.

²²⁷ Conf. COING, H., *El Derecho...*, cit., pág. 238.

²²⁸ En DEL VECCHIO, G., *Estudios de Filosofía del Derecho* (adiciones a la *Filosofía del Derecho*), T. I, pág. 275.

Las filtraciones ideológicas del orden del poder en la ley son frecuentes. Muchas soluciones legales responden —sin dudas— a intereses de dominación social; otras contienen elementos de este tipo junto a algunos escorzos de la idea moral de respeto, y por fin, otro sector de leyes presentan soluciones que permiten al “hombre realizar en el seno de la vida social sus posibilidades de actuación y crecimiento: su liberación”²²⁹.

Habrá que analizar cuidadosamente cada una para descubrir si son o no parte del Derecho.

Una pregunta que válidamente podría hacerse aquí es ¿por qué, si se trata de un modo de posición tan peligroso y conflictivo, el Derecho ha favorecido su expansión?

Realmente ha sido un logro de la justicia protectora que ello sucediera, puesto que se intenta así ligar a la propia autoridad política al cumplimiento de soluciones superiores a su poder; que en lugar de expresarse en ella una típica respuesta de capricho y agresión, su “espacio” se llene de un respeto que obligue también al legislador y limite su voluntad.

Esto no siempre se ha conseguido.

Pero como resultado de siglos de lucha y afinamiento de la cultura jurídica se ha ido incorporando a la definición formal de la ley una serie de requisitos para que podamos conceptualizarla como posición de derecho, llegándose así a un concepto material.

Del Vecchio nos dice que donde quiera que concurran los requisitos extrínsecos, tenemos una ley formal; si además de esto se da también un contenido jurídico tenemos una ley material²³⁰.

²²⁹ NEGRI, H., *El Derecho como Orden de Respeto*, cit., pág. 13.

²³⁰ En NEGRI, H., *Filosofía del Derecho*, T. I., pág. 253.

San Isidoro de Sevilla ya definía la ley verdadera como aquella que fuera “honesta, justa, posible, adecuada a la naturaleza y a las costumbres del lugar, conveniente en el tiempo, necesaria, provechosa y clara, sin obscuridades que ocasionen duda, y estatuida para utilidad común de los ciudadanos y no para beneficio particular”.

Sólo atendiendo a su contenido podremos —entonces— separar la ley verdadera de la ley corrupta, la que “lleva de ley sólo su nombre”²³¹.

Los requisitos que la justicia protectora ha puesto a la ley para procurar que sea expresión de derecho y no mera imposición del poder han sido resumidos con precisión por Negri²³².

En primer término, es esencial en la ley su *contenido moral*.

Toda verdadera ley es una norma moral, por ser el Derecho un mínimo ético. En cambio, no toda ley moral será una ley jurídica, pero inevitablemente toda ley jurídica es una ley moral²³³.

Cuando ese fundamento moral no existe, o es矛盾ido por la solución legal, ésta deja de ser obligatoria.²³⁴

²³¹ “Los estudiosos del derecho, que vivimos el tremendo problema de tener que trabajar con un material autodesignado lo sabemos: ésta también se llama ley, pero no lo es. Se trata de una mera identidad superficial de nombres, que encubre una falsificación”. NEGRI, H., *El Derecho...*, pág. cit.

²³² Desplegados en *op. cit.*, pág. 13 y sigs.

²³³ Así lo indica CATHREIN, V., *Filosofía...*, cit., pág. 274.

²³⁴ De allí la imposibilidad de identificar sin más derecho con ley como han pretendido algunas doctrinas formalistas.

Historicidad toda la obra del hombre (y la creación del Derecho es parte de ella) se encuentra inserta en la historia. El desarrollo de la conciencia jurídica, la paulatina penetración de la idea de respeto en ella, puede observarse nítidamente a través de las distintas posiciones que han traducido ese contenido en el transcurso del tiempo.

Un Derecho que se desvinculara de los datos que la realidad proporciona no podría desarrollar elementos que armonicen la vida social. Obraría en el vacío y ninguna utilidad reportaría.²¹³

Permanencia y evolución cada regla jurídica es elaborada de manera de traducir en ella la mejor respuesta moral a una inquietud social. Una vez alcanzada, se presenta como la solución definitiva, permanente.

Cuanto más duradera es la persistencia de una regla tanto más seguros se sentirán los hombres bajo su protección.

Transformaciones frecuentes —ya estén bien fundadas y materialmente justificadas, ya sean convulsiones violentas que afectan al Derecho— son desfavorables al desarrollo del orden jurídico, pues impiden que se produzca el sentimiento de protección y confianza que constituye el ideal de la seguridad jurídica.

Sin embargo, el Derecho se presenta en una constante y lenta evolución.

A medida que avanza el perfeccionamiento moral del hombre, las fórmulas antiguas que devienen insuficientes deben ser adecuadas a su mejor conocimiento de las exigencias éticas.

²¹³ Esto no implica derivar el contenido del Derecho únicamente de la estructura social existente, sino reconocer que el primer paso para la solución de un problema es descubrir su alcance y naturaleza, y para ello debemos volvemos hacia la realidad social.

Si ello no sucede “se presenta en un momento u otro aquella situación en que ley y Derecho se heredan como una enfermedad, y el Derecho recibido se siente como una carga y una tradición sin sentido”²¹⁴.

Pero tal cambio debe darse en el marco de un esfuerzo por mantener la continuidad de la tradición, enlazando lo nuevo con ideas y formas antiguas. En ningún punto haciendo tabla rasa con lo viejo, colocando en su lugar algo plenamente nuevo.

Permanencia y evolución son pues parte de un movimiento interno y necesario.

Universalidad la regla jurídica por traducir una idea universal vale para toda la humanidad.

Ese carácter no implica desconocer las características propias de cada pueblo, las que deberán tenerse en cuenta en la integración de sus soluciones, pero sí recordar que la dignidad humana es una sola, en cualquier lugar y tiempo.

Ni tampoco olvidar el carácter territorial de la vigencia de aquéllas nacidas en el seno del Estado, como la ley.

Vinogradoff explica a este respecto que “los alemanes conciben los problemas jurídicos de un modo muy distinto que los ingleses o los franceses. Pero también escriben poesía y pintan cuadros de modo distinto y sin embargo a nadie se le ocurriría definir la poesía o la pintura como la expresión de las ideas nacionales en la literatura o en arte”²¹⁵.

Tampoco tendría que discutirse el carácter universal de la regla jurídica, sin embargo, las ideologías de poder obstaculizan grandemente este carácter.

²¹⁴ Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 43.

²¹⁵ VINOGRADOFF, S. P., *Introducción...*, cit., pág. 108.

Publicidad: sólo serán posición del Derecho aquellas fórmulas que cobren notoriedad en la vida social, sea por tratarse de una costumbre que se manifieste en una práctica general o bien en el caso de aquellos modos explícitos se hayan publicado convenientemente.

Por ello no puede ser posición de Derecho la decisión que no se hace pública. El Derecho es un asunto público; vincula a la sociedad entera. Hace a su naturaleza que se cumpla con este requisito.

III. MODOS DE POSICIÓN DEL DERECHO

Los modos de posición del Derecho son las formas históricas que asume el proceso de expresión de la conciencia jurídica.²¹⁶

Nosotros estamos acostumbrados a imaginar el orden jurídico como un sistema de leyes amplias, precisas y coherentes. En realidad este sistema es relativamente nuevo incluso en su cuna —los países del continente europeo—. Culturalmente el sistema legal es resultado de la Ilustración y del esquema constitucional de división de poderes.

Pero también existe el derecho consuetudinario que subsume tipos muy diversos de estructura jurídica, desde un sencillo derecho popular a un derecho desarrollado y elaborado científicamente, y que se caracteriza negativamente por la ausencia de codificaciones. Cuanto más progresan la ciencia, la cultura y la diferenciación social, tanto más se transforma el carácter del derecho consuetudinario. Así, por ejemplo, el actual *common law* sigue siendo,

²¹⁶ Una terminología difundida designa a los modos de posición como "fuentes formales del Derecho".

sin duda, derecho consuetudinario, pero es tan diverso del derecho popular de los comienzos como lo es del derecho legal europeo.

Y aún más, aquellos sistemas originariamente basados en codificaciones tienden a transformarse en el curso del tiempo a causa de la práctica judicial y de la ciencia jurídica en su permanente labor de aplicación, integración, interpretación y sistematización del Derecho.

Como se trata de un fenómeno histórico, no puede hablarse entonces de modos necesarios sino que debemos limitarnos a descubrir las formas típicas más importantes que se han dado en las diversas sociedades.

Algunos tipos principales se repiten: la costumbre jurídica, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, aunque con diversa intensidad.

Pero estas categorías no agotan los modos posibles en que el Derecho se ha puesto ni los que en el futuro podrían aparecer.

Dentro de estas otras formas, adquiere cada vez más importancia la Declaración de Derechos del Hombre.

Como toda otra posición, estas declaraciones articulan la idea moral de respeto en un lenguaje que actualiza de manera permanente su vigencia e inviolabilidad. Sus objetivos (a menudo expuestos en partes introductorias) son llevar a nivel consciente su existencia y necesidad, vincular a los gobernantes a su respeto y, en definitiva, cumplir una función educadora.

