

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN FRANCISCO XAVIER

PUBLICACION DE LA FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

Bases para una Teoría Integral del Derecho

RAFAEL GARCIA ROSQUELLAS,
Director del Instituto de Sociología
Boliviana y Profesor de Introducción al
Derecho de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas y Sociales.

BIBLIOTECA

«Estudios filosóficos»

Nº. 4

SUCRE-BOLIVIA

1948

199

**FACULTAD DE DERECHO,
CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES**

Profesor Decano: Dr. MANUEL DURAN P.
Profesor Secretario: Dr. ARMANDO ZAMORA A.

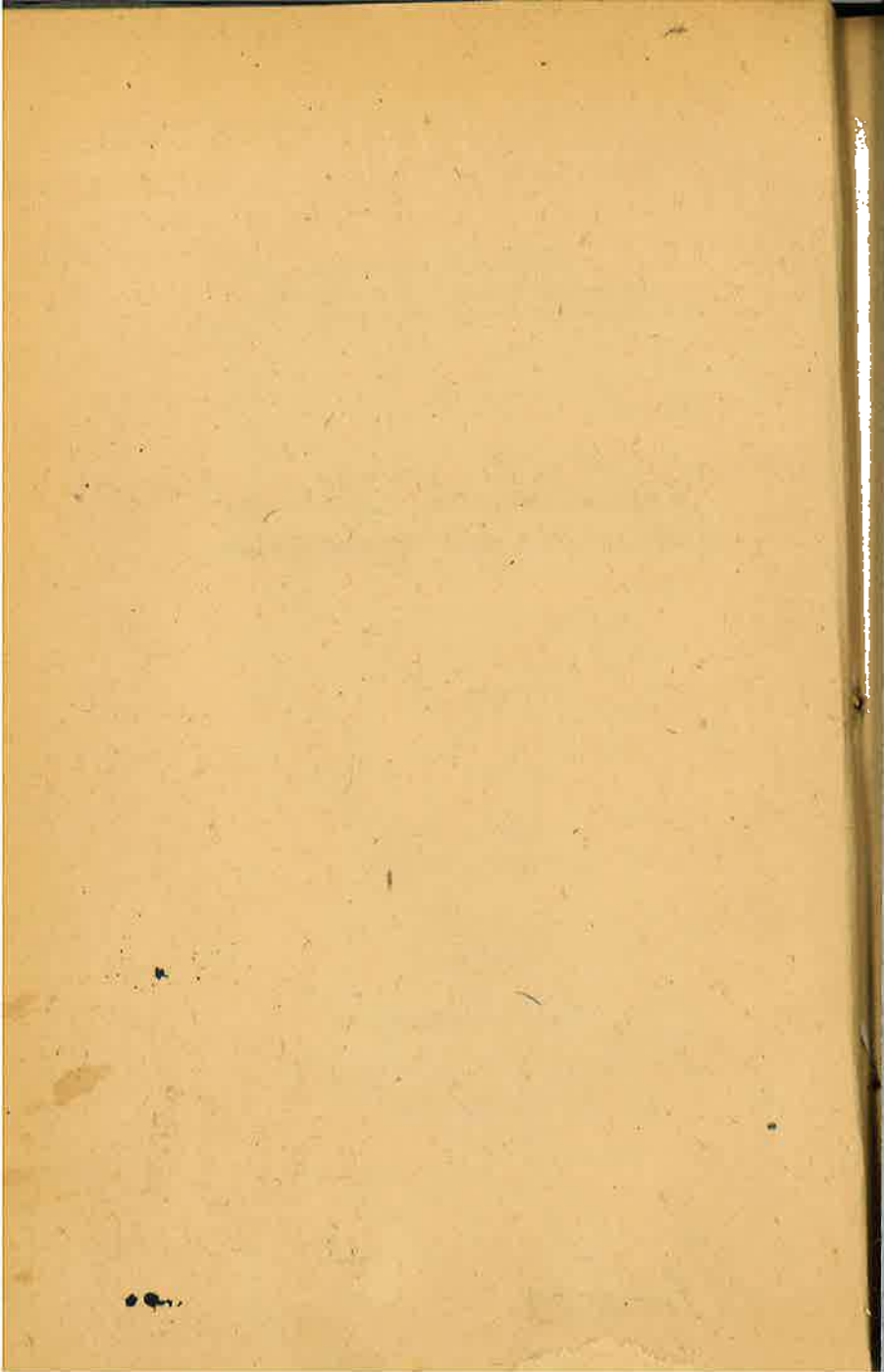
**SUCRE - BOLIVIA
CASILLA CORREO 62**

Es propiedad del autor

246.



Nº Inv. 2529.



UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN FRANCISCO XAVIER
PUBLICACION DE LA FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

Bases para una Teoría Integral del Derecho



RAFAEL GARCIA ROSQUELLAS,
Director del Instituto de Sociología
Boliviana y Profesor de Introducción al
Derecho de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas y Sociales.

BIBLIOTECA
"Estudios jusfilosóficos" BDER

Nº

SUCRE-BOLIVIA
1948

No. 457

VERIFICACION
2000
7893

D 340.1

G 248 b

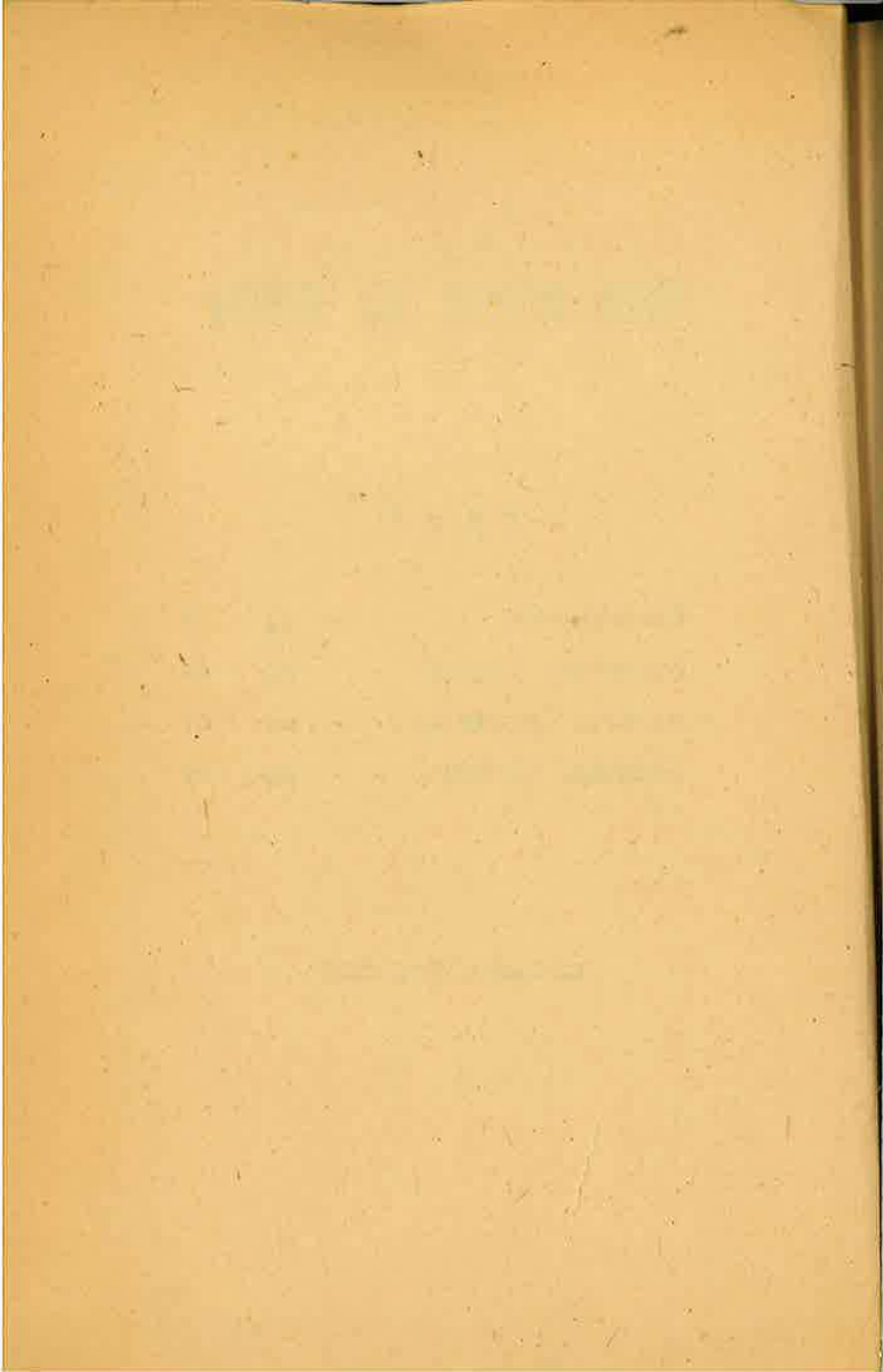
Jerecho - Teoría



TEORIA INTEGRAL DEL DERECHO

PLAN

Epistemología.	pg.	I
Morfología (lógica).	pg.	43
Axiología (deontología).	pg.	87
Sociología (genética).	pg.	119



III



PROLOGO

Una teoría integral y, por tal razón, ampliamente satisfactoria del Derecho es aspiración vieja de los investigadores de la materia. Numerosos ensayos se han escrito, por lo mismo, en procura de ello, y algunos harto significativos de las dificultades de semejante empresa. Nos atrevemos a creer que tal aspiración no podía llegar a resultado alguno mientras no fueran deslindados, con redondez y claridad, los diferentes lugares de enfoque del Derecho desde los cuales mirarlo con la unidad metódica propia de cada enfoque. Es por esto, sin duda, que todas las tentativas hechas a la luz de la difusa concepción naturalista—que tenía confundidas, en una masa informe e inaprehensible, el Derecho formal con la justicia, ambos con la psicología y los tres con la sociología—estaban, antes de nacer, condenadas al fracaso. He ahí también por qué, en una palabra, antes de Hans Kelsen no era posible comprender el Derecho.

IV

La *Teoría pura del Derecho*, del gran maestro vienés que hoy profesa en Berkeley (Estados Unidos), enciende recién en nuestro siglo, una viva claridad sobre la materia. Al haber Kelsen tratado el Derecho lógico con rigor metódico y plena consecuencia, ha iluminado, sin pretenderlo expresamente, el mundo de la justicia. Hoy es posible andar en él sin extravío, estudiando la forma en cuanto forma y el contenido de ella en cuanto contenido. Hoy es posible hablar de una lógica del Derecho diferente de una axiología, y coordinarlas después sin riesgo de confusión.

Tal vez un estudio estrictamente jusfilosófico debiera contentarse con esto, pero nosotros creemos indispensable a la integración del conocimiento de lo jurídico el estudio del *Derecho pensado*, del Derecho en cuanto fenómeno psico-sociológico que es también un Derecho de orden general o universal no menos que el Derecho normativo lógico y axiológico; lo creemos, en especial, cuando consideramos que el presente trabajo constituye parte importante de un texto de Introducción al Derecho, las ciencias sociales y las económicas, que venimos preparando, texto cuya materia no puede subordinarse a los límites de una disciplina única.

En las críticas que se han levantado contra el formalismo del maestro vienés ha tomado cierto cuerpo la de que «su» manera de concebir el Derecho resulta inadmisibile si se reconoce que el Derecho no es sólo «un conocer» sino también «un querer», un acto de voluntad transido, por lo mismo, de valoraciones; que repugna, en fin, la concepción de un Derecho aplicable, por igual, a los más contradictorios regímenes políticos. A nuestro modo de ver, estas críticas carecen de fundamento acaso por

falta de mejor información. Kelsen, creemos, no ha pretendido descartar, al estudiar y exponer el Derecho lógico, la posibilidad de otros puntos de vista convergentes en el Derecho; su actitud es simplemente ésta:—Yo estudio el Derecho lógico; ocúpense otros de los ingredientes valorativos del mismo y de su proceso genético. Ahora bien, la lógica y la sociología del Derecho permiten, evidentemente ambas, la formulación de un Derecho universal, puesto que ambas son *conocimiento* y no *voluntad* del mismo. En cambio, el Derecho, en cuanto interpretación de un determinado orden de *valores*, ya no puede exponerse sin limitación tempo-espacial, y es por esto que nuestra axiología del Derecho lo es del Derecho boliviano, decididamente y sin contradicción con el maestro vienés.

En el número Julio-Agosto del presente año, 1943, del *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad Nacional de Córdoba, Sebastián Soler hace, en cambio, a la Teoría Pura del Derecho una objeción digna de todo interés cuando advierte que la estructura formal de una sentencia judicial no coincide con el esquema de la «norma general». Es inexcusable reconocerle el acierto. En efecto, la proposición que esquematiza la sentencia ya no es un «si es A...» puesto que la consecuencia no se refiere ya a un hecho simplemente posible, sino a un hecho histórico, a un hecho *realizado* que obliga a suprimir de la proposición la conjunción condicional. Se trata en ella de un «puesto que es A...» o, simplemente, «es A...» Empero, disentimos de su opinión al quitarle por ello a la sentencia su calidad de norma jurídica, puesto que siempre sigue valiendo como tal, sin modificación estructural, en una de sus dos direcciones: la que apunta al órgano del Estado

VI

ejecutor de la consecuencia. Si la sentencia es simplemente «orden» cuando se dirige al infractor convicto, es plenamente *norma* cuando apunta al juez y al policía.

Una advertencia que orientará al estudiante en la lectura del capítulo segundo de este opúsculo («la gradación del orden jurídico») es que la representación gráfica, nuestra, de la pirámide kelseniana no coincide con la igual de otros autores, quienes la usan en sentido inverso, es decir, que ponen en la base las normas más generales, y en el vértice la norma «individualizada» o sentencia, o contrato, de manera que, así como las aristas de la pirámide geométrica progresan hacia la individualización del punto matemático del vértice, progresa el ordenamiento jurídico total hacia la individualización de los destinatarios de la norma. Esto no representa, en todo caso, ninguna diferencia de concepto con respecto a nuestra opinión. Es una cuestión de gráfico, nada más.

Queremos hacer dos aclaraciones más, que no dejarán de ser útiles al lector. La primera se refiere al empleo de la voz «morfología» para designar aquella parte de la investigación jurídica fundamental que se ocupa de la esencia formal del Derecho. Es posible que haya quienes encuentren inadecuado el que hubiéramos preferido el concepto de *morphé* al de *eidos*. No hemos de hacer polémica sobre esto, que es cosa con respecto a la que, en realidad, no existe todavía un acuerdo de bastante autoridad. Lo importante es que el estudiante sepa que, cuando decimos «morfología del Derecho», queremos decir «lógica» del mismo, y no estudio de tipos de órdenes positivos, como fuera posible traducir. Diremos «morfología», en nuestro estudio, como investigación diri-

VII

gida a averiguar la forma interna, constante, invariable y esencial por oposición a aquella morfología que averigua la forma externa, inconstante, variable y eventual, los tipos de ordenación.

La segunda aclaración es ésta: en la página 164 hemos encontrado, al releer las pruebas de edición, un párrafo algo obscuro que, al ocuparse de la motivación negativa, dice que ésta se hace de necesidades virtuales o espectaciacias, o simplemente temidas. Aquí hemos de darle precisión al concepto en este sentido: la motivación negativa adquiere intensidad, alimentada por la idea de privaciones posibles y temidas, pues que encuentra satisfacción en lo dado, etc.

Nuestro aporte personal a este ensayo reside, primero, en el plan de exposición, salvando la concepción kelseniana; segundo, en las relaciones propuestas a los cuatro enfoques del Derecho que dicho plan verifica; tercero, en la insistencia, por lo menos, del papel de la Historia General y el Lenguaje dentro de la escogitación del objeto estudiado; cuarto, en la formulación resueltamente objetiva del Derecho axiológico; y, quinto, en el Derecho sociológico, que hemos debido elaborar íntegramente por no conocer estudio alguno suficientemente probado y libre de influencias políticas. Claro, que nuestra Teoría Integral del Derecho no pretende representar una conquista definitiva —casi nada hay definitivo—, pero, por lo pronto —y aunque reconocemos ampliamente la posibilidad de rectificaciones que, en su caso, nosotros mismos haremos con placer—, aspira a proporcionar al estudio del Derecho una visión exordial sencilla y completa de sus bases.

VIII

Sirva este trabajo a la inquietud de los colegas de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas y al mundo universitario en general; sirva, sobre todo, a los muchachos que pasaron por nuestras aulas con entusiasmo y con desinterés de auténticos estudiantes.

No terminaré sin hacer reconocimiento expreso del alto espíritu universitario que caracteriza a nuestro decano de la Facultad de estudios sociales doctor Manuel Durán P., cuya dinámica acción da hoy, y promete, nobles cosechas para nuestra querida institución.



CAPITULO I

EPISTEMOLOGIA DEL DERECHO

SUMARIO

- 1—Generalidades
 - 2—La Historia y el Language
 - 3—Filosofía del Derecho
 - 4—Morfología del Derecho
 - 5—Axiología del Derecho
 - 6—Sociología del Derecho
 - 7—Jurisprudencia
 - 8—Historia del Derecho
-

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
540 EAST 57TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637



1. Generalidades

De ingreso al conocimiento del problema *Derecho*, será lo más adecuado comenzar por un examen somero de las diferentes disciplinas que hacen de aquél su objeto, es decir, por un examen del plan o programa que asume la investigación para poner orden y claridad en el conocimiento del Derecho.

Se entiende por *Epistemología*, en filosofía general, «la teoría de las ciencias, estableciendo sus objetos, sus límites, sus relaciones y las leyes de su desenvolvimiento» (1). Nuestro enfoque, aquí, del Derecho es pues, epistemológico; nos proponemos averiguar de qué diferentes modos o maneras, vale decir, por qué métodos y con qué rótulos puede uno abocarse a la investigación de lo jurídico.

El Derecho, cabe afirmarlo a priori, forma en el mundo de los seres como alguno de éstos.

(1)—Edmond Goblot, *Vocabulario Filosófico*. Ed. «El Ateneo», Buenos Aires, 1942: artículo «epistemología».

No de otro modo nos fuera posible aprehenderlo en nuestra mente, denominarlo y discutirlo. Pues bien, este ser o existir del Derecho, de cualquier modo que ello sea y el modo en que lo sea constituyen aquella problemática fundamental del Derecho en que Recaséns Siches asienta el conocimiento «autónomo y pantónomo» del Derecho, como base unitaria de todos los demás enfoques, los que en ella tendrían necesariamente que coincidir; constituiría la única problemática que, con propiedad, puede denominarse *Filosofía Jurídica*. Pero, a más de esto, y después de haber adquirido conciencia del derecho en cuanto sér, advertimos la necesidad de indagar cuál sea la figura o la forma que universalmente, *in genere*, peculiariza al Derecho dentro de aquel variado y multiforme cúmulo de seres, y, entonces, aparece una segunda problemática que, puesto que estudia el Derecho en cuanto a su forma fundamental, puede llamarse adecuadamente *Morfología Jurídica*.

Pero el Derecho no termina, ontológicamente, en una forma. Las formas, en cuanto sólo tales, son vacías. Puede haber, ciertamente, formas vacías, mas, el Derecho integral, como veremos, no lo es, y, entonces, surge una nueva problemática: la de los contenidos que encerraría el Derecho formal o morfológico: esta problemática es la *Axiología del Derecho*. Tanto

la morfología como la axiología se ocupan del Derecho en tanto norma, sin contenido: la una, con él, la otra. Pero, considerando que este derecho-norma, objeto de ambas disciplinas, se presenta entre los seres en calidad de *producto de la actividad humana*, cumple averiguar cuál sea su proceso genético y cuáles las influencias y consecuencias social-humanas relacionadas con su existir; con lo que estamos frente a una nueva disciplina jurídica: *La Sociología del Derecho*.

Si seguimos observando cómo manipula el hombre este ente a que denomina *Derecho*, advertimos que, acaso con más frecuencia, opera en él sin preguntarse lo que esencialmente sea, tomándolo como supuesto terminado y limitándose a interpretarlo en su positividad. Pues bien, con esta específica manera de «trabajar» el Derecho, el hombre estudia *jurisprudencia*.

Por último, como el existir de toda positividad exterior es un existir en el tiempo, y como lo que existe en el tiempo *sufre mutación*, el Derecho positivo la sufre, y, entonces, es útil, al conocimiento integral del mismo, saber de su cambiar, de su devenir, del suceder de sus exteriorizaciones positivas en la marcha temporal de los acontecimientos. Pues bien, la narración de este suceder de los aconteceres del Derecho añade

una disciplina más a su investigación: es la *Historia del Derecho*.

2. La Historia General y el Lenguaje

El primer problema que se presenta a toda investigación y que, con excesiva frecuencia, es pasado por alto, se aboca a la tarea, a veces muy ardua, de encontrar dentro de una masa de datos y de hechos más o menos indiferenciada, o poco diferenciada, o no diferenciada aún, *su objeto*. Si vamos a estudiar *Derecho*, qué categoría de datos, qué fenómenos vamos a poner en la mesa de operaciones en calidad de jurídicos?... Porque no basta decirse, sin beneficio de inventario, «esto es Derecho, y como tal he de considerarlo»... La operación, pues, antecedente, para obrar con lógica y no correr el riesgo de formar cuadros descriptivos de, v. gr., anatomía humana cuando, por no haberse enterado lo bastante, se ha examinado una pieza anatómica de perro o de caballo, consiste, repetimos, en tomar la pieza cuya descripción o análisis se va a emprender, en tomar ella y no otra. Cuando queremos un kilo de estaño que está contenido en algunas toneladas de tierras rojizas del Potosí, no podemos contentarnos con el

primer terrón que se nos dice ser estaño por el primer cicerone comedido, y habremos, antes aún de acometer la tarea industrial de la extracción del pequeño porcentaje de metal fino, habremos de averiguar qué significa la palabra «estaño» y qué metal denomina. Esto deberemos buscar, dónde? En los estudios elementales, si se quiere escolares, sobre la materia; averiguación por necesidad *antecedente* y sin la que no es posible abrir análisis ninguno.

Pues bien, éste es exactamente nuestro caso, ahora. Queremos poseer, íntegro, puro y «fino», en nuestra inteligencia, aquello que de tiempo atrás, por x o por z, llaman los hombres *Derecho*. Suponemos haber tomado la determinación, por curiosidad científica o por lo que fuere, de averiguar y saber, concreta y definitivamente, qué es *Derecho*. Dónde está ese libro elemental, y sin embargo tan importante, que nos va a servir de guía para la escogitación de nuestro objeto? Creemos que este problema *antecedente* y por demás delicado es un *problema histórico-terminológico*.

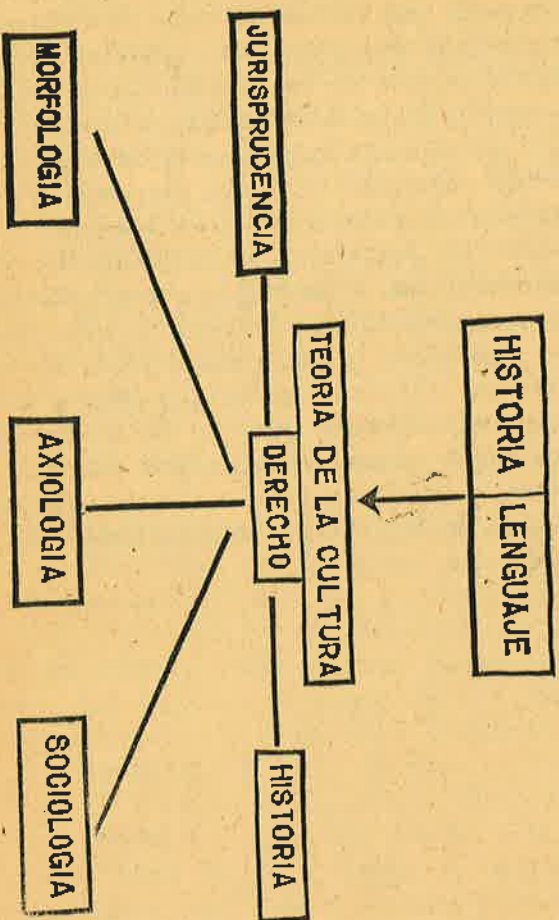
Existe en los hombres de ciencia cierta predisposición a mirar la Historia, si no con desdén, al menos sin la atención que haría merecer, pues ella, de consuno con el *lenguaje*, desempeña una tarea de excepcional importancia para la ciencia: la de proporcionar al investiga-

dor científico un material que no es tan virgen como pudiera parecer: cuando un Hans Kelsen ha tomado el objeto *Derecho* para averiguar su esencia y su estructura, *ha obrado prejuzgando*; está reputando, desde ya, como jurídico a ese objeto. Pues bien, quién lo autoriza a tal prejuzgamiento?... Y si eso que él toma como Derecho no lo fuera?... Estaríamos en el caso planteado del anatomista que describe un órgano humano con datos recogidos en una pieza de perro que él cree ser de hombre. Por consiguiente, la autorización de que el científico vendrá munido, aunque con frecuencia no la exhiba, se la han otorgado este par de matronas tan sufridas y viejas como el hombre: la Historia y el Language.

Nuestra operación antecedente consistirá pues, en investigar, *con los datos de la Historia*, a qué cosa han llamado los hombres *Derecho*, así como cuáles son las equivalencias de este vocablo en otros pueblos y otras formas de lenguaje. Así descubriremos que nuestra española palabra «Derecho» corresponde a la que en Francia se dice *Droit*, en Italia *Diritto*, en Portugal y el Brasil *Direito*, en Cataluña *Dret*, en Inglaterra *Right*, en Alemania *Recht*, a la que el esperanto llama *Rajto o Rekta*, a la que en la egregia lengua madre de la nuestra se habría dicho *Directus*, es decir, dirigido; así descubrire-

mos que todas esas voces coinciden con la que, en la nación que hizo el Derecho de Occidente, se pronunciaba *Jus* y que este «*jus*» se denominó antes *Fas*; que en fin, la totalidad de esas palabras sirven, invariablemente, para *designar un conjunto de normas* que emanan de alguien investido de autoridad y que se proponen *destinar los intereses del hombre en sociedad*. De este modo fué *Jus* la *lex*, y el plebiscito, y el *senatus-consultum*, y las *responsa prudentium*, y los *edicta magistratum* y las constituciones imperiales y, con ellas, y acaso sobre ellas, las *mores maiorum*. De este modo, por fin, y coincidentemente, sabremos que en la modernidad hay que tomar como Derecho, por mandato de la Historia y del Lenguaje, las Constituciones de los Estados, la legislación, una vertiente de la costumbre, etc.

ESQUEMA EPISTEMOLOGICO JURIDICO



Ahora bien, con el objeto de estudio así determinado y ya en las manos o en la mente del investigador, vendrán, a posteriori, las explicaciones filosófica y científica cuyo ulterior resultado será no otro que el de poner orden cada vez más perfecto en el «cajón de sastre» del alegre y despreocupado conocimiento de la Antigüedad y el Medioevo. Vendrán la filosofía y la ciencia de hoy o de mañana para decirle a Aristóteles, el gran símbolo del saber griego: — Maestro, tú, de acuerdo con tu tiempo y con tu idioma, llamaste de esta o aquella suerte a tal objeto; acabamos nosotros de advertir que existe otra u otras categorías de objetos absolutamente idénticos al de tu denominación. Como nosotros somos los policías del conocimiento, nuestra labor consiste en llamar con el mismo nombre las cosas que son las mismas, y en buscarles denominaciones distintas a aquellas varias cosas que habías tú denominado con palabra común siendo distintas.

Parecerá, tal vez, que subestimamos la filosofía y la ciencia al asignarles el papel de simples «policías del conocimiento» encargados de imponer a éste orden y disciplina... Y, sin embargo, en este que parece sencillo ordenar conocimientos está todo el secreto de la cultura y de la civilización, como de las inusitadas posibi-

lidades de la técnica moderna y sus audaces pretensiones.

3. Filosofía del Derecho

Ya tenemos pues, ante nosotros, con los datos de la Historia y del Lenguaje, el objeto a cuyo estudio vamos a aplicar uno de los varios anteojos de la investigación cognoscente: la lente zahorí de la filosofía.

No existe todavía un acuerdo, que harto ha menester, sobre el método y materia de la filosofía jurídica, sobre la composición de aquella lente. Se llamó en otros tiempos, «Derecho natural»; Kant la tituló «derecho racional» y «metafísica del Derecho». Schelling y Hegel la calificaron de «derecho ideal». Ahora bien, tanto «Derecho natural», como «Derecho racional» y «Derecho ideal» son denominaciones que evidentemente se refieren a una figura trascendental y apositiva del Derecho hacia cuya interpretación, realización o coincidencia se dirigiría el Derecho positivo o dógmático. Pero esto no representa sino uno de los problemas fundamentales del Derecho: es el que Giorgio del Vecchio llama *Deontología* y Recaséns Siches *Estimativa* y nosotros *Axiología*. Pero tanto del

Vecchio como Recaséns Siches advierten, con razón, que la descripción de esa figura jurídica ideal o perfecta, de ese arquetipo positivamente inasequible del Derecho no agota la problemática filosófica (en sentido amplio), y el primero de los dichos autores, al considerar la filosofía del Derecho como la «disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón» (2), enumera tres problemas bastante bien diferenciados: a) cuando la filosofía del Derecho define el Derecho universal, se plantea el problema que el mismo autor llama «problema lógico», que Recaséns Siches prefiere denominar «teoría fundamental o determinación de la esencia de lo jurídico y de sus formas y estructuras» (3), que Hans Kelsen rotula como «derecho puro» y que nosotros, en fin, llamaremos *Morfología*; b) cuando la filosofía del Derecho se propone fundamen-

(2)—Giorgio del Vecchio: *Filosofía del Derecho* y Adiciones por Luis Recaséns Siches. Edt. Bosch, Barcelona, 1935, primer tomo, pg. 5.

(3)—Idem, Adiciones de Recaséns Siches, pg.

tar el desarrollo histórico de éste, se aboca a un segundo problema que el mismo del Vecchio llamará «fenomenología» o «metahistoria», que Recaséns Siches rechaza como asunto jusfilosófico, y que nosotros entenderemos, con este último autor, como *Sociología*; c) en fin, cuando la jusfilosofía se preocupa de la justicia que el Derecho demanda a su estructura, sería la sola vez en que coincidiría con el pensamiento contenido en los referidos epígrafes de derecho natural, racional e ideal.

Pero el mismo Recaséns Siches, después de hacer el replanteamiento de los temas propios de una filosofía del Derecho, sustituyendo el problema fenomenológico o metahistórico de Giorgio del Vecchio por “el problema del ser del Derecho” a que denomina *Ontología*, se da cuenta de que una exposición adicionante o acumulativa de tres temas tan diversos no puede ser, en puridad, filosofía, pues que ésta, de acuerdo a la pretensión que la define, debe y tiene que aportar una *base unitaria* a que puedan referirse indistintamente tanto el enfoque lógico o morfológico como el ontológico y el estimativo o axiológico. «Filosofar—como ha puesto de nuevo en claro José Ortega y Gasset—es buscar una verdad primaria, esto es, que no derive de otra, con certidumbre radical, es decir firme, segura, y que contenga en sí el fundamento de

las demás verdades. O dicho en otras palabras, una verdad autónoma y pantónoma (4).

