

**ALFREDO FRAGUEIRO**

Profesor titular de Filosofía del Derecho en la  
Universidad Nacional de Córdoba

# DE LAS CAUSAS DEL DERECHO

**ENSAYO METAFISICO**

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Fragueiro, Alfredo

**De las causas del derecho: ensayo metafísico.** - 2a ed.

Córdoba: Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba, 2009.  
395 p. ; 0x0 cm.

ISBN 978-987-25238-4-8

1. Filosofía del Derecho. I. Título

**CDD 340.1**

Fecha de catalogación: 11/11/2009

De la presente edición:

Copyright © 2009 by Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba -  
Gobierno de la Provincia de Córdoba

*1<sup>ra</sup> reimpresión*

**Impreso en:**

**ADVOCATUS**

Obispo Trejo 181 - Córdoba  
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Impreso en Argentina

AUTORIDADES DE LA  
PROVINCIA DE CORDOBA

GOBERNADOR  
*Cr. Juan SCHLARETTI*

VICE GOBERNADOR  
*D. Héctor Oscar CAMPANA*

MINISTRO DE JUSTICIA  
*Dr. Luis Eugenio ANGULO*

SECRETARIO DE JUSTICIA  
*Dr. Pablo Juan M. REYNA*

DIRECTOR DE POLITICA JUDICIAL  
Y REFORMA PROCESAL  
*Dr. Sebastián LOPEZ PEÑA*





*Alfredo Fragueiro*



## PROLOGO

El Gobierno de la Provincia de Córdoba, a través del Ministerio de Justicia, tiene el honor de presentar la segunda reedición de grandes obras de juristas cordobeses y que fuera fruto del programa “*La influencia del pensamiento jurídico cordobés en la ciencia del derecho y legislación nacional*”.

Tuvimos oportunidad de recordar, al prologar la primera de las obras reeditadas, esto es *El Derecho Romano en la obra de Vélez Sársfield* escrita por el distinguido Dr. Agustín Díaz Bialek, que nuestra República Argentina se encamina hacia el Bicentenario como Nación organizada e independiente y como consecuencia de dicho hito, creemos fundamental tener una visión retrospectiva del pasado, abrevando en las fuentes, y en tal quehacer, colocar en su debido lugar a los juristas de fuste que esta provincia ha dado a luz, y que la han hecho conocer en el resto del país y del mundo.

La jerarquía de los maestros del derecho de Córdoba ha sido tal, con figuras como Dalmacio Vélez Sársfield, Rafael García, Alfredo Orgaz, Deodoro Roca, Enrique Martínez Paz, Pedro León, Alfredo Vélez Mariconde, entre muchos otros, que nos permite hablar con sólido fundamento de la existencia de una Escuela Jurídica cordobesa, que ha iluminado con su saber los caminos de la organización institucional y jurídica, contribuyendo de manera decisiva a forjar sus bases y el desarrollo de la ciencia del derecho en nuestra patria.

Es por ello que tengo sumo agrado de presentar la obra del Dr. Alfredo Fragueiro, jurista de aquilatada experiencia docente y con honda incidencia como magistrado judicial. Así, este riocuartense de origen se destacó en los claustros docentes

donde se desempeñó en primer lugar como profesor del Instituto de Filosofía (1934), el que a la postre se transformara en Facultad de Filosofía, donde no sólo dictó las cátedras de Introducción a la Filosofía y Metafísica sino que fuera su primer decano (1946). Igualmente impartió clases de filosofía en la Facultad de Derecho, asumiendo la titularidad de dicha cátedra en 1946. Su intensa y rica actividad docente y científica se vio abruptamente interrumpida cuando fuera injustamente expulsado de sus cargos por obra de la autodenominada “Revolución Libertadora” de 1955. Contaba en ese entonces con cincuenta y seis años y con una prolífica producción literaria.

En el Poder Judicial ocupó prácticamente todos los cargos del *cursus honorum*, desde secretario de juzgado hasta juez del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia.

Precisamente en este último cargo fue precursor de lo que luego fuera la “escuela cordobesa de razonamiento judicial” <sup>(1)</sup>, desde que sentó las bases respecto del “control de logicidad” de las sentencias, es decir, del estudio y análisis de las reglas lógicas que deben respetar los razonamientos judiciales para evitar los errores *in cogitando*.

Es que en la concepción metafísica de Fragueiro las leyes de la lógica preexisten a la ley positiva, por lo tanto se encuentran en un plano superior.

Nuestro autor expresó lúcidamente en sus escritos y en su accionar que las leyes que gobiernan la lógica, en cuanto reglas que expresan correctamente el pensamiento humano, deben ser respetadas aun en defecto de positivización. Así, el Dr. Armando Segundo Andruet (h) <sup>(2)</sup>, miembro y continuador

---

(1) Para ampliar sobre dicha escuela ver: GHIRARDI, Olsen, *El razonamiento forense*, Ediciones del Copista, Cba.; *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Advocatus, Cba.; GHIRARDI, Olsen A. - ANDRUET, Armando S. (h) y FERNÁNDEZ, Raúl, *La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)*, Alveroni, Cba..

(2) ANDRUET, Armando S. (h), “La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba”, publicado en:

de la escuela aludida nos reseña un voto del Dr. Fragueiro donde resolviera en el caso “Vera, Luis Argentino, p.s.a. autor de homicidio culposo, lesiones graves y homicidio calificado - Casación” (T.S.J., Comercio y Justicia, 11/12/1948, t. 1, p. 183): “... *por encima de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica, o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza para un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error: cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma*”. Cabe agregar que su prédica culmina con la positivización del principio de razón suficiente contenida en los arts. 155 de la Constitución Provincial y 326 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

Alfredo Fragueiro supo priorizar el valor de la persona humana por sobre las normas que regulan su conducta en sociedad. De esta manera, haciéndose eco de sus convicciones humanistas y a través de los instrumentos que la Filosofía y el Derecho le brindaban, hizo de la lógica jurídica la herramienta para garantizar la objetividad a la hora de impartir justicia y sumar a la jurisprudencia este principio de profundo respecto a la persona que debe someterse a la justicia, evitando la arbitrariedad en los pronunciamientos judiciales. Sentó de esa manera bases incommovibles y luminosas de respeto a derechos humanos básicos que refieren a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa, lamentablemente ignoradas en las épocas más oscuras que debió transitar nuestra patria.

Respecto de la obra que ahora presentamos, quien fuera su discípulo, el Dr. Olsen A. Ghirardi nos ilustra <sup>(3)</sup> que ésta llega en la madurez de su autor. Contaba ya con cincuenta años

---

*Alfredo Poviña (in memoriam)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Cba., 2004, vol. VII, p. 38.

(3) En la obra *El pensamiento de Alfredo Fragueiro*, Advocatus, Cba., 2006.

y, previamente, a más de haberse doctorado, había publicado *Libertad y autoridad (Bases para una distinción entre ciencia y técnica del Estado)* (1933), *Introducción a los problemas de la filosofía (Preliminares- Gnoseología- Primera parte)* (1943).

En *Las causas del derecho* (1949) el Dr. Fragueiro indaga exitosamente en torno a la metafísica del Derecho, proyectando las causas del Ser al plano de las normas jurídicas, y en su obra siguiente se ocupará del Derecho mismo (*La analogía del derecho*, 1952). Ahora bien, una y otra se encuentran tan íntimamente ligadas que es difícil afirmar que en el libro que prologamos no haya definido ontológicamente al derecho.

Al estudiar las causas del derecho se apoya en la clásica distinción formulada por Aristóteles en su metafísica: causa material, formal, eficiente y final, agregando la causa ejemplar cuya existencia admitiera Santo Tomás de Aquino.

Nuestro maestro se sumerge además en las profundas aguas de las relaciones sustanciales entre la moral y el derecho, “... o mejor la subordinación del orden jurídico al orden moral. ... Si hemos dicho que el individuo es anterior a la sociedad, las causas del derecho que rigen estas relaciones colectivas, no pueden ser esencialmente otras que las mismas causas de la moralidad en una nueva dimensión. La alteridad de la relación jurídica no es distinta en naturaleza de la unilateralidad del acto moral, sino la misma relación moral que suma o agrega el “alter ego”. Por tanto, las causas del derecho diferirán de las causas de la moral sólo en el aspecto de esa nueva dimensión o enfoque y no respecto a la naturaleza y origen de la relación, que siempre es y será, cualesquiera sean los términos que comprenda, relación moral”<sup>(4)</sup>.

Para Fragueiro, la causa eficiente de la moral es por antonomasia la ley, entendida como ordenamiento de la razón dirigida al bien común y promulgada por aquél que tiene a su cargo la comunidad. La ley es ordenación y mandato de la ra-

---

(4) FRAGUEIRO, Alfredo, *De las causas del derecho. Ensayo metafísico*, Assandri, Cba., 1949, ps. 41 y 44.

zón, conforme a la naturaleza del hombre. Por lo tanto, la ley que es injusta no es por naturaleza ley, porque “... *lo injusto no es orden sino desorden... Toda ley gobierna casualmente porque es su naturaleza ordenar: las virtudes, por tanto, nacen en aquellos hombres gobernados y, por ende, habituados a la vida ordenada, es decir, conforme a la justicia, madre y raíz de todas las otras virtudes*”<sup>(5)</sup>. ¡Cuánto tenemos para aprender de estas palabras, en estos difíciles tiempos de anomia y desorientación que vive la República!

El maestro Fragueiro, al aplicar su concepto de lógica jurídica, deja expresamente demostrado que las doctrinas que terminan por priorizar conveniencias sectoriales sobre las profundas razones humanas, anteponiendo el “cómo” al “para quién” caen por su propio peso, arrastradas por sus errores conceptuales y su falta de conformidad con la naturaleza humana, por lo que condena por parciales tanto al liberalismo como al totalitarismo, tendencias ideológicas estructurales que en su época venían, paso a paso, imponiéndose en el mundo. Para fundamentar su postura, Fragueiro establece sólidas y sabias distinciones entre los que llama los principios formales de la relación jurídica: la libertad y la igualdad. Toda relación jurídica presupone una voluntad libre, entendida como potencia del alma humana. Mientras el liberalismo conceptualiza equivocadamente la libertad no como condición del actuar humano sino como fin último del hombre, el Estado totalitario predica que la libertad es atributo de la sociedad y no del individuo: ella la otorga cuando quiere y la quita cuando los intereses estatales lo demanden, con el consiguiente peligro para derechos humanos fundamentales. En cuanto a la igualdad, sostiene Fragueiro que no es el fin del derecho: es su punto de partida para realizar el bien común<sup>(6)</sup>. Este, a su vez, “...*no es cualquier bien colectivo, sino sólo aquél que resguarda la persona humana en su integridad física y moral...*”<sup>(7)</sup>.

---

(5) FRAGUEIRO, Alfredo, ob. cit., p. 49.

(6) FRAGUEIRO, Alfredo, ob. cit., p. 70.

(7) FRAGUEIRO, Alfredo, ob. cit., p. 65.

Alfredo Fragueiro sabe qué decir y cómo decirlo, es por ello que resulta un verdadero placer encarar la lectura de sus páginas, en las que la sorpresa que provoca la sabia lucidez del autor deslumbra y tranquiliza a todos los que amamos el derecho y no dejamos de valorar el imprescindible aporte que la filosofía hace a su concepto de justicia, como valor universal y criterio supremo que se encarna en la persona misma dirigiendo y regulando su conducta.

Fragueiro fue un hombre coherente y auténtico en su época. Padeció estoicamente y con altruismo las consecuencias de actuar según las verdades perennes que predicaba. Supo encarnar con humildad, pero a la vez con dignidad y firmeza, el compromiso al que su situación concreta lo llevó. Me permito homenajear entonces al Dr. Alfredo Fragueiro con las palabras de Unamuno: “... *Por la humildad se alcanza la sabiduría de los sencillos, que es saber vivir en paz consigo mismo y con el mundo, en la paz del Señor, descansando en la verdad y no en la razón...*”<sup>(8)</sup>.

*Dr. Luis Eugenio Angulo*  
*Ministro de Justicia de la Provincia de Córdoba*

---

(8) UNAMUNO, Miguel de, *Diario íntimo*, Folio, Barcelona, 2007, p. 8.

**TRABAJOS DEL MISMO AUTOR**

*Voluntad jurídica.* Revista del C. E. de Derecho Córdoba, N° I, Año 1923.

*La justicia en el idealismo crítico.* A. Biffignandi. Córdoba, 1928.

*El positivismo jurídico contemporáneo.* Exposición y crítica de la doctrina jurídica de León Duguit. Imp. de la Universidad. Córdoba, 1929.

*Il fondamento sociologico del diritto nel pensiero di Leon Duguit.* Traducción de T. A. Castigla. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Roma, 1929.

*Democracia y orden político,* Revista del C. E. de Derecho. Córdoba, N° XXV. Año 1930.

*El derecho natural en la obra de Francisco Geny.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1931.

*Libertad y autoridad.* (Bases para una distinción entre ciencia y técnica del Estado). Imp. de la Universidad. Córdoba, 1933.

*El gobierno propio y el gobierno civil.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1936.

*El intuicionismo bergsoniano en la filosofía del derecho.* Publicado en *Homenaje a Bergson.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1936.

*Jacques Maritain.* Imp. de la Universidad, Córdoba, 1937.

*El sistema de filosofía del derecho del profesor Dr. Enrique Martínez Paz,* en *Homenaje al Dr. E. Martínez Paz.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1939.

*Derecho Natural de contenido progresivo.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1939.

*Derecho natural de contenido variable (Rodolfo Stammler),* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1940.

- Una especulativa jurídica.* Ensayo gnoseológico. Imp. de la Universidad. Córdoba, 1941.
- El Derecho Natural y el estado totalitario.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1942.
- Aberraciones teóricas del normativismo jurídico de Hans Kelsen.* Revista "Fascículos de la Biblioteca". Facultades de Filosofía y Teología en San Miguel (Prov. de Buenos Aires). Espasa - Calpe Argentina S. A. Buenos Aires - México, 1943.
- El juicio sintético a priori. Observaciones críticas.* Revista "Sustancia". N° 13. Enero - Febrero de 1943. Tucumán.
- La libertad en relación a la persona y a la personalidad.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1944.
- El problema de la libertad en Leibniz.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1946.
- Reflexiones críticas sobre el concepto y el juicio en el formalismo Kantiano.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1944.
- Civilización y cultura.* Imp. de la Universidad. Córdoba, 1944.
- Introducción a los problemas de la filosofía.* 2ª edic. Edit. Assandri. Córdoba, 1947.

*A mi madre, con eterna  
gratitud y hondo amor.*



## ADVERTENCIA

Dentro de la posición del jus naturalismo clásico en que nos encontramos situados, nos ha parecido que era menester realizar una nueva ordenación sistemática de principios que permita fortalecer algunas de sus aristas, que los eternos detractores del derecho natural declararon vulnerables cuando no en quiebra definitiva. Estamos convencidos por ello, que no basta fincar la existencia del derecho natural en un auténtico realismo; es menester, además, responder satisfactoriamente a las impugnaciones que en su contra y con extraña vehemencia han reiterado el historicismo, el formalismo y el agnosticismo a través de sus distintos matices de escuela

Pero la solución al problema del derecho natural no agota todo un programa de filosofía del derecho. Otras cuestiones tanto o más fundamentales se registran en su área que debemos discriminar y jerarquizar. En muchos autores hemos advertido así que el flanco vulnerable se mostraba al adversario precisamente por esta falta de sistemática: se ha pretendido resolver implícitamente el problema del derecho natural en las conclusiones relativas a la “justicia y el derecho”, o bien el problema de éstos refundido o subordinado a las conclusiones de aquél. Igualmente, los temas conciernten a la persona, al derecho positivo, al estado, etc., se hallaban implícitos en aquéllos cuando no olvidados o desdeñados por el investigador.

De este modo, el éxito de cierta crítica contra el jus naturalismo se debió principalmente a su carencia de ordenación sistemática, a tal punto que dio origen a una filosofía “unilateral” del derecho que se compendia ordinariamente sólo en tratados de derecho natural.

Frente a estas deficiencias, más de técnica que de principios, retomamos de nuevo las premisas metafísicas de la filosofía perenne para llevar a cabo un nuevo intento de ordenación que en manera alguna ha de involucrar una innovación en las premisas y conclusiones de escuela.

Considerado el hombre como *ente de conducta*, la moral como el derecho, deben también poderse contemplar desde el punto de vista metafísico de las cinco causas del ser. Todos los problemas que comprende la filosofía del derecho deberán tener en consecuencia la misma ordenación y jerarquía que tienen dichas causas.

No es, pues, este ensayo una solución epistemológica sino ontológica. En otra oportunidad, y Dios mediante, abordaremos aquélla con la atención que le es debida. Sin embargo, no hemos eludido tratar en algunas oportunidades de este ensayo cuestiones de gnoseología jurídica, que se muestran como corolarios inmediatos de las premisas metafísicas y que nos sirven casualmente para apoyar o verificar las conclusiones ontológicas a que arribamos.

A. F.

# INTRODUCCION



1) DE LAS CAUSAS DEL SER. En sentido lato hablamos de causa física cuando aludimos a la relación directa entre un fenómeno y otro, siendo uno de ellos el productor o generador y el otro el producido o generado. Desde este punto de vista, se dice, que, el supuesto de la causalidad rige el acontecer físico y, por tanto, la causa puede demostrarse o verificarse experimentalmente. En cambio, denominamos causa *metafísica* aquella que constituye el ser en sí, vale decir, lo *que* da origen y razón de ser a las cosas. Desde este punto de vista, el supuesto “causalidad” no rige el acontecer, como en el sentido anterior, sino, el *ser* que acontece. De ahí que las causas del acontecer sean *segundas*, en tanto presuponen necesariamente las causas *primeras* del ser. Las causas en sentido metafísico son inexperimentables, ya que son *razones* y no *hechos*, vale decir, principios del ser y no la demostración temporal de su acontecer <sup>(1)</sup>.

---

(1) *Santo Tomás: somme théologique*, 1. q. 33. a. 1. Del mismo autor véase también la exposición sobre el libro de las causas en *opúsculos filosóficos genuinos*, pág. 352.

“Causa científicamente considerada -dice *Ismael Quiles*- puede llamarse todo ser o fenómeno a cuya existencia sucede necesariamente otro ser o fenómeno, de acuerdo con las leyes experimentables estadísticas. En realidad, las ciencias experimentables no necesitan una ulterior investigación de la esencia de la casualidad, para su objeto. Para ellas basta el poder constatar con certeza la necesaria vinculación entre dos fenómenos determinados. Pero la causalidad metafísica consiste en el influjo real que liga a estos dos fenómenos, influjo por el cual uno depende verdaderamente del otro. Tal influjo no puede percibirse inmediatamente con los medios de las ciencias experimentables, y por ello pertenece al orden metafísico”: *la esencia de la filosofía tomista*, pág. 374. “Quod procedit a principio dicitur principiatum, quod procedit a causa

Podríamos entonces afirmar que el estudio de las causas en metafísica, constituye el capítulo más importante, desde que las otras cuestiones acerca de la materia y la forma, la potencia y el acto, la esencia y la existencia convergen en este capítulo donde adquieren sentido sistemático y unitario. Hablar de las causas del ser es igual que referirnos al origen y finalidad de las cosas -como dice Ismael Quiles<sup>(2)</sup>- y quien demuestra el origen y finalidad de algo, puede decirse que está en posesión y en conocimiento de la cosa misma. No nos bastan, pues, las nociones de materia y forma, de potencia y acto, de esencia y existencia, es menester, también, poseer las nociones que expliquen teleológicamente el ser como algo dinámico y no meramente extático.