Así contra la extendida tesis que ve en el Estado al autor único del Derecho se alza la comprobación de que el orden jurídico se expresa, y se ha expresado siempre, no sólo a través de reglas originadas en esa estructura, sino en muchas

otras (incluso menos conflictivas) que nada tienen que ver con su existencia u organización.²¹⁷

Pero, por otra parte, resulta oportuno remarcar que el episodio de la posición del Derecho no agota la finalidad de su propia creación, sino que por el contrario marca un camino aún más arduo: el de su práctica. No es la sanción de una regla la que soluciona un problema social, sino su aplicación concreta. No es la declaración de derechos fundamentales —con toda su importancia en orden a la concientización que implica— la que los hará vigentes, sino nuestro empeño en que las condiciones sociales permitan su vivencia y su consiguiente modificación si no lo hacen. Recordar que *el Derecho es el diálogo y el encuentro efectivo con el otro, no su formalización*²¹⁸.

²¹⁷ Nos parece inadmisible —sostiene Lachance— que el poder del Estado sea la fuente suprema del Derecho. Eso equivale a erigir la fuerza y la arbitrariedad en regla de Derecho. Si el Estado crea el Derecho halla en el mismo su justificación y su legitimidad. Ya no hay principios jurídicos que permitan controlar el valor de sus decisiones... Además, con tales teorías sobre los orígenes del Derecho, se pregunta uno adónde van a parar los derechos del individuo y los de los grupos particulares. Pues si el Estado es el que crea el derecho, éstos no tendrán más derechos que los que él se digne concederles. En *El Derecho y los Derechos del Hombre*, pág. 93. También en HENKEL, H., *Introducción...*, cit., pág. 183.

²¹⁸ Conf. NEGRI, H., "Acerca de la ley", *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 17, La Plata, 1993.

CAPÍTULO IX

LA COSTUMBRE JURÍDICA Y LA LEY

I. LA COSTUMBRE COMO FASE PREVIA A LA FORMULACIÓN DEL ORDEN ABSTRACTO

Si bien el Derecho, en su origen, es coetáneo al hombre —tal como sostuvo Del Vecchio— su posición histórica no fue inmediata, sino que ha sido el resultado de un largo y complejo proceso.²¹⁹

El primer paso en esa evolución, que marca en gran medida la progresiva constitución de la conciencia jurídica, es la costumbre.

En ella la fórmula aparece implícita en la vida social misma. Respecto de los modos de posición explícitos, la costumbre aparece como un derecho no escrito, que surge de modo espontáneo y silencioso, sin autor conocido.²²⁰

El derecho consuetudinario es la forma primitiva del Derecho. La voluntad jurídica de un grupo social se ma-

²¹⁹ En *Aspectos...*, cit., pág. 66.

²²⁰ La costumbre comprende normas jurídicas que no han sido promulgadas por los legisladores ni expuestas por jueces de formulación jurídica, sino que han surgido de la opinión popular y están sancionadas por un largo uso. VINOGRADOFF, S. P., *Introducción...*, cit. pág. 107.

nifica en ella inmediatamente a través de su comportamiento.²²¹

Sólo observando ese comportamiento podemos inferir la condición jurídica que la costumbre traduce. Por ello muchos juristas consideran que esta manifestación del Derecho se ubica en una fase previa a la del proceso de formulación abstracta y conciencia. Se trataría de una vivencia espontánea e intuitiva de la idea moral.

Su presencia en los inicios de la sociedad humana y el amplio convencimiento de obligatoriedad que originó es un hecho de la mayor importancia que demuestra la falsedad de la afirmación de que el Derecho fue fruto de aquellos que se erigieron como fundadores de la civilización.²²²

No toda costumbre que aparece en la vida social es jurídica, sino aquella que cumple los requisitos intrínsecos y extrínsecos para calificarla como tal.

En primer lugar se requiere que exista un uso, es decir, que la voluntad del grupo se exprese materialmente.

Ese uso adquiere certeza cuando es uniforme, generalizado, inveterado y notorio.

Es decir, que no haya al mismo tiempo una costumbre diversa (o contraria), pero también que se lo practique en todo el grupo o en aquella parte del mismo aludido por ese uso (por ejemplo, los que se refieren al ejercicio de alguna profesión).

Requiere asimismo que se repita durante un tiempo suficientemente largo como para comprobar la uniformidad

²²¹ Coing sostiene que entonces "el Derecho vive directamente en el uso y en la convicción del pueblo. Todos conocen y ejercen el Derecho. Lo cual no es posible, naturalmente, más que en situaciones sociales relativamente sencillas", *op. cit.*, pág. 52.

²²² Comp. DEL VECCHIO, G., *Filosofía...*, cit., T. I, pág. 252.

del uso²²³, de manera continua, sin que haya una medida específica del lapso durante el cual ha regido para considerarlo —si se dan los restantes elementos— costumbre jurídica.

Y que —como en toda posición del Derecho— se trate de un uso público.

En segundo lugar un requisito intrínseco que determina su juridicidad: la *opinio necessitatis* u *opinio iuris*.

La repetición constante es un elemento material, aparente, pero por sí solo no basta, ya que hay actos que se repiten continuamente sin constituir costumbre en sentido jurídico.

Se transforman en expresión del Derecho cuando quienes las practican les reconocen obligatoriedad,²²⁴ por ser de esa naturaleza el uso que promueven y responden a la idea de lo que debe ser el Derecho.²²⁵

Como se verá, por ser el que se refiere concretamente al contenido de la costumbre y permitir no sólo diferenciarla de los demás usos sociales sino también de aquellas incorrectas que frustran la armonía social, resulta un requisito de la más alta importancia.²²⁶

²²³ Ese período es flexible y depende de la costumbre de que se trate, como señala Del Vecchio en *Filosofía del Derecho*, T. I, pág. 251.

²²⁴ Conf. GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 62.

²²⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*.

²²⁶ Conf. NEGRI, H., *El Derecho...*, pág. 27. En palabras de La chance: las costumbres no son puras porque sean de la mayoría (*El Derecho...*, cit., pág. 167).

En las formas más rudas, toscas y primitivas de convivencia humana encontramos costumbres jurídicas.

Gozaban de un gran prestigio y de un cumplimiento espontáneo amplísimo.

Con el progreso de la cultura y la diferenciación y complejidad que asumió la vida social, tiende a ser desplazada por modos explícitos de posición: legislación, jurisprudencia y doctrina.

Esa evolución se debió en gran parte a la dificultad para precisar el contenido de la costumbre cuando no se trataba de cuestiones muy concretas.

Además, la cada vez mayor integración entre hombres de distintos pueblos, hacía necesario contar con modos que permitieran un más inmediato conocimiento del orden jurídico.

Antes de llegar a esos modos explícitos, se pasó por una etapa intermedia en la cual, si bien no se alteró la naturaleza originaria de derecho no escrito, se compiló y ordenó las costumbres jurídicas de aquellos pueblos.

Así aparecieron numerosas recopilaciones privadas y oficiales, que tratarían de salvar aquellos inconvenientes. Muchas de ellas agregaron comentarios y glosas para precisar mejor sus contenidos.

También la actuación de la judicatura asumió en algunos casos esa labor de consolidación de la costumbre.

Este modo de oposición no perdió importancia sino hasta que se produce la aparición de las teorías racionalistas que se propusieron elaborar un derecho científico, sistemático, y menospreciaron las reglas consuetudinarias.

Y aunque éstas no sucumbieron, quedaron totalmente subordinadas a los modos explícitos.

La reacción provino de la Escuela Histórica del Derecho pero ya nunca más se concedería a la costumbre el papel privilegiado que en los primeros tiempos tuvo.

II. LA LEY Y SUS PROBLEMAS

Uno de los modos de posición del Derecho más extendido actualmente es la ley.

Muchas definiciones han tratado de describirla.

En principio, el concepto de ley es puramente formal.

Se caracteriza por proceder del titular de la fuente de poder político estatal, o al menos ser sancionada en esa instancia. Dependerá de la organización institucional de cada país la determinación de la figura del legislador, así como de los procedimientos formales que deben ser cumplidos para su sanción.²²⁷

En este sentido, es cierta la expresión de Recasens Siches: "la ley es obra de los que detentan el poder social organizado"²²⁸.

Sin embargo, el cumplimiento de aquellos procedimientos no otorga a la ley carácter jurídico.

Por el contrario, su validez como tal dependerá siempre de que la solución que despliegue se encuentre fundada en intelecciones morales.

Es decir, la juridicidad de la ley no depende del poder del que emana, sino que surge pese a ese origen en el seno de una relación social adversa al Derecho.

²²⁷ Conf. COING, H., *El Derecho...*, cit., pág. 238.

²²⁸ En DEL VECCHIO, G., *Estudios de Filosofía del Derecho* (adiciones a la *Filosofía del Derecho*), T. I, pág. 275.

Las filtraciones ideológicas del orden del poder en la ley son frecuentes. Muchas soluciones legales responden —sin dudas— a intereses de dominación social; otras contienen elementos de este tipo junto a algunos escorzos de la idea moral de respeto, y por fin, otro sector de leyes presentan soluciones que permiten al "hombre realizar en el seno de la vida social sus posibilidades de actuación y crecimiento: su liberación".²²⁹

Habrá que analizar cuidadosamente cada una para descubrir si son o no parte del Derecho.

Una pregunta que válidamente podría hacerse aquí es ¿por qué, si se trata de un modo de posición tan peligroso y conflictivo, el Derecho ha favorecido su expansión?