Consideramos que el profesor Recaséns Siches tiene razón. Pero, ahora hay que edificar esta cúpula del edificio jusfilosófico, es decir, preguntarse - y, lo que es más arduo, responderse - por la materia y método de este enfoque unitario y ultra-fundamental, de pura estirpe jusfilosófica. Creemos, provisionalmente, que tal estudio está dado en la *Teoría de la cultura con relación al Derecho* y, al mismo tiempo, nos aventuramos a pensar que el «problema ontológico» encuentra a la vez su exposición en la misma teoría, confundándose con ella. Si la ontología del Derecho va a averiguar por sus «modalidades de existencia», dónde ha de hallarse éstas si no es en la localización del objeto *Derecho*, conforme a su peculiar estructura, dentro del gran casillero que construye la ontología general, ubicándolo en la gaveta de la cultura. Advertir que el Derecho es un objeto espiritual, después de analizarlo en sus relaciones con los demás objetos del universo, es poner la primera piedra de su investigación, o, siguiendo la metáfora empleada, construir su remate cupular. Morfolo-

(4)—Idem, Adiciones de Recaséns Siches, pg. 49.

gía, axiología, sociología, historia y jurisprudencia encuentran su punto común de convergencia en la determinación del objeto *Derecho* como objeto espiritual o cultural. El "tema del sentido radical de lo jurídico" no puede ser otro, a nuestro entender, que el de la Teoría de la Cultura con relación al Derecho.

4. Morfología del Derecho

Recogido el Derecho originario en calidad de cosa histórica y de nombre o denominación y ubicado sistemáticamente en el ancho mundo de los seres espirituales u objetos de cultura, estamos ya en condiciones de afrontar la investigación de su estructura íntima. El dato histórico-terminológico es sólo *provisional*, y su justificación ontológica dentro de un edificio que, como la ciencia, quiere ser perfectamente coordinado y simétrico, de manera que sirva al hombre con la comodidad y eficacia con que el kardex sirve al oficinista contador, exige averiguar por lo que se llama «concepto del Derecho». Es menester que sepamos qué entienden por Derecho *in genere* esa Historia y esa Terminología que, por su parte, sólo nos han dado una noción positiva y un nom-

bre junto con una por cierto grande masa de hechos. Si la Teoría de la Cultura, por su parte, nos ha dicho lo que le cumplía decir a este propósito, sus informaciones se reducen a mostrarnos que el Derecho es un «quehacer humano» otorgando significaciones a determinadas cosas u objetos materiales. Pero hay que superar la «preparatoria» jurídica de la Historia y el Lenguaje, como es menester también diseccionar el objeto de cultura cuya teoría nos lo muestra a bulto, en su figura exterior, como presencia total entre otras presencias totales. Debemos, en fin, saber cuáles son los elementos esenciales comunes a todos los datos jurídicos, superando las particularidades de los órdenes concretos que son todo lo que la Historia ingenuamente nos proporciona. Esta investigación implica varias otras, pues si histórica y terminológicamente el Derecho es *conjunto de normas*, existen objetos, igualmente culturales, que son también «conjunto de normas», como la moral, de los cuales hay que distinguirlo netamente. Si el Derecho se nos presenta como algo coercitivo y heterónomo, es preciso averiguar en qué consiste y qué calidades concurren a formar el dato escueto *coerción*, como el de *heteronomía*. Si en el manejo de la cosa *Derecho* se ha hablado y usado tradicionalmente de un Derecho subjetivo y de

un Derecho objetivo como esencialidades, habrá que investigar qué son, en el fondo, esas subjetividad y objetividad que la Historia y el Lenguaje han manipulado intuitivamente, sin adquirir conciencia cabal de sus significaciones.

Todos estos interrogantes son los que Giorgio del Vecchio estudia bajo el rótulo de «problema lógico», Recaséns Siches bajo el de «teoría fundamental o determinación de la esencia de lo jurídico y de sus formas y estructuras» y nosotros bajo el de *morfología*, o estudio del Derecho formal o lógico-formal. Si en esta sociedad humana encontramos, invariablemente, un ordenamiento normativo pasible de llamarse uniformemente *Derecho*, no obstante de no ser idéntico ni en el espacio ni en el tiempo; si el ordenamiento normativo moderno difiere del romano y éste de los ordenamientos igualmente normativos de la comunidad tribal primitiva; si el ordenamiento normativo boliviano no es el mismo que el argentino o el mexicano o el inglés o el soviético sin que por ello dejen de atribuírse, en el hecho terminológico, el rótulo de *jurídicos*, se hace preciso justificar, a la luz de un conocimiento sistemático, semejante coincidencia terminológica, buscando qué verdad *adivinada* la ha podido sugerir a la impostora cuanto frívola Historia. Cuando en fin, la morfología del Derecho haya alcanzado el éxito total y ejecu-

toriado a que aspira, podrá demandar y enmendar en la Historia los posibles errores que son resultado frecuente de su ligero apreciar los hechos y de aplicarles los motes del lenguaje; podrá obtener que al pan se llame pan y al vino, vino.

Pues bien, la morfología o lógica, si es que en el momento actual puede dar por cumplida exitosamente su tarea, viene a encontrar que el Derecho, desde sus puntos de vista, es *una forma vacía* que sirve sin embargo instrumentalmente a la realización de una determinada idea históricamente llamada *Justicia*, idea cuyas esencias no le compete ya investigar, pues, en cuanto estudio de formas, en las formas ha de quedar.

5. Axiología del Derecho

La noción del Derecho expresada por la fórmula «ordenamiento que deslinda intereses» (fórmula que, por lo demás, nadie discute) nos muestra un algo que es *medio o expediente*-el ordenamiento- dirigiéndose hacia otro algo que es «deslindado», armonizado, coordinado, concatenado y, en cierto modo, pacificado:—los intereses. La dicha fórmula está dividida pues, en dos

períodos unidos por el relativo *que*. Ahora bien, el primer período, que sólo atiende a exponer la índole de ese algo-expediente, es el que avanza una definición del Derecho «puro», es decir, del Derecho conceptual, es decir, del Derecho en cuanto objeto de la morfología jurídica. Pero, como está en la esencia del Derecho nacer por y para algo, *servir a un propósito*, deslindar intereses; como, en fin, el Derecho morfológico no termina en el Derecho morfológico, por lo mismo que éste es apenas medio, instrumento, expediente, o método de un obrar humano que va mirando más lejos, nos es indispensable, para comprender el Derecho, saber de la dirección de aquel mirar más lejos. Cuando la fórmula transcrita dice «deslindar intereses», pone en contradicción, o, mejor, verifica la beligerancia de dos o más pretensiones. Si nos representamos ahora ese ordenamiento en el momento crítico del deslinde, vamos a advertir que su obra de paz se dirige o a sacrificar uno de esos intereses en beneficio del otro, o a conciliarlos imponiéndoles un mutuo y compensatorio sacrificio. Pues bien, con qué criterio este comedido ordenamiento sacrifica el interés A mejor que el interés B? Con qué criterio, en el segundo caso, impone agravio tanto a A como a B, cuando sólo debiera sufrirlo A, o sólo B? En fin, empleando uno de los motes más discutidos de la

Historia, cuál de ambos intereses es el *justo*? Habiendo averiguado en la morfología qué es el ordenamiento, cúmplenos averiguar en la axiología *cuál será el sentido de las preferencias de ese ordenamiento*. Comadre intrusa en la casa del vecino, deseo enterarme de con quién coquetea el Derecho, porque, por las apariencias, el traje y la figura, la chiquilla A es tan interesante como es amable la chiquilla B...

Todo individuo siente en sí la facultad de *valorar* el Derecho, y este «valorar» lo expresa con el referido mote: *Justicia*. Cuando tropiezan, en singular batalla, el fuerte con el débil, nuestras simpatías y nuestros aplausos son para el débil, y si el fuerte—que será lo más probable—triunfa, exclamaremos: —Qué injusto! Cuando habiendo advertido que un litigante de causa que sabemos perdida ha ganado su pleito a base quizás de soborno y «chicana», comentamos: —Qué injusto! Injusto el juez e injusta la sentencia, injusto el fuerte que venció al débil... La ley que impone gabelas desproporcionadas es injusta; la que impone a sólo unos y no a los otros idénticos, es injusta; la norma de Derecho que preconiza una propiedad privada sin restricciones de amparo para el trabajo, es injusta... Etc. Podemos pues, sintetizar nuestro problema en estos términos: *El Derecho que es*

debe seguir siéndolo a la luz de un juicio de valor? O, así: cual de los intereses en trance de deslinde es el interés justo?

Si el Derecho formal es cascarón vacío, el Derecho integral es huevo lleno. Está en la esencia del Derecho lógico *ser para contener*, formar, dentro del universo, en calidad de modesto sirviente a las órdenes de su maître d'hôtel, que es la justicia cuando ésta sirve, a su vez, a la felicidad que el hombre persigue. El Derecho, en fin, es, como bien se ha dicho, un ensayo infeliz o afortunado de hacer justicia. Ya veremos más adelante que estas infelicidad o fortuna son apreciaciones sectarias o partidarias de un modo o manera de concebir lo justo, que en ningún caso tiene validez universal y que, por consiguiente, no puede alcanzarse mediante «la pura razón», como pretende del Vecchio, al definir la filosofía jurídica. A través del diamante de la lógica, las normas y los actos más contrapuestos pueden ser justos, con el mismo título. Pero el vidrio coloreado de la axiología no piensa ya así: para la juvenil y dichosa axiología hay una *idea superior*, tan intangible y pura como una estrella, idea bajo cuyos rayos luminosos debe construirse el ordenamiento y operarse el deslinde. Si pudiéramos personificar la axiología y atribuirle una emotividad, advertiríamos que odia de corazón a la morfología

porque ésta, irreverente, atea en potencia y «librepensadora», se atreve a decir en alta voz que ha visto en el cielo de la Idea estrellas de los más varios colores, cuando... «sólo hay una: la verde: la mía!»

Pero aceptemos cortésmente el sueño de la justicia ya que, mirado el caso con espíritu práctico, más ganaremos que perderemos: digámosle que es linda a la muchacha feuca...; acaso si nos proporcione goces que ignoramos, y... no haya más estrella que la estrella verde! Es perentorio hacer que todo Derecho sea «verde», y abominemos de aquél que no lo sea!...

En suma, que nuestro problema es, como ya lo dijimos, el problema deontológico de Giorgio del Vecchio y «la Estimativa jurídica o doctrina sobre los valores o criterios ideales para el Derecho» de Recaséns Siches.

6. Sociología del Derecho

Cascarón o vaso, yema o vino, con los datos combinados de la morfología y de la axiología hemos adquirido un conocimiento del Derecho que nos permite ahora aprehenderlo en cuanto forma y en cuanto contenido. Pero estos dos enfoques del Derecho, si bien se ve, han

tomado el Derecho *sólo en calidad de norma*: estructura esencial normativa y contenido variable normativo. Pero, puesto que la norma no se incorpora ontológicamente al universo por propia y suficiente virtud, es decir, puesto que detrás del *créase la norma* hay una voluntad *humana* en acción creatriz; puesto, en fin, que el Derecho se hace por el hombre, no es posible mirar con indiferencia al hombre cuando se mira sus productos con ánimo de conocerlos integralmente. El derecho-concepto (derecho formal) y el derecho-idea (justicia) *son objetos pensados* y dotados de existencia sólo a condición de ser pensados. Ahora bien, el acto de pensar en que es concebido el Derecho integral (conceptual-ideal) se desarrolla dentro de un proceso complejamente influenciado e influenciante en que concurren medios, causas, condiciones, estímulos y fines, estados y propósitos que juegan un papel directo y esencialmente relacionado con la figura que tomará el derecho-norma. Este problema no tiene cabida, epistemológicamente, dentro de los límites de materia y de método peculiares de la morfología y de la axiología, y constituye, entonces, un enfoque característico que adquiere independencia bajo el rótulo de *sociología*.

Procuremos delimitar con claridad el enfoque sociológico-jurídico a través de algunos autores. Para Max Scheler, la Sociología General

puede clasificarse en «sociología real», que considera la conducta dirigida por impulsos e intenciones; y «sociología de la cultura», que se ocupa «de los hechos humanos predominantemente condicionados por elementos espirituales». Uno de los temas capitales de la sociología de la cultura sería «inquirir las leyes del orden que media entre la acción de los ingredientes ideales y la de los factores reales que, en conjunción, determinan el contenido de la vida social en cada momento del proceso histórico». En qué medida la realidad, glosamos, permitiría a la justicia su verificación dentro de la figura jurídica positiva y en el hecho de su interpretación fáctica? etc. (5).

Hans Freyer considera que «las formas y productos sociales (como el Derecho) son formas de vida, formas en devenir que manan de nosotros, y sus materiales son los hombres...» Las formas sociales, en suma, «están compuestas de nosotros mismos»... (6).

(5)—Giorgio del Vecchio: *Filosofía del Derecho* y Adiciones por Luis Recaséns Siches. Edt. Bosch-Barcelona, 1935. Adiciones de Recaséns Siches, pgs 327 y 328.

(6)—Idem, pg. 329.

«Ahora bien —dice Recaséns Siches criticando el problema fenomenológico de Giorgio del Vecchio —, aunque la Sociología especial del Derecho y la Filosofía de la Historia referida a lo jurídico son temas distintos de los que constituyen *sensu stricto* una teoría filosófica del Derecho, ofrecen para ésta una ayuda de gran importancia... La Sociología especial del Derecho estudia la gestación efectiva de los hechos sociales que engendran el Derecho, así como el influjo que el Derecho ya formado ejerce en los ulteriores fenómenos sociales, y, además, la relación real de los productos jurídicos con las demás formaciones sociales y con los demás hechos de cultura... la Sociología estudia los hechos sociales en su realidad», no ya como estructuras lógicas, ni estimativa o axiológicamente, «sino en su efectividad real, tal y como sencillamente son, describiéndolos, analizándolos, desentrañando su significado e indagando su relación causal» (7).

José Medina Echavarría, con referencia a Mannheim, distingue una sociología general que se ocuparía «del hecho de la sociabilidad del hombre como un modo de su ser y existencia (maneras en que los hombres se agrupan o se relacionan)», y una *sociología especial* que tra-

(7)—Idem, pgs. 71 y 72.

taría «de estudiar sociológicamente las llamadas objetivaciones de la cultura; es decir, los productos espirituales del hombre (ciencia, arte, religión, derecho, educación) en relación con la sociedad». Si la sociología general «trata de las formas y los hechos de la convivencia humana, independientemente de los productos espirituales que pueden ser el contenido, el producto o el fin de aquéllas», la sociología del Derecho se propondría la investigación de las conexiones posibles entre aquél y los datos de la realidad social. Su problema más inmediato será pues el de «la integración de la convivencia humana» merced al Derecho y a los otros factores espirituales de la creación cultural, así como las formas en que el Derecho se cristaliza «en las diferentes regiones espirituales»; cómo se integran las relaciones humanas a través del fenómeno jurídico? qué formas de socialización produce éste o tiende a producir? qué relaciones vinculan al Derecho con la ciencia, con el arte, con la religión? Etc. (8).

Bouglé y Raffault piensan que la «sociologie morale et juridique étudierait plus directe-

(8)—José Medina Echavarría: *Sociología Contemporánea*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, pgs. 23 a 25.

ment la genèse et le fonctionnement des règles qui gouvernent la vie des hommes en société» (9).

En fin, Carlos Nardi-Greco, de acuerdo con Asturaro, al concluir su grueso volumen de sociología jurídica, nos dice que la investigación por él realizada nos ha mostrado que el Derecho es el producto natural de la acción causal de las condiciones sociales sobre las facultades psíquicas humanas; nos ha hecho hallar sus elementos inmutables en todo el curso de la evolución social; nos ha conducido a establecer qué relaciones generales y constantes ligan el Derecho a las varias categorías de los fenómenos bio-psíquicos en general y de los hechos sociales en especial" (10).

Cuando Asturaro abre el libro presentando a su autor, declara que «son problemas generales (de la Sociología) los que se refieren a los elementos constitutivos y a los fundamentos reales de Derecho y de su sistema social (estructura y actividad jurídica) en cualquier tiempo y

(9)—C. Bouglé et J. Raffault: *Eléments de Sociologie*, Edit. Félix Alcan, París, 1930, pg. 243.

(10)—Carlos Nardi-Greco: *Sociología Jurídica*, Edit. «La España Moderna», Madrid, sin fecha; pg. 582.

lugar: su *primera génesis*—subrayamos—, sus divisiones genéricas y las relaciones entre éstas; además (cuestión de capital importancia), las relaciones causales que se dan entre los hechos jurídicos y cada una de las demás categorías de los fenómenos sociales» (11).

De esta escasa pero bastante información bibliográfica se puede concluir que el tema al que hemos aludido al comienzo de este párrafo constituye materia propia de una sociología jurídica. En todas las acotaciones transcritas encontramos que se trata invariablemente del *Derecho Genético*, del Derecho en el momento de su aparecer como realidad de pensamiento y de su evolucionar en función del hombre y de la vida, del Derecho acuciado por la economía, el arte, la ciencia, la religión y por sí mismo sociológicamente, y reaccionando sobre estos productos de cultura al devolverles, cuando le es posible, golpe por golpe. Se trata, en este último enfoque, de la realidad social creando la figura del Derecho, como del mismo, aplicándose, recíprocamente, a colaborar en el diseño y pintura de la realidad social.

(11)—Idem, pg. 7.

7. Jurisprudencia

Concluída la tarea de los estudios que anteceden, puede decirse que se posee una visión integral del Derecho fundamental, es decir, del Derecho en cuanto fenómeno universal. Los tres enfoques morfológico, axiológico y sociológico son como otras tantas pantallas de rayos «X» que tienen la virtud, inherente a su método y propósitos, de alumbrar la interioridad invariable del Derecho, el esqueleto del Derecho sobre cuyo sostén está construído el cuerpo muscular y sanguíneo en proficua y bulliciosa actividad exterior (Suponemos, claro está, que el esqueleto humano es invariable, y advertimos que, en cambio, el cuerpo muscular, cuando menos en la cara, toma y puede tomar infinitas figuras). El «esqueleto» del Derecho está formado de tres cuerpos, por decir así, que son: el Derecho formal, el Derecho material y el Derecho genético. Suponemos, ahora, haber optado, con éxito, una licenciatura universitaria en Osteología, pero como los seres del Derecho no son macabras piezas osteológicas, danzando en el mundo de los vivos como otros tantos seres vivos; como, más aún, no tomamos nunca nuestros pri-

meros contactos intelectuales con el Derecho sino en sus formas vivientes positivas y efectivas; como, en fin, cuando abrazamos al amigo no abrazamos un esqueleto, sino un cuerpo lleno, radiante de calor vital, y una figura física que sabemos no hemos de nunca confundir con otra, se presenta en nuestra mente la evidencia de que no podemos decirnos sabedores del Derecho si no estudiamos sus formas vivas, si no complementamos nuestros estudios osteológico-artrológicos con la miología y el examen del sistema nervioso, sanguíneo, etc. cuyos objetos, cubriendo de nuestra vista el árido esqueleto le conceden el maravilloso don de la vida.

En suma, que estamos en presencia del *Derecho positivo*. Hemos abandonado la preocupación de las interioridades o esencias jurídicas uniformes y trascendentales para incorporarnos alegremente a la ronda del Derecho que vive, que desborda unas veces el dolor humano y enciende otras la risa de la plenitud y del contento en la emoción del triunfador de las lides judiciales: del Derecho, en fin, que hablan los fusiles, las horcas, las hachas, las guillotinas, las sillas eléctricas, los presidios, las policías, y los ejércitos, los jueces, los abogados, y los jurisconsultos, y el aceite de ricino...

Es importante anotar que empleamos aquí la palabra *Jurisprudencia* en su sentido tradi-

cional romano y etimológico, al que volvemos siguiendo a algunos autores contemporáneos. *Juris prudentia* o *Prudentia juris*, es consejo, prudencia, sabiduría del Derecho, es decir, *Ciencia del Derecho*, y no sólo interpretación por los tribunales de justicia. Nosotros entenderemos por jurisprudencia tanto ésta, en el último significado expresado, como la *Doctrina*. Hay, pues, una jurisprudencia que asume positividad o validez jurídica—la interpretación judicial— junto a otra jurisprudencia que se encuentra en los escritos privados del «jurisprudente» profesor o particular.

De este modo, se advierte que la jurisprudencia o ciencia del Derecho no hace preocupación suya el problema del concepto del Derecho ni el de la idea que éste ensaye interpretar. Así como a la muchacha, ante su tocador, le importan un «rábano» sus índices craneométricos y no atiende a otra cosa que a su línea facial exterior, a la suavidad, limpieza y frescura de su cutis, así el Derecho científico se desentiende de lo que pudiera tener más adentro de sí para consagrarse exclusivamente a la tarea de su aliño exterior. La jurisprudencia parte, pues, de *supuestos* cuya justificación considera que está dada por las disciplinas que hemos enumerado antes, y toma por su objeto la ordenación jurídica particular de un pueblo en una

época determinada; tal, el Derecho romano, el Derecho español, el italiano, el boliviano, el alemán, el soviético; o, armonizando y coordinando su estudio sobre la base de otras notas comunes distintas de las temporales o espaciales, constituye las ramas del Derecho que conocemos bajo los epígrafes de: Derecho civil, penal, mercantil, social, etc.

La jurisprudencia o ciencia del Derecho recibe y acata a éste con disciplina militar o, si se quiere, con fe religiosa. Cuando la legislación, por ejemplo, se presenta ante ella y le dice: --Yo me llamo Derecho, la jurisprudencia se lo cree sin discusión, y, si alguien le demandara semejante credulidad, ella le respondería: --Tengo mis agentes de policía, que, con los nombres de morfología, axiología y sociología, han revisado ya su carnet de identidad; yo me atengo absolutamente al testimonio de ellos. Por esto, Radbruch ha podido decir, con verdad, que la jurisprudencia es dogmática y reproductiva y que puede definirse como la ciencia que se ocupa del sentido objetivo de una ordenación jurídica positiva. La jurisprudencia es ciencia del Derecho vigente, del Derecho tal cual es institucionalmente, no del Derecho justo; es ciencia del Derecho que es, no del que *debe ser*.

«Como dijo con gran justeza Kant, las

Ciencias jurídicas no responden a la cuestión «*Quid jus*»? (qué es lo que deba entenderse *in genere* por Derecho), sino únicamente a la pregunta «*Quid juris*»? (qué ha sido establecido como Derecho por un cierto sistema)». (12) No a la pregunta «qué es Derecho?», sino modestamente a la pregunta:—Qué es *de* Derecho, qué conducta a seguir está de acuerdo con el Derecho vigente, conforme a Derecho.

Para el jurista científico «es Derecho — expresa Recaséns Siches — todo cuanto el oráculo del poder jurídico promulga y reconoce como tal. Por ello se dice que la ciencia del Derecho es dogmática: expone contenidos jurídicos limitados, condicionados por la voluntad del legislador supuesta como válida, reducidos a tiempo y espacio, situados en un tramo de la Historia... Se limita a reproducir, explicándolos y sistematizándolos, los materiales normativos suministrados por la fuente del Derecho vigente»... «por el legislador si se trata del Derecho escrito, y por el facto consuetudinario en el Derecho no escrito... Por eso suele compararse la Jurisprudencia a la Teología; ambas reciben sus mate-

(12)—Giorgio del Vecchio, obra citada pgs. 2 y 3.

riales dogmáticamente; del legislador la primera, de la revelación divina, la segunda» (13).

8. Historia del Derecho

Aún queda un último aspecto por conocer: en las sociedades contemporáneas existen instituciones jurídicas y una organización legal desconocidas en las primitivas. Ha habido pues, un proceso de diferenciación que puede, desde un punto de vista valorativo, considerarse como progreso o mejoramiento. Surge, entonces, la necesidad de enterarse de la marcha que han seguido las instituciones jurídicas a través del tiempo. La organización estatal, la familia, la propiedad son instituciones de Derecho que una mirada retrospectiva las advierte *en proceso de cambio o modificación* perpetua y más o menos activa. Dentro de un mismo territorio o

(13)—Luis Recaséns Siches (citado por Enrique R. Aftalión y Fernando García Olano: *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1939, pg. 70) en *Los Temas de la Filosofía del Derecho*, 1934, pgs. 6, y 7. Y Adiciones del mismo a Giorgio del Vecchio en la obra citada, pg. 30.

dentro de una misma colectividad humana, haciendo memoria de su pasado jurídico, se ve que a la administración descentralizada de justicia ha sucedido la institución de tribunales especiales administradores de la misma; que a la familia poligámica ha seguido la monogámica, que a la agnatio en Roma, la cognatio; que a la propiedad común, la propiedad privada, etc. Se impone pues la necesidad: 1) de «reconstruir el proceso y marcar la curva total de su desenvolvimiento; 2) obtenido un conjunto--cuanto más amplio, mejor--de series histórico-jurídicas representativas del desenvolvimiento del Derecho en las correspondientes sociedades humanas, verificar su cotejamiento, relacionándolas entre sí, y 3) extraer, por último, una sola serie con valor universal, «saliendo de la historia del Derecho nacional para entrar en la del Derecho humano».

El Derecho ha experimentado una doble evolución: externa e interna. Su evolución externa o cuantitativa es una constante modificación de su campo de interdicciones. Este abarca sólo una escasa parte de la vida, y existen, así, un sinnúmero de pequeños actos con los que no toma contacto: yo he podido usar el color de sombrero que me ha antojado, o no usar sombrero; he podido andar calzado o descalzo, he podido estar de pie, sentado o echado; he podido

beber agua natural mejor que gaseosa y preferir verduras a la carne, hablar francés mejor que castellano o ruso, etc. sin que, por regla general, vengan a importunarme las visitas coercitivas del Derecho, las intervenciones de la legislación o la costumbre invasoras de la libertad. Pero este amplio distrito de mi vida en el que gozo ahora de libertad puede ser, en cualquier momento, invadido por la ley, como, a la inversa, es posible que ésta me lo amplíe dejando de configurar algún acto que hasta ahora lo tuvo intervenido y catalogado.

Enrique Aftalión y F. García Olano incurren en un error de apreciación (14) al creer que el Derecho, a secas, puede estirar, o restringir su propio campo, entendiéndolo éste con relación al territorio de las acciones humanas ordenables. Adelantémonos a advertir, con este motivo, que no existe acción humana *ajurídica*, pues sólo dos direcciones son posibles al imperium del Derecho y en ellas está encerrada la

(14)—Enrique R. Aftalión y Fernando García Olano; obra citada. pg. 75.

totalidad de la vida; o el Derecho prohíbe o el Derecho permite; cuando prohíbe, configura conductas en el modo que estudiaremos dentro de la morfología; cuando permite, generalmente calla. Por consiguiente, el ancho campo de las acciones *libres* de que antes hemos hablado es un campo redondamente jurídico, es el territorio del Derecho permisivo; es en fin, libertad, y la libertad es institución jurídica, es Derecho. Todo acto realizado en base de libertad lo está en base de Derecho.

Así pues, la evolución externa de que hablamos aquí es simplemente un «quita y dame campo» que se imponen recíprocamente interdicción y libertad, sin salir jamás de lo jurídico, puesto que no hay un territorio neutral en el que yo pueda afirmar que ni estoy intervenido ni soy libre, porque... o puedo, o no puedo. No existe una tercera hipótesis, y el poder es tan de Derecho como el no poder.

Entendida de este modo la «evolución externa», encontrámosla, dentro de nuestra legislación, en el desahucio, por ejemplo, que calló nuestro Derecho y hoy configura. El campo interdiccional del Derecho, en este caso, ha crecido a costa del campo liberativo o liberacional. Recíprocamente, el territorio de la libertad ha recibido del anterior *la promesa de futuras nupcias* o esponsales que esquematizaba el de-

rogado capítulo 1º. del título del matrimonio en nuestro Código Civil.

La evolución interna o cualitativa sería de espíritu, de rumbos. Por ella el Derecho trata de acercarse, cada vez más, al ideal jurídico, a la justicia. Así es como queda abolida la esclavitud, los privilegios de casta, primero, y, después de clase; se tiende a equiparar los derechos de ambos sexos libertando a la mujer, se propende a una mayor justicia social (socialista), etc. No hay confusión posible entre ambos modos de evolución por mucho que coincidan frecuentemente los resultados institucionales de ambos, porque la evolución externa es objetiva y avalorativa (15), se opera en un sentido claramente cuantitativo de mayor o menor número de acciones humanas intercedidas entre los campos de la intervención — que prohíbe o permite explícitamente — y la libertad; mientras que la evolución interna es subjetiva y valorativa, y se opera, no sobre base cuantitativa jurisdiccional o territorial, sino con relación al sentido axiológico del ordenamiento total intervencional-liberativo. A la evolución interna no le preocupa la dimensión territorial de lo prohibido o

(15)—No en el sentido de Rickert, sinó negativamente.

permitido, de lo intervenido, mejor, o lo callado; lo que absorbe su atención es el significado ideológico, político, moral o justiciario, de lo prohibido o permitido.

La historia del Derecho se ocupa de éste tanto en su formulación positiva como en su doctrina. En el primer caso es la exposición de las manifestaciones del Derecho instituido, del Derecho vigente en sus diferentes épocas y países, señalando la sucesión de las tradiciones jurídicas y el origen y progreso de las instituciones existentes. En el segundo caso es la historia de la ciencia jurídica a través de los autores que comentaron o explicaron el Derecho, la historia de la doctrina.

La historia del Derecho, que en sus comienzos, se limitó al estudio del Derecho romano y del germánico, se ocupa actualmente del Derecho de todos los pueblos pasados y presentes. Muchas instituciones desaparecieron sin dejar rastros; de otras se conservan monumentos escritos. Cada vez se descubren nuevos documentos que enriquecen los estudios etnológicos. Conócense las instituciones jurídicas de los aztecas, sirios, babilonios, egipcios, griegos y eslavos. En varios países existen asociaciones que investigan las instituciones jurídicas del pasado y las costumbres de los pueblos salvajes y semi-civilizados del presente, de quienes se conside-

ra que atraviesan un período análogo al de los pueblos civilizados en su infancia. Entre los investigadores del Derecho etnográfico se han distinguido Post, Morgan, Sumner Maine, etc. Gracias a sus investigaciones se conocen las costumbres de los negros australianos, papúas, polinesios, malayos, tribus africanas y americanas, chinos, japoneses, armenios, tibetanos, etc, habiéndose podido constatar la existencia de muchas costumbres comunes e instituciones análogas (16).

«La Historia del Derecho nos pondrá de manifiesto los acontecimientos de producción y modificación del Derecho en su propia individualidad real; ofrecerá la película del desenvolvimiento efectivo del Derecho encajado en el resto de los hechos históricos» (17).

Hay dos métodos para el estudio histórico del Derecho: el método cronológico y el mé-

(16)—Daniel Antokoletz: *Principios de Introducción al Derecho*, Edit. «La Facultad», Buenos Aires, 1928, pg. 36.

(17)—Adiciones de Recaséns Siches a del Vecchio, obra citada, pg. 45.

todo sincrónico. El primero reproduce el desenvolvimiento de una determinada institución, en el tiempo. El segundo se detiene en un momento más o menos limitado del mismo para estudiar esa institución en sus relaciones con la igual coetánea de los otros pueblos, viniendo a ser, así, historia comparada del Derecho, o Derecho comparado.

En fin, la historia del Derecho puede ser universal o nacional.



