

UNIVERSIDAD MAYOR REAL Y PONTIFICIA DE SAN FRANCISCO XAVIER
PUBLICACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS

Teoría Integral del Derecho

RAFAEL GARCIA ROSQUELLAS

Ex-Director del Instituto de Sociología
Boliviana, Director de Seminarios y Pro-
fesor de Introducción al Derecho de la
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
y Políticas.



0.1
8 t

1636

SUCRE - BOLIVIA
1947

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas

Profesor Decano: Dr. Manuel Durán P.
Profesor Secretario: Dr. Armando Zamora Arrieta

Sucre - Bolivia
Apartado postal No. 52

Es propiedad del autor

141

249

666.



D 340.11

G 248 t

E.1

Derecho - Teoría



PROLOGO

El presente opúsculo es el resultado de una larga maduración de mis BASES PARA UNA TEORIA INTEGRAL DEL DERECHO, pequeño libro publicado por la Universidad (Edit. "Charcas") el año 1943.

Lo corriente, cuando aparece un libro como segunda edición, es que éste traiga un desarrollo mayor en cantidad: mayor acumulación de datos, análisis más detallados, bibliografía más abundante, etc. De manera que este opúsculo, que ya no enfoca su problema como simples bases sino como Teoría Integral del Derecho a secas, habría tenido que ser un grueso volumen. Pues bien, no lo es, y ello se debe a dos razones: primera, que este opúsculo está llamado a constituir el cuarto capítulo de un tratado elemental de Introducción a las Ciencias Sociales para estudiantes de Primer Curso en Leyes, formando parte del libro que, con el nombre de Ciencia, Sociedad y Economía, publiqué en 1944, y segundo, porque me interesa dar al movimiento jusfilosófico integralista un instrumento de información inicial que no atemorice al profano ni al profesional con exten-

sos análisis y disquisiciones y que, más bien, le sirva, con carácter inmediato y manual para comprender los alcances de nuestra pretensión teórica y ética. Por último, el momento actual del mundo es un momento de realizaciones y de urgencias cuya preocupación suprema debe encaminarse a salvar a la humanidad de su completa destrucción en el gran choque que amenaza producirse entre el Oriente eslavo y la cultura occidental. La Teoría Integral del Derecho, en este punto, y en connubio intelectual con la Teoría Pura del muy grande Kelsen, quiere, con visión ya no solamente lógico-formal sino integral, proporcionar una amplia base gnoseológica a la primera ordenación jurídica mundial a que ya muchos y en muy diversos lugares del mundo aspiramos angustiosamente.

Es posible que, para una mirada superficial de este opúsculo frente a sus Bases de 1943, surja la afirmación de que no he sido consecuente en absoluto. Cierto, "en absoluto" posiblemente no lo he sido, y ello se justifica a los ojos del autor porque las Bases no fueron sino un ensayo preliminar, un primer paso de contemplación integralista de lo jurídico, quizás un tanto apurado, que debía traer consigo algunos silencios y penumbras.

Las Bases, desde luego, no se aventuraron en la especulación de universales o sistemas de constantes (salvando la construcción de la Teoría Pura y el desarrollo del tema sociológico-jurídico del último capítulo) simplemente porque el pensamiento de su autor no había madurado lo bastante para arriesgar con algún éxito tal empresa. De este modo, la Axiología está tratada como tema de valores positivo-variables solamente, y ahí con paso seguro y firme que

la Teoría Integral a secas no contradice en modo alguno, sino que confirma, ya que, por lo demás, las propias Bases apuntan incidentalmente —y, en todo caso, no niegan— a la posibilidad de una Axiología absoluta que se traduce históricamente en valores positivo-variables intrasistemáticos con respecto al Derecho, valores que las Bases explican como estrellas de variado color.

En cambio, sí, hay algunas sombras, en mis Bases, cuando se trata el tema de los fines, sombras que soy el primero en reconocer, pues en ellas no aparece una diferenciación que, si bien no es difícil de hacer, no se muestra nítida, de hecho, en las Bases.

Es así como este opúsculo desarrolla siete problemas, ni uno menos, dentro y en torno al Derecho: Jurisprudencia, Historia, Sociología, Ontología, Lógica, Axiología y Teleología.

He creído razonable, dentro de los problemas de la Ontología jurídica —problemas en los que en parte he seguido los habilísimos desarrollos de Carlos Cossio— tratar temas que el jusfilósofo platense ha estudiado como temas de “lógica trascendental”. Esto, porque me parece que el tema de la conducta, en cuanto objeto del pensar jurídico, es el tema de lo por excelencia existencial-jurídico. Entre los problemas que forman este capítulo, creo, sin embargo, que no se ha tratado ni aún por la Teoría Ecológica, con suficiente diafanidad el tema de la positividad. La Teoría Integral cree haberlo hecho aquí, si bien con frase sencilla y concisa.

Bien pues, aquí está la Teoría Integral del Derecho, articulada en todos sus miembros, nuevécita y sonriente de

optimismo, para servir a mis estudiantes del Primer Curso de la Facultad de Derecho de Sucre y, si su destino es el que ella quisiera más propicio, para fortalecer el pensamiento y justificar la acción de los hombres que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y fuera de ella edifican los cimientos del Estado mundial federativo del próximo mañana.

El Autor



ESQUEMA GENERAL DE LAS CIENCIAS JURIDICAS (Teoría Integral del Derecho)

SOCIOLOGIA

Proceso dialéctico económico - espiritual realizado por el hombre en la raza y dentro de las determinaciones de la geografía y la demografía.



HISTORIA

formas - valores - fines
positivo - variables

Ontología
Libertad metafísica
fenomenalizada
en
Conducta efectiva

Teleología
Fin universal:
Felicidad

Axiología
Valor universal:
Equidad

Lógica
Forma universal:
Si es A, debe ser B.



NUESTRO PROBLEMA

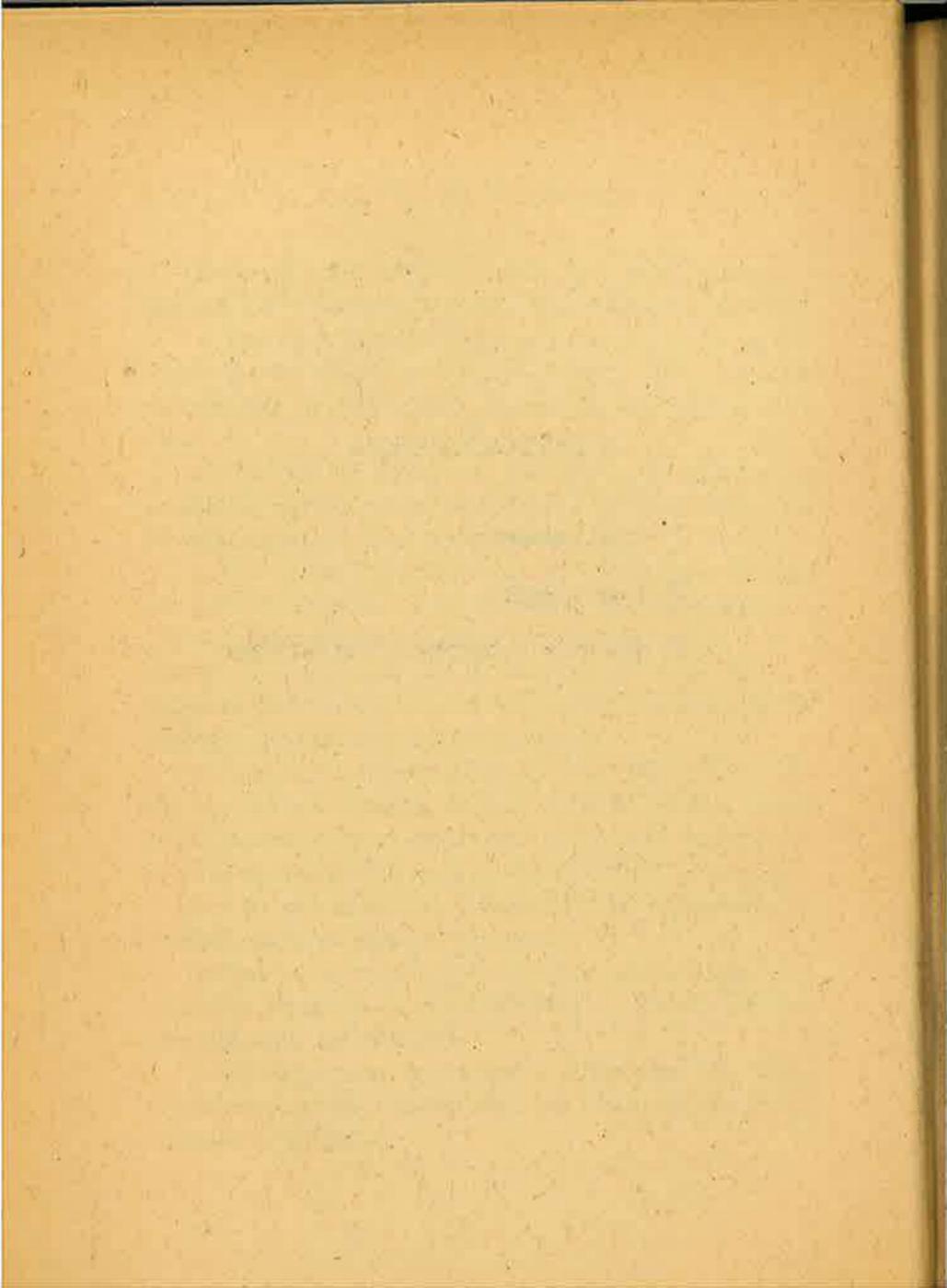
QUE ES EL DERECHO?

Desde los más diversos puntos de consideración, pueden hacerse al Derecho las siguientes preguntas generales:

1. Qué es de derecho, o qué está de acuerdo con el Derecho vigente? Cómo se entiende y aplica determinada figura jurídica en determinada legislación y qué dice la doctrina?
2. Qué era de derecho, o qué estuvo de acuerdo con un derecho vigente? Cómo se entendía y aplicaba determinada figura jurídica? Qué decía la doctrina?
3. Qué circunstancias históricas determinaron o determinan la moción legislativa de tal o cual disposición jurídica, y su sanción y promulgación? Qué efectos produjo o produce en la convivencia de la comunidad? Qué factores constantes determinan la creación jurídica y cuáles son los resultados de ésta en la materia justificada?
4. Cuál es el consistir del ser de lo jurídico? Si lo jurídico es conducta humana, de qué modo lo jurídico, en su ser, difiere de lo moral en el suyo? Cuál es el consistir del ser de la conducta? Qué es la positividad? Qué, la vigencia?
5. Con qué estructura universal formal se presenta lo jurídico? Cómo se piensa lo jurídico?
6. Qué es "justicia"? Qué valores o qué actitudes preferenciales interpreta lo jurídico? Hay un valor supremo como constante de aquéllos?
7. Qué se propone, o para qué es el Derecho? Qué ideales históricos intenta realizar? Hay un ideal supremo como constante de aquéllos?

I. INTRODUCCION

1. Las palabras
2. Los objetos
3. Nuestra pregunta a los objetos





1. Las palabras

El lenguaje no nos proporciona otra cosa, *ab initio*, que un signo sensible, una *expresión* en su aspecto físico; tal; la frase que articulamos o el texto que escribimos.

Pero la palabra contiene, por regla general, una *significación*, lo expresado en ella, el concepto. Es el sentido de esa expresión, sentido que, por ser algo ideal, no puede confundirse con el signo, como lo comprueba el hecho de que las palabras pueden carecer de sentido. El lenguaje infantil abunda en ejemplos, como el de la frase que el caricaturista Torino pone en labios de *Don Nicola*: —*Abracadabra. chuj, chuj!*...

La significación, a su vez, se dirige siempre a un *objeto*, o mienta un objeto que no puede confundirse con aquélla, pues hay significaciones que, en la esfera del contrasentido, carecen de objeto, como cuando decimos *círculo cuadrado*, o *está lloviendo sin llover*. Hay varias expresiones con una misma significación y objetos diversos, así

*Bucéfalo es un caballo.
Ese penco es un caballo.*

Bucéfalo y penco son dos expresiones distintas con la común significación de caballo; pero Bucéfalo es el corcel de Alejandro, y no otro; ese penco es el cuadrúpedo que tengo delante, y no otro.

Hay diversas expresiones con diversas significaciones coincidiendo, sin embargo, en el objeto:

*El vencedor de Jena
El vencido de Waterloo
El Aguila de Córcega
El huésped de Santa Elena*

Y hay, por último diversas expresiones que poseen significación y objeto comunes, como éstas:

<i>Chancho</i>	<i>Londres</i>
<i>Puerco</i>	<i>Londra</i>
<i>Marrano</i>	<i>London</i>
<i>Cerdo</i>	<i>Londre</i>
<i>Cochino</i>	

En fin, tenemos *el hecho*, o lo percibido en la intuición sensible. En la Naturaleza, hecho y objeto se confunden: el "sol" que investiga la astronomía es al mismo tiempo el cuerpo celeste que perciben nuestros sentidos. Por una parte; por otra, en los objetos ideales no existe este cuarto momento del análisis lógico de la palabra: el objeto "triángu-

lo" de la geometría no es sino la triangularidad *in abstracto*.

Y vengamos ahora al Derecho. El primer paso en demanda de su expresión, nos coloca frente al *texto jurídico*. Este es el signo propio del lenguaje jurídico. Cuál, su significación? —*La norma*. Cuál, el objeto de la norma? —No siendo toda norma jurídica otra cosa que la representación conceptual de *un modo de comportarse*, el objeto de la significación "norma" es *la conducta*. En fin, el cuarto paso es *la intuición sensible de esa conducta*. Así:

Expresión: el texto

Significación: una norma

Objeto: una conducta

Hecho: intuición sensible de esa conducta

La norma, que es la significación expresada, es simplemente la representación intelectual de esa conducta como conducta. La norma es el concepto que mienta a la conducta representándosela como quien dibuja o pre-dibuja una acción humana. La norma es el pensamiento con que pensamos una conducta, tal como los conceptos de *triángulo* y *sol* son pensamientos con los que el geómetra y el astrónomo piensan su objeto geométrico y su objeto astronómico respectivamente, sin que haya de creerse que dichos conceptos tienen la cantidad de ángulos o la temperatura, que corresponden a los objetos y sólo a ellos. Así, la norma que representa la conducta no tiene, por ejemplo, la temporalidad de ésta (Cossio).

He aquí cómo el Derecho se nos aparece, recién ahora y con claridad, siendo en su ser mucho menos un siste-

ma de figuras conceptuales en los códigos de leyes, y, mucho más, *vida humana viviente*, al bien decir de Cossio; es decir, *conducta*.

El Derecho es conducta, y nada menos, si las cosas que el lenguaje expresa han de tener para el hombre más interés que las palabras que para enunciarlas emplea.

De este modo, queda superado el vicio racionalista a la vez que el vicio empirista, pues el conocimiento del Derecho no termina en los códigos, como hace el racionalismo, sino que se vuelve hacia *la experiencia humana* y no hacia la experiencia natural, como hace el empirismo; experiencia humana que es de libertad, como en seguida veremos, y experiencia humana que es axiológica, a diferencia de la experiencia natural que es de necesidad y neutra al valor (Cossio).

2. Los objetos

Se entiende por objeto toda cosa de la cual se pueda afirmar o negar algo: un triángulo, la luna, la generosidad, una ciudad, un número, un gato, un amor, un cerro. Pero, en tanta diversidad de objetos o cosas susceptibles de predicación mediante un juicio, el primer y más vasto esquema clasificatorio impone la distinción de tres regiones ontológicas, es decir, limitadas por los caracteres del ser propio de cada gran familia: los objetos ideales, los objetos naturales, los objetos culturales.

Los objetos ideales carecen de existencia, es decir, que simplemente son, no existen; no tienen realidad; no están en

la experiencia. Como tampoco puede el hombre decir de ellos que son justos o injustos, buenos o malos, hermosos o feos, útiles o inútiles, por sí mismos, es característica suya ser neutros al valor axiológico. Tales son los objetos a que se refieren la Lógica y la Matemática. Las verdades referentes a estos objetos se obtienen legítimamente por el *método racional-deductivo*, que "vale porque se funda en la razón como una conformidad con la razón; y por eso no puede ser que la conclusión contraríe a las premisas" (1). Las verdades de razón son apodícticas, es decir, que no solamente son así como son, sino que no pueden ser de otra manera. Por ejemplo: 1 más 1 igual 2. Se adquieren intuitivamente, o sea, por medio de una intuición intelectual o intelección, en sus postulados iniciales, de los que se obtiene por deducción todo el saber ulterior. Una intelección se un ver inmediato con los ojos de la inteligencia.

Los objetos naturales existen, están en la realidad y son experienciables, pero son, como los anteriores, neutros al valor. Un trozo de mármol, por mucho que tuviera la forma de una bellísima mujer, si sólo se lo contempla y maneja como trozo de mármol, es un objeto natural, exactamente como lo es un árbol, un cerro, una nube, un rayo de luna, una flor, una chispa eléctrica. Por eso, los objetos naturales son neutros al valor como los ideales. Las verdades referentes a estos objetos se obtienen por el *método empírico-inductivo*, que vale gnoseológicamente porque se funda o parte de los hechos como una conformidad con los he-

(1) Carlos Cossio: TEORIA EGOLÓGICA DEL DERECHO, Editorial LOSADA, S. A., Buenos Aires, 1944, pg. 31.

chos. Las verdades naturales son *asertóricas*, es decir, que son como son porque así se muestran, pero bien pueden ser de otra manera. Se adquieren también intuitivamente, pero por medio de una intuición, ya no intelectual, sino sensible, que es un ver inmediato con los ojos del cuerpo, es decir, un aprender con los sentidos.

Los objetos culturales son más complejos. Siendo la *cultura* lo que el hombre crea en su inteligencia o modifica en la naturaleza incorporándole un sentido, los objetos culturales son los mismos objetos naturales o ideales, según los casos, pero actuando, ya no originariamente como fueron, sino como *substratos transidos de valores*. En los objetos culturales está indispensablemente el hombre en acto de preferir profesando o rechazando el objeto por justo o injusto, por bueno o malo, por bello o feo, por útil o inútil. Los objetos culturales son precisamente *objetos humanos*; para que ellos advengan hasta el ser de la cultura saliendo de la indiferente y neutra naturaleza o del concepto fósil, el hombre ha de realizar "una toma de posición" pronunciándose sobre la cosa, es decir, atribuyéndole un valor positivo (bueno, justo, bello, útil), o un disvalor (malo, injusto, feo, inútil). El proceso psicológico que a la vez halla y otorga sentidos o valores a los dichos substratos se llama *vivenciar*. La vivencia no es, así otra cosa que la emoción cautivadora de un sentido.

Tres son, pues, los elementos que integran el objeto cultural: un substrato (ideal a natural), un sentido incorporado a él (valor positivo o negativo) y una vivencia que, al otorgárselo, lo encuentra. Así, lo amado es amado porque se lo ama, a la vez que se lo ama porque es amado (Cossio).

Como el Derecho es eminentemente conducta humana al ser ella el objeto apuntado por la significación del texto jurídico, *el Derecho es objeto cultural*, pues la conducta sólo es conducta a condición de valer; si no valiera, sería sólo y simplemente vida biológica neutra. Los animales y las plantas *no se conducen*, viven.

El método propio del saber jurídico es, por consiguiente, empírico-dialéctico. Empírico, porque el objeto de su estudio está en la realidad: el substrato de un asesinato o de una compraventa es un hecho físico-biológico. Dialéctico, porque, siendo la dialéctica la lógica de lo que es o existe como resultado de una colisión de opuestos (tesis-heterótesis) y estando en la estructura ontológica del asesinato y la compraventa ser justos (tesis) o injustos (heterótesis), el método con que se constituye el saber jurídico no puede prescindir, so pena de quedarse en la naturaleza, de los sentidos o valorse que alojan esos substratos.

3. Nuestra pregunta a los objetos

Nuestra pregunta inicial ante el objeto se explicita siempre así: —*Qué es...?* Pero semejante pregunta tiene más de una interpretación. El profesor uruguayo Llambías de Azevedo reproduce a Ingarden en estos luminosos párrafos (2):

(2) Juan Llambías de Azevedo: EIDETICA Y APORETICA DEL DERECHO Edit. ESPASA—CALPE ARGENTINA, S.A., Buenos Aires— México, 1940, pág. 30 y siguientes.

Si alguien pregunta con respecto al objeto matemático “cuadrado”, *qué es*, puede querer significar uno de estos distintos contenidos interrogativos:

1. *Cuál es la significación del nombre “cuadrado”?*

El que interroga ha oído la palabra, pero no sabe qué quiere decir, ignora el objeto que ella mienta. La respuesta exacta, mejor que cualquier descripción verbal, será ponerle delante de los ojos la figura “cuadrado”, y decirle: —El nombre “cuadrado” significa esto: \square La correcta formulación de esta pregunta es: qué significa “cuadrado”?

2. *Cómo se llama esto: \square ?*

El que interroga ha visto representaciones (dibujadas, por ejemplo) de ese objeto, pero ignora su nombre. La respuesta cabal será: —Esto se llama “cuadrado”.

3. *Cuál es la naturaleza o determinación propia de un ejemplar individual del cuadrado?*

El que interroga ha percibido una representación de un cuadrado individual, pero ignora cuál es su naturaleza constitutiva. Puede muy bien conocer la palabra “cuadrado” y su significación, pero no haberlas vinculado nunca con la representación individual que tiene delante. La respuesta es: esto es un cuadrado. La formulación correcta de la pregunta es: qué es esto (señalando la figura)?

4. *A qué género de objetos pertenece un ejemplar individual del cuadrado?*

El que interroga conoce perfectamente su naturaleza constitutiva individual, y posee algún esquema clasificatorio del mundo; por ejemplo: lo que está aquí y lo que está allá; lo mío y lo ajeno; la idealidad, la naturaleza y la cultura; pero no sabe qué rol juega el cuadrado en este esquema. Se puede formular esta pregunta así:—Qué es un cuadrado? y responder: Es un objeto ideal, o es un objeto matemático.