Realmente ha sido un logro de la justicia protectiva que ello sucediera, puesto que se intenta así ligar a la propia autoridad política al cumplimiento de soluciones superiores a su poder; que en lugar de expresarse en ella una típica respuesta de capricho y agresión, su "espacio" se llene de un respeto que obligue también al legislador y limite su voluntad.

Esto no siempre se ha conseguido.

Pero como resultado de siglos de lucha y afinamiento de la cultura jurídica se ha ido incorporando a la definición formal de la ley una serie de requisitos para que podamos conceptualizarla como posición de derecho, llegándose así a un concepto material.

Del Vecchio nos dice que donde quiera que concurran los requisitos extrínsecos, tenemos una ley formal; si además de esto se da también un contenido jurídico tenemos una ley material.²³⁰

²²⁹ NEGRI, H., *El Derecho como Orden de Respeto*, cit., pág. 13.

²³⁰ En NEGRI, H., *Filosofía del Derecho*, T. I., pág. 253.

San Isidoro de Sevilla ya definía la ley verdadera como aquella que fuera "honesta, justa, posible, adecuada a la naturaleza y a las costumbres del lugar, conveniente en el tiempo, necesaria, provechosa y clara, sin obscuridades que ocasionen duda, y estatuida para utilidad común de los ciudadanos y no para beneficio particular".

Sólo atendiendo a su contenido podremos —entonces— separar la ley verdadera de la ley corrupta, la que "lleva de ley sólo su nombre".²³¹

Los requisitos que la justicia protectiva ha puesto a la ley para procurar que sea expresión de derecho y no mera imposición del poder han sido resumidos con precisión por Negri.²³²

En primer término, es esencial en la ley su *contenido moral*.

Toda verdadera ley es una norma moral, por ser el Derecho un mínimo ético. En cambio, no toda ley moral será una ley jurídica, pero inevitablemente toda ley jurídica es una ley moral.²³³

Cuando ese fundamento moral no existe, o es矛盾ido por la solución legal, ésta deja de ser obligatoria.²³⁴

²³¹ "Los estudiosos del derecho, que vivimos el tremendo problema de tener que trabajar con un material autodesignado lo sabemos: ésta también se llama ley, pero no lo es. Se trata de una mera identidad superficial de nombres, que encubre una falsificación". NEGRI, H., *El Derecho...*, pág. cit.

²³² Desplegados en *op. cit.*, pág. 13 y sigs.

²³³ Así lo indica CATHREIN, V., *Filosofía...*, cit., pág. 274.

²³⁴ De allí la imposibilidad de identificar sin más derecho con ley como han pretendido algunas doctrinas formalistas.

La doctrina escolástica establece la exigencia de no cumplir las leyes injustas "a no ser tal vez por evitar el escándalo o la perturbación... De otro modo... no es lícito observarlas en manera alguna"²³⁵.

Uno de los líneas etimológicas de la ley recogen este rasgo: la del *eligere* (elegir) y la del *ligare* (atar)²³⁶.

En efecto, la ley es una elección de la libertad. Toda ley significa una opción de valor y toda legalidad, la concreta afirmación de que en una cultura determinada ha quedado proscripta la arbitrariedad.

Y como *ligare* expresa obligatoriedad, que deriva de su vinculación con los valores morales que se tratan de realizar en ella. La leyata, antes que por las sanciones que habitualmente acompañan a su eventual violación, por su referencia a valores.

Si este rasgo no se respeta, la ley pasa de ser un esfuerzo moral de la libertad a ser un mero orden coactivo.

Otros requisitos se añaden a este tan decisivo.

La ley debe ser *clara*, no prestarse a dobles interpretaciones, darse en un lenguaje accesible para el hombre común de modo que su función educadora pueda cumplirse.

Esto no implica desconocer, sino más bien lo contrario, el lenguaje técnico jurídico que revela la búsqueda minuciosa de palabras y fórmulas que expresaran con plena claridad la solución desplegada en la ley²³⁷.

²³⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, pág. 96, a.4.

²³⁶ Negri recuerda la existencia de tres posibles etimologías de la palabra ley las cuales más allá de las discusiones sobre la posible prioridad de una sobre otras, han quedado incorporadas a la cultura jurídica en su trabajo "Acerca de la ley", en *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 17, La Plata, 1993.

²³⁷ Conf. NEGRI, H., *op. cit.*, pág. 14.

Como todo modo de posición, la ley debe ser *pública*. De allí el principio de irretroactividad de la ley, la cual comienza a regir a partir de su publicación. Cuando este principio no se cumple estamos ante un retroceso del Derecho.

Ambos requisitos, el de la claridad y el de la publicidad, además, reflejan la tercera y clásica etimología de la ley, la de *legare* (leer).

No es posible leer lo que es oscuro y lábil. No se pueden leer letras que se diluyen y se borran. No pueden leerse palabras confusas sin confundirse. Y por supuesto, no pueden leerse textos que no se publican, que no se conocen.

Debe además ser *general*, permitir planificar con certeza la vida de aquellos a los que está destinada.

En lo posible deben ser *pocas* y *verdaderamente necesarias*. Los períodos de "inflación legislativa"—en la ocurrente expresión de Risolia—coinciden habitualmente con gobiernos autoritarios. Una simple visión de los repertorios legislativos de nuestro país confirmán esa apreciación.

Resulta también necesario que sea precedida por una *etapa de deliberación popular* en su elaboración. Es interesante recordar, sin embargo, las dudas de Carbonnier en orden a qué voluntad se expresa en la ley.

Si en las monarquías absolutas y en las dictaduras es claramente la de un hombre: el monarca o el dictador, en el Estado democrático la votación de la ley corresponde a una asamblea que expresaría la voluntad colectiva, "pero ¿puede haber una voluntad colectiva distinta de las voluntades individuales?... ¿Se trata de la voluntad de los representantes, o se trata de la voluntad del representado, es decir, del pueblo...?"²³⁸

²³⁸ Comp. CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, T. 1, Vol. I, Barce-

Por ello el cumplimiento de esta serie de requisitos —salvo el mencionado en primer término— no aseguran que la ley así sancionada sea jurídica. Aproximan sí el resultado buscado. Así no toda expresión legal dentro de un régimen democrático es parte del Derecho, aun cuando la mayoría ciertamente lo sea.²³⁹

En última instancia, será siempre su correspondencia con la idea moral la que nos permitirá afirmar que determinada ley es posición de Derecho.

lona, 1960, págs. 21 y sigs. El autor concluye que la voluntad que se expresa en ella es la del Estado.

²³⁹ En su artículo "La enseñanza del Derecho como enseñanza de libertad, de paz y de amor", Negri señala lo difícil que resulta "hacer una ley justa. Es necesario un muy alto grado de prudencia y de valor. De sabiduría y de sinceridad... Quien la hace tiene en sus manos el poder, pero debe pensarse a sí mismo como si no lo tuviera: hasta tal punto las razones de la conciencia deben pesarle más que las razones de su fuerza".

Unidad 11

CAPÍTULO X JUEZ Y DERECHO.

I. UBICACIÓN DEL JUEZ FRENTE AL DERECHO

Generalmente las reglas de Derecho se actualizan en la conducta humana en forma espontánea y directa.

Las exigencias éticas que traducen llaman al hombre a su realización práctica, de tal modo que en su obrar libre y responsable se conduce en concordancia con ellas.

Sin embargo, hay ocasiones en que se producen conflictos que las partes no logran resolver —ni aún con su mejor voluntad—.

Allí aparece la figura del juez.

En todos los pueblos y tiempos han habido jueces porque si bien existe el conflicto, existe —simultáneamente— esa interna necesidad de procurarle una solución, de restaurar el diálogo quebrado que aquél evidencia.²⁴⁰

No siempre, sin embargo, esa solución es posible de manera total.

En ocasiones el diálogo quebrado no puede restaurarse. Aún en estos casos la presencia del juez parece indispensable.

²⁴⁰ Conf. NEGRI, H., "El juez", en *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 15, La Plata, 1993.

sable: para contener el conflicto, racionalizarlo y enmarcarlo de modo de limitar sus efectos y evitar su difusión.

Así, además de ayudar a quienes no pudieron resolver su conflicto, la función del juez apunta también a reducir los efectos multiplicadores del mismo en el seno del grupo.

En tal sentido, es también un constructor de la paz social.

Ya Aristóteles había comprendido que el juez era "el derecho vivo", la "justicia animada", por cuanto su misión es la de decidir con justicia los casos concretos que se le presenten, sobre la base de posiciones de Derecho.

Decidir jurídicamente un litigio significa, entonces, encontrar una solución que restablezca la paz y el diálogo, reconduciendo la relación interpersonal a una situación de reconocimiento reciproco.

Para poder hallar esa solución, debe descubrir cuáles son las circunstancias fácticas del caso así como las reglas o principios del Derecho que le permitan elaborarla.

Esta labor se realiza en el marco del proceso judicial.

Pero no debemos olvidar que la administración de justicia —tal como se desarrolla actualmente en el marco de la estructura estatal— es un punto de convergencia entre el Derecho que debe realizar y el poder en la cual se encuentra engarzada.²⁴¹

²⁴¹ Este sistema no resulta de una exigencia jurídica o de la naturaleza de la función judicial. Muy bien podría ser realizada por personas que no ejercieran poder alguno. La Corte Internacional de La Haya o la Corte Interamericana de Derechos Humanos son tribunales sin fuerza alguna que los respalde o haga cumplir sus sentencias, y nadie duda de que sean verdaderos tribunales de justicia.