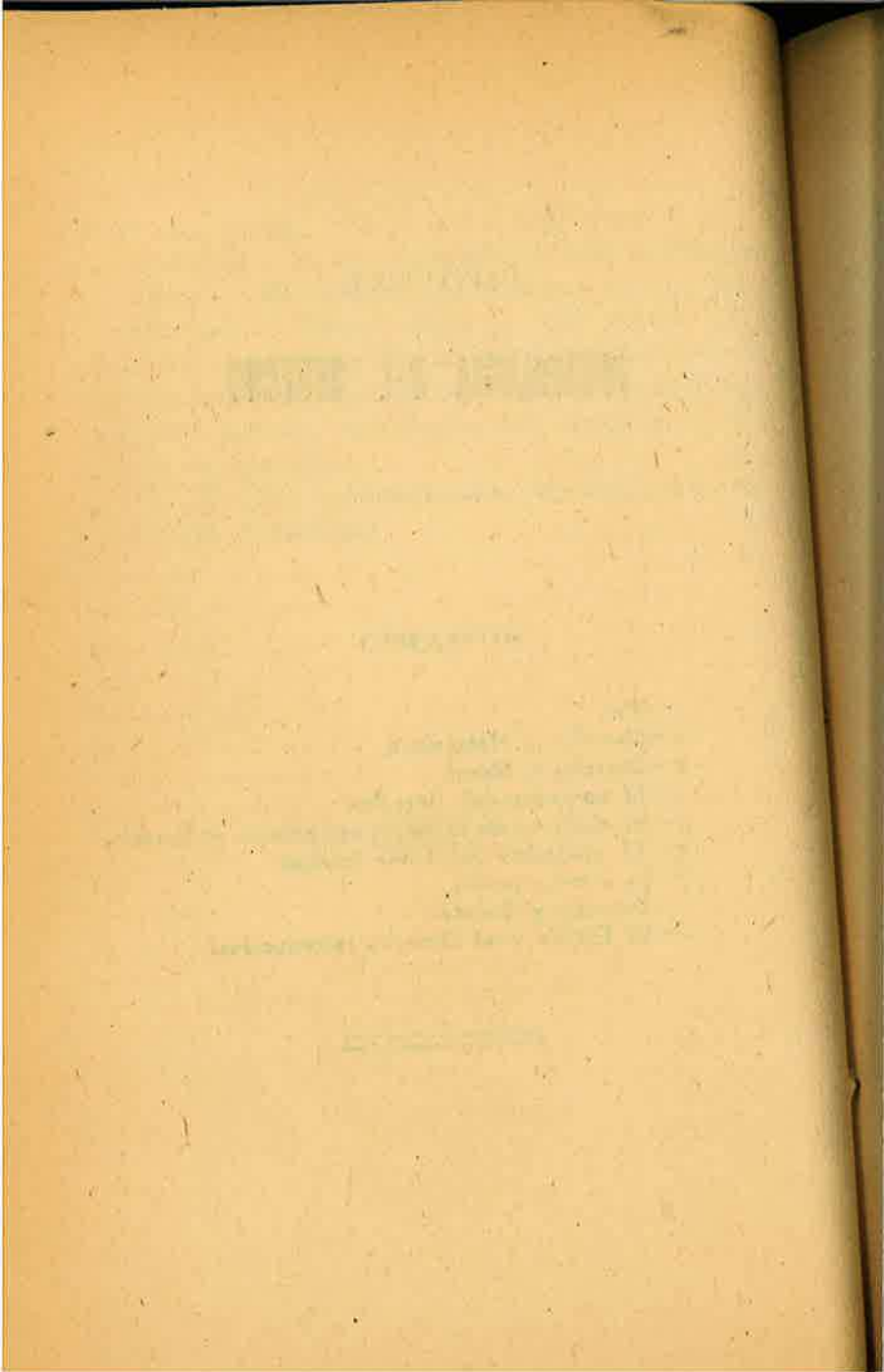
CAPITULO II

MORFOLOGIA DEL DERECHO

SUMARIO

- 1—Plan
 - 2—Derecho y Naturaleza
 - 3—Derecho y Moral
 - 4—El concepto del Derecho
 - 5—El dualismo de la teoría reinante en el Derecho
 - 6—La gradación del orden jurídico
 - 7—La interpretación
 - 8—Derecho y Estado
 - 9—El Estado y el Derecho Internacional
-





1. Plan

El extraordinario acontecimiento de la «Teoría Pura del Derecho» del profesor austriaco Hans Kelsen, fundador de la escuela «vienesa», ha revolucionado la filosofía y la ciencia del Derecho al mostrar definitivamente cómo éste no puede admitir criterios de valor en el modo jusnaturalista que se venía usando desde Roma hasta nuestros días. El Derecho, como el propio Fritz Schreier, conciliador de Kelsen y Husserl (1), lo dice, «es una forma vacía». Cuánta razón «subconsciente» tenía pues Rodolfo Stammler cuando comparaba la justicia, frente al Derecho, con la estrella polar guiando al navegante! Tal es la distancia que separa a la una del otro.

(1)—Fritz Schreier, *Concepto y Formas Fundamentales del Derecho*. Editorial «Losada», Buenos Aires 1942. Publicación del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. Schreier, discípulo tanto de Kelsen como de Husserl, fundador éste de la escuela fenomenológica, se propone conciliar las tendencias de ambos pensadores.

En este estudio, nos interesan, a la par, la nave y la estrella, el Derecho y la justicia, pues, si bien se trata de dos cosas harto diferentes en sí, el primero existe para la segunda y, por consiguiente, la segunda, la justicia, determina íntegra y totalmente la estructura que tomará el Derecho. Así, la «nave jurídica» seguirá el rumbo de la estrella.

A guisa de auxiliar casi sólo mnémico nosotros hemos de substituir la metáfora stammleriana por esta otra: el Derecho es vaso *sin contenido*, una copa de cristal vacía, pero, precisamente por ello, hecha para ser usada, es decir, para ser llenada de algo; este algo, que lo mismo puede ser agua que aceite o vino, representa la justicia servida por la copa «Derecho» al hombre en sociedad. Por tanto, tenemos que dividir nuestra investigación netamente en dos partes: una morfología o lógica, y una axiología o deontología.

Nuestra posición es, en general, ortodoxa con el positivismo kelseniano al que aportaremos, sin embargo, una observación relacionada con la proposición jurídica, en cuanto a su doble naturaleza. Por comodidad, y aunque en una parte mayor copiamos a Kelsen, no hemos de usar siempre comillas. Esto nos permitirá una cierta libertad en cuanto a subrayar tales o cuales palabras o conceptos, así como a sustituir aquéllas cuando

la necesidad de abreviar lo exija. Por último, es claro que, al hablar de una "télesis del Derecho", tenemos la pretensión de integrar el inapreciable aporte kelseniano con una interpretación de lo que puede calificarse como «fines del Derecho», como propósitos del Derecho, como teleología, en fin, jurídica.

2. Derecho y Naturaleza (2)

La teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho, no interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Procura responder a la pregunta sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe elaborárselo. Aquello es la nave y la copa; esto, la estrella y el vino. La teoría pura del Derecho es *ciencia del Derecho* y no política del Derecho. Si ella se califica como teoría «pura»

(2)—Hans Kelsen: *La Teoría pura del Derecho*. Editorial Buenos Aires, 1941.

es porque pretende librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños ideológico-políticos con que intereses de este orden, aliados del vetusto enfoque jusnaturalista, la obscurecieron.

Si la ciencia jurídica no ha de disolverse en la ciencia natural, el Derecho tiene que ser distinguido de la naturaleza con toda nitidez. Analicemos un «estado de cosas» tenido por Derecho: en una sala se reúnen hombres, pronuncian discursos, etc.: tal es el suceso exterior: hecho de la naturaleza. Su sentido: que es votada una ley: Derecho. Alguien mata a alguien: hecho natural. Su sentido: un asesinato: Derecho.

La significación social y la jurídica *no se perciben sensorialmente* como el color o la forma, se comprenden (3). Pero es menester distinguir el sentido subjetivo del sentido objetivo de un acto; si yo doy muerte, con mis manos, a un traidor a la Patria creyendo que lo castigo por ello, subjetivamente he ejecutado una sentencia de muerte, pues tal lo creo, pero, objetivamente, he cometido un asesinato.

El suceso exterior —reunirse hombres, dar muerte a un hombre— es un «trozo de la natu-

(3)—Dilthey.

raleza» y se gobierna por leyes causales. Pero una norma puede referirse a ese suceso y conferirle una significación jurídica denominándolo «parlamento» y «asesinato» respectivamente, y la norma hace, entonces, «las veces de esquema de interpretación». Habrá que confrontar si uno y otro suceso corresponden a las figuras descritas por la ley política y el código penal (4).

Adviértase que, «cuando se caracterizan como sucesos jurídicos los actos naturales, esto no significa sino que se afirma la validez de normas cuyo contenido está en determinada correspondencia con el acontecer efectivo». Se puede *conocer*, llana y simplemente —y, en rigor, esto es siempre lo primero— y se puede *conocer jurídicamente*. Lo uno es sólo representarse el acto natural; lo segundo es relacionarlo con la norma (5).

3. Derecho y Moral

Siendo el Derecho una realidad espiritual, plantéase la necesidad de distinguir el

(4)—Hans Kelsen: obra citada, pgs 25 a 32.

(5)—La validez de una norma sólo expresa su existencia específica como tal; pero, puesto que las

Derecho tanto de la naturaleza como de otras realidades ó fenómenos espirituales; singularmente de la moral con la que tanto se ha confundido. Desde luego, «en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el Derecho debe ser moral, es decir, bueno». Lo que más importa, en este terreno, es deslindar el Derecho de la justicia.

La justicia es una categoría moral, es un valor absoluto y, por consiguiente, su contenido no puede ser determinado por la teoría pura del Derecho. Es más, en ningún caso es asequible al conocimiento racional, como lo prueba la historia del espíritu humano que desde hace siglos se afana en vano por la solución de este pro-

normas regulan la conducta humana y ésta es tempoespacial, la norma «vale para algún espacio y para algún tiempo; es decir, se refiere a sucesos que sólo pueden tener lugar en alguna parte y en algún momento. La relación de la norma con el espacio y el tiempo es el ámbito espacial y temporal de validez de la norma» (pg. 33 de Kelsen). También puede hablarse de un «ámbito material» de la norma en tanto se tiene en vista los objetos particulares; así, la conducta religiosa, la económica, la política. Y de un «ámbito personal»; así, las normas de una moral uni-

blema. La justicia, que ha de representarse como un orden superior—la estrella—, diverso y frente al Derecho positivo, «está en su validez absoluta más allá de toda experiencia». Según la tendencia conservadora o revolucionaria reinante, la justicia afirma lo dado, concordando con la realidad social, o lo niega contradiciendo a ésta. «Desde el punto de vista del conocimiento racional sólo hay intereses y, por tanto, conflictos de intereses cuya solución es dada por un orden de intereses que, o bien satisface un interés contra el otro y a costa del otro, o bien instituye una compensación». Por vía del conocimiento racional es de todo punto imposible determinar cuál de esos intereses es el «justo». En fin: «la justicia es un ideal irracional»; si la hubiera como «resultante de la Naturaleza,

versal se dirigen a todos los hombres, «mientras que determinadas normas jurídicas sólo obligan o autorizan a ciertas categorías de hombres».

Es prudente aislar, en su justo lugar, a la sociología del Derecho de nuestro «conocimiento jurídico normativo». La primera pregunta «quizás por qué motivos determinados un legislador ha promulgado precisamente estas normas y no otras, y qué efectos han tenido sus disposiciones... en qué forma los

de la razón o de la voluntad divina, la actividad del legislador estatal sería la insensata tentativa de una iluminación artificial a la luz solar”:

De este modo, la teoría pura del Derecho quiere «exponer el Derecho tal cual es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto... En este sentido es una teoría jurídica radicalmente realista». El conocer pretende sola y únicamente *descubrir su objeto*; el querer, raíz de toda ideología, deforma ese objeto para alcanzar sus fines puesto que no cuenta en éstos el interés por la verdad (6).

hechos económicos o las representaciones religiosas han influido en forma efectiva en la actividad de los tribunales», etc. Se trata aquí de hechos de conciencia. Se trata allí, en la ciencia del Derecho «de las normas jurídicas como substratos de sentido» queridos o representados en esos hechos de conciencia. «Del mismo modo, el filósofo que investiga los procesos químicos o físicos bajo cuya condición, o acompañados por los cuales, aparecen ciertos sentimientos, tampoco capta estos sentimientos mismos, que—como fenómenos psicológicos—no se dejan aprehender ni química ni fisiológicamente».

(6)—Hans Kelsen: obra citada, pgs. 37 a 44.

4. El concepto del Derecho

El carácter ideológico de la doctrina jurídica tradicional jusnaturalista, como de la llamada positivista, sin serlo, del siglo XIX, aparece claramente en aquello de que el orden estatal positivo, el Derecho, para ser tal, ha de interpretar la justicia o, por lo menos, ser un intento de hacer justicia, de constituir «Derecho justo». La teoría pura del Derecho se propone desligar claramente a éste del campo propio de la moral con la que aún el llamado «positivismo» lo tenía confundido al considerar moral y Derecho como un deber ser de la misma o parecida naturaleza, es decir, como *imperativos éticos*.

No. La moral es un imperativo a secas, rotundo y terminante; es *un deber ser que manda ser*. El Derecho, en cambio, es un imperativo *condicionado*, un deber ser que manda ser, pero consecuentemente ligado a *un poder ser que prevee ser*. La norma jurídica es, así, «un juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada». Si la ley natural

enlaza una determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, la ley jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica. «En un caso la forma del enlace de los hechos es la causalidad, en el otro la *imputación*, que es conocida por la Teoría pura del Derecho como la legalidad particular del Derecho». Cuando decimos que alguien será castigado por o a causa de un delito, y que a alguien se le rematará la casa por o a causa de una deuda no pagada, «la referencia de la pena al delito, de la ejecución a la situación de hecho antijurídica civil, no tiene significado causal, tiene significado normativo». Esta referencia de índole normativa es la que llamamos *imputación*.

De este modo —y aquí nos apartamos tal vez un tanto de Kelsen—, las expresiones «deber ser» de la moral y «poder ser» del Derecho se aplican ambas a éste en vínculo de naturaleza condicional. En la moral hay un deber ser sin condiciones ni consecuencias, salvo que se trate de la censura social o las penas infernales... «No matarás» dice el moralista. El portavoz del Derecho se pronuncia, por ejemplo, así: —Si matas, morirás. La situación condicionante “si matas” no es ciertamente un mandato de ser, sino sólo una *previsión de ser* a la vez que una posibilidad de ser. De este modo, la proposición kelseniana se divide en dos partes de naturaleza distinta: un

*poder-ser condición y un deber-ser-conse-
cuencia.* El régimen de causalidad difiere tanto
de la moral como del Derecho porque es un *ré-
gimen de necesidad* que se expresa por un «te-
ner que ser» indispensable y fatal.

La ley natural dice: si es A, tiene que
ser B.

La norma jurídica dice: si es A, debe
ser B.

La ley moral dice: debe ser A (7).

En la segunda proposición no se enuncia
ningún juicio de valor, pero «la pena sigue
siempre y sin excepción al delito», normativa-
mente hablando, pues es claro que, dentro del
sistema de la naturaleza, la pena puede faltar
si, por ejemplo, el delincuente no es habido,
así como a la inversa, se da también el caso de
pena sin delito (8).

(7)—Simplemente porque es bien, pues la cen-
sura social o los castigos divinos son cosa de opinión
personal y de creencia religiosa, respectivamente.

(8)—En cuanto a que la norma jurídica tenga
carácter coactivo, la teoría pura del Derecho no di-
siente del positivismo del siglo XIX. Para ella, la
consecuencia enlazada en la proposición jurídica es el
acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución
coactiva civil o administrativa, «y solamente por eso
la situación de hecho condicionante es calificada co-

De este modo, el Derecho no es otra cosa que una «técnica social», una manera de conseguir el estado social deseado enlazando a la conducta humana opuesta a ese estado un acto coactivo que puede consistir en la privación de la vida, de la libertad o de un valor económico. El fin, pues, del orden jurídico, el fin inmediato, es el de *motivar* a los hombres hacia una determinada conducta, y «en esta motivación descansa la eficacia a que tiende» (9).

mo lo antijurídico, y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico». No se trata, iusistimos, de ninguna cualidad moral ni de referencia alguna a normas metajurídicas.

Mediante ese modo de consideración lo antijurídico se convierte, de negación del Derecho que parece ser desde un punto de vista jurídico-político, *en condición específica del Derecho*. La teoría pura del Derecho muestra que el Derecho mal puede ser violado o infringido por lo antijurídico, «cuando sólo por lo antijurídico logra su función esencial». Lo antijurídico no significa una interrupción en la existencia del Derecho, sino precisamente lo contrario: en lo antijurídico se confirma la existencia del Derecho, que consiste en su validez, en el «deber ser» del acto coactivo en tanto consecuencia jurídica (Kelsen pgs. 53 a 55).

(9)—Kelsen, pgs. 44 a 68.

Sin embargo, puede admitirse, implícita en la

5. El dualismo de la teoría reinante en el Derecho

Tanto el jusnaturalismo clásico como la Teoría General del Derecho que lo ha sustituido en el siglo XIX instalan en la base de su sistema una contradicción fundamental: la del dualismo de Derecho objetivo y subjetivo, entendiéndose en el primero la norma y, en el segundo, la facultad como algo independiente; ésta, otorgando libertades, la otra frenándolas. Semejante dualidad traduce el pensamiento de que el Derecho subjetivo precede al objetivo, que

norma coactiva *pero solo mirando al fin que persigue* (el estado social deseado) un deber ser de categoría moral o política, norma que, en el terreno de lo jurídico puro, es sólo *secundaria* y que debe ser entendida, en calidad de *propósito de obtener una conducta que evite el acto coactivo* (Kelsen, pg. 59). Nótese, además, que, con frecuencia, la conducta humana concordante con el orden jurídico no es siempre efecto de la representación que suscita la amenaza

no haría otra cosa que reconocerlo y garantizarlo (10),

La teoría pura del Derecho se opone resueltamente a semejante concepción «poniendo de relieve, con la mayor energía, el concepto de *deber* jurídico». Un hombre está jurídicamente obligado a una conducta determinada «en tanto que la conducta contraria está puesta en la norma jurídica como condición para un acto coactivo calificado de consecuencia jurídica». Con esto se reconoce que el *deber* jurídico—y no la facultad—es la única función esencial del Derecho objetivo. «Toda proposición jurídica tiene

del acto coactivo». Con mayor frecuencia acaso son motivos religiosos, morales, la consideración social, las circunstancias, etc. lo que determina esa conformidad. Por otra parte, siendo el orden jurídico sólo un medio (el vaso de nuestra metáfora), no se puede entrar en su estructura por el conocimiento de sus fines (la composición del líquido contenido), fines que, como tales, son metajurídicos y, por ello, la norma «secundaria» no puede servir para averiguar la esencia del Derecho (la composición del vaso mismo). Lo que la teoría pura del Derecho considera no es el fin perseguido por el orden jurídico, sino el orden jurídico *sen sí*.

(10)—En conexión con el concepto de Derecho objetivo está el concepto de *sujeto* de Derecho o persona, como portador o titular de aquél, persona a

que establecer necesariamente un deber jurídico», lo que no excluye que estatuya también una facultad.

En cambio hay, sí, Derecho subjetivo o facultad «cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad dirigida hacia ella»:—Pido el castigo de A, que me ha robado. Tal, el requisito de la querrela, por ejemplo, o de la acción procesal. Pero aquí la facultad no está frente al Derecho objetivo como algo independiente de él, sino más bien como algo *concedido* por él; es, además, sólo una «estructura posible» pero no necesaria del contenido del Derecho objetivo que puede operar sin la llamada «parte civil».

Hay aquí algo interesante: la función *productora* del Derecho que desempeña la fa-

la que el Derecho objetivo se limitaría, hasta cierto punto, sólo a complacer «si no quiere perder su carácter de Derecho».

Las libertades, «fundamento del Derecho» para Puchta, y que éste funda en la posibilidad de determinarse de que el hombre gozaría, son, en todo caso, muy restringidas. Desde luego, «nadie puede cederse derechos a sí mismo, como quiera que el De.

cultad así concebida, dentro del Derecho privado. Si se consideran la acción procesal y la querrela «como parte constitutiva esencial en el procedimiento en que es producida la norma individual de la sentencia judicial... entonces la concesión de un Derecho subjetivo importa otorgar participación en la producción del Derecho». Pero hay más: este Derecho subjetivo se convierte, por analogía, en Derecho político, pues los llamados «derechos políticos» no tienen otra función que la de garantizar «la participación en la producción de la norma general» o ley, mientras que la facultad jurídica privada garantiza, como se ve, la participación en la producción de la norma individual o sentencia, ambas, expresiones de la «voluntad estatal».

recho del uno sólo existe bajo el supuesto del deber del otro», lo que exige un previo y mutuo acuerdo. Y hay algo más: este acuerdo es jurídico sólo cuando el Derecho objetivo lo considera así; el convenio por el que un amigo se compromete verbalmente a hacerme una visita no es jurídico, no constituye un contrato, etc.

El pensamiento de un Derecho diferente del Derecho objetivo e independiente de él en su existencia, pero que no es menos sino tal vez hasta más «derecho» que éste, tiende, en realidad de verdad, a

Así considerado el Derecho subjetivo, como configuración de la función productora del Derecho, desaparece por completo toda oposición entre Derecho objetivo y subjetivo, y se muestra entonces, con singular claridad, el carácter primario del deber jurídico frente al secundario de la facultad. Al paso que el deber jurídico aparece como la función propia y *sin excepción* de la norma jurídica, la facultad no es indispensable y depende del régimen social (11).

proteger «la institución de la propiedad privada de su abolición por el orden jurídico» [Kelsen, pg. 73].

En la misma dirección que el dualismo de Derecho objetivo y subjetivo está la diferenciación de las relaciones jurídicas en reales y personales, como siendo, las primeras, relaciones de persona a cosa, y las segundas, de persona a persona. No hay relaciones de persona a cosa, como se pretende a propósito del Derecho de propiedad, pues éste no consiste sino «en la posibilidad jurídica del uno de excluir a todos los otros del goce de la cosa». Sólo hay pues, relaciones jurídicas personales.

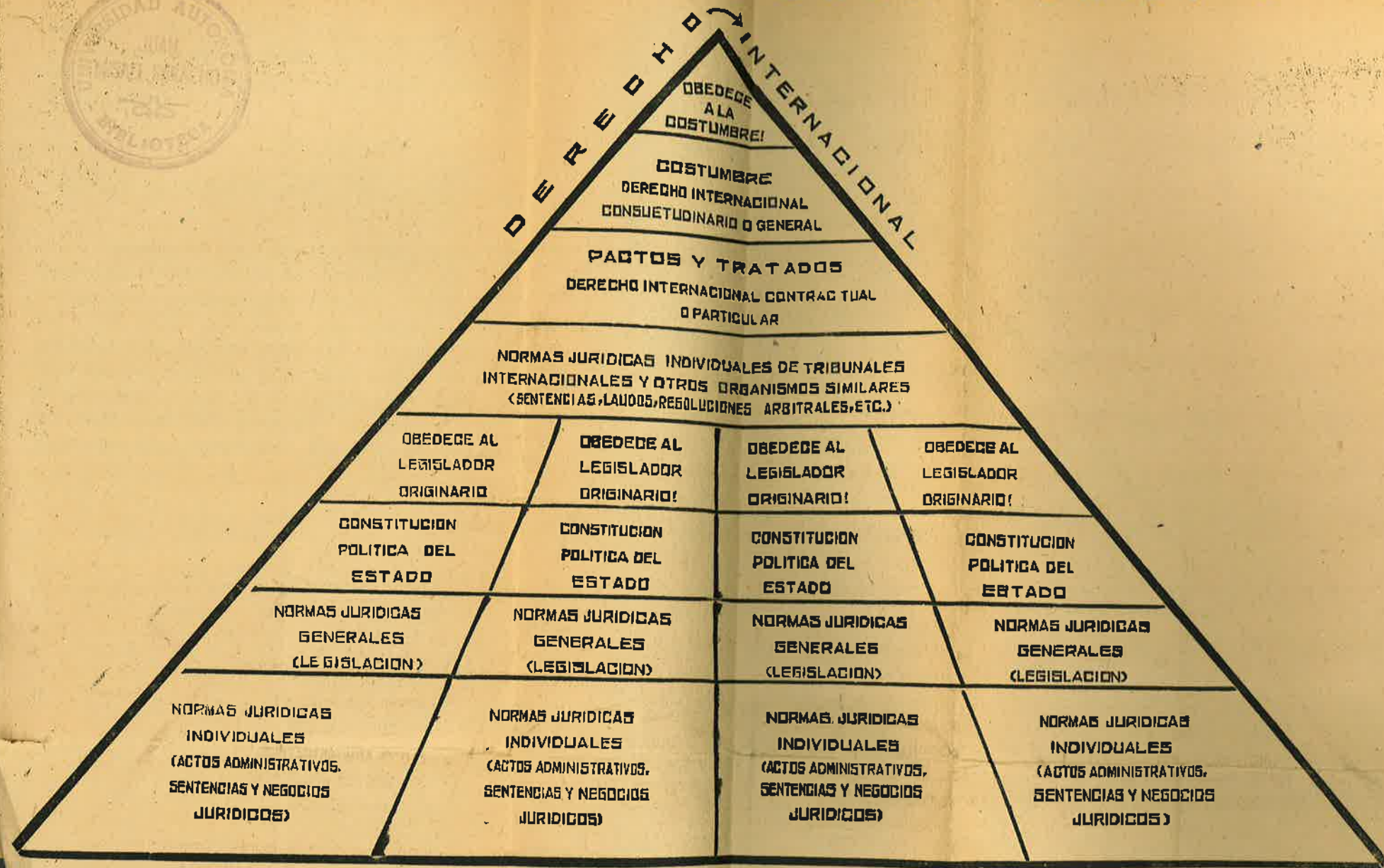
(11)—Por todo ello se ve que «la persona es una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas». En definitiva, la persona física y

Si la teoría pura del Derecho concibe el Derecho subjetivo «sólo como configuración especial o exposición personificadora» del Derecho objetivo; si despoja tanto al concepto de Derecho subjetivo como al de sujeto de Derecho de toda función ideológica, la relación jurídica se convierte en «relación entre dos situaciones de hecho de las cuales una consiste en una conducta humana estatuida como deber jurídico y la otra... una conducta humana estatuida como

la persona jurídica deben concebirse como «cosas de la misma esencia».

La persona «física», en el sentido de *hombre* que se le da, «no es un concepto jurídico, sino biológico-psicológico». No expresa unidad alguna dada al Derecho o al conocimiento jurídico, pues el Derecho no aprehende al hombre en su totalidad, con todas sus funciones anímicas y corporales; sólo estatuye como deberes o facultades *sus actos*. El concepto de persona o de sujeto de Derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes y derechos, es decir, «la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos deberes y derechos». Que el hombre tenga personalidad jurídica no significa otra cosa «sino que ciertas acciones u omisiones suyas constituyen... el contenido de normas jurídicas». Pero si la persona no es más que un conjunto unitario de normas, éstas se dirigen a la *conducta del hombre* como ser real y natural, pues la abstracción

LA GRADACION DEL ORDEN JURIDICO



ORDENES JURIDICO-ESTATALES SINGULARES

facultad». El Derecho, en fin, «es un orden, y... por eso todos los problemas jurídicos han de ser planteados y resueltos como problemas de un orden (12).

6. La gradación del orden jurídico

Siendo el Derecho un sistema de normas jurídicas, su coordinación, dentro de éste, responde a un pensamiento unitario. Cuál es éste? Qué es lo que funda «la unidad de una pluralidad de normas jurídicas?» Sencillamente, una norma también, pero una norma única y fundamental. Hay que advertir que, según sea «la naturaleza del principio supremo de validez», pueden distinguirse dos especies de nor-

«persona» no tiene conducta. Es el mismo el caso de la persona jurídica: «que el orden jurídico estatal... obligue o faculte a una persona jurídica, significa que convierte en deber o en Derecho la conducta de un hombre sin determinar el sujeto mismo». Su determinación es *delegada* «al orden jurídico parcial» de la asociación.

(12)—Hans Kelsen, obra citada, pgs. 68 a 94).

mas: aquéllas, como en la moral (13), que están de antemano contenidas en la norma fundamental (*amar* es ya, en sí, aconsejar, ayudar, proteger, no injuriar, no matar) y las que reciben de la norma fundamental no su sentido o substancia al par que su validez, sino sola y simplemente su *validez*: éstas hacen el Derecho.

Cualquier contenido puede ser Derecho. Tal norma vale como norma jurídica sólo porque fué producida de acuerdo con una regla bien determinada. El Derecho vale solamente como

(13)—En una pequeña obra literaria del autor de este texto—*El Balcón del Firmamento*—que nuestra Universidad publicó (a) se plantea, en orden a moral, un esquema que muestra el desarrollo de la norma fundamental *crear*, sobre la base de su propio contenido, así: Crear es amar, soñar y construir. *Amar* es no injuriar, no murmurar, no calumniar, no matar, ser compasivo, ayudar, aconsejar, luchar por el triunfo de la justicia social. *Soñar* es tener religión, «honrar al sabio, al estudioso y al artista, sacerdotes de la Verdad, tener fe, tener esperanza, tener valentía y tener previsión». *Construir* es trabajar, no mentir, ser exacto y puntual, disciplinado, paciente, perseverante y «moderado en los placeres del cuerpo».

(a)—Rafael García Rosquellas: *El Balcón del Firmamento*, Editorial «Charcas», Sucre, 1939, pgs. 4 y 5.

5. El dualismo de la teoría reinante en el Derecho

Tanto el jusnaturalismo clásico como la Teoría General del Derecho que lo ha sustituido en el siglo XIX instalan en la base de su sistema una contradicción fundamental: la del dualismo de Derecho objetivo y subjetivo, entendiéndose en el primero la norma y, en el segundo, la facultad como algo independiente; ésta, otorgando libertades, la otra frenándolas. Semejante dualidad traduce el pensamiento de que el Derecho subjetivo precede al objetivo, que

norma coactiva *pero solo mirando al fin que persigue* (el estado social deseado) un deber ser de categoría moral o política, norma que, en el terreno de lo jurídico puro, es sólo *secundaria* y que debe ser entendida, en calidad de *propósito de obtener una conducta que evite el acto coactivo* (Kelsen, pg. 59). Nótese, además, que, con frecuencia, la conducta humana concordante con el orden jurídico no es siempre «efecto de la representación que suscita la amenaza

no haría otra cosa que reconocerlo y garantizarlo (10),

La teoría pura del Derecho se opone resueltamente a semejante concepción «poniendo de relieve, con la mayor energía, el concepto de *deber* jurídico». Un hombre está jurídicamente obligado a una conducta determinada «en tanto que la conducta contraria está puesta en la norma jurídica como condición para un acto coactivo calificado de consecuencia jurídica». Con esto se reconoce que el *deber* jurídico—y no la facultad—es la única función esencial del Derecho objetivo. «Toda proposición jurídica tiene

del acto coactivo». Con mayor frecuencia acaso son motivos religiosos, morales, la consideración social, las circunstancias, etc. lo que determina esa conformidad. Por otra parte, siendo el orden jurídico sólo un medio (el vaso de nuestra metáfora), no se puede entrar en su estructura por el conocimiento de sus fines (la composición del líquido contenido), fines que, como tales, son metajurídicos y, por ello, la norma «secundaria» no puede servir para averiguar la esencia del Derecho (la composición del vaso mismo). Lo que la teoría pura del Derecho considera no es el fin perseguido por el orden jurídico, sino el orden jurídico en sí.

(10)—En conexión con el concepto de Derecho objetivo está el concepto de *sujeto* de Derecho o persona, como portador o titular de aquél, persona a

que establecer necesariamente un deber jurídico», lo que no excluye que estatuya también una facultad.

En cambio hay, sí, Derecho subjetivo o facultad «cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad dirigida hacia ella»:—Pido el castigo de A, que me ha robado. Tal, el requisito de la querrela, por ejemplo, o de la acción procesal. Pero aquí la facultad no está frente al Derecho objetivo como algo independiente de él, sino más bien como algo *concedido* por él; es, además, sólo una «estructura posible» pero no necesaria del contenido del Derecho objetivo que puede operar sin la llamada «parte civil».