Una cosa, pues, apprehendida por nuestro espíritu en razón de su origen y fin esenciales, es algo que conocemos en razón de las causas que lo constituyen. Pero las causas que constituyen algo, desde este punto de vista metafísico, no ocurren en el tiempo ni en el espacio, sino que son invariablemente en el tiempo y en el espacio. El vino, por ejemplo, en su definición o noción esencial, no tiene un ayer, hoy y mañana, como los

---

dicitur effectus. Cum effectus vere dependeat a causa secundum esse, causa praecedat effectum tempore vel saltem natura necesse est, in conceptu vero principiati talis dependentia et posterioritas non includitur, sed ordo originis tantum". *Jos. Gredt, O.S.B. elementa philosophiae aristotelico - thomistiae*, pág. 122, tomo II. *R. Garrigou - Lagrange, O. P.* cuando alude al realismo del principio de causalidad, expresa: "por eso el principio de causalidad se formula en el orden de inversión o ascendente: "todo lo que se hace tiene una causa, todo ser contingente tiene una causa y en último análisis una causa suprema, incausada". El mismo principio se formula luego en el orden sintético que descende Dios: "lo que es ser por participación depende del Ser por esencia, como de su causa suprema". En efecto, lo que existe por participación no es la existencia misma, pues en él se distinguen el sujeto participante (Pedro) y la existencia participada, Pedro *no es* su existencia, sino que *tiene* la existencia y ha recibido de Aquel únicamente el cual puede decir: "Yo soy el mismo Ser", "Ego sum qui sum". *La síntesis tomista*, pág. 459. Sobre la distinción entre "principio" y "causa", consúltese a *J. J. Urráburu; compendium philosophiae scholasticae*, tomo II, págs. 376 y 379.

(2) Obra citada, pág. 373

tiene en su elaboración industrial y refinación progresiva; de la misma manera, la igualdad de los radios de una circunferencia, como la definición del hombre, no podrán ser otras que aquéllas por las cuales pensamos que esto es vino, una circunferencia, un hombre. Las causas del ser, por tanto, se comportan de muy distinta manera que las causas del acontecer. La ley de la gravedad, las leyes sobre acústica, etc., son, de este modo, el *acontecer del ser* y muestran una causalidad temporal y espacial. Por las primeras causas conocemos las cosas por su esencia, por las segundas las conocemos por su existencia cuantitativa. Si hemos de referirnos desde ya al derecho, igualmente debemos distinguir sus dos aspectos fundamentales: el de su *ser* y el de su *acontecer*. El estudio de las causas, en su primer aspecto, nos pondrán en posesión de su esencia, vale decir, de los principios o razones que lo constituyen en sí mismo. No serán, por tanto, las causas segundas que lo muestran históricamente, que lo explican como acontecer o fenómeno social, sino las causas ontológicas que lo definen como ser o esencia de tal fenómeno. El derecho es un término, como dice J. Ruiz Giménez, que de modo analógico atribuimos su esencia a toda especie concreta del acontecer: ley, norma, institución jurídica, sentencia justa, etc. Notamos así que mientras se dan distintos derechos, diversas normas e instituciones en el tiempo, permanece inalterable el concepto de derecho <sup>(3)</sup>. Sin este concepto, además, no podría la conciencia registrar dichos cambios. De ahí la importancia trascendental que señalábamos en el orden del estudio de las causas del ser, cuya importancia y trascendencia constituirán seguramente en el campo jurídico sus primeros principios o causas primeras.

El estudio de las causas del derecho, constituye un conocimiento científico que, por trascender de lo físico o natural, no

---

(3) *La concepción institucional del Derecho*, pág. 290 y siguientes. A esta magnífica obra del profesor español J. Ruiz Giménez, nuevamente hemos de referirnos más adelante, cuando nos ocupemos en especial de la analogía de la justicia.

puede ni debe distinguirse de la metafísica u ontología del derecho. Sus cuestiones esbozan, por tanto, todo un programa de filosofía del derecho.

Estudiemos, pues, en primer término, estas causas en su raíz metafísica, por ser esta raíz, para el Derecho, su género. Una metafísica jurídica particular no es posible, porque siendo el Derecho una de las manifestaciones o modos prácticos del ser, las causas constitutivas de éste, son también las de sus modos y expresión prácticos.

2) CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS. En primer término, las causas pueden ser intrínsecas y extrínsecas: las primeras son las que proceden del ser mismo, estando presentes en todos sus efectos y movimientos; las segundas son las que proceden de fuera, obrando sobre el ser de tal modo que, sin permanecer en él, contribuyen empero, y de manera necesaria a su constitución intrínseca o esencial,

Corresponden a las causas intrínsecas, la *material* y la *formal*; a las segundas la *eficiente*, la *final* y la *ejemplar*. Las dos primeras más que causas podrían con más propiedad denominarse principios constitutivos del ser, ya que en realidad la causa es algo que siempre obra del exterior sobre los seres y las cosas. Pero, precisamente, por ser los primeros elementos constitutivos o las partes integrantes del ser, pueden también denominarse, desde este punto de vista, causas *intrínsecas*, en cuya virtud el ser posible, mediante las causas extrínsecas, actualiza sus potencias. De ahí es que preferimos seguir la clásica división propuesta por Aristóteles, no sólo por ser la corriente en manuales y textos escolásticos, sino, también, y muy principalmente, porque de este modo podemos intentar eficazmente un ensayo *sistemático* sobre ontología jurídica, lo que no sería posible con el solo estudio de las causas extrínsecas. El ser del derecho debe comprender en un ensayo de análisis integral, las causas que de manera intrínseca constituyen su potencialidad y las que extrínsecamente lo estructuran como realización permanente del orden jurídico social.

Por las causas intrínsecas el ser se define como tal, por las extrínsecas se define el movimiento, que es, también, algo intrínseco en cuanto explica el permanente tránsito de la potencia al acto.

3) CAUSA MATERIAL. Es aquello de lo cual se extrae la forma, o mejor aún: aquello que es en sí meramente *posible* o *determinable* <sup>(4)</sup>. Por consiguiente la materia no es el ser actual sino el ser potencial. Empero, se dice que lo que no es acto es el no ser, en consecuencia, la materia como causa del ser sería inexistente. Sin embargo, la materia potencial algo es, desde que la suponemos necesariamente en todo ser actual. ¿Qué que-

---

(4) “El concepto de materia y de sujeto está íntimamente relacionado también con el concepto de *potencia*, ya que la materia es *capaz* de recibir las nuevas determinaciones, y de suyo dice precisamente imperfección respecto de aquellas perfecciones, que ella no posee. Materia, sujeto, potencia, son entre los escolásticos, frecuentemente usados como sinónimos, aunque en realidad no lo sean, si se toman en un sentido propio”. *Ismael Quiles*, obra citada, pág. 226.

“Causa materialis definitur ab Aristotele Phys, 2, cap 3: ex qua fit aliquid tamquam ex inexistente. Est igitur causa materialis, substratum permanens, potentiale et determinabile mutationis physicae” *Jos. Gredt*, obra citada, tomo II, pág. 128. “La materia -dice el *Cardenal Mercier*- desempeña su función de causa receptiva, principalmente respecto de la forma de los compuestos corporales. Toda sustancia, imperfecta, corporal o incorporeal, desempeña la función de causa receptiva o *material*, con relación a las determinaciones accidentales que la perfeccionan. Un accidente es algunas de las veces causa material con relación a otro: por ejemplo, la extensión con relación a la luz, al calor, así lo es también la potencia pasiva, con relación a la determinación complementaria indispensable para que entre en ejercicio, con relación a sus disposiciones habituales, con relación a la acción que se efectúa finalmente en ella. El individuo es, en fin, el sujeto del acto de existencia. Cuando se da a dicho sujeto el nombre de materia, el vocablo toma manifiestamente significación metafísica. Y, del mismo modo, en acepción metafísica, las partes de un compuesto consideradas con relación al compuesto mismo, revisten carácter *material*”. *Metafísica general u ontología*, tomo III, pág. 30.

remos significar cuando decimos que existen cosas posibles e imposibles? Cuando digo que el centauro no es posible y que en el planeta Marte es posible que exista la vida, ¿no estoy, en el primer caso, negando también la actualización, como en el segundo caso afirmándola? En consecuencia, el ser potencial algo es; puede afirmarse así que es el ser en su primer momento, vale decir: la *materia determinable* <sup>(5)</sup>. Nunca podríamos decir que existe un centauro, sencillamente porque él no ha sido posible jamás; en cambio, puede existir actualmente la vida en Marte, aunque a nosotros no nos fuera dable su actual comprobación. Si no existiera Marte tampoco podría existir en él la vida, de la misma manera que si no existe la madera no existiría esta mesa de madera.

Posibilidad es entonces *compatibilidad* de elementos, como imposibilidad la *incompatibilidad* absoluta de ser. Esta compatibilidad o incompatibilidad es en razón de la materia del ser no de su forma. Vale decir materia compatible con tal o cual forma o incompatible con ésta o aquella forma.

De acuerdo a la noción de causa material, deben, sin embargo, distinguirse cuidadosamente dos aspectos fundamentales: la materia primera y la segunda. Cuando digo que todas las cosas están constituidas de materia, señalo la materia primera y, desde este punto de vista, definimos la *potencialidad pura*, capaz de recibir cualquiera determinación o forma; la materia segunda, en cambio, es la determinada por la cantidad (materia signata), vale decir aquella potencialidad capaz de recibir una forma determinada, como por ejemplo, madera, plata; oro, etc. Esta mesa de madera, este reloj de plata, este anillo de oro existen por virtud de la materia segunda y *mediatamente* por la primera. Si la potencialidad pura no existiera, tampoco existiría

---

(5) En la metafísica aristotélica, lo que se altera, lo determinable, lo perfectible se llama “on *dynámei*”, ser potencial; el principio determinador, lo perfecto, recibe el nombre de “on *energeía*”, ser actual: *Cardenal Mercier*, “*metafísica general u ontología*”, tomo II, pág. 81.

la materia corporal y nuestro mundo tampoco existiría. El corolario sería la nada absoluta <sup>(6)</sup>.

La causa material, por otra parte, no tendría sentido sin la correlativa causa formal, como también ésta sin aquélla, vale decir, entonces, que entre la potencia de la materia y el acto de la forma existe una íntima e inmediata correspondencia. La noción de materia, en orden al ser, involucra, pues, la noción de causa formal.

4) CAUSA FORMAL. Dijimos antes que materia es aquello de lo cual algo se hace; el *acto*, por tanto, por el cual intrínsecamente la materia se determina, es la causa de su ser actual o sea aquello que es <sup>(7)</sup>. Nótese de este modo que así como la materia es de por sí puramente potencial o determinable, la forma es actualización o determinación de la materia. Puede, por *tanto*, compararse la materia con la forma diciendo: la primera es lo determinable, la segunda el determinante; la primera la potencia, la segunda el acto. Por la primera definimos el ser posible, por consiguiente capaz de progresar y perfeccionarse por la forma. Todo acto es así por definición ordenamiento a tal fin, es decir, la perfección de la materia; el progreso no es otra cosa, en

---

(6) Hoc autem duplex est: materia prima et materia secunda. Ex materia prima fit tum totum compositum substantiatum corporeum (substantia corporea) tum forma substantialis. Plurimae formae substantialis fiunt ex materia quantum ad esse, quia educuntur ex materia, quaedam autem (ánima humana) fit ex materia quantum ad inesse tantum. Ex materia secunda fit tum compositum accidentale corporeum (ut album) tum forma accidentalis corporea (ut albedo), quae educitur ex materia secunda". *Jos. Gredt; elementa phylosophiae*, tomo II, pág. 128.

(7) *Enrique Collin* la define: "el acto intrínseco -substancial o accidental- que determina y especifica la causa material, constituyendo con ella un ser de tal esencia, substancial o accidental. Más brevemente: *id quo ens est vel id quo est* (forma substancial) vel tale quale est (forma accidental). *Manual de filosofía tomista*, tomo I, pág. 150.

consecuencia, que sucesivos actos que al aumentar aquella determinación u orden de la materia logran la plenitud del ser.

Ahora bien: ¿de dónde proviene la forma que por tal acto determina la materia? La forma recibida no procede del exterior como consecuencia del acto intrínseco del ser, sino que aquélla se extrae de la propia potencialidad de la materia. De donde se sigue que la forma está potencialmente en la materia antes del acto. El acto intrínseco, por ello, es desde antemano preordenado por esa forma *potencial*, de manera tal, que el acto no puede producir otra forma u otro ordenamiento que el que virtualmente el acto *preordenado* puede producir. La semilla de un naranjo, por ejemplo, contiene en potencia la forma del futuro árbol. El acto o actos intrínsecos sucesivos de la semilla producen la germinación y paulatino desarrollo de la planta, que no puede ser otra que la de un naranjo, debido a que la vida vegetativa de esta semilla ya se encuentra destinada o preordenada por su propia potencia sustancial <sup>(8)</sup>.

Por otra parte, y de acuerdo a lo expuesto anteriormente, lo primero que nosotros podemos conocer es el acto y no la potencia, debido a que “lógicamente y psicológicamente -como dice Mercier-, el acto es anterior a la potencia. Afirmar que una cosa está en “potencia equivale a decir que puede llegar a ser *actual*”<sup>(9)</sup> o como muy bien expone Ismael Quiles: “toda potencia pasiva real está relacionada con el acto de tres maneras: 1) *presupone el acto puro o primero*, donde tiene la última explicación de su existencia. 2) *Presupone el acto entitativo*, del cual no se distingue realmente, ya que, como hemos visto, toda potencia subjetiva debe estar radicada en un ser positivo. 3) Finalmente *presupo-*

---

(8) “La potencia es realmente ser; ella es real y, con todo, de sí misma es infinitamente inferior al acto. Una potencia que jamás fuese actuada no tendría valor alguno; sería, en verdad, pero sería como si no fuese. Se comprende, pues, que la potencia sea *relativa* al acto, ella es para el acto, por causa del acto y no es sino por referencia al mismo acto”. E. Peillaube: *Iniciación a la filosofía de Santo Tomás*, pág. 49.

(9) *Ontología*, tomo III, pág. 36.

*ne el acto formal, al cual está ordenado como sujeto del mismo y del cual es receptora*".<sup>(10)</sup>

Ahora bien, si consideramos la causa formal en relación a la cantidad o sean las formas concretas sustanciales, debemos distinguir las formas de los objetos *naturales* y las de aquellos objetos que denominamos *culturales*: en los primeros, la forma sustancial, como hemos dicho antes, se encuentra potencialmente en la materia; en cambio, las formas culturales creadas por el hombre son, formas inherentes al espíritu del hombre, incomunicables sustancialmente a la materia de que se sirve; por ello el hombre no puede crear la vida, la que supone la forma *inmanente* en la materia, sino tan sólo imprimir su copia, en cuyo vestigio *reconocemos* la obra cultural humana.

El Artífice Divino concibe las formas que ha de realizar en la materia; estas formas sustanciales se unen a la materia unas por generación, otras por creación (formas inherentes y subsistentes) para constituir todos los seres. Por esa inmanencia de las formas, el acto intrínseco que actualiza las potencias se realiza en sí mismo y con la contribución de una causa extrínseca eficiente. De ahí la generación de seres vivos y la mutación de las sustancias inorgánicas. El hacer humano, empero, tiene el sello de su contingencia e imperfección: no puede el hombre desprenderse de las ideas modelo que concibe. Por consiguiente, el acto intrínseco y la forma sustancial de los objetos culturales, pertenecen de manera intransferible al hombre mismo. Por ello la cultura en los sucesivos tránsitos de la potencia al acto es sustancialmente vida interior humana sólo la proyección simbólica trasunta en la materia este cambio y progreso del hombre.

El hombre así sólo puede crear formas que son su propia vida espiritual y que, por tanto, son sustanciales como vida humana y no como vida en las cosas en las cuales se proyecta.

---

(10) Obra citada, pág. 142

En el acto de *conocer* puede comprobarse que el conocimiento científico y los conceptos de las cosas son entes abstractos y nunca reales simplemente un “*adequatio rei intellectus*” y, como tal, el conocimiento de *formas abstraídas*, mediante las cuales conocemos las formas sustanciales inmanente en las cosas reales. El concepto, pues, es vida interior, verbo *mental*. De la misma manera en todos los otros aspectos de la cultura, el arte, la religión, el derecho, etc., son formas de vida humana que tienen evidentemente origen en la experiencia, mejor aún, raíz ontológica, pero actos todos específicamente humanos.

Podemos de este modo adelantarnos a lo que luego nos ocuparemos en especial; el derecho constituye un aspecto de la cultura humana y, como esta “cultura es la actualización de potencias del ser sustancial, se sigue que el derecho es un fenómeno cultural, acto específicamente producido por la cultura humana. Como forma sustancial inherente a la vida humana, es vida que hunde sus raíces en las potencias naturales del hombre, entre las cuales la *libertad* es su base angular y la *Verdad* su último destino.

5) CAUSA EFICIENTE. Así como la causa formal es acto intrínseco que determina la materia, la causa eficiente es, por otra parte, acto *extrínseco* que contribuye a la determinación formal de aquélla, vale decir, aquello por lo que algo se hace. Si es extrínseco puede constituir parte integrante del ser y de sus efectos propios, sin la contribución de esta causa, el acto intrínseco formal sería por sí mismo incapaz de producir movimiento alguno en el ser <sup>(11)</sup>.

---

(11) *E. Collin* divide la causa eficiente desde tres puntos de vista: de su conexión con el efecto, de su subordinación y de su perfección. Desde el primer punto de vista, puede a su vez subdividirse en: esencial (*per se*) y en accidental (*per accidens*); en cuanto al segundo en principal e instrumental y respecto del tercero en total y parcial, unívoca y análoga,

No es lo mismo afirmar que el ser tiene *en sí* el poder de actualizar sus potencias, que afirmar que dicho poder está por *sí* mismo en el ser. Sólo Dios tiene el poder *en sí y por sí*. Las demás criaturas tienen el poder de desarrollarse, pero como este poder está en potencia, se sigue que el acto *eficiente* no puede estar a la vez en dicha potencia porque de lo contrario todos los seres estarían en acto y por consiguiente serían perfectos.

Ahora bien: el acto intrínseco que procede del ser mismo y el extrínseco que procede fuera de él, se distinguen en cuanto *acto* de la manera siguiente: el primero es acto propio enraizado en el ser mismo, por tanto, como acto no puede dar otro efecto que el de su forma potencial preexistente; en cambio, el segundo no es propio o específico sino adecuado, pudiendo la misma causa eficiente extrínseca producir distintos efectos. Estos distintos efectos precisamente están determinados por las distintas formas sustanciales a las que se aplica la misma causa eficiente. Un naranjo y un durazno se desarrollan en distintas formas, dando en consecuencia diferentes frutos; en cambio, ambos han sido alimentados por la misma tierra y por las mismas sustancias minerales. Entre un animal irracional y el hombre, las mismas fuerzas naturales que los alimentan producen distintos efectos, es decir desarrollan y reproducen dos seres sustancialmente distintos. La *distinción* de los seres proviene, pues, del acto intrínseco determinante pero el impulso que han menester para poder así determinarse, proviene extrínsecamente de causas adecuadas a dichas formas.

---

del devenir y de la existencia y en perfectiva y dispositiva. Cuando analiza el primer punto de vista (per se y per accidens) concluye que el mundo no puede ser obra del acaso: "1º, en primer lugar, el acaso no es un ser que obra, sino que supone ciertas causas reales que se encuentran en su respectiva eficiencia; 2º, además, los efectos del acaso consisten esencialmente en encuentros *accidentales, no pudiendo*, por lo tanto, revestir el carácter estable constante y a veces periódico que descubrimos en el conjunto de los seres que en su orden material tan armonioso integran el mundo". Obra citada, tomo I, pág. 152.

Por más que cultiváramos el psiquismo de un cuadrúpedo por los mismos medios eficientes que cultivamos la mentalidad humana, jamás lograríamos en él los actos *conscientes* del hombre, sino sólo actos mecánicos o habituales. Es que la causa eficiente no es *determinante* como la formal intrínseca, sino tan sólo *coadyuvante*.