Así el magistrado encuentra en el Derecho el contenido de su tarea, pero también los límites de su actividad²⁴².

Es por ello que la justicia protectora fundamenta una serie de reglas que fijan cómo habrá de desarrollarse el proceso y cómo tendrán que conducirse las partes y el juez en él.

Los principios fundamentales que vertebran el derecho procesal son:

Independencia del juez:

Se exige tanto respecto de las partes como de los propios prejuicios y estados de ánimo del juzgador y aún de las presiones de cualquier tipo (en especial del propio Estado). Por ello se dice que el juez debe ser un tercero imparcial.²⁴³

En este requisito se funda la posibilidad de recusar a aquel magistrado que fuera amigo, enemigo, acreedor, deudor o pariente de una de las partes, o bien que hubiera expresado su opinión sobre el litigio antes de encontrarse en posibilidad de dictar su sentencia (prejuzgamiento).

Una garantía consagrada en muchos casos, para preservar su independencia es la inamovilidad del juez en sus funciones mientras dure su buen desempeño y la intangibilidad de su remuneración.

Derecho de las partes a ser oídas y a ejercer su defensa:

Este derecho se concede igualmente a todas las partes del juicio.

²⁴² Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 251.

²⁴³ Como bien señala Negri en el trabajo citado en el diálogo no hay "tercero", todo otro es un interlocutor posible. En el conflicto en cambio sí. El yo-tú se rompe en partes que se limitan y estrechan en torno a sus reclamos. En esas condiciones, el juez será un tercero no para confundirse en el conflicto sino para tratar de resolverlo, sin volverse parte, sin participar en él. Comprometido en su recuperación.

Abarca la posibilidad de intervenir en todo momento durante la averiguación de los hechos y cuando se formulan las bases decisivas para la sentencia, y aún la de exponer su situación tal como el litigante considera que jurídicamente es.

Necesidad de un procedimiento de prueba:

Puesto que el juez —generalmente— no ha presenciado el origen del conflicto ni cómo éste se ha desarrollado hasta que las partes llegan ante el tribunal, los litigantes deberán demostrar las circunstancias fácticas en que basen sus reclamaciones.

Así se establece la necesidad de probar los propios dichos, cuándo deben considerarse demostrados, cuáles son los medios de prueba admisibles y cuál es la importancia que debe concederse a cada uno de ellos.

Fundamentación de su decisión:

El juez no aplica una justicia intuitiva, sino que tiene que basar sus decisiones en las reglas en que se expresa el orden jurídico.

En el fundamento, el juez sintetiza las razones conscientes que lo llevan a decidir como lo hace, tratando de conferirles un valor universal que a la vez excluya toda arbitrariedad.

La vincula con el significado de la ley. La ubica en el marco de lo exigido éticamente. Y abre la posibilidad de una crítica a su propia tarea de juzgar.

Por este requerimiento el juez debe ser, no sólo un tercero imparcial sino también, "sabio".

Esa sabiduría del juez se ha buscado históricamente por una doble vía: sus calidades personales y su vinculación a criterios objetivos de solución de los conflictos que le dan las diversas posiciones del Derecho que deberá sintetizar en su sentencia, revisando el resultado de su aplicación.

para llegar al resultado requerido: la restauración del diálogo quebrado.

Carácter definitivo de la decisión:

Una vez que el juez ha tomado su decisión ya no puede revocarla.

Ello evita el peligro de la arbitrariedad, pero no excluye —por cierto— la posibilidad de solicitar la revisión de la sentencia en una instancia más elevada, principio procesal fundamental que tiende al control de la actividad judicial.

Pero no sólo debe el juez decidir jurídicamente los litigios sino que debe resolverlos todos.

No puede eludir su intervención en los casos que se le presenten bajo ningún pretexto. Ello resulta de la necesidad de recomponer todas las relaciones conflictivas que amenacen la armonía social.

Esa decisión, como dijimos antes, debe ser justa, mas no se trata de una justicia libre y personal sino vinculada a las posiciones de Derecho.

Estas exigencias (decidir con justicia — todo conflicto que se le presente — conforme a posiciones de Derecho) plantean problemas específicos.

La necesidad de decidir conforme a posiciones de Derecho suscita el problema de la elección, aplicación e interpretación de las reglas más adecuadas al caso.

Cuando no existan reglas que regulen un conflicto determinado se estará frente a la *laguna del Derecho*.

Como no puede excusarse, tendrá que realizar una labor de integración y hasta de creación de las fórmulas que le permitan cumplir con su obligación de decidir todo litigio.

Aún más grave es el problema que se le presenta cuando existen reglas que proponen una solución al caso, pero que no son justas.

Aquí el cumplimiento de la regla implicaría desobedecer la exigencia de decidir con justicia. Es éste el más delicado de los problemas de la función judicial.

Veremos a continuación cada uno de estos conflictos.

II. LA SUBSUNCIÓN

Una doctrina muy extendida consideró que el juez al decidir un caso concreto debe subsumir los hechos bajo aquella posición del Derecho que los contemple típicamente, y aplicar —entonces— las consecuencias previstas en tal regla.

Se trataría de construir un silogismo, en el cual la premisa menor es el litigio, la premisa mayor es la fórmula y la consecuencia consiste en la sumisión de aquél a lo que ésta dispone.

No sería más que un proceso lógico. Basta con encontrar la regla adecuada y aplicar sus conclusiones, sin más.

Esta concepción ha sido defendida por la ciencia jurídica en tiempos de la Ilustración.

Se pretendía eliminar con ella la arbitrariedad de los jueces que había sido característica de la práctica judicial de los siglos anteriores.

El juez, entonces, es un mero servidor de la ley, actúa "sometido a la ley", sin posibilidad de crítica o elaboración alguna.

El positivismo, más tarde, subrayó aún con más rigor esta postura.

La ley debía aplicarse del modo más mecánico posible y con la menor intervención posible.

Sin embargo, otras teorías han criticado lo limitado de esta visión y propusieron una más libre relación del juez con las fórmulas.

La jurisprudencia sistemática del siglo XIX reconoció la necesidad de una complementación de las reglas mediante inferencias deducidas a partir del sistema jurídico vigente para permitir una mejor solución al litigio.

→ La Escuela del Derecho Libre consideró que el magistrado debía guiarse por su apreciación del contenido moral y social de las relaciones jurídicas, preocupándose más de la justicia que de la legalidad de su decisión.

En este caso se exageró el rol del actuar libre del juez, por cuanto la Escuela no consideró el carácter exigente de los valores morales que informa su conciencia jurídica y guían la elaboración de su respuesta al caso que juzga.

Coing zanja adecuadamente esta divergencia, al sostener que "el juez decide así en base a su sentimiento moral pero se trata de un sentimiento moral refinado y preformado por la educación jurídica y la comprensión de la ley...". La fórmula según la cual "el juez está sometido a la ley" significa: está vinculado por las valoraciones en que la misma ley descansa por su parte²⁴⁴.

Aplicar el Derecho significa, pues, dar vigencia a pensamientos jurídicos, y no simplemente subsumir bajo conceptos generales un hecho.

Por otra parte, no siempre será posible encontrar una regla en la que claramente pudiera quedar subsumido el litigio.

En ocasiones, la regla es oscura, confusa, y previamente debe ser interpretada; en otras, son varias las fórmulas

²⁴⁴ COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 257.

a las que debe recurrir para encontrar la solución mediante un proceso de integración. Y en otras, pueden colisionar el deber de decidir con justicia, dando lugar al derecho judicial de estimación.

Todas estas cuestiones revelan un margen de creación en la labor judicial que va mucho más allá de la mera aplicación lógico-matemática del Derecho.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión —en este caso, de una fórmula jurídica— a fin de determinar su campo de aplicación.²⁴⁵

Si bien la interpretación puede ser efectuada por cualquier persona que sienta la necesidad de investigar en la actividad judicial es en la práctica donde asume su mayor relevancia.

La ciencia jurídica ha ido elaborando una serie de métodos para lograr la correcta interpretación de las posiciones de Derecho.

Esos métodos se adecuan a la concepción filosófica de la que participa cada escuela en lo referente al Derecho y al sentido que ellas le adjudican a la labor de la hermenéutica.

Si bien volveremos sobre el tema al tratar la problemática de la ciencia del Derecho, sintetizamos aquí los principales métodos que se brindan al juez para el desarrollo de su labor.

La Escuela de la Exégesis —producto del racionalismo— limitó los modos posibles de posición del Derecho a la ley.

²⁴⁵ Conf. GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción...*, cit., págs. 325 y sigs.

Para interpretar debía recurrirse a los textos legales mismos y procurar, mediante su exégesis, desentrañar la voluntad del legislador.

Para reconstruir esa voluntad, en primer término, debe procederse a una interpretación meramente gramatical de la fórmula, si esto no basta, mediante el análisis lógico a partir de elementos extrínsecos a ella, como ser los trabajos preparatorios, la exposición de motivos de la ley, los diarios que registran las discusiones parlamentarias, etcétera.

El análisis lógico debe efectuarse teniendo también en cuenta algunos principios formulados por esta Escuela: no distinguir donde la ley no distingue; las excepciones son de interpretación estricta; y otros por el estilo.

La Escuela Histórica, en cambio, exalta lo intuitivo y lo espontáneo frente a lo racional. Ve en el Derecho una creación del espíritu del pueblo.