Hay aquí algo interesante: la función *productora* del Derecho que desempeña la fa-

la que el Derecho objetivo se limitaría, hasta cierto punto, sólo a complacer «si no quiere perder su carácter de Derecho».

Las libertades, «fundamento del Derecho» para Puchta, y que éste funda en la posibilidad de determinarse de que el hombre gozaría, son, en todo caso, muy restringidas. Desde luego, «nadie puede concederse derechos a sí mismo, como quiera que el De.

cultad así concebida, dentro del Derecho privado. Si se consideran la acción procesal y la querrela «como parte constitutiva esencial en el procedimiento en que es producida la norma individual de la sentencia judicial... entonces la concesión de un Derecho subjetivo importa otorgar participación en la producción del Derecho». Pero hay más: este Derecho subjetivo se convierte, por analogía, en Derecho político, pues los llamados «derechos políticos» no tienen otra función que la de garantizar «la participación en la producción de la norma general» o ley, mientras que la facultad jurídica privada garantiza, como se ve, la participación en la producción de la norma individual» o sentencia, ambas expresiones de la «voluntad estatal».

recho del uno sólo existe bajo el supuesto del deber del otro», lo que exige un previo y mutuo acuerdo. Y hay algo más: este acuerdo es jurídico sólo cuando el Derecho objetivo lo considera así; el convenio por el que un amigo se compromete verbalmente a hacerme una visita no es jurídico, no constituye un contrato, etc.

El pensamiento de un Derecho diferente del Derecho objetivo e independiente de él en su existencia, pero que no es menos sino tal vez hasta más «derecho» que éste, tiende, en realidad de verdad, a

Derecho *positivo*, es decir, como *Derecho instituido*, y en esto solo radica su positividad. La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es otra cosa, a diferencia de lo que ocurre en la moral, «que la regla fundamental de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico». Ahora bien, «de esta norma fundamental no se pueden deducir lógicamente las normas singulares del sistema jurídico» como se extraen las normas morales “proteger” y “aconsejar” de la norma más amplia «amar». Tienen que ser producidas «por un acto especial de institución, que no es acto intelectual, sino de voluntad. La institución de normas jurídicas tiene lugar en diversa forma: por vía de la costumbre o por el procedimiento de la legislación, en tanto se trata de normas generales; por actos de jurisdicción y por negocios jurídicos en las normas individuales».

«Si se refieren las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, pónese de manifiesto que la producción de la norma singular se efectúa con arreglo a la norma fundamental». Cuando uno se pregunta por qué determinado acto coactivo es un acto jurídico, halla esta respuesta: «porque ese acto fué prescripto por una norma individual determinada, por una sentencia judicial». Si se pregunta lue-

go por qué vale esa norma individual, se oirá responder que está dispuesta en el código penal. Pero si, siempre curiosos de llegar hasta el fin, preguntásemos por el fundamento de validez del código penal, se nos dirá que aquél reside en la Constitución del Estado. Y... la Constitución del Estado? Pues en la anterior Constitución. Y ésta? En la anterior... Y así, sucesivamente, hasta llegar a la primera Constitución y «al primer órgano constituyente histórico», sea cual fuere. Pero, y... la primera Constitución? Se funda en esta única y última si bien sólo supuesta norma: --Obedece al legislador originario! De este modo, en el vértice de la pirámide (de sólo el orden nacional) aparece la base sistemática buscada bajo la dicha fórmula totalizante que Cossio abrevia en los dichos términos (14).

«La Teoría pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa». No es pues instituida sino *supuesta*. «en tanto condición de toda ins-

(14)—Aparece esta fórmula del profesor argentino Carlos Cossio en el prólogo del libro de Kelsen que vamos siguiendo, pg. 9.

tauración jurídica, de todo procedimiento jurídico positivo» (15).

De lo dicho se infiere que el orden jurídico no es un sistema de normas de igual jerarquía, sino un orden acomodado por planos o escalones. Su unidad resulta de que la validez de una norma se remonta a la de encima y la de ésta a la de más arriba, hasta desembocar en la norma hipotética fundamental, así:

Primer plano, de abajo: normas jurídicas individuales (sentencias, contratos).

Segundo plano: normas jurídicas generales (costumbre y legislación).

Tercer plano: Constitución del Estado.

Vértice: norma hipotética fundamental (— Obedece al legislador originario!).

La función esencial de la Constitución «consiste en regular los órganos y el procedi-

(15)—«Si se pregunta por aquello de que depende el contenido de la norma básica que da fundamento a un orden jurídico determinado», he aquí lo que muestra el análisis: «ese contenido se rige por la situación de hecho en que es producido aquel orden», el que corresponde, *hasta un cierto grado*, la conducta efectiva de los hombres. Es decir: la norma fundamental vale en tanto es *mayoritariamente* cumplida. Así cobra validez la instauración de un régimen revolucionario. Decimos «mayoritariamente»

miento de la producción jurídica general». Sin embargo, también puede determinar el contenido de las leyes futuras, al modo de la moral, como ocurre cuando establece los llamados «de.

y no «totalmente» porque, en este caso, el Derecho carecería de sentido, pues a qué decir: «debe acontecer lo que efectivamente acontece», o «debes lo que quieras»? Conviene no confundir, por esto, la validez del orden jurídico con su *eficacia* cuyo concepto coincide más bien con el de Poder: si el Derecho no puede existir sin el Poder, no se infiere de ello que el Derecho sea el Poder. En el sentido de la teoría aquí desenvuelta, el Derecho es un orden determinado del Poder (pg. 104 de Kelsen).

Pero es importante advertir que esta dependencia de la validez de un orden jurídico con respecto a su eficacia, aprehende al Derecho como *totalidad* (representada en la norma fundamental), y se trata, entonces, del orden jurídico *internacional* que legitima a un Poder establecido fácticamente. Porque la norma jurídica singular, por mucho que carezca de eficacia, *sigue valiendo* dentro de la estructura u orden total «y en tanto se encuentra en la serie de actos creadores de un orden válido». A la cuestión relativa a su validez «se responde dentro del sistema recurriendo a la primera constitución que fundamenta la validez de todas las normas». Si ésta vale, tienen que considerarse válidas todas las normas constitucionalmente creadas. El principio de efectividad se refiere pues a la primera Constitución del orden ju-

rechos fundamentales»: la libertad, la propiedad, la protección al trabajo, etc. (16).

Es útil advertir que, mientras en la Constitución es función principal la de determinar los órganos y el procedimiento, en la Legislación se establece, sin preferencia, tanto aquéllos (Derecho procesal) como el contenido mismo (Derecho sustantivo o material) «de las normas individuales que ordinariamente han de ser dictadas por los tribunales y por las autoridades administrativas».

Otra cosa: el Derecho no se agota en la norma general, como erróneamente se supone. La *jurisdicción*, contra su sentido etimológico

rídico-estatal singular, y en relación con el Derecho Internacional.

Sin embargo, el orden jurídico-estatal singular, a semejanza del Derecho Internacional, «puede erigir el principio de efectividad... en principio jurídico positivo y de este modo hacer depender la validez de las normas singulares de su eficacia», como ocurre cuando la Constitución instituye, como fuente de Derecho, la costumbre.

(16)—En nuestra Constitución de 1938 hay copiosa determinación de contenidos. Por el art. 1º. la República «adopta para su gobierno la forma demo-

(*juris dictio*: digo el Derecho), no es de ningún modo, una función puramente interpretativa; antes bien, es *producción jurídica* en el sentido propio de la expresión. Si existen una condición y una consecuencia jurídicas cuyo enlace se

crática representativa»; por el 2º. se «reconoce y sostiene la religión católica»; por el 5º. «la esclavitud no existe en Bolivia»; por el 6º., que enumera los «derechos fundamentales, se es libre de permanecer y transitar, de dedicarse al trabajo y al comercio, de pensar y emitir ideas, de reunirse, de pedir, de instruirse y de enseñar»; por el 16 «toda casa es un asilo inviolable»; por el 17 la propiedad es igualmente inviolable; por el 25, «no existen la pena de infamia y la de muerte civil»; por el 106 «el régimen económico deberá responder esencialmente a principios de justicia social»; por el 121 «el trabajo y el capital, como factores de la producción, gozan de la protección del Estado»; toda esta sección, bajo el epígrafe de «régimen social», es determinación de contenidos y va en ayuda del trabajador. La sección que sigue, «la familia», formula su organización y sus derechos así como los deberes del Estado frente a ella. Los arts. 154 y siguientes, sobre el «régimen cultural», disponen que «la educación es la más alta función del Estado»; que la instrucción primaria y secundaria es gratuita; que el Estado auxiliará económicamente a los estudiantes; y que la riqueza artística, arqueológica e histórica y la procedente del culto religioso, es tesoro cultural de la Nación». Por último, la sección décima nona, «del campesinado», protege las comunidades indígenas y dispone que su legislación

va *discutiendo* por las partes y si ese enlace se efectúa por fin, ello es sólo gracias a la jurisdicción en acto de conocer y sentenciar. Si «las dos situaciones de hecho son enlazadas en el dominio de lo general por la ley, tienen que serlo en el dominio de lo individual por la sentencia judicial». Por eso, la sentencia judicial es una *norma jurídica individual* (17).

El examen de la gradación del orden jurídico muestra que la oposición entre producción o creación del Derecho, por un lado, y ejecución o aplicación del Derecho, por otro, no tiene aquel carácter absoluto que la teoría jurídica tradicional liga a esta oposición. «La mayor parte de los actos jurídicos son al mismo tiem-

«se sancionará teniendo en cuenta las características de las diferentes regiones del país».

(17)—Lo mismo puede decirse de la *Administración* cuya función no difiere fundamentalmente de la actividad judicial. Administración y Justicia realizan los fines del Estado que se resumen en «provocar el estado social deseado». Castigar por injurias es lo mismo, en este sentido, que castigar por llevar un auto a gran velocidad. Consistiendo la actividad judicial, esencialmente, en persecución *mediata* de fines del Estado, sólo se diferencia de la Administración cuando ésta se cumple *inmediatamente*; cuando, por ejemplo, el Estado maneja, en forma directa, escuelas o ferrocarriles.

po actos de producción jurídica y actos de ejecución jurídica». La Constitución, con ser el acto de producción más rico, ejecuta la norma fundamental; la Legislación, producción de normas generales, es ejecución de la Constitución; la sentencia judicial, el acto administrativo y el negocio jurídico, que producen normas individuales, son ejecución de la ley. Sólo en el vértice y en el último plano de abajo aparece una sola de ambas funciones: la norma fundamental «es pura institución normativa», producción sola; el acto coactivo, pura ejecución de la sentencia o de la orden administrativa (18).

7. La interpretación

Si junto al proceso de producción jurídica hay otro de interpretación o ejecución, cómo se verifica éste? Es decir, cómo se pasa de una grada superior a la inferior, de la Constitución a la Legislación, de ésta a la sentencia o al negocio jurídico?

(18)—Hans Kelsen: obra citada, pgs 94 a 126
Frente a la objeción de que la contradicción, que con frecuencia se ve, entre normas de diferente ge-

La norma de grado superior prescribe el procedimiento y eventualmente el contenido de la inferior. «Pero esta determinación no es nunca completa», pues siempre queda un margen de libre apreciación. «Si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C, el órgano B ha de decidir, según su criterio, cuándo, dónde y cómo» lo hará.

«Así pues, la institución de una norma meramente general tiene siempre lugar...bajo el supuesto de que la norma individual que se dic-

rarquía destruiría la unidad del sistema, Kelsen aporta esta hábil solución: no puede negarse que el Derecho positivo *cuenta* con el Derecho antijurídico pues que «confirma su existencia al tomar diversas precauciones para impedirlo o aún restringirlo. Pero al hacer esto...*acepta*... el carácter propio de la antijuridicidad». Es que «la determinación de la norma más baja por la mas alta tiene... el carácter de un precepto *alternativo*»:—Puedes cumplir o puedes no cumplir. «Si la norma... está de acuerdo con la primera de ambas alternativas, tiene pleno valor; si está de acuerdo con la segunda, tiene un valor mediocre», es decir, sigue siendo válida, pero sólo en tanto en cuanto no sea anulada. «No es dable una tercera posibilidad, pues la norma que no es anulable, sólo pue-

ta en ejecución cuya continúa el proceso de determinación que constituye, en efecto, el sentido de la sucesión gradual de las normas jurídicas».

Unas veces la indeterminación es intencionada, como cuando la ley penal establece una alternativa entre arresto y pena pecuniaria: otras no es intencionada, como cuando resulta de una pluralidad de acepciones en la frase empleada, o cuando el ejecutor cree poder aceptar que la norma no expresa la verdadera voluntad del institutor, legislador o partes en un contrato.

Así pues, la interpretación *no es una*. El resultado de su actividad «sólo puede ser la verificación del *marco* que representa la norma a interpretarse y, por tanto, el conocimiento de las *posibilidades varias* que están dadas dentro

de ser definitivamente válida o nula», y, siendo nula, no es norma, sino apenas apariencia de norma. «El carácter alternativo de la norma superior determinante de la inferior, excluye la posibilidad de que la norma inferior aparezca en contradicción lógica efectiva con la superior; pues una contradicción con el primero de los dos preceptos alternativos... no es una contradicción con la norma»... *alternativamente configurada*.

de ese marco». Dentro de un criterio jurídico positivo no puede establecerse preferencia alguna y, si se la establece, es ya al margen de este criterio y en vista de los fines ideológicos del ordenamiento jurídico. Se trata, entonces, de la norma «justa» y, por tanto, no de una cuestión «propia del conocimiento dirigido hacia el Derecho positivo», sino de una cuestión tético-jurídica.

Se adjudica un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar las «lagunas de la ley». No hay, empero, auténticas lagunas en el sentido de que un litigio jurídico no fuera susceptible de decisión conforme a las leyes valederas. En efecto: todo orden jurídico contiene dos proposiciones, *únicas posibles*: a) se está obligado a una conducta determinada; b) «se es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado». Y no cabe una tercera posibilidad. Ahora bien, en esas dos proposiciones están previstas absolutamente todas las conductas posibles. En otros términos: «todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido» (19). Lo que en realidad ocurre, cuando se habla de «lagunas», es que la decisión deferente o dene-

(19)—Carlos Cossio.

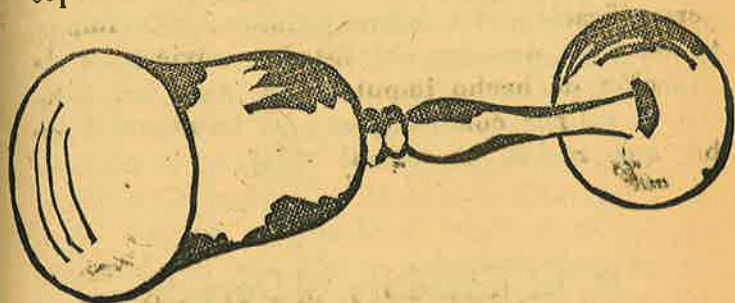
gatoria es tenida como injusta por el juzgador; de tal modo injusta, que éste se inclina a pensar que el legislador no ha previsto el caso que se le presenta. Pero aquí, como antes, se trata también de un problema de justicia, de un problema tético jurídico, no jurídico-positivo (20). Tal vez la copa es un poquito grosera para la calidad del vino disponible...

8. Derecho y Estado

Así como la teoría del Derecho privado aceptó en su origen que la personalidad jurídica del individuo precede lógicamente y temporalmente al Derecho objetivo, esto es, al orden jurídico, la doctrina del Derecho político acepta que el Estado existe independientemente «y aún antes que el Derecho». El Estado anterior al Derecho, mero *factum* de potestad, se convierte en Estado de Derecho «que se justifica porque elabora Derecho»... Ahora bien, «un conocimiento ideológicamente libre del Estado no puede apoderarse de su esencia sino concibiendo a éste como *un orden de la conducta humana*, co-

(20) — Haus Kelsen: obra citada, pgs. 126 a 145.

mo un orden social coactivo «idéntico al orden jurídico, puesto que son los mismos actos coactivos los que caracterizan a ambos... El Estado es un orden jurídico»! También en él está la copa vacía.



Pero no todo orden jurídico es ya Estado. Se requiere un cierto grado de centralización y división del trabajo por las que la producción y ejecución de sus normas esté encomendada a órganos especiales. Por esto, la comunidad primitiva en la que el acto coactivo se realiza directamente por el lesionado, como tampoco la comunidad internacional —cuyo caso es semejante— puede considerarse como Estado. Por lo demás, la diferencia entre estos órdenes y el orden estatal es sólo cuantitativa puesto que todos constituyen órdenes *jurídicos* centralizados en distinta medida.

Toda exteriorización de la vida del Es-

tado es un acto jurídico, un acto de producción o ejecución de normas jurídicas. «Una acción humana es acto del Estado sólo porque es calificada como tal por una norma jurídica». De este modo, el Estado, como sujeto de los actos estatales, como persona, no es otra cosa que la personificación del orden jurídico. «La imputación a la persona del Estado convierte a la situación de hecho imputada en acto del Estado, y califica como órgano del Estado al hombre que realiza el hecho» (21).

9. El Estado y el Derecho Internacional

El Derecho Internacional se compone de normas, originariamente consuetudinarias, que regulan las relaciones interestatales. Este es el Derecho Internacional *general*. Pero existe, jun-

(21)—El Poder del Estado o el Estado en cuanto Poder no es otra cosa que la *eficacia del orden jurídico*, eficacia que se exterioriza en los instrumentos y métodos de represión consabidos (cárceles, fusiles,

to a él, un Derecho Internacional *contractual* por el que dos o más sujetos de la comunidad jurídica internacional regulan su conducta recíproca (es decir, la conducta de sus órganos y súbditos) mediante *tratados*. Una tercera categoría de normas jurídicas es la producida por los tribunales internacionales y otros órganos similares. Ahora bien, la relación de estos tres grupos de normas es evidentemente la misma que hemos descrito dentro de los órdenes jurídico-estatales singulares. En el plano más alto está el Derecho Internacional consuetudinario; debajo el Derecho Internacional contractual, que se inspira en el anterior; y, debajo de éste, los arbitrajes, laudos, sentencias, etc., que, por cierto, tienen que fundarse, a su vez, en pactos o contratos, en tratados. Así pues, si en los órdenes jurídico-estatales singulares ocupa el vértice la norma fundamental «—Obedece al legislador originario!», en el orden jurídico internacional

etc.) En suma, que es «totalmente estéril la tentativa de legitimar al Estado como Estado de Derecho, como quiera que todo Estado tiene que ser un Estado jurídico.» No ver un «verdadero» orden jurídico sino en un sistema normativo específicamente configurado (democrático, por ejemplo) es un prejuicio jusnaturalista.

la norma suprema, y también supuesta, hipotética, es esta otra:—Obedece a la costumbre!

El Derecho Internacional ostenta el mismo carácter que el Derecho de un Estado. Como éste, es un orden *coactivo* que realiza la misma proposición antes descrita. Las consecuencias jurídicas del Derecho Internacional son la represalia y la guerra: Pero su orden jurídico es todavía primitivo y carece en gran parte de centralización. Es el Estado mismo que se cree lesionado «el que ha de decidir si está en presencia de la situación fáctica de antijuridicidad» y el autorizado para reaccionar contra el infractor con el acto coactivo instituido por el Derecho Internacional General. «Es la técnica de la defensa propia, de la que ha partido también la evolución del orden jurídico-estatal singular» (22).

Pero el movimiento técnico-jurídico tiende a borrar la línea divisoria entre Derecho Internacional y Derecho nacional, «de modo que

(22)—Cuando el Derecho Internacional obliga o faculta a un Estado significa sólo «que no obliga o autoriza inmediatamente a los individuos, como el orden jurídico-estatal singular», sino sólo *mediatamente*, por intermedio del orden jurídico-estatal singular que es, dentro del Derecho Internacional, una persona jurídica, al igual de las que abarcan los órdenes jurí-

aparece como meta final de la evolución jurídica real dirigida hacia la creciente centralización... la formación de un Estado mundial» (23).

No puede haber contradicción entre Derecho Internacional y Derecho nacional pues tan «derecho» es el uno como el otro. Forman, por necesidad gnoseológica, una sola unidad, un sistema unitario que tiene que configurarse mediante una relación de *subordinación* polariza-

dico-estatales singulares. Las normas del Derecho Internacional «sólo prescriben *qué* debe hacerse u omitirse, pero no *quién*, es decir, qué individuo humano ha de efectuar la acción u omisión prescriptas».

(23)—La construcción kelseniana es pues *monista* y rechaza la idea de un Derecho Internacional independiente y contradictorio frente al Derecho nacional, considerando que *no pueden coexistir* dos sistemas normativos si no se subordina el uno al otro o ambos a un tercero.

La construcción dualista lleva necesariamente a una postura solipsista, subjetivista radical, pues, viéndose en la necesidad de reconocer como orden jurídico no sólo al orden internacional sino al de los otros Estados, acude al sistema del «reconocimiento», sistema por el cual la existencia de los dichos órdenes jurídicos depende en absoluto del orden jurídico-estatal propio que se considera «como extendido» sobre

da, por decir así, en la norma fundamental única, según la pirámide del esquema (24).

El hecho de una posible «contradicción» entre el Derecho Internacional y el nacional no afecta a su unidad lógica. Se trata de una posibilidad idéntica a la que puede producirse cuando una ley general o una sentencia contradicen a la Constitución (véase la nota 18). Aqué-

los otros «en un nexo de delegación». Este procedimiento artificial restaura «la unidad de la imagen jurídica del mundo», pero la restaura no «sobre la base del primado del orden jurídico internacional sino sobre la base del primado del orden jurídico-estatal propio».

«El primado del orden jurídico-estatal propio importa... no sólo la negación de la soberanía de todos los otros Estados en el sentido del «dogma» de la soberanía, sino también la negación del Derecho internacional». Este mismo tiene que experimentar una completa desnaturalización por la idea de la necesidad de su admisión en el orden jurídico-estatal propio, «pues dentro de los límites de un orden jurídico-estatal no puede ya cumplir su función esencial, que es la de una equiparación de todos los Estados».

(24)—Ya el profesor argentino Carlos Cossio, entusiasta kelsenista, empleó la representación de la pirámide, al menos refiriéndose a ella, pero restrin-

llas siguen valiendo por mandato de la misma Constitución que se limita a establecer su anulabilidad o la punibilidad del órgano responsable. El sentido en que el Derecho Internacional obliga a un Estado es simplemente éste: que el acto o la norma estatal contradictorios son la condición a la que el Derecho Internacional liga su sanción específica: la represalia o la guerra.

La unidad de ambos órdenes se acredita además cuando se advierte que la validez de un orden jurídico-estatal singular establecido por un gobierno revolucionario es asunto que resuelve el Derecho Internacional. Un gobierno revolucionario es legítimo, para el Derecho Internacional, *si está en condiciones de procurarse duradera obediencia*. Es el principio de *efectividad*, que importa una verdadera delegación por parte del Derecho de Gentes. Este garantiza el ámbito territorial de validez «al ligar

giéndola al Derecho estatal. Nosotros la completamos aquí, para abarcar integralmente la tesis kelseniana, incorporándole la representación del Derecho Internacional en que se apoya la norma «totalizante» del orden jurídico-estatal singular.

sus específicas consecuencias jurídicas a una intromisión de esta esfera protegida por él». Así mismo, el comienzo y el término de dicha validez (ámbito temporal) se rigen por el principio jurídico de efectividad. Por último, el ámbito material, lo que puede, o no, ser objeto de normas declarativas, intervencionales o interdiccionales, es también restringido por el Derecho Internacional allí donde impone sus costumbres y sus tratados.

Para concluir, «la Teoría pura del Derecho relativiza al Estado. Lo concibe como grada jurídica intermediaria, y logra así esta intelección: que desde la comunidad jurídica universal que abraza a todos los Estados, a las comunidades jurídicas incluidas en el Estado, una serie continuada conduce gradualmente las formaciones jurídicas en forma, transitiva». La teoría pura del Derecho disuelve el «dogma» de la soberanía, «ese instrumento principal de la ideología imperialista dirigida contra el Derecho Internacional... La Teoría pura del Derecho, al asegurar la unidad gnoseológica de todo el Derecho por la relativización del concepto del Estado, proporciona un supuesto no insignificante para la unidad organizada de un orden jurídico mundial centralizado».

La copa de vidrio del Derecho es vidrio

ciento por ciento. El vino que puede contener no se cuela a sus espacios intermoleculares (25).

Mas esta copa «Derecho»
de nada nos serviría.
Para usarla con provecho
que llenarla hay todavía.

(25).—Hans Kelsen: obra citada, pgs. 170 a 200.



Algunos por nombre. El uno que guarda en su
caja en cada uno sus apellidos intermedios (22)

Ellos son los que aparecen
de cada uno en su
lista de cada uno por
que tienen sus apellidos.

(23) - Ellos son los que aparecen en su lista



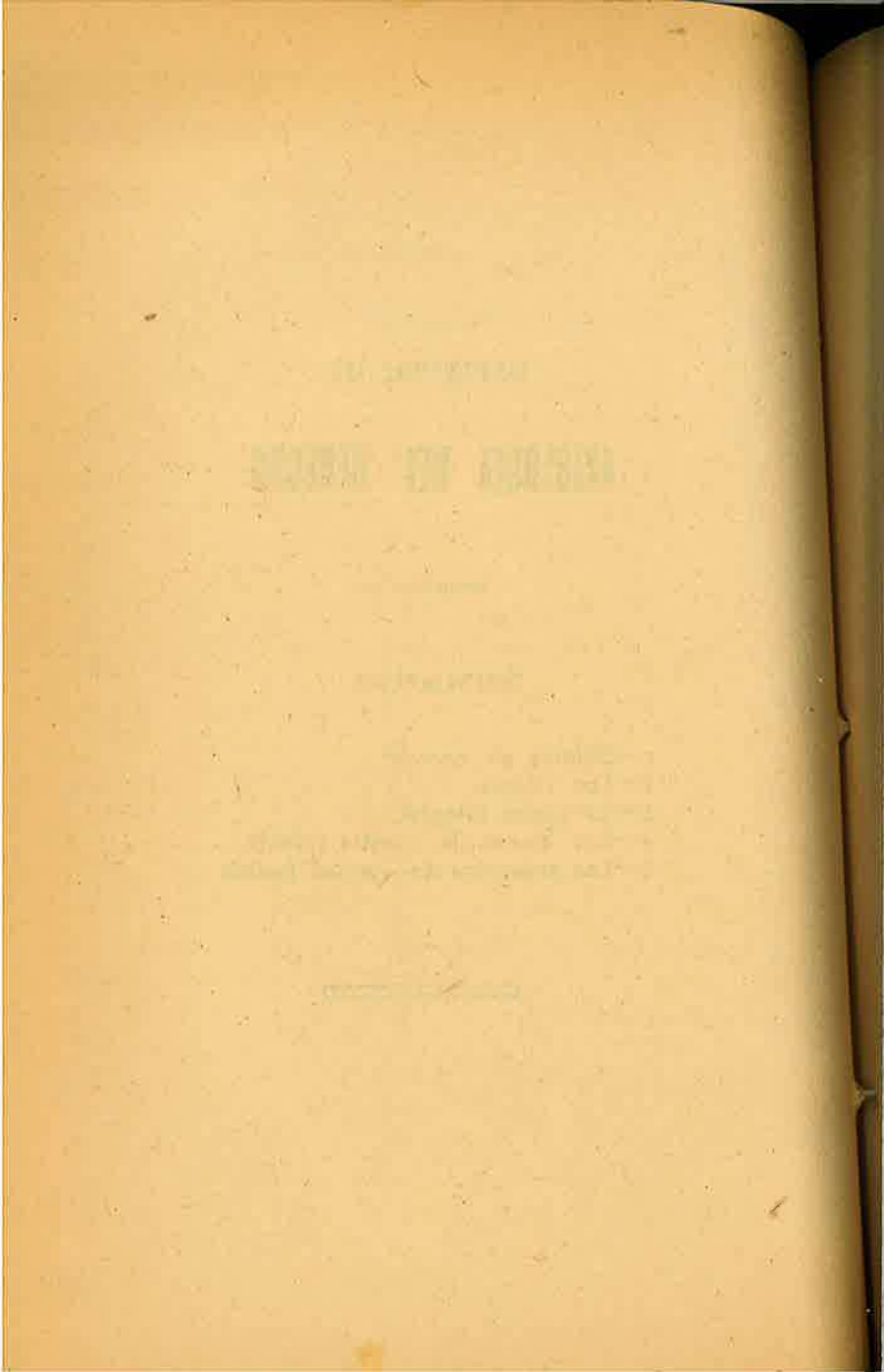


CAPITULO III

AXIOLOGIA DEL DERECHO

SUMARIO

- 1—Objetos en general
 - 2—Los valores
 - 3—La norma integral
 - 4—Los bienes de nuestra justicia
 - 5—Los supuestos de nuestra justicia
-



1. Objetos en general

Llenar la copa del Derecho... He aquí el asunto de que vamos a ocuparnos en este capítulo. Mas, para esto, se hace necesario ubicar el Derecho en el universo que tan variadas y distintas cosas nos ofrece. El Derecho ha dicho bien Carlos Cossio interpretando a Kelsen, «es conducta humana», pero este Derecho-conducta en qué categoría de seres forma? Qué índole de objeto es? Comencemos, para saberlo, por el principio: «Objeto en general, es todo lo que puede ser sujeto de un juicio, todo lo que puede admitir un predicado cualquiera. Una mesa es un objeto, como también un triángulo, un amor, una ondina, o la *conducta*» (1). Resalta, sin esfuerzo, la heterogeneidad de estos objetos: un triángulo... un amor... una mesa... un poema... una teoría... un dolor... una nube... Por consiguiente, se hace indispensable una

(1)—Enrique R. Aftalión y otros: *Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1943; pg. 49.

clasificación, la misma que los divide en cuatro categorías reductibles acaso a tres:

a) **Objetos metafísicos.**—Los objetos metafísicos se caracterizan porque no tenemos de ellos un conocimiento empírico o sensorial. Sólo pueden ser aprehendidos en virtud de una intuición *no* racional. Carecen de espacialidad y de temporalidad. Son, por ejemplo, Dios, la cosa en sí de Kant o noumeno, la noción de ser, las mónadas y los *valores*. Son objetos irracional-intuitivos, que sirven de base general al conocimiento tanto de los objetos reales como de los ideales. Participan mucho de los caracteres de estos últimos, mucho más que de los naturales, y tal vez fuera más sistemático considerarlos simplemente como objetos ideales en atención a que existen sólo en cuanto son pensados.

b) **Objetos naturales.**—Son objetos reales o de experiencia, que están en el tiempo y en el espacio, «que se nos dan en la experiencia sensible, en una percepción externa o interna. Corresponde dividirlos en objetos *físicos* y *psíquicos*. Son objetos físicos los que están en el tiempo y el espacio y son aprehendidos en la percepción externa; por ejemplo: una nube, un canto rodado, una planta». Los objetos psíquicos, en cambio, están *sólo en el tiempo* y no en el espacio; se nos dan en la percepción

interna; v. gr.: un acto de voluntad, un deseo, un dolor, una representación. Se trata de objetos que poseen existencia real sólo en la conciencia.

Cabe añadir que «los objetos naturales, en cuanto tales, son ajenos a la acción humana y neutros frente a la noción de valor. La experiencia natural constituye el campo en que imperan las leyes naturales», el viejo principio de la causalidad (2).

c) Objetos ideales. — «Son *irreales*, en el sentido de que no están ni en el tiempo ni en el espacio. Además, el conocimiento que tenemos de ellos no es un conocimiento de experiencia, sino *racional*. Ejemplo: los números, las figuras geométricas, los conceptos» (3)... Cuando pensamos o decimos «hombre» estamos apprehendiendo un objeto ideal, estamos construyendo una síntesis mental en cuyo marco se encierra no determinado sér humano, sino todos

(2)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*, citado. Enrique R. Aftalión: *El Derecho como objeto y la Ciencia del Derecho*, pg. 50.