Es evidente, por otra parte, que las causas eficientes que mueven el universo, los astros y los planetas, los vegetales, al animal y al hombre no son causas que obran al acaso, aunque carezcan del carácter *determinante* de la causa intrínseca. La eficiencia de una causa está subordinada o *preordenada* por la causa ejemplar y la final de que hablaremos luego. Bástenos decir en el presente párrafo que toda acción extrínseca que impulsa al ser a sus determinaciones propias, debe ser dirigida por un modelo o ejemplo de aquella forma sustancial que se quiere actualizar. La "idea", pues, de la cosa que se quiere producir es la rectora de la causa eficiente, no pudiendo ser ésta de otra manera que la acondicionada por la idea original para lograr un efecto análogo a ella misma. Los movimientos que imprime al pincel la mano del pintor están gobernados por la idea que el artista quiere realizar. El dique que se quiere construir resultará de la acción eficiente del ingeniero y obreros dirigidos por el modelo de tal dique, que no es otro que el plano trazado anteriormente. Si observamos los fenómenos de la naturaleza en el orden físico, químico y biológico la adecuación de la causa eficiente con el efecto es aún de mayor perfección y equilibrio: la ley de la gravitación universal es así la causa eficiente que, en íntima conformidad con la estructura de átomos, moléculas y masas, mantiene el equilibrio universal de los mundos; las leyes que rigen la composición intrínseca del sulfuro de plomo están en íntima conexión con las causas eficientes que transforman dicha sustancia en un carbonato de plomo; el crecimiento vegetativo de los vegetales (movimiento intrínseco) está en perfecta adecuación con las leyes eficientes de la química inorgánica, por las cuales se explica dicho crecimiento en las plantas. El causalismo universal no es otra cosa así que un perfecto equilibrio entre las fuerzas extrínsecas que actúan sobre la materia y la naturaleza intrínseca de ésta. Cuando se dice

que todo efecto tiene su causa, implica a decir también que todo efecto tiene la misma naturaleza de la causa. Al decir que tienen ambos la misma naturaleza se entiende que no es por razón de identidad de sustancia sino *correspondencia*, entre la naturaleza del efecto <sup>(12)</sup>.

- 
- (12) Muy interesante y categórica nos resulta la refutación de *Ismael Quiles* al nominalismo de Hume, ya que este último, sabemos, negó el principio de causalidad, en el cual se funda para nosotros la causa eficiente. Véase al respecto: *Esencia de la filosofía tomista*, págs. 389 - 394. El mismo autor cita en la oportunidad aludida una carta que el mismo Hume escribe respondiendo a cierto comentario irónico en contra suya, y que alude a su agnosticismo respecto al principio de causalidad. Este comentario en síntesis y la carta subscripta por Hume han sido publicados por *Luis Carranza, S. J.* en la *Revista Ciencia y Fe*, N° 5, año 1945, Buenos Aires, pág. 147, que bien vale la pena transcribir en la presente nota: la carta de Hume, dice: Señor: soy tan amante de la paz, que estoy resuelto a abandonar este asunto por completo, y a no introducir en el prefacio palabra alguna, que pueda tener relación con su opúsculo... Además estoy tan seguro, como puedo estarlo de alguna cosa, (y no soy tan escéptico como quizás usted se lo imagina), que el introducir usted tan notables modificaciones en la copia impresa procedía solamente de precipitación... ; no me valdría de semejante incidente para desdorar a un hombre de mérito a quien estimo, aunque tuviera razones para quejarme de él... En argumentos filosóficos se ha de evitar toda chocarrería... No tengo dificultad en confesar mis errores... ; pero permítame que le diga que *nunca afirmé proposición tan absurda como que alguna cosa puede surgir sin una causa: solamente he defendido que nuestra certeza sobre la falsedad de tal proposición no procede ni de intuición, ni de demostración, sino de otras fuentes...* Cuando un hombre de juicio yerra al interpretar mis ideas, declaro sinceramente estar enfadado: pero conmigo mismo solamente, por haber expresado mi pensamiento tan mal, como para dar lugar a la equivocación. Para que vea que de ninguna manera tengo dificultad en admitir errores en los argumentos, reconocí (lo que es infinitamente más material (?) un gran yerro en mi conducta: el haber publicado el tratado sobre la naturaleza humana, libro que pretendía innovar, en todas sus partes, aún las mejores, la filosofía y que compuse a los 25 años de edad. Sobre todo, la actitud positivista que en él prevalece, (actitud que puede imputarse al ardor de la juventud) me desagrada tanto, que no tengo paciencia para revisarlo... Su más obediente y humilde servidor. - D. Hume". *Luis Carranza, S. J.*, quien publica en la revista aludida, la carta supuesta de

6) CAUSA FINAL. Todas las causas anteriormente señaladas no tendrían sentido si nos las precediera la razón de una finalidad. Por ello la definición corriente entre los escolásticos es aquella que en sus términos comprende a todas las causas anteriores: *aquello en cuya virtud o gracia algo se hace*, o también, *para lo cual algo se realiza* <sup>(13)</sup>.

La causa final tiene de este modo una íntima relación con cada una de las causas anteriores: con la causa material se liga toda vez que el fin deseado debe partir de algo potencialmente realizable, vale decir de materia que lleve en sí la aptitud a recibir ciertas y determinadas formas. Una potencia receptiva, pues, capaz intrínsecamente de determinarse según la forma preconcebida por la idea-fin.

Con la causa formal se vincula aún más estrechamente: ésta, como se dijo, es la determinante de la materia, es decir la causa que mueve a la materia a su ordenamiento y por ende a su perfección. Pero este ordenamiento y perfección intrínsecos, están evidentemente vinculados al fin propuesto; y, como todo fin encierra necesariamente, un bien, se sigue que el determinante que ordena la materia es en relación a un *bien potenciabile* que debe preexistir al acto intrínseco. La idea del Bien rige así a la materia y a la forma: a la primera, porque toda potencia (ma-

---

Hume, observa lo siguiente: “no olvidamos que una cosa es la tesis de un autor, su pensamiento, su sentencia, y otra muy diferente, las consecuencias varias que de tal tesis, pensamiento o sentencia, pueden, con mayor o menor lógica, sacar los críticos, muchos de los cuales quizá no adviertan la seriedad de su papel, y el trabajo que éste les impone de estudio minucioso de las obras que critican. Es evidente, que, de ser esta carta auténtica, hemos de confesar que hay mucho papel perdido en tantas historias y manuales metafísicos”.

- (13) “Finis vere est causa, immo est prima causarum, quae constituitur formaliter in actu primo, non per apprehensionem seu cognitionem, sed per bonitatem, prout haec est capax tamquam terminus movendi mediante appetitione causam efficientiam ad operandum; in actu autem secundo finis constituitur per ipsam appetitionem, prout haec dependet a bono appetibili”. *Jos. Gredt; elementa*, tomo II, pág. 144.

teria) es capacidad para el bien, como el mal es negación de potencia y, por consiguiente, no perfecciona sino que disminuye al ser. A la segunda, porque el acto intrínseco determinante de dicha potencia sería así, el bien actualizado. El mal, metafísicamente, no es por tanto, acto determinante de potencia alguna, porque todo acto es *ordenamiento* y el mal es el desorden por definición. Véase, pues, como la causa final contiene a las demás causas. Como el continente es la razón primera del contenido, el Bien es también la razón primera y última del ser. Y, como todo fin, es bien apetecible, en sentido metafísico, se sigue entonces que la causa final es, a la vez, la que obra desde el principio sobre las demás, causas.

Debemos distinguir respecto de la causa final, el *fin* y el *medio*. Generalmente se distinguen, otras veces se confunden. En efecto: puede ser el fin *aquello para lo cual* algo se hace o el fin-medio, aquella cosa *en la cual* o *por la cual* el fin se consigue. La construcción de un dique comprende por una parte la construcción misma del dique y por otra el fin que se desea conseguir con tal obra, que no es otro que el riego y la fertilización del suelo. Como se ve en el ejemplo, el bien que envuelve todo fin no está en el dique sino en los efectos que se logran mediante el funcionamiento de la obra. Pero puede ocurrir otras veces que tanto el medio como el fin reporten bienes para el que ejecuta una obra, como la construcción de un piano que a la vez que se tiene en miras el fin se atiende también a que el instrumento en sí sea una obra de arte o de estilo para ciertos ambientes. En realidad todo medio y fin llevan en sí algún bien apetecible; se caracterizan, en cambio, porque uno de dichos bienes es a la vez *el medio* para otra bien que de él depende.

En realidad todos los bienes que pueden constituir la causa final son bienes medios desde que ninguno es *en sí* o absoluto. Todo bien o fin de este modo descansa en último término en Dios, precisamente por ser acto o forma pura. Todo bien potenciabile de que ante habláramos en Dios son actos perfectos; las razones supremas en todos sus movimientos y tendencias sólo encuentran reposo absoluto en el Bien Supremo que *en sí y por sí* es el fin último de todas las cosas existentes. Por

último, la causa final se liga a la eficiente toda vez que el impulso y acción extrínsecos deben estar acondicionados por el fin al cual se quiere llegar. Desde cierto punto de vista, puede así confundírsela con la causa ejemplar, que a continuación analizaremos, ya que la acción extrínseca que provoca el movimiento intrínseco del ser para que se determine según su forma potencial, debe estar de acuerdo a un modelo o tipo que no es otro en este caso, que el fin deseado. La *idea-fin* se identifica de este modo con el modelo que debe guiar a la acción exterior. El modelo que dirige los movimientos de la mano del pintor para el dibujo es justamente el mismo que se quiere reproducir al final. Luego en este caso la causa ejemplar no es otra que la final. En otros casos también es evidente que la causa ejemplar dirige la acción intrínseca independientemente del fin como cuando se tiene en cuenta el fin a que se desea llegar con la obra o construcción de una cosa, sino tan sólo se tiene presente la cosa misma independiente de sus efectos.

En todo caso, para poder distinguir la coincidencia o no coincidencia de la causa final con la ejemplar baste decir en resumen: cuando la acción extrínseca de la causa eficiente la dirige al *fin* que se desea, es decir un bien, la causa final actúa independientemente de la causa ejemplar; en cambio, cuando la acción es dirigida por el *fin-medio*, es decir por la causa productora de un bien, entonces ésta se constituye en causa ejemplar inmediata de la acción. En este caso se identificará con la causa formal, pero, a la vez, se distinguiría de ésta por ser la causa ejemplar extrínseca y la formal intrínseca.

7) CAUSA EJEMPLAR. Como vemos, la idea en la cual se inspira la causa eficiente a fin de producir algo semejante o igual, no es otra cosa que el *modelo* o causa ejemplar que obra sobre el ser de manera extrínseca <sup>(14)</sup> indudable que todo efecto se consi-

---

(14) Mucho se ha discutido acerca de la autonomía de esta quinta causa del ser. La mayor parte de los escolásticos, con Santo Tomás, la admiten,

que mediando alguna forma-tipo, de lo contrario la acción de la causa eficiente sería casual cuando no de puro azar. En el obrar y hacer humanos la causa eficiente sin la ejemplar sería por sí mismo la negación de la inteligencia, pues nada puede el hombre hacer a ciegas a no ser que medie la idea ejemplar o rectora en la cual se inspire.

También es cierto que la causa final puede bastar, como modelo, pero en este caso, como se dijo antes, no es el fin en sí sino el fin-medio que se transforma en causa ejemplar. Se desea, por ejemplo, en una ciudad, construirse una plaza pública; el fin en sí puede ser la descongestión del tráfico, el embellecimiento de la ciudad, un lugar para esparcimiento del público etc.; el medio es, en este caso, la plaza misma con todos los elementos indicados; *necesariamente* debemos construir una plaza según un modelo que preexista a la acción. Este modelo puede

---

Aristóteles no la menciona. Al respecto el Cardenal Mercier dice: “¿cuál es, en resumen, el lugar de la causa ejemplar en la clasificación tradicional de las causas? ¿Hay que reivindicar para ella un lugar aparte, un quinto género? La causa ejemplar es compleja, por lo tanto, compleja es también su causalidad. En efecto, el ideal es un bien cuyo atractivo solicita la voluntad: por esto es *causa* final. Ese bien no cosa de la naturaleza representada en el espíritu como tal. Si así fuese, el conocimiento sería condición de la finalización, no siendo causa propiamente dicha. El ideal es un objeto elaborado por el pensamiento, y *como* tal, ejerce su atracción sobre la voluntad del artista. *Idea non habet esse intra intellectum tanquam conditionem sicut finis, sed per se ei convenit ut ratio.* El acto subjetivo, mediante el que concibe el artista su ideal, ejerce pues, sobre la voluntad y ulteriormente sobre las operaciones exteriores del artista, influencia causal. La *concepción* del ideal es *causa* eficiente. La contemplación del ideal objetivo provoca de parte del artista, no una operación cualquiera, sino un trabajo de imitación: ahora bien, lo propio de la imitación es la conformidad con una medida extrínseca, con una regla directriz. Por lo tanto, la idea es también, muy especialmente, *causa formal extrínseca*. Por consiguiente, cuando se considera la causa ejemplar en su complejidad, participa de la causalidad de muchas causas, y, como consecuencia, no puede ser identificada, de manera exclusiva, con ninguna de las cuatro causas tradicionales”. Mercier; *ontología*, tomo III, pág. 107. Nosotros diríamos que esta parti-

ser una plaza ya existente en otra ciudad o una forma original que concebimos, en cuyos modelos nos inspiramos. Desde este punto de vista, la causa ejemplar es aquí sólo el medio, nunca *el fin* que procede por tal medio.

De esta manera, si bien puede distinguirse la causa final de la ejemplar, en todos los casos es imprescindible la segunda que viene a constituir conjuntamente con las demás una de las causas extrínsecas del ser. La idea se distingue así de su *realización*. La idea (causa ejemplar) dirige, el fin es su término. Las ideas en el hombre son los prototipos de la acción, los fines alcanzados son por tal suerte conforme a tales ideas.

De la misma manera que la causa eficiente, esta quinta causa se encuentra íntimamente ligada con las demás causas. Con la material, toda vez que el modelo extrínseco debe estar

---

cipación en las otras causas, es simplemente la *relación* que, como toda causa, debe tener con las demás. Si está correlacionada no está, por tanto, *identificada* con ninguna de ellas; luego es de por sí causa del ser. *Quiles*, más explícito que *Mercier*, nos dice: “según los escolásticos, y es pensamiento genuino de Santo Tomás, todo agente que no obra al acaso, *así como debe obrar por un fin, así también debe obrar de acuerdo con algún ejemplar o modelo que dirige su acción*. Porque todo efecto procede o de un agente intelectual o de un agente que carece de inteligencia, cuales son los agentes naturales; en el primer caso el efecto procede de la idea que el agente tiene de lo que ha de ejecutar; en el segundo caso el efecto está producido también de acuerdo con la idea ejemplar que dirigió la acción del autor de la naturaleza, el cual, como agente intelectual, debió obrar de acuerdo con sus ideas ejemplares”. *La esencia de la filosofía tomista*, pág. 437. *E. Collin* la reduce a la causa formal; redúcese a la causa formal la causa ejemplar, que es la forma o idea del efecto que se ha de producir y que de antemano existe en el espíritu de la causa eficiente de una manera inmaterial, indefinidamente imitable y comunicable, independientemente de todo tiempo y lugar. Más brevemente: *id ad cuius similitudinem aliquid fit ex intentione agentis determinantis sibi finem*: “*Manual de filosofía tomista*”, tomo I, pág. 150. Finalmente, *Juárez*, siguiendo a S. Tomás, admite la causa ejemplar en sus dos acepciones *externa e interna*: *Disp. Met.*, 25, I, 2 y funda su autonomía, en el orden de las causas, en la necesidad que tiene todo agente humano de obrar no a ciegas sino inteligentemente: *Disp.* 25, II, 1 y 2.

en armonía con la naturaleza de la potencialidad intrínseca de la materia: el arte musical y el escultórico, por ejemplo, tienen distintas fuentes de inspiración; la poesía, la escultura, la pintura, etc., son diversas expresiones de lo bello. Cada una de ellas por consiguiente se sirve de modelos apropiados. Lo bello en sí no puede ser aquí causa ejemplar sino el fin de toda realización artística. Con la causa formal se vincula en cuanto el modelo sirve para que el acto intrínseco determinante logre la perfección de su forma y por ende la de su fin. Por ello todo el que se vale en una empresa a ejecutar de un modelo anteriormente ejecutado, con éxito asegura la obra a realizar por la fidelidad con la copia. Muchas veces las deficiencias del modelo o la pobreza de sus formas trae como consecuencia una acción extrínseca deficiente y, por ende, la determinación deficiente del ser. El movimiento intrínseco del ser que va de la potencialidad al acto depende, como hemos dicho antes, del impulso de la causa eficiente; pero este impulso no basta que sea guiado por el fin, porque la actualización de la potencia no depende extrínsecamente del fin sino del ordenamiento formal de la materia. Con la causa eficiente poco nos resta decir ya con lo dicho en los capítulos precedentes. Bástenos afirmar que la acción eficiente sobre el ser no puede ser ciega o casual. Actúa en virtud de un modelo de su especie y no de cualquier modelo. Por eso la relación entre la causa ejemplar y eficiente es la relación directa de todo medio con su fin.

Resumiendo, podemos decir con Quiles, que tres son las soluciones que se dan acerca de lo que constituye el ejemplar, propiamente dicho: “a) algunos colocan en algún *objeto* externo, a imitación del cual la causa eficiente produce su efecto; b) otros dicen que el ejemplar es la *misma cosa o efecto* que hay que hacer, en cuanto ya estaba conocida previamente por el agente en su propio concepto objetivo; c) otros sostienen que el concepto *subjetivo* o la *idea o imagen* de la mente es propiamente el ejemplar”. De estas tres opiniones, Quiles se decide por la última, que es la solución dada por F. Suárez <sup>(15)</sup>.

---

(15) Obra citada, pág. 438.



## **CAPITULO I**

### ***DE LAS CAUSAS DE LA MORAL***



1) LA MORAL Y EL DERECHO. Orientados como estamos hacia el análisis detenido de las causas del derecho y de todas aquellas otras cuestiones que tienen relación directa con el problema de dichas causas, nos proponemos en el presente párrafo mostrar sólo en síntesis las relaciones sustanciales entre el derecho y la moral o mejor la subordinación del orden jurídico al orden moral. Esta dependencia, proviene, precisamente de que las causas del Derecho son como principios inferidos de las causas de la moral, como las causas de ésta lo son a su vez por aplicación o inferencia de las causas del ser que expusimos en la introducción.

Uno de los atributos trascendentales del ser es, como enseña la metafísica, la *unidad*. El ser es uno, por consiguiente no es *el otro*; de donde se sigue que lo uno produce lo *diverso*; por eso lo diverso no se explica sin la idea de lo uno. De ahí los dos conceptos correlativos: *lo uno en lo diverso, lo diverso en lo uno*.

La unidad en la naturaleza del hombre se constituye precisamente por la diversidad de su compuesto, materia y espíritu: cuantitativa y divisible la primera, inmaterial e indivisible la segunda; *generada* la primera en cuanto cuerpo, *creada* la segunda en cuanto alma. El ser humano, pues, como compuesto de materia y alma vive por su unidad sustancial que es su forma determinante, el *alma*. Esta forma sustancial, como bien sabemos, es de tipo subsistente, no inherente; en consecuencia, el individuo humano es persona en razón de esta subsistencia. Persona, por otra parte, es el individuo capaz de conocerse a sí mismo; el conocimiento de sí mismo importa para el hombre la captación por el conocimiento de su forma sustancial. Se sigue, entonces, que las tendencias del ser humano deben ser gobernadas por el conocimiento de dicha forma. De ahí el hombre subordinado en el obrar al fin último que marca su acto intrínseco sustancial. El hombre participa del orden universal al conocer su forma intrínseca de participación, luego el acto humano debe estar dirigido

por dicha forma *a fin de participar en acto lo que sólo es por el conocimiento de sí mismo una participación en potencia.*

La moral, de acuerdo a ello, es la conducta dirigida al Bien en sí, Bien por el cual se justifican los actos y por cuya justificación la persona adquiere verdadera y auténtica personalidad <sup>(16)</sup>.

Hemos llegado de este modo al Bien único y en consecuencia *último*. No hay acto humano, para que sea conforme a la naturaleza del hombre o a su unidad sustancial, que no esté debidamente dirigido a ese Bien último. Toda la conducta humana, sin distinción de efectos y consecuencias, es *conducta moral, conducta dirigida*, en virtud de la unidad absoluta de su fin esencial <sup>(17)</sup>.

Conducta es *relación* en tanto una voluntad *tiende o se dirige* hacia un determinado fin. Pero esta conducta que relaciona al individuo con el fin o bien deseado, puede coincidir con otra voluntad que tiende al mismo fin o a los mismos bienes. Esta coincidencia no es otra cosa que *coexistencia* en miras de fines comunes; luego se constituye en virtud de esta coexistencia una nueva relación, la de persona a persona, la de hombre a hombre. En tal caso la *alteridad* es su característica esencial frente a la *unilateralidad* del acto moral.