Utiliza el análisis gramatical y el lógico, pero agrega dos elementos que se adecuan a su postura general: el elemento histórico, por el cual se compara la regla a interpretar con el Derecho anteriormente vigente de modo de discernir cuál fue el cambio introducido por ella; y el elemento sistemático que ubica la fórmula dentro del sistema total de modo de adecuarla a los principios generales en que tal sistema se articula.

François Gèny coincide con la Escuela de la Exégesis en que debemos descubrir el pensamiento del legislador, pero no acepta que la legislación sea el único modo de posición del Derecho ni que pueda prever todos los conflictos jurídicos posibles.

Elabora el método llamado "*de la libre investigación científica*" en el cual además de los elementos que aquella Escuela había incorporado cobra especial importancia el análisis de la finalidad perseguida por la fórmula, la ocasión en que fue elaborada, el medio social en que se originó y las concepciones predominantes en él.

Pero pone un límite a la labor del intérprete: cuando un caso no ha sido previsto por el legislador, debe dejarse de lado la ley y recurrirse a las demás posiciones existentes.

La *Escuela del Derecho Libre* se enmarca dentro de un movimiento que revaloriza la importancia de los sentimientos en la determinación de la acción y el pensamiento del hombre.

Su método de interpretación tiene por bases fundamentales el rechazo a la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley y la afirmación de la labor personal y creadora del juez.

IV. LAS LAGUNAS

Si bien el hombre al elaborar las posiciones de Derecho trata de prever todos los casos posibles de conflicto y articular las soluciones más adecuadas para ellos, no siempre resulta posible hacerlo.

La riqueza de la vida social da lugar a una multiplicidad de situaciones tan vasta que a menudo los jueces (y los particulares, por cierto) se encuentran con vacíos que conspiran contra su deber de decidir todo litigio.

Esos vacíos han sido denominados "lagunas del Derecho", si bien son pocos los casos en que se carece de toda regla para solucionarlos.

Cuando se le exige al magistrado que decida todo caso se supone que el Derecho es completo, de otro modo esa exigencia carecería de sentido.

Porello Zitelmann habla de lagunas *inauténticas*. Si en el conjunto de reglas puestas hay vacíos, en el Derecho no puede haberlos. Sostiene así la plenitud hermética del orden jurídico.²⁴⁵

Cuando algún caso no pueda ser resuelto a través de la aplicación o interpretación de las posiciones existentes, el juez deberá integrar la solución mediante la deducción de una nueva regla general.

Distintos caminos se abrirán para esa tarea: podrá aplicarse el Derecho puesto extensiva o restrictivamente, de ser posible se recurrirá a preceptos análogos, o habrá que remitirse a los principios generales del orden jurídico.

En cada caso, el juez procederá efectuando una corrección del sistema vigente, tratando de mantener unidos su deber de realizar la justicia en su decisión con las reglas existentes.²⁴⁶

V. LA JURISPRUDENCIA

En el desarrollo de la actividad judicial se despliega, como vemos, una labor creadora.

Los episodios de interpretación e integración de las posiciones de Derecho se realizan, a menudo, mediante la formulación de nuevos principios que permiten llegar a la solución del caso en cuestión, y que podrán luego ser aplicados a litigios similares por el mismo u otro tribunal.

²⁴⁵ Comp. LEGAZY Y LACAMBRA, L., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 363.

²⁴⁶ COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 260.

Esta labor contribuye a la permanente adecuación del Derecho a las circunstancias que se presentan en la vida social y que no siempre han sido previstas o resueltas adecuadamente.²⁴⁸

La posición del Derecho por el juez recibe el nombre de "jurisprudencia" y ha sido reconocida clásicamente como tal.

García Maynez define la jurisprudencia como el *conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales*.²⁴⁹

Es importante no incurrir en un error frecuente que lleva confundir la jurisprudencia con la sentencia o con un conjunto de sentencias similares.

En efecto, mientras la sentencia es una norma individual, aplicable sólo al litigio que resuelve, la jurisprudencia establece una regla general válida para todo caso similar.

Lo importante entonces no es el fallo individual sino el principio en que se basa, la *ratio decidendi*. Esta puede haber sido formulada explícitamente en la sentencia o puede ser necesario examinarla detenidamente para descubrirla.²⁵⁰

En el último caso, la posibilidad de contar con un conjunto de sentencias que contenga la misma jurisprudencia puede ayudar para abstraer su contenido, pero tal regla ya existe como posición desde la primera que se hubo dictado.

Las fórmulas jurisprudenciales, en tanto que adecuadas a la naturaleza de la cosa y fundadas en las exigencias éticas que presiden la idea de derecho, adquieren autoridad y resultan obligatorias.²⁵¹

²⁴⁸ DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, cit., T. I, pág. 253.

²⁴⁹ GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción...*, cit., pág. 68.

²⁵⁰ Conf. VINOGRADOFF, S. P., *Introducción...*, cit., pág. 129.

²⁵¹ Más allá de que carezcan de toda coacción que alguna regla

Así se incorporan a la vida jurídica.

Habitualmente llegan a conocimiento del público en general a través de recopilaciones oficiales o privadas, con lo que el requisito de publicidad, que toda posición de Derecho debe cumplir, también se da en este caso.

VI. EL DEBER JUDICIAL DE ESTIMACIÓN

Un último problema —pero de la mayor gravedad— puede presentarse al juez en el desarrollo de sus tareas.

Es el que se produce cuando la posición, especialmente la ley, se encuentra en contradicción irredimible con las exigencias éticas del Derecho.

Es decir, cuando la regla aplicable al caso es una falsa o incorrecta posición del Derecho.

No puede, entonces, realizarse la justicia bajo la ley, puesto que la ley misma es injusta.

Claro está que el problema no surge desde el ángulo del poder estatal que exige un total acatamiento a sus disposiciones, pero sí desde el Derecho puesto que tal regla no será vinculatoria.

En realidad, son dos problemas que confluyen.

Primeramente, el deber de oponer resistencia a una regla injusta, y en segundo lugar, la cuestión de si el juez puede decidir según las exigencias éticas creando Derecho contra las fórmulas existentes.

Este último es propiamente el del derecho judicial de estimación.

constrictiva determine su aplicación en otros casos, conf. NEGRI, H., *El Derecho*, cit., pág. 49.

La primera cuestión afecta al comportamiento personal del juez, en igual medida que a cualquier otro hombre.

Por su peculiar ubicación, podría tener que elegir entre renunciar a su cargo, negarse a decidir desarrollando una resistencia pasiva (es decir, eligiendo dejar de lado la obligación de solucionar todo conflicto), o lanzarse a una resistencia activa²⁵².

La segunda cuestión tiene en cuenta fundamentalmente la naturaleza de la función judicial.

La idea del Derecho establece como deber principalísimo del juez, llegar a una solución justa.

Pero aquí se le presenta la necesidad de resolver creando una nueva posición contraria a aquella que resulta injusta.

En esta *situación límite*, existen algunos requerimientos que tratan de eliminar cualquier posible arbitrariedad y subjetividad en el examen que el magistrado realice de la situación.

Así, en primer lugar, el juez tiene que tratar de realizar una síntesis entre la fórmula y las exigencias éticas; examinar cuidadosamente si no hay interpretación posible de la regla de la que resulte un contenido respetuoso de la dignidad de los involucrados en el caso a resolver²⁵³.

Si esa síntesis no es posible, si no puede integrarse la solución con otras reglas o principios jurídicos que supere su injusticia, deberá desobedecer la ley injusta y recurrir a su conciencia jurídica para encontrar la fórmula general

²⁵² Conf. COING, H., *Fundamentos...*, cit., pág. 263.

²⁵³ Puesto que la resistencia activa sólo es admisible en casos verdaderamente extremos.

que le permita resolver el litigio, adquiriendo la decisión moral personal una dimensión pocas veces mayor²⁵⁴.

Frente a esta delicada situación, bien sostiene Coing que “*No puede renunciarse a la voz viva de la justicia personalmente sentida ante el caso concreto; esa voz no puede ser nunca totalmente eliminada. No puede el Derecho prescindir de ella, por más que se esfuerce por convertir la justicia en orden de principios: más bien vive el Derecho en aquella vida. El juez es el que realiza esa viva síntesis de orden abstracto de la justicia y justicia persona y justicia del orden mediante la decisión moral. En la actividad del juez se consuma el hecho*”²⁵⁵.

²⁵⁴ Legaz y Lacambra sostiene que el juez deberá renunciar a su cargo pues sólo el hombre integralmente considerado conserva esta supremo libertad frente al Derecho.

²⁵⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, L., *El Derecho...* cit., pág. 265.

CAPÍTULO XI LA CIENCIA DEL DERECHO

I. POSICIÓN DEL DERECHO POR LA CIENCIA

Como acertadamente dijera Kant, la ciencia del Derecho pretende contestar a la cuestión: *¿Quid juris?* Es decir, su búsqueda se orienta a la interpretación y conocimiento de aquello que ha sido establecido como Derecho en una determinada sociedad y en un determinado momento. **El Derecho puesto.**

Su objetivo último es la práctica jurídica, aspira a posibilitarla y a facilitarla.

Si ese Derecho puesto fuera, como algunas veces se ha pretendido, una especie de tabla de logaritmos en la que pudiera leerse sin más la solución de cada caso particular, no sería necesaria esta ciencia. Pero no siendo ese el caso, es necesaria una constante reélaboración del Derecho en busca de su necesaria adaptación.