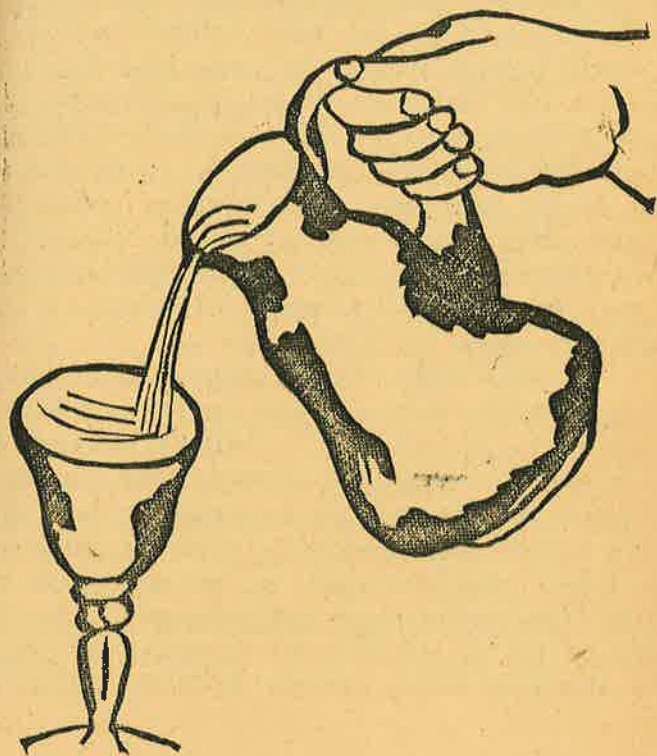
(3)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*, citado. Enrique R. Aftalión: *El Derecho como objeto y la Ciencia del Derecho*, pg. 50.

los hombres que fueron, los que son y los que serán. En cambio, el individuo humano, en concreto, es un objeto real o natural. Los objetos ideales carecen, como los metafísicos, de espacialidad y de temporalidad, y sólo pueden ser pensados, es decir, existen sólo en cuanto son pensados (4).

d) **Objetos culturales.** — Pero existe una cuarta categoría de objetos que participan de las calidades de las dos últimas, objetos cuya índole ha sido brillantemente estudiada por Wilhelm Dilthey dentro de la teoría de la cultura, y que representan un sector amplísimo entre los objetos en general. Son todos aquellos «que el hombre crea o modifica con su acción, desde el surco del arado o el hacha del primitivo hasta la máquina contemporánea o la doctrina de la relatividad, desde el chascarrillo vulgar hasta la *Divina Comedia*» (2) del Dante. Constituyen objetos culturales «el lenguaje, el folk-lore, la técnica, la ciencia y la filosofía, el Derecho y la sociedad». Se trata aquí, sin duda, de objetos reales, que están en el tiempo y en el espacio, que se nos dan en la experiencia sensible, pero

(4)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*, citado. Martín T. Ruiz Moreno *Posición Cultural de las Orientaciones Políticas*; pg. 97.

de objetos reales *referidos a objetos metafísicos o ideales*, de objetos reales, en fin, sobre los que inciden valores.



2. Los valores

Pero, y qué son los valores, esos objetos por cuya presencia surge en el universo la cul-

tura? «El hallazgo del espíritu objetivo—dice Francisco Romero (5)—... proporciona una base que en adelante parece insustituible para entender la índole propia del orbe cultural y trazar su teoría, porque reduce la diversidad de los hechos a una instancia común, posibilitando la visión unitaria y en profundidad de la cultura, y poniendo en nuevos términos la cuestión capital de las relaciones e intercambios entre el espíritu subjetivo, el que alienta en el sujeto, y sus creaciones o encarnaciones», entre la concepción puramente intelectual del pintor y el cuadro realizado en base a ella.

«Cómo conocemos lo cultural y aún todo lo específico humano, esto es, lo espiritual, sea objetivo o subjetivo?» Dilthey yñgresa al fondo de la cuestión para decirnos que «el problema se concreta así: lo espiritual es inalcanzable directamente (salvo la intimidad del propio sujeto para sí mismo); es un *contenido* o un *sentido*—subrayamos nosotros—que se manifiesta en modos sensibles, en expresiones, y hay que averiguar cómo pasamos de tales expresio-

(5)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho* citado. Francisco Romero: *La Filosofía de la Cultura*, pg. 10.

nes, que es lo único que se nos da, a lo que verdaderamente importa, a lo expresado mediante ellas. *El pasaje de la expresión a su sentido es lo que se denomina el «comprender», palabra que tiene ya esta particular significación en la actual filosofía» (6).*

Ahora bien, «cuestión de la que no puede prescindir ninguna teoría de la cultura, es la del valor. Las actividades culturales se conciben como polarizadas hacia valores, y los entes de cultura realizan o incorporan en algún modo valores. El mundo de los valores viene, pues, a convertirse en algo así como un horizonte ideal de la cultura» (7).

Todo objeto real hacia el que el hombre prolonga su espíritu es automáticamente valorado, es catalogado en un casillero ideal que expone estos títulos: lo verdadero, lo bello, lo bueno, lo justo, lo agradable, lo útil... Pues bien, si el Derecho es un objeto cultural, alguno o algunos de estos valores han de proyectar su luz espiritual sobre él. Cuál o cuáles? Sin ingresar

(6)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho* citado, Francisco Romero, citado, pgs. 20 y 21.

(7)—Véase Hegel, Windelband, Rickert, Max Scheler, Hartman, Croce, Cohen.

a un análisis más extenso, podemos afirmar, a priori, que el único valor que se relaciona con el Derecho, que él realiza o intenta realizar, es *la justicia*.

Conviene insistir en que los valores son objetos ideales y que, por lo mismo, no es adecuado y provoca no pocas confusiones el empleo de frases como éstas: «el valor persona», «el valor colectividad» (8), la valoración jurídica (9). La persona, la colectividad y el Derecho son objetos culturales, de índole mixta; por consiguiente, objetos reales referidos a valores; no, valores. El giro «valoración jurídica» lleva a interpretarse como «valor Derecho». Del mismo modo, tampoco son valores los *bienes* que a estos corresponden, es decir las instituciones que los realizan o intentan realizarlos, como la ciencia y la filosofía que intentan realizar el valor *verdad*, o la religión y la moral ensayando el valor *bien* o el Arte procurando la *belleza*, etc. Ciencia, moral y Arte son también objetos culturales, bienes adjetivados de exterioridad, sen-

(8)—Son frases que emplea el profesor Martín T. Ruiz Moreno.

(9)—Es frase del profesor Carlos Cossio, como de E. Aftalión.

soriales en cuanto realidad, y no valores, sistemáticamente hablando.

Se intenta por algunos, como Juan Llambías de Azebedo, profesor de la Facultad de Derecho de Montevideo, establecer una gerarquía de valores positivos, con jurisdicción universal (10), lo que representa un intento completamente vano y contradictorio. El propio Llambías de Azebedo, en el trabajo que se menciona con la nota, copia esta frase de Scheler: «los valores son tanto más altos cuanto más profunda es la satisfacción que acompaña a su realización». Pues bien, la «satisfacción» es un fenómeno psíquico-fisiológico que no puede servir de base a una interpretación lógica de la teoría de los valores. La estructura afectiva es individual; el sentir y el querer, como el satisfacerse, son eminentemente subjetivos: mientras a unos emociona más la belleza, a otros emociona la verdad, y la bondad a un tercero; el materialismo pone el acento sobre la utilidad; el epicureísmo sobre el placer, sobre lo agradable, etc. Si para un espíritu místico la religión ocupa el primer puesto, para un indiferente puede ocupar el úl-

(10)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*, citado. Juan Llambías de Azebedo: *El Sentido del Derecho para la vida humana*, pg. 24.

timo; para un irreligioso puede representar un valor negativo, etc.

Con mucho más acierto y consecuencia Martín Ruiz Moreno, profesor en Buenos Aires (11), advirtiendo que en el terreno axiológico se trata sólo de *preferir*, en acto de voluntad, como diría Kelsen, establece que la posición del hombre frente a la justicia importa, por consiguiente, «una metafísica de la vida», metafísica por la que, *a priori*, dogmáticamente, sin antecedente racional alguno, se es personalista, transpersonalista o culturalista. «Surgen en forma inmediata—dice Ruiz Moreno (12)—dos polos o dos posiciones a las que cabe adscribir en forma primaria y fundamental el valor de lo justo: el individuo y la colectividad; o lo justo es aquello que hace resaltar el valor individual o, mejor dicho, el valor de la persona como término primario y fundamental (personalismo); o lo justo es aquello que interesa y beneficia a la colectividad, aun en detrimento de lo que frente a la persona considerada individualmente deba

(11)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*, citado, Martín Ruiz Moreno, pg. 95.

(12)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*, citado, Martín Ruiz Moreno, pg. 96.

aparecer o convenir como justo (transpersonalismo)... Además del término persona y colectividad, descubrimos una tercera categoría que surge a nuestra observación, que es como un tercer factor o término terciario que se presenta a la realidad y es lo que se llama los «objetos culturales» o, en otras palabras, las obras de la cultura. Ellas pueden nacer tanto del esfuerzo individual como del colectivo, pero una vez creadas no son ya ni individuo ni colectividad, sino que pasan a constituir un tercer campo independiente con caracteres autónomos». (13). Y aquí se presenta la situación de inquirir si al establecerse el Derecho debe darse preferencia al valor de lo creado en la cultura, sacrificándose al individuo y a la colectividad (culturalismo).

Son posiciones políticas *personalistas*: el anarquismo, el despotismo ilustrado del siglo XVIII y el liberalismo. Son posiciones *transpersonalistas*, el marxismo stalinista y trotskista, el fascismo italiano y el nazismo o nacional-socialismo alemán. Son *culturalistas*: el Partido Conservador inglés, los partidos legitimistas, generalmente monárquicos, los tradicionalistas,

(13)—*Curso Colectivo de Filosofía del Derecho*, citado. Martín Ruiz Moreno, pg. 98.

el militarismo, el «nacionalismo exaltado» y acaso el feminismo (14).

Conforme a esta clasificación, son personalistas, en nuestro país, el Partido Liberal y el Genuino Republicano de Daniel Salamanca; transpersonalistas, el Partido de Izquierda Revolucionario (PIR) de José Antonio Arce y Ricardo Anaya, y el Partido Social Obrero de Tristán Marof (Gustavo Navarro). El Partido Socialista Unificado no tiene aún posición clara. Aunque parece, por el epígrafe, tender hacia esta segunda posición, es posible que tome la figura programática del que Ruiz Moreno llama «socialismo jurídico» o individual-socialismo, con lo que se incorporaría al personalismo. Como posiciones culturalistas hay que considerar el militarismo en acción política, aunque no forme oficialmente partido, pero gobierna y mantiene, por

(14)—En el copiosamente citado curso de filosofía jurídica, el profesor Ruiz Moreno intenta situar el catolicismo, que nunca abandona del todo alguna ingerencia en la vida política. A nuestro entender, la posición del catolicismo es la siguiente: frente a la economía que llamaremos aquí «material», es indistintamente personalista; su idea de la propiedad de los bienes «temporales» es liberal a ultranza. Pero, en lo que respecta a la propiedad espiritual, no pue-

principio de acción, la clase militar en el foco de la vida política. Tal vez, también, el Movimiento Nacional Revolucionario, en atención al énfasis que pone sobre el postulado nacionalista, al depositar su «fe en el poder de la raza indo-mestiza... en el renacimiento de las tradiciones autóctonas para moldear la cultura boli-

de ser más totalitaria y transpersonalista. Ello reside en las bases del fenómeno religioso en general y, singularmente, de la postura católica, postura de creyente que, como tal, afirma su fe religiosa como la única verdad, y si en política el nazismo y el bolchevismo no admiten más que un partido, el catolicismo no admite, en principio, sino una iglesia. Por otra parte, su organización interna es integralmente comunista y, como en última instancia, aspira a incorporar a ella a toda la humanidad, es indudable que su posición personalista no es una cuestión de principios sino sólo de imperativo histórico. El transpersonalismo espiritual de la Iglesia se revela con caracteres trágicos en todo el medioevo, y si hoy le devolviéramos el poder político, la veríamos levantar un millón de cadalsos para la expiación de todos los disidentes, como en los místicos festivales de los autos de fe. A la vez, puede también el catolicismo ser considerado como culturalista por cuanto representa una tradición de veinte siglos que anhela conservar a todo trance, una tradición, por otra parte, riquísima en obras de cultura en casi todas las actividades humanas.

viana y el aprovechamiento de la técnica para construir la nación...» (15).

Así pues, cuando se dice que el fin específico del Derecho es la justicia, no se ha hecho determinación de contenido ideológico alguno. El «justo medio» y la «igualdad» de Aristóteles como el *jus suum quique* de Ulpiano son fórmulas totalmente vacías, tan vacías en su emplazamiento epistemológico como el Derecho lógico-formal o morfológico en el suyo. Pues... dónde está el justo medio? Quiénes son los iguales y quiénes los desiguales para tratar a unos y otros como lo que son? Qué es «lo suyo» de cada uno? La respuesta depende sencillamente del dogma ético-político que se profese. Para el capitalista la propiedad privada es justicia; para el comunista es robo; para Bolivia un puerto boliviano en el Pacífico es justicia; para Chile, pretenderlo es atropello belicista, etc. La justicia, en fin, no es pues un conocer, sino un querer. Si el valor justicia es uno solo, lo es únicamente dentro del pensamiento axiológico contenido en cada orden jurídico-

(15)—Véase el programa de principios del *Movimiento Nacionalista Revolucionario* publicado en 7 de junio de 1942, pg. 42.

estatal singular. Hay tantos vinos como vasos lo sirven. Hay tantas justicias como Estados hay, sin contar con las concepciones puramente doctrinarias de justicia, es decir, con las no incorporadas a los regímenes jurídicos válidos, con las propias de tal o cual partido.

Tiene interés observar aquí que el espejismo de una justicia universal ha conseguido engañar a numerosos investigadores. Nos referimos a la evidente coincidencia histórica que muestran los distintos ordenamientos jurídico-estatales de la civilización occidental cuando se trata de la idea de justicia por ellos interpretada. Y es que no se ha advertido o no se ha querido advertir que semejante concordancia *debía históricamente producirse en un mundo universalmente cristiano*. De trazar el programa de la justicia se ha encargado la religión, una religión que ha conseguido catequizar grandes masas de hombres en los cinco continentes. Así, mientras el ordenamiento jurídico mundial (no internacional) se ha diversificado en numerosos grupos nacionales o distritos geográficos, la idea por ellos interpretada ha sido la misma, siendo la misma la Iglesia dominante, salvo los matices, sin mayor importancia para el caso, de protestantismo y catolicismo.

aspira a realizar. Carlos Cossio (16) ha tenido, en esto, un acierto inapreciable al mostrar que toda norma jurídica, siendo un concepto que representa invariablemente conducta humana, se reduce a una proposición *disyuntiva* que se traduce así: «dado el hecho de matar, debe ser la prisión del agente, y dado el hecho de no matar, debe ser la libertad». Esta peculiaridad disyuntiva de la norma, en la que Kelsen no había insistido por razón de la índole formal o «pura» de su estudio, encierra todo el secreto de la integración que aquí nos proponemos, y nos muestra las dos vertientes estructurales de la norma. Sin embargo, hemos de hacer aquí una elaboración personal del asunto, procurando la máxima claridad posible.

Dice Kelsen: «Si en atención al fin del orden jurídico se supone la exigencia de que los hombres deben comportarse de modo tal que eviten el acto coactivo amenazador, puede entonces resolverse el orden jurídico en una *suma de normas*—subrayamos—*en las que aparece como mandada esa conducta que el orden ju-*

(16)—Carlos Cossio: *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*. «Edit. Universidad» de la Universidad Nacional del Litoral.

rídico tiene por fin, por ejemplo: no se debe matar, se debe restituir un préstamo recibido, etc». (17) Pero cuál es el fin de la norma jurídica sino la justicia? Qué otra cosa que la justicia puede ser esa «suma de normas» que estatuyen la conducta que evita la coacción? El «estado social deseado» y esta suma de normas que Kelsen llama «normas secundarias» no son otra cosa que *aquella conducta humana que realiza el valor justicia*; con más propiedad: el estado social deseado es la justicia-conducta esquematizada en la justicia-concepto. El sistema de «normas secundarias» que está implícito detrás de las «primarias» representa sencillamente la descripción de la justicia; es el esquema tácito del estado social deseado, de la valoración *justiciaria* contenida en la estructura de la norma integralmente considerada, de la norma jurídico-justicial.

Conforme a esto y a la disyunción «Cosio», el esquema integral de la norma es siempre *doble*; se compone de una sección *negativa* que traduce lo que Kelsen denomina «norma

(17)—Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*. Edit. Losada, Buenos Aires, 1941, pg. 57.

primaria», y de una *positiva* que surge de la interpretación ideológica de esta norma primaria. Se compone: 1) de un estado social no deseado, que se expresa en la imputación de una conducta como consecuencia (prisión) a otra conducta como condición (matar); y 2) de un estado social deseado que aparece implícito, como significado ideológico de la norma y que, a su vez, imputa otra conducta-consecuencia (libertad) a otra conducta-condición (no matar).

Podemos representar la norma integral por medio de un círculo dividido en dos secciones o hemisferios. Cada sección se compone de dos figuras: una figura-condición y una figura-consecuencia. La sección izquierda (dado A, debe ser B) es el Derecho «puro» de Kelsen, lógico-formal o morfológico o, si se quiere, simplemente el Derecho. La sección derecha (dado no—A, debe ser no—B) es el Derecho axiológico, el Derecho-valor y, con más propiedad, la *justicia* en cuanto conducta, lo justo. La sección izquierda es el sistema represivo, que se representa con signo negativo en atención a que expresa la conducta *destructiva* del estado social deseado, la conducta ilícita. La sección derecha es el sistema motivado, que se representa con signo positivo porque expresa la conducta *constructiva* o afirmativa, la conducta lícita.

A esta altura, debemos observar a Kelsen la inexactitud que significa considerar la totalidad del orden jurídico como negativo en el sentido de nuestro esquema, como exclusivamente formado de «normas primarias». El propio maestro reconoce que en la grada de la Constitución, singularmente, aunque también en la Legislación, *existe determinación de contenidos*. Ahora bien, esta determinación de contenidos importa un verdadero esquema positivo, como cuando nuestra Constitución, en su artículo 6º., establece los «derechos fundamentales» de libre tránsito, de trabajo, de opinión, de asociación, de petición, de instrucción. Se trata aquí, sin duda, de una declaración ideológica que invierte la estructura ordinaria del sistema jurídico, destacando de manera explícita el esquema positivo e implicitando el negativo.

Ahora se comprende el riesgo de decir «valoración jurídica», al modo de Cossio, cuando se ha *vaciado* lo jurídico de todo ingrediente valorativo, si no se establece una reserva que admita, como aquí admitimos, la existencia de normas *de contenido* o justiciarias, o positivas, (18) junto a normas negativas, imputativas en la terminología kelseniana, valorativamente neu-

(18)—Adviértase el sentido particular con que, en este trabajo, empleamos el término «positivo».

tras, si se quiere, o específicamente jurídicas. La "valoración jurídica" sólo se opera o tiene aplicación, rigurosamente hablando, cuando se trata de esquemas jurídicos positivos explícitos, como en el referido artículo 6º. de nuestra Constitución, o de los implícitos detrás de las «normas primarias»; siempre que se entienda, en fin, en «valoración jurídica» tan sólo la *faz positiva* de la norma. Desde el ángulo del Derecho «puro», cuya legalidad es sólo imputativa, no se valora, sólo se compara descriptivamente la conducta-condición con la figura A del esquema-norma.

La justicia, en cuanto valor incorporado a un orden jurídico—no la justicia doctrinaria o propia de tal o cual partido político tiene pues, un ámbito de validez que coincide con el propio del Derecho «puro»; hay un orden justiciario-estatal singular como lo hay uno ju-

«positividad». Llamamos «positivo» a cuanto *afirma* la existencia o la necesidad de los bienes sociales pretendidos, por oposición a la conducta negativa que es aquella sobre la que recae la coacción del Derecho. Al referirse, en nuestra tesis, la positividad a la justicia, como contra-faz de lo jurídico «puro», nuestro significado de «positividad» es casi opuesto al corriente.

rídico-estatal singular. En consecuencia, podemos también admitir una *pirámide justiciaria* que se acomoda, con todos sus esquemas positivos, en el reverso de la pirámide jurídica kel-seniana, y, en fin, una *justicia internacional*, una justicia más amplia que la que puede realizarse en el ámbito estatal-singular, una justicia internacional que, en beneficio de la paz del mundo, coincida moderadamente con aquellas pretensiones, de proyección internacional, que contraponen dos órdenes justiciarios, y cuya estructura no es otra que la de los esquemas positivos explícitos e implícitos en las cuatro gradas superiores de la pirámide.

Esto nos lleva así a una conclusión quizás insólita: la de que, en términos axiológicos, *no existe derecho injusto* y que, por consiguiente, aquello de que el Derecho sea un intento infeliz o afortunado de hacer justicia tropieza con la demanda aclaratoria de un «cómo y cuándo!». Si miramos al Derecho axiológico, en acto de interpretar *la justicia*, desde el ángulo de nuestro propio y personal concepto o programa de justicia, es claro que ese Derecho podrá ser «un intento de hacer justicia», pero de hacer *nuestra* justicia, no *la* justicia. Quienes hallaron que el Derecho fué «intento infeliz» no tenían ante sí objetivamente otra cosa que una divergencia de opiniones políticas: la del orde-

namiento y la personal de quienes lo criticaban. Ahora bien—y esto es importante—, es más respetable la opinión justiciaria de un individuo aislado, juez o profesor, que la misma de un ordenamiento positivo construído por todo un pueblo a través, con frecuencia, de numerosas generaciones y aún de siglos? Creemos que la respuesta no es dudosa.

Sin embargo, debemos aclarar que no pretendemos con ello cortar las alas al Derecho que evoluciona, se perfecciona, se transforma en persecución de la estrella de Stammler que no es otra cosa que el símbolo de la justicia histórica. Podrá llegar un momento, y es precisamente el momento «normativo» de las conmociones sociales, en que la divergencia explicada sea tan profunda, que los voceros de la justicia histórica obliguen al Derecho a rectificarse, a ponerse a tono con la justicia en moda; y ello será cuando el marco de interpretación del orden formal no admita su adaptación a las nuevas exigencias.

Sin esfuerzo veo venir esta objeción, en encuentro de lo que afirmamos: —Cómo es posible admitir un Derecho invariablemente justo cuando, v. gr., se pierde, por detalles secundarios, de naturaleza procesal, pleitos indiscutiblemente ganados en el fondo, en lo sustan-

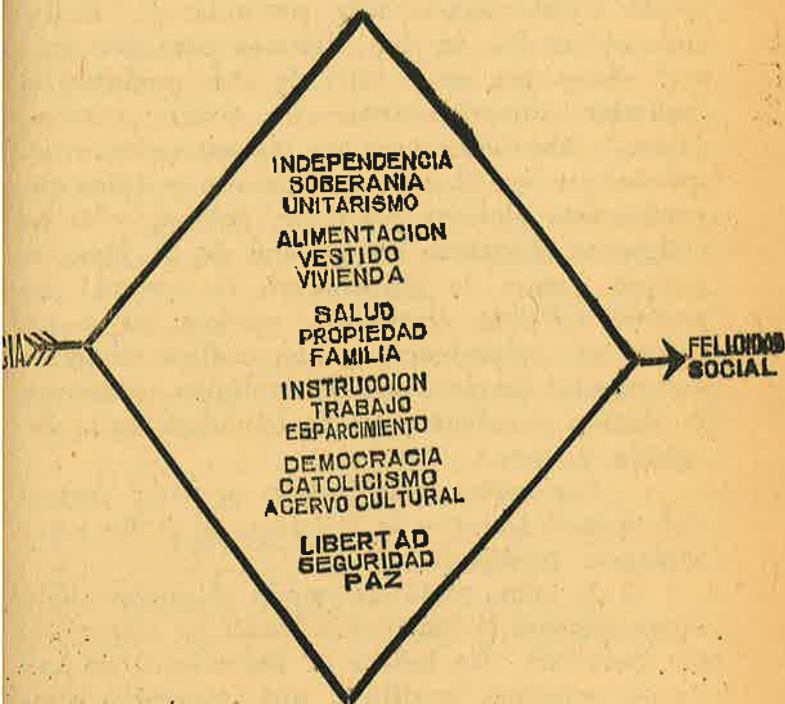
tivo!... He aquí, otra vez, el criterio subjetivo de justicia en actitud evangelista; esos detalles no son sin duda «secundarios» para el ordenamiento positivo: cuando el Derecho exige la intervención de un fiscal, de un abogado o de un procurador en determinada actuación, estableciendo la improcedencia para el caso de faltar aquélla, el Derecho «piensa» en el interés colectivo y supedita a éste el individual. La justicia de este Derecho considera que la no intervención de tales funcionarios en la forma prescrita representa un peligro importante para todos los demás miembros de la colectividad no litigantes por el momento; impone la preferencia del interés colectivo al interés individual. Con tal pensamiento estará de acuerdo la idea socialista si acaso no la liberal.

Para concluir, la licitud y la ilicitud son conceptos que deben relacionarse con las figuras A y no—A. La ilicitud es la conducta esquematizada en A; la licitud, la esquematizada en no—A.

4. Los bienes de nuestra justicia

Ahora que conocemos la estructura integral de la norma, ahora que sabemos cómo hay que hacer para llenar el vaso, ahora que tene-

mos a la vista la estrella de Stammler, veamos qué color y qué marca de vino hemos de emplear, cuál es la composición de la estrella. Dicho sin metáforas: en qué consiste *nuestra* justicia, la justicia boliviana. Entremos en el detalle de los bienes procurados o postulados, implícita o expresamente, en los esquemas positivos del orden boliviano.



De todo lo dicho se infiere: primero, que la justicia no es otra cosa, en último análisis, que *un programa político*, y segundo, que la justicia es fin común al Derecho y al Estado y que, cuando se habla de fines del Derecho se habla de fines del Estado.

Pero nuestra exposición quedaría trunca si nos detuviéramos ahí, porque, sin esfuerzo, acude al investigador esta pregunta: y... la justicia es un fin, en sí? Vivimos para ser justos? Creo que sería salir de toda realidad el contestar afirmativamente. No vivimos para ser justos. Absolutamente, no. Sin excepción, cualquiera que sea el credo religioso o político que profesemos, *vivimos para ser felices*, y si las religiones abominan en general de la vida, es porque ponen la felicidad en la muerte. La postura religiosa representa, aunque no lo parezca, una impaciencia y una codicia de felicidad mucho mayores que la irreligión, como que la ilusión paradisíaca es la felicidad total, ilimitada y eterna.

Por tanto, si la justicia es el fin pretendido por el Derecho, la felicidad es el fin a que aspira la justicia.

Y bien, cómo ha creído el pueblo boliviano obtener la felicidad cuando ha construido su Derecho? No hemos de hacer aquí, en busca de esquemas positivos, una excursión com-

pleta por todos los ámbitos de nuestro orden jurídico, y, así, daremos preferencia a la Constitución elaborada por la Convención de 1938, y dejaremos de lado la Legislación así como la administración de justicia, entendiéndolo que estas últimas habrán buscado acomodarse a los esquemas de la primera.

Puede hacerse una lista de hasta diez y ocho bienes —que acaso no son todos— con los que Bolivia ha interpretado su idea de justicia. Desde luego, Bolivia quiere ser independiente y soberana y organizarse en república unitaria. Así lo declara el artículo 1º. de su Constitución, y así lo quiso la Asamblea de 1825.

La Bolivia jurídica de hoy, bajo las directivas predominantemente socialistas (transpersonalistas) de la Convención de 1938, se propone obtener, con sentido proletarista, la redención del trabajador, que constituye una abrumadora mayoría de desposeídos, otorgándoles los bienes vitales de que éstos carecen; e incorpora a su programa de justicia los bienes alimentación, vestido, vivienda, salud, instrucción, trabajo y esparcimiento para el mayor número posible de miembros de la comunidad. Sus esquemas normativos aparecen a menudo en la Constitución cuando se trata del régimen social, del

campesinado, de la familia (19), como también cuando se ocupa del régimen económico-financiero. Dentro del movimiento jurídico mundial de la hora presente, movimiento que destaca la función del trabajador en la obra colectiva, Bolivia prepara una orgánica legislación del trabajo para la que se han aportado ya iniciativas tan valiosas como el proyecto Arduz-Capriles.

Nuestra justicia protege, asimismo, al Capital, «como factor de la producción», según reza el art. 121 de la Carta Fundamental. Protege la familia en sus arts. 131 al 134.

Nuestra justicia finca en la democracia, por el art. 1.º, así como por la sección cuarta, que se ocupa de la ciudadanía, y por la organización de los distintos Poderes del Estado; afirma la religión católica, por el art. 2.º (20), y

(19)—Abundantes esquemas de los bienes vitales del trabajador pueden encontrarse en «Legislación Boliviana del Trabajo», publicada por Gastón Arduz Eguía, La Paz, 1941, Imp. «Eléctrica». Nuestros esquemas de cultura están en la legislación de Universidades y en el Derecho militar; y en disposiciones aisladas, como el Decreto Supremo de 3 de agosto de 1928 sobre el folklore nacional. Toda la legislación educacional realiza el bien «instrucción», etc.

(20)—El artículo 2.º de nuestra Constitución di-

procura la defensa de nuestro acervo cultural por los arts. 154 al 164.

Nuestra justicia finca en el respeto de la propiedad privada, como se establece por los arts. 16 al 22 de la Carta y por una parte enorme de la Legislación sobre todo civil; procura una libertad restringida en lo indispensable, conforme al art. 6º. y siguientes, a algunos del Código Civil y a una parte importante de nuestro ordenamiento procesal. Nuestra justicia se esculpe, para concluir, en la seguridad y en la paz, conforme a numerosas disposiciones que sería largo enunciar.

Con esta apurada enumeración, podemos representar la axiología de nuestro Derecho me-

ce, en efecto: «El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana, garantizando el ejercicio público de todo otro culto». Se impone, sin duda, la reforma de este artículo, con un sentido más humano, y más boliviano también, que no excluya a credo alguno de su reconocimiento por el Estado. Este, conforme a su fin último y a su razón de ser, no puede hacer preferencias en problema tan íntimo como el religioso. El Estado es laico, por definición, y, así, este artículo debiera simplemente decir: «El Estado reconoce y garantiza el ejercicio público de todo culto religioso»

diante una flecha-rombo que, partiendo de la justicia y encerrando nuestros bienes, apunte la felicidad.