5. *Cuál es la esencia del cuadrado?*

El que interroga pregunta aquí por un objeto ya no individual, sino por la especie u objeto universal "cuadrado", y correctamente ha de preguntar así: —Qué es el cuadrado? —para respondersele: —Es un paralelogramo de lados iguales y ángulos rectos.

La pregunta N° 3, "qué es esto?" es la pregunta de la determinación (Ingarden). Se caracteriza porque el "esto" es un objeto individual y porque el que interroga posee de este objeto un conocimiento obscuro o parcial. Sus elementos son: un objeto individual conocido, apprehendido por medio de un esquema subjetivo que constituye el correlato de la indicación "esto"; el mismo objeto individual en su desconocida naturaleza constitutiva, y la igualdad o identidad entre lo conocido y lo desconocido (qué=esto).

La pregunta N° 4, "qué es un X?", o pregunta sobre el género, se descompone en los siguientes elementos: lo conocido, como un determinado objeto individual que es apre-

hendido en su naturaleza constitutiva individual; lo desconocido, como el rol o puesto del objeto en algún esquema clasificatorio.

La pregunta N° 5, o pregunta por la esencia, “qué es el X?”, se distingue de las dos anteriores en que el X no es ya un objeto individual. Lo conocido está constituido por el contenido de una idea general o particular, pero aprehendido tan sólo a través de su forma inmediata. Lo desconocido es un sistema especial de *constantes* del mismo contenido de ideas. La pregunta misma constituye la existencia de una identidad entre lo conocido y lo desconocido.

Son estas cinco interpretaciones del QUE y, en particular, las tres últimas, las que hemos de tener presentes frente al Derecho cuando de él preguntamos qué es.

Empero, la operación antecedente por excelencia —conforme a las dos interpretaciones iniciales del QUE— consistirá en investigar, con los datos de la Historia y el Lenguaje, qué significa la palabra “Derecho” y, correlativamente, a qué cosa han llamado los hombres “Derecho”; con ello, 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* y *Law*, 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 descubriremos 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, y con la se-

gunda interpretación inicial del QUE, la totalidad de esas palabras sirve, invariablemente, para designar *un conjunto de normas que emanan de alguien investido de autoridad y que se proponen deslindar 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-magistratuum*, y las constituciones imperiales y, con 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 el Lenguaje, las Constituciones de los Estados, las legislaciones inspiradas en ellas, la administración de justicia, etc.

II. JURISPRUDENCIA

1. **Ubicación epistemológica**
2. **El triple problema de la Jurisprudencia**
3. **Formas positivo - variables**
4. **Valores positivo - variables**
5. **Fines positivo - variables**

1. Ubicación epistemológica

Con los antecedentes del punto explicado estamos en condiciones de iniciar la tarea de una somera investigación sobre qué modos y con qué métodos podemos acceder al conocimiento del Derecho.

Didácticamente, y reproduciendo el orden natural con que la mente humana se ha aproximado siempre a las cosas ha de sernos provechoso acercarnos a nuestro objeto —el Derecho— para contemplarlo en su figura exterior, inmediata y empírica, desentendiéndonos del ulterior problema de su esencia. Nuestra pregunta, pues, la pregunta de la Jurisprudencia entendida como sabiduría o ciencia del Derecho y no sólo como interpretación por los tribunales de justicia, corresponde a la tercera interpretación del *Que*: —Qué es esto? cuya respuesta, en un desarrollo integral, ha de llevarnos al cómo y al para qué es esto.

El Derecho es un cuerpo lleno, radiante de calor vital, presente con presencia de realidad social, cambiante y vario; el Derecho es Derecho *positivo*, y como Derecho posi-

tivo, por consiguiente, es como hemos de tomar nuestros primeros contactos gnoseológicos con él. El Derecho está a diario y en todas partes con nosotros: cuando compramos un libro, cuando habitamos nuestra casa, cuando depositamos una carta en la Oficina de Correos, cuando abonamos un impuesto, cuando cobramos un salario, cuando emitimos, en fin, una opinión cualquiera sobre una cualquier cosa, cuando usamos un automóvil. En todo eso hay contratos, propiedad, organizaciones administrativas y políticas, facultades que nos otorgan y obligaciones que nos imponen las leyes; leyes, en una palabra, o costumbres que funcionan como leyes. Pues bien, el saber sistemático de todo eso, que es, por ejemplo, la legislación boliviana o el régimen de leyes argentino, o los códigos soviéticos, es el saber de la Jurisprudencia, que se desdobra, así, en interpretación por los tribunales de justicia asumiendo calidad de leyes, e interpretación por el jurisprudente abogado o profesor.

La Jurisprudencia parte, pues, de *supuestos* cuya justificación como Derecho considera que será dada por las respuestas que obtuviere la ulterior pregunta sobre la esencia, y toma, así, por su objeto la ordenación jurídica particular de un pueblo en una época determinada; tal, el Derecho romano, el Derecho español, el italiano, el alemán, el soviético —en clasificación que ha tomado por base la nacionalidad—; o el Derecho antiguo, el medioeval, el moderno y el contemporáneo —en clasificación temporal—; o, armonizando y coordinando su estudio sobre la base del objeto específico en que convergen diversas ordenaciones, el Derecho civil, el penal, el mercantil, el social o del Trabajo, el minero, 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 Ontología, Lógica y Axiología 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, que es el único Derecho, no de un “Derecho” *in mente* como Derecho justo; es ciencia del Derecho tal cual él se muestra institucionalmente; es ciencia, en fin, del Derecho que ya es como deber ser, no del deber ser ideal para el deber ser instituido, cuyo conocimiento compete a la Axiología pura. (3)

“Como dijo con gran justeza Kant, las Ciencias jurídicas no responden a la cuestión “*Quid ius?*” (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)” (4) No a la pregun-

(3) Rafael García Rosquellas: BASES PARA UNA TEORIA INTEGRAL DEL DERECHO. Universidad Mayor de San Francisco Xavier, Publicación de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas, Sucre, Bolivia, 1943, págs. 30 y siguientes.

(4) Giorgio del Vecchio: FILOSOFIA DEL DERECHO y Adiciones por Luis Recaséns Siches. Edit. Bosch, Barcelona, 1935, págs. 2 y 3.

ta "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 sujeta 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 materiales dogmáticamente; del legislador, la primera; de la revelación divina, la segunda" (5).

2. El triple problema de la Jurisprudencia

Una metáfora adecuada puede prepararnos para la inteligencia de este asunto no claramente visto aún: la de un feto adherido por su cordón umbilical a la bolsa placentaria.

(5) Luis Recaséns Siches (citado por Enrique R. Aftalión y Fernando García Olano: INTRODUCCION AL DERECHO, Buenos Aires, 1939, pág. 70) en LOS TEMAS DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO, 1934, págs. 6 y 7. Adiciones del mismo a Giorgio del Vecchio en su citada obra de Filosofía Jurídica, pág. 30.

ria. Ante estas tres cosas —niño en gestación, cordón y placenta—, si hemos de hacer una toma de posición relativa a su correspondiente importancia en función de lo que al hombre interesa, se ve con claridad esto: que el niño es lo primero y más interesante; que la bolsa placentaria, y aún la matriz, juegan un rol biológico *subordinado* al mejor éxito de la nueva vida que alimentan; que su estructura y conformación están íntegramente determinadas por su función generatriz del niño; que, en fin, el cordón umbilical es el indispensable nexo por cuyo intermedio la forma placentaria alimenta y da vida al contenido fetal.

Pues bien, es justamente así como la Jurisprudencia debe y tiene que contemplar su problema: como un problema triple de *fines vinculados por valores a formas que los sirven*. Claro está que la estructura y función propias de la matriz son estructura y función distintas de las propias del feto, que es algo exterior y distinto de la matriz, pero también es clara la importancia suprema que reviste el conocimiento del feto para poseer un conocimiento integral de la matriz.

En suma, que en ningún momento debe perderse de vista que el problema de la cultura —y, por ende, el problema del Derecho— ha de contemplarse como problema del hombre, y que el Derecho es un a menudo penoso sistema de frenos en que el hombre civilizado resigna los impulsos del hombre cavernario, libre de toda libertad, sólo y únicamente al precio de obtener determinados bienes. Una teoría integral del Derecho tiene, pues, que mirar a éste a través de la relación medio-fin.

Es así como aparecen esquemáticamente, en el problema de la Jurisprudencia, no sólo formas vacías, ni sólo for-

mas colmadas de valores, sino *formas, valores y fines* positivo-variables.

3. Formas positivo - variables

En efecto, si tomamos tres grandes temas generales de la ciencia jurídica —la familia, el patrimonio y el Estado—, vamos a ver, primero, que el matrimonio se organiza hoy en Bolivia como la unión permanente de un hombre con una mujer, pero que esta unión puede disolverse en Bolivia por separación, por abandono, por malos tratos, por ciertas enfermedades incurables, por esterilidad; que esta misma unión, en otros órdenes jurídico-positivos, como el chileno o el argentino, sólo se disuelve por muerte de uno de los cónyuges o por nulidad del contrato matrimonial; que si la forma matrimonial boliviana da paso al divorcio en determinadas y restringidas condiciones, la forma matrimonial soviética, que instituyó originalmente el amor libre, permite una amplia facultad de elección sexual muy próxima a la libertad de los primeros días bolcheviques; que, en fin, teóricamente y reproduciendo formas matrimoniales que consideramos primitivas, es posible, en el otro extremo, la forma matrimonial que disponga la muerte del cónyuge sobreviviente en la ceremonia del enterramiento del difunto, etc.; hay el matrimonio punalúa de un grupo de varones con un grupo de hembras en el que todas son para todos y todos para todas; hay la poliguinia, de más de una mujer para un solo hombre, y la poliandria de más de un varón para una sola mujer, etc.

En el régimen del patrimonio, hay una infinita gama de sistemas formales que van desde la propiedad liberal de la extrema derecha hasta la propiedad comunista de la extrema izquierda, y dentro de una y otra pueden darse innumerables formas acomodadas a su momento histórico y diferenciables siempre por alguna característica en el modo de apropiación individual, en el modo de transferencia, en el modo de expropiación por el Estado, en el modo de su aprovechamiento, etc., etc.

Dentro de la organización del Estado, hay la forma autocrática, la aristocrática, la democrática y, dentro de cada una, incontables modalidades relativas a la distribución y ejercicio de poderes, etc., etc.

4. Valores positivo - variables

Pero todo eso son formas y nada más que formas, formas placentarias —en el desarrollo de nuestra metáfora— estructuradas así por determinación de los fines a que sirven y de los valores incorporados tanto a estos fines como a esas formas que actúan como sus medios. Así aparece el segundo e inexcusable tema de la Jurisprudencia tan sutil y hábilmente destacado por el jusfilósofo argentino Carlos Cossio en su *TEORIA EGOLÓGICA* que es, por eso, eminentemente teoría “estimativa” del Derecho; así aparecen *los valores* como sentidos axiológico-positivos de aquellas formas.

Ya sabemos que los valores se vivencian en una actividad emocional y, por tanto, subjetiva que conduce, a

través de sus signos afirmativos justo, bello, bueno, útil, etc., a la preferencia de algo sobre otro u otros algo. Pues bien, los valores positivo-variables asumen esquemáticamente una de las tres posiciones que se describen a continuación (6):

Primero. Dice Federico Nietzsche: "Hacen más falta grandes hombres sin obra, que grandes obras por las que haya de pagarse un precio como el de la vida humana". Y añade Gerhart Hauptmann: "Honremos a Rubens, pero yo estoy con aquéllos para quienes el pecho destrozado de un hermano en humanidad arranca un dolor mucho más profundo".

Segundo. El artículo 10 de la Carta del Lavoro del Estado Fascista Italiano rezaba lo siguiente: "La nación italiana es un organismo que tiene finalidades, vida y medios de acción superiores por su potencia y duración a los de los individuos —disociados o reunidos— que la componen."

Tercero. Enrique Treitschke expresa: "Una estatua de Fidias vale por toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad". Y cuando Sir George Birdwood protestó públicamente por lo que consideraba un acto vandálico de las autoridades al ordenar la destrucción de un templo egipcio de la isla de Filé, en el Nilo, con objeto de facilitar la construcción de canales de saneamiento, Sir George Knollys le dirigió esta pregunta: —Qué haría Sir George Birdwood si, al hallarse en una casa incendiada,

(6) Alsina, Romero, Llambías, Aftalión, Río, Ruiz: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Buenos Aires, 1943. págs. 102 y siguientes.

tuviese necesariamente que optar entre salvar del fuego a un niño o salvar la Madonna de Dresde, de Rafael? Su oponente contestó sin vacilar que daría preferencia a la Madonna.

Pues bien, he aquí tres posiciones claramente divergentes: en la primera, el acento valorativo recae con mayor énfasis sobre *el individuo* y los intereses del individuo. A él han de sacrificarse la comunidad y la cultura. Es la posición axiológica liberal que se conoce como personalista o individualista. En la segunda, propia de todos los regímenes socialistas, el individuo cuenta muy poco, es la posición transpersonalista o supraindividualista. Por la tercera, ni el individuo ni la comunidad son tan importantes como la cultura: Qué importa la esclavitud de millones de hombres si ella ha permitido crear una bella escultura!... Es la posición culturalista.

Pero, en atención a qué asume el hombre alguna de estas tres posiciones? —Es una cuestión de fe, llana y simplemente; se confiesa la justicia positiva en un acto inicial y primario que es vivencial; por consiguiente, emocional y optativo, no necesitado de raciocinio ni demostración algunos.

De ese modo, la justicia, como axiología positiva, como valor variable y tempo-espacial del Derecho, es justicia en función preferente del individuo, o justicia en función preferente de la comunidad, o justicia en función preferente de los bienes de cultura.

5. Fines positivo - variables

La norma placentaria sólo adquiere desarrollo en el vaso materno a condición de alojar, envolver, alimentar y proteger una vida en gestación, dijimos. En el caso contrario, si no ha habido concepción, la actividad de las mucosas uterinas cesa, y el germen de placenta que habría de evolucionar con el embarazo es una, y otra, y otra vez expelido normalmente en los flujos menstruales. Asimismo, no interesa al hombre la forma institucional que no realiza el fin para que fué creada. Si, por ejemplo, el control de la especulación comercial realizado a base de intervenciones, denuncias, revisiones y multas, no suprime la especulación ni la disminuye apreciablemente, la forma jurídica "multas", etc., tiene que ser substituída por, v. gr., las cooperativas de consumo.

Pero en este punto nos fracasa el paralelismo completo que habría sido de desear entre nuestra biológica imagen y la estructura del Derecho, porque la sangre con que se alimenta vivencialmente la forma jurídico-positiva, el valor axiológico, no circula de la placenta al niño, sino del niño a la placenta. Quiero decir esto: el acento valorativo cae directamente sobre los fines, y de ellos pasa, debilitado, a las formas-medios, de modo que las formas valen sólo en función de los fines. Tan pronto como ellas han probado su ineficacia para llegar a éstos, cambian o mueren. Las formas se alimentan, no sólo ontológica sino axiológicamente de los fines. Las formas son porque los fines son. En suma:

no vive el hombre para el Derecho, sino el Derecho para el hombre.

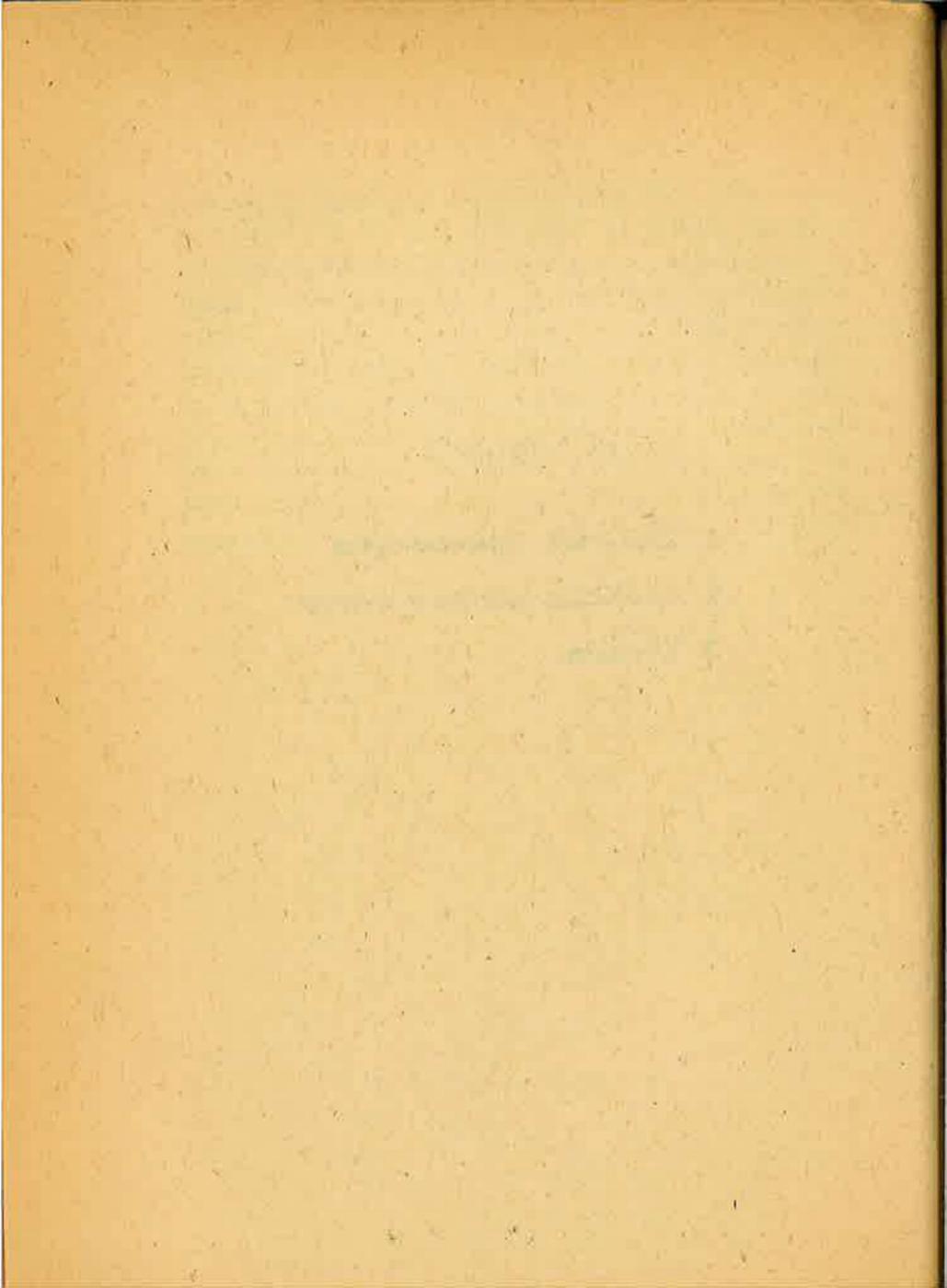
Los fines son, pues, para el jurista científico, tan variables como los valores y las formas. Cada régimen jurídico positivo se constituye con la mirada puesta en fines específicos que son sus propios fines. La elección de éstos depende de la declaración de fe política, que es decir axiológica, que se profese. Dentro de la tesis personalista o individualista, esos fines (7) serán todos los conducentes a proteger el libre juego de la oferta y la demanda con la concentración consiguiente de la riqueza en manos del reducido número de los favoritos de la suerte o de los más capaces. Interesará, al mismo tiempo, mantener todo aquello que es tradicionalmente concomitante con el capitalismo, como la unión sexual monogámica indisoluble, la propiedad privada, la liberación al maximum, de la misma, de contribuciones fiscales, la religión católica, las instituciones de caridad, etc. Dentro de la tesis transpersonalista o supraindividualista se dará creación a las formas jurídicas que aparezcan más adecuadas para proporcionar alimentos, vestidos, vivienda, amor y esparcimiento, salud, al grueso de la comunidad; se propenderá a que quien no trabaje no coma, a que no haya, por consiguiente, parásitos sociales, a la igualdad en el reparto de los bienes de consumo que el espacio-tiempo social lo permita, a la destrucción de toda institución tradicional que contrarie la propiedad co-

(7) "Bienes de la justicia", en mis BASES PARA UNA TEORIA INTEGRAL DEL DERECHO, citada.

mún de los bienes y el sentido socialista de la vida estatal, etc. Dentro de la tesis culturalista, el Derecho tomará a su cargo la conservación, incremento y mejoramiento de todos los bienes públicos o comunes, tales como jardines, parques y plazas, caminos, bosques, caza y pesca, objetos artísticos, arqueológicos e históricos, museos de toda índole; el Derecho culturalista construirá, defenderá y difundirá, por la educación y el ceremonial cívico, aquellos conceptos neutrales ante comunidad e individuo, como el de patria, independencia, soberanía, promesa de altos destinos, superioridad nacional o racial, misión histórica, etc., etc.

III. HISTORIA

- 1. Ubicación epistemológica**
- 2. Evolución interna y externa**
- 3. División**





1. Ubicación epistemológica

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. 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 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.

En suma, el Derecho está en el tiempo y, porque está en el tiempo, cambia. Se impone, pues, la necesidad: 1) de "reconstruir el proceso y marcar la curva total de su des-

envolvimiento; 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” (8).

Es así como 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, eslavos. En varios países existen asociaciones que investigan las instituciones jurídicas del pasado y las costumbres de los pueblos salvajes y semicivilizados del presente, de quienes se considera que atraviesan un período análogo al de los pueblos civilizados en su infancia (9).

Pero la Historia, en cuanto Historia, ha de limitarse a una tarea exclusivamente descriptiva del Derecho instituído, siguiéndolo en su devenir positivo y contingente, si bien ha de tomar en cuenta no sólo formas institucionales, sino también valoraciones, puesto que el devenir de aquéllas se

(8) Véase mis BASES PARA UNA TEORIA INTEGRAL DEL DERECHO, citada, pg. 36.