El jurista procurará, entonces, extraer de cada regla todas las consecuencias contenidas en su solución, desplegándola ante cada caso concreto.

Pero como las reglas no son realmente inteligibles si no se las pone en relación con los principios de los cuales derivan, será necesario, además, que sistematice las diversas posiciones.

Una tarea de la mayor importancia para el jurista es, asimismo, el análisis crítico de las fórmulas que pretenden ser "jurídicas" para descubrir su real correspondencia con la idea del Derecho.²⁵⁶

Cuando en el desarrollo de sus estudios se encuentra con fórmulas incorrectas o bien con casos que no encuentran en el Derecho puesto adecuada solución, la doctrina aparece como modo de posición del Derecho:

Es decir, cuando, más allá de señalar el error o la laguna el científico propone la regla que solucione jurídicamente la cuestión.

Aquí se advierte que la elaboración científica del Derecho no tiene sólo una función teórica sino que sirve de guía para los particulares y coadyuva con la tarea del juez y del legislador.²⁵⁷

En síntesis, se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos o con la finalidad de interpretar sus reglas y señalar los caminos hacia su correcta aplicación.²⁵⁸

²⁵⁶ Conf. DEL VECCHIO, G., *Los Principios...*, cit., pág. 69. En esta obra el jurista italiano recuerda con acierto que a diferencia del leguleyo (el jurista) no puede darse por satisfecho con lo que en la ley está escrito, sino que debe además investigar su fundamento intrínseco (pág. 139).

²⁵⁷ No es infrecuente que una solución doctrinaria luego se convierta en ley o que se encomiende a los juristas la redacción de muchos proyectos de ley.

²⁵⁸ Conf. GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción...*, cit., pág. 35.

II. LA IDEOLOGÍA Y LA CIENCIA DEL DERECHO

La ciencia del Derecho es un ámbito que frecuentemente resulta invadido por la ideología.²⁵⁹

Esto no es casual, sino que responde a la necesidad de desvirtuar las limitaciones y exigencias éticas que el Derecho plantea frente al poder. Nada mejor entonces que distorsionar los estudios científicos, apropiarse de la palabra "Derecho" para designar con ella la sola voluntad de dominio, restar elementos conceptuales y metodológicos a la lucha por la vigencia del orden jurídico.

Ejemplos de esa infiltración ideológica en la ciencia jurídica son —entre otros muchos—: la postulación de una identidad fundamental entre la voluntad estatal y el Derecho, el subsecuente principio de la obediencia ciega a toda ley, la reducción del análisis jurídico al cumplimiento de formalidades en la elaboración y dictado de las reglas (sin consideración de su contenido), las llamadas "cuestiones políticas", la visión organicista de la sociedad, el carácter coactivo del orden jurídico (siempre dirigido a los súbditos del Estado).

Frente al tremendo problema de tener que trabajar con un material autodesignado, el jurista debe procurar intensificar su tarea de crítica y sistematización, a partir de la exigencia fundacional del Derecho: el respeto a la igual e intrínseca dignidad humana.

Y siempre, a través del diálogo más amplio posible (incluso con científicos de otras ramas del saber) que permita enriquecer la experiencia personal y contribuya al escla-

²⁵⁹ Sobre el concepto de ideología (o falsa conciencia) remitimos a lo expuesto en el Cap. III.

recimiento de los errores o distorsiones de nuestra conciencia.

También la enseñanza del Derecho cumple muchas veces —consciente o inconscientemente— funciones ideológicas notables, y lo que es más doloroso, expresa habitualmente la subordinación del pensamiento a ciertos modos de poder político o económico.²⁶⁰

Atento el peligro que estas infiltraciones representan, si la ciencia del Derecho no quiere quedar relegada en los tiempos actuales como una expresión de disimulada ideología, si quiere responder debidamente a las exigencias muy profundas del hombre, debe replantearse cuidadosamente su objeto, su método y las proposiciones con las que se desenvuelve.²⁶¹

III. MODOS DE CONSTITUCIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO: MÉTODOS Y FINES

La labor del jurista consiste, por un lado, en la comprensión del Derecho puesto interpretado a la luz de la idea del Derecho, extrayendo de las fórmulas todas sus posibles consecuencias, relacionando los distintos modos de posición y construyendo con ellos un sistema jurídico, y por el otro —ante el supuesto de lagunas o reglas incorrectas—, formular él mismo la regla que resuelva la si-

²⁶⁰ Es notable cómo pseudo teorías jurídicas, altamente ideologizadas, se propagan en las facultades y escuelas de Derecho, tratando de captar las conciencias de los futuros abogados para transformarlos en meros servidores y justificadores del poder. Y aún llegan a invadir los niveles primarios y secundarios de la enseñanza.

²⁶¹ Entre otros, NEGRI, H., "Norma y conocimiento de norma", *L.L.*, t. 147.

tuación prevista, desplegando la exigencia del respeto al hombre y observando los datos que le suministre la naturaleza de la cosa.

Para ello necesita de un método y un lenguaje específico.

Las distintas posiciones de Derecho conforman un orden, no un conglomerado caótico de reglas. Ese orden debe ser puesto de manifiesto. Hay que definir también las distintas instituciones, distinguir entre fenómenos semejantes, ver cómo se relacionan las reglas o situaciones sociales, etcétera.

Pero siempre con un criterio ético de valoración.

La elección del método adecuado para la interpretación y estudio del orden jurídico depende, como dijimos en el capítulo anterior, de una actitud previa del científico. Esta actitud está determinada por su concepción de la esencia, origen y fin del Derecho.

Analizaremos desde esta perspectiva los distintos métodos que se han perfilado en la ciencia jurídica.

El *método exegético* surge como proyección de las ideas sostenidas por el movimiento revolucionario francés, luego de la sanción del Código Civil o Código de Napoleón.

Esas ideas —según expresa Hernández Gil— son principalmente: la fe en el hombre como portador de la razón y en el poder omnímodo del legislador (en cuanto le es dado transformar la razón en ley escrita e igual para todos). El Estado, el legislador todo lo pueden: se proponen hacer ciudadanos felices al arrancar al hombre del viejo orden que se ha derrocado e insertado en un orden nue-

vo²⁶². De allí la concepción de que todo quedaba resuelto por el Código. Antes o después nada existía.

La Escuela de la Exégesis se caracteriza por los siguientes rasgos:

— *Todo el Derecho es positivo y legal.* Se rinde un verdadero culto a la ley y se reclama la sumisión absoluta a ella.

El intérprete debe establecer en cada caso cuál fue la *intención del legislador* al dictar la ley. Luego, por deducción, desplegar el principio fundamental que la regla consagra.

— *La costumbre no cumple ningún papel ni es nunca posición del Derecho.* Las posibles insuficiencias de la ley se salvan por aplicación de la analogía, es decir, por la misma ley.

— *El Derecho tiene carácter eminentemente estatal,* por lo tanto, sólo en cuanto un precepto haya sido sancionado por el legislador, será obligatorio y jurídico.

Se recurre entonces al análisis gramatical, afinando el sentido de las palabras utilizadas en la ley, y si ello resulta insuficiente se procurará desentrañar la estructura lógica del pensamiento del legislador, reconstruyéndolo a través de toda documentación que permita conocer cuál era su voluntad al momento de sancionarla.

Yerra esta Escuela al considerar que todo el Derecho se hallaba incorporado al Código y que podía hallarse en la ley solución a todo problema social posible.

²⁶² En HERNÁNDEZ GIL, A., "Metodología del derecho", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1945. Seguimos sus lineamientos por entender que expresa acabadamente aquel vínculo entre la metodología y la adopción por el jurista de un determinado sistema filosófico o político.

El Derecho se encuentra en permanente evolución. Avanza a la par del progreso moral de la humanidad. Por otro lado, la ley no es el único modo en que su contenido se expresa. Es más, ella constituye un modo conflictivo de posición, como hemos visto.

El *método histórico* ha sido desarrollado en Alemania por la Escuela Histórica, en especial a través de la obra de Savigny (siglo XIX). Constituye una reacción al exagerado racionalismo del movimiento codificador.

Sus exponentes principales participan del movimiento romántico y proponen romper con cuanto signifique poner una traba al constante fluir del Derecho.

Nada hay para ellos inmutable, rígido o ideal. Lo que se reputa válido y vigente es el resultado de una evolución, fruto de una cultura determinada.

El orden jurídico es entonces, una proyección y encarnación del espíritu de un pueblo.

Si bien, es la conciencia jurídica popular el origen del derecho positivo, también el factor tiempo debe ser considerado.

Aparecen así los fenómenos de arraigo por tradición de la idea jurídica y el ya señalado de transformación ininterrumpida.

La Escuela Histórica revaloriza notablemente el derecho consuetudinario.

Bielsa explica claramente cómo esta Escuela concibe la formación del Derecho: "...El Derecho se ha formado gradualmente en las relaciones jurídicas del pueblo sin que el legislador interviniere como factor creador o generador, sino, y cuanto más, formalizador. La ley no puede ser producto de la sola razón humana, pues presupone en

la conciencia del pueblo una experiencia, una aceptación, acorde con los sentimientos o juicios (justos) de la comunidad; de no ser así las leyes no pasarián de fórmulas jurídicas sin virtualidad”²⁶³.