De este Bien supremo del individuo surge este otro bien común o colectivo. Pero este último por ser objeto de relación

---

(16) Acerca de las nociones de individuo, persona y personalidad véase nuestro opúsculo *“la libertad en relación a la persona y a la personalidad”*, trabajo que en gran parte reproducimos más adelante al tratar de la causa material del Derecho

(17) “Mas si el hombre -dice *Octavio Nicolás Derini-*, y en general todo ser, por una parte, no puede obrar sin el último fin, y por otra parte, no puede tener sino uno solo fin supremo, síguese que todo movimiento de un apetito, esté él dirigido al objeto que se quiera, está provocado y dirigido por el último fin. Síguese, por la misma razón, que el hombre y toda naturaleza no pueden apetecer objeto alguno sino en cuanto éste participa de algún modo del último fin, aún en el caso de que realmente se oponga a su consecución. De lo contrario constituiría un fin independiente y tendríamos de nuevo dos últimos fines”. *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, pág. 63.

subordinada a la relación moral, se sigue que el bien común no es por naturaleza bien *en sí* sino un bien-medio. Este concepto está magistralmente expresado en una frase de Quiles: “la sociedad es absolutamente para el individuo, el individuo es relativamente para la sociedad” (18).

En efecto: el individuo es una realidad, un ente que real y verdaderamente existe en el tiempo y en el espacio; la sociedad, en cambio, no es ningún ente sino la *organización* de estos entes humanos. Toda organización está al servicio de lo *organizado*, en la relación de medio a fin. La organización social pues, es medio al servicio del individuo, medio sin el cual el hombre no podría desarrollar sus potencias y, por tanto, no alcanzaría por sí mismo la dicha plena que supone el último anhelo del alma, el Bien Supremo. En consecuencia, defínese el individuo como el *fin necesario*, la sociedad como el medio *necesario*. Ninguno de los dos puede prescindir del otro, de ahí las relaciones de coexistencia y convivencia de los individuos entre sí, que es posible sólo subordinando los bienes comunes de una colectividad al Bien en sí, que es, también, por esta razón el Bien del individuo y, a la vez, el Bien común de toda comunidad. El Bien común, como se verá más adelante, *es común* en razón del destino común de los hombres, no común en sentido de comunidad opuesto a individuo.

Ahora bien: este Bien común que rige las relaciones colectivas y que es el fin último de la organización social, no puede

---

(18) “Por lo tanto -expresa magníficamente Quiles- las consabidas fórmulas “la sociedad es para el hombre” del liberalismo, o “el hombre es para la sociedad” del totalitarismo; o una que comprenda las dos, como lo quieren los católicos; deben distinguirse en esta forma: la sociedad es *absolutamente* para los individuos, y éstos son *relativamente* para la sociedad (sacrificando sus intereses particulares) *tanto cuanto* sea necesario para que la sociedad exista y cumpla su fin. La sociedad viene a ser como un árbol de cuyos frutos necesita el hombre; pero el hombre debe trabajar y sacrificarse tanto cuanto lo requiera la existencia y la fertilidad del árbol, bajo la pena de que muera el árbol, y también el hombre mismo; y en este sentido relativo y limitado, también es el hombre para el árbol”. *La persona humana*, pág. 208.

ser el derecho o sea la conducta recta entre hombres, porque el bien común es algo extrínseco, o mejor, el *efecto* que se consigue mediante la conducta recta o justa. Luego es menester una doctrina jurídica que articule las causas de lo recto-jurídico cuyas causas deberán tener, a la vez, como principio y término último, la idea del Bien común.

Pero antes de establecer estas causas, debemos articular las del orden moral, pues siendo el derecho, como se ha visto, conducta inferida de la moral, no podrían aplicarse las causas metafísicas del ser sino en el *orden* en que proceden en relación a las manifestaciones del ser. Si hemos dicho que el individuo es anterior a la sociedad, las causas del derecho que rigen estas relaciones colectivas, no pueden ser esencialmente otras que las mismas causas de la moralidad en una nueva dimensión. La alteridad de la relación jurídica no es distinta en naturaleza de la unilateralidad del acto moral, sino la misma relación moral que *suma* o agrega “el alter ego”. Por tanto, las causas del derecho diferirán de las causas de la moral sólo en el aspecto de esa nueva dimensión o enfoque y no respecto a la naturaleza y origen de la relación, que siempre es y será, cualesquiera sean los términos que comprenda, *relación moral* <sup>(19)</sup>.

2) LAS CAUSAS DEL ORDEN MORAL. Habiendo ya dado las nociones sobre las causas del ser nos concretaremos en el presente capítulo a una síntesis de aplicación de dichas causas al orden moral.

La conducta humana, ya lo dijimos, es conforme a razón en virtud de la naturaleza del acto intrínseco que informa la vida humana. Luego las causas del ser referidas al hombre, son las causas que intrínseca y extrínsecamente rigen su conducta de conformidad a la naturaleza sustancial del agente. Podría

---

(19) *S. Tomás: somme théologique, II-II, q. 95 a 2.*

así hablarse de las causas del ser moral, no en el sentido *teórico especulativo* sino en el sentido *teórico-práctico*. La moral de éste modo no es el ser, pero pertenece al ser (hombre) como a su manifestación o actividad. En consecuencia, las causas del ser humano no pueden ser otras específicamente que las de un ser de conducta moral. A tal fin estudiaremos en breve síntesis las causas del orden moral.

3) CAUSA MATERIAL. La moralidad recae sobre los actos humanos, o sea que la actividad humana constituye de por sí la forma potencial de la moralidad. Todo acto humano que sea libre (autonomía de la voluntad) y consciente (conocimiento del fin) es materia *determinable* para la moral. No son, pues, los actos *del hombre* meramente corpóreos, vegetativos, sensitivo o puramente mecánicos, sino aquellos actos propiamente *humanos* que están sometidos a los procesos de intelección, deliberación y decisión los que pueden recibir intrínsecamente la forma de la moralidad. Todo acto, de este modo que carezca de tales requisitos, no constituye la causa material ni pueden ser objetos de la jurisdicción de la ley moral.

No hay, pues, acto *voluntario* que sea *indiferente* a tal legislación, sencillamente porque si es voluntario conoce el fin al que se tiende, y todo fin debe, para ser humano estar conforme al Bien en sí o último fin. El acto *involuntario* es precisamente el que se realiza sin la presencia de un fin; falta, por tanto, la materia de la moralidad. Y como la forma es correlativa a la materia, se sigue que el acto involuntario no es propiamente indiferente sino virtual y moralmente *inexistente* <sup>(20)</sup>.

Ahora bien: destacados los requisitos del acto, materia de la moralidad, cabe a su vez preguntarnos: si todo acto está cons-

---

(20) Sobre la naturaleza y división de los actos voluntarios, consúltese a G. Márquez: *filosofía moral*, pág. 32 y siguientes.

tituido por un elemento *especulativo* en cuanto representa aquello *que se quiere* y por otro elemento *activo* en cuanto importa una decisión o un querer tal fin, ¿cuál de los dos elementos constituye por separado la materia de la moral? El entendimiento por sí mismo no puede darnos la materia porque a él sólo concierne formular un juicio práctico, y no la decisión misma. La voluntad tampoco puede constituir por sí dicha materia, desde que no puede decidirse sin referencia a un objeto o fin de antemano representado por el entendimiento.

Todo acto es decisión y toda decisión recae necesariamente sobre motivos o fines concretos, e inversamente: toda representación intelectual que constituya un motivo o fin para la voluntad, de nada vale sin la decisión de esta última. Hasta que la voluntad no se ha pronunciado libre y conscientemente sobre tales motivos, no existe la materia de la moralidad.

El acto no se configura por la sola actividad especulativa de la mente, como tampoco por la voluntad de una decisión libre sin contenido. En consecuencia el acto como causa material de la moral no es tal si no está integrado de un *contenido*, como antes se dijo, y de una *decisión*. Ambos elementos se complementan y son también correlativos como lo es la materia a la forma de las que nos ocupamos.

A la primera, corresponden los móviles psicológicos, a la segunda la decisión. En consecuencia: la causa material se constituye por el acto propio de la voluntad, dicho acto lleva implicados los fines queridos; en tales condiciones este acto sólo le falta la forma, o sea la moralidad, que señalaremos en el párrafo siguiente.

Psicológicamente puede también afirmarse que los contenidos de conciencia (móviles) constituyen la materia de la decisión, siendo ésta, por tanto la forma de aquélla. Pero este punto de vista, no es el que interesa a la ética: en nada interviene la moralidad ya que sólo se trata del estudio y determinación del proceso *genético* de la función volitiva. Tal estudio pertenece así exclusivamente a la psicología, como la valuación de dichos

---

actos generados por la conciencia o el psiquismo humano, corresponde específicamente a la ciencia moral <sup>(21)</sup>.

4) CAUSA FORMAL. Se ha dicho que la causa formal en el orden del ser es el acto intrínseco que lo determina, o sea la forma substancial que lo actualiza. Por consiguiente, los actos humanos son potencialmente morales, como antes se dijo, aunque no todos lleguen a ser morales *en acto*. Quiere decir esto que todo movimiento de la voluntad tiende *necesariamente* al bien; la voluntad por naturaleza no puede tender al mal de la misma manera que el entendimiento no tiende al error sino a la verdad. He aquí la potencialidad humana; he aquí lo único innato en el hombre: su necesaria tendencia al bien y a la felicidad. De ahí que todo acto, todo querer es potencialmente bueno. El mal no está pues, en las potencias del hombre sino en fuerzas *extrínsecas* que desvían dichas potencias de su acto propio. Frente a estas fuerzas extrínsecas, el hombre posee por la voluntad el propio señorío para enfrentarlas y contrarrestarlas. El hombre que cede a ellas *no actualiza* su ser sino que *lo disminuye* porque obra en contra de sus potencias, es decir en contra de su naturaleza <sup>(22)</sup>.

Se ve, por tanto, muy claramente que la causa formal de la moralidad es el acto intrínseco determinante de una potencia

---

(21) En un estudio crítico que realizamos con motivo del homenaje a Leibniz en el tricentenario de su nacimiento, titulado “el problema de la libertad en Leibniz”, nos referíamos precisamente a las relaciones existente entre el entendimiento y la voluntad, y cómo el primero sólo es causa eficiente del acto moral y no su causa formal: el acto, pues, para nosotros no está *predeterminado* sino *motivado* por la idea-motivo; no es mecánico, sino conocido y apetecido libremente. No todo lo que se conoce es necesariamente motivo de decisión o del querer, como no todo lo que se *siente* implica *consentimiento*. La motivación es del ejercicio automático del entendimiento, y, por ello, es sólo causa *eficiente* del acto y no formal, de la misma manera que la voluntad es autónoma en su acto de decisión, siendo, por ello, causa formal del acto y no eficiente. Véase nuestro trabajo aludido, pág. 16 y siguientes.

(22) *Santo Tomás: somme théologique*, I, q. 22 a 2 y I-II, q. 1, a 2.

anterior. La moralidad o inmoralidad del acto resulta, en cambio, de la contingencia de los *medios*, porque sólo en este aspecto, tiene sentido la libertad humana. Si los medios no son rectos, es decir, no son conformes a la naturaleza espiritual del hombre, a sus fines esenciales, el acto es inmoral, contrario a su forma sustancial.

Quiere decir, entonces, que en las potencias mismas del hombre hay algo capaz de producir la moralidad. Sólo es menester la causa eficiente para que esa capacidad se actualice. Toda otra fuerza extrínseca que no sea capaz de producir tal efecto, es el impulso de la inmoralidad.

De acuerdo a lo dicho, la causa formal de la moralidad es, por tanto, la dirección recta del acto; la rectitud se mide por su mayor o menor conformidad con el fin último o Bien Supremo, que, como se ha dicho, es, también, punto de partida. “Debe obedecerse siempre a la conciencia cierta”, tal la conciencia moral que marca el criterio formal decisivo en cada caso, en cuyo estudio en especial no podemos detenernos, por no habernos propuesto en este trabajo un tratado de moral <sup>(23)</sup>. Por tanto: aquello que hace la moralidad del acto o que lo determina o lo ordena como tal, es la causa formal. Para este ordenamiento, empero, es menester el impulso intrínseco *eficiente* sin el cual no sería posible la moralidad, sencillamente porque otras fuerzas también extrínsecas contrarias, restarían eficiencia a las primeras. Veamos a continuación en qué consiste dicha eficiencia.

---

(23) Conocidas son las opiniones de los escolásticos frente al problema que plantea la conciencia *dudosa*. *Gabino Marquez, S. J.* las esboza muy claramente: “1ª *Los probabilioristas* dicen que sólo puede obrarse contra la ley dudosa, cuando la mayor probabilidad está en contra de la ley misma. 2ª *Los equiprobabilistas* enseñan que sólo pueden excusarse el cumplimiento de la ley dudosa, cuando la probabilidad contraria iguala a la probabilidad que favorece a la ley. 3ª *Los probabilistas* dicen que se puede lícitamente dejar incumplida la ley, cuando la probabilidad contraria es sólida aunque sea menor que la probabilidad favorable a la ley”. El autor defiende la tercera opinión. *Filosofía moral*, pág. 217. De todas maneras nótese la importancia trascendental de estas doctrinas toda vez que se hallan vinculadas a la causa formal de la moralidad, de tal

5) CAUSA EFICIENTE. Al referirnos a la acción extrínseca de la moralidad, es indudable que no podemos aludir a una fuerza natural como es la que impulsa al ser material, según vimos antes. Decimos, en cambio, que es acción extrínseca de la moralidad aquella fuerza o impulso que la misma voluntad posee para decidirse rectamente, pero cuya fuerza proviene originariamente de la acción extrínseca del medio. En la voluntad, *fuerza* o fortaleza para obrar rectamente no es otra cosa que un hábito adquirido en tal sentido, Pero el hábito que dirige rectamente la conducta individual es la *virtud* o sea una voluntad fuerte para el bien. En consecuencia: las virtudes constituyen la causa eficiente de la moralidad.

Pero así como la virtud es hábito adquirido para el bien, le *ley* en sentido lato es, a su vez, causa extrínseca de dichos hábitos: quien obra en sentido de las leyes necesariamente adquiere el hábito de lo bueno toda vez que ley para ser tal es *ordenamiento* de la razón que dirige el Bien común <sup>(24)</sup>.

Por ello nosotros hemos creído siempre que la causa eficiente de la moral es por antonomasia la ley, en este sentido, de *ordenamiento de la razón*, porque la ley que es *injusta* no es por naturaleza ley, <sup>(25)</sup> porque lo injusto no es *orden* sino desorden, tanto como forma anárquica como forma despótica de gobierno. Toda ley gobierna casualmente porque es de su naturaleza *ordenar*: las virtudes, por tanto, nacen en aquellos hombres gobernados y, por ende, habituados a la vida ordenada, es decir conforme a la justicia, madre y raíz de todas las otras virtudes.

---

manera que es imposible eludir su estudio, como es imposible determinar formalmente la moralidad del acto, sin resolver antes el problema que nos plantea la conciencia dudosa. Para que el acto sea *determinado* moralmente, es menester un ordenamiento de la voluntad; tal ordenamiento sólo resulta del fin ordenado de antemano por la ley moral. Luego, se sigue que la conciencia dudosa no puede de por sí determinar dicha moralidad.

(24) S. Tomás: *somme théologique*, I-II, q. 92, a 1.

(25) Ibid: "Ad quartum dicendum quod lex tyrannica, cum non sit secundum rationem, non est simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis".

No obstante esta capacidad de la voluntad para el bien, se demuestra muy claramente que no es capacidad intrínseca en ella sino adquirida; de ahí su diferencia con la causa material con la cual podría confundirse, desde que ésta es potencia intrínseca del ser, capacidad, entonces, para el *acto* intrínseco moral. Pero si la virtud en sentido de *capacidad* es, también, potencialidad, esta potencialidad difiere radicalmente de la potencialidad material del acto. En efecto: la *eficiencia* potencial debe ser siempre extrínseca, en cambio, la potencialidad para *ser* bueno, es siempre atributo intrínseco del ser. ¿Puede, acaso un hombre poseer virtudes para el bien si jamás aprendió a ejercitarlas? La virtud como hábito es resultado del obrar siempre de conformidad con el bien. Como la idea del Bien no es acto en el hombre sino sólo en *potencia*, se sigue que jamás podríamos *realizar* el bien si la acción extrínseca de las leyes no nos moviera a ejecutar actos morales <sup>(26)</sup>.

De ahí que el derecho se nos presenta como un orden ético colectivo por su nexa íntimo con la moral: el derecho es el objeto de la justicia; la justicia es virtud universal, luego el derecho ordena la vida en sentido de lo justo. Pero podría argumentarse: la justicia es una virtud. Si es virtud es hábito, el hábito de lo justo. Este hábito proviene del cumplimiento de la ley, luego la ley o el Derecho es anterior y fundamento de la justicia. No sería, por tanto el Derecho objeto de la justicia, sino ésta objeto producido por el Derecho.

---

(26) Dejamos para más adelante, el estudio detenido de la Ley, cuando tratemos de la causa eficiente del Derecho. En esta oportunidad, la causa eficiente de la moral en su doble aspecto intrínseco y extrínseco (virtud y ley), se traducirá respecto del Derecho en dos géneros de causa: la formal como determinante intrínseco del Derecho y la *eficiente* como el impulso productor de tal acto. La justicia, virtud moral, deja de ser en el Derecho causa eficiente para constituirse en su forma determinante; en cambio la ley en sentido moral, continúa en el campo del Derecho con el mismo sentido de causa eficiente con que actúa en el orden moral.

La dificultad, empero, es sólo aparente: el fundamento lógico de la conducta jurídica es indudablemente la conducta moral individual, pero la explicación *genética* es a la inversa la ley y el derecho promueven en los hombres el hábito de lo justo y demás virtudes que este hábito encierra. Debemos así distinguir el *fundamento metafísica* de una cosa del proceso de su desarrollo. Si dentro mismo del campo metafísico, nos preguntamos cuál es el fundamento del conocimiento, no responderemos que son las cosas sensibles o particulares sino los objetos inteligibles o universales. Por eso bien se ha dicho que primero *conocemos* lo universal y en segundo término lo singular. Esto desde el punto de vista *lógico*, pues, es evidente que si no poseo el concepto (lo universal) de la cosa, no conozco en realidad, porque *conocer* lo singular por lo singular no es un conocimiento sino una imagen. Conocer así es atribuir analógica o unívocamente a un singular las notas esenciales que lo constituyen *sustancialmente*. En cambio, genéticamente, primero conozco lo singular (la imagen) y de este conocimiento por abstracción me elevo al conocimiento de lo inteligible universal.

Tal es lo que ocurre con el conocimiento y práctica de la moral: *genéticamente* la idea y el hábito de lo bueno se despierta en nosotros por la acción extrínseca de los demás, es decir, por la ley. En este caso el derecho es en el tiempo psíquico anterior a la moral, ya que la ley necesariamente habitúa a lo bueno por ser el derecho objeto de la justicia, y, además, porque el individuo no nace con hábitos sino con potencias para el bien. Pero de esto no podemos inferir que el derecho sea lógica o metafísicamente anterior a la moral, sino que por el contrario la moral es el *fundamento* del derecho en el orden del ser y de sus fines. Debe, pues, distinguirse la psicología de lo justo de la metafísica de lo justo. El primer aspecto respecta a un proceso individual, el segundo a la razón objetiva o lógica de dicho proceso. En la propia génesis de una voluntad habituada a lo justo, se demuestra que tal hábito no podría engendrarse sin la *preexistencia* de aquello que informa o explica la formación de

tal hábito: el hábito, así, es efecto de lo justo y no lo justo efecto de un hábito.

6) CAUSA FINAL. En el orden moral, esta causa tiene características propias, por las que no es posible admitir que ella resulta, como las otras causas, por la simple aplicación de las causas metafísicas del ser. En efecto: metafísicamente se dijo que debernos distinguir el fin del *medio*. No es el dique el fin sino el medio: el riego es lo que nos proponemos conseguir al construir un dique. Es evidente, por otra parte, que el medio debe guardar íntima relación con el efecto.

En el orden práctico de la moralidad tal distinción nos parece imposible a menos que juzguemos medio, por ejemplo, *dar* dinero a un necesitado, para lograr así por este *medio* nuestro propio perfeccionamiento.

Pero es que en el orden moral el fin no puede ser otro que el bien en sí, el Bien Supremo. Si éste no fuera, la moral no sería la ciencia de la conducta, desde que no existiría un tipo o valor inmutable de las acciones humanas. Si los actos se miden por su relación a la felicidad, debe indiscutiblemente existir un criterio supremo de la felicidad. Y como toda felicidad es efecto de poseer un bien, se sigue que la ley o fundamento científico de la moral consiste en demostrar este Bien Supremo cuya posesión significa la dicha plena o la beatitud <sup>(27)</sup>.