(9) Daniel Antokoletz PRINCIPIOS DE INTRODUCCION AL DERECHO, Edit. LA FACULTAD, Buenos Aires, 1928, pg. 36.

inspira en el suceder de éstas como en el nuevo cuadro de propósitos sociales o programas políticos (teleología) que hayan conseguido traducirse en sistemas jurídicos.

2. Evolución interna y externa

A la evolución de los valores corresponde, por consiguiente, una evolución de las formas, y es a la primera que se califica como "evolución interna" mientras la evolución de formas se llama bien "evolución externa".

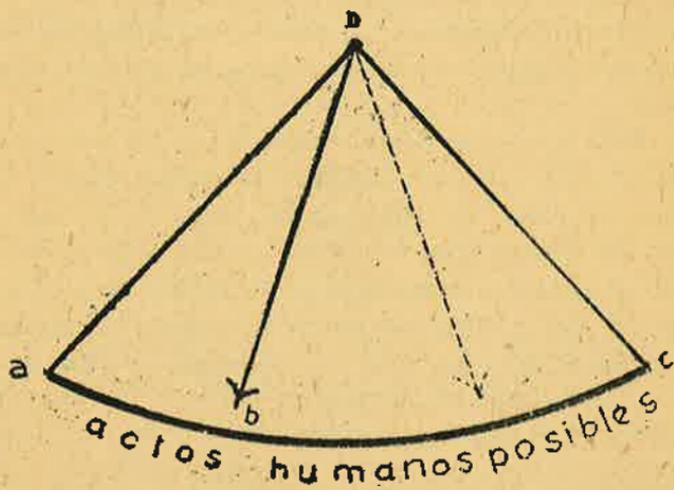
La antigüedad greco-romana tuvo un sentido de la vida, unos dioses, unas instituciones, unas preocupaciones que para nosotros, hombres del siglo XX, son de muy difícil acceso emocional: no las comprendemos. La esclavitud nos parece monstruosa; el politeísmo, poco menos que estúpido; su sencillo, sano y fuerte sentido del amor, insulso; la propiedad territorial por la conquista, abominable. El Cristianismo significó pues, como hartó se sabe, la revolución de valores más ancha y más profunda que pudo haber sacudido al pensamiento occidental: el pensamiento religioso ganó en sistema y el nuevo sacerdocio en gravitación social; aprehendido vivencialmente el concepto de "fraternidad humana", el conquistador fué odiado, y las cadenas del esclavo, rotas, y, sucesivamente, en nombre de los ideales de la gran revolución, viene un día en que desaparecen las castas y la servidumbre medioeval y, cuando en una nueva crisis de valores, se amortiguan las vivencias que habían ardido en candelabros de oro y plata y en maravillosas creaciones de arte en los altares de la cristiana divi-

nidad, se alzan los nuevos ideales de la modernidad *Razón, Igualdad política, objetividad científica y técnica, amplia libertad económica* y, con todo ello, *rebelión franca contra la tradición y la autoridad*; van al canasto de los papeles inútiles los títulos nobiliarios vivenciados de nada más que antigüedad; la mujer, que había asumido ya bajo el ideal cristiano, el rol de compañera del hombre, a poco reclama y obtiene completa igualdad jurídica, y tercia, por fin, codo a codo con él, en las luchas electorales y parlamentarias.

Pero si toda esa axiología anterior a la hora de Francia fué axiología culturalista en función de Dios, los valores nuevos se edifican en torno al hombre como individuo, hasta la aparición de los valores socialistas que, en la evolución interna del Derecho, se proponen ir mucho más lejos que Francia bajo las banderas de la igualdad y la fraternidad humanas al poner en tela de juicio la respetabilidad de la propiedad privada y al mostrar al capitalista del individualismo como un explotador inhumano y cruel.

Para comprender debidamente la evolución externa del Derecho, se hace necesario, rectificando errores muy difundidos, advertir *que no hay actos ajurídicos dentro del indestructible axioma ontológico de que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido*, axioma que conduce a mirar el Derecho como una "plenitud hermética". No hay, por ella, acción humana alguna que esté fuera o al margen del Derecho. Las mentalidades ingenuas, que juzgan las cosas sólo a través de imágenes sensibles y sólo en ellas forman juicios, han podido fácilmente identificar el Derecho con las leyes y los esquemas de conducta significados por el texto de aquéllas, sin darse

cuenta de que el Derecho acompaña al hombre en la totalidad de los actos de su vida. El Derecho no es sólo aquella parte de la conducta que está expresamente configurada; el Derecho es toda la conducta. Cuando tomo asiento en un banco de la plaza pública mejor que en otro; cuando elijo la calle que me lleva a donde me propongo llegar; cuando hablo fuerte, cuando hablo bajo, cuando callo; cuando bebo cerveza mejor que vino, o nada bebo; cuando abro o cierro los ojos; cuando enciendo un cigarrillo, en fin, en todo ese infinito número de pequeños actos de nuestra vida diaria no está ciertamente el juez o el administrador público franqueándome un salvoconducto, no está la ley predibujando el acto en sus innumerables formas y posibilidades, pero está siempre el Derecho diciéndome: —Puedes hacerlo.



Así pues, y sin entrar en mayores detalles, podemos representar el Derecho por un faro que alumbrara toda la vida humana, salvando únicamente lo mental interno, desde D del esquema que sigue, al cuadrante abc representativo de todos los actos humanos posibles.

De este modo, el Derecho aparece claramente dividido en dos campos: aquél de los actos humanos que tiene catalogados en sus códigos y disposiciones generales sueltas, así como sentencias, contratos y órdenes administrativas —*Dab* del esquema—, y aquél de los actos humanos que no ha predibujado —*Dbc* del esquema—. Llamaremos al primero *Derecho configurativo*, y, al segundo, *Derecho señorial*, usando, en este último, una felicísima expresión de Carlos Cossio. La flecha central *Db* funciona en movimiento oscilatorio a lo largo de la Historia, cediendo unas veces, al señorío, determinadas figuras que decide eliminar de sus catálogos, e incorporando, en otras, a las páginas de estos catálogos hipótesis de conducta que antes no había configurado.

Pues bien, la evolución externa es eso, ni más ni menos. Un dueño de casa alquilada ha podido, bajo el Derecho vivenciado de individualismo, echar de la casa al inquilino cuando mejor le antojara; el acto *echar al inquilino de la casa alquilada* estaba en el señorío de su propietario; la ley se lo permitía con amplia libertad. Pero, bajo la luz de los valores socialistas la sociedad reacciona en actitud condenatoria de semejante facultad, y un buen día el Derecho se decide a catalogar ese acto bajo el rótulo “desahucio”. Qué ha ocurrido en nuestro esquema? —Que el péndulo *Db* se ha movido un poquito hacia la derecha,

es decir, que el Derecho configurativo ha ampliado sus territorios a costa, por cierto, del Derecho señorial.

En el catálogo de los actos civiles se hallaba considerada una figura: la promesa de futuras nupcias o esponsales (10). Con el correr del tiempo y bajo la luz de los valores nuevos anhelosos de simplificar la vida olvidando la aparatosidad de las viejas ceremonias, esa figura ha quedado borrada del código civil, y hoy la pareja de jóvenes enamorados puede comprometerse cuando y como le plazca, mientras el Derecho hace la vista gorda, pues ha comprendido que sus ásperas voces resultan ahí disonantes y antipáticas. Qué ha ocurrido con nuestro esquema? —Que la flecha ha sufrido una oscilación hacia la izquierda; el campo señorial se ha ensanchado a costa del campo configurativo.

En resumen, la evolución externa, evolución de formas que ha de marchar siempre al compás de la misma de valores y fines, no es otra cosa que un *quita y dame campo* entre el Derecho que configura y el Derecho que calla.

3. División

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

(10) Véase CODIGO CIVIL BOLIVIANO, libro primero, título quinto, capítulo primero.

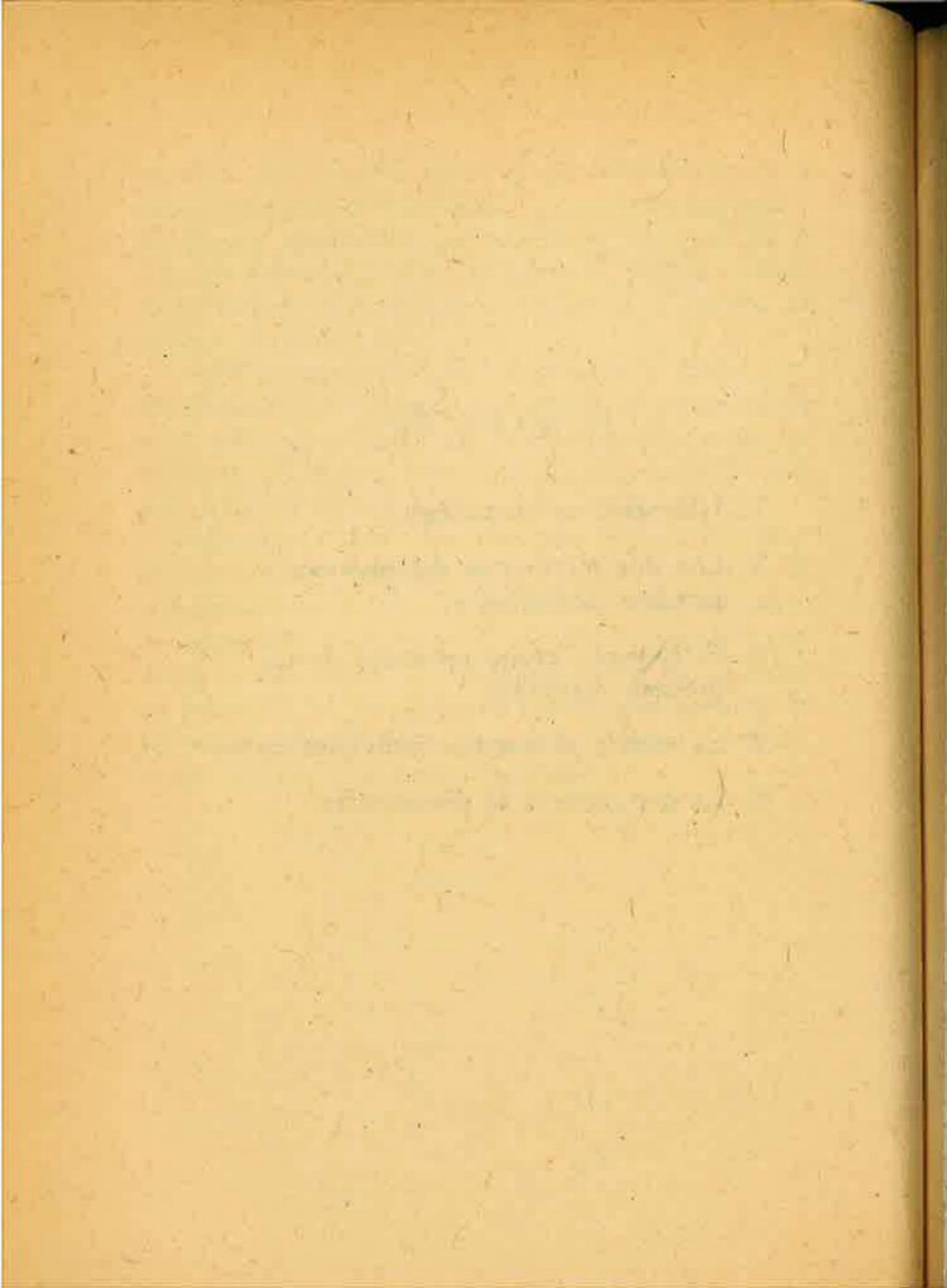
instituído, del Derecho vigente en sus diferentes épocas y países, señalando la sucesión de las tradiciones jurídicas y el origen y progreso de las instituciones existentes. En el segundo caso es la Historia de la ciencia jurídica a través de los autores que comentaron o explicaron el Derecho, la Historia de la doctrina.

La Historia del Derecho, con relación al espacio, puede ser universal, o nacional; con relación al tiempo, puede ser Historia de la mentalidad jurídica primitiva y sus instituciones; puede ser Historia del Derecho entre los antiguos, Historia medioeval, Historia moderna.

Hay dos métodos para el estudio histórico del Derecho: el método cronológico y el método 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 coetanea de los otros pueblos, viniendo a ser, así, Historia Comparada del Derecho, o Derecho Comparado.

IV. SOCIOLOGIA

1. Ubicación epistemológica
2. Los dos momentos del proceso jurídico - sociológico
3. El Derecho como producto de un proceso dialéctico
4. La raza y el hombre individualmente
5. La geografía y la demografía



1. Ubicación epistemológica

Hasta aquí hemos venido tratando variables dentro de un espacio-tiempo social; hemos contemplado el Derecho tal cual es institucionalmente, en su figura real y positiva, en sus valores vigentes y en sus fines contingentes. A partir de esta disciplina —la Sociología—, nuestra visión del Derecho se aparta de lo contingente positivo para descubrir y describir *constantes*, sistemas de constantes o estructuras-eje que han de haber de aparecer, por lo mismo que constantes, en todo régimen histórico.

Pero hay una línea de demarcación perfectamente clara que separa el enfoque sociológico del Derecho de los enfoques ontológico, lógico, axiológico y teleológico en cuanto pretenciones de constantes o universales. Estos cuatro últimos tratan el Derecho positivo *como deber ser*; por ellos, se pretende poner en descubierto una figura constante, un contenido constante y un propósito universal o motivo paradigmático de todo orden jurídico-positivo *terminado*, por así decir. La Sociología, en cambio, ha de investigar el Derecho como un *factum social* entre otros

facta sociales. En la Sociología el Derecho es manejado como un acontecer efectivo y real, muy a diferencia de las otras disciplinas de constantes a las que sólo interesa lo que hay de voluntad social empeñada en dirigir ese acontecer efectivo y real. Por eso, si la Teleología aparece como extrasistemática, por cuanto el tema de los fines está más allá del Derecho como Derecho, la Sociología se encuentra, si cabe más claramente aún, fuera del Derecho en cuanto Derecho, puesto que el tema de sus orígenes, estando más acá del Derecho, no es todavía Derecho.

En suma, que, dentro del cuadro general de las disciplinas que investigan el Derecho, todas son ciencias del deber ser, menos una, la Sociología, *que es ciencia del ser*. Su pregunta puede expresarse así: —Qué factores constantes determinan la creación jurídica y cuáles son los resultados de ésta en la materia jurificada?

Como toda ciencia del ser, la Sociología aspira a la exactitud; ella quisiera, y va en procura de ello, quisiera *explicar* el Derecho a través de leyes matemáticas que permitieran la predicción que usan el astrónomo y el físico dentro de la legalidad causal, de tal manera que, conocidas ciertas condiciones o circunstancias sociales cualitativa y cuantitativamente expresables, haya de poderse conocer con anticipación qué forma, qué contenido axiológico y qué motivos vigentes estructurarán un determinado régimen jurídico positivo. La Sociología es, así, también sistema de leyes, pero de leyes causales que explican un mundo de necesidad, no de leyes imputativas que *quieren* un mundo de libertad.

2. Los dos momentos del proceso jurídico-sociológico

La Sociología del Derecho estudia a éste a través de un proceso que puede dividirse en los dos momentos que surgen del sentido de su propia pregunta: 1) la realidad actuando en lo psíquico para, por medio de sus representaciones, producir la norma; 2) 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.

Vémoslo 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 menos 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 corregi-

dor, 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 petroleos 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 indica los modos de su explotación y participación, 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, o a qué nuevo modelo —el decreto— ha de organizar la exploración 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 aquí la “biografía” de una ley. Como se ve, ella se divide, 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 el momento realidad-norma, y puede llamarse *momento conceptivo* del Derecho; el segundo es el momento norma-realidad, o *momento de proyección* del Derecho, en que éste, al entrar en vigencia, se ha convertido en un foco cuyas radiaciones normativas van a configurar, de manera distinta y novedosa, la realidad que comienza en la fecha de su natalicio.

3. El Derecho como producto de un proceso dialéctico

El materialismo histórico ha llevado a menudo demasiado lejos su sentido economizante de la historia olvidando que el hombre es un animal "humano", es decir, un ser no sólo físico-fisiológico, sino eminentemente *psíquico*. De aquí que las motivaciones de sus quehaceres —y uno de ellos es el Derecho— no puedan residir única y exclusivamente en el antropoide puro instinto y animalidad, sino también en el espíritu que una milenaria evolución natural ha sabida desarrollar dentro de aquél y que se comporta muchas veces en abierta rebelión contra la propia naturaleza. Tal, la llama azul de la bujía, que derrite su propia cera.

Es así que, si bien el materialismo histórico ha alcanzado un triunfo resonante al haber descubierto en las nece-

sidades económicas la suprema constante de toda historia, una visión sociológica que mire al hombre a través de aquello que lo hace hombre, es decir, a través de aquello que lo distingue del resto del mundo animal, tiene que admitir que, junto a esas necesidades económicas, si bien con menos frecuencia y, en general, con menos intensidad, juegan un rol nada despreciable las *necesidades espirituales*, por mucho que se muestren en calidad de superfetaciones o superestructuras apoyadas en la economía y la biología. "No sólo de pan vive el hombre", dice un viejo proverbio. Si el hombre es no sólo cuerpo sino también espíritu, en cuerpo y en espíritu ha de vivir. Un afecto, una idea, un símbolo lo conducen al último sacrificio, tal como a él se entrega furiosamente en el trance de proteger sus alimentos o su hembra.

Pero el Derecho está en el tiempo, es vario, fluye, cambia. Ahora bien, cuál es el mecanismo universal de este su fluir en el tiempo? —El proceso no es otro que la lucha de dos opuestos: un complejo económico-espiritual, que representa el pasado, frente a frente con un complejo económico-espiritual que representa el futuro; su campo de batalla es el presente que, de este modo, se integra históricamente con un pasado en trance de morir y un futuro en trance de nacer. Todo presente es un futuro viniendo y un pasado yéndose. Toda historia y, consiguientemente, la Historia del Derecho, es un *clinch de acción versus reacción*, una colisión de dos sistemas, de dos ideologías.

Planteadó al legislador el imperativo económico o el de cultura, (acción) el nacimiento y sentido de la norma jurídica dependerán de la fuerza con que graviten, en su

momento, los factores económicos y espirituales de la reacción. Esto nos lleva a reconocer en el proceso genético del Derecho dos corrientes de motivación con signo contrario:

1) Una corriente con signo positivo que, negando lo dado, *afirma lo por darse*, corriente que pone en marcha la evolución social, corriente que inspira al ministro de Estado de nuestra novela su reglamentación petrolera, y que señala la dirección dinámica por excelencia del fenómeno jurídico.

2) Una corriente con signo negativo que, afirmando lo dado, *niega lo por darse*. Esta corriente, cuyos estímulos se oponen a la concepción normativa, ensaya todos los medios que encuentra a su alcance para mantener el estado social en sus viejos moldes. Es la corriente conservadora cuya motivación negativa adquiere intensidad alimentada por la idea de privaciones posibles y temidas, pues que encuentra satisfacción en lo dado y aspira a mantenerlo indefinidamente. Por ella, nuestro ministro olvidará los pozos de petróleo dejando el régimen de su aprovechamiento dentro del viejo orden.

4. La raza y el hombre individualmente

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 mercade-

res, 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 —si no es territorialmente muy extensa— 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 aquélla conducirán al budhismo, al islamismo o al cristianismo; si de filosofía, al trascendentalismo o al pragmatismo; si de Derecho, a la autocracia 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 hom-

bre. 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.

Si el ámbito de la raza señala los hitos materiales —formas, valores y fines positivo variables— 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 que en nuestra novela es el ministro de industria? . . .

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 sean la madera y el metal, la estructura y solidez de las cajas en que aquéllos golpean, así serán los sonos arrancados; así será el Derecho concebido y así las leyes construídas.

5. La geografía y la demografía

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. En efecto:

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 sol, en la coloración de la tez, actúa directamente. Etc. 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, 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 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 perua-

na. Es el centro urbano más próximo y 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. En nombre del petróleo acaban de surgir Villamontes, Camiri, Choreti, 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 y 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 la 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 ferreas 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 climatéricas 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. Etc.