Rasgos característicos de esta posición son:

- *su empirismo*, el Derecho es algo externo, dado, cuyo conocimiento deriva de la experiencia;
- *su causalidad y determinismo*, el Derecho está determinado en virtud de una “necesidad” o causa generadora;
- *su relativismo*, el ideal jurídico que se procura realizar depende de cada pueblo y época. No hay un contenido jurídico necesario, ni sus cambios dependen de principio objetivo alguno.

El método de interpretación elaborado en consecuencia adopta el análisis gramatical y lógico de la exégesis, pero agrega dos elementos nuevos: *el histórico y el sistemático*. Todos ellos son momentos de una sola clase de interpretación posible, es decir, debe aplicarse en forma integral al análisis.

Mediante la utilización del elemento histórico, el jurista debe adentrarse en la época en que la ley fue dictada, cómo era la situación jurídica imperante y cómo se modificó por su aparición.

En virtud del elemento sistemático se establece el lazo que une a las instituciones y reglas jurídicas dentro del sistema general. Surge así lo que se denomina la “construcción jurídica”²⁶⁴.

²⁶³ BIELSA, R., *Metodología Jurídica*, pág. 283.

²⁶⁴ “...la comprobación de los hechos requiere la comprobación de sus causas, los resultados o efectos de ellos. Esa tarea es la de construcción jurídica de los conceptos, la de determinación de los principios y de las reglas; la dogmática, en suma”. BIELSA, R., *Metodología...*, cit., pág. 292.

Aunque esta Escuela aportó una innovación interesante en la ciencia jurídica al introducir la consideración de lo histórico en los estudios del Derecho, ha sido objeto de severas críticas.

No existe en su método ninguna consideración o valoración moral de las reglas interpretadas y sistematizadas. Es verdad que supone que el pueblo tiene una conciencia moral y que el orden jurídico es un reflejo de ella por lo que no puede haber aberraciones, injusticias o errores en sus fórmulas, pero esto resulta, evidentemente, de su relativismo ético.

Como hemos señalado anteriormente²⁶⁵ los valores no son producto de nuestra subjetividad ni de la historia, sino que a través de la historia el hombre va conociendo progresivamente sus exigencias.

Ese proceso acarrea la posibilidad de que las reglas sean erróneas —por un escaso conocimiento moral— y aún de que la conciencia pueda ser falseada, confundida, a tal punto que las fórmulas resulten ideológicas.

Por otra parte, resulta sorprendente que, aunque esta Escuela otorga preeminencia al derecho consuetudinario frente a la ley, su metodología hace referencia sólo a esta última.

El jurista francés *François Gény* propuso, por su parte, un nuevo método que descubra cómo juegan en la elaboración del Derecho los factores sociológicos y los factores racionales.

Haciendo una distinción entre lo dado y lo construido sostuvo que la ciencia jurídica debe operar con datos de

²⁶⁵ Ver Cap. III.

diversa naturaleza y armonizarlos en sus estudios sistemáticos.

Estos datos son: los datos reales (estrictamente naturales), los datos históricos, los datos racionales (es decir las reglas que la razón deriva de la naturaleza del hombre) y los datos ideales (aspiraciones humanas, tendencia hacia una organización jurídica apropiada), etcétera.

El intérprete debe apoyarse sobre una concepción filosófica general del universo que abarque la esencia del hombre, el misterio de origen y de su existencia, y considerar al Derecho en constante conexión con la idea de justicia.

Según Gèny y sus seguidores, el jurista debe armonizar su tarea científica con una reflexión filosófica para, de ese modo, obtener con plenitud los principios directrices de lo jurídico.

Critica esta Escuela tanto al fetichismo legalista del positivismo jurídico como al riguroso conceptualismo, e instaura la distinción entre ciencia y técnica del Derecho.

Además de los métodos ya indicados aparecen luego nuevos intentos, como los postulados por el positivismo de la Escuela de Viena, por el sociologismo jurídico, el teologismo propiamente dicho y la jurisprudencia de intereses.

El positivismo postula como principio metodológico fundamental la liberación de la ciencia jurídica de todo elemento "extraño" (sea biológico, psicológico, ético o de cualquier otro tipo) para construir así una ciencia desocupada y "pura".

La tarea de la investigación científica del Derecho se resuelve en una reducción de los comportamientos a las

estructuras y en una continua constitución y reconstitución de las estructuras mismas²⁶⁶.

El Derecho es un conjunto de calificaciones normativas de conductas, vinculado a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción —el Estado—. En consecuencia, la ley es la verdadera posición del Derecho.

La correspondencia de esas normas con valores morales queda fuera del análisis del jurista, puesto que no existe un contenido jurídico necesario, sino que es el cumplimiento de las formalidades prescriptas lo que determina si la fórmula es de Derecho o no²⁶⁷.

El orden jurídico se vuelve entonces, algo vacío, sin sustancia, frenos o ideales. La fuerza y el arbitrio, como bien señala Hernández Gil, dejan de ser su antítesis para convertirse en su posible contenido²⁶⁸.

Así, mientras hombres de todos los rincones del universo reclaman desesperadamente por la justicia, cierto número de intelectuales, atrincherados en su positivismo, siguen elaborando un Derecho en el que la justicia es ignorada deliberadamente y en el que se la coloca sistemáticamente "entre paréntesis". Quizás éste sea uno de los mayores dramas de nuestro siglo²⁶⁹.

Por su parte, el sociologismo jurídico propicia la asimilación del método utilizado por la sociología en sus estudios. El Derecho aparece como un producto de la vida social, es él mismo un hecho social que debe observarse. El

²⁶⁶ Conf. BOBBIO, N., *El Problema del Positivismo Jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, pág. 25.

²⁶⁷ Comp. NOVOA MONREAL, E., *¿Qué queda...?*, pág. 46.

093 ²⁶⁸ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología...*, cit., pág. 156.

²⁶⁹ LACHANCE, L., *El Derecho...*, cit., pág. 24.

método propuesto es similar al utilizado por las ciencias naturales.

Además, sostiene que es la presión social la causa determinante del orden jurídico, no la obra deliberada de los individuos.²⁷⁰

Es evidente que la verificación de los hechos sociales es un buen punto de partida para un método jurídico, pero el jurista debe indagar, además sobre el significado de las diversas situaciones así como su fuerza vinculante en virtud de la correspondencia con principios superiores, lo cual no surge del método de análisis descriptivo de la sociología.

Este movimiento encontró, empero, gran eco entre los juristas estadounidenses, los que llegaron a afirmar que el papel del científico consistía esencialmente en predecir las decisiones futuras del legislador y de los jueces a partir de los datos sociológicos.

Los *métodos teleológicos*, por su parte, surgen principalmente como una reacción contra el positivismo, otorgando preeminencia a las finalidades perseguidas por el Derecho. La regla debe ser interpretada y analizada según su finalidad dentro de la vida social y de la historia.

Existen dos corrientes básicas: la *teleológica en sentido estricto*, que se desplegó en torno al derecho público y la *jurisprudencia de intereses*.

Sólo se concibe a la vida como conflicto, aunque no sólo existen intereses contrapuestos, sino que muchos pueden conjugarse y hasta confundirse, y en otros casos deberán subordinarse a valores superiores. Por otro lado, enmarcar al Derecho dentro de un conflicto para llevar al

²⁷⁰ Comp. BATTIFOL, H., *Filosofía del Derecho*, págs. 30 y sigs. donde analiza exhaustivamente este movimiento.

equilibrio de intereses contrapuestos, parece anteponer la idea de transgresión a la de cumplimiento espontáneo.

Consideraremos que la naturaleza del método debe venir determinada por la naturaleza del objeto a considerar, por lo que el Derecho requiere contar con el suyo propio. Puede si aceptarse —con mucho cuidado— la contribución que otras ciencias efectúen para la mejor comprensión del fenómeno jurídico.

Falta todavía delinear los principios metodológicos de una ciencia del Derecho iusnaturalista que responda a las corrientes filosóficas de este tipo²⁷¹.

La ciencia jurídica no puede ser meramente descriptiva, sino explicativa y valorativa, funciones que ha de cumplir mediante consideraciones filosóficas, sociológicas e históricas. A veces esa explicación y valoración sólo llevarán a una crítica que prepare el camino de la transformación jurídica; pero en otras, de una manera más directa, pueden contribuir por sí a determinar el contenido y el alcance de la realidad jurídica.

Para ello ha de servirse de cuantos medios de conocimiento sean aptos y llegar a los conceptos que permitan su debido despliegue.