Ahora bien: ¿podríamos distinguir, desde este punto de vista, el *medio* del fin? Si fuéramos a discriminarlos, como lo hacemos con respecto de las realidades materiales (el dique), nos veríamos forzado a decir que la felicidad es el fin o resultado de poseer a Dios; por consiguiente Dios se nos transformaría

---

(27) Sobre el fundamento científico de la moral véase *M. S. Gillet: la moral y las morales*, pág. 198. Acerca de las pruebas de la existencia del fin último, consúltese a *Luis M. Eleizalde e Izaguirre: curso de filosofía: ética*, pág. 80, tomo I.

en *medio* de esta felicidad. Esta conclusión es absurda, desde que Dios no puede en ningún caso ser medio para la criatura humana. Luego Dios es absoluta, total y necesariamente el fin en sí. En el orden moral, pues, el fin no es la felicidad sino el Bien. Por el contrario, la felicidad se muestra siempre como el *efecto* propio y habitual del hecho de poseer el Bien.

Aclarado este aspecto singular que nos plantea la causa final de la moral, se resuelve por sí mismo el problema del *medio*. Considerado a Dios absolutamente como fin, los medios para llegar a El serán todas las demás cosas o bienes. Estos fines medios, los seleccionaríamos en relación a la dicha que nos pueden proporcionar legítimamente, pero esta felicidad legítima es simplemente medio para ascender no a la felicidad por la felicidad mismo sino el Bien por el Bien mismo. Vale decir, entonces, que fuera de Dios no hay fin que lo sea *en sí mismo*, y si no lo es en sí mismo, será siempre *para otro*. Todo fin que no es *en sí* es, por consiguiente, *medio* y este medio será moral, siempre que lo sea en relación al *último bien*; de lo contrario no será un bien moral sino un bien material en sentido lato, y el acto contrario a la moral, ya que no pueden existir actos indiferentes a la moral <sup>(28)</sup>

Por la licitud moral de los medios, Dios se constituye así en el fin natural de la conducta, la ilicitud de los medios definen la inmoralidad. La causa final, de este modo, se encuentra sustancialmente ligada a la causa eficiente: las virtudes morales impulsan naturalmente a *elegir* los medios lícitos. Con la causa material y formal el nexo es también evidente: se dijo que todo hombre es potencialmente bueno, pero que no lo es siempre en acto. Precisamente, siendo Dios el origen y fin de la criatura, la potencialidad moral de ésta no puede ser sino preordenada hacia este Bien Supremo. El acto intrínseco, en cambio, depende de la eficiencia: sin virtud la potencia no llega a actualizarse, en consecuencia: el hombre cuando tiende al mal,

---

(28) S. Tomás: *somme théologique*, I-II, q. 18 a 9.

por la ejecución del acto inmoral, sería debido a la ausencia de la causa eficiente o carencia de virtud.

7) CAUSA EJEMPLAR. Según dijimos al hablar de la causa ejemplar del ser, que no podía ser otra que el *medio* adecuado que opera con la causa eficiente para el mejor logro del fin. Por eso el ejemplar es aquello en cuyo modelo me inspiro para así asegurar el fin deseado. Dijimos, también, que este modelo, siempre “medio”, es la “idea” que yo concibo, sea original o reproducción de otra.

En todo caso, la causa ejemplar es la *idea* de aquello que produce tal efecto. Es siempre el *medio* y nunca el fin mismo que me propongo. En el orden moral la aplicación correspondiente de esta causa del ser tiene la misma variante o interpretación.

Si sólo Dios es el fin *en sí* y las demás criaturas y cosas, medios para llegar a El, se sigue, también, que Dios es la suprema fuente de inspiración humana, el modelo perfecto en íntima relación, por tanto, con el fin al que tiende la criatura humana. Confúndese así en el orden moral la causa final con la ejemplar identificación, en cambio, que no es posible en el orden metafísico del ser, por cuanto el fin es un *efecto* que se logra en virtud de una causa ejemplar-medio (la idea); empero, en el orden moral el efecto es la *contemplación* del Soberano Bien y su amor infinito; por tanto, este Soberano Bien *debe* ser a la vez el modelo perfecto para el logro de aquella visión y amor beatíficos.

Esto no excluye, por otra parte, lo mismo que ocurre con los medios de la causa final, que no nos debemos servir de otros ejemplares que iluminen nuestra mente y fortalezcan nuestras virtudes en sentido de tal fin. De ahí el poder que tienen sobre nosotros el ejemplo de los santos y varones justos, santos y justos, precisamente, por la gran eficiencia lograda en el ejercicio de las virtudes. Por consiguiente, la conducta de los varones justos y santos son modelos que nos aproximan al modelo perfecto al cual no podríamos por nuestras solas fuerzas imitar.

Pero ante y por sobre todo, el modelo perfecto es Cristo y su Divina Ley en la cual se inspiran los hombres justos. El es así el modelo por excelencia, y quien le imita no sólo alcanza a la moralidad, sino, también, la perfección que es de la naturaleza misma de la moralidad <sup>(29)</sup>. “A la causa formal -dice Manser- pertenece la causa ejemplar, en cuanto que la forma de la cosa, inmanente al efecto, fue hecha según ella; pero ambas se distinguen en que la causa ejemplar se encuentra fuera del efecto, *extra rem*. *Rigurosamente*, y siempre consecuente consigo mismo, acentúa Tomás, frente a las tendencias monistas de los neoplatónicos, que Dios nunca puede ser considerado como causa formal, óntico-interna, de las cosas, sino únicamente como causa extrínseca, es decir, eficiente, final y ejemplar” <sup>(30)</sup>.

---

(29) Ibid, I, q. 44. a. 3.

(30) P. G Manser: *la esencia de la filosofía tomista*, pág. 346.



## **CAPITULO II**

### ***DE LAS CAUSAS DEL DERECHO***



## Sección 1

### DE LA CAUSA MATERIAL

1) NOCIÓN (\*). De acuerdo a la noción metafísica de causa material, o ser potencial, que hemos dado en el primer capítulo, y teniendo en cuenta además su aplicación establecida en el orden moral, la causa material del Derecho debe ser aquella actividad humana en la que el Derecho se encuentra *potencialmente*, vale decir, el acto humano *determinable* jurídicamente. Según ello, debemos por anticipado referirnos en este capítulo a la causa formal sin la cual carecerían de sentido las expresiones que ahora usamos, de derecho *potencial*, derecho *determinable*.

El derecho potencial o lo determinable jurídicamente, no puede ser otro que el acto humano *potencialmente justo*, o el que, de acuerdo a su naturaleza y requisitos intrínsecos, *puede ser justo* por la acción del sujeto de tal acto. Veamos, pues, en qué consisten los caracteres intrínsecos de lo justo potencial porque tal constituirá la materia determinable.

---

(\*) La tesis publicada por el doctor *Juan Miguel Bargallo Cirio*, titulada, "*Sociedad y persona*", constituye un ensayo magnífico que no podemos dejar de mencionar en el comienzo de nuestro estudio sobre las causas del Derecho. En esta tesis se intenta una aplicación de las cuatro causas de la metafísica a la sociedad, o sea que la labor de Bargallo Cirio se circunscribe a "*Un ensayo de fundamentación metafísica del orden político*", como reza en el subtítulo de la obra aludida. Queremos así destacar que nuestro modestísimo intento de articular las causas del orden jurídico, presupuesto del orden ético-político, coincide en parte y se afianza en esta magnífica tesis, que en otra oportunidad comentamos con todo el fervor que ella se merece.

Aquello sobre lo que recae lo justo o lo que ya de suyo implica la justicia y el Derecho no en *acto* sino solamente en *potencia*; aquello que de acuerdo a lo dicho en la causa material de la moral, debe necesariamente ser justo por ser también el hombre inclinado necesariamente al Bien, debe constituir, como consecuencia, la causa material del Derecho.

Si el hombre no es perverso por naturaleza potencial, sino que se pervierte en acto de acuerdo a los medios que elige; si por naturaleza tiende ineludiblemente al Bien, o sea que es potencialmente bueno, de la misma manera lo será en el acto por el que refleja a sus semejantes: el hombre tiende por ley de su ser a convivir con sus semejantes en razón de ese Bien común, luego la sociedad es *medio necesario* para dicha convivencia.

Partiendo, pues, de esta tendencia a la sociedad, podemos afirmar que el ser que es en potencia sociable, que no puede progresar sin ese medio, ni actualizar sus potencias individuales sin la interacción e influjo de los demás, es un ser determinable por la Justicia y el Derecho, porque tender a la sociedad es tender a la coexistencia, y coexistir humanamente sólo es posible mediante “una voluntad recia que se define por una “voluntad permanente de dar a cada uno lo que le corresponde”.

El equilibrio social no tiene sentido así sin la idea de lo *mío* y de lo *tuyo*. Pero para que un valor social correspondiente a lo *tuyo*, rija temporalmente la conducta, es menester fijar como materia el acto humano *en el cual* significamos lo *tuyo* y *sin el cual* la justicia no sería más que una esencia lógica o forma “pura”, jamás realizable, como dice Stammler. Para el idealismo crítico, la causa material y formal del Derecho tienen distinto fundamento: la materia del Derecho tiene origen sensible, la forma es puramente lógica <sup>(31)</sup>. Para nosotros, en cambio, tanto

---

(31) R. Stammler: *Tratado de filosofía del derecho*, pág. 5. Dentro de esta dirección filosófica se encuentra ubicado el ex profesor de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba, Dr. Enrique Martínez Paz, el que con cierto matiz original, y digno de especial mención entre los filósofos del derecho contemporáneo, da a la obra de Stammler una

la materia como la forma tienen origen en la experiencia, son categorías prácticas de la conducta abstraídas de la realidad misma.

2) LA MATERIA O FORMA POTENCIAL DEL DERECHO. De conformidad a las nociones generales que ya poseemos acerca de las causas del ser, la materia de algo es en realidad su forma *potencial*; de no admitirse esta correlación la forma o el acto determinante tendría un origen extrínseco y, por consiguiente, el ser en sí estaría constituido sólo por la materia, lo que implicaría sencillamente la *negación* del ser. Debe, pues, la materia en sí misma ser potencia de su propio acto o determinación. Tal es el concepto que oportunamente se dio de causa material.

Si en el orden moral la voluntad humana tiende necesariamente al Bien, en el orden jurídico la *relación* de voluntades es por definición relación dirigida al bien de dichas voluntades, vale decir, al Bien común. Esto considerado sólo desde el punto de vista de la potencia no del acto. Si así no fuere tendríamos que admitir forzosamente que el ser no tiende *a ser lo que es*, a su propia plenitud.

La necesidad de la coexistencia humana es necesidad impuesta por el orden ético individual, desde que sabemos que la *ley* y la acción de los demás es la causa eficiente sin los

---

mayor justeza lógica, a la vez, que un sentido realista de que carece aquélla. Al respecto bástenos comprobar el distinto ordenamiento y enfoque de los problemas filosóficos del derecho. Mientras Stammler constituye su sistema partiendo de las formas puras del concepto y de la idea, Martínez Paz llega a ellas partiendo de la realidad del derecho positivo: “Para seguir un estricto orden lógico -dice- corresponde comenzar la exposición del sistema, proponiéndose el problema que plantea el derecho en su aspecto positivo, como conjunto de principios y de normas que rigen la vida de relación. Este aspecto es el que nos impresiona primeramente el que aparece a la primera observación sobre el derecho”. *Tratado de filosofía del derecho*, pág. 211.

cuales los fines esenciales del individuo no podrían actualizarse.

Llegamos así a este término, para nosotros, decisivo: La *convivencia* es necesaria al hombre como el medio para los fines éticos; luego el derecho, debemos concluir, es simplemente un *medio*. Pero es medio en sentido estricto de causa eficiente de la moral, luego es medio *necesario*. Esta necesidad no puede tener otro término que la conducta colectiva *justa*. De aquí precisamente el problema central de la filosofía del derecho ¿qué es la justicia en sentido de lo mío y de lo tuyo? Se nos presenta así la justicia como *medio* que es en cuanto a su origen moral (virtud), transformada en *principio* (causa formal) de la conducta colectiva, es decir, como razón y fundamento de la relación jurídica. Desde este punto de vista asignamos al derecho una causa formal propia, por lo que podemos, de este modo construir una ciencia o filosofía del derecho como “un orden ético colectivo”; ético por ser la justicia virtud de la voluntad, jurídico-colectivo, por ser la forma constitutiva de la relación bilateral.

Tratemos de determinar ahora el *contenido potencial* de lo justo o sea aquello que de por sí es sólo lo justo *determinable*; tal es el estudio tocante a la relación bilateral humana, aparte del acto que ya señalamos en su significación moral unilateral. La relación jurídica es, por tanto, en sentido de su causa formal *relación entre voluntades*. Toca así discriminar dos aspectos fundamentales de la relación: el de su *génesis* o sea el proceso intrínseco de la relación y el de su *existencia actual*, vale decir, las *condiciones formales* que la muestran como la materia específica del Derecho.

3) GÉNESIS DE LA RELACIÓN JURÍDICA. La relación jurídica se constituye en vista de fines y propósitos *preexistentes*. Tócanos, en primer término, mostrar el aspecto esencialmente *genético* del derecho: el contenido psicológico de la relación.

Es indudable que entre los innumerables fines con los que la voluntad humana construye sus perspectivas futuras, existen fines que son específicamente objetos de la relación jurídica. ¿Cuál es el criterio para esta determinación?

Recordemos que en el orden práctico, el *fin* de la acción es, también, su principio; el fin de la voluntad es, a la vez, su razón de obrar. De esto se sigue que el *criterio* para discriminar aquel contenido o los fines que han de ser la materia del derecho es el bien común. Hay actos por los cuales nos vinculamos a la vida de los demás, que no tienen un fin puramente individual sino, también, social y, empero, no son potencialmente jurídicos, porque estrictamente no se encuentran vinculados a este bien común. Decimos de este modo que es una costumbre y no regla jurídica, usar luto por la muerte de nuestros familiares; que saludar a los conocidos es un uso universal; que de igual manera no son normas jurídicas las que enseñan a comportarnos con los amigos, las reglas de etiqueta social y las de educación y trato familiares; en cambio, son jurídicas aquellas reglas que se refieren a la contraprestación de servicios, a la compra y venta, a la gestión de negocios, etc. Distinguimos así perfectamente actos que comprometen aquel bien común y actos que no lo comprometen. No basta, pues, discriminar entre actos sujetos a simples reglas de convivencia y actos sujetos a estas otras que denominaremos jurídicas; es menester ir más allá y establecer *de qué manera o cómo* se constituyen las reglas que ordenan coactivamente el cumplimiento de las convenciones y contratos.

Desde este punto de vista, no nos interesan la sanción y promulgación de las leyes porque este punto de vista ya presupone el Derecho en sus cuatro causas constitutivas. La coacción de las reglas jurídicas a que antes nos hemos referido es *imperio* consultancial al derecho mismo y no la coacción material organizada por los poderes encargados de dictar las normas.

Como vemos, el punto principal de nuestro problema se centraliza así en el acento característico de la *materia* que ul-

teriormente por acto intrínseco de sí misma resultará jurídica, es decir, imperativa en sí misma.

Estudiemos, pues, el proceso y génesis en virtud de los cuales ciertas reglas sociales aparecen por sí mismas *imperativas*. Desde luego, que este imperio o coacción no se atribuye arbitrariamente a cualquier costumbre o uso social. Toda coacción de la norma que proceda de fuente exterior y que no está fundada en el propio imperio del Derecho, vale decir la imposición no fundada en razón del bien común sino en razón del que la dicta, es la norma dictatorial que no es jurídica, precisamente, porque su imperio no reside en la materia potencial del derecho sino en una voluntad contraria al derecho.

¿De dónde, pues, procede la fuerza o coacción de las normas jurídicas? Si preguntáramos a un hombre inculto y analfabeto, por qué no puede matar, nos respondería porque la ley se lo prohíbe. Pero si a continuación le interrogáramos qué *razón* tuvo la ley para establecer esta prohibición, a buen seguro que nos responderá: porque la vida es el don más preciado del hombre, porque ella encierra las posibilidades de poder alcanzar dones terrenales y, por su medio, el don de una felicidad eterna. He aquí, pues por qué está prohibido matar. Si a este mismo hombre le preguntamos ahora si puede matar en legítima defensa nos responderá de inmediato que sí, como único recurso de salvar su propia vida.

Observemos que el criterio que nos ha dado nuestro interrogado, es exactamente el *justo criterio* para discriminar en todos los demás casos la materia del derecho de la que no lo es. En efecto: el bien común no es distinto del bien individual, ni puede serle contrario; no es él más que un medio para los fines supremos de la persona humana. Hemos dicho que la sociedad es absolutamente para el individuo y que éste lo es relativamente para la sociedad. Por consiguiente: los atributos esenciales del hombre como sus fines más altos deben estar protegidos en la convivencia como el *medio* necesario al *fin*; luego se sigue que aquello que ataca al hombre *sustancialmente* afecta por ende al bien común. Bien común así no es cualquier bien colec-

tivo sino sólo aquel que resguarda la persona humana en su integridad física y moral. Por ello el que no guarda el luto por la muerte del pariente no quebranta ley alguna, no afecta entonces al bien común sencillamente porque no guardar luto en tales circunstancias no es agravio en sentido estricto a la persona humana. No pagar en el término fijado la deuda contraída es quebrantar la ley, el derecho porque tal acto significa un agravio, "injuria". Es verdad sin embargo que es elástico y por demás relativo el criterio para poder establecer cuando hay o no hay injuria o lesión a la persona; pero esto en nada afecta a nuestra tesis. Lo cierto es que por un criterio, desde luego que las circunstancias de tiempo y lugar han de establecer, se discrimina siempre la *razón potencial* de lo jurídico.

La razón de los móviles de la voluntad puede variar históricamente pero el *criterio general* para juzgar sobre dichos móviles no puede variar jamás.

Los móviles de la voluntad, sus fines e intereses concretos en cada caso, no contienen en sí el criterio de su valuación jurídica. Es la razón que por propio ordenamiento, efecto de su *sindéresis*, los discrimina y jerarquiza. Como en el orden moral, existe una conciencia moral cierta a la que hay que obedecer para que la materia resulte formalmente moral, de la misma manera en el orden jurídico es esa misma conciencia moral que busca ahora no la identificación consigo misma sino la identificación en la alteridad. Tal la conciencia del bien común, al cual se tiene también por el ordenamiento de la razón. Siendo la razón la que ordena ella constituye el fundamento de la fuerza o imperio de la relación jurídica: todo ordenamiento es así la razón del derecho; esta razón, y no otra, es su fuerza. Ninguna fuerza puede compulsar al hombre a la obediencia jurídica, que no sea esta fuerza que emana del ordenamiento mismo de la razón <sup>(32)</sup>.

---

(32) "Más la última objeción pide la diferencia entre consejo y ley, la cual trae prolongada disputa con los herejes, si bien no es de este lugar. Dicen,

4) PRINCIPIOS FORMALES DE LA RELACIÓN JURÍDICA: LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD. La relación jurídica constituye, desde el punto de vista de las (causas metafísicas del derecho, el *acto jurídico*; son, pues, sinónimos. Todo acto potencial o intencionalmente jurídico es bilateral. No puede ser jurídica la actividad individual sino a condición de que este acto sea uno de los términos de la relación bilateral, como no es jurídico el acto que potencialmente no es término de dicha relación. La relación jurídica, pues, está constituida por la *interactividad*. Corresponde, de este modo, referirnos ahora a la constitución del lazo que une dos voluntades, cuyo ligamen es jurídico precisamente por ser jurídicos ambos *términos* de la relación.

En el párrafo anterior trazamos la génesis del acto jurídico, en cuanto él es potencialmente fin o móvil de la voluntad. Este sería el substracto del acto. Falta para que quede constituida la materia o forma potencial del derecho, determinar el modo cómo dichas voluntades han de trascender *objetivamente* en este tercer término subordinante que es la relación jurídica.