5. Los supuestos de nuestra justicia

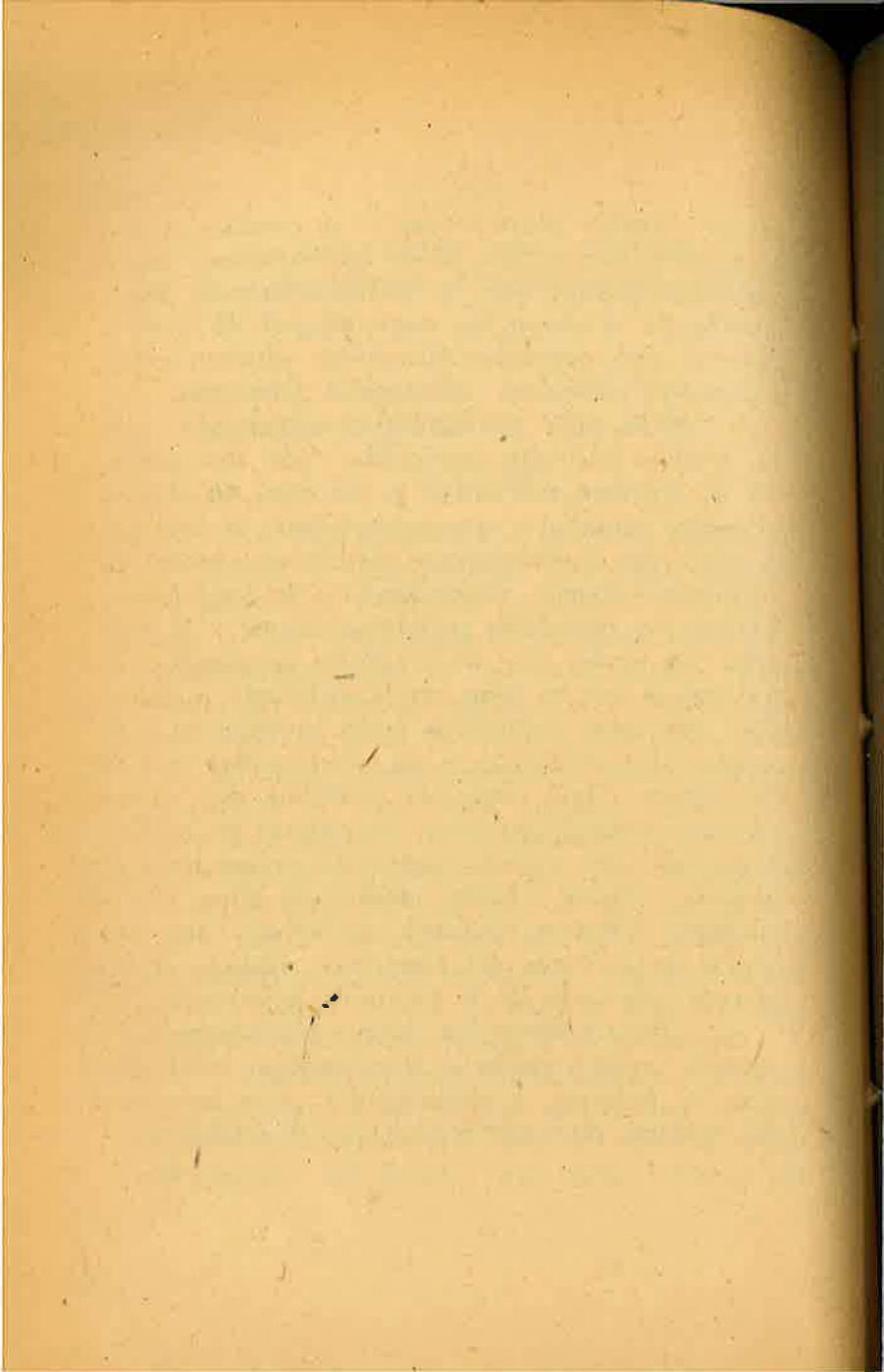
Ya con referencia al profesor Radbruch y a Martín T. Ruiz Moreno habíamos aceptado tres posibles *a priori* de la justicia: el personalismo (o individualismo), el transpersonalismo (o supraindividualismo) y el culturalismo. Pues bien, será interesante saber, en el cuadro descrito, cuál de éstos es el *a priori* de la justicia boliviana. Desde luego, se puede afirmar, sin peligro de error, que ninguna construcción de justicia responde unilateralmente a uno solo de los dichos supuestos y que, por consiguiente, sólo se trata de averiguar el supuesto *dominante*, aquél sobre el que se ha marcado con preferencia el acento valorativo. Ningún orden jurídico puede olvidar de manera total al individuo, o a la colectividad, o a la cultura.

Además, se hace indispensable establecer en confirmación de la tesis kelseniana de «la función productora del Derecho» que ejercitan los órganos del Estado, que éstos, dentro de

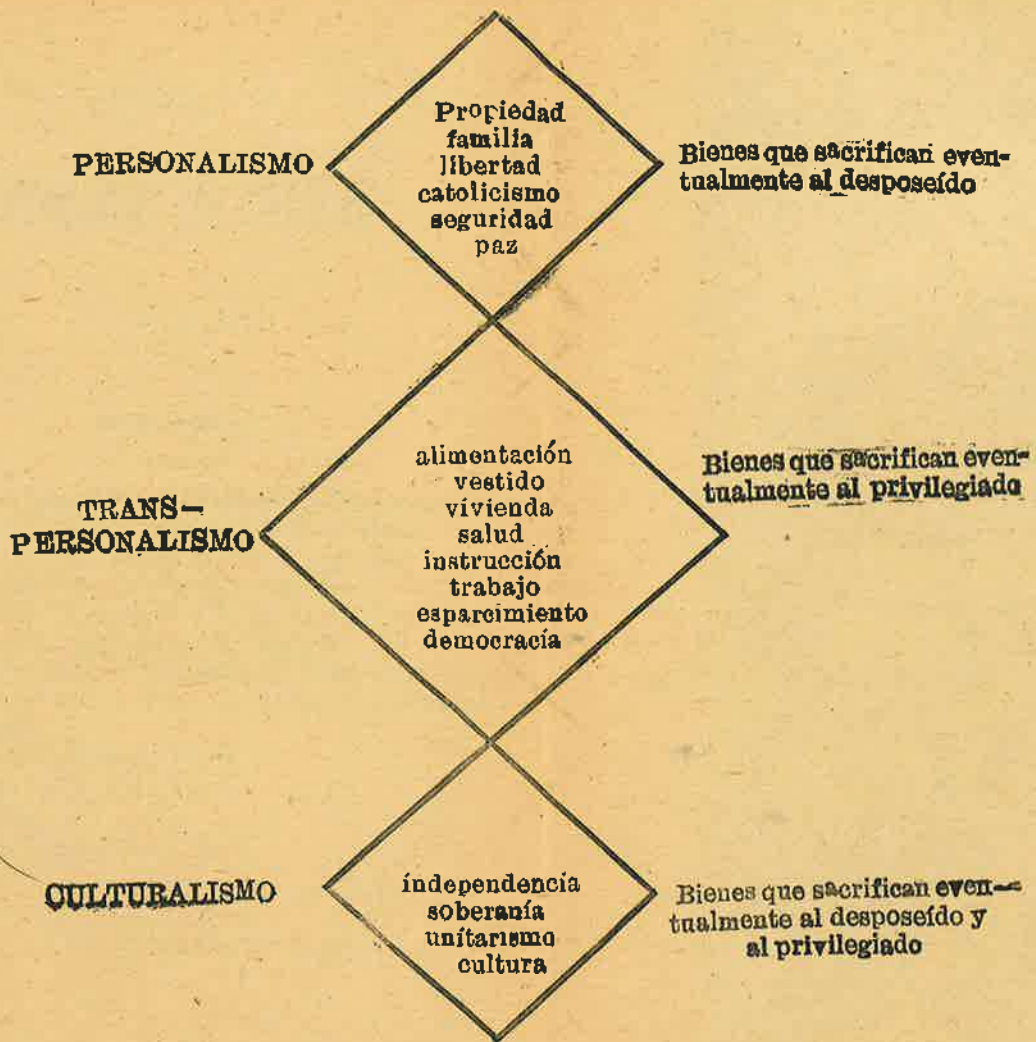
ciertos límites, pueden orientar su conducta efectiva hacia uno u otro de los tres supuestos mencionados, puesto que la norma concepto abre, dentro de su marco, un cierto número de posibilidades cuyos esquemas afirmativos admiten eventualmente posiciones ideológicas diferentes.

Con estas salvedades, consideramos que la justicia boliviana traducida, por una parte, en su régimen normativo y, por otra, en el sentimiento mundial y nacional reinante, se inclina, si bien con moderación y prudencia, hacia el transpersonalismo, concediendo a la tesis personalista sus esenciales peticiones, como a la cultura las suyas, con un propósito conciliador cuyas raíces son ya tema de la sociología jurídica. Así, son tanto protegidos como sacrificados, a su turno, el privilegiado y el desposeído, y aún la cultura. Los esquemas positivos del orden jurídico-estatal boliviano permiten el amplio desarrollo del trabajo, gravando escasamente al capital. Puede triunfar, dentro de ellos, el socialismo si tienen voluntad de hacerlo los «órganos productores del Derecho» situados en las gradas inferiores de la pirámide kelseniana.

Reagrupemos los bienes incorporados a nuestro rombo según el pensamiento axiológico que los informa, y obtendremos, para terminar, el esquema de triple rombo que se acompaña.



DEL ROMBO DE LA JUSTICIA



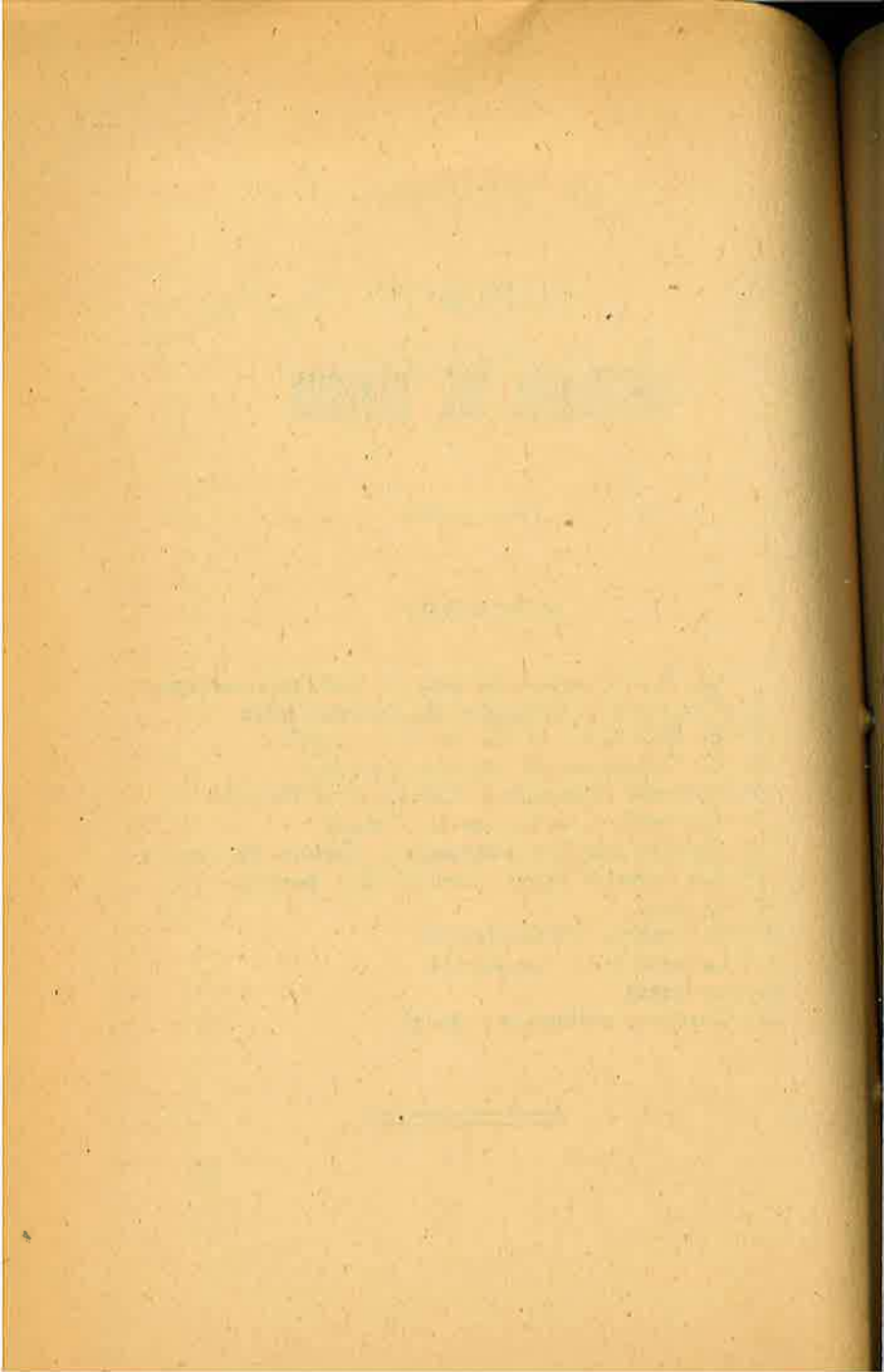


CAPITULO IV

SOCIOLOGIA, DEL DERECHO

SUMARIO

- 1—Los dos momentos del proceso jurídico-sociológico
 - 2—Ortodoxia y obscuridad de planteamientos
 - 3—La Economía en los procesos sociales
 - 4—La Cultura en los procesos sociales
 - 5—Síntesis: Economía y Cultura en el Derecho
 - 6—Economía y Cultura en la Historia
 - 7—Sentido moral de Economía y Cultura: la especie
 - 8—Los factores económico-culturales reaccionarios
 - 9—La raza
 - 10—El hombre, individualmente
 - 11—La iniciativa o precedente
 - 12—La fuerza
 - 13—Derecho, costumbre y moral
-



I. Los dos momentos del proceso jurídico-sociológico

Al esbozar la problemática y límites de las diferentes disciplinas que estudian el Derecho nos habíamos ocupado de la *sociología jurídica* caracterizando su objeto con el rótulo de *Derecho genético*. La sociología del Derecho estudia a éste a través de un proceso que puede dividirse en dos momentos: a) la realidad actuando en lo psíquico para, por medio de sus representaciones, producir la norma; b) la norma actuando en la realidad para, por medio de sus determinaciones, configurarla. Es decir: un momento interno, de acción estimulante en lo subjetivo, y un momento de proyección al exterior, de acción determinante en lo objetivo.

Veámoslo en la práctica. *Momento primero*: Como ocurre las más de las veces en casos semejantes, es la casualidad quien pone en la mano curiosa de algún ganadero unos terrones de tierra aceitosa. Si el ganadero no es muy escaso de recursos mentales, podrá sospechar que lo que tiene en la mano es nada me-

nos que la prueba de que bajo el suelo de su hacienda posee un «tapado» de oro líquido en forma de petróleo. El ganadero consultará con sus familiares y amigos sobre lo que habría que hacer, y se enterará por el cura del pueblo, por el barbero o el corregidor, de que no existe en el país ninguna legislación sobre petróleos, pues no se creía que pudiera haber yacimientos del rico combustible... Entretanto, la industria del país se desarrolla con pesada lentitud, y una de las causas reside en los altos costos del producto nacional, altos costos que, a su vez, son en parte resultado de la necesidad de consumir petróleo extranjero... Continuando la novela, suponemos que la noticia del hallazgo llega, por intermedio del imprudente corregidor, a oídos del Gobierno de la Nación. Como los datos son elocuentes, el ministro de la respectiva cartera se resuelve a organizar una expedición de técnicos, la que comprueba que, en efecto, se trata de importantes yacimientos petrolíferos. El ministro llama de inmediato a sus colaboradores juristas; se estudia la legislación de petróleos de otros países, se pulsa el ambiente diplomático y el ambiente comercial, etc. y, por fin, *se redacta un decreto supremo* que el Presidente de la República promulga apresuradamente. Este decreto establece que todos los yacimientos petrolíferos del país pertenecen al Estado, e indi-

ca los modos de su explotación y participación, etc., etc. por los particulares. Más tarde el decreto será elevado a rango de ley por el Poder Legislativo.

Momento segundo: ya el ganadero sabe a qué atenerse: ha llegado hasta su pueblo algún diarucho de la ciudad vecina, que transcribe in extenso el célebre decreto. Tendrá, por ejemplo, que hacer su petición de yacimientos a la autoridad administrativa departamental, o al ministro de Estado; tendrá que suscribir con este último un contrato de sociedad, etc. Pero, lo importante es que se sabe ya conforme a qué modelo—el decreto—ha de organizar la explotación y explotación de los petroleos el estanciero, como, en efecto, las organiza. La figura jurídica de éstas corresponde a la idea transpersonalista, según nuestra novela. Toda la realidad en la que vive ahora el afortunado ganadero, cuando aprovecha aquel hallazgo, se acomoda a las «instrucciones» que le han sido impartidas por la ley de petroleos.

He ahí una historia que nos conduce a la aparición del derecho-ley. Pero inventemos, más someramente, otras hipótesis:

Momento primero: han chocado los intereses de dos propietarios vecinos, y el uno ha demandado judicialmente al otro. Se produce el

pleito; las partes aducen toda la prueba que les es posible reunir; acaso alguna de ellas, o las dos, han colmado de atenciones al juez, si es que no lo han amenazado con intervenciones violentas; por azar el juez se enferma... y en estas condiciones morales y físicas *redacta su sentencia*, que es debidamente notificada a las partes. *Momento segundo*: la zona en litigio es dividida salomónicamente en dos partes iguales; uno de los ex-litigantes está visiblemente satisfecho; el otro sufre, y no puede ocultar su cólera; más tarde llegarán a las manos...

Otra historia: *Momento primero*: Juan Pérez es albañil; hace algún tiempo que se halla sin trabajo; debe atender una familia numerosa, y en su casa hay hambre y enfermedad. Se entera de que N. N. va a edificar una casa y lo busca para ofrecerse. Después de alguna discusión, aquél se resuelve, y éste tiene que contentarse con un salario muy exiguo, pero... *firman el contrato*, que es debidamente registrado en la Policía de Seguridad. *Momento segundo*: los niños de Juan Pérez mejoran visiblemente, y ya tienen ropas; han debido mudar de domicilio para estar más cerca del lugar del trabajo; Pérez ya se afeita y bebe menos... Debe trabajar ocho horas diarias; no puede rescindir sino por razones muy especiales, etc.

Y otra historia: *Momento primero*: Paco

Ramírez es un estudiante inquieto, pero, además de inquieto, pobre; goza de algún prestigio intelectual entre sus compañeros. Paco Ramírez ha perdido el sombrero un día de juerga, y se da cuenta de que no tiene dinero para adquirir otro. Qué hacer? Pues... nada más sencillo que suprimir en su vestuario el sombrero! Y Paco Ramírez toma esta heroica resolución: arrostrar todas las censuras y las críticas, los rencores y los desprecios, pero... *no usar sombrero*. La cabeza de Paco Ramírez está desnuda, un poco tostada la frente y los cabellos al viento. Continuamente tiene que sostener largas discusiones que le preparan sus familiares y sus amigos sobre el «desacato», la «rebelión», la «chifladura», la «locura», la «estupidez» de no usar sombrero!... Pero Paco Ramírez no usa sombrero. Por fin, y a raíz de alguna disputa más violenta que las otras, Manuel, Eduardo, Germán y Atanasio, sus camaradas, toman a su cargo, por puntillos de honor y lealtad, la causa de Paco y, en señal de alianza, prenden fuego a sus respectivos sombreros. Un par de años después, nadie usa en la ciudad sombrero.

Momento segundo: tres negocios de sombreros han quebrado; algunos artesanos, que vivían de composturas y arreglos al menudo, han tenido que hacerse sastres; durante el verano se ha producido un número inusitado de insolacio-

nes; los niños y las mujeres han tenido algunos reales más para dulces y vestidos y, algo increíble, un extranjero que no estaba en antecedentes y que se paseaba muy orondo, luciendo un costoso sombrero, ha sido encerrado en un manicomio, y se piensa en solicitar al Gobierno su extrañamiento del país.

He aquí cuatro "biografías" de otras tantas normas éticas: una ley, una sentencia, un contrato —normas jurídicas— y una costumbre, respectivamente. Como se ve, las cuatro se dividen, con claridad, en dos períodos históricos: durante el primero, la realidad converge en el pensamiento desde distintos puntos, estimulando la actividad psíquica del hombre hacia la creación de una regla de conducta; durante el segundo, la regla de conducta, concebida en virtud de las motivaciones que la realidad aporta, se dirige hacia esta misma para ordenarla en un sentido nuevo. El primer momento es pues, de acción estimulante en los sentidos y la mente; la realidad provoca la concepción de un esquema de conducta cuya naturaleza y alcances no quedan librados, además, a la iniciativa individual: la materia de la norma está dada en la realidad; pero también su forma, la modalidad positiva del esquema, las posibilidades de su sistema represivo dependen de la misma. Este momento puede llamarse *Momento conceptivo* del Derecho y

sus problemas lo son eminentemente psicológicos, es el momento *realidad-norma*.

Pero tan pronto como la norma ha entrado en vigencia, se ha convertido en un foco cuyas radiaciones normativas van a configurar, de manera distinta y novedosa, a la vez que uniforme en sus consecuencias éticas, la realidad histórica que comienza en la fecha de su natalicio. Es el momento *norma-realidad* por el que, en adelante, las cosas tomarán o deberán tomar una forma establecida, original o modificatoria, según los casos, cuando se trate de la conducta *dirigida* (o, inventando la palabra: justificada). Este momento es, entonces, el *momento de proyección*—así lo llamaremos— en el que la vida psicológica, que ha elaborado un esquema normativo, se dirige, se revuelve contra la realidad o hacia la realidad, y la modifica, no sólo en el sentido de su estructura jurídica, sino en las consecuencias social-históricas de todo género que resultan de esta estructura.

Surge aquí una pregunta: si la realidad actúa en la norma, y la norma, de rechazo, en la realidad, sucesivamente, dónde comienza el proceso: en la realidad, según las historietas imaginadas, o en la norma? El proceso es, en efecto, *realidad-norma-realidad*? No pudiera ser, más bien, *nor-*

ma-realidad-norma? Si observamos lo acontecido a Ramírez en el momento de sus angustias económicas, no podemos menos que reconocer que estas angustias, cuyo resultado va a ser la norma «sin-sombrerista», son, a su vez, resultado de otra norma: la norma «sombrerista». Ramírez sufre bajo el peso de la costumbre del sombrero, y sus arrestos combativos son un detalle en la figura que con la realidad tiene construida la norma sombrerista. Y lo mismo puede decirse de Pérez, el albañil, y del ganadero, y de los pleitistas; mucho más, si se recuerda que no existe acto humano ajurídico o neutral al Derecho, como tampoco acto amoral. Tendríamos que regresar por el fatigoso camino de la Historia, siguiendo una cadena en que se suceden indefinida y alternativamente realidad y norma hasta perdernos, sin sentirlo, en la edad del antropoide, puro instinto y animalidad. No se puede, por tanto, responder categóricamente a lo que nos preguntábamos. El espíritu, con el espíritu la cultura, y con la cultura la norma van desdibujándose insensible y paulatinamente a medida que nos acercamos a las primeras edades, para destacar el gesto crudo y frío de la naturaleza, donde reina la ley de la necesidad y el mandato tajante de la causa.

2. Ortodoxia y obscuridad de planteamientos

El problema jurídico-sociológico es arduo, y las variadas explicaciones que se han dado han concurrido a crear una atmósfera de confusión acrecentada por la ortodoxia unilateral— como toda ortodoxia— de sus preconizadores y seguidores que generalmente creen ver ya en las solas necesidades económicas, ya en la fuerza, ya en la autoridad del Estado, ya en las condiciones personales del gobernante, ya en la costumbre, en fin, ó en las virtudes de la raza, el asunto central, cuando no único, de los dos momentos descritos, o siquiera del uno (1).

Pero cotejando, sin prejuicios, la argumentación traída al tema por las distintas teorías a través de sus expositores, consideramos honestamente difícil negarles su parte de verdad a

(1)—Véanse las escuelas mecánica o cósmica, etno-antropológica y geográfica, la dirección bióloga y sus derivaciones, la dirección psicologista con las suyas y la doctrina habitualista.

todas ellas, con excepción, claro está, de las explicaciones teológicas que, respondiendo a consignas de fe, se bastan a sí mismas en la vida del sentimiento, y no cabe a la ciencia otra cosa que enunciarlas como objeto de curiosidad. Lo que hace falta es sólo determinar la medida y el lugar de esa verdad en una imparcial interpretación (2).

Nos parece poco discutible ya que el materialismo histórico y con él la interpretación económica del problema se llevan la mejor palma en esta lid, pero con frecuencia se confunde, como desempeñando función idéntica y, por lo mismo, excluyendo, en relación con la formación del Derecho, las variadas causas, etc. que a este propósito se dan, los fines, para decirlo con más exactitud, que el Derecho persigue y la función, no por ello menos importante, de otros ingredientes no directamente motiva-

(2)—Sin algunas correcciones y adiciones que un análisis algo más detenido las han impuesto aquí, se publicó este capítulo en la Revista del Instituto de Sociología Boliviana, N.º. 2, año 1943, bajo el título de: *Reflexiones preliminares hacia una teoría integral sobre los orígenes del Derecho, la costumbre y la moral.*

dores. Unas veces, lo mirado como un fin no es más que un medio, otras veces junta ambas calidades, y entonces resulta difícil averiguar hasta qué punto un *determinante* (empleando la palabra en sentido lato) es *medio* y hasta qué punto *fin*. Por otro lado, conviene no perder de vista que los *medios desempeñan siempre alguna función causativa y estructurante*. Cuando un carpintero construye una puerta, su fin —el más inmediato— es la puerta, pues de su actividad de trabajo saldrá *puerta* y no otra cosa; pero cuáles son sus medios? Sus medios son: su inteligencia, su salud, su vigor físico, sus máquinas y sus utensilios; en términos económicos, su capital. No se puede poner en duda que, aunque la obra terminada será seguramente *puerta*, la duración, la perfección, el acabado, el detalle, el gusto estético, el color, la forma dependerán, en gran manera, de ese capital, es decir, de la habilidad del obrero y de la calidad de sus instrumentos.

Tratándose del Derecho —como de la costumbre y la moral—, se plantean iguales diferencias: de una parte, aparece el hombre en cuanto *fin motivante*, de otra, en cuanto *eficacia generante*, y, en fin, el mismo hombre considerado en su totalidad: como medio y como fin, a la vez, del Derecho. Si se habla sólo de ne-

necesidades económicas o sólo de cultura, se habla de *motivos*; si de virtudes raciales y personales, en cuanto capital—agente del producto elaborado, se habla de medios. Una cosa es el hombre en cuanto capital—agente del producto *Derecho*, y otra cosa, en cuanto *destino* de éste. Ahora bien, es indudable que la estructura del Derecho estará determinada, en gran manera, por las excelencias del capital humano empleado en su producción, es decir, por las condiciones físicas, psíquicas, morales e intelectuales de la raza, primero, y del hombre individualmente, después, como, sobresalientemente, por la índole específica del *motivo jurídico* y el quantum de su poder estimulante en la vida psíquica.

3. La economía en los procesos sociales

Si en los esquemas que ilustran esta parte aparecen las necesidades materiales, es decir, económicas—restrictivamente—, jugando el rol de fin por excelencia del Derecho, de *motivo primario* del Derecho, será útil examinar qué importancia tiene la *economía* dentro de los procesos sociales. Nosotros la representamos en

tres círculos concéntricos que dan cabida conciliatoria a las explicaciones geográfica, demográfica y propiamente económica o fundada en las necesidades. El asunto es claro: las *necesidades* se sienten y se satisfacen por un hombre *que se mueve* espacial y cuantitativamente en su *recinto geográfico*, acomodándose a las condiciones de éste cualitativamente. Esta fórmula condensa todo el significado de los tres círculos concéntricos que expresan la noción de *economía*: factor geográfico, factor demográfico y necesidades.

El factor geográfico, entendido como topografía del suelo, estructura orográfica, régimen hidrográfico, producciones y clima, ejercita *en tres direcciones* su acción sobre el hombre: en su cuerpo, en su carácter y en su industria. En su cuerpo, modela, talla, trabaja su cuerpo, le da forma y color. La montaña hace hombres ágiles, sobrios y de piernas cortas, capaces de treparla y habitarla. La llanura hace hombres altos, lentos, con marcada tendencia a la obesidad. El régimen de alimentación determinado por nuestra montaña, sin entrar en mayores datos, cría dientes limpios y blancos; por consiguiente, órganos de digestión y expulsión fuertes y sanos. La alimentación de nuestros llanos orientales, acaso por la predominancia del azúcar y la miel de caña («Cruceño, come-

chancaca, es un dicho popular), hace dientes destruídos por la caries, pequeños, afilados, amarillentos y mancillados de concavidades negras. El sol, en la coloración de la tez actúa directamente: se es moreno en el sol y pálido en la sombra. Etcétera. En su carácter, es melancólico, hermético, reservado, tardo en sus reacciones el hombre de la cordillera; vivaz, charlador, pronto en sus determinaciones, colérico y audaz, el hombre de la pampa. En su industria el altiplano organiza explotaciones mineras, siembra trigo y cebada, vende colchas de alpaca y cueros de chinchilla. La llanura tropical organiza explotaciones gumíferas, siembra arroz y café, vende colchas de oso y cueros de jaguar, lagarto y víbora.

La geografía explica así y contiene— de acuerdo al esquema— el desarrollo demográfico de la población. Las ciudades se fundan y crecen o perecen según sea la geografía de su asiento. Buenos Aires, Río de Janeiro y Nueva York polarizan, como imanes formidables, las corrientes inmigratorias europeas. La Paz recibe y alimenta a casi la totalidad de la inmigración peruana. Es el centro urbano más próximo, y el único con vías de comunicación al Perú. La población de la ciudad de Potosí se expresa por una curva que sigue fielmente la de su producción argentífera. La ciudad de las vacaciones

es Cochabamba: su magnífico valle y su buen clima, su progreso y sus comunicaciones reúnen en sus frescos suburbios y en sus bares campesinos, en sus «quintas», a los hombres de negocios y sus familias, a funcionarios públicos y estudiantes. En nombre del petróleo acaban de surgir Villamontes, Camiri, Choretí, Gutiérrez, Muyupampa y otros por hoy pequeños pueblos que hasta hace pocos años no fueron mucho más que una barraca perdida en la floresta.

La ausencia total de recursos naturales o la hostilidad del clima determinan, de otra parte, el éxodo de la población, o la destruyen, la mortalidad alcanza elevadas cifras y el promedio de vida, con relación a la edad, desciende considerablemente. Las zonas de difícil comunicación son zonas deshabitadas; en cambio, la población se agrupa, formando cadenas de ganglios, a lo largo de los ríos y de las vías férreas o los caminos mejores, y en las anchas bahías de los mares templados.

En una palabra, allí donde está la riqueza, allí está el hombre. En condiciones climáticas distintas, donde esté la riqueza con buen clima; en las mismas condiciones, donde esté la riqueza mayor: en condiciones iguales de capacidad y de clima, donde se halle la más accesible. Etcétera.

Pero esa población veleidosa y movable, que es, en la superficie de la tierra, como un inmenso hormiguero sobre algunos carozos almiarados, requiere de complejos sistemas de organización que permitan que todas y cada una de las hormigas reciba alguna parte, por pequeña que sea, de la medrada pulpa, y, para ello, hay que comenzar por asegurar la ración total del hormiguero. Que no falten carozos! Alcanzado el volumen de producción necesario, viene la parte acaso más difícil: la distribución de las raciones en forma tal que no haya ni una sola hormiga muerta por hambre o por indigestión; que las raciones sean, si no iguales, cuando menos proporcionales y bastantes. Y en procura de todo esto es que viene el *Derecho*, y, con el Derecho, la costumbre y la moral.