Pero esa población veleidosa y movable, que es, en la superficie de la tierra, como un inmenso hormiguero sobre algunos carozos almibarados, 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

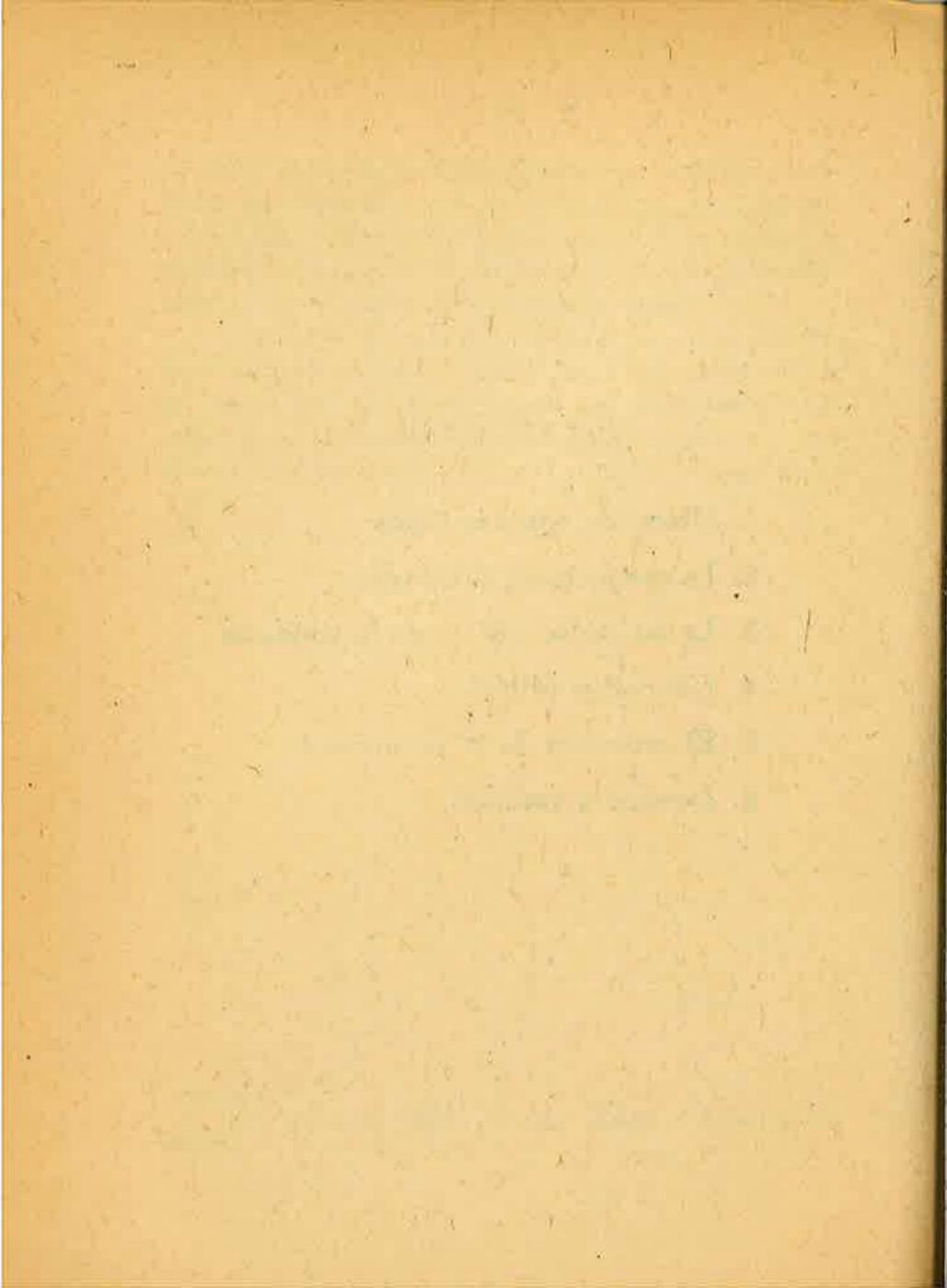
forma tal que no haya ni una sola hormiga muerta por hambre o por indigestión; que las raciones sean, si no iguales, cuando menos proporcionales y bastantes. Y en procura de todo esto viene el Derecho, el Derecho que, así, puede definirse, desde el ángulo de la Sociología, como:—

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

(II) Véase mis BASES..., citada, capítulo IV, Sociología del Derecho.

V. ONTOLOGIA

1. Ubicación epistemológica
2. La conducta en el Derecho
3. La intimidad del ser de la conducta
4. Libertad y licitud
5. El problema de la positividad
6. Derecho y realidad



1. Ubicación epistemológica

Si la inquietud del saber de universales ha de pedir al saber jurídico un “conocimiento autónomo y pantónimo” (Ortega y Gasset), es decir un conocimiento por excelencia *fundante* cuya constitución no dependa de ningún otro saber de universales y que, por el contrario, haciéndose a sí mismo —para ser autónomo— frente a la contemplación directa del objeto sobre que filosofa, ponga en descubierto una categoría de esencias no condicionadas sino condicionantes; si es posible este saber de universales, él es la Ontología, ciencia del ser en cuanto ser, pues sólo a partir del ser son posibles el aparecer —lógica—, es decir, el adquirir presencia figurada o poseer alguna forma, el valer —axiología— y el querer —teleología—.

La Ontología es, así, el segundo sistema de constantes que aparece en nuestro cuadro general de las ciencias jurídicas; pero, si la Sociología había tratado de construir su visión de universales con “particulares” históricas que iban a ser Derecho pero que todavía no lo eran, la Ontología se coloca ya frente a algo que está terminado, frente

a algo que ya es Derecho para preguntarle *cómo es que es* Derecho.

Esta Ontología general de lo jurídico se corresponde, claro está, con las visiones de su stirpe correspondientes a cada institución en particular: hay, debajo de la ontología de lo jurídico en general, una ontología de la compraventa, del contrato matrimonial, del Estado, una ontología de la prenda, etc., que tratarán el consistir del ser de la compraventa, el consistir del ser del Estado, etc.

2. La conducta en el Derecho

Ya vimos que la norma, significación expresada por el texto jurídico, es simplemente la representación intelectual de la conducta como conducta. La norma es el concepto que mienta a la conducta representándosela como quien dibuja o pre-dibuja una acción humana. La norma es el pensamiento con que pensamos una conducta, tal como los conceptos de *triángulo* y *sol* son pensamientos con los que el geómetra y el astrónomo piensan su objeto geométrico y su objeto astronómico respectivamente, sin que haya de creerse que dichos conceptos tienen la cantidad de ángulos o la temperatura que corresponden a los objetos y sólo a ellos. Así, la norma que representa a la conducta no tiene, por ejemplo, la temporalidad de ésta. (12)

He aquí como el Derecho se nos muestra, recién ahora y con claridad, siendo en su ser mucho menos un siste-

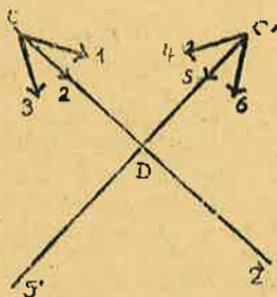
(12) Carlos Cossio: LA TEORIA EGOLÓGICA DEL DERECHO, Edit. Lozada, Buenos Aires, 1944, pg. 96.

ma de figuras conceptuales en los códigos de leyes, y, mucho más, *vida humana viviente*, al bien decir de Cossio, es decir, conducta.

Intuído el Derecho en la conducta, la segunda tarea de la temática ontológica consiste en la descripción del objeto Derecho como tal, es decir, en el acceso esencial a él para verlo en su ser (13), como objeto o esencia.

Para cumplir su cometido, la ontología jurídica ha de centrarse en los objetos culturales; separar, de entre éstos, los objetos que Cossio llama *egológicos*, es decir, aquéllos que se ofrecen con el hombre como sujeto actuante en calidad de dato primigenio, y, por fin, diferenciar netamente Moral y Derecho.

Nadie mejor que Giorgio del Vecchio ha sabido mostrar, a través de un desarrollo que el brillante jurfilósofo argentino hace suyo, cómo es que es la conducta en cuanto objeto del Derecho. Sigámoslos a través del siguiente esquema:



(13) Carlos Cossio: LA TEORIA EGOLOGICA DEL DERECHO, citada, pg. 124.

El punto de intersección C representa la conciencia personal de un sujeto, y las flechas 1, 2 y 3 tres acciones diferentes que se predibujan en ella. Sea, por ejemplo, el caso de un enfermo que concurre al consultorio de un famoso médico en procura de diagnóstico, a pesar de que el precio de la consulta es enorme, quinientos pesos, suma con la que él pensaba atender las necesidades de su hogar. Supongamos que la enfermera ha dejado solo a nuestro enfermo en una salita, a la espera de su turno, y que en la mesa-escritorio de la misma salita la enfermera ha guardado \$ 500 del precio, sin tomar mayor precaución, poniéndolos en un cajón sin llave, junto con el importe de varias otras visitas anteriores.

Nuestro enfermo, en su soledad propicia, ve pasar por su conciencia el esbozo de las siguientes acciones: 1) tomar los miles de pesos que hay en el cajón y huir; sería un negocio de mucho provecho, ya que, desde luego, otros médicos eminentes podrían diagnosticarlo; 2) tomar sólo 450 pesos, reduciendo la onerosa consulta a límites discretos; así no trastornaría los cálculos de su economía doméstica, de otra manera gravemente amenazados, dada la pobreza en que se desenvuelve su vida; 3) quedarse quieto y dejar que los sucesos sigan normalmente su curso; al fin y al cabo, nada ni nadie lo obligó a consultar ese médico tan costoso; lo buscó libremente.

Así como éstas, muchas otras acciones pueden esbozarse en su conciencia. Pero es claro, en razón de que el tiempo es irreversible y unidimensional, que está forzado a realizar una acción, pero no más que una, en el momento y, así, en cada momento. Es decir que, frente a la acción

que realice, está la *omisión* de las otras acciones posibles porque su hacer respecto de aquéllas es también su omitir respecto de éstas. Como se ve, estamos ante una interferencia subjetiva de acciones, porque consideramos un único sujeto actuante.

Supongamos que nuestro enfermo se decide por la acción 2, cuya realización fenoménica se expresa en nuestro gráfico por la prolongación de la flecha correspondiente hasta 2'. Esta acción es la única realidad de conducta y, como tal, implica en todo su recorrido lo psíquico y lo físico en relación de compenetración. No es que haya primero una decisión psíquica libre en la conciencia y luego una realización psíquico-mecánica en el mundo externo. Esa realización física lleva en sí, en todas sus partes el sentido psicológico de la voluntad que la estructura y contituye; y ese sentido no es ninguna realidad de conducta antes de su realización.

Mas, he aquí que la enfermera, inadvertida por nuestro enfermo, lo vigila desde una habitación contigua; y, frente a la acción cumplida por él, que percibe y comprende, se nos ofrece el problema de la conciencia de ella (C' del gráfico) con la siguiente interferencia subjetiva de sus acciones posibles: 4) pedir auxilio y denunciarlo; 5) adelantarse y exigir al enfermo una participación por su complicidad; 6) quedarse quieta y encubrir el hurto de los 450 pesos porque comprende la motivación del enfermo, o porque guarda resentimiento a su patrón.

Este problema de la enfermera (C') es estructuralmente el mismo en su conducta que el que hemos analizado para el enfermo (C). Y, así, supongamos que ella se decide

por la acción 5, cuya realización fenoménica queda representada en el gráfico por la prolongación hasta 5' de la flecha correspondiente. Pero con esto llegamos a un nuevo tipo de interferencia entre las acciones posibles: la acción 2 de C interfiere con la acción 5 de C', siendo intersubjetiva esta interferencia porque es entre sujetos, pero *objetiva* porque con ella aprehendemos la acción desde fuera, puesto que la interferencia se produce después que la acción ha iniciado su recorrido. En efecto, la interferencia subjetiva está en el origen mismo de la acción, de modo que ésta se realiza ya interferida por las omisiones y, por eso, su referencia a la realidad sólo puede ser una referencia hacia adelante en el sentido del tiempo. En la interferencia intersubjetiva el hacer se determina en correlación con el impedir, entendido el "impedir" no en su sentido gramatical corriente, sino tanto en ese sentido como en el de no impedir, y el de impedir en cualquier forma que ello sea como el no impedir en cualquier forma que ello sea. De aquí que la conducta de la enfermera interfiere con la conducta del enfermo, no sólo con la acción elegida en el ejemplo, sino también con cualesquiera de las otras que realizase, porque siempre su comportamiento incide, de alguna manera, sobre el comportamiento del enfermo en cuanto lo impide.

Así es como cada acción de cada persona de la comunidad está siempre en interferencia intersubjetiva con todas las acciones de todas las demás personas, en un sistema de relaciones que determina el comportamiento por su correlación con el impedimento. La moral está en la interferencia subjetiva de las acciones y el Derecho está en su interferencia intersubjetiva. Con esto se quiere decir que la

norma moral nos dice cómo debe ser la interferencia subjetiva, en tanto que la norma jurídica nos dice cómo debe ser la interferencia intersubjetiva. El hurto del ejemplo está condenado por la Moral y condenado por el Derecho; pero cada uno lo condena en forma independiente, con una norma que se constituye sin tomar nada prestado de la otra ni apoyar su estructura fuera de sí misma. El análisis efectuado se refiere a la conducta y nos muestra dos estructuras con que aparece la libertad metafísica al exteriorizarse como conducta en el mundo fenoménico. Las acciones humanas tienen dos modos, y no más que dos, de interferir entre sí: el modo subjetivo y el modo intersubjetivo. La interferencia es subjetiva cuando al hacer se opone el omitir; y es intersubjetiva cuando al hacer se opone el impedir. Ambas interferencias son posibilidades categoriales del obrar, es decir, categorías ónticas o del objeto, de manera que cualquier acción las contiene y cualquier acción puede ser referida a una u otra. (14)

3. La intimidad del ser de la conducta

Siendo el Derecho realidad de conducta, *su ser es su existir en el tiempo*, puesto que toda realidad es existencia y no hay existencia sin temporalidad. Pero, de qué modo o manera es el ser existencial de lo jurídico? En otros términos: cómo es que es la conducta? Si al *cómo es que es* el Derecho habíamos respondido que el ser del Derecho se

(14) Carlos Cossio: LA TEORIA EGOLÓGICA DEL DERECHO, citada, pgs. 126 a 129.

nos aparece como conducta o vida humana viviente en su interferencia intersubjetiva, se plantea ahora la misma pregunta para la propia conducta. Se trata aquí de un *cómo es que es* por despejar un *cómo es que es* despejado.

Esto nos lleva a una teoría de la conducta en general, teoría que nos la muestra como el *fenómeno exterior de una posibilidad de obrar o de no obrar, o de obrar en más de una dirección*; en otros términos, como *libertad haciéndose fenómeno*. Por eso, la TEORIA EGOLOGICA de Cossio declara reiteradamente que la conducta no es otra cosa que libertad metafísica fenomenalizada.

La antinomia psicológica libertad-determinismo es, por lo demás, ajena a esta situación del hombre jurídico, pues el punto de partida, para nosotros, reside en la actitud que el Derecho conceptual asume frente al hombre, y el Derecho conceptual se dirige a un hombre *que supone libre*, es decir, en la posibilidad, determinada o no, de actuar en más de un sentido, autónomamente.

En realidad, la norma, al constituirse en un motivo más del obrar, suma a los otros determinantes de la conducta un determinante más que axiológicamente aspira a superarlos en su eficacia. Más aún, la vigencia del Derecho está condicionada por una cierta medida de fuerza motivadora que fenomenalice la libertad en el sentido de lo que el Derecho axiológicamente quiere.

4. Libertad y licitud

Pero la libertad puede especificarse en dos maneras: cuando se conforma con lo querido por el ordenamiento

fenomenalizándose en conducta lícita y cuando realiza el acto que condiciona la sanción. En el primer caso se trata del ejercicio lícito de la libertad, de la libertad jurídica, si se quiere, o de la facultad. En el segundo caso, la libertad se fenomenaliza en el entuerto a agravio, en la "violación" del racionalismo. Ambos casos están por cierto esquematizados en la norma, ya que su estructura disyuntiva tiene ambos previstos. Así, lógicamente —no axiológicamente— en cualquiera de los dos casos hay conformidad con la norma, *pero sólo la hay parcial*. O se realiza lo querido por la norma, o se realiza lo rechazado por ella pero configurado en ella. "Dado un hecho con su determinación temporal (Ht) —nos dice Cossio— debe ser la prestación (P)", que es lo querido por la norma, en su faz constructiva, la endonorma de Cossio; "o dada la no-prestación (no-P) debe ser la sanción (S)", que es lo imputado, en lógica, y lo rechazado o abominado, en axiología, la faz negativa de la norma, o perinorma de Cossio.

Es útil advertir aquí, con relación al texto o expresión jurídica, que lo corriente en todas las leyes no penales es componer aquel texto con la figura de lo querido por el ordenamiento, procediéndose a la inversa en el derecho penal, donde el texto se explicita con lo abominado por la norma. He aquí por qué el uso de los términos *endonorma* y *perinorma* que propone la Teoría Ecológica, si bien elegantes y cómodos fonéticamente, no corresponden con la realidad técnica. La idea de perinorma —si interpreto bien el pensamiento de Cossio— es la de exterioridad de la norma, exterioridad que no creo pueda ser otra que el signo escrito, v. gr., de la ley. A la inversa, la endonorma debiera ser lo

que está adentro, como significado no explícito, como sentido axiológico con signo positivo, como lo querido por el ordenamiento pero no taxativamente figurado. Así, estas designaciones convienen muy bien con la redacción de la ley penal, pero no, en general, con la de las leyes no penales donde lo explicitado es lo querido, y donde, por consiguiente, la endonorma se vuelve perinorma.

Para concluir este punto se hace indispensable advertir que el ejercicio lícito de la libertad (facultad o libertad jurídica) abarca tanto ese mundo inmenso de acciones posibles *no mentadas* por la norma, como también *la facultad de cumplir con el deber jurídico*, puesto que en lo que el Derecho quiere que se haga va implícito el otorgamiento de la facultad de hacerlo, con lo que "la libertad irrumpe dogmáticamente en la Dogmática con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, axioma que es conceptualmente aprehendido con la noción de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico." (Cossio)

Licitud e ilicitud surgen del sentido axiológico de la norma, de tal suerte que estos dos modos del ejercicio de la libertad destacan, por encima de la estructura lógica, lo vivencial de la conducta en su interferencia intersubjetiva.

Pero la licitud, calidad de lo axiológico con signo positivo, al traducirse en *posibilidad de actuar* querida por el ordenamiento, reconoce lo que de antiguo se ha llamado *derecho subjetivo o facultad jurídica*, que es, como acabamos de verlo, no otra cosa que poder lícito de libertad.

Pues bien, la facultad jurídica se fenomenaliza a su

vez en dos modos característicamente distintos: cuando puedo hacer lo que me place y cuando puedo hacer lo que el ordenamiento jurídico quiere expresamente que haga. Aquí, el *principium divisionis* es el modo como se determina o concreta el contenido real de la libertad querida por el ordenamiento. Esta determinación es autónoma en el primer caso por cuanto, al no mentar el Derecho ninguna figura de mi hacer, yo, autónomamente me lo determino, como cuando bebo agua mejor que cerveza, visto saco negro mejor que pardo, hablo inglés y no francés, etc., etc. Pero es heterónoma mi determinación si el contenido de mi hacer lícito está predibujado en el ordenamiento, como cuando entrego la cosa que vendí y acepto el precio de la misma, como cuando acudo al notario público para contraer matrimonio, etc., etc.

Cossio ha encontrado dos felices denominaciones para ambos modos de la licitud: *facultad de señorío*, cuando mi hacer no está figurado en la norma; *facultad de inordinación*, cuando lo está. Señorío, porque, en efecto, soy, ahí, señor de mi conducta. Inordinación, porque, al cumplir lo que debo, me conformo con el ordenamiento y en él me inordino (14). Lo primero se conoce también con la equívoca frase "derecho de libertad".

Pero ambas facultades se coimplican siempre. La inordinación, por muy lejos que vaya en la concreción de los contenidos materiales, deja siempre un extenso campo al señorío: cuando ejercito mi facultad de pagar una deuda, v. gr., queda siempre en mi señorío, con más o menos extensión, la determinación del lugar, la hora, la moneda, etc. en que lo hago. Y, a la inversa, cuando tomo asiento en un

banco de la plaza, mi libertad de hacerlo no es absoluta y habrá de conformarse con las ordenanzas municipales que al efecto hubiere. Así, dice admirablemente Cossio: "Se puede creer a primera vista que la facultad de señorío destruye las posibilidades del pensamiento normativo porque se ofrece como un "haz lo que quieras"; pero no es así porque ella es un "haz lo que quieras dentro de lo que debas". Y, a la inversa, la facultad de inordinación es necesariamente un "haz lo que debas como quieras", pura y exclusivamente porque es libertad. Y si ambas se coimplican es porque son dos versiones, desde distintos puntos de referencia, de un mismo dato que, como tal, es conducta y sólo eso". (Cossio)

Por último, la inordinación se especifica en *comisión* y *omisión*, que son el acto de ejecución y el acto de abstención respectivamente, ejecución y abstención cuyo contenido es una obligación afirmativa, en el primer caso, negativa en el segundo.

He aquí el claro esquema de Cossio sobre las enunciadas especificaciones sucesivas de la libertad:



5. El problema de la positividad

Lo contingente positivo es sólo la concreción de lo positivo general dado como *a priori* para quien estudia el Derecho positivo. Y cobra más importancia aún la nota de positividad si se afirma que el único Derecho es el Derecho positivo.

La positividad aparece directamente referida a la *vigencia* del Derecho, pero no se confunde con ésta, pues, mientras la positividad es el estar dado o dictado, *la vigencia es la calidad de valer en una realidad acogedora*. La vigencia surge en el plano ontológico cuando se han llenado dos otros requisitos: *validéz y eficacia*. Ser vigente un Derecho es ser válido y eficaz simultaneamente. No puede darse validéz sin eficacia. Ser vigente una norma de Derecho es valer en una realidad que le confiere autoridad procurando conformarse con su querer. Y es sólo sobre la vigencia, así entendida, que lo dado o dictado asume juridicidad. Así, ser positivo el Derecho, es ser dado o dictado con calidad de vigente.

Se puede formular todo esto en el siguiente esquema:



El Derecho no es positivo sólo por ser eficaz, sino además por ser válido; es decir, es positivo porque es vigente. Ahora bien, la validez depende ciertamente de la eficacia, como harto bien hace notar la *Teoría Pura del Derecho*; pero semejante eficacia ha de moverse dentro de ciertos límites para hacer posible el pensamiento jurídico, puesto que una *eficacia total* nos arrancaría del deber ser para ponernos en la naturaleza. Si la conducta humana hubiera de conformarse, sin excepción, con lo querido por el ordenamiento, éste vendría a conceptualizar lo que es y no lo que debe ser, tal como si la normación dijera: —Debes hacer lo que quieras. Por el otro cabo, la eficacia no puede ultrapasar un mínimo para hacer posible la validez del ordenamiento. Y en esto se funda el concepto de *ley en desuso*. Aquí la norma piensa una realidad que no existe, como cuando en biología se piensa el concepto “centauro” o el concepto “dragón”. El centauro y el dragón no interesan al biólogo porque carecen de realidad (Cossio). Asimismo, si la realidad contradice en forma total lo querido por la norma de manera de quitarle toda eficacia, su validez desaparece; con ambas, su vigencia; con su vigencia, su positividad. No hay, en suma, en este caso, el objeto conducta representado por la norma en su faz constructiva (lo que pone en evidencia cómo la norma no puede ser sólo un juicio hipotético de la sanción, sino una disyunción, en la manera expuesta por Cossio).

6. Derecho y realidad

Todo esto nos muestra que, cuando el Derecho se formula genéricamente en un *deber ser*, no prescinde del *ser*, ni se opone a éste, sino muy al contrario: lo llama a sí para estructurarlo en el sentido axiológico que contiene. La fórmula misma lo pone en evidencia al proyectar lo que *se debe* en lo que haya de *ser*. Hacia lo que de ningún modo *es* no puede dirigirse la significación *deber*.