Dos son los requisitos esenciales de la relación: la *libertad* y la *igualdad* entre las partes. La libertad como requisito concierne a cada uno de los términos aisladamente, la igualdad, en cambio, respecta a la relación misma. Toda relación jurídica *presupone* una voluntad libre, empero toda relación de derecho es

---

pues, algunos que la ley se toma en dos conceptos: uno, por un precepto obligante, y así se distingue de los consejos; otro, por cualquier dictamente de la razón acerca de la honestidad del acto, y así, dicen la ley comprende los consejos. Pues, Santo Tomás (I .2, q, 19, a 4), dice, que todo acto bueno depende en su bondad de la ley eterna; mas los actos de los consejos son buenos y óptimos y, por tanto, son comprendidos por la ley eterna. No obstante, hablando *propiamente* de ley, como aquí se habla, no es tal sino aquella que lleva alguna obligación, como más abajo ampliamente disertaré". Francisco Suárez: "*Tratado de las leyes y de Dios Legislador*", I, 1, 3. Véase Albert Valensin: *traité de droit naturel*, tomo I, pág. 202; Georges Renard, "*introducción filosófica al estudio del derecho*", tomo I, pág. 140; Luis Recaséns Siches, "*vida humana, sociedad y derecho*", pág. 108.

una razón de igualdad. En consecuencia sostenemos: que el derecho se funda *inmediatamente* en la igualdad y *mediatamente* en la libertad; o también; que la igualdad jurídica es corolario de la libertad moral. Con esto queremos demostrar que la libertad jurídica no es otra que la libertad moral y que todos aquellos que hablan de libertad específicamente jurídica, en realidad aluden a la igualdad <sup>(33)</sup>.

En efecto: no existen especies de libertades, del mismo modo que no pueden existir diferentes especies de voluntades en el hombre. No hay más voluntad real que la psicológica humana, toda otra expresión resulta simbólica o ficticia. Todo acto humano procede de un proceso psicológico en el cual la *decisión libre* es su etapa principal. De esta decisión libre depende la moralidad o inmoralidad del acto, la licitud o ilicitud de los fines y medios, y, por consiguiente, de esta decisión depende también el acto potencialmente jurídico. Muchos han pretendido separar dos clases de actividades en el hombre, la moral y la jurídica. Desde luego que esto los ha llevado igualmente a separar la libertad en el sentido del derecho y la libertad en el sentido de la moral. Se dice así que la libertad es principio del orden jurídico, y que esta libertad no es la psicológica, ni la metafísica, ni la civil, ni la política, sino la libertad *jurídica*. Como se ve, se han extremado a tal punto las cosas que llegamos a predicar una libertad lógicamente jurídica, es decir una libertad atributo del derecho no del individuo.

Contra todos ellos estamos nosotros: no contamos con otra roca más firme para apoyar el derecho, que la libertad, la que

---

(33) Esto no quiere decir que no pueda aludirse a una libertad jurídica, como uno de los principios del orden social, siempre se entiende que tal principio tenga su sentido específicamente moral. En tal caso la libertad como principio del orden jurídico no es más que la voluntad individual que *decide* en miras de una alteridad de motivos. Y así como la libertad está *regulada* por la ley moral, de igual modo ella se encuentra constreñida por el derecho en sentido de esa bilateralidad. Tal fue también nuestra intención al abordar el tema de libertad en un trabajo nuestro anterior, titulado: "*Libertad y autoridad. Bases para una distinción entre ciencia y técnica del Estado*".

como *atributo* psicológico es potencia del alma humana. Toda otra construcción jurídica de la libertad corre ciertos riesgos. De estos riesgos pueden testimoniar tanto los que románticamente la han exaltado en el individuo, como los que por razones raciales la han abolido: basta como ejemplo aludir a la democracia jacobina, como a los estados totalitarios. En la primera se la exalta de tal manera que deja de ser un medio potencial en el hombre para convertirse en *actualizado*, vale decir, que la libertad no es *condición del* acto sino el fin último del hombre; de ahí las tesis del liberalismo democrático. El estado totalitario, por otra parte, cree que la libertad es atributo de la sociedad y no del individuo; ella la otorga cuando quiere y la quita cuando los intereses de estado lo demanden.

La libertad jurídica así sin la raíz ontológica individual no puede fundar la relación jurídica y, por ende, el estado de derecho, porque el orden jurídico es sustancialmente orden ético, precisamente en razón de que la libertad individual que regula la conciencia moral es la fuente y razón de la *igualdad* entre los hombres. Si no existiera la libertad moral, ¿podría existir en lo social-jurídico una razón de igualdad? en absoluto. La igualdad no tiene otra matriz que la libertad psicológica. Toda otra igualdad fundada en valores autónomamente jurídicos, independientemente de los valores morales, no hace nacer la relación de voluntades sino una *sujeción* de dichas voluntades a una concepción de libertad *impuesta*. Resultará así la relación jurídica por imperio exclusivo de la norma y no de la materia auténtica del derecho, cuya fuente no puede ser otra que la voluntad de la persona humana en su espontánea actividad.

En consecuencia: la libertad no puede considerársela jamás en acto por cuanto ella no es el fin de la voluntad sino sólo un medio para el logro de sus fines. Por tanto, es sólo potencia de la voluntad, vale decir, un *atributo* o modo *esencial* de obrar, en una palabra *condicionante*, pero no *condicionada* <sup>(34)</sup>.

---

(34) El distinguido colega Dr. *José Juan Bruera*, en su excelente trabajo, "*El concepto filosófico-jurídico de causalidad*", pág. 207, nos hace notar

Cuando decimos que el acto humano es libre, no significamos que la libertad es *contenido* del acto, ni que de otro cualquier modo se encuentre en él, sino que el acto libre lo es por virtud de una *decisión libre* de la voluntad. La relación jurídica, pues, tiene una raíz eminentemente moral por cuanto parte de esta decisión libre.

Ubiquémonos ahora frente a la relación misma, es decir, frente a la *interactividad* de dichas voluntades; no otro efecto puede resultar de actos unilateralmente libres que la *igualdad* entre los términos de la relación. Así como la libertad es condición esencial de la decisión, la igualdad es condición formal de la *relación*. Por la equivalencia que solemos encontrar entre la causa y el efecto, afirmamos que la libertad es principio de la relación jurídica, cuando en realidad su único principio o causa directa es sólo una razón de *igualdad*. En efecto; si, como se verá más adelante, el objeto de la justicia es el derecho, lo *recto*, lo *justo* son así equivalentes en cuanto se refiere la justicia a la relación de dos voluntades. Pero lo justo en sentido del derecho no es otra cosa, que lo *suyo* en cada caso; lo que a cada uno le es debido, lo que a cada uno le pertenece. “Dar a cada uno lo suyo” significa en *acto* considerar a cada uno de los individuos de una comunidad social al mismo nivel con respecto a un mismo *valor*: lo justo. Lo justo, pues, es esencia *analógica*, que atribuye a todos y en particular a cada uno lo que a cada uno le pertenece y, por ende el deber de cada cual hacia los demás. Del mismo modo que Dios no puede ser sino el fin supremo de todo hombre conteniendo, por tanto, este último fin una razón de *igualdad de fin* para todos los cristianos, del mismo modo la idea de justicia une a todos los hombres de una comunidad en una razón de analogía. Jurídicamente todos los hombres, sin excepción, al

---

que “cuando no toma la expresión en sentido instrumental, sea jurídico, sea psicológico”, la libertad es más bien un valor. Nosotros, no obstante, diríamos, frente a esta observación, de que la libertad es un *valor instrumental*. Y no puede ser otra cosa por ser precisamente valor *condicionante*, no *condicionado*.

participar en este principio analógico quedan por ello analogados como sujetos o términos de la relación de Derecho.

La *desigualdad*, en cambio, proviene de la ausencia de todo valor de justicia, la desigualdad o relación *injusta* acusa, así, en su origen moral, la ausencia de la decisión libre de la voluntad. Nosotros por ello no creemos que puedan coexistir una voluntad moralmente *libre* con una relación o intercambio de voluntades jurídicamente injusta, por que toda igualdad jurídica es consecuencia del intercambio de voluntades *libres*, como toda desigualdad es el forzoso corolario de la ausencia de una voluntad espontánea. El derecho es orden ético social, precisamente por este nexo que remarcamos entre la libertad y la igualdad: la inexistencia de la libertad en la decisión de la voluntad no puede estar dirigida luego en sentido de lo suyo, porque lo suyo implica un *poder*, un señorío; todo poder encierra la *facultad* de autodeterminación. El concepto de lo suyo en sentido de poder o facultad no es posible sino en una relación de términos equivalentes o iguales; luego la razón de la igualdad que es esencia de la justicia, es consecuencia de la libertad fundada en el orden ético individual.

Con todo, muy lejos de afirmar nosotros que la igualdad es el fin del derecho, o sea que el derecho tiene por objeto hacer iguales a los hombres. Del mismo modo que la libertad no es fin sino medio, como lo hemos demostrado anteriormente, la igualdad no puede considerarse en sí como *acto*. Ella es siempre condición de la relación de derecho. El derecho no tiene por fin realizar la igualdad, sino que *parte* de ella a fin de realizar el bien común. Es, por consiguiente, un atributo de la relación en cuanto considera a sus términos de manera coordinada, no *subordinada*; la igualdad no se halla en la relación como *contenido* de ella sino como su *condicionante*. Sería absurdo suponer que la igualdad pueda estar condicionada por la relación jurídica, porque estar condicionada por ésta implica a decir sencillamente que la igualdad no existe. Siendo su naturaleza permanente puramente medio condicionante, es irreductible a todo acto o acción.

Como observamos anteriormente, al aludir a la libertad, también debernos referirnos a ciertos equívocos que no hacen sino destruirla en su origen moral, aniquilándole como razón de igualdad, justicia y equidad. El liberalismo jacobino como el totalitarismo de raíz hegeliana, consideran así la igualdad como el objeto fundamental del derecho, realizar la justicia es no sólo actualizar la libertad entre los hombres sino también lograr la igualdad; que todos seamos libres e iguales ante el derecho. Pero si el derecho tiene por misión alcanzar la igualdad, el derecho *preexiste* a la igualdad. ¿Sería posible, entonces, definir el derecho sin este atributo de la relación que es la igualdad? Si todo derecho es razón de igualdad es decir de justicia ¿cómo puede señalarse la igualdad como objeto del derecho si constituye ya parte del derecho mismo? Si la igualdad en cambio, no es derecho sino su objetivo resulta entonces que el derecho no es lo justo en sí sino simplemente *medio* para esta igualdad.

A estos absurdos se llegan con las doctrinas del *liberalismo* democrático y con las premisas del estado totalitario. En efecto: el hombre, según la concepción jacobina, contiene innatos ciertos derechos y en tal carácter son anteriores al estado mismo; la libertad y la igualdad constituyen de este modo los primeros derechos, fundamentos y bases de todos los demás. El hombre es libre por *naturaleza* e igual a sus semejantes; por consiguiente, todos tienen los mismos derechos y son partícipes del mismo modo de la soberanía y del poder. De esta manera, el poder se concibe como *un fin* y no como un medio, vale decir, que la libertad y la igualdad se consideran en *acto* en cada hombre, el poder se halla por tanto en cada uno en razón de esta misma naturaleza. El individualismo anarquizante que se derivó de esta concepción de la igualdad natural, no tuvo otro antídoto que el advenimiento del estado totalitario. Los grandes males que el estado liberal trajo a la humanidad sólo el estado totalitario prometía curarlos. Y así el nuevo estado negó la igualdad entre los hombres y predicó, en cambio, el principio de la desigualdad natural que fue consagrado por las premisas del racismo. Sólo ciertos hombres, cierta raza, es la que ha de go-

bernar a los demás, porque así lo ha dispuesto la naturaleza, porque así está escrito.

Obsérvese que no hay salvación posible para el hombre entre los dos extremos aludidos; entre la afirmación dogmática de una igualdad en acto dada por el jacobinismo y la negación absoluta de tal igualdad formulada por el estado totalitario, sólo le queda al hombre un único recurso: considerar a la igualdad como *potencia* del ser humano, como *condición* de la relación de derecho no como contenido; un una palabra como *medio* para realizar la justicia y no como el *fin* de la justicia. La igualdad como condición y no como contenido de la relación jurídica, es consecuencia lógica de la concepción moral que hemos adoptado sobre la libertad. Pero se dirá: ¿existe la libertad como atributo natural de la voluntad? Nos vemos forzados así a tener que demostrar la premisa mayor, fundamento de la igualdad jurídica. Tal el objeto que nos proponemos en el párrafo siguiente.

5) LA LIBERTAD EN RELACIÓN A LA PERSONA Y A LA PERSONALIDAD. *El problema.* Así como la Verdad no puede ser más que una, aunque varios sus objetos, la libertad igualmente es una en su esencia, pero compleja y diversa en su existencia. Las distinciones, sin embargo, que con respecto a ella se hacen sólo acusan diferentes actos a los que se aplica, como la clasificación de muchas verdades deriva de los diferentes objetos que la mente especula.

Las distinciones entre la libertad moral, la libertad social, jurídica, económica y política no implican diferentes sujetos titulares de dichos actos, por tanto distintas especies de libertades, pues si no puede existir más que una especie humana, una es la libertad que atañe a tal especie. La *esencia* de algo es precisamente lo que es específico y se añade al género próximo. Y así como hombre no es nada más que animal racional, no pudiendo existir distintas especies de ani-

males racionales, de la misma manera la libertad, cualquiera sea la trascendencia y contenido del acto, no es otra cosa que un poder o facultad del hombre para decidirse por sí mismo. Tal su noción esencial.

Cuando dicha noción se pierde y se ignora a la vez su fuente metafísica ocurre la diversificación que anteriormente apuntábamos, constituyéndose tipos de libertades, cada una con su autonomía propia, cuyo resultado es la ruptura de la coexistencia de la vida social y el advenimiento de un estado anárquico y disolvente. La unidad y continuidad histórica del hombre es la expresión de su unidad y continuidad metafísica. Una concepción de la libertad fundada exclusivamente como *condición* del acto es negar la libertad, porque el hombre en realidad obra en relación a fines y motivos, y vive siempre sujeto a normas. Su historia debería ser más bien la historia de la autoridad y no de la libertad.

El Renacimiento, al suplantarse la filosofía teocéntrica por el egocentrismo del empirismo y racionalismo, contribuyó desgraciadamente a diseccionar la verdadera fuente metafísica de la libertad. Tal ocurrió principalmente con la construcción romántica del individualismo racionalista, cuya cátedra enseñó a concebir la libertad como *fin* y no como *medio*. Considerarla del primer modo implicaba la necesidad de crear diferentes tipos de libertades de conformidad a los distintos planos en que se desenvolvía el hombre. Habiendo eclipsado su origen teológico, destruyó también su unidad espiritual, fragmentándose en tantas partes según los planos en que debía actuar. Esto fue similar a lo que ocurrió en el orden moral: se demarcaron profundamente la moral pública y privada no en razón del sujeto sino de acuerdo solamente a las *consecuencias* de sus actos. Sólo interesaba el problema de la salvación de la sociedad no del individuo. De esta manera se consagró una moral pública pareja a una libertad civil y política, deslindándose, empero, de la moral y libertad individuales. Se restó importancia, pues, al problema de libre albedrío. Rousseau enseñó así que la libertad es el fin

supremo del hombre, y de simple esencia *medio*, como lo enseñaron los escolásticos, se convirtió en un *fin*, en algo *real*, fruto del romanticismo de la época. De la negación de su esencia y de la afirmación sólo de su existencia, el hombre se afanó en encontrarla en el campo de sus posibilidades, no pudiéndolo conseguir jamás. No siendo ella objeto-cosa sino *cualidad* de la voluntad, en el propio afán de encontrarla el hombre la presumía en sí mismo, conforme a la célebre frase: “el que me busca es porque ya me posee”.

Por eso hoy en día anhelamos de nuevo reencontrarnos en las fuentes metafísicas de la libertad: ellas residen en el hombre mismo, en su carácter de *persona moral*.

No pretendemos abordar este propósito en toda su amplitud, sino sólo en un breve ensayo de lo que más adelante podrá ser tratado con más espacio y detenimiento. En la presente nota articularemos únicamente el vértice central del problema, al cual se encuentran enfocadas innúmeras cuestiones de orden práctico, cuya solución dependerá del modo de situarnos en dicho vértice.

### ESENCIA Y EXISTENCIA DE LA LIBERTAD

La tarea fundamental que nos proponemos es aclarar una vez más en el campo convergente de lo psicológico-metafísico lo que queremos significar por la palabra libertad. De este análisis dependerá, indudablemente, el concepto claro y preciso que debe ser aplicado en cada caso, como cuando se habla de libertad moral, social, jurídica, económica, política, etc., ya que estos órdenes de libertad no son más que aplicaciones prácticas de su concepto específico.

La noción metafísica de la libertad ha de integrarse así con los elementos constitutivos que le da el ser humano en cuanto a su esencia y existencia.

Debemos distinguir, de este modo, dos aspectos fundamentales de la libertad: su esencia y su existencia, pues si es algo en el ser, debe participar de éste a la vez de su esencia y de su existencia. De acuerdo a las distinciones de la filosofía escolástica, debemos también señalar cuál es la *forma* y la *materia* de la libertad, o en otras palabras, su *potencia* y su acto.

La libertad como esencia participa de la misma esencia del hombre: es, desde este punto de vista, pura potencia, pura virtualidad; es poder para decidirse por sí mismo, es la facultad para optar y elegir, es, en fin, atributo natural de la criatura humana, coexistente con sus demás potencias y virtudes. La libertad, como existencia, es en cambio, acto, actualización de aquel poder, por tanto, condicionada y puesta en juego por los fines y los medios que motivan al actividad.

De esto se sigue: que como pura *esencia* o potencia ella es *atributo* de la voluntad, como *existencia*, es cualidad del acto o sea relación de la voluntad con el fin. Entiéndase bien que cuando hablamos de la actualización de la libertad por el acto concreto, no pretendemos significarla como un fin sino como el supremo *medio* para realizar, todos los fines posibles. Es, entonces, la libertad como pura forma o potencia, cualidad que no ha de actualizar nada de sí misma, ya que es simple medio, y, por tanto, tendiente a actualizar lo que está fuera de sí o sean los fines a los que tiende la voluntad. Es, pues, la libertad en cuanto esencia *atributo del alma*: como existencia *condición esencial del acto*.

En consecuencia: atendiendo a su esencia todos los hombres son igualmente iguales, siendo, desde este punto de vista, imposible admitir su contingencia y relatividad, pues, no siendo todavía en *acto*, ella está fuera del acontecer, independiente de los fines que ella actualiza. El error político de Rousseau consistía precisamente en identificar esta esencia cualitativa del alma humana con la libertad en *acto*, es decir, identificó la contingencia propia de la existencia, con la esencia, identificó lo mudable y relativo con lo absoluto y eterno, constituyendo así, con elementos puramente empíricos, una ficción metafísica, y un absurdo natural, como cuando afirmamos que todos los hom-

bres son igualmente libres en *acto*. Creer así que la libertad en esencia es su propio acontecer histórico, es destruir la libertad misma porque todo acto es condicionado por un factor extraño a sí mismo. Ella sólo es medio para el acto; no hay acto humano posible que la pueda conquistar por otro acto, si no ha de ser por la simple conformidad a su esencia metafísica. Todo acto está subordinado a un fin y, desde este punto de vista, resulta imposible querer definir la libertad; en cambio, es un concepto claro como pura esencia formal.

Cuando realizamos un acto distinguimos dos elementos: por una parte una *posibilidad* de elegir entre dos o más fines y, por otra, una elección y decisión realizadas en miras a un fin o fines determinados. Precisamente por no distinguirse ambos aspectos, y por partir sólo de la decisión o del acto, es que existe la doctrina del determinismo psicológico y científico: se parte, como partió Rousseau, solamente de una supuesta libertad en acto; y como de hecho resulta imposible demostrar la libertad en el *acto mismo*, la libertad no existe. Tal es la conclusión del determinismo. ¿Quién, según éste, podría asegurar que es libre, si precisamente se ha decidido por algo que gravitaba en su conciencia, que ha juzgado más lógico, más conveniente, más provechoso?

La premisa mayor del determinismo es, pues, falsa: la esencia de la libertad no está en el acto *realizado* sino en el acto a realizarse no es *fin* sino *medio*, no es lo *condicionado* sino lo *condicionante*; ella, en una palabra, es la *razón de ser* del acto, no la *existencia misma* del acto.