"La humanidad avanza..., sin descanso. En momentos actuales, pueblos enteros libran una lucha de liberación

²⁷¹ Conf. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología...*, cit., pág. 380. Bueno es recordar las palabras de Del Vecchio: "La idea del derecho natural, es en efecto, de esas que acompañan a la humanidad en su desenvolvimiento; y si, como no pocas veces ha ocurrido sobre todo en nuestro tiempo, algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida", En *Los Principios...*, cit., pág. 71.

contra formas políticas y económicas de sojuzgamiento. Revelar en cada caso con claridad las funciones y fines del Derecho, desnudarlo de todo tributo de confusión o de error, y de toda tecnocracia pueden ser elementos de la gigantesca tarea de su actualización y la participación del intelecto en una lucha por la realización del hombre en su sentido más profundo".²⁷²

BIBLIOGRAFÍA

- AHRENS, E., *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1873.
- BATTIFOL, Henri, *Filosofía del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1972.
- BUELSA, Rafael, *Metodología Jurídica*. Librería y Editorial Castelví, Santa Fe, 1961.
- BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965.
- BODENHEIMER, Edgard, *Teoría del Derecho*, 3^a ed., México, 1964.
- BUBBER, Martín, *Yo y Tú, La Nueva Visión*, Buenos Aires, 1967.
- CATHREIN, Víctor S. J., *Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 1941.
- COING, Helmut, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961.
- CORTS GRAU, José, *Curso de Derecho Natural*, 4^a ed., Madrid.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Uthea, México, 1946.
— *Aspectos y Problemas del Derecho*, Madrid, 1967.
— *Los Principios Generales del Derecho*, 2^a ed., Barcelona, 1948.
— *Supuestos, Concepto y Principio del Derecho*, Barcelona, 1962.
- DELFCAAUW, Bernard, *La Historia como Progreso*, Carlos Lothé, Buenos Aires, 1968.
- DUVERGER, Maurice, *Introduction a la Politique*, Gallimard, 1970.
- FAUROUX, María G., "Algunas ideas acerca del Derecho y la planificación económica", publicado en *Jurisprudencia de Lomas de Zamora*, T. I.
— *Introducción al Derecho*, El Coloquio, Buenos Aires, 1988.

²⁷² NEGRI, H., "Norma y conocimiento", cit.

- *Ideas para una Introducción al Derecho*, 1^a cd., Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, 1998.
- GRANERIS, Giuseppe, *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*, 2^a ed., Eudeba, 1977.
- GARCÍA LÓPEZ, Jesús, *Los Derechos Humanos en Santo Tomás de Aquino*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1979.
- GARCÍA MÁYNES, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Proriúa, México, 1978.
- JUAN PABLO II, *El Heraldo de la Paz*, Madrid, 1979 (recopilación de discursos y homilías).
- HENKEL, Heinrich, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1968.
- HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, 6^a ed. en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1968.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Metodología del derecho", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1945.
- KWANT, Remy C., *Filosofía Social*, Carlos Lohé, Buenos Aires, 1969.
— *La Crítica Hace al Hombre*, Carlos Lohé, Buenos Aires.
- LACHANCE, Louis, *El Derecho y los Derechos del Hombre*, Rialp, Madrid, 1979.
- LAIN ENTRALGO, Pedro, *Teoría y Realidad del Otro*, Alianza Universidad, Madrid, 1983.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *El Derecho y el Amor*, Barcelona, 1976.
— *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943.
- LEPP, Ignace, *La Comunicación de las Existencias*, Buenos Aires, 1964.
— *La Nueva Moral*, Carlos Lohé, Buenos Aires, 1975.
- LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso, *Estrategia del Lenguaje y Manipulación del Hombre*, Narcea, Madrid, 1980.
- MANNHEIM, Karl, *Ideología y Utopía (Introducción a la Sociología del Conocimiento)*, 1^a reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- MÁSSUH, Víctor, *La Libertad y la Violencia*, 2^a ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1969.

BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ PAZ, Fernando A., *Introducción al Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1982.
- MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo*, 14^a cd., Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires.
- NEGRI, Héctor, "Veintidós proposiciones para una teoría del derecho", *Notas de Filosofía del Derecho*, año I, Vol. I-II.
- "Acerca de la ley", *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 17.
 - "Admiración - Asombro", *Revista Derecho y Diálogo*, año II, nro. 8.
 - "Alberdi y la abogacía", *Doctrina Jurídica*, T. IV, Universidad Católica de La Plata, 1972.
 - "Amor", *Revista Derecho y Diálogo*, año II, nro. 3.
 - "Asimetría fundamental", *Revista Derecho y Diálogo*, año II, nro. 10.
 - *El Derecho como Orden de Respeto*, El Coloquio, Buenos Aires, 1986 ^{2/3}.
 - "El derecho", 1^a cd., *Jurisprudencia de Lomas de Zamora*, año 1983 (agotada), 2^a ed., El Coloquio, Buenos Aires, 1984 (agotada).
 - "El juez", *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 15.
 - *Juristas en Defensa de la Constitución Nacional* (volumen compartido), El Coloquio, Buenos Aires, 1971.
 - "La enseñanza del derecho como enseñanza de libertad, de paz y de amor", *La Prensa*, Buenos Aires, 1977.
 - "La informática y el derecho del hombre a no ser reducido a un conjunto de datos", *Revista Derecho y Diálogo*, año I, nro. 1.
 - *Los Derechos Humanos*, El Coloquio, Buenos Aires, 1985.
 - *Metodología e Instituciones de Derecho*, Universidad Católica de La Plata, La Plata, 1982.
 - "Norma y conocimiento de norma", *L.L.*, 147.

^{2/3} Existe una publicación conjunta de las obras *El Derecho*, *El Derecho como Orden de Respeto* y *Los Derechos Humanos*, revisadas y actualizadas por el autor, editada por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, 1997.

- "Perspectivas de un nuevo derecho contractual", *Jurisprudencia de Lomas de Zamora*, T. I.
 - "Sobre la cosificación y la justicia", *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 19.
 - "Sobre la positividad del derecho", en *Revista del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Universidad Nacional de La Plata*, La Plata, 1970.
 - "Suum cuique tribuere", *Revista Derecho y Diálogo*, año III, nro. 18.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *¿Qué queda del Derecho Natural?*, De palma, Buenos Aires, 1967.
- RADBRUCH, Gustav, *La Naturaleza de la Casa como Forma Jurídica del Pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963.
- RECASIENS SICHES, Luis, *Estudios de Filosofía del Derecho (adiciones a Filosofía del Derecho de Giorgio del Vecchio)*, Ulthea, México, 1946.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Los Principios Clásicos del Derecho*, Unión Editorial, Madrid, 1976.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, B.A.C., Salamanca, 1956.
- SCHELER, Max, *El Porvenir del Hombre. La Idea del Hombre y la Historia. El Puesto del Hombre en el Cosmos*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1942.
- VIERKANDT, Alfredo, *Filosofía de la Sociedad y de la Historia*, Buenos Aires, 1934.
- VINOGRAFOFF, Paul Sir, *Introducción al Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- ZIBDEN, Hans y otros, *La Conciencia Moral*, Madrid, 1961.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo a la primera edición 7

CAPÍTULO I

EL HOMBRE (1)

I. Formas fundamentales de las relaciones intersubjetivas	12
1. El trato personal	13
2. Trato cosificante	14
II. Las relaciones sociales	17
1. Comunidad	18
2. Reconocimiento	21
3. Poder	22
4. Violencia	25

CAPÍTULO II

EL DERECHO (2)

I. Ubicación sociológica del Derecho	33
II. Caracteres esenciales	36
III. Fines en el Derecho	38
IV. Insuficiencia del Derecho como norma única de vida.....	43

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO III

LA CONCIENCIA JURÍDICA

I. El sentimiento y la conciencia del Derecho	45
II. La paulatina captación de los valores morales y la evolución del Derecho	49
III. La conciencia falsa.....	53
IV. El sentimiento de grupo y la ideología de la comunidad abstracta	60

CAPÍTULO IV

DERECHO Y PODER (UNO S)

I. Relaciones entre el Derecho y el poder	65
II. El Derecho como límite del poder	69
III. Puntos críticos de convergencia.....	71
1. El Estado	71
2. La ley	73
3. Administración de justicia	74
IV. La organización del poder estatal	75
V. La coactividad	77

CAPÍTULO V

NATURALEZA DE LA COSA E IDEA DEL DERECHO

I. La naturaleza de la cosa como legalidad prejurídica.....	82
II. Fusión de la idea de justicia con el orden eterno del ser ..	89
III. La naturaleza de la cosa y la idea del Derecho	91

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO VI

LAS CONEXIONES MORALES ESENCIALES DEL DERECHO

I. Derecho y moral	93
II. La justicia y la dignidad personal del hombre	101
III. Fases de la justicia y su adscripción a los distintos tipos de relaciones sociales	105

CAPÍTULO VII

EL DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD

I. Derechos fundamentales: Sus caracteres	113
II. Clasificación	120
III. Algunos de los derechos fundamentales	122
1. Derechos de sujeto singular	122
2. Derechos de sujeto colectivo	128
2.1. Derecho a la paz	129
2.2. Derecho al desarrollo	130
2.3. Derecho a la libre determinación de los pueblos ..	132
2.4. Derecho a beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad	133
2.5. Derecho al medio ambiente sano	135
2.6. Derechos de las minorías	136
IV. Relaciones entre el Derecho y el orden económico	137

CAPÍTULO VIII

LA POSICIÓN DEL DERECHO

I. Concepto de posición del Derecho	143
II. Caracteres	146
III. Modos de posición del Derecho	150

CAPÍTULO IX**LA COSTUMBRE JURÍDICA Y LA LEY**

I. La costumbre como fase previa a la formulación del orden abstracto	153
II. La ley y sus problemas.....	157

CAPÍTULO X**JUEZ Y DERECHO**

I. Ubicación del juez frente al Derecho.....	163
II. La subsunción	168
III. La interpretación de la ley.....	170
IV. Las lagunas.....	172
V. La jurisprudencia	173
VI. El deber judicial de estimación	175

CAPÍTULO XI**LA CIENCIA DEL DERECHO**

I. Posición del Derecho por la ciencia.....	179
II. La ideología y la ciencia del Derecho.....	181
III. Modos de constitución de la ciencia del Derecho; métodos y fines.....	182
Bibliografía	193

099

Todos +
verano