Con lo que el ser viene a constituirse siempre en lo primero del Derecho, en el *primado natural* del Derecho. Si se ausenta la eficacia desaparece la validez; con ambas desaparece la vigencia que condiciona la positividad. No habiendo positividad no hay Derecho.

El tema de la eficacia nos coloca, pues, ante el sugestivo problema de las relaciones Derecho-Realidad que surge en los linderos de la Sociología.

La realidad opera, sin duda, sobre el Derecho-norma, y lo engendra, esto es, lo modifica resistiéndolo mediante la conducta normativamente figurada en una antijuridicidad contumaz, en una reiterada disconformidad con el querer de la norma. La norma, a fuerza de ver que no puede alcanzar u obtener el estado social que pretende, acaba por doblegarse y aceptar esa conducta rebelde, antes señalada de antijurídica, aplicándole la contrapuesta nota de derecho, haciéndola jurídica. Un ejemplo de actualidad, entre muchos, se ve en el concubinato que, recogido por el Proyecto de Código Civil "Ossorio y Gallardo" y por la Constitución de Villarreal consagrándolo institucional-

mente en el querer de la norma bajo el epígrafe de "matrimonio de hecho", parece que es repudiado por una fuerte opinión nacional. Se presentan, pues, en este caso, las sendas iniciativas del civilista Ossorio y Gallardo y del Art. 131 de la Constitución "Villarroel" —si llegan aquellas a discutirse en las Cámaras legislativas— como la posibilidad de la derrota del régimen familiar tradicional. Venus y los aegipanes han rechazado con tanta insistencia el freno jurídico, han demostrado tal rigidez estructural biológica, que parece urgente renunciar al freno y dejar que anden por su cuenta los "animalitos de Dios" instituyendo el matrimonio de hecho que hasta la revolución de julio (1946) era una "insolente" novedad de nuestro régimen constitucional.

Ahora bien, al Derecho le queda una alternativa: insistir, y reforzar el aparato coactivo, y mantenerse de este modo un tiempo tal que consiga formar hábitos. Qué tiempo y qué aparato? —Supongo que muchas decenas de años, y el terror. Quizás, ni así. La cadena del amor... sólo el amor usa con éxito. No existe unión de dos más armónica que su libre unión.

Es por esto que el orden jurídico no puede, sin extremar la lucha, apartarse demasiado del orden natural en un afán, puro espíritu, de modificar al segundo de acuerdo a un esquema subjetivo y caprichoso. El hombre es bastante menos espíritu que carne y huesos. Por lo mismo, el Derecho debe hacerse mejor con "carne y huesos" que con "espíritu" en el sentido de violencia intentada en la naturaleza.

Supongamos esta norma jurídica, que hoy nos sona-

ría completamente a absurdo: —*Todos los habitantes de la comunidad se cortarán una oreja en desagravio de la divinidad, o en celebración de la primera fiesta cívica nacional...* Qué pasaría? —Que, salvo una ínfima minoría de fanáticos capaces de semejante amputación, nadie lo haría. Nadie lo haría, claro! Pero si esa idea pudo convertirse en ley, es que la minoría que la prohibió gobierna o gravita ponderablemente en el cuerpo legislativo, y, por tanto, es muy posible que ponga en marcha el aparato coactivo correspondiente. Por su parte, la comunidad, intensamente motivada en el sentido de esquivar un dolor que considera estéril, organizará la resistencia es decir, la reacción, observando una conducta antijurídica que puede llegar hasta la deposición del gobernante. Iniciada la lucha entre los *amputacionistas* y los *integristas*, el resultado de aquella se ofrece en estas hipótesis:

a) Los primeros iniciarán una campaña propagandística y producirán toda una filosofía del sacrificio, exaltando la supremacía del exigente símbolo. Manejarán quizás hasta el razonamiento científico tratando de probar que la amputación mandada es altamente provechosa para la salud; tratarán de convertirla acaso en un imperativo moral inexcusable. Al mismo tiempo, precautelarán el ejercicio del aparato coactivo de manera que éste funcione inexorablemente. Al cabo de cierto tiempo la mayoría *integrista* habrá sido vencida y la comunidad habrá admitido la amputación instituída. A la tercera generación, si la norma se mantuvo, no se le ocurrirá ni discutir siquiera las ventajas del acto ordenado. En suma, la norma ha adquirido plena eficacia.

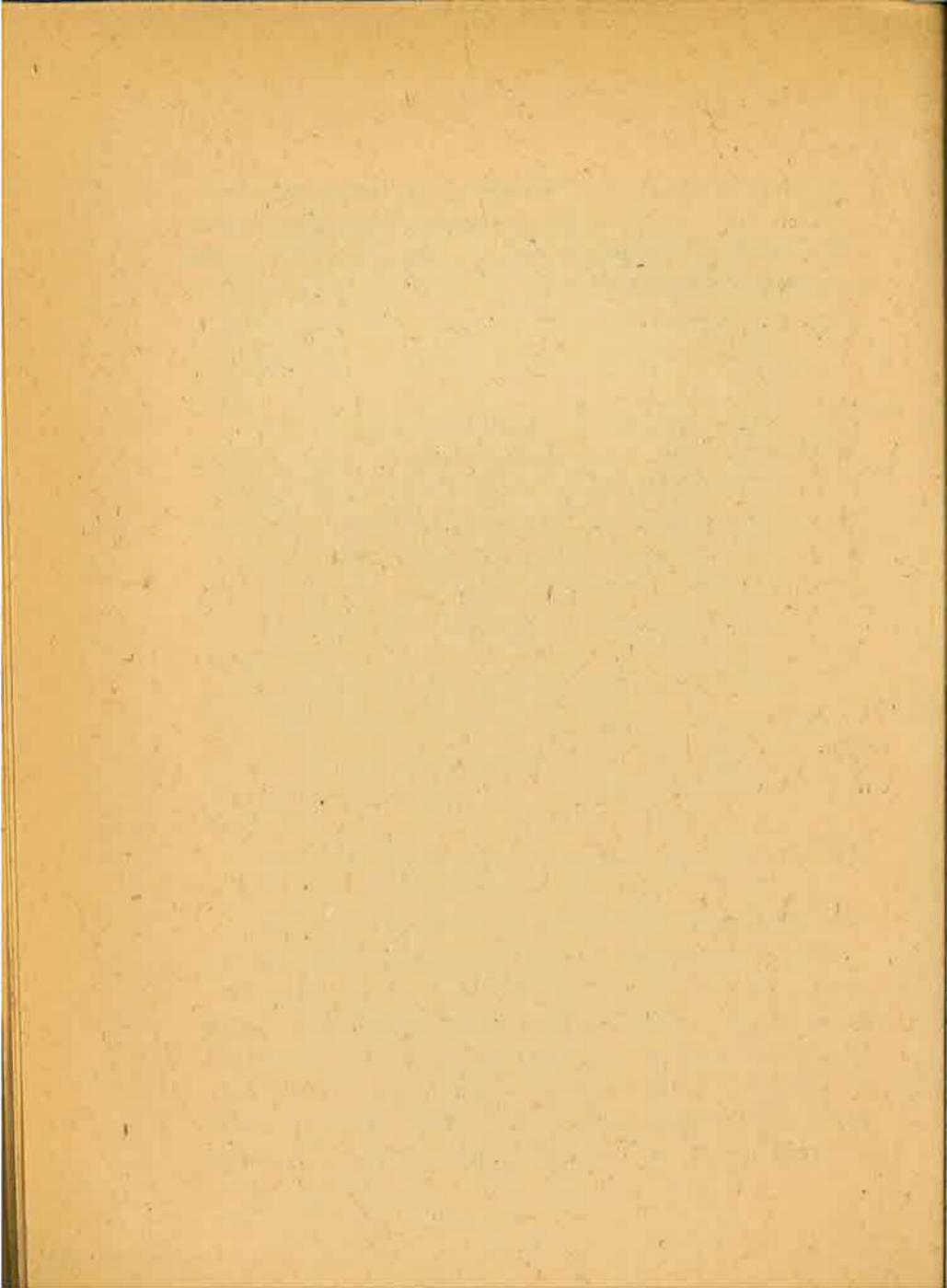
Qué otra cosa es, en otros sectores del deber ser, la tembeta, la deformación craneana, la circuncisión, el achicamiento de los pies entre los chinos, el corset de la mujer occidental del siglo XIX y primeros decenios del actual, la perforación de las orejas y aún el matrimonio monogámico indisoluble vigentes hoy en numerosos pueblos civilizados?...

b) La mayoría destinataria de la norma le hace oídos sordos, organiza su propia propaganda y burla continua y tenazmente a los órganos ejecutivos. Las "drásticas" medidas tomadas por el cuerpo gobernante no consiguen dominar la resistencia activa ni la indiferencia. Ahí está la norma, escrita y presente, promulgada y publicada, pero... no se la aplica. Se divorció tanto de la realidad, que sus esfuerzos por imponerse son vanos. En esta situación, los legisladores abrogan la ley *amputacionista*. La realidad ha vencido, y el concepto jurídico se ha visto sin correspondencia objetiva en la conducta humana, tal como las representaciones *dragón* o *centauro* en la "conducta" de la naturaleza.

Si los legisladores no la abrogan, se producirá automáticamente su caducidad por ineficacia.

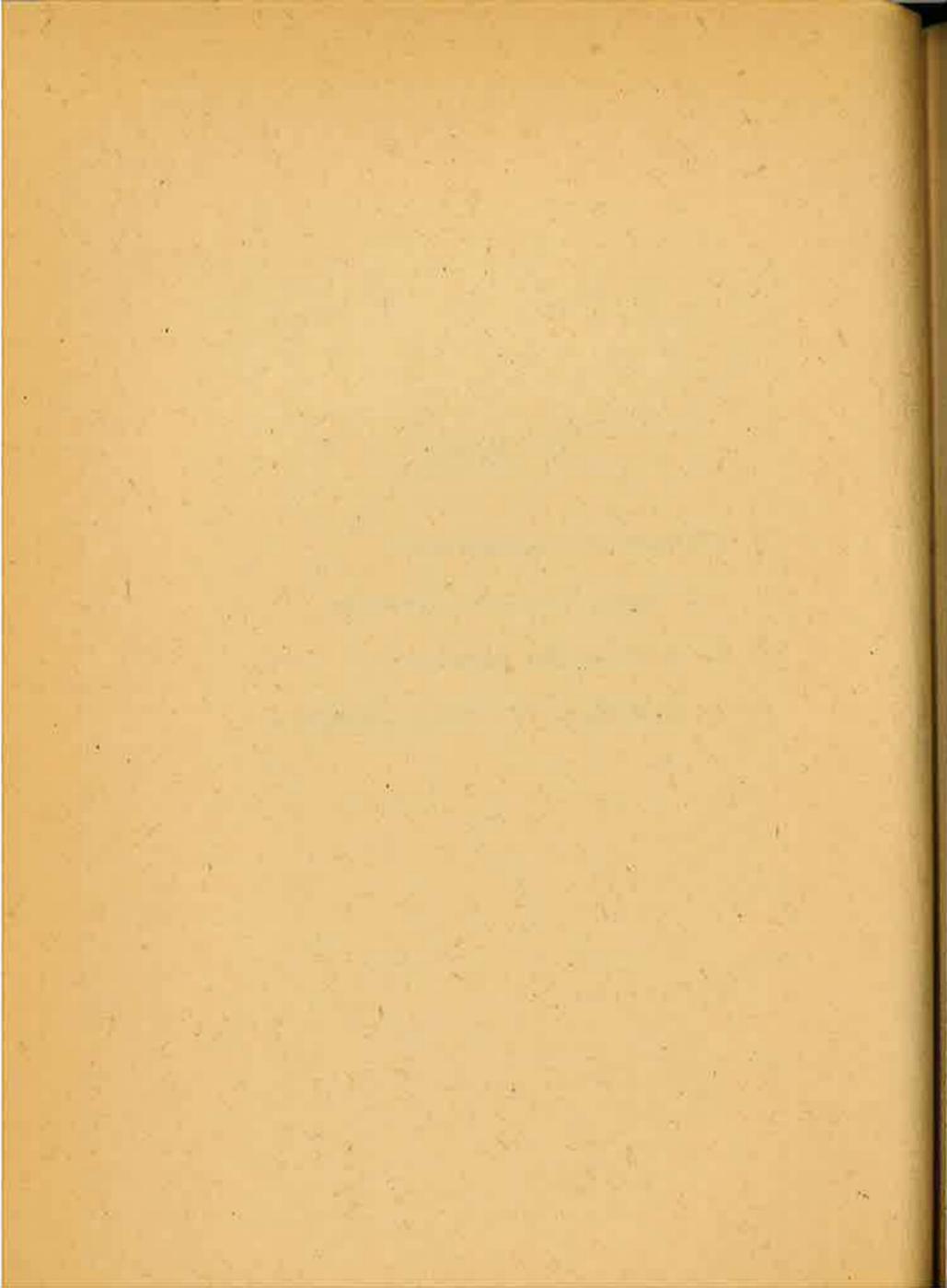
En nuestra legislación se podría citar muchísimos ejemplos de semejante situación, pero he aquí uno que yace escondido a los ojos del jurista boliviano: el cohecho. Si se analiza serenamente la situación, se verá que la figura delictuosa del cohecho o compra-venta del voto político no tiene razón de ser en nuestros códigos, puesto que, salvo rarísimos casos de militantes políticos ejemplarmente puros, la totalidad de los demás compran sin pudor alguno el

voto político, como bien se sabe, y sin consecuencia punitiva alguna. En suma, que el cohecho, como estado social no deseado por nuestras leyes, no pasa de ser un rosado ensueño, infelizmente!...



VI. LOGICA

1. Ubicación epistemológica
2. La Teoría Pura del Derecho
3. La proposición jurídica
4. La gradación del orden jurídico



1. Ubicación epistemológica

En 1848 Kirchmann conmovió al mundo de los que hacen del Derecho objeto de su pensar preferente con una célebre conferencia cuya escandalosa tesis provocó primero un hondo desasosiego, y luego una estridente gritería polémica. No era para menos —comenta el profesor Enrique R. Aftalión (15)—. El orador negaba toda dimensión “científica” a los estudios que hasta entonces se concebían como “ciencia jurídica”!

Por lo pronto, Kirchmann observaba que el saber de lo jurídico se hallaba enormemente retrasado, retraso que se hacía especialmente evidente si se parangonaba la llamada “ciencia del Derecho” con las ciencias de la Naturaleza que tantas y tan gratas conquistas habían alcanzado. Kirchmann atribuía semejante estado de cosas al objeto de la especulación, al Derecho, cuyo carácter mutable y caprichoso le permitía escapar, con extrema facilidad, de la mente del investigador. “El sol, la luna, las estrellas brillan hoy como

(15) Aftalión y otros autores: CURSO COLECTIVO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, citado, pg. 40.

hace milenios; la rosa sigue floreciendo hoy como en el paraíso; el Derecho, en cambio, ha variado con el tiempo... las leyes de la naturaleza y de sus fuerzas" valen para todo tiempo. "No sucede, en cambio, lo mismo con la disciplina del Derecho... Dos palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir bibliotecas enteras en basura."

Dónde estaba el defecto? Por qué el mecanismo mental que pensaba el Derecho no funcionaba con el éxito con que lo venía haciendo en la naturaleza? La razón, que había permanecido tantos siglos inadvertida, era simplemente ésta: la lógica con que el Derecho venía siendo pensado no se acomodaba a su objeto. El saber es siempre conceptual y conceptualizable; el saber es urdimbre de pensamientos que pretenden mentar adecuadamente la cosa u objeto que representan. Por consiguiente, la lógica, disciplina de las leyes del pensar es, frente a la posibilidad del saber, la condición número uno de la misma. No se puede hablar de ciencia, en ningún plano, si ésta carece de una lógica. Ahora bien, cuando la disciplina instrumental usada como lógica no consigue edificar un saber inobjetable y sólido, cuando aparece reiteradamente ineficaz, es que hay que desconfiar de ella: esa lógica es ilegítima.

Tal ha venido ocurriendo, en todos los tiempos, con el Derecho, hasta la *Teoría Pura* del profesor austriaco Hans Kelsen, que es un faro de incomparable luz en las cuevas y en los callejones sin salida, sobre las innumerables contradicciones e inconsecuencias de todo el pensamiento tradicional que meditó a la vera del Derecho.

2. La Teoría Pura del Derecho

La construcción lógico-formal kelseniana se llama con amplia razón "teoría pura" porque la tarea que se impone, y que consigue realizar con éxito estruendoso, es la de *purificar* la teoría del Derecho eliminando de ella tanto la espuma jusnaturalista que venía cargando sobre sí desde le edad de la Teología, como la borra empírico-naturalista que vino a enturbiarla durante el siglo XIX y principios del XX bajo la hegemonía del positivismo comteano.

Ha sido común a toda la tradición del Derecho la presencia inexcusable de la Moral como algo en que de algún modo había de participar el Derecho para ser Derecho. Así pudo alcanzar fácil y preferente admisión la teoría por la cual el Derecho es un *mínimum ético*, o, como quien dice, un trocito de la ley de Dios que la ley de los hombres no ha podido por menos que ratificar, instituir y defender. Pero, con esto, el Derecho vino a convertirse ontológicamente en nada menos que el caprichoso fruto de un criterio político: sólo había de ser Derecho aquel orden social coercitivo cuyas vivencias se identificaran con las de los regímenes occidentales democrático-capitalistas. De aquí mismo surgió la teoría Política del Estado de derecho por la que aquél, para ser lo que pretendía ser, es decir, un Estado, debía igualmente vivenciarse de individualismo y construirse como sistema de formas al servicio de los fines del capitalismo occidental.

Pero la ciencia es neutral, por una parte; por otra, es universal y objetiva. Una verdad científica no pertenece a una Iglesia, ni a un partido político; pertenece a la huma-

nidad. Así pues, era urgente purificar la impura teoría jurídica teológica como la impura teoría jurídica positivonaturalista, para hacer del Derecho una ciencia y no un mero problema de opinión solucionado de acuerdo a cada situación de gobierno o de partido. Para la Teoría Pura es tan Derecho el régimen soviético como el régimen nazi, el fascista italiano como el democrático-capitalista occidental.

3. La proposición jurídica

El gran hallazgo de la Teoría Pura reside en haber encontrado que el juicio que mienta lo jurídico no se copula con el verbo ser, sino con el verbo *deber ser*, y en haber desarrollado con genial consecuencia un examen teórico fundamental, armonioso, concordante y claro que en ningún momento sale de lo que es normativo coercitivo para hundirse en la naturaleza o hacer una visita al Cielo...

La norma jurídica no es un imperativo al modo de la ley moral; la norma jurídica es un juicio que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma jurídica se convierte, así, en una proposición jurídica que acusa la forma fundamental de la ley, de toda ley. "Así como 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 del Derecho como la legalidad particular del Derecho. Así como el efecto es

atribuído a su causa, la consecuencia jurídica lo es a su condición jurídica; pero aquella no puede ser considerada como causalmente producida por ésta. La consecuencia jurídica (lo antijurídico) es imputada a la condición jurídica. Tal es el sentido del enunciado: Alguien será castigado "a causa" de un delito, la ejecución contra algún patrimonio tiene lugar "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." (16)

En resumen, el imperativo moral se explicita estructuralmente así: —*Debe ser A*; mientras que la hipótesis jurídica (hipótesis en cuanto forma) expresa: —*Si es A, debe ser B*, frente a la cual fórmula la descripción natural, la ley de la naturaleza, se estructura universalmente como un —*Si es A, tiene que ser B*. Ante el hombre que va a matar a otro hombre, la ley moral dice: —Debe ser el respeto de la vida de tu prójimo, porque eso es bondad, lo otro el Mal y el pecado. Otra voz, la voz del Derecho, le dice a su vez: —Si es que matas, debe ser tu prisión. Y la voz de la naturaleza añadirá: Si es que le administras el tóxico que te aconsejo, tiene que morir.

De este modo es que en las formas positivo-variables el pensar lógico descubre una forma esencial por la cual el Derecho no es sino un deber ser de la conducta intersubjetiva, sin que importe, por tanto, en semejante estructura —donde sólo cuenta la cópula *debe ser* enlazando dos cua-

(16) Hans Kelsen: LA TEORIA PURA DEL DERECHO, Edit. Lozada, Buenos Aires, 1941, pg. 47 y siguientes.

lesquiera situaciones específicas— cuáles sean los valores ni cuáles los fines.

Pero la categoría formal del *deber ser* o de la norma sólo ha logrado el concepto supremo, sin diferenciar al Derecho de otras construcciones iguales normativas como la Moral. En este punto, la Teoría Pura prosigue la tradición positivista por la que la imputación (que más adelante veremos que es triple) enlaza invariablemente, a la conducta que funciona como condición, *un acto coactivo estatal*. Una determinada conducta vale como antijurídica única y exclusivamente porque funciona como condición de ese acto coactivo estatal independientemente de que su vivencia le otorgue el sentido de perjudicial, dañino, ofensivo, o abominable.

Es muy importante advertir cómo, por el curso de este razonar lógico-formal el delito —en sentido lato— que el pensamiento tradicional había colocado fuera y al frente del Derecho, como la negación del Derecho, aparece ahora justamente como lo contrario: como “la condición específica del Derecho”, y, así, mal puede el Derecho “ser violado o infringido por lo antijurídico, cuando sólo por lo antijurídico, logra su función esencial” (17).

4. La gradación del orden jurídico

Siendo el Derecho un sistema de normas jurídicas, su coordinación, dentro de éste, responde a un pensamiento

(17) Hans Kelsen: *TEORIA PURA DEL DERECHO*, citada, pg. 53 y siguientes.

unitario. Cuál es éste? Qué es lo que funda “la unidad de una pluralidad de normas jurídicas”? No puede ser otra cosa que 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 normas: aquéllas, como en la Moral, 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 *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 luego 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 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 solo 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.

“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 instituída sino *supuesta* “en tanto condición de toda instauración jurídica, de todo procedimiento jurídico positivo”.