ECONOMIA



Si en el Derecho axiológico hicimos una clasificación de los bienes de nuestra justicia, en función del individuo, la colectividad y la cultura, aquí nos interesa extraer de la lista aquellos bienes que, respondiendo a necesidades ma-

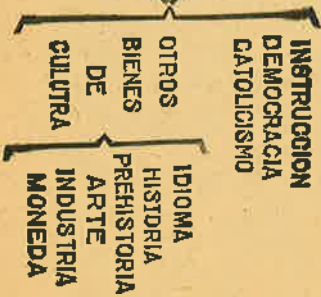
teriales, es decir, biológicas, se separen claramente de aquellos otros bienes cuya necesidad, ya no fundamental, es producto de una evolución social más o menos larga y capaz de haber construido una *cultura*, de haber desarrollado *un espíritu*. No se trata ya del *destino pensado* de los bienes, sino de su *estímulo sentido* cuya naturaleza, predominantemente física o predominantemente psíquica, nos lleva a separar los bienes enumerados antes, en dos grupos: a) bienes que responden a necesidades materiales, o simplemente, *necesidades materiales*, y b) bienes que responden a necesidades espirituales, o, simplemente, *necesidad es espirituales*. Pertenecen a la primera categoría los siguientes: alimentación, vestido, vivienda, esparcimiento, trabajo, propiedad, salud y familia, a los que, de conformidad con la nueva base de clasificación, hay que añadir el *amor sexual*, dándole preferente ubicación. Véase el esquema de la página siguiente.

NEC. MATERIALES: TRABAJO → PROPIEDAD



SALUD
Y
FAMILIA

NEC. ESPIRIT.: PATRIA



Es útil advertir aquí que no juegan el mismo rol todos estos bienes, ni tienen igual importancia dentro del equilibrio biológico. El trabajo, en sí, no es una necesidad, salvo la indispensable actividad muscular. En cambio, sólo por él y gracias a él es posible la propiedad. Esta, por su parte, tampoco es una necesidad: el hombre no se alimenta de *propiedad*—que sería tanto como almorzar leyes—, sino de los bienes que son su objeto: alimentos, vestidos, casa, mujer (o varón) y ocios. Estos son, pues, los únicos que, con exactitud, constituyen necesidades materiales. Los bienes axiológicos *salud y familia* no son sino el resultado inherente a la posesión de los nombrados bienes.

4. La cultura en los procesos sociales

De este modo, tenemos, por exclusión, los bienes de la flecha-rombo axiológica que deberemos agrupar en calidad de *bienes espirituales* o bienes de cultura. Su eficacia estimulante se ejercita, en general, con menor intensidad, y su aparición, en el cuadro general de los motivos humanos, exige un largo período no só-

lo de desarrollo mental individual, sino de convivencia. En seguida volveremos sobre ello. Por lo pronto, nos interesa agruparlos unitariamente, y, en este propósito, no hallamos una noción más comprensiva de todos estos bienes que la noción de *Patria*. Independencia, soberanía y unitarismo (en Bolivia), bases jurídicas de la sociedad estatal; libertad, seguridad y paz, bienes máximos de la relación privada; instrucción, democracia, catolicismo (en Bolivia) y demás riquezas del acervo cultural, todo ello se expresa, coincide, es comprendido y es amado bajo el signo *Patria*. La patria resume, así, todos los bienes espirituales que responden a la cultura, a las necesidades espirituales. Podemos, por tanto, exponer su esquema como se ve en la pág. 140.

No hay acaso nada que añadir a la interpretación marxista del proceso histórico, pero hay algo que rectificar, y es que el Derecho, como la costumbre y la moral, no responden invariablemente a necesidades económicas. La Historia nos ofrece innumerables ejemplos en los que el hombre aparece obrando en virtud de *ideales puros* que, desde el punto de vista económico, representan su sacrificio o su suicidio. Se da con razón, como uno de los más elocuentes ejemplos, la Guerra de las Cruzadas contra los turcos. Pero hoy, ante el fallo de nuestra perso-

nal experiencia, frente a nuestro sentir y a nuestro pensar, podremos negar, sin pecar de insensata obstinación, que confesamos una religión (incluyendo el ateísmo), que amamos y creemos en una patria, que estamos dispuestos a luchar, si es preciso hasta la muerte, por un concepto, por una idea, por un hombre?...

Cierto que la mayor parte de las guerras («la mayor parte», no todas) son guerras económicas, a condición de incluir en esta «mayor parte» las pequeñas luchas sin cuartel y sin tregua del hombre de la primitividad, de un momento histórico o prehistórico, más bien— en el que los motivos del espíritu son escasos y débiles. Pero la historia antigua y el Medioevo están plagados de guerras religiosas. Sin entrar a analizar sobre cómo y en qué medida la religión es una superfetación económica, puesto que, determinada en gran manera por el régimen económico, procura cuando menos una transacción de ese régimen con otros determinantes de su formación, es necesario advertir que la fe religiosa constituye un impulso frecuentemente reñido con la vida y, portanto, con la economía y, en muchas ocasiones, más poderoso que éstas. Por otro lado, parece que sólo la religión ha hecho competencia, en este terreno, a la economía y al comercio. Aún no hemos visto una guerra por la posesión de una teoría o de un

procedimiento científico, por la exclusiva de una concepción de arte, etc. Mas, volviendo a las guerras que se han librado por el poderío económico, con qué datos, cuándo y en qué medida se puede afirmar que por él se libraron? Con mayor frecuencia *no* es el móvil económico el que mueve a las masas populares hacia los campos de batalla. Tal vez un análisis crítico posterior lo revele a duras penas, pero el solo hecho de ser «duramente penoso» el revelarlo, ya dice bastante sobre la importancia de los factores *no* económicos. Frente al pensamiento popular, el propósito económico suele ser un «secreto de Estado», y el entusiasmo de las masas, ingenuo y simple, es despertado bajo signos que no tienen ninguna relación con el provecho económico. Al pueblo se habla de la patria, de los símbolos de la nación—escudo y bandera—, del honor y la dignidad, de la tradición histórica, y es en nombre de estos signos que el fervor patriótico despierta y el ciudadano rinde si no siempre gozoso, cuando menos resignado su vida. Ahora bien, por qué esta actitud del gobernante y sus colaboradores si el único móvil de las acciones humanas es el económico? Si el regazo del pueblo sólo hambre de troglodita abriga, por qué el éxito de su propaganda? En el peor de los casos y siendo cierto que la génesis de una bandera patria o la cuna de un dios fueron de

oro sellado, no es menos cierto que quien no está enterado de la interpretación marxista de la historia (y en Bolivia casi nadie lo estuvo hasta después de 1918) cree en la bandera *por la bandera* y en él dios *por el dios*.

5. Síntesis: economía y cultura en el Derecho

Es que junto a las necesidades puramente económicas, biológicas y fundamentales, y muchas veces contra y a pesar de ellas, el hombre ama, hasta la exaltación del sacrificio, un signo, una idea, un concepto. Es que el reinado del mundo se lo han disputado, y se lo disputarán siempre, Sancho y Don Quijote en fraternal expedición por los crepusculares caminos de la Historia.

En el esquema general de la eticidad y especialmente del Derecho, que proponemos, figura, por todo ello, junto con las necesidades económicas o materiales en calidad de *motivo primario* o fin eminente, la *cultura*, es decir, las necesidades culturales o espirituales, entendiéndose por ellas la política, la religión, el Arte

y todos los ideales y símbolos de ideales que no pueden constituir fines económicos y que, en su caso, pueden hacer eficaz competencia al factor netamente económico. Se puede ir — repetimos — a la guerra por un hombre, como se puede ir por un principio, por una teoría política sin predicados de economía. La contradicción más flagrante de la ortodoxia marxista aparece, con suma frecuencia, en los propios preconizadores y demagogos del marxismo, que suelen ser burgueses y aún capitalistas. Cómo conciliar la interpretación económica de sus actitudes individuales con su propia situación de privilegio? Lirismo?... Pues en él está la rectificación de la ortodoxia. Al predicar el marxismo estos burgueses están haciendo confesión de un bello idealismo que nada tiene de común con su personal provecho. Y he aquí otra vez el ideal puro de la nueva cultura reivindicatoria del trabajador, en un gesto de sincerísima modestia, pero destructivo de su racionalismo materialista. El marxismo en acción, la política marxista no es sólo hambre en procura de pan; es también *emoción* en procura de *justicia*... «Y diciendo esto, dio de espuelas a su caballo Rocinante, sin atender a las voces que su escudero Sancho le daba, advirtiéndole que, sin duda alguna, eran molinos de viento y no gigantes aquellos que iba a acometer. Pero él iba tan puesto en que

eran gigantes, que ni oía las voces de su escudero Sancho, ni echaba de ver, aunque estaba ya bien cerca, lo que eran, antes iba diciendo en voces altas: —No huyáis, cobardes y viles criaturas, que un solo caballero es el que os acomete».

Se puede ir a la guerra «por un hombre», decíamos. He aquí un estímulo de la producción jurídica cuya ubicación en la economía o en la cultura, en el cuerpo o el alma, en la materia o el espíritu, es interesante verificar. Pero, es el hombre, como hombre, un motivo capaz de obrar en el momento conceptivo del Derecho, desde fuera, en calidad de estimulante psíquico? Sin duda que sí; bástenos recordar aquella tan conocida frase de un prefecto de París: «—Cherchez la femme», tratando de esclarecer un difícil caso criminal. Si recorremos la historia, vamos a encontrar con inusitada frecuencia, detrás de las más insospechables construcciones jurídicas, la dulce y blanda mano de una mujer...

«Deja mujer que esconda
«mi corazón bajo tu pié.

...«te espero hace
«yo no sé cuántos siglos.

«Sé que sólo contigo
me libraré de tí. (3)

Aquí habla la voz cósmica, perpetua e irresistible del sexo. La necesidad de amor es biológica, fundamental, tanto como la de alimentos y vestidos. El amor reside en el cuerpo, como el hambre, por mucho que su privación provoque representaciones desviadas de su objetivo natural. Consiguientemente, el hombre, motivo del Derecho, si lo es por amor sexual, se incorpora al motivo primario de la economía. Pero también puede constituir un estímulo cultural, en sí mismo, cuando se trata, no de amor sexual, sino de fe, de admiración, de respeto, de cariño fraternal, etc., de amistad. Estímulos de este género han sido un Richelieu, un Mazarino, un Maquiavelo. En grande y en pequeño, cuántas componendas políticas ulteriormente traducidas en productos jurídicos no son resultado de la amistad o el respeto, del odio y del miedo! A menudo la justicia se administra por «amistad», y el Derecho, que lo teme y lo sabe, to-

(3)—Gregorio Reynolds: *Prisma*, Biblioteca de la revista «México», La Paz, 1938, pgs 132 y 133.

ma siempre sus precauciones dentro del ordenamiento procesal. Etcétera.

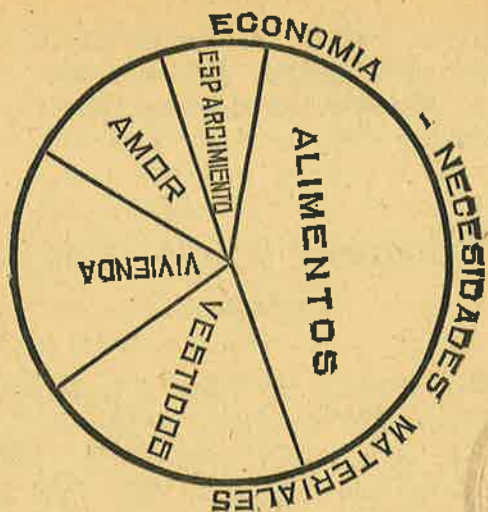
En suma, creemos que junto a las necesidades materiales es menester considerar las *espirituales* o culturales como determinante genético del Derecho; si bien con menos frecuencia y, en general, con menos intensidad.

Pero no basta, para explicarnos todo el problema, encontrar que la costumbre, la moral y el Derecho tienen origen en la economía y la cultura, en el sentido de que responden a necesidades económicas o se avienen con los principios e ideales de la colectividad persiguiendo su realización. Desde luego, hay que advertir que ambos motivos pueden obrar tanto separadamente como de común acuerdo, de modo que, en orden a las reglas de Derecho, las habrá económicas, en el sentido sociológico-marxista, como culturales y económico-culturales, pudiendo predominar, dentro de éstas, en infinitas gradaciones, lo uno sobre lo otro. « — ... Sancho... quiero que aquí a mi lado y en compañía de esta buena gente te sientes, y que seas una misma cosa conmigo que soy tu amo y natural señor, que comas en mi plato y bebas por donde yo bebiere... »

Con estos antecedentes, estamos en condiciones de reunir, dentro de una síntesis jurí-

dico-genética, lo material y lo espiritual, dando por terminada su vieja beligerancia. Nuestro gráfico de las necesidades materiales debe reducirse a exponer las cinco antes enunciadas: alimentos, vestidos, vivienda, amor y esparcimiento. El de los requerimientos del espíritu es más complejo, pero, en todo caso, incluye, por exclusión, toda necesidad que no quepa en el marco de las dichas materiales. Tal vez puedan reducirse al siguiente esquema: 1) Filosofía General, con proyección especial de la filosofía trascendental o metafísica y, dentro de ésta, de la imagen del mundo; luego, y como una noción deducida de la precedente, *la idea del bien* y, en fin, en calidad de realización institucional de contacto popular, a la vez que como una garantía de persistencia de aquella idea, *la religión*. 2) Imagen de la sociedad humana, su papel y su sentido; vale decir, filosofía social. Como una inspiración de esta filosofía social, y en estrecha relación con el Derecho, *la justicia*; qué es lo que cada cultura entiende por justicia. En fin, qué medios institucionales aseguran los postulados de justicia en las relaciones de los hombres, es decir, el Derecho (4). 3) *Cien-*

(4)—Que el Derecho motive al Derecho no es observación que ofrezca dificultades si se considera,



cia y técnica. 4) *El Arte* y su más conspicua realización: el lenguaje. Así el círculo «cultura» queda dividido en dos segmentos mayores y dos menores (5).

6. Economía y cultura en la historia

Con respecto al valor e importancia de ambos términos al través de la Historia, nos parece posible que en las edades primitivas hubiera predominado el término Economía en grado superlativo sobre el término Cultura, puesto que el hombre apenas se diferencia de los bru-

primero, que no se puede excluir fenómeno alguno de la realidad como estimulante posible de la actividad psicológica que crea el Derecho, y segundo, que toda nueva ordenación o norma nace, ontológicamente, sobre el cadáver de otra y se nutre de su materia a más de cobrar su nueva estructura sobre la base del conocimiento de las inadecuaciones y defectos de la norma sustituida.

(5)—H. Rickert, profesor en Heidelberg, define así el concepto de cultura: «Los productos naturales son los que brotan libremente de la tierra. Los pro-

tos por elementales destellos de conciencia. Con el correr del tiempo y la repetición del precedente consuetudinario no económico —o, al menos, no estrictamente económico—, con la aparición de una tradición, en fin, y la vigorización de un sentimiento de unidad colectiva, iría cobrando sucesiva y mayor importancia el término *Cultura*, evolución o acrecentamiento de ésta que se ve contenido, claro está, por la importancia del término *Economía*, cuando Sancho Panza grita, en interés de la especie, su hambre y su fatiga. La miseria extrema no es amiga de los líderes ni de los dioses, como ideales puros y, si acuden con frecuencia a ellos, ya no es dentro del término *Cultura*, sino por hambre, o sea, económicamente. Con todo, no hay que olvidar que el hombre primitivo ama, teme, odia

ductos cultivados son los que el campo da, cuando el hombre lo ha labrado. Según esto, es naturaleza el conjunto de lo nacido por sí, oriundo de sí y entregado a su propio crecimiento. Enfrente está la cultura, ya sea como lo producido directamente por un hombre actuando según fines valorados, ya sea, si la cosa existe de antes, como lo *cultivado* intencionadamente por el hombre, en atención a los valores que en ello residan.

«Por mucho que estiremos esta oposición, siem-

con pasión determinados seres o cosas que no son precisamente económicos; v. gr.: sus fetiches y totemes, y, llegado el caso, no titubea en sacrificar todos sus intereses materiales bajo el dominio de su terror supersticioso o de su visión anímica de la naturaleza. Tampoco hay que olvidar que el mundo evolucionado de hoy reacciona frente al espiritualismo trágico del Medioevo—en que el círculo *Cultura* de nuestro esquema alcanzó posiblemente un período de gran plenitud—y se «economiza», no en el sentido de olvido del espíritu, como se entiende por alguien que emplea la equívoca frase de «economización de la cultura», sino en el de que hombres y pueblos de hoy tienden hacia una *cultura de la economía* en sustitución de la cultura de la religión, de la ciencia, del Arte, es decir, que los tradicionales signos del concepto de cultura —patria, religión, Arte, etc.— se ven en todo o parte sustituidos por el signo *justicia social, redención del proletariado, etc.* Más propio

pre supondrá necesariamente que en los procesos culturales está incorporado algún *valor*, reconocido por el hombre y en atención al cual el hombre los produce o, si ya existen, los cuida y cultiva. En cambio, lo que ha nacido y crecido por sí, *puede* considerarse sin referencia a valor alguno; y *debe* consi-

sería decir que la economía se culturiza y no que la cultura se economiza, pues aquellos signos de justicia y redención, a pesar de su origen y sentido crítico-económico, encierran un idealismo tan noble y desinteresado como cualquier otro. No está el creyente marxista resuelto a matar y morir por sus *principios*? Son sus *principios*; no su provecho económico personal. De modo que no hay tal economización de la cultura en el sentido que se le quiere dar. La relación cuantitativa de los dos círculos superiores de nuestro esquema general puede haber permanecido invariable sin embargo de haberse saturado de preocupación crítico-económica la sociedad representada. Don Quijote es Don Quijote aunque cambie de vestido.

derarse así si realmente no ha de ser otra cosa que naturaleza en el indicado sentido (a).

Pokrovski, al historiar la cultura rusa, entiende por cultura «todo lo que es resultado del trabajo humano, en el amplio sentido de la palabra... por lo tanto... puede ser definida como el conjunto de todo lo creado por el esfuerzo del hombre, en oposición a

(a)—H. Rickert: *Ciencia Cultural y Ciencia Natural*, Calpe, Madrid, 1922, pg. 22.

7. Sentido moral de economía y cultura: la especie

Después de esto parece que habrá que averiguar algo sobre el sentido ético de *economía y cultura* y su relación con la especie. De lo dicho se infiere que lo económico tiende siempre a conservar la especie y que una medida de gobierno o una organización serán tanto más económicas cuanto a mayor número de individuos de la especie protejan, o, para ser más exactos, cuanto con mejor eficacia defiendan la especie, puesto que, tal vez, en excepcio-

lo que nos da generosamente la Naturaleza sin ningún esfuerzo por nuestra parte». (b)

Para el etnólogo Imbelloni los elementos de la cultura serían los siguientes:

1)—*Vida material*.—Habitación (utensilios, muebles).—Economía. Forma económica general (animales

(b)—Pockrovski: *Historia de la cultura rusa*, transcripción en el artículo *Cultura*, de la obra de Joaquín Gil: *Enciclopedia Gráfica de la cultura universal*, Ediciones Culturales «Iberia». Madrid-Barcelona 1933.

nales circunstancias, sea mejor a los fines de conservación de la misma la defensa reforzada de una élite que la debilitada en un frente demasiado extenso.

El sentido económico de las acciones humanas es siempre un sentido *egoísta*. Reside en el impulso biológico de la propia conservación. Jamás hombre alguno va individualmente a la guerra por economía, pues esto sería totalmente contradictorio, dado que la super-necesidad económica es la vida. Colectivamente, si, y es entonces el sentido económico del grupo, sentido interpretado por sus líderes y adminis-

domésticos).—Alimentos (preparación de los alimentos, sistema para obtener el fuego, etc.)—Vestido-adorno.—Instrumentos.—Armas.—Industrias (trabajo de la piedra, canastería, cerámica, tejido, metalurgia, etc.)—Comercio (moneda, mercados).—Medios de transporte (navegación, etc.).

2)—*Vida social*.—Familia (costumbres nupciales, división sexual del trabajo, constitución familiar, etc.).—Herencia.—Derecho.—Organización del grupo super-familiar (Estado). Guerra y paz.—Ceremonial.—Funebria.

3)—*Vida mental*.—Creencias (ontología, culto, rito, mito).—Imagen del mundo.—Arte plástico (ma-

tradores, que establecerá dónde reside el mejor provecho de la especie: si en la guerra o en la paz.

La cultura es *altruista*. Por virtud de un proceso de sublimación — para hablar en términos freudianos — o desplazamiento de los propósitos biológicos hacia ideales distintos («superiores») del interés de la especie, la cultura, si no está abiertamente reñida con aquélla, asume, cuando menos, una actitud indiferente con respecto a su conservación. De este modo, la cultura se exterioriza, con frecuencia, en actitudes francamente suicidas, y así vemos ahora al pueblo alemán lanzarse, en nombre de la cruz swás.

nifestaciones puras o de arte decorativo).—Música (instrumentos musicales, de la melodía o del ritmo).—Medicina.—Ciencia.—Elocuencia (c).

Como se ve, esta composición de los elementos de la cultura se halla claramente informada de la preocupación primitivista o arqueológica del autor, quien busca preferentemente sus datos en las culturas prehistóricas o de desarrollo actual correspondiente. De ahí que Imbelloni no pueda hablar adecuadamen-

c)—J. Imbelloni: *Epítome de culturología*, Biblioteca del Americanista Moderno. Sección A, tomo I, Edit. José Anesi, Buenos Aires. 1936, pg. 38.

tica, a una tremenda lucha fratricida en la que sacrifica millones de jóvenes vidas. Sin perder de vista que la presente guerra es guerra por el carbón y el petróleo (6) y aún, si se quiere, por el «espacio vital», no es menos cierto que los ejércitos de Alemania se lanzan al combate fer-

te, v. gr., de una filosofía y que los productos culturales que enumera correspondan más bien al campo de lo empírico y técnico-rudimentario.

Romero y Pucciarelli (d) expresan que: «La cultura consiste en una galería de objetivaciones espirituales.—El espíritu, por decirlo así, se deposita y fija en ciertos entes que son los objetos culturales: una teoría, un poema, una máquina. Estas objetivaciones comprenden todo el campo de la cultura, desde las formas más humildes a las más elevadas: desde el hacha del salvaje al *Fausto* de Goethe, desde el chiste... hasta las ideas de Platón».

d)—Francisco Romero y Eugenio Pucciarelli: *Lógica*, quinta edición, Espasa-Calpe, Argentina, 1942, pg. 206.

(6)—Es digno de todo interés el apasionado alegato socialista del joven profesor de Derecho Indiano de nuestra Facultad Dr. Miguel Bonifaz: *El nazifascismo y la guerra imperialista*, Universidad Mayor de San Francisco Xavier, Publicaciones del Instituto de Sociología Boliviana, Sucre, Bolivia, 1942.

vorosos de su líder y la cultura nacional que éste personifica. Alemania quiere dar solución a su múltiple y vasto problema económico, pero, al mismo tiempo, quiere imponer al mundo su cultura. El pueblo alemán es pueblo romántico; así, es posible que la afectividad combativa de Alemania nazi comporte, en grado eminente, el fin *Cultura del Tercer Reich*.

Sin embargo, el asunto no es tan sencillo como para poder decir, sin mayor análisis, que economía y cultura tengan, con respecto a los intereses de la especie, direcciones en todo caso divergentes, pues esto depende de cuáles sean los signos de cultura. Si en ella adquiere prestanda sobresaliente el signo *raza*, la cultura se acerca a la economía, como valor ético, dado que perseguirá la conservación y predominio, si no de toda la especie, cuando menos de un vasto grupo humano, con lo que, siendo siempre altruísta en lo que a la actitud moral de los individuos se refiere —y por cuanto, de cualquier modo, es un ideal lo que persigue—, es egoísta haciendo economía de un sector de la especie, con perjuicio de los demás. La actual cultura alemana es racista, o, cuando menos, se precia de serlo.

Pero la menos altruísta y más biológica de las culturas es la cultura marxista, la cultura que hemos llamado *de la economía*. La cultura

marxista hace también heroes e hidalgos caballeros andantes, pero los hace con vistas al provecho repartido—al provecho— y a la defensa y conservación del hombre, sin distingos. Seguramente es la menos suicida de todas las culturas posibles. Los resortes morales de su técnica revolucionaria son el recelo, la envidia, la codicia y el odio para formar el espíritu de clase, primero, y, después, destruir a los explotadores en una convulsión catastrófica. Trata pues, de despertar al hombre cavernario y elemental, al hombre biológico de la subconciencia freudiana, con el fin de proteger, en última instancia, a la totalidad de la especie suprimiendo la miseria y sus secuelas. La tarea pues, de los caballeros andantes del marxismo no es muy ardua, dado que no hay más que soltar los ya débiles trenos de la vieja cultura, y libertar la fiera. Lo difícil está después: en la organización y dirección del nuevo estado de cosas, es decir, en la recaptura de la fiera extraviada, con lazos menos crueles, pero, al fin y al cabo, lazos. Don Alonso Quijano tuvo que alcanzar la locura para emprender su tarea desfacedora de entuertos.

El marxismo ha creado signos que no pueden llamarse económicos, en orden a religión, Arte, organización política, Derecho de familia, etc. y

aunque sus interpretaciones se llamen *materia-
lismo histórico*, el hombre cavernario de la so-
ñada revolución es, a la postre, un constructor
de ideales; es Sancho convertido en Quijote de
su propia causa.

8. Los factores económico- culturales reaccionarios

Pero, continuando con el desarrollo de
nuestro esquema general, hallamos, en conclu-
sión, que los *motivos* de la costumbre, el Dere-
cho y la moral son, en primero y sobresaliente
lugar, las necesidades económicas (materiales) y,
en segundo, los ideales de cultura (necesidades
espirituales). Mas, aquí terminará el análisis del
asunto? Indudablemente, no. Planteado al le-
gislador el imperativo económico o el de cultu-
ra, el nacimiento y sentido de la norma ética
dependerán de la fuerza con que graviten, en su
momento, *los factores económicos y culturales
de la reacción* (7). Esto nos lleva a recono-

(7)—En el citado artículo publicado en la Re-
vista del Instituto de Sociología Boliviana, N°. 2, so-

cer en el proceso genético del Derecho dos corrientes de motivación *con signo contrario*:

a) Una corriente con signo positivo que, negando lo dado, *afirma lo por darse* y que, en nuestro esquema general, se halla representada por los dos círculos superiores: necesidades materiales y necesidades espirituales. Merced a esta corriente se pone en marcha la evolución social; ella actúa en la vida psicológica colectiva y en la mente del *hacedor* individual de la norma en el sentido de la innovación y de la renovación; ella inspira a Paco Ramírez el abandono del sombrero, a Juan Pérez su oferta de trabajo; a los propietarios vecinos, su actividad judicial y al ministro de industria su reglamentación petrolera. Esta corriente señala la dirección dinámica por excelencia, y constructiva o reconstructiva, de los estímulos económico-culturales.

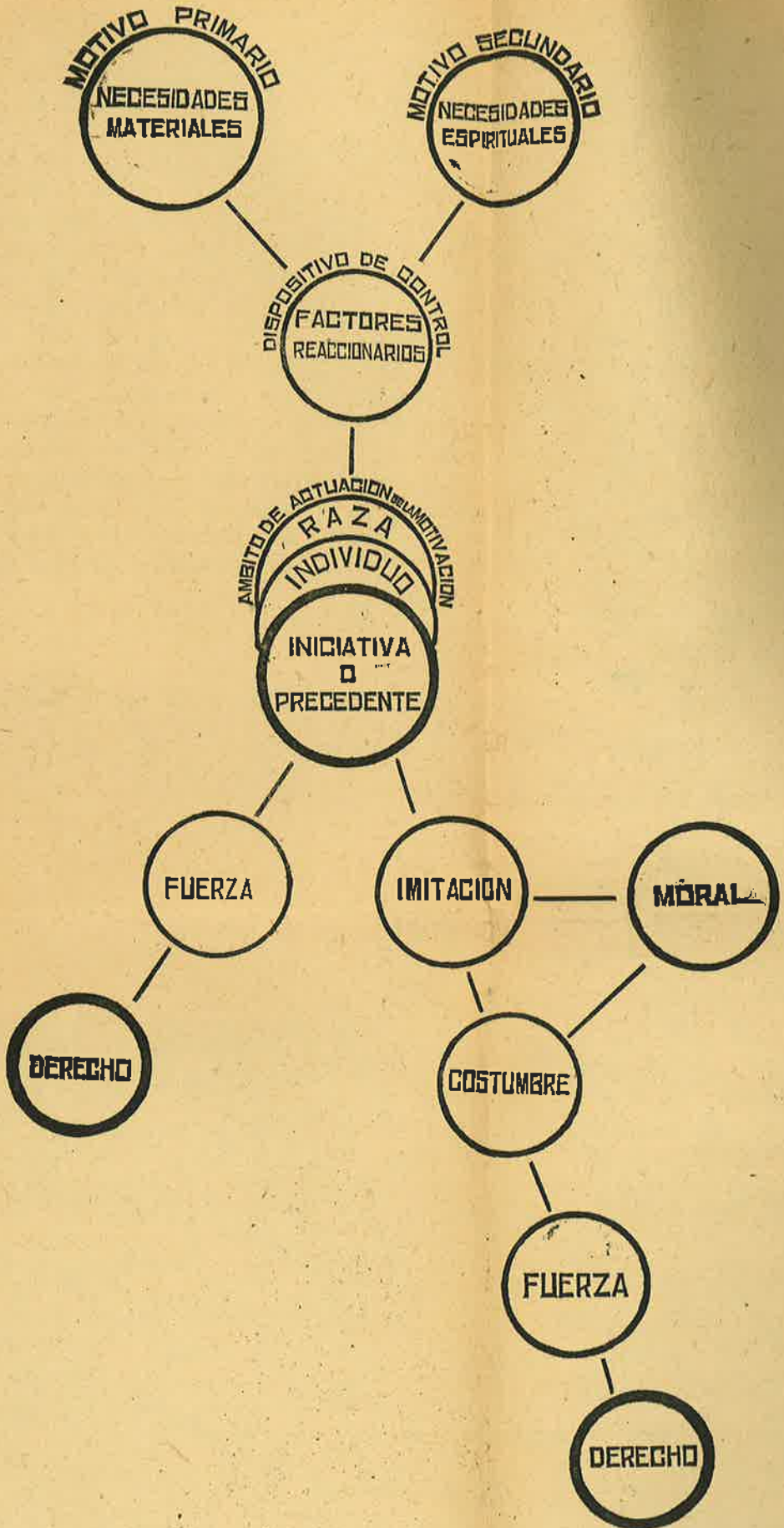
b) Una corriente con signo negativo que, afirmando lo dado, *niega lo por darse* y que, en nuestro esquema general, se representa bajo el

bre cuya base escribimos el presente capítulo, habíamos usado el rótulo de *Circunstancias políticas* en vez del de *Factores reaccionarios*. Creemos haber ganado aquí en claridad y precisión.

rótulo de *factores reaccionarios* (8). Su composición y su naturaleza coinciden con la de los factores a que llamamos motivos primario y secundario. Son *motivos*, con igual medida e igual significación, en el proceso del Derecho genético, y se dividen, asimismo, en económicos y culturales, pero la dirección de sus estímulos se opone a la concepción normativa. Esta corriente ensaya todos los medios que encuentra a su alcance para mantener el estado social en sus viejos moldes. Es la corriente conservadora, hecha también de necesidades, pero, en parte, de necesidades *virtuales o espectacivas*, de necesidades temidas, pues que encuentra satisfacción en lo dado y aspira a mantenerlo indefinidamente. Esta corriente representa la fuerza de la *inercia social* que se opone a toda renovación y se goza en la inmovilidad; conduce en veces a la decadencia y a la degeneración sociales. Por ella, Paco Ramírez tendrá que robar el sombre-

(8)—Cuando hablamos de «reacción» no asumimos posición política alguna, lo que es prudente anotar, dado que la dicha palabra ha llegado a tomar hoy el sentido partidista de resistencia del capitalismo frente al movimiento proletario, de liberalismo frente a socialismo, etc. En nuestra exposición, que pretende

ESQUEMA GENERAL DEL DERECHO SOCIOLOGICO



ro que requiere, Juan Pérez se hará vagabundo y matará de hambre a su familia, los pleitistas dejarán que la maleza inunde el terreno limítrofe, y el señor ministro olvidará los pozos de petróleo.