Ahora bien: si la libertad se distingue como pura cualidad del ser racional (esencia) y como cualidad propia de la voluntad que *decide* el acto, (existencia) se sigue necesariamente, que la existencia de la libertad, sin ser un acto, *lo produce* como su causa eficiente. Intentaremos demostrar a continuación que mientras todos los hombres son igualmente libres por participar de la misma esencia metafísica de la libertad, en acto sólo es verdaderamente libre la voluntad capaz de obrar de conformidad a esta esencia, es decir, es tanto más libre *en acto* cuanto

más perfecta es la adecuación de los fines-motivos del acto con la esencia y naturaleza del ser de razón.

Demostraremos, por tanto, que libertad en acto es igual a *capacidad* en acto, y quien no posee capacidad no tiene libertad en *ejercicio*, conservándola sólo en esencia en tanto es persona humana.

### LIBERTAD EN LA PERSONA Y EN LA PERSONALIDAD

En el hombre distinguimos individuo, persona y personalidad. Es *individuo* en tanto es una unidad existencial, como puede ser una piedra, una planta, un animal cualquiera; es *persona* <sup>(35)</sup> en tanto la individualidad es capaz de *reflejar* su propia individualidad por un acto de conocimiento (conciencia) lo que supone en el individuo, además de la materia física, una substancia espiritual, sujeto de dicha conciencia; es *personalidad*, en fin, cuando la persona, partiendo de sí misma, *desarrolla* las potencias y virtudes del ser que la produce. La individualidad es, pues, la actualización de. potencias biológicas; la

---

(35) Magnífico es el pensamiento de *Derisi* cuando expone sobre el ámbito propio de la persona: “únicamente la persona -dice- tiene conciencia del misterio ontológico en la triple medida de los tres pronombres personales y únicamente ella, por eso, puede entablar el diálogo -en la dualidad de sujeto- objeto intencional, sólo alcanzable en el dominio de la espiritualidad que la específica del *yo* con el *tú* del *mundo*, quien le habla y la conduce hasta *El*, hasta Dios. Únicamente la persona alcanza y sabe que nunca está sola, que siempre está ante otra Persona, infinita y divina, quien desde su trascendencia incontaminada, penetra hasta lo más íntimo de su propio ser finito. La *soledad*, tan propia de la persona y consecuencia de la conciencia de sí, que le permite penetrar en su propio -santuario vedado a la mirada de otras personas finitas- no es absoluta: siempre permanece abierta a la presencia de la Persona infinita. En el término, pues, de esta dimensión teórica, en la tensión más vigorosa de su actitud contemplativa, la persona no puede eludir la presencia y contemplación de Dios”. “*Las dimensiones de la persona y el ámbito de la cultura*”, pág. 15

persona es, en segundo término, la actualización de lo específicamente humano y la personalidad, en tercer término, la actividad del hombre por la cual desarrolla y da el *contenido* espiritual de la, persona.

Existe, por tanto, una línea recta, ascendente y progresiva, desde el individuo hasta la personalidad. En este proceso, la libertad, como atributo de la conciencia se estructura de la misma manera y por el mismo proceso anterior; en la individualidad humana es potencia ciega y se actualiza igual que en los demás animales en instintos y movimientos reflejos; en la persona este fatalismo instintivo se actualiza en un libre albedrío o poder de elegir y decidir; en la personalidad, por último, ese poder o facultad meramente potencial, se hace posible de ser ejercido por la persona cuando, por la capacidad adquirida, ella es por sí misma fuente y autoridad de todas sus decisiones. La capacidad adquirida por la persona da a ésta autonomía para arbitrar sobre lo que más conviene de conciencia; por tanto, todo hombre es libre: es libre el niño en cada caso; su incapacidad, en cambio, le crea una sujeción permanente a la autoridad de los demás.

*Persona humana* es todo hombre por el hecho de ser ente no el ignorante, el salvaje, el sabio en su condición de persona y, desde este primer punto de vista, la libertad es anterior a todo derecho y al Estado mismo: no admite restricciones posibles precisamente porque no existe aún la libertad en *acto*, única que la hace contingente y relativa. En consecuencia: no puede hablarse, desde este punto de vista, de libertad civil, social, económica, jurídica y política porque estos órdenes suponen la libertad en *acto*.

*Personalidad humana*, en cambio, no la tiene siempre todo hombre sino el que posee una capacidad adquirida, un cierto desarrollo cultural. Por eso, el niño no es personalidad, como no lo es el salvaje, el ignorante, el analfabeto. En éstos, la persona no se ha actualizado, permaneciendo en su estado original. Tiene personalidad todo aquel que participa activamente en alguna medida de la cultura espiritual del medio ambiente; sólo así la persona es capaz de independizarse del influjo o sujeción es-

piritual de sus semejantes. De esta manera, la libertad es condición *real y efectiva*, del acto, pues la decisión humana tiene verdadera autonomía y contribuye por *sí misma* a su perfección progresiva y a lograr la posesión de sus más altos fines. A Dios no se llega sin la libertad en acto; de ahí que es deber del hombre cultivar su inteligencia y la visión especulativa, porque cuanto más clara sea la contemplación por la inteligencia (acto de conocer) mayor será su influjo sobre la voluntad y sus decisiones (acto de querer). El que concibe mejor aumenta su capacidad y en consecuencia su libertad de elección y decisión <sup>(36)</sup>.

Si comparamos la actividad que puede desarrollar un sabio con la de un ignorante, observaremos que el segundo, para poder evitar el error, deberá ser guiado necesariamente por el primero; luego éste, teniendo una posibilidad mayor de actuar por sí mismo, tendrá más libertad que el ignorante, cuyas decisiones dependen de la dirección de los demás. Si la libertad es facultad de optar y decidir, sólo puede concebir mejor el que tiene capacidad adquirida por el estudio y la experiencia. En consecuencia: cuanto mayor sea la cultura adquirida, mayores serán también las posibilidades de una voluntad verdaderamente libre. El ignorante, no pudiendo pensar por sí mismo, pensará por los demás, y en vez de obrar *con libertad*, decidirá *por autoridad*.

Nótese, pues, que la libertad *en acto* arroja, por cierto, corolarios bien diversos de los que arroja la libertad *en potencia*: mientras todos los hombres son igualmente libres en cuanto a personas (esencia de la libertad), no lo son, en cambio, en relación a la personalidad (libertad en existencia). Hombres que gobiernan y hombres que son gobernados, constituyen la ver-

---

(36) “He aquí el orden óptico en que se escalonan estos tramos de la vida personal: de la espiritualidad brota la universalidad del conocimiento intelectual, de éste nace el *juicio* llamado de indiferencia frente a cada objeto determinado -“este bien apetecible en cuanto bien, pero no apetecible en cuanto limitado, y aborrecible en cuanto priva de otro bien”- y de este juicio procede la libertad o dominio activo de su propia actividad de la voluntad frente a su objeto”, *O. N. Derisi*, *ibid*, pág. 18.

dadera realidad de la convivencia humana. La sujeción del hijo a su padre, del discípulo al maestro, del ignorante al sabio, del ciudadano a las leyes, es el amplio panorama de la libertad en acto; cuando el hijo adquiere la mayoría de edad, cuando el alumno egrese con su título correspondiente del instituto científico en que aprendía de su maestro, cuando el ignorante deje de serlo por el conocimiento y la experiencia, cada uno habrá adquirido en su sector la libertad correspondiente. La capacidad que suponemos en el padre, en el maestro y en el sabio no pueden significar otra cosa que capacidad de dirección y, por ende, correlativamente la incapacidad del dirigido.

### LIBERTAD E IGUALDAD

La esencia y existencia de la libertad está ligada así a la persona y personalidad: mientras en *esencia* la libertad da origen a los derechos *naturales*, principios eternos e inmovibles de la persona, en *existencia*, la libertad en acto o ejercicio da nacimiento a las normas, de derecho *positivo*, principios relativos y contingentes que amparan la personalidad histórica del hombre.

El *Derecho Natural* resguarda la integridad de la persona humana y tiene como contenido normativo la propia naturaleza del agente; el *Derecho positivo*, empero protege a la personalidad, es decir, a la persona que históricamente se desarrolla por la cultura de la época y tiene como contenido normativo las necesidades e intereses que se tejen por imperio de las circunstancias de tiempo y lugar.

No es más libre el que manda y más esclavo el que obedece. En esencia todos somos libres e iguales, pues la persona humana es anterior a la personalidad que se desarrolla por medio de la cultura colectiva. Nadie pierde la libertad por estar sujeto a los demás; por el contrario, aprende así a ejercerla, debiendo estimarse *legítima* esta sujeción cuando se halla encaminada a perfeccionar la naturaleza humana y orientarla a su último destino. De ahí la jerarquía de las leyes que nos aproximan a

Dios: la Ley Moral y el Derecho Natural constituyen las de más alto valor; todas las demás están subordinadas a ellas por razón de aquella exigencia humana.

El que dirige, pues, tiene verdaderamente personalidad y libertad, en tanto gobierne en nombre de la Moral y del Derecho Natural. Con esto evitamos la sujeción arbitraria contraria a la libertad esencial del hombre.

De esta manera, el hijo que obedece, el discípulo que aprende y el ciudadano que obedece a la ley, al ser dirigidos, no existe más objetivo que adquirir la personalidad, único medio de lograr el gobierno sobre nosotros mismos, es decir, la *libertad en acto*, y, por ende, la verdadera igualdad.

Resumiendo: la persona es la actualización del individuo, la personalidad actualización de la persona. La persona es ente de conciencia, la personalidad, desarrollo de esta conciencia. En consecuencia: según la persona, la libertad es pura esencia; según la personalidad la libertad es igual a capacidad en acto, de ahí que la igualdad de hecho funcione en relación a esta libertad en acto: la igualdad no es figura geométrica; ella se perfecciona en la práctica y ejercicio de los derechos por el grado de personalidad alcanzado por la persona. De acuerdo a los principios de la potencia y del acto de la filosofía perenne, la libertad en acto se perfecciona de acuerdo al desarrollo y progreso de la personalidad. Es libre así el hombre que tiene en virtud de su propia capacidad el gobierno de sus actos por sí mismo. De igual manera: una colectividad de hombres, constituye una nación libre si lo espiritual prima sobre lo material, pues el bienestar económico no es fuente única de libertad mientras no esté enraizado en el gobierno espiritual de sí mismo. El contenido espiritual de la nacionalidad, como cultura específica de un pueblo, es de este modo reflejo de la personalidad de sus súbditos y, por ende, la libertad *en acto* de ese pueblo es igual al grado de capacidad *espiritual* adquirida por el esfuerzo de sus hijos. De esta manera: la verdadera democracia o igualdad de derechos presupone la libertad en acto fundada en la capacidad y desarrollo del espíritu; la falsa democracia (jacobinismo) en la ficción de una libertad natural en acto, existente por igual en to-

dos los súbditos, identificándose así la esencia metafísica con la existencia histórica de la libertad. No hay, pues, más libertad o igualdad en acto que la que fluye de la capacidad adquirida, como no hay más libertad e igualdad en esencia que la cualidad natural que surge de la persona humana. Esta última, aún sin capacidad y desarrollo, exige ser respetada, y orientada hacia Dios, fuente y fin de la justicia y de la libertad.

En síntesis: la causa material o potencial del derecho quedaría estructurada por los siguientes elementos: a) fines comunes estimados por la conciencia colectiva en relación al bienestar colectivo, b) la relación o acuerdo de dos voluntades como el medio para la consecución de dichos fines. Esta relación por otra parte se constituye formalmente: a) por la decisión libre de ambas voluntades (aspecto ético de la relación) y b) por la igualdad y reciprocidad en la conmutación (aspecto jurídico de la relación) que presupone a cada uno de los términos como el fin y el medio a la vez en relación al otro. La libertad y la igualdad deben así mismo entrar en el juego de la potencia y el acto; en potencia ellas son atributos de la persona moral, en acto son los atributos de la personalidad.

## *Sección 2*

### **DE LA CAUSA FORMAL**

1) NOCIÓN. Por impulso de la causa eficiente, que se estudiará a continuación de este párrafo, la potencialidad jurídica que es realidad intrínseca en la interactividad voluntaria, se actualiza en una relación de Derecho. Tal acto, como decimos intrínseco, es producido por la propia potencia en todo lo que ella encierra esencialmente como jurídica.

No es, pues, la norma la que determina la jurisdicción de la relación humana sino los propios términos de la relación que la implican, son las voluntades que se ligan, las que se actualizan en sujetos de una relación de Derecho. Es jurídica potencialmente la relación -como antes se ha dicho- por virtud

de una *decisión libre* y por la *conmutación igualitaria* en las prestaciones. Luego: es la potencia la que se actualiza y no la norma la que actualiza dichas voluntades. Si fuese la norma, la justicia y el derecho se identificarían con la ley misma y habríamos así erigido el causalismo legal y liquidado el principio de la libertad humana. La norma, es sólo *impulso* para poner en movimiento lo que de suyo y en sí mismo contiene como sustancia móvil capaz de transformarse en acto, vale decir, adquirir una perfección.

La norma de este modo es causa eficiente extrínseca y sólo a condición de contener los valores positivos de la época, y siempre que estos valores estén conformes a aquéllos que, por superior jerarquía, se encuentran como contenidos de las normas llamadas de derecho natural. En el capítulo siguiente se verá así cómo en la concepción de Hans Kelsen, la causa formal del derecho no es la justicia potencial que se encierra en la relación natural de dos voluntades humanas que en sí mismas se actualizan, sino el *imperio* de la norma misma la que produce el, acto. Por tanto no es un valor de conducta implícito en la decisión libre de la voluntad, sino un elemento, empírico *extrínseco* la causa formal de la relación jurídica.

2) LA FORMA DETERMINANTE DEL DERECHO: LO JUSTO. El estudio de la causa formal del derecho se traduce en el planteamiento y solución del problema de la justicia. En efecto: si nos preguntamos qué es el derecho, responderemos que no puede ser otra cosa en esencia que *lo justo*, ya que es el único inteligible abstraído de la realidad práctica, por el cual *significamos* de modo análogo lo justo en cada caso, relación justa, norma justa, sentencia justa, etc. ¿Qué es, pues, lo justo? <sup>(37)</sup>.

---

(37) Existe equivocidad en la palabra “derecho” cuando se la emplea “para designar una tasa fiscal -verbigracia, impuesto de derechos reales, dere-

Es indudable que todo lo que es y acontece a nuestro alrededor puede ser mirado desde dos puntos de vista: primero el relativo al *movimiento* del ser y de sus operaciones; segundo a la *dirección* u *ordenamiento* de ese movimiento. Aplicando estos dos aspectos del ser a las, acciones humanas, particularmente a aquellas relativas al orden de la convivencia humana, observaremos en los hechos que el intercambio o acuerdo entre dos voluntades que se mueven dentro del orden jurídico preestablecido por la norma (causa eficiente) la relación jurídica es ante todo un mundo psicológico en movimiento: móviles y fines diversos a los que tiende la voluntad. Ahora bien: la relación jurídica que tiene tal substrato psicológico no es otra cosa que conducta dirigida, acción *ordenada*. En la dirección u ordenamiento de la conducta se *presupone* lógicamente la *razón* que dirige y ordena, pues por el principio de razón suficiente todo lo que se mueve acusa el móvil y la razón por la que se mueve.

En el orden de las relaciones humanas, el derecho es simplemente el orden que resulta del que dirige y ordena y como el derecho por la misma etimología del término es lo *recto* se sigue que a lo recto *preexiste* la razón de tal rectitud o sea *la acción que ordena rectamente*; tal por antonomasia, la *justicia*.

Decimos *acción que ordena rectamente*, porque la justicia es ante todo y por todo virtud, un hábito de la voluntad, la fortaleza, por tanto, de una voluntad que dirige en relación a sus fines esenciales que es, también, la de sus semejantes.

De ahí nuestra incondicional y firme adhesión a la clásica definición de justicia que la muestra como *la constante y perpe-*

---

chos de aduana, etc.-, o la palabra "justicias" aplicada a los aguaciles o agentes de los juzgados". Existe, en cambio, analogía en la palabra "derecho" al "hablar de ley eterna y ley positiva; de Derecho como ordenamiento, de derecho como facultad moral, y de Derecho como ciencia; de persona individual y persona colectiva; de institución - cosa, institución - persona y aún institución - mecanismo; de justicia como virtud, de Tribunal de Justicia y de justicia de una norma". *J. Ruiz Giménez: "La concepción institucional del derecho*, pág. 275.

*tua voluntad de dar a cada uno lo suyo*. Analicemos detenida y prolijamente esta definición ya que ella constituye en el orden de las causas, la principal y más importante en cuanto a los atributos constitutivos del derecho.

Como ya se ha visto, en el orden moral, las virtudes constituyen conjuntamente con la ley la causa eficiente del acto moral. La justicia así como “una constante y perpetua voluntad es virtud o hábito de lo justo. Desde este punto de vista ético, la justicia es por antonomasia; virtud *universal* porque lo justo es el objeto común de toda otra virtud, de tal suerte que hombre justo es el que obra siempre y en todo caso, frente a Dios, frente a sí mismo, frente a los demás, *rectamente*. Esta rectitud universal proviene, pues, de una *armonía* o equilibrio entre todas las virtudes; justicia así no puede ser virtud particular desde que ella es sólo el *estado* de armonía que resulta de los demás hábitos de la voluntad. ¿Qué es la salud si no un estado de armonía entre todas las funciones orgánicas del cuerpo? ¿qué puede ser la justicia sino una armonía entre todas y cada una de las virtudes que regulan la conducta humana? <sup>(38)</sup>. Un equilibrio, por tanto, entre la prudencia, el valor y la templanza es la armonía total del sujeto y así se dice que este hombre es justo porque su mente, su sentimiento y su instinto se encuentran en perfecta armonía consigo mismo: el sabio cuya actividad rige la *prudencia*, no siempre es hombre de valor o de fortaleza para obrar de conformidad al deber. La concepción clara del deber no basta así para impulsar al cumplimiento de lo que en cada caso corresponde, si tal sabiduría no va acompañada de una fortaleza de la voluntad que nace del hábito del deber. Esta fortaleza, por otra parte, no existiría sin estar simultáneamente ligada por otro hábito de mesura o templanza que se adquiere a tal punto que los movimientos instintivos de por sí, se dan con cierta medida como fruto de un hábito que llamamos la templanza.

La justicia, en consecuencia, es causa eficiente, de la rectitud interior del hombre. Pero esta causa eficiente del orden

---

(38) S. Tomás, *somme théologique*, II-II, q. 58, a 6

ético, se transforma en causa formal del orden jurídico; de ahí la íntima conexión y subordinación del derecho a la moral

¿Cómo ahora una causa eficiente de la conducta que obra sobre ella *extrínsecamente* puede cambiar su naturaleza causal para transformarse en causa *intrínseca formal* de esa misma conducta? El orden jurídico descansa sobre la *bilateralidad* de la relación, el orden ético por el contrario es esencialmente *unilateral*; desde que sólo actúa una voluntad en relación consigo misma; pero en ambos órdenes la *conducta humana* es el objeto ordenado ¿cómo entonces en un caso la misma causa puede obrar intrínsecamente y en otro extrínsecamente? Si la unilateralidad es resultado del acto moral y la bilateralidad la característica de la relación jurídica, debemos suponer que la misma voluntad produce *efectos* diferentes, luego la diferencia de efectos presupone diferencias en las causas, pero a la vez *conexión y jerarquía* entre dichas causas. De esta manera explicaríamos la diferencia de efectos por una especie de *concausa metafísica*.

En efecto: la actividad individual cuando es totalmente regulada o evaluada en sí misma, sus efectos se proyectan sólo sobre la conciencia del individuo; pero cuando aquella misma actividad es *además* regulada o estimada no sólo en sí misma sino en relación a la actividad del semejante, en tanto esta relación y evaluación se torna *necesaria* para la coexistencia de dos voluntades que concurren sobre el mismo fin, sus efectos y consecuencias trascienden del ámbito de la voluntad individual al campo de lo social. A la causa de la moralidad se suma así la causa de la jurisdicción vale decir la razón de la coexistencia. *Existencia y coexistencia* marcan de este modo dos momentos de la voluntad siendo el segundo dependiente del primero en razón de ser éste el generante y el segundo generado.