De lo dicho se infiere que el orden jurídico no es un sistema de normas de igual gerarquía, 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.

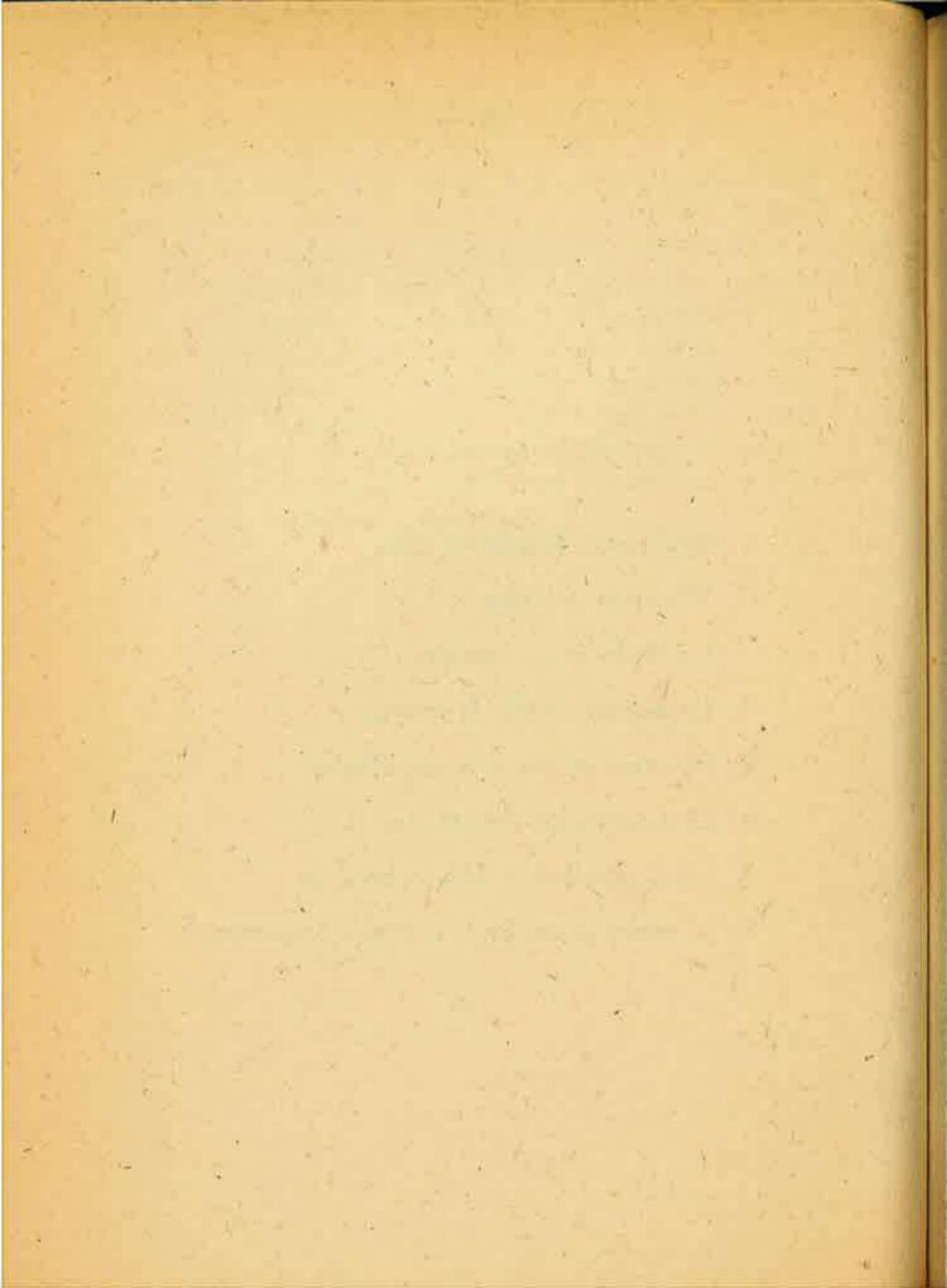
En la dicha norma fundamental alcanzaría la gradación jurídica su más elevado escalón si no hubiera en el mundo más que un solo y único régimen nacional; pero, como hay varias comunidades nacionales organizadas, instauradas en esta calidad; vale decir, como hay varios órdenes jurídico-estatales singulares entre los cuales cualquiera es admitido y reconocido por todos los demás como orden jurídico estatal, como Derecho, quiere decir que tiene que haber otra u otras gradas cuya interpretación permite tener como Estado un pretendido orden nacional. Así aparece el concepto de *comunidad internacional* y el Derecho internacional como el escalón jurídico colocado por encima de la supuesta norma nacional fundamental.

Sin embargo, hay en este aspecto del problema una gran confusión actual, confusión provocada por el dogma de la soberanía nacional haciendo girar el mundo en torno del sistema nacional propio. Por otra parte, y en coetaneidad histórica con la soberanía, es evidente que el Derecho internacional está recién en su infancia. Tal como en las comunidades primitivas que practicaban la venganza de sangre por la familia del ofendido, no se podía hablar de "Estado", pues faltaba para ello una adecuada división del trabajo y una concomitante centralización de funciones sociales, unos "Poderes" legislativo, judicial y ejecutivo, así hoy no se puede todavía hablar —aunque parece que estamos históricamente muy cerca— de un Derecho internacional sistemático y unitario. Empero, de todos modos, se admite ya una

relativa subordinación de los órdenes jurídico-estatales singulares a: primero, normas jurídicas individuales de tribunales internacionales y otros organismos similares, es decir, sentencias, laudos, resoluciones arbitrales, etc.; segundo —grada inmediatamente superior—, pactos y tratados, o Derecho internacional contractual particular; tercero —grada inmediatamente superior—, Derecho internacional consuetudinario o general; y, cuarto —norma supuesta fundamental universal, hasta tanto exista un legislador mundial—, la norma hipotética que funda todo el tramo jurídico internacional —*Obedece a la costumbre!*

VII. AXIOLOGIA

1. Ubicación epistemológica
2. Vivencia y valor
3. Lo dado y lo deseado
4. La norma desde la norma
5. El valor en los objetos ideales
6. El gran valor constante
7. Ideal positivo e ideal absoluto
8. A quien se dirige la norma - arquetipo?



1. Ubicación epistemológica

Toda la visión tradicional del Derecho se hallaba viciada no porque contemplara el Derecho a través de criterios de valor, sino porque, poco madura, no había advertido que el problema cambiaba radicalmente o podía cambiar radicalmente según fuera el ángulo desde el cual consideraba su objeto. En realidad de verdad, ni siquiera se había percatado de que su despliegue del problema era un despliegue *axiológico*, con lo que resultaba que su axiología, única posición que consideraba como legítima, era tenida a la vez como la única lógica posible de la ciencia jurídica, como la única ontología y como la única teleología. Y, cuando el positivismo comteano dominó toda preocupación científica e invadió el campo de las ciencias normativas bajo el rígido lema "orden natural", esa axiología del *jusnaturalismo* más o menos teológico se *sociologizó* esforzándose, sin embargo, por conservar a todo trance ideológico lastre, y el Derecho pasó a ser un problema de pre-Derecho que buscó sus verdades en sus orígenes sociológicos y en la "intención del legislador".

Pero una axiología del Derecho no sólo que es legítima,

sino que es *indispensable*. El Derecho es cultura; por consiguiente, no puede ser conocido sino a condición de ser comprendido, es decir, vivenciado. Ya vimos antes, primero, que el Derecho es conducta, y, segundo, que la conducta es conducta sólo a condición de valer. Por eso, la lógica, que nos muestra la estructura particular y universal de lo jurídico —formas positivo-variables y forma esencial— es al Derecho apenas lo que la osteología es a la anatomía descriptiva: la descripción de un esqueleto. Por eso, la teoría jurídica y, en particular, la Teoría Integral del Derecho ha de recoger con fervor lo hallado, mostrado y reintegrado por la Teoría Ecológica: los valores que sostiene, coordina y positiviza ese esqueleto en el cuerpo de un Derecho que ama, que sueña y que construye.

2. Vivencia y valor

Se entiende por vivencia el proceso psicológico por el que otorgamos un sentido a las cosas. Ahora bien, este proceso es un complejo que se integra con actos mentales y sentimientos, a la par. Vivir o tener la vivencia de algo es *experimentar* este *algo*. En semejante principio de definición aparecen dos cosas: un hecho que pertenece al yo —experimentar—, es decir, un proceso psicológico interno que se dirige al objeto experimentado; y b) este objeto experimentado —vivido—, este *algo* que está fuera del yo.

Pero la vivencia, que así conduce siempre a *la opción de algo*, opta o prefiere este algo en razón de alguna cualidad que el proceso interno del experimentar se la otorga.

Y de este modo aparecen los valores como pericardios de las vivencias funcionando en calidad de sentidos atribuidos a las cosas, sentidos sobre los cuales se alza la opción de ellas.

Pues bien, estos sentidos o valores de los objetos culturales no pueden estar desprovistos de alguna conexión con estructuras inteligibles en el plano conceptual. Quiero decir esto: cuando atribuyo a una escobilla, v. gr., el sentido o valor *útil*, es indisputable que llevo en la mente, más o menos claro, o más o menos difuso, el diseño conceptual de un modelo de escobilla útil, *la escobilla perfectamente útil*, la que será de tales o cuales dimensiones, de tal o cual color, dureza, forma, etc.

Quizás pueda la vivencia esquematizarse así:

1. Asociación mental entre la cosa y el modelo conceptual (flecha rayada *cd* de la figura).

2. Verificación de su conformidad o disconformidad con éste; es decir, reconocimiento del contenido ideal o típico (quantum de modelo) existente en la cosa.

3. Emoción cautivadora de la relación cosa-modelo (línea punteada *hg-ef*).

4. Atribución correlativa del contenido ideal a la cosa. El sujeto se pronuncia sobre la relación cosa-modelo, y surge la predicación: justa o injusta, si del Derecho se trata; buena o mala, si de la Moral; sublime, bella, bonita, mediocre, fea, si del Arte; útil o inútil, si de la industria.

Se concluye así, predicando de la cosa un valor, el que no viene a ser sino la expresión significativa de un acto mental que compara la estructura dada en la cosa con la deseada estructura ideal del modelo.

3. Lo dado y lo deseado

De este modo, es posible distinguir el concepto *perfección en la realidad* del concepto *realidad perfecta*. El primer concepto expresa un valor, como valor, con signo positivo. El segundo, la cosa sobre que recae ese valor.

Los objetos culturales resultan, según el proceso descrito, del entronizamiento de un objeto ideal (el modelo conceptual) en un objeto natural o en otro objeto ideal. El valor axiológico es pues valor de concordancia del substrato con el modelo que se quisiera fuera por aquél realizado.

Pero entronizarse una idea en un objeto es tanto como introducirse el sujeto cognoscente en la cosa que él va conociendo. No se trata pues, de un conocimiento objetivo y en frío, sino de una verdadera toma de posición en la cosa, que así es como ha asumido una nueva categoría ontológica: la de objeto espiritual. Ya Hegel había plegado los telones de este vasto y maravilloso escenario de la cultura cuando explicaba *el espíritu objetivo*. Por ello, dice bien Aloys Müller, hablando de los valores éticos, que la cosa buena o mala "está unida con el yo, la voluntad, la acción, de tal suerte que los determina." Por eso también, Carlos Cossio rotula su Teoría del Derecho como *teoría egológica* tan pronto como destaca el momento vivencial de la conducta como lo característico por excelencia del Derecho; su teoría es eminentemente teoría estimativa del Derecho.

El sentido axiológico o valor no es esencialmente otra cosa que *la medida de la concordancia de lo dado en lo de-*

seado. Lo dado existente es la realidad; lo deseado, el modelo ideal. Ilustremos esto en el campo del Derecho. El lugar de la escobilla es ocupado por la conducta de los hombres; el modelo es la norma jurídica. Lo dado existente es, por ejemplo, la conducta a menudo homicida; lo deseado, la conducta nunca homicida. Por consiguiente, el homicidio es una realidad de conducta en abierta discordancia con el estado social deseado que explica el modelo-norma, es decir, una conducta injusta.

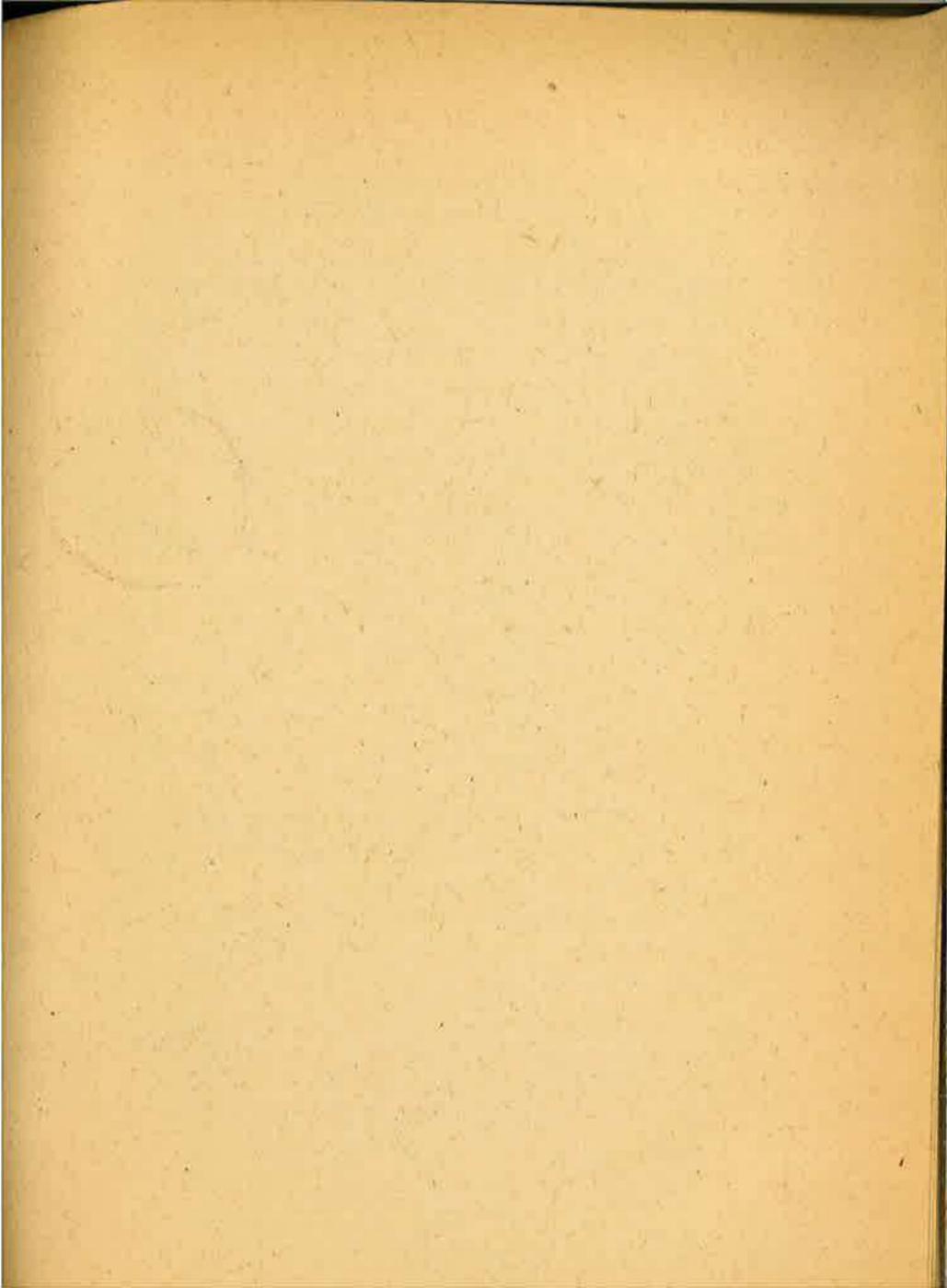
Lo deseado puede admitir por cierto, cualquier hipótesis de excepción: legítima defensa, guerra, etc. En estos casos, matar es justo para el ordenamiento jurídico, porque su ideal de conducta se integra estructuralmente con estas hipótesis de excepción. Así, el Derecho-norma es, sin más y sin menos, el modelo de conducta que la sociedad que lo puso en vigencia tiene concebido.

Es importante aquí hacer una distinción clara entre *lo dado y la realidad*, pues si la realidad es siempre lo dado, lo dado no es siempre la realidad. Esta última es lo dado existente, pero es asimismo dado lo dado pensado. Así, la realidad es sólo una especie de lo dado. En el Derecho, lo dado es la norma al igual que la conducta efectiva; dado pensado en el primer caso; dado existente en el segundo. Por consiguiente, los valores pueden tener como substrato tanto la norma como la conducta por ella representada. Pues bien, la axiología positiva entra a considerar el Derecho, o a vivenciarlo, mejor, cuando la norma funciona como modelo frente a la conducta efectiva.

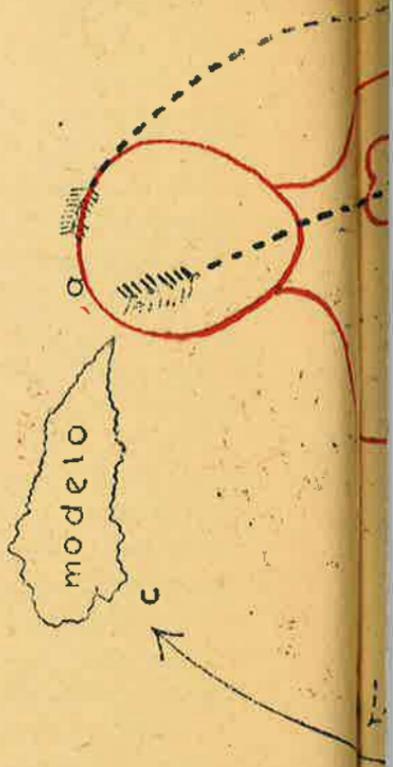
4. La norma desde la norma

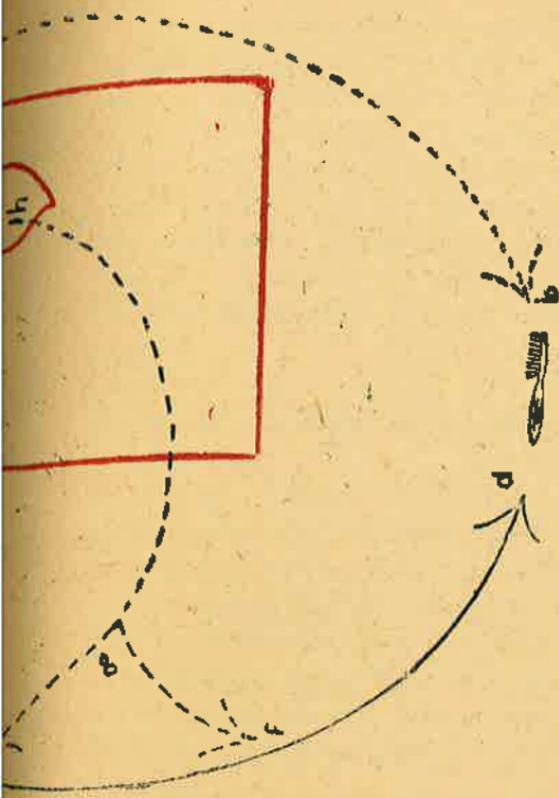
Pero lo dado pensado puede ser contemplado por lo dado pensado; puede darse y se da a menudo el caso de que el modelo, la norma misma, pase a ocupar el sitio de la escobilla para actuar en el proceso vivencial como substrato. En este caso, el lugar del modelo, tratándose del Derecho, de un determinado orden jurídico, no pudiendo ser la propia norma ni el objeto de la misma, está fuera del Derecho. De cualquier modo, se trata siempre: o de un ideal no alcanzado plenamente por comunidad alguna, o, cuando menos, de un ejemplo digno de imitación, de algo a que debe tender o tratar de alcanzar no ya lo dado existente, sino lo dado pensado, la norma jurídica, el modelo de conducta. Se trata, en fin de *un modelo para el modelo*.