De esta manera, el círculo de los factores reaccionarios juega el papel de un verdadero *dispositivo de control de la dinámica motivante positiva*, y a él se deben todas las transacciones del ordenamiento normativo. Si por virtud de la motivación positiva la monarquía absoluta debe dar paso a la república, el resultado institucional es una monarquía constitucional. Si por la misma el régimen capitalista debe dar paso al comunismo, el resultado institucional es un socialismo de Estado o un colectivismo, y la Rusia de 1920 instituye hoy una pequeña burguesía, hace la guerra con Gran Bretaña, enarbola el estandarte patrio, otorga el mariscalato a Stalin y reconoce al Papa. En fin,

ser científica y, por tanto, objetiva, el movimiento trotskista es tan reaccionario como pudiera serlo el más puritano catolicismo. Todo depende de la posición relativa, histórica o cronológica, que tome cada tendencia.

los controles de la reacción son algo así como un sedazo de las pretensiones positivas de Economía y Cultura. Cuando el grano que se les da a cernir es muy gordo, no pasa. Tal, en nuestra política, el famoso decreto de estatización de los Bancos, del ministro Pou Mont, o el de Seguridades del Estado (9).

Cómo actúa la motivación positiva y negativa del Derecho (los tres círculos superiores del esquema general) en relación con los dos *momentos* del proceso genético? Sin esfuerzo se comprende que ella aparece en ambos momentos, pero las primeras y más duras batallas se libran en el momento conceptivo; aquí la reac-

(9)—La revolución del 20 de diciembre último (1943) encuentra su mejor oportunidad política precisamente en la promulgación de este último o parecido decreto. La reacción es conducida por la oficialidad joven del Ejército, en compañía de elementos civiles del Movimiento Nacionalista Revolucionario. Días aciagos los actuales, dentro y fuera del país, todos los ojos se dirigen a Víctor Paz Estensoro, como a José Tamayo, Gustavo Chacón, Carlos Montenegro, Andrade, interesantísimas personalidades nuevas, en expresión interrogadora de esto: qué actitud efectiva asumirá la revolución frente al gran capitalismo? La muchachada joven y aún sana del Ejército tendrá fuerza,

ción se subleva con todo el peso de la tradición histórica y de la determinación telúrica para acallar la voz del futuro que habla en el signo crucial de la motivación y que, llevada de su propio impulso, olvida a veces imperativos de *naturaleza*, y ensaya vanos saltos en el camino del tiempo. Daniel Salamanca conocía este fenómeno cuando sorprendió, con táctica de blitzkrieg alemana, los controles reaccionarios en oportunidad de nuestra Ley de Divorcio. Este hecho nos muestra que, a veces, la motivación negativa es burlada, a pesar de su aparente dominio de la realidad. Pero la reacción no se da fácilmente por vencida, y en casos como el recordado, habiéndose cumplido ya el proceso conceptivo, procura aunar sus fuerzas en el mo-

unidad y audacia suficientes para sostener una demanda pública sobre las responsabilidades de la guerra del Chaco, poniendo en claro concupiscencias, peculados y otras iniquidades de hoy altos jefes militares, como de ciertos civiles? Será posible una «purga» de los asaltantes, malversadores, etc. de charreteras y frac?

Se establecerá, por fin, como una norma superior escrita sólo en el significado de los intereses permanentes de la patria común, como la norma invariable de un supuesto orden jurídico revolucionario, la intangibilidad del Poder Judicial, reconociéndose en su Corte Suprema al colegio no sólo de los más cons

mento de proyección, organiza sus barricadas en la realidad *post nativitas regulae*, y ataca al nuevo esquema jurídico, consiguiendo con frecuencia rectificarlo cuando no derogarlo, si se trata del Derecho-ley, o provocar su caducidad, si de la costumbre y la moral.

De cualquier modo, no puede discutirse que la motivación negativa es siempre saludable, primero, porque evita los excesos de todo radicalismo o extremismo y, segundo, porque, asumiendo la causa de *lo dado* social y telúrica-mente, evita inadecuaciones normativas que obligarán tarde o temprano a una necesaria labor de rectificación; mucho más, si se piensa que la motivación positiva puede, en veces, no sólo dar un salto en el tiempo, salto que la realidad local no justifique aún, sino construir su nueva figura ética bajo los estímulos y consiguientes representaciones de una realidad distinta de aquella para la cual se crea.

piuos jurisprudentes nacionales—como es menester que sea—, sino al hogar de un patriciado boliviano que deberemos componer, a medida que ello sea posible, con nuestros hombres de mayor experiencia en el De-

La intensidad con que los controles reaccionarios toman contacto con la *acción* varía desde el intercambio de ideas amigable y deliberado hasta la catástrofe sangrienta. Ello depende del quantum de presión de la energía motivante. En general, los *controles* harán bien en preferir la libertad a la interdicción. Nada es tan sabroso como lo prohibido... Nada tan funesto para *lo dado* como la persecución violenta de *lo por darse!*

La amigable discusión, que ha publicado la revista de nuestra Facultad (10), entre los

recho, cómo de más reconocida integridad moral y capacidad intelectual?

La Junta que preside el resuelto mayor Villarroel tendrá bastante sentido del Derecho, como de la moral funcionaria, para llevar al Ejército a sus cuarteles y reentronizar al civilismo en la función *civil* de gobernar?

(10)—*Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, Publicación de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Sucre, Bolivia. N.º. 8, pg. 433.

penalistas Manuel Durán P. y Manuel López Rey nos proporciona un interesante episodio del choque de ambos signos motivadores. El profesor López Rey es el conductor de la corriente positiva: a él, por disposición del Gobierno de Bolivia, le está encomendada la reforma de nuestro ordenamiento jurídico penal; se constituye así en el *hacedor* de la nueva norma. El profesor Durán toma a su cargo los controles de la reacción, y representándose el peligro de que la norma penal en gestación sufra acaso la influencia motivadora de una realidad distinta de la boliviana (López Rey es español y sabe seguramente poco de Bolivia) o dé un salto muy largo hacia el futuro, le sale al encuentro con estas consideraciones: «Sigo pensando que en un cuerpo de leyes penales hay que cuidar que sus disposiciones se ajusten en lo posible a la realidad... Todo aquello que choca con la realidad... no tendría que ser siquiera propuesto... el afán modernista a nada conduce en un país que... no ha llegado aún a la etapa jurídica que requerirá el proyectado Código». Indudablemente, lo que el profesor Durán designa como «realidad» no es otra cosa que *lo dado* histórica, social y telúricamente. La dirección negativa de los estímulos motivadores que maneja Durán va en procura de una transacción entre el mañana (López Rey) y el presente (Durán).

9. La raza

Hecha la arcilla del Derecho con los dedos del alfarero creador, su vaciado en el molde de la raza es importante. Una raza enferma, un pueblo desmedrado, si produce un buen Derecho, será un Derecho terapéutico-social que mire, con preferencia a todo, la salud moral o física de sus gentes. Así, hay pueblos racialmente belicosos, como los pueblos germanos, en cuyos límites contuvo sus ambiciones de dominio universal la poderosa Roma; pueblos mercaderes, como Fenicia y Gran Bretaña, pueblos de emoción religiosa absorbente, como la India; pueblos estetas y literatos, como España y las naciones americanas indoespañolas. Una nación étnicamente uniforme propenderá a las modalidades políticas unitarias, o, por lo menos, vivirá bajo formas de Derecho, muy semejantes. Un pueblo racialmente heterogeneo tendrá variedad de costumbres y formas varias de Derecho. Cuán profundo es el abismo que, entre nosotros, separa al habitante nómada y selvático de nuestra pampa oriental del mestizo dirigente de la ciudad y, a ambos, del indígena comunario altiplánico. Un pueblo misarquista y revoltoso

tendrá un Derecho inestable y su progreso general será muy lento. Un pueblo disciplinado, en tanto posea hombres creativos, será, cuando quiera, el conductor del mundo y, cuando no lo pueda, su terror. Tal, el caso de Alemania.

La raza es el ámbito humano cualitativo donde actúa la motivación. Por lo mismo, el sentido de la norma encuentra su determinación y se condiciona en la raza, determinada, a su vez, por su emplazamiento geográfico si vive más o menos territorialmente confinada. Si la determinación *específica* de las necesidades materiales (cuando alimentos, trigo, arroz o maíz) es resorte de la geografía, la elección *específica* de las necesidades espirituales pertenece a la raza: tratándose de religión, los caracteres de aquella conducirán al budhismo, al islamismo o al cristianismo; si de filosofía, al trascendentalismo o al pragmatismo; si de Derecho, al totalitarismo o a la democracia, no, claro está, con carácter permanente y absoluto, pero, sí, predominante.

Por último, la pintura de la raza es el retrato del hombre. Puesto que la raza no es otra cosa que un conjunto de datos comunes a un sector de la humanidad, cuando se piensa «raza» se piensa un hombre ideal y típico que reúne en sí aquellos datos comunes. En consecuencia, el hombre-tipo de la raza, elaborado

con promedios estadísticos, tiene, en general, que coincidir con el individuo real. El quantum de esta coincidencia es la base del concepto de pureza racial. Por esto, la función del factor *raza* en el Derecho genético es inseparable de la que desempeña el individuo, *hacedor* del Derecho, la moral o la costumbre.

10. El hombre individualmente

Si el ámbito de la raza señala los hitos *materiales* de la normatividad forzando a ésta a, en cierto modo, calcar su imagen sobre la figura humana típica de aquélla, el *encargado* de practicar el calco no es otro que el hombre, individualmente, pues quién, si no el hombre, es el conductor, el receptor, la antena de todos los estímulos motivadores positivos y negativos? Quién, si no el hombre, siente y sufre las necesidades materiales y las necesidades espirituales? Dónde convergen las influencias todas del momento conceptivo si no en la mente de un hombre (Paco Ramírez o el ministro de industria) o de un determinado conjunto de hombres (los litigantes, los contratantes, un cuerpo colegiado)?

Individuo y raza se coordinan, se completan en el condicionamiento de la norma: el

talento y la contextura moral del gobernante — si de él se trata — son al pueblo gobernado lo que el arco al violín, lo que el badajo a la campana. Según sea la calidad del arco y del badajo y según sean la madera y el metal, la estructura y solidez de las cajas en que aquellos golpean, así serán los sonos arrancados; así será el Derecho concebido y así las leyes construidas.

Los talentos del gobernante y sus colaboradores o, por el contrario, su ineptitud *determinan inmediatamente* al Derecho, lo que, por cierto, se hace extensivo a todo otro miembro de la colectividad que ejercite función productora (Kelsen) del Derecho, como jueces y legisladores, como Juan Pérez y los litigantes, o simplemente exegética y doctrinaria, como profesores, abogados, etc. Las condiciones que Juan Pérez obtenga en su contrato de locación de servicios dependerán, en mucho, de su inteligencia y previsión como de las mismas de su patrón. Una norma de Derecho será tanto mejor concebida cuanto más sutil y más precavida sea la mente del hombre de Derecho que la creó. Por otra parte, donde la inteligencia está ausente no surgen iniciativas, produciéndose un estado de estancamiento más o menos largo; y, si surgen, surgen mal o con mediano provecho, o en condiciones tales que el volumen de la iner-

cia social domina por completo al impulso de evolución. De aquí que, a medida que se desciende en el escalafón social de las élites a las clases menos cultas y por tanto menos capacitadas para las complejas funciones de dirección, la tradición adquiere más énfasis, dominando todo impulso renovador. Y no se diga que las revoluciones se hacen por las clases desposeídas, por sí solas. Cuando ellas se determinan a actuar en el sentido revolucionario es que hay un líder superdotado, vale decir, un hombre de la élite, que alecciona y conduce.

Si lo mental del *hacedor* tiene importancia, lo moral no la tiene menos. El salario de Juan Pérez dependerá de la honestidad suya y, singularmente, del patrón, ya que Pérez, dada su situación, no puede discutir mucho; el fallo del juez, en nuestro supuesto juicio de deslinde, cuánta ecuanimidad exige y cuánta fidelidad para con su ministerio y la ley! En fin, no es difícil hallar en la legislación, especialmente en la administrativa, innumerables disposiciones que han obedecido mucho más a la amistad, al compadrazgo, a la componenda política y aún al soborno, que al limpio interés de la cosa pública, etc.

En lo físico y fisiológico, cómo no va a interesar al Derecho la salud, la plenitud y la integridad del *hacedor*!? Si nuestro Paco Ramírez

es muchacho endeble y propenso a los resfríos y las anginas, es problemático que se resuelva a instituir la *iniciativa* «sin-sombrerista». Si el ministro de industria sufre una congestión cerebral cuando se propone redactar su decreto petrolero, el esquema construido por el *hacedor* no ha de ser, con evidencia, el que nuestro ministro poseía *in mente*. Otros hechos de la historia individual, como el matrimonio y la muerte, jugarán también un papel importantísimo en la *manera* del Derecho y en la actividad de su evolución. Por último, la hormonología tiene también amplia cabida en el problema de la normatividad relacionada con su *hacedor* individual: «Se puede afirmar... que la actividad nerviosa está sometida... a las solicitaciones hormonales, y no puede ejercerse sin el concurso de mediadores químicos de origen endocrino. Ya desde ahora las glándulas endocrinas no se nos aparecen formando un estado dentro del estado, sino como una parte de un todo fisiológicamente unánime: el organismo total» (11).

(11)—Remy Collin: *Las Hormonas*, segunda edición, Espasa-Calpe, Argentina, S. A., 1941, pg. 294

II. La iniciativa o precedente

Así pues, dentro de las condiciones personales del *hacedor* del Derecho hay que entender no sólo talentos, sino también virtudes morales—sin las que la inteligencia más eficaz nada puede— y condiciones físicas, salud y vigor, tanto por ellas mismas como por sus efectos en la vida mental y moral del individuo. Por otra parte, el *hacedor* del Derecho, insistiremos, no es sólo el jefe de la nación con sus secretarios de Estado, sino con más frecuencia, el legislador constitucional, el juez y el catedrático, y aún el opinante eventual de la calle o de la contienda judicial que, con el grano de arena de su opinión, puede, en ciertas circunstancias, determinar un alud; cualquier individuo, en fin, de la colectividad que aporta una... iniciativa. Y, con esto, hemos arribado al ombligo del esquema: la *iniciativa o precedente*.

En efecto, las condiciones personales del *hacedor* y las de raza son, en el proceso que estudiamos, el tramo que está, de cierto modo, en contacto más directo con la *iniciativa o precedente*, como si el hombre fuera el pararrayos

de la motivación y aquélla el resultado de la chispa en la torre o el suelo. La iniciativa o precedente viene a ser, así, la respuesta de impulso subjetivo, la reacción afectiva y mental interna con que la especie, en nombre de sí misma o de sus idearios, solventa el casus económico-cultural bajo los controles de la *reacción* y por intermedio de alguno o algunos de sus individuos.

No hay mucho que decir sobre la naturaleza de la iniciativa o precedente, como concepto general. Es el *primer acto*, llámese éste ley, opinión, consejo o acción. Su eficacia, con miras a hacerse costumbre, Derecho o regla moral, depende del quantum de la motivación negativa como del mismo, claro está, de la positiva. Grandemente, depende, dentro de esta última, del peso con que gravite la autoridad del hacedor, conforme a las leyes de imitación de Tarde, de su prestigio intelectual y moral, de su autoridad institucional, en su caso, como, por último, del ejercicio de la fuerza cuando del Derecho se trate.

La iniciativa o precedente, ombligo del Derecho, es decir, aquella iniciativa que ha cristalizado o ha de cristalizar en normas vigentes, puede alcanzar esta cristalización, esta realización de dos maneras: inmediata y directamente, o mediata e indirectamente. Alcanza su reali-

zación *directa* cuando, sin otro auxilio que la fuerza, se hace Derecho. Pero, con frecuencia, el precedente jurídico o de contenido jurídico no es comprendido en su numen; los controles reaccionarios han desconocido su valor de oportunidad, su sabiduría en una palabra, pero, como lleva en su propia verdad su eficacia, como responde a necesidades auténticas provisionalmente no advertidas, da comienzo a un proceso de *imitación* que termina dando lugar a la *costumbre* y frente a ella, que es cosa juzgada y por tanto inapelable, las resistencias tienen que claudicar y sancionarla haciendo eventualmente *Derecho* con ella, también, claro está, con apoyo de la fuerza.

La norma moral, por su parte, eclosiona también como florecimiento terminal de un proceso más o menos largo de *imitación* que se inicia en el que hemos llamado *ombligo de la eticidad*.

Otras veces puede ocurrir que el precedente no sea planteado a su discusión abierta y que, surgido en la sombra del anonimato, adquiera valor consuetudinario después de un proceso de *invasión*, tal como se impone la moda (aunque en ésta solemos conocer al «hacedor», singularmente cuando se trata del sastre o la modista), o como se impone nuestro Paco Ramírez. Se trata aquí de precedentes que van a actuar

en la vertiente propiamente consuetudinaria de la costumbre y que no han de exigir, para su vigencia, una declaración de la voluntad estatal.

Por otra parte, el precedente puede ser y no ser jurídico desde sus orígenes. El primer hombre que se cubrió los genitales por razones no satisfactoriamente explicadas fué hacedor de un precedente *no jurídico* que, al través de siglos de costumbre, se torna en regla moral y deviene más tarde ley, dentro del capítulo penal que en nuestro código de la materia se llama «delitos contra las buenas costumbres».

En fin, y con respecto a la evolución de su carácter, la iniciativa o precedente es *instintiva* en los primeros períodos de su desarrollo histórico, de acuerdo a la teoría mecánica, para hacerse consciente después.

12. La fuerza

Hasta aquí, hemos hallado en el Derecho sociológico o Derecho genético los siguientes elementos constantes: un conjunto de motivos en beligerancia más o menos activa; un ámbito humano cualitativo donde aquéllos actúan; un hacedor o creador humano individual, y un precedente. Nos queda por averiguar la naturale-

za de la función que en el Derecho sociológico (no conceptual o morfológico) desempeña la fuerza.

Desde luego, se advierte que el primero de los elementos enunciados, la motivación, es concepto inseparable de la fuerza. La idea de «motivo» corresponde enteramente a la de algo que, representado en la conciencia, sugiere, induce, instiga, incita, mueve, presiona a la acción, es decir, a la creación normativa, a la construcción del precedente. El motivo actúa como tal, en la vida psicológica, precisamente a condición de poseer una medida cualquiera de eficacia, de energía, de fuerza, en fin, capaz de provocar la actividad mental creadora de la norma. Lo que motiva hace fuerza. Ahora bien, no es indispensable que esta fuerza se ejercite exteriormente, es decir en la persona corporal o en los bienes; le basta, para llamarse tal, que actúe *procurando persuadir*, que ingrese en la conciencia, como abogado de la realidad motivadora, como ingrediente de cuanto pueda denominarse «cebo» o «señuelo». La presencia de la fuerza en el Derecho tiene este efecto psicológico: agranda el quantum de la motivación por la amenaza de privación de los bienes que son objeto de las necesidades.

La fuerza le representa a nuestro minis

tro de industria la calamidad del desprestigio y del abandono del cargo en caso de impericia o descuido; en compañía del Derecho, el juicio de responsabilidad con sus emergencias. La fuerza amenaza a Juan Pérez con el hambre y la enfermedad. La fuerza actúa en la mente de Paco Ramírez con todo el aparato de la censura social. Etcétera.

Así, la noción de *fuerza* está inmanente en la de *necesidad*. La fuerza es un motivo, en el Derecho sociológico, si bien no, en general, un motivo autónomo que pudiera formar, junto a los demás, como otro tal, sino en calidad de *ingrediente necesario* de la motivación. Es pues inexcusable reconocer que el Derecho «pensado» existe por gracia de la fuerza y en virtud de la fuerza; ésta actúa mecánicamente como estímulo en el campo de la psicología. Es prudente observar a esta altura, que el rol de la fuerza, en el Derecho conceptual, es muy otro (12). Aquí la fuerza ya no motiva, *condiciona*, nada más. Aquí se ha dicho bien, por eso, que, si el Derecho existiera por gracia de la fuerza, desaparecida la fuerza, desaparecería el Derecho, siendo así que éste adquiere presencia intelectual y material aún más patentes allí donde es violado. Además, la eticidad en sí, conceptual o lógicamente, no requiere de la fuerza, como que la moral no es coercitiva.

Pero, volviendo al Derecho sociológico, la fuerza, *ingrediente de la motivación*, puede serlo de la positiva como de la negativa, pero no les es leal, pues tan pronto las sirve en la dirección de su propósito, como en la contraria. «Nada es tan sabroso como lo prohibido», habíamos dicho atrás. En efecto: con harta frecuencia el ejercicio de la fuerza provoca la defección; sobre todo, si ese ejercicio se vuelve abusivo. El hombre ama tanto su libertad, que, en nombre de sólo ella, es capaz de traicionar cualquier otro ideal.

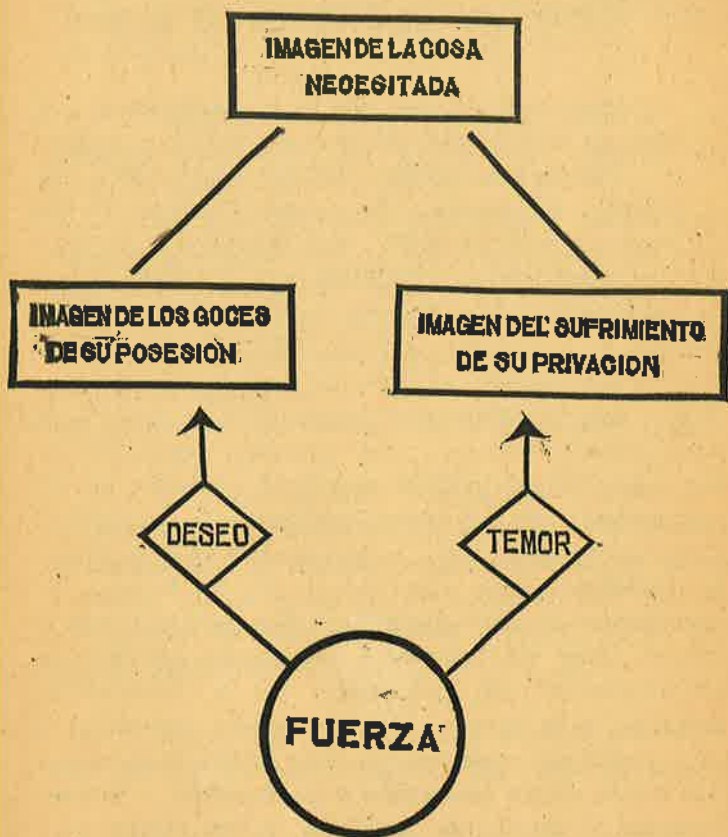
Si el Derecho persigue la realización de la fuerza, es decir, si la fuerza constituye un *motivo autónomo* de aquél, es asunto que admite una hipótesis de excepción. Puede en efecto la fuerza incorporarse a las necesidades espirituales cuando un pueblo ha llegado a dar cuerpo, *en su cultura*, al ideal de la misma, al ideal puro de la fuerza, caso en el cual ésta se coloca en el plano de los ideales de raza, nación, tradición, religión, Arte, etc.

La fuerza, ingrediente de la motivación, aparece con claridad en el Derecho cuando se considera que el régimen jurídico tiene que avenirse a sus posibilidades coercitivas, especialmente en lo que toca al Derecho-ley. Un gobierno «fuerte» puede permitirse innovaciones y renovaciones a que no alcanza el que lo sea menos.

Para formarnos una idea más cabal del papel de la fuerza en la motivación nos será útil analizar los elementos de esta última. Se compone: a) de una imagen de la cosa necesitada; b) de una imagen de los goces que su posesión proporcionaría; c) de un correspondiente estado afectivo de deseo; d) de una imagen de los sufrimientos que su privación acarrearía; e) del correspondiente estado emocional de temor. Ahora bien, el temor y el deseo son precisamente las dos figuras contrapuestas, pero convergentes en la cosa necesitada, que la fuerza reviste dentro de lo psíquico. Así:

(12)—Nuestro citado artículo del N.º 2 de la Revista del *ISBO* (Instituto de Sociología Boliviana) considera—pg. 16—el aspecto lógico o conceptual de la función de la fuerza, al menos, en el primer párrafo de la indicada página. Véase, sobre este tema, la nota N.º 8 del capítulo que trata la morfología del Derecho, en el presente trabajo.

ESTRUCTURA DEL MOTIVO



13. Derecho, costumbre y moral

Desde el ombligo de la eticidad, hasta sus normas, la trayectoria del proceso genético es más clara. Nuestro esquema general —pg. 164— la representa bifurcada. La primera rama, de la izquierda, es el Derecho que adquiere vigencia *sin intermediarios*, directamente y con apoyo de la fuerza. La segunda rama, a la derecha, genera, en su curso, a la moral: la imitación, fijada y establecida, el acto cuya violación se considera mayoritariamente censurable y que, por consiguiente, provoca una protesta capaz de aislar o perjudicar sensiblemente al violador *es ya costumbre*. Si el poder público o la autoridad competente hace suya la costumbre consagrándola jurídicamente, con apoyo de la fuerza, la costumbre se hace Derecho. Un período más o menos largo de imitación que puede admitir, en su transcurso, el intermedio de la costumbre, conduce a la moral. Pero cumple advertir, a este propósito, que resulta muy difícil establecer un límite entre *imitación y costumbre*. Nos referimos a un límite histórico y, en cierto modo, cuantitativo. Qué número de repeticiones del precedente se hace acreedor al predicado de

costumbre? En qué momento la imitación se hace tan mayoritaria y canaliza el psiquismo colectivo para adquirir el carácter distintivo de la costumbre, es decir, su *fijeza*?

Después de esto, podemos ensayar una definición del Derecho *genético* o sociológico que condense todo lo dicho:

El Derecho sociológico es la norma pensada que, partiendo de un precedente, se concibe por el hombre dentro del ámbito cualitativo de la raza, motivada primariamente por necesidades materiales y secundariamente por necesidades espirituales, unas y otras con apoyo de la fuerza en calidad de ingrediente (13).

Y... concluimos, concluimos otorgando a la *economía* el carácter y función de *motivo primario de la eticidad*, sin desconocer a la *cultura*, como conjunto de ideales, los mismos carácter y función en grado menor, pero altamente significativo y real.

Así pues, «todo lo cual hecho y cumplido, sin despedirse Panza de sus hijos y mujer

(13)—Nótese que esta definición es extensiva a la costumbre y a la moral.

ni don Quijote de su ama y sobrina, una noche se salieron del lugar sin que persona los viese; en la cual caminaron tanto, que al amanecer se tuvieron por seguros de que no los hallarían aunque los buscasen. Iba Sancho Panza sobre su jumento como un patriarca, con sus alforjas y su bota, y con mucho deseo de verse ya gobernador de la insula que su amo le había prometido».





Bibliografía citada en el texto

- Aftalión, Enrique R., y García Olano, Fernando: INTRODUCCION AL DERECHO.
- Aftalión, Enrique R.: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFIA DEL DERECHO.
- Alsina, Ramón M.: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFIA DEL DERECHO.
- Antokoletz, Daniel: PRINCIPIOS DE INTRODUCCION AL DERECHO.
- Bonifaz, Miguel: EL NAZI-FASCISMO Y LA GUERRA IMPERIALISTA.
- Bouglé, Celestin y Raffault, J.: ELEMENTS DE SOCIOLOGIE.
- Collin, Remy: LAS HORMONAS.
- CONSTITUCION POLITICA, Bolivia.
- Cossio, Carlos: LA VALORACION JURIDICA Y LA CIENCIA DEL DERECHO.
- Echavarría, José Medina: SOCIOLOGIA CONTEMPORANEA.
- García Rosquellas, Rafael: EL BALCON DEL FIRMAMENTO.
- Goblot, Edmond: VOCABULARIO FILOSOFICO.
- Imbelloni, J.: EPITOME DE CULTUROLOGIA.
- Kelsen, Hans: LA TEORIA PURA DEL DERECHO.
- LEGISLACION NACIONAL, Bolivia.

Llambías de Azevedo, Juan: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFIA DEL DERECHO.

Nardi Greco, Carlos: SOCIOLOGIA JURIDICA.

Pockrovski: HISTORIA DE LA CULTURA RUSA.

PROGRAMA DE PRINCIPIOS del Partido de Izquierda Revolucionario. Bolivia.

PROGRAMA DE PRINCIPIOS del Movimiento Nacionalista Revolucionario. Bolivia.

PROGRAMA DE PRINCIPIOS del Partido Liberal, Bolivia.

Recaséns Siches, Luis: ADICIONES A LA FILOSOFIA DEL DERECHO de Giorgio del Vecchio.

REVISTA del Instituto de Sociología Boliviana, N° 2. (Sucre).

REVISTA de Estudios Juridicos, Políticos y Sociales, N° 8. (Sucre).

Reynolds, Gregorio: PRISMA.

Rickert, H.: CIENCIA CULTURAL Y CIENCIA NATURAL.

Río, Manuel: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFIA DEL DERECHO.

Romero, Francisco, y Pucciarelli, Eugenio: LOGICA.

Romero, Francisco: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFIA DEL DERECHO.

Ruiz Moreno, Martín T.: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFIA DEL DERECHO.

Schreir, Fritz: CONCEPTO Y FORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO.

Vecchio, Giorgio del: FILOSOFIA DEL DERECHO.

INDICE

Plan
Prólogo

CAPITULO I

Epistemología del Derecho pg. 1

1—Generalidades.	3
2—La Historia General y el Lenguaje.	6
3—Filosofía del Derecho.	12
4—Morfología del Derecho.	16
5—Axiología del Derecho.	19
6—Sociología del Derecho.	23
7—Jurisprudencia.	30
8—Historia del Derecho.. . . .	35

CAPITULO II

Morfología del Derecho pg. 43

1—Plan.. . . .	45
2—Derecho y Naturaleza.	47
3—Derecho y Moral.	49
4—El concepto del Derecho.	53
5—El dualismo de la teoría reinante en el Derecho.	57
6—La gradación del orden jurídico.	63
7—La interpretación.	72
8—Derecho y Estado.	76
9—El Estado y el Derecho Internacional.	78

CAPITULO III

Axiología del Derecho	pg.	87
1—Objetos en general.		87
2—Los valores.		91
3—La norma integral.		102
4—Los bienes de nuestra justicia.		110
5—Los supuestos de nuestra justicia.		116

CAPITULO IV

Sociología del Derecho	pg.	119
1—Los dos momentos del proceso jurídico-sociológico.		123
2—Ortodexia y obscuridad de planteamientos.		131
3—La economía en los procesos sociales.. . . .		134
4—La cultura en los procesos sociales.. . . .		141
5—Síntesis: economía y cultura en el Derecho.		145
6—Economía y cultura en la Historia.. . . .		152
7—Sentido moral de economía y cultura: la especie.		156
8—Los factores económico-culturales reaccionarios.		162
9—La raza.		171
10—El hombre individualmente.. . . .		173
11—La iniciativa o precedente.. . . .		177
12—La fuerza.. . . .		180
13—Derecho, costumbre y moral.		186
Bibliografía.. . . .		189
Indice.. . . .		191

Universidad Mayor de San Francisco Xavier

Publicaciones de la Facultad de Derecho:

de la legislación penal
Durán P.

Estadística Nacional.—
Rosquellas.

Eugenesia, Filosofía y
Ciencia de Asúa.

Historia Boliviana.
Derecho social en Bolivia.
Salas.

La historia del derecho como fundamento del progreso jurídico.—Dr. Carlos Gerke.

Ciencia, Sociedad y Economía.—Dr. Rafael García Rosquellas.

Otras publicaciones:

Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales.