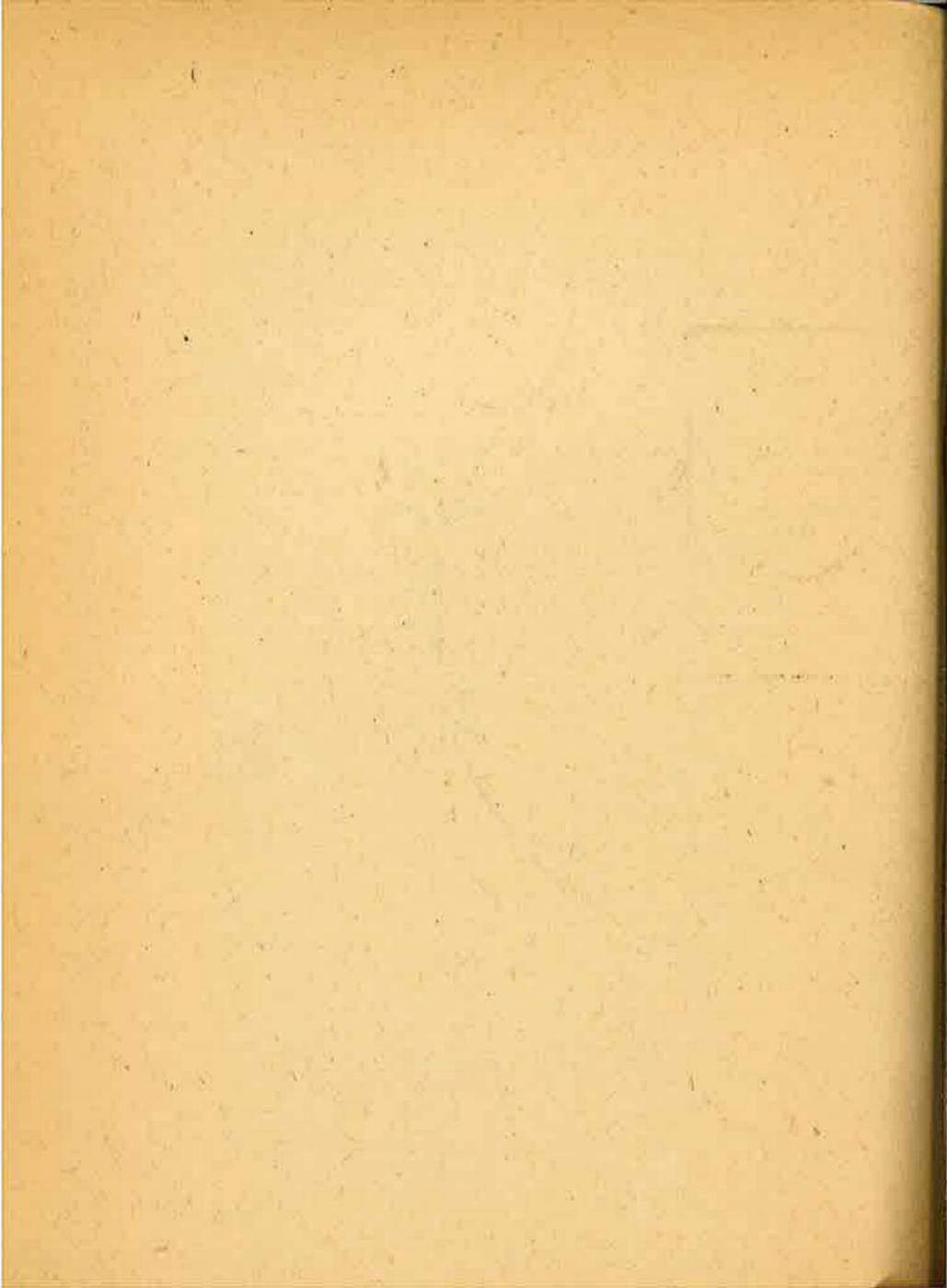
En el lugar dejado por el modelo-norma puede ponerse otro modelo-norma, es decir, otro régimen normativo vigente en otro lugar u otro tiempo, de manera que valoremos un ordenamiento determinado desde otro ordenamiento. Así, el matrimonio indisoluble es el modelo de conducta profesado por el Derecho argentino; pues bien, este modelo de conducta, esta ley de la indisolubilidad matrimonial es injusta para el Derecho boliviano, que profesa el divorcio absoluto. El Derecho argentino abomina la pena de muerte; semejante abominación es injusta para el Derecho boliviano. Y, en ambas hipótesis, a la inversa: el divorcio absoluto y la pena de muerte bolivianos son injustos para el Derecho argentino. En el primer caso hemos dado al Derecho argentino el sitio de la escobilla; en el segundo, se lo



AXIOLOGIA







hemos dado al Derecho boliviano. En el primer caso es el Derecho boliviano el que funciona como modelo; en el segundo, es el Derecho argentino.

Cada programa político tiene además su propio sistema de modelos jurídicos (parajurídicos). Por último, cada individuo en particular tiene formada su noción de justicia, y, de paso, la eficacia del Derecho, como la fuerza y prestigio del partido político y la adaptación social del individuo se relacionan recíprocamente. De aquello surge, con claridad, que la opinión social ambiente y el sentir particular pueden vivenciar la norma vigente desde sus propios modelos parajurídicos, sin necesidad de acudir a referencias de orden superior.

5. El valor en los objetos ideales

Nuestro esquema usa el viejo símbolo literario del corazón para expresar el proceso vivido porque, como se ve, los valores o sentidos del mundo de la cultura surgen, con carácter inmediato de los deseos humanos y sólo a través de ellos se aprehenden. El sujeto cognoscente mira la cosa, el substrato natural o ideal vivenciado, a través de lo que él quisiera que esa cosa fuera, es decir, con el corazón, colando su visión en sus deseos, "viendo su ver", como diría Cossio.

De este modo, la visión natural de los objetos así como la visión lógica, todo simple conocer, en fin, siguen el curso directo de la línea punteada *ab*; pero el comprender la cosa —usando este expresivo verbo que Dilthey ha consagrado para el conocer la cultura—, la visión cultural de la cosa

sigue el camino, más complicado, *ahg-ef-cdc*.

Los sentidos axiológicos no son, así, sino relaciones de conformidad (valor positivo) o disconformidad (valor negativo) de un objeto ideal frente a un objeto natural u otro objeto ideal. Esto pone en evidencia el error en que incurre la Teoría Ecológica al afirmar que los objetos culturales están, como carácter suyo, en la experiencia, si es que este "estar en la experiencia" ha de entenderse en el sentido de que los substratos a que se abrazan los valores han de ser por necesidad naturaleza. No hay error, si se hace residir lo experienciable de la cultura en el acto psicológico de la vivencia, pero me parece que no es éste el pensamiento de Cossio. De acuerdo a lo primero, no sé cómo se las arreglaría la Teoría Ecológica para explicar, v. gr., este juicio: *la ley que protege al trabajador es justa*; o para llamar cultura a la ciencia en cuanto sólo urdimbre sistemática de conceptos. Para Cossio sería justa sólo la protección al trabajador, mas no la ley que la instituye.

En suma, el concepto de cultura puede, a mi entender, definirse así: lo que el hombre crea en su inteligencia (cosa que parece desconocer la Teoría Ecológica) o modifica en la naturaleza atribuyéndoles un sentido valioso.

6. El gran valor constante

Desde muy antiguo se ha comprendido la noción ética de justicia como un concepto indisolublemente ligado a esa realidad existencial humana, biológica y social, que identifica a cada hombre en particular con los demás hombres, identificación que ha sido y es precisamente la que funda y da sentido al

ideal *justicia como un estado de igualdad y de equidad*. Pero el espacio humano de aplicación de la misma ha sido, en cambio, más reducido, y se estrecha seguramente más en la medida en que se retrocede en la Historia. Esto es perfectamente explicable: el aislamiento de los pequeños grupos tribales o de los clanes prehistóricos en una naturaleza siempre hostil debía producir un retraimiento del espíritu hacia lo directamente próximo y suyo: el enemigo, el *hostes* no es hombre, no pertenece a la especie, y es posible así, sin contradecir al ideal de una justicia absoluta, adueñarse de aquél y convertirlo en *res proprietatis*. Pero cuando el mundo se ensancha a la vez que la humanidad se aprieta, la fraternidad totémica o gentilicia se convierte en *familia universal*.

Por eso, *justicia*, la justicia como valor positivo-variable, quiere decir, si se apura su discriminación en demanda de su propia esencia, quiere decir invariablemente *igualdad*, y, en un sentido menos aritmético y más comprensivo a la vez que más social, quiere decir *equidad*.

Equidad es adecuación del *quantum* de felicidad, dado o recibido, con el esfuerzo individual o el sacrificio realizados en bien de la comunidad, o con el beneficio por ésta recibido, o con ambos a la vez, según las posibilidades reales de determinación, en cada caso, del esfuerzo o del sacrificio soportados, o del beneficio por la comunidad recibido.

No es por cierto cosa que hubiera pasado por alto la tremenda dificultad que plantea la construcción de la norma jurídica y, más aún, su aplicación al caso concreto en relación con ese anhelo de la justicia que aspira a distribuir

la felicidad *equitativamente*. Casi no hay filósofo ni momento histórico que no haya discutido con ardor el tema. Y el conflicto se ha hecho siempre agudo, no tanto porque no se hubiera conseguido interpretar harto a menudo y con lealtad el ideal igualitario y humano de la justicia, como porque en el conflicto que la demanda grita y pelea mucho más la pasión ennegrecida que la objetiva consideración de la solución justa. Con grande frecuencia el litigante perdidioso cree, muy sinceramente, que se ha inferido agravio a la justicia de su petitorio. Y es aquí donde cobra toda su prestancia el orden jurídico instituído, pues éste es y tiene que ser, *ya que no hay otra*, la única instancia que debe resolver, de acuerdo a su estructura integral, el modo histórico y actual de interpretación de la justicia. Por eso, el Derecho instituído es y debe ser considerado en todo caso como el depositario de aquélla. No existe Derecho injusto. Y es por esto también que el legislador, como el juez, han de poner todo el cuidado y la medida en la construcción de la norma y en su aplicación. Téngase esto muy en cuenta: el verbo de la justicia es el Derecho, y éste maneja la espada con que aquélla gobierna al mundo. (18)

7. Ideal positivo e ideal absoluto

De lo dicho surge claramente que el ideal, construcción mental edificada a través de la vida afectiva, realidad (co-

(18) *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca, N^o 13, Sucre, Bolivia, 1945. Edit. "Charcas" El punto "Z", por Rafael García Rosquellas, pgs. 18 y siguientes.

mo sinónimo de *lo dado*) deseada, se presenta bajo dos formas gerárquicamente ordenables: el ideal que se incorpora a la norma vigente, subordinado —si bien sólo para el legislador, no para el juez ni el abogado— al ideal extrasistemático que alumbra a aquél desde otro cielo. Semejante desdoblamiento del ideal en modelo positivo y modelo del modelo, o arquetipo, es el resultado necesario de la inercia que domina a la realidad humana. El hombre se coloca ante el mundo inicialmente inspirado por el ideal absoluto —que para la Teoría Integral no es otro que la protección y bienestar de la especie humana—, pero a la realización total de este ideal le sale al encuentro la realidad física, psicológica y social actuante, oponiéndole una valla en apariencia insalvable. Como consecuencia, el hombre se ve forzado a reducir los términos de su demanda inicial, formulando así una petición más modesta, una petición tal que la realidad pueda darle paso dentro de los límites que, como hemos visto en ontología, condicionan su eficacia. De este modo, el ideal universal incorporado al ordenamiento jurídico no es todo el ideal, sino aquello del ideal que cada realidad espacio-temporal ha soportado.

Pero el hombre no se da por vencido. No pudiendo formular en sus modelos jurídicos el ideal absoluto en toda su pureza y extensión so pena de engendrar un nacido muerto, transa, es cierto, en los esquemas jurídicos cuyo ser tales es garantizado y sostenido por su eficacia, y la vivencia del Derecho se resigna en un ideal mutilado, que es el ideal positivo expresado por el Derecho axiológico. Pues bien, esta forzosa transacción no importa, sin embargo, la renuncia al ideal absoluto, que sigue en pie, vigente y operante,

al margen del Derecho positivo, mas en constante acecho del momento flexible de la realidad.

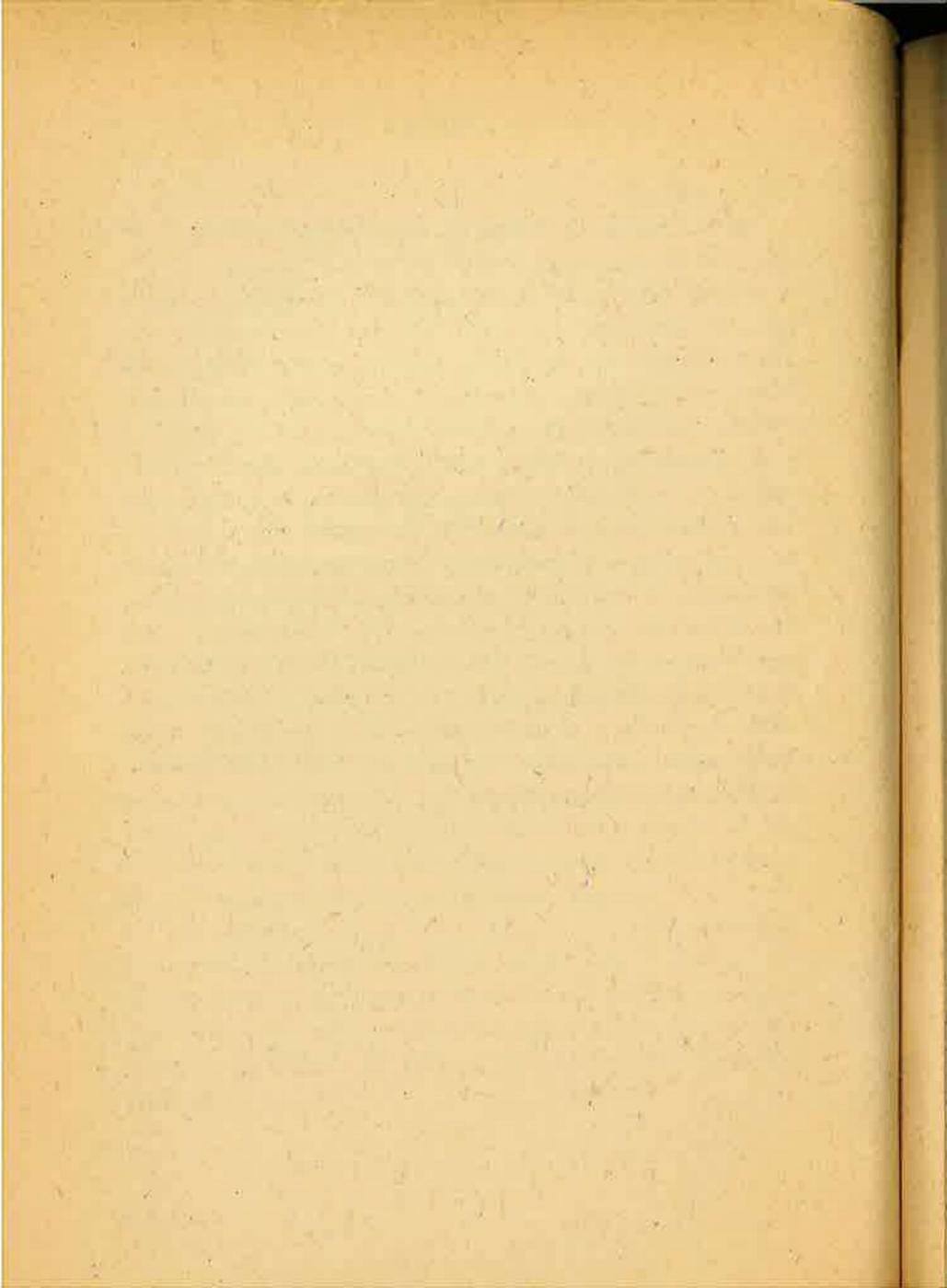
Se plantea así una situación de lucha que se prolonga a lo largo de la historia y que determina lo que se conoce con el nombre de *evolución interna del Derecho*. Cada flaqueza de la realidad es aprovechada por la fuerza emocional del ideal absoluto "*protección y bienestar de la especie*". Y, siguiendo la línea de conducta trazada por este ideal, todo privilegio es sucesivamente eliminado, así como toda desigualdad, hasta el límite de tolerancia que puede hallar cabida en el expresado arquetipo de conducta. De este modo, desaparece primero la esclavitud; después, la servidumbre medioeval, las castas, y tiende hoy a desaparecer el proletario entontecido y miserable, y la mujer como instrumento pasivo de placer.

Nada ilustra mejor, en el campo del Derecho, esta titánica batalla que libra la ciudad con la caverna, el hombre con el simio, que la centenaria y memorable peripecia del jusnaturalismo pugnando por paralogizar la visión del Derecho bajo el impulso desbocado del ideal absoluto. El jusnaturalismo es el santo que roba para hacer caridad, el sacerdote homicida en un acceso de furor religioso.

Resignémonos pues, tomando con seriedad responsable la verdad axiológica imperfecta del Derecho: los modelos de conducta que trasunta la normatividad jurídica son siempre ideales mutilados, y así tiene que ser hasta siempre... hasta la posibilidad de "Z", si "Z" es posible (véase Teieología).

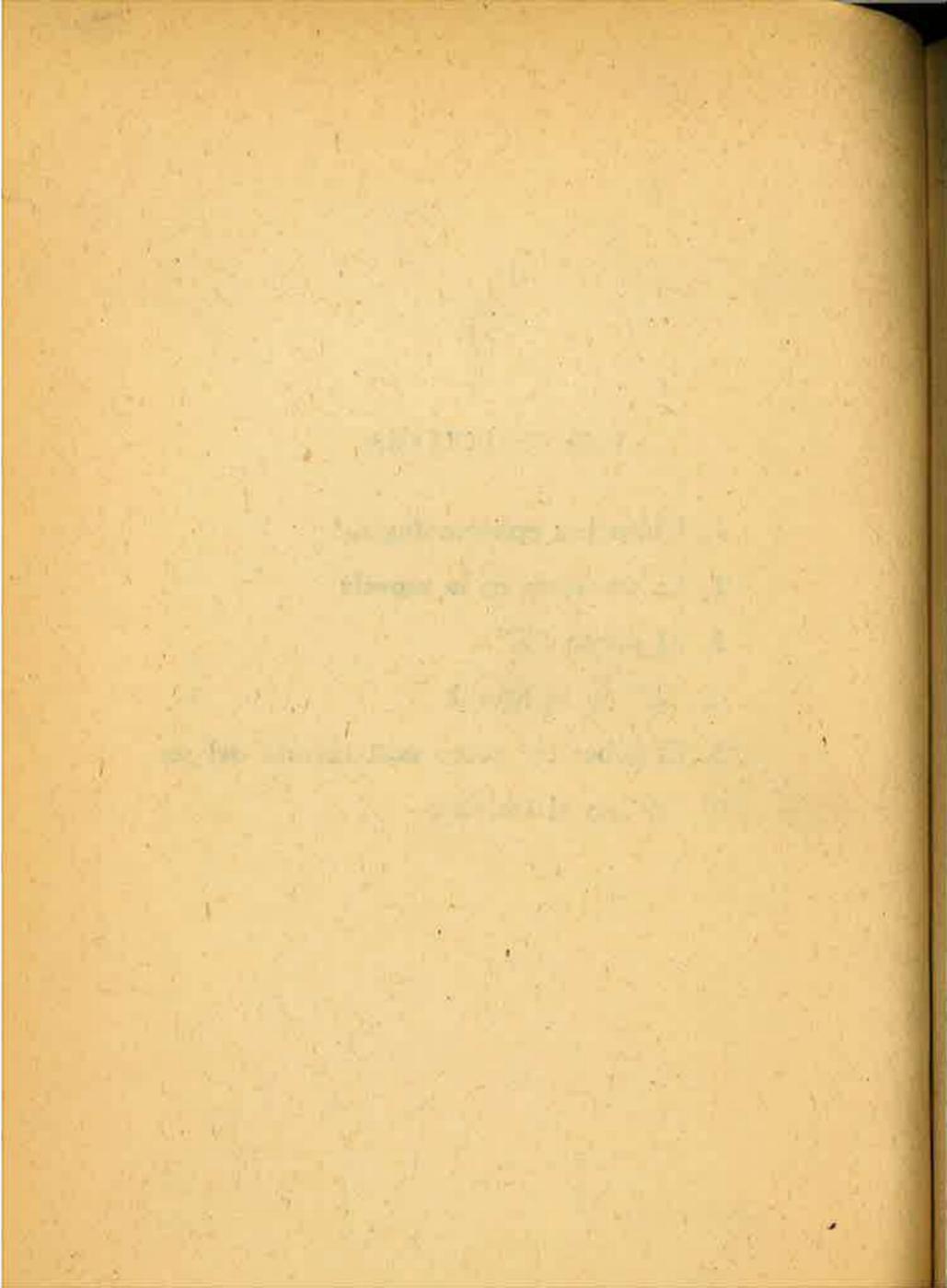
8. A quién se dirige la norma - arquetipo?

Ya lo hemos dicho entre guiones. Tratándose, como se trata, de una norma extrasistemática, no pueden hacer de ella su instrumento de trabajo ni el juez ni el abogado. Si la norma-arquetipo es modelo para el modelo; si la norma-arquetipo representa la pauta universal de la ley, el juez y el abogado, que vivencian la concordancia de la conducta con la ley, *no pueden pasar más allá de la ley*. El juez y el abogado han de hacer Derecho y nada más que Derecho, conforme a su ministerio. La norma-arquetipo es pues norma sólo y únicamente para el *legislador*, para el productor de normas jurídicas generales. De lo contrario, se cae justamente en los errores del jusnaturalismo que había siempre considerado que el juez, a falta de otras indicaciones, había de acudir a su razón natural. No, siempre hay razón jurídica para el juez y el abogado en "la plenitud hermética del ordenamiento jurídico".



VIII. TELEOLOGIA

1. Ubicación epistemológica
2. La demanda de la especie
3. El punto "Z"
4. "Z" en la Moral
5. El deber ser como acatamiento del ser
6. "Z" en el Derecho



1. Ubicación epistemológica

El deber ser es en el ser tal como el llanto del hijo en las maternas rodillas. Surgido en el momento humano de la naturaleza como un paso más de la cósmica evolución, genéticamente, se vuelve a ella, provisto de una voluntad que la reconoce, para reclamarle una abundante y nutritiva teta. El deber ser quiere que el ser lo sirva en el modo que, a través de sus valoraciones, considera mejor. Precisamente porque es conducta, aspira a que el sistema interferente en que consiste modele aquélla en el sentido de la realidad más conforme con las necesidades y las aspiraciones del ser biológico sobre cuya estructura asume capacidad cognoscitiva y valorativa. En el momento en que el hombre *sabe su como ser* actual mediante las ciencias de la naturaleza, su propio saber natural le muestra la posibilidad *de ser de otra manera*, y aparece la norma traduciendo la voluntad de ser de esta otra manera, aparece el *deber ser*.

Todo lo que es teleología, fines y persecución de fines, tiene por contenido a la voluntad humana usando el deber ser, instrumentalmente, para que el ser conocido y verificado en sus deficiencias frente a la demanda cósmica de la espe-

cie, modifique su modo o manera en el sentido más adecuado para satisfacer esa demanda.

Sin duda, el problema teleológico es extrasistemático. La representación del tema de los fines deserta de lo simplemente normativo; va más allá del Derecho al proyectarse en dirección del ser, al retornar al ser, al conducir hacia el ser nuestra reflexión sobre el Derecho buceadora de sus constantes. *Pulvis eris et in pulvis reverteris...* Como si el Derecho fuera una mansión campestre provista de dos puertas, después de que, atravesando abandonado bosque, entráramos en ella por la puerta de la Sociología, hoy, al salir por la otra de la Teleología, nos hallamos de nuevo en el mismo paisaje natural. Pero lo hacemos en son de franca rebeldía y en voluntad de dominio no hacia la simple consideración explicativa de lo que fué y es en el tiempo y el espacio, o de lo que necesariamente es en cualquier espacio-tiempo (Sociología), sino hacia la reestructuración efectiva del ser (Teleología). De aquí que el Derecho, considerado desde el ángulo de la Teleología, sea eminentemente una *técnica social*, en cuanto que es operación activa y efectiva en el seno del ser social para que mejor sea socialmente.

2. La demanda de la especie

El hombre es histórico, sin duda, pero no lo es integralmente; no puede serlo mientras esté encadenado a la naturaleza por cuanto en él es física, química, función orgánica e instinto. Ciertamente que hay también una evolución so-

mática y, por consiguiente, una historia para la propia naturaleza, pero la curva de su desenvolvimiento es tan blanda y tan tendida, tan modesto el ángulo relativo que abre sobre el eje de abscisas de la inmovilidad y permanencia, que virtualmente y en relación con la que podría llamarse versatilidad tremenda del espíritu, no existe.

La naturaleza humana es, así, una sola; pero su unidad no se descubre en sus obras como productos sociales, directamente, es decir, en sus instituciones a través de una adjetivación político-social, puesto que la consideración de ello no nos muestra otra cosa que fines positivo-variables dentro de una Teleología contingente. Hay que ir más adentro y llegar a las raíces de la conducta humana en cada célula social y en todas; hay que, en fin, remontarse al hombre primariamente motivado y, entonces, surgirá no ya sólo la especie como concepto zoológico irreductible, el animal hombre siempre el mismo, *sino también la psique humana siempre la misma*. Recogido el telón de este escenario de lo original, desabrochados y caídos los pijamas de la cultura, aparecen sólo tres motivos en la base de toda conducta humana posible: *el goce, el poder y el conocimiento*, y los tres, movidos por el *deseo* que, a ellos conduce, se reducen, en definitiva, a uno solo: satisfacción de este último. De los tres, sólo el tercero parece ser exclusivamente humano; los motivos *gozar y poder* los compartimos con todos los seres del reino animal. No puede darse conducta humana individual o social que no persiga, en el fondo, uno, dos, o los tres de estos señuelos. Por otra parte, resulta imposible separarlos: quien más *conoce*, *puede* más, y quien más *puede*, *goza* más; el que *gozó*, *pudo gozar y conoció*

la forma de gozar; en este campo ensangrentado de mil luchas fecundas, que es la vida, sólo goza quien *puede*, y puede quien *conoce*.

Ese estado psicológico y moral a que llegamos cuando hemos adquirido conciencia de que gozamos, podemos o conocemos tiene un nombre que balbucean unas veces, y gritan otras, todas las bocas de todos los hombres y en todos los idiomas: se llama *felicidad*. La vida entera es un alzar los brazos hacia las promisoras y frescas ramas del árbol del paraíso, que es el árbol de la felicidad. Vivimos y viviremos tratando siempre de asegurar nuestro asiento en esa grande y eterna mesa de banquete, crujiente del peso de mil fascinantes bandejas en que Goce, Poder y Conocimiento se nos brindan con infinita gama de formas, olores, gustos y colores. Nada hay ni puede haber, obra de la vida o actitud del espíritu, que no sea construída la primera y asumida la segunda hacia, por, para y en demanda de felicidad.

Y no se diga que la religión es un argumento contra ello, pues si la religión abomina en general de la vida es porque pone la felicidad en la muerte. La postura religiosa representa, aunque no lo parezca, una codicia de felicidad con mucho más exigente que la irreligión, como que la ilusión paradisiaca es la felicidad total, ilimitada y eterna; frente a ella, la vida, esta nuestra breve vida, es un precio de dolor sin duda harto ventajoso.

En suma, que toda teleología positivo-variable gira en torno de la felicidad, fin único, constante y absoluto no sólo para el Derecho, sino para todo quehacer humano, co-

mo girando revolotea en torno a la llama de la bujía una bandada de nocturnas mariposas.

3. El punto "Z"

Todo movimiento produce una modificación, un cambio, una transformación cualquiera, o del agente sólo, o de éste y el objeto a que se dirige. Un movimiento constante en una dirección constante provoca una modificación constante. Esta modificación constante puede, en determinadas condiciones, transformarse en *modificación creciente* hacia el punto final de la dirección constante. Pues bien, la vida es un movimiento constante, y lo es, como lo hemos visto, en una dirección constante, puesto que son permanentes e invariables los motivos de la misma: gozar, poder y conocer. La vida humana actúa en la naturaleza y es primariamente naturaleza y secundariamente espíritu; pero, en cuanto espíritu, de él se vale para ordenar y montar la fábrica modificadora de la naturaleza. De la última operación de esta fábrica deben salir los tres productos enunciados. Como esta fábrica es siempre la misma, como la dirección es permanente y los productos invariables, el resultado es una modificación constante y creciente, por un simple proceso matemático de suma. Quiero decir esto: que los productos de la vida humana *goce, poder y conocimiento* van acumulando, en servicio del hombre, un capital continuamente mayor y mayor, lo que en tratándose de ellos resulta posible porque *su uso no los disminuye*; algo más: los aumenta, sobre todo al segundo y al tercero, puesto que ver-

símilmente la posibilidad de goce se encuentra rígida y constitucionalmente limitada. Ahora bien, un movimiento iniciado en A, que tenga una dirección constante hacia Z, liga, en términos lógicos, de lógica matemática, *indisolublemente*, al punto Z con el punto A. Creo que esto es incontrovertible y claro. (19)

Pero, cuál puede ser el punto Z del movimiento *vida* si el sentido de este movimiento es un ininterrumpido acumular goce, poder y conocimiento? Si se reconoce que lo hay, pues... Z no es sino lo que es: el término inlocalizable de un movimiento direccional.

Porque Z, transido de *futuro*, quizás sólo *futuro*, está en todos los puntos del movimiento direccional de la vida, aunque a la vez no esté en ninguno, ya que en los muelles y calientes nidos de la saciedad es que maduran los huevos negros de la angustia. En la captura de Z recomienza la evasión de Z hacia el término inlocalizable del movimiento direccional, *hacia adelante*, siempre hacia adelante...

Z es la respuesta a la milenaria pregunta: *A dónde vamos?*

Y... "a dónde vamos"? Pues a Z.

La vida es *un andar con rumbo*. Y nada más que esto. Pensad en el caminante *que va al norte*. A qué punto del espacio en la ruta del norte? —A todos, y a ninguno: a Z.

Pero Z, contra y a pesar de los huevos negros y precisamente por gracia de los huevos negros, *es gozado real*

(19) *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, Sucre, Bolivia, N° 13, citada. El punto "Z".

y *positivamente*. No seamos ingratos con la vida olvidando todas las felices horas que le debemos!...

Por lo demás, es axioma psicológico que sin la sensación del frío no hay la sensación del calor. Y esto podemos aplicarlo al gozar, poder y conocer, que no son intuibles ni vivenciables sin la intuición y la vivencia del sufrir, el no poder y el ignorar.

Vano es, pues, completamente vano en un plano de razón, y desde luego contradictorio, adelantar una respuesta —ni filosófica ni científica, ni religiosa— a la pregunta que inquiere por aquello que reside en el punto Z, pues la empresa de la vida está organizada, en función de uno de sus tres motivos fundamentales, para hallar precisamente esa respuesta en el cabo de la línea más corta que conduzca a Z, la que, en términos de tiempo como de espacio, es inmensurable. Y más: Z es apenas una noción matemática: en el sitio a que corresponde puede no haber realidad substancial alguna, llámese como se llame. Por ello mismo, Z está en condiciones de actuar como síntesis armoniosa de todas las religiones entre sí, así como de la religión en general, ya no frente a la ciencia, sino del brazo de la ciencia.

Un aspecto del problema, digno de todo interés, es el siguiente: que a la evolución cósmica presidida por el espíritu a lo largo de A...Z le es indiferente la posición ideológica de ese espíritu, por la sencillísima razón de que la vida no puede aislarse del deseo; no hay más que un camino hacia Z, puesto que es una sola la trilogía motriz *gozar-poder-conocer* que está debajo de todos los impulsos imaginables del espíritu.

Sumariamente, lo dicho nos lleva a admitir: 1) la unidad de la naturaleza humana; 2) que esta naturaleza, en cuanto vida que es, es movimiento; 3) que, en cuanto movimiento, es un impulso de dirección permanente; 4) que, en cuanto dirección permanente, no puede representarse en la conciencia separada de un resultado final Z.

4. "Z" en la Moral

Así pues, una posición rigurosamente racional debe contentarse con el reconocimiento de la dirección A. . . . Z, sin colmar de contenido alguno el actual vacío de esa Z, concepto teleológico-formal puro, en que reside el supremo placer de la *descobertura*, el inefable goce de saber.

Este modo de mirar el problema total del universo tiene la inestimable ventaja de proporcionar una base lógica satisfactoria no sólo al orden ético-jurídico, sino a toda norma de relación. Reconocida la identidad y permanencia de la naturaleza humana, aceptada la constante de su triple motivación en la manera expuesta y admitido, por tanto, que el hombre, de grado o por fuerza (siempre de grado), ha de obrar conforme a aquélla, no hay otra cosa que hacer, ni el hombre, por lo mismo, desea otra cosa que ésta: aproximarse al objeto anhelado, reducir el plazo de su conquista. Podemos suponer que la ciega y automática naturaleza ha organizado con la humanidad una colosal instalación fabril destinada a desbordar del vientre de la montaña inerme los rojos y burbujeantes manantiales del dolor y del placer; destinada a edificar, una y mil veces, la judaica Babel, y a en-

cender, en las tinieblas del colosal *Ignoramus*, el supremo *fiat* de la ciencia total, la satánica rebelión del espíritu en forma de aspiración solar, de ingente llamarada altiva.

Pero esta milenaria, vencida siempre y siempre vencedora empresa, que reúne hoy a tres mil millones de proletarios, requiere de un estatuto que haga posible la coordinación de las funciones de cada uno. En este estatuto figuran, con sendos capítulos, Derecho, Moral y Religión, Costumbre, Moda y Cortesía. Pero su primer capítulo, que es algo como su declaración de principios, y que determina el contenido de todos los demás, trata, y tiene que tratar, con los ojos redondos sobre el zigzag magnético de Z:

Primero, el bíblico y dulce tema del amor. Si no hay en la especie esa disposición psicológica favorable de todos para todos, ese vínculo sentimental, ese amigable lazo que vea en todos y cada uno de los hombres indistintamente un prójimo, un hermano, un camarada en la común faena, la tarea común es imposible;

Segundo, el tema consolador y fortificante de la esperanza y de la fe que, en los momentos de fatiga y vencimiento, despierte los agarrotados músculos y la rendida voluntad; el tema de la visión mística del punto Z como algo seguro y necesario, en cualquier molde litúrgico que ello sea;

Tercero, el tema especialmente técnico-administrativo, por decir así (propriadamente, ético-social), del mejor rendimiento, que establece un horario y un sistema de trabajo, que manda a cada miembro de la gran empresa desarrollar el máximo de la actividad posible, repartiendo, a la vez, entre todos, una porción equivalente de bienestar, recreo y esparcimiento; que dispone no falsear la verdad conocida,

ni simular, ni disimular, ni hacer en general cosa alguna contraria al desenvolvimiento de la producción de goce, de poder y de conocimiento que son patrimonio de los mismos obreros, pues que se trata, en suma, de una grandiosa cooperativa universal de producción y consumo de felicidad.

Amar, soñar y construir!...

Estas tres normas fundamentales del orden moral —amar, soñar y construir— funcionan o pueden funcionar como un deber ser absoluto del deber ser histórico, en general. Cuando se dice, con respecto al Derecho, que éste “aspira a hacer justicia”; cuando decimos nosotros que el valor supremo de todo orden jurídico es la equidad, se trata de coincidir en ese mismo deber ser absoluto, en esa superior técnica humana que abre o allana el camino de Z.

5. El deber ser como acatamiento del ser

Se comportaría el *amar*, aquí ley normativa, también como ley del ser? Así como debes amar, amas? —Me parece que sí: piénsese en esto definitivamente puesto en evidencia: *que la sociedad es un hecho natural*; y la sociedad está esencialmente condicionada por un nexo de simpatía entre sus miembros, nexo sin el cual no existiría. De otro lado, qué es el instinto de la especie sino un sentir unitario y común en que la simpatía de la comunidad local o regional alcanza a la humanidad entera?... De este modo, la norma no hace sino traducir a la naturaleza y coadyuvar con ella como quien limpia el cauce de un río para que se deslice más holgadamente.

Siendo como es la vida un movimiento con dirección, la vivencia de Z se convierte asimismo en algo inseparable de la vida en cuanto actividad psicológica y pensamiento. El "obrar histórico" de Muench no vendría a ser otra cosa que un *acaecer dirigido*, y Z representa el término de todo *acaecer dirigido*, de todo obrar histórico. Ahora bien, haber la vivencia de Z es *soñar*. El hombre ha sido, es y será un eterno soñador. Sólo por gracia del ensueño de Z despierta y se pone en marcha su actividad constructiva.

Así pues, el precepto *soñar* no hace sino limpiar el cauce del río a fin de que se deslice más holgadamente.

Que la vida es, en esencia, movimiento, puede discutirse? . . . Dinámico por excelencia el hombre, es en él que la naturaleza se supera a sí misma y en el estrecho cráneo de la bestia cuaternaria puede encenderse con oscilante pero segura llama la silueta del espíritu y surgir el maravilloso mundo de las cosas *significativas*. Por eso, el hombre ha *construido* siempre.

Y por eso también la norma *construir* no hace sino limpiar el cauce del río para que se deslice más holgadamente.

La naturaleza es inalienable, y si Z representa un momento de su evolución bajo el cetro del Hombre, ello quiere sólo decir que el Hombre la ha mejor comprendido, no suprimido. Reinar en la naturaleza no es abandonarla sobre las alas de un místico e ilusorio anhelo de espiritualización. De ahí que siempre será vana —en cuanto eficacia real— toda empresa normativa que la desconozca o pretenda burlarla en sus demandas esenciales.

6. "Z" en el Derecho

Un estudio harto aleccionador para nuestro asunto es el ENSAYO DE UNA FILOSOFIA JURIDICA, de Ignacio Prudencio Bustillo. Este pensador y publicista boliviano es, en nuestro ambiente, el mejor intérprete del positivismo de su tiempo. Su librito, denso y rico en ideas, contiene, junto con las valiosas e indiscutibles conquistas del historicismo empírico y positivista, las más calificadas ambigüedades y contradicciones de ese pensamiento.

Es fácil, dice Prudencio Bustillos, refutar el dogma jusnaturalista con los siguientes argumentos:

"a) Las llamadas leyes naturales de los romanos, que sólo son leyes por voluntad del legislador, enuncian simplemente un modo de ser de la naturaleza o una imposibilidad física: no autorizan a formar con ellas un derecho distinto del derecho positivo.

"b) El derecho natural de los renacentistas es una hipótesis contraria a los datos de la realidad. Si se prueba que el derecho es "un producto interno y ordenado de la historia", se hace innecesaria cualquier teoría metafísica.

"c) La experiencia comprueba que en todos los pueblos igualmente desarrollados y que están sometidos a las mismas condiciones de vida, aparecen idénticas instituciones jurídicas...

Así "refutado" el Derecho natural, nuestro ilustre jusfilósofo positivista nos dice en el mismo libro y en las mismas páginas lo siguiente:

“...hay en el dogma del derecho natural *algo imperecedero*, es el ideal...”

“... el espíritu tiende tan fuertemente a acercarse al ideal que, cada día, empujado por las injusticias y rigores de las leyes *malas* o mal aplicadas, *elabora un concepto superior de la verdadera justicia*. Y por eso subsistirá siempre, aunque esté cercenado, el derecho natural.

Creo que estas citas son bastante elocuentes para mostrarnos cómo el pensamiento positivista se ve forzado a iniciar una retirada, que tiene miedo confesar, cuando, por su propio impulso, se ve obligado a confrontarse con la secular idea de una justicia eterna. Qué conducta sigue, en este trance? —Ahí la vemos: imagina una cosa que, como no quiere saber qué es, la llama “algo”, o, atreviéndose un poquito más, “ideal”, “concepto superior”, “verdadera justicia”, etc.

Pero Ignacio Prudencio Bustillo ha debido sentir en su interior el extravío de la duda, pues trata de introducirse más a fondo. Escuchémoslo:

“Cuando uno se ve injuriado o perseguido en nombre de las leyes, de estas leyes que suelen encerrar tanta injusticia cuando se aplican con mala intención, acude a un concepto ideal de la justicia, *que es simplemente lo contrario de lo que existe* (20). Y este ideal, germen fecundo de progreso y mejoramiento, tanto de las instituciones jurídicas como de la misma vida social del pueblo, es lo único que, con justa razón, queda del derecho natural.” Es decir que no queda nada, añadiría yo, pues Prudencio no se refiere

(20) Las sub-rayas son mías.

aquí, en modo alguno, a la índole, manera o contenido de ese ideal, sino que, en suma, lo despoja de toda significación supuestamente permanente (21).

Es que el ideal no viene a ser en el positivismo otra cosa que un fantasma mental cuya inmanente presencia en el ser de lo humano resultaba imposible descartar. Un fantasma, porque el positivismo, naturalista a medias y a medias racionalista, carecía de aptitud para, caminando resueltamente por los claros senderos de una naturaleza ingenuamente desnuda, desgarrar los cendales de este fantasma. Por eso es que Prudencio lo llama "algo", y, no atreviéndose a tocarlo, prefiere, en provecho de su paz interior, decir que, si bien es algo necesario, es un algo necesario que no existe, y nada más...

Y, sin embargo, Prudencio poseía en su acervo intelectual la explicación, al menos en parte, del misterio de este aparecido necesario. En su libro se muestran muchas valiosas constataciones. He aquí algunas:

"Así el instinto de conservación, que lo sienten con igual vehemencia todos los hombres, es el verdadero y más lejano fundamento de las leyes penales que castigan el homicidio... (22)

"... la profunda analogía del espíritu humano, a través de todos los tiempos y países, explica sobradamente la existencia de leyes en cierto modo universales y eternas..."

Las leyes naturales de los romanos "enuncian sim-

(21) Ignacio Prudencio Bustillos: ENSAYO DE UNA FILOSOFÍA JURÍDICA, Sucre, Bolivia, 1923, Imprenta "Bolívar", pg. 76.

(22) Ignacio Prudencio Bustillos: *Ensayo de una Filosofía Jurídica*, citada, pgs. 59, 74, 76 y 77.

plemente un modo de ser de la naturaleza...

"...El punto de partida de la ética, atisbado por Spencer, es la biología. El imperativo vital ordena a los seres obrar de tal suerte que conserven su propia vida y la de la especie a que pertenecen. Es bueno lo que se conforma con este imperativo; es malo lo que lo contraría."

Ha hablado el positivismo tradicional. Lo único que le faltaba era poner en contacto a ese fantasma del ideal con la vida. Y es raro que no lo hubiera hecho, si tanto insistía en la naturaleza. Es que quizás le faltaban tres instrumentos de la sabiduría de este siglo: el *psicoanálisis* y desarrollos claros y coherentes, primero, del concepto de *télesis*, y, segundo, del *valor* como sentido espiritual de las cosas. Con estos tres instrumentos en su poder, el positivismo habría disuelto sin esfuerzo su inasible duende y hallado que, en su lugar, no había, dicho en concreto y con palabras claras, otra cosa que esto, que es más que suficiente:

El instinto de la especie buscando conservarse (amar), huir del dolor en la visión de Z (soñar) y afirmarse realizándose (construir).

De esta manera y a través de esta fórmula, el fantasma positivista del ideal adquiere contornos precisos y se materializa en contenidos perfectamente inteligibles, se alumbra de claridad de amor, se despabila en ojos de mirada brillante y limpia, y en su simbólico semblante, antes cubierto, se dibuja un gesto de firme resolución y juvenil esfuerzo hacia el gozar sin rubor, hacia el soñar sin amargura y hacia el contruir sin fatiga.

De esta manera, la proficua ciencia del XIX, hoy más que nunca pletórica de maravillosas promesas, esa ciencia

calumniada por los ingenuos entusiasmos del renacer jusnaturalista contemporáneo se supera en ellos mismos y adquiere coherencia y vigor insospechados.

El ideal, en suma, ideal válido para todos los tiempos y lugares porque es hijo de la naturaleza misma, opción existencial primaria y esquema conceptual supremo de la conducta humana; que esa naturaleza determina inexorable pero munificente, el ideal, sin otra calidad relativa que su dimensión demográfica, es esto:

La humanidad unida en la paz, creyendo y creando.

No importa mucho que el gran ensueño haya soñado a Dios, o sueñe al Hombre, pero, planteado así el dilema de la vida, frente a la confesión de que el hombre muere para vivir en la insondable noche de Dios su vida ultraterrena, o ante la que afirma que el hombre vive para morir en el claro día de la tierra su muerte clínica y estadística, la Teoría Integral del Derecho cierra los ojos a la Z de Dios y se decide por la Z del Hombre.

NUESTRA CONCLUSION

QUE ES EL DERECHO?

La respuesta a semejante pregunta depende completamente del ángulo desde el cual sea contemplado

No puede darse una única definición

1. Para la Jurisprudencia y la Historia es:

Un conjunto de reglas de convivencia entre hombres, o un sistema de normas de conducta que tiene por objeto deslindar los intereses del hombre en sociedad.

2. Para la Sociología es:

La regla pensada, de conducta entrelazante, 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.

3. Para la Ontología es:

Libertad metafísica fenomenalizada en conducta efectiva.

4. Para la Lógica es:

Un deber ser coercitivo.

5. *Para la Axiología es:*

Vivencia de la conducta intersubjetiva.

6. *Para la Teleología es:*

Un querer entrelazante al servicio de la felicidad social.

*Terminado de imprimir
en los talleres de la
Tipografía Salesiana
el 2 de agosto
de 1947.*

118021214005. 46598

011186