El individuo *existe*, la sociedad en cambio no existe, es simplemente fenómeno de coexistencia. No existen, pues, nada más que las voluntades individuales; la coexistencia no es otra cosa que un modo de existir de estas voluntades y, en conse-

cuencia, la evaluación de esta coexistencia fundamentalmente tiene que ser hecha por la misma causa que estima aquella existencia, más la *razón* de su coexistencia. De ahí que aparezcan conjuntamente y, a la vez, dependiendo de las causas de la moralidad, las del orden jurídico. El derecho se nos muestra, por tanto, como premisa mayor o género próximo en cuanto a la moral del acto y, a la vez como premisa menor en cuanto específica, ese acto moral, como formando parte de la relación jurídica, es decir, de la coexistencia u organización de las voluntades individuales.

En consecuencia podemos afirmar que la causa formal del derecho tiene que ser de origen moral a la vez que distinta en el *modo de actuar* sobre las voluntades individuales: si en el orden moral la justicia es por antonomasia la causa eficiente, en el orden jurídico no puede ser otra cosa que su razón intrínseca. No puede seguir siendo extrínseca por la misma razón que la voluntad no continúa siendo *aislada* sino *ligada* a otra voluntad.

La relación presupone ya el acto moral formado; en consecuencia, todo lo que extrínsecamente contribuye a la constitución del acto moral se encuentra ya como formando parte intrínseca del acto que genera: el jurídico. La justicia por tanto presupuesto extrínseco de la moralidad no puede ser sino causa intrínseca del derecho desde que ya no actúa sino a través de una voluntad, moralmente preconstituída.

“La constante y perpetua voluntad -dice la definición- el hábito, por tanto, de la voluntad moral es la causa determinante de lo recto en la relación entre dos voluntades. La *rectitud* de la conducta moral es la dirección de la voluntad hacia su último fin. Esta dirección o rectitud se consigue mediante un hábito que actúa extrínsecamente y que llamamos la justicia. La *rectitud* de la conducta jurídica no es ya dirección o acción dirigida sino lo justo por antonomasia es decir lo recto en sí mismo. Mientras que en la moral la voluntad *formalmente* se dirige al Bien en sí, siendo éste su acto intrínseco, en el derecho *formalmente* no interesa de inmediato el fin o bienes que la voluntad persi-

que sino que directamente lo que interesa determinar es que la conmutación de bienes sea conforme a lo justo. He aquí, pues, la justicia causa formal del derecho y he aquí el derecho como el objeto propio de la justicia.

Lo justo moral es, pues, un hábito, lo justo jurídico es también un hábito pero, es a la vez, causa intrínseca de la relación, en cuanto por ella y en cada caso la voluntad da a cada uno lo que le pertenece: lo Suyo <sup>(39)</sup>.

3) LA JUSTICIA COMO ESENCIA Y COMO NORMA. Es común la opinión entre filósofos y juristas de que la definición que acabamos de dar de justicia como “la constante y perpetua voluntad de *dar a cada uno lo suyo*” es la *regla* fundamental en cuya forma se inspiran todas las demás reglas y normas de derecho. Y, desde este punto de vista, se afirma que es esencialmente *norma* en cuanto ordena universalmente la conducta jurídica. Concebida así la justicia como norma creemos que son válidas las observaciones que Rodolfo Stammler formula contra el derecho natural, vale decir, contra la posición clásica del jus naturalismo que parte casual mente de dicha definición. <sup>(40)</sup>.

En efecto: si tal definición de justicia importa una norma o mandato con las características de toda norma o regla jurídica, es lógico suponer que tal regla implica un *contenido*, tal sería el concepto de lo *suyo*. “Dar a cada uno lo suyo” encierra así un concepto preciso de lo suyo, un concepto absoluto e inmutable. Pero lógicamente por lo suyo nada puede entenderse si no es en relación a una determinada apreciación histórica que fije en cada caso qué es lo suyo. De ahí que los adversarios del jus naturalismo sostienen que por tal definición el derecho queda fundado siempre en el dato histórico toda vez que la con-

---

(39) S. Tomás, *somme théologique*, II-II, q. 58, a 1. D. Soto: *Tratado de la justicia y el derecho*, III, q. 2, a. 3.

(40) Obra citada, pág. 38 y siguientes.

ciencia humana en su evolución y transformación interpreta de distinta manera la idea de lo suyo. Según estos adversarios, el derecho natural así no existiría, por cuanto nada de inmutable contiene lo *suyo*. Todo contenido varía, sólo la forma permanece, tal la impugnación del idealismo crítico.

Nosotros también afirmamos que la suprema máxima “*suum cuique tribuere*” es una norma, desde que la justicia constituye por naturaleza una esencia “*práctica*”, y, como tal, no puede definirse sino a través de una norma. Pero, también, sostenemos que esta norma tiene un sentido y características diferentes al de las otras normas, por lo que la convierte en una regla con contenido *inmutable*.

La regla “dar a cada uno lo suyo” tiene un contenido que llamaremos *formal* no obstante la afirmación del idealismo crítico, de que todo contenido es material o histórico. Nuestra diferencia con el idealismo, estriba, precisamente, en que la *forma* del derecho no es *vacía*; que precisamente, en el orden práctico a diferencia del orden puramente teórico especulativo, la forma o esencia de la conducta jurídica no puede definirse sino como un contenido absoluto, por cuanto toda conducta es referida a un *valor* y *todo valor es necesariamente contenido* <sup>(41)</sup>.

La justicia de este modo es forma *abstraída* de la realidad práctica, no forma inferida *a priori* por la mente. Abstraída de la realidad, significa abstraer un contenido análogo, un valor

---

(41) *Víctor Cathreim*, respondiendo a las observaciones que Stammler le formula en su *Lehre vom richtigen Recht*, dice: “es difícil comprender cómo pensamientos *fundamentales* pueden implicar un particular contenido de reglas de derecho sin tener en sí mismos ningún contenido positivo, cómo pueden, por consiguiente, ser pensamientos por los que nada determinado es precisado. Por lo demás, el mismo Stammler concede que el *suum cuique* tiene un contenido, pero, ciertamente, trata de explicarlo de una manera que muestra cómo es posible oscurecer, mediante torcidas explicaciones una cosa muy clara. El *suum cuique* no lo han inventado los jurisconsultos romanos, sino que lo han tomado del conocimiento humano universal. Todo el mundo sabe lo que quiere

entendido como presupuesto en toda estimación histórica de conducta, en una palabra, significa abstraer el *criterio* universal de la conducta jurídica <sup>(42)</sup>. Si existen derechos, si la aspiración de los hombres que se ligan entre sí es siempre y en todo caso constituir una relación justa, es indiscutible que lo justo, lo absolutamente recto, es el fundamento del Derecho. Del mismo modo que si todos buscamos la felicidad en las cosas y fines particulares de esta vida, prueba de que debe existir un criterio de tal felicidad que sirva de punto necesario de referencia; del mismo modo, sin un criterio de lo justo no sabríamos discriminar en cada caso y frente a determinadas circunstancias, si resulta justa la conducta o relación con nuestros semejante conforme a aquella permanente y universal voluntad de los hombres de dar a cada cual lo que le pertenece. De esta manera, si existen relaciones humanas, lo recto es el objeto común de tales relaciones, y como lo recto es la acción justa, se sigue que lo justo es la esencia y razón de ser de toda conducta jurídica. Debemos distinguir así la justicia como esencia inmanente en cada voluntad, en cada acuerdo de la justicia como razón o concepto que no es más que aquella esencia práctica abstraída por la mente del mismo modo que el entendimiento especulativo teórico abstrae por la vía sintética las esencias que pertenecen a los seres y fenómenos de la naturaleza.

---

decir, cuando exige para sí lo suyo y abandona a los demás lo de ellos, y esto lo hemos explicado ya suficientemente; y que los jurisconsultos romanos en cuanto al *suum cuique*, no pensaban solamente en las leyes del Estado, sino en principios de derecho superiores y universalmente válidos, a los que tienen que subordinarse las leyes positivas, hemos de demostrarlo más adelante. “Filosofía del derecho”, pág. 151. De esta manera tampoco se justifica la crítica formulada por *G. del Vecchio* en su libro: “*La justicia*”, pág. 90.

- (42) Al respecto G. Renard expresa: “la justicia, decíamos en un capítulo anterior, es una norma, en la cual todas las exigencias son susceptibles virtualmente de ser *adoptadas* por el derecho positivo: *suum cuique tribuere*”: “*Introducción filosófica al estudio del derecho*”, tomo I, pág. 75

¿Cuál es, por tanto, la esencia del derecho? Esta sólo, podemos determinarla por el concepto abstraído de la realidad misma de la conducta jurídica. Pero, entonces, ¿el derecho es la ley? Al respecto veamos lo que nos dice el eminente filósofo del derecho J. Ruiz Giménez: “si en esta rebúsqueda de casos concretos comparamos el orden físico con el moral, tampoco es difícil descubrir entre sus respectivos elementos conexiones de analogía e imposiciones nominales de pura equivocidad. Esto último ocurre, por ejemplo, con el uso vulgar de la palabra ley para designar las relaciones constantes entre fenómenos de la naturaleza y para significar la norma moral. Es evidente que siendo aquellas “leyes naturales” simples fórmulas expresivas de una necesidad incoercible, su *ratio* es *simpliciter* diversa y no proporciona la *razón* de ley o norma moral, que es un imperativo *propuesto* -no impuesto- a seres libres capaces de reaccionar positiva o negativamente ante la sollicitación del precepto” (43). Más adelante -continúa Ruiz Giménez- en todas las disciplinas científicas “hállanse relaciones y comparaciones no basadas en la absoluta igualdad de los términos en presencia, sino en su similitud o proporción, y ello nos lleva a descubrir -como remate de esta ascensión abstractiva a partir de los casos singulares- la noción universalísima de proporción semejante o de semejanza proporcional (*proportionis similis vel similitudinis proportionalis*), magníficamente descrita por Aristóteles en el Libro primero de sus Tópicos (44). “La equivocidad pues, entre “ley”, “derecho”, “norma”, etc., se salva -según Ruiz Giménez- llegando a determinar por la vía abstractiva del intelecto el análogo entre ley y derecho y no la univocidad la cual es inaplicable a términos diferentes que parecen significar lo mismo. Y así nos dice: “Precisamente el Doctor Angélico respondía con esta sutil observación a la dificultad esgrimida -real o posiblemente- por aquellos que arrancando de la definición de Celso quisieran hacer del

---

(43) Obra citada, pág. 275.

(44) *Ibid*, pág. 277.

derecho una pura actividad psicológica, *cuando primaria y cardinalmente* es una realidad objetiva que otorga su nombre -por atribución o por proporcionalidad- a aquellos otros entes que participan extrínsecamente o intrínsecamente de su propia razón o esencia. Y sin salir de aquellos folios inmortales, aún podríamos hallar otro pasaje de limpio perfil analógico, que confirma nuestra interpretación: *lex -sienta el Aquinatense- non ets insum ius, propie loquendo, sed aliqualis ratio inris*. Lo que en metafísica y en castellano quiere decir que no hay univocidad entre la noción de ley y la de derecho, sino analogía. La ley es cierta razón, regla y modo de derecho y no el derecho mismo: éste es anterior, trascendente a la Ley, como también a la facultad jurídica o al ánimo del juez que hace justicia. Más aún, la Ley, para merecer tal nombre, para ser Derecho, ha de participar de la *razón de lo justo* (ratio iuris), que el legislador percibe y a la que da un modo existencial mediante su formulación racional e imperativa. Y obsérvese que lo mismo ocurre con las demás normas jurídicas, sean generales, como la costumbre, o particulares, como el privilegio y -en otro plano- los laudos de los árbitros y las sentencias de los jueces: merecerán analógica y no equívoca ni unívocamente, el nombre de *Derecho* sólo en cuanto encarnen lo justo objetivo, que por venir dado en la naturaleza racional del hombre llámase desde hace siglos "*jus naturae*"<sup>(45)</sup>.

El proceso por el cual en entendimiento abstrae así el analogado Derecho, vale decir "lo Suyo", según la definición de justicia, se analizará más adelante al ocuparnos de la génesis del derecho natural. En esta génesis la noción de justicia se mostrará, por su grado análogo de abstracción que ha logrado, más como un criterio que como regla o norma de conducta, ya que los conceptos análogos alcanzan el mayor grado de abstracción mental.

La cita de Ruiz Giménez, a que aludíamos, apoya de esta manera nuestra tesis: "norma" y "derecho" o "norma y justicia"

---

(45) Ibid, pág. 289.

no tienen identidad o univocidad porque el participado presupone el participante, porque la norma al ser de derecho presupone el Derecho en el que participa, y por esta participación es justa porque el Derecho es el objeto propio de la Justicia <sup>(46)</sup>.

4) JUSTICIA Y DERECHO. Según las conclusiones arribadas en el capítulo precedente no puede existir univocidad entre ambos términos, como tampoco pueden ser distintos o equívocos. La univocidad es la conclusión del empirismo o nominalismo jurídico, la equivocidad, en cambio, la conclusión del idealismo crítico de la escuela de Marburgo.

La escuela histórica niega la existencia de una esencia inmutable de la conducta jurídica: toda concepción de justicia se condensa en el derecho que rige la conducta en un momento dado. El derecho, en consecuencia, no es otra cosa que el conjunto de normas que reglan las relaciones humanas conforme a las evaluaciones de la época. Lo justo, pues, es lo que disponen las reglas jurídicas tanto positivas como vigentes en un determinado

---

(46) “El nombre análogo es un nombre común que se predica de muchos, parte en el mismo sentido y parte en diverso. Se diferencia del equívoco en que éste predica de muchos en sentido del todo diverso; se diferencia del unívoco en que éste se predica de muchos en sentido perfectamente idéntico. Así que el nombre análogo es intermedio entre el equívoco y el unívoco”. José Hellín, S. J.: *“la analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez”*, pág. 15. Recomendamos la lectura de esta obra, a fin de ser mejor interpretados dentro de la posición escolástica en que nos encontramos situados. Véanse así las divisiones que dicho autor hace de la analogía, correspondiente la de atribución y no la de proporcionalidad la que nosotros aplicamos en el texto, páginas 83 a 108. De igual modo la obra citada de Ruiz Giménez, págs. 258 a 315. Luis Martínez Gómez en una enjundiosa monografía, titulada *“Lo existencial en la analogía de Suárez”*, sigue también la doctrina del Doctor eximio a quien comenta magistralmente: “será interesante notar que Suárez, en esta división de la analogía, adoptó una actitud parecida a Cayetano, aunque aplicada a la materia diversa. También Cayetano encontró insuficiente una división de la analogía en proporcionalidad y atribución, si aquella y ésta

lugar y conformes a las necesidades, intereses y diversos modos de interpretarlos. La noción de justicia carece, por tanto, de trascendencia metafísica y sólo constituye una palabra o expresión para significar lo que de modo idéntico o unívoco se muestra históricamente como derecho. No existen así más que derechos y cada derecho representa en consecuencia la justicia unívoca de la palabra y lo diverso de ella en la realidad. La escuela histórica postulando una realidad sólo tocante a lo *diverso*, la univocidad es simplemente el *nombre* con que significamos del mismo modo justicia, derecho, norma, ley, etc. La aberración del historicismo es la aberración de todo nominalista: la realidad es engendrada por las palabras y las palabras por una exigencia pragmática de unificar los conocimientos. No hay, pues, para el historicismo dis-

---

presentaban los mismos rasgos extrínsecos que comúnmente se les asignaban. Pero a diferencia de Suárez, que ensanchó el sentido de la atribución, Cayetano formuló un doble valor de la proporcionalidad. Al lado de una proporcionalidad metafórica y extrínseca, extraña a una analogía formal, situó una proporcionalidad intrínseca y propia, cuyas características han quedado descritas en el tercer apartado de la analogía, que es su versión de la analogía “secundum esse et secundum intentionem” de Santo Tomás”. Revista Pensamiento, Vol. 4, pág. 229. Por otra parte el mismo Hellin, citado más arriba, llega a las conclusiones siguientes: “1. La proporcionalidad, de suyo, no puede fundar analogía alguna, 2. La analogía de proporcionalidad es siempre metafórica. 3. La analogía de proporcionalidad intrínseca es contradictoria. 4. La analogía de proporcionalidad intrínseca nos lleva al pleno agnosticismo. 5. La analogía de proporcionalidad lleva consigo especial imposibilidad si consideramos su estructura íntima”. Ibid, págs. 162 a 177. Cabe destacar que la necesidad de admitir una analogía de atribución intrínseca y no de proporcionalidad se funda en la premisa suariana que no admite el unum universale in re sino el *unum formale*. Al respecto José M. Alejandro dice: “la naturaleza que denominamos universal, aunque se halle en las cosas singulares, ¿tiene la unidad suficiente para poderse llamar universal, de manera que no sólo la naturaleza universal, sino la universalidad misma se halle en los singulares? Rechaza absolutamente el Eximio la univesalitas in actu; no así una universalitas in potentia, pues, tal universalidad no es otra cosa que el fundamento objetivo del singular para que sobre él construya la mente la universalidad del concepto”: “*La gnoseología de lo universal en el Doctor Eximio y la dificultad criticista*”, Revista Pensamiento, Vol. 4, pág. 434.

tinción real entre el Derecho y la Justicia: todo *derecho* es justo del mismo modo que lo justo es el derecho, desde que lo recto es la justicia social imperante, resultando siempre por este criterio recta la conducta sin que sea posible establecer jamás un criterio o medida universal de lo recto <sup>(47)</sup>.

El idealismo crítico de Marburgo sostiene, en cambio, la equivocidad entre Justicia y Derecho: según Stammler la esencia del derecho está constituida por dos formas a priori, la del *concepto* y la de la *idea*. La primera es constitutiva y discriminativa y su función lógica, de acuerdo a las conclusiones de la analítica trascendental de Kant, es determinar en la realidad social la relación de derecho. Por tanto, el concepto constituye y discrimina objetivamente el derecho y en este sentido el concepto y sus elementos integrativos se ligan a la *experiencia*. La idea, en cambio, es regulativa y es referida a la justicia absoluta, irrealizable e inalcanzable. Su función lógica es semejante a las de las ideas puras de razón de la dialéctica kantiana, sólo sirve para avaluar el derecho en referencia a dicho ideal de justicia. En consecuencia: puede existir un derecho constituido objetivamente por las categorías del *concepto* y, no obstante, ser *injusto* por su disconformidad con la idea de justicia. He aquí, pues, en la concepción stammleriana la posibilidad *lógica* de un *derecho injusto* <sup>(48)</sup>.

---

(47) Este nominalismo, como característica final de todo historicismo jurídico, está magistralmente esbozado en las palabras de *Luis Legaz y Lacambra*: “La historicificación absoluta del espíritu da origen al llamado relativismo. Si el espíritu no es una realidad anclada en lo eterno, sino un producto de la historia y cuya esencia misma es la historicidad, todas sus creaciones participarán de este carácter, y puesto que sólo hay lo histórico y todo es igualmente histórico, *nada puede ser medida de lo demás*: “*Horizontes del pensamiento jurídico*”, pág. 540.

(48) “Cabe, pues, que exista *Derecho no justo*. Que se ajuste al *concepto del Derecho*, se halle determinado íntegramente en su manifestación concreta por todas las características específicas del concepto del Derecho y deslindado así de la moral, de los usos sociales y de la arbitrariedad; pero sin dejarse guiar esencialmente en sus normas por la idea del Derecho

El derecho, por tanto, no siempre es lo justo. De esto se sigue que la palabra derecho es equívoca porque puede significar a la vez dos tipos de relaciones tanto la de derecho justo como la del derecho injusto. La palabra *derecho* tiene equivocidad en cuanto separa fundamentalmente dos conceptos subordinados entre sí, uno participante del otro, incurriéndose en la aberración de suponer una conducta lógicamente conforme al derecho y a la vez contraria a la justicia. Como se verá oportunamente, cuando tratemos del problema relativo al derecho natural, la equivocidad del idealismo crítico de Marburgo tiene su raíz en la propia filosofía de Kant que separa los conceptos de las *ideas* a través, respectivamente, de su analítica y dialéctica de la razón pura.

Para nosotros, en cambio, decir: ley justa, acto jurídico, sentencia justa, etc., supone la participación de éstos en la justicia de modo *idéntico* y, a la vez, de modo *diverso*. Idéntico porque la justicia es siempre la esencia de toda norma y diverso porque la forma de participar difiere según los términos analogados; así: la jurisdicción de la Constitución Nacional no es la de una sentencia justa que dicta el juez, ambas son normas justas, pero es mayor y más perfecta la participación de la primera en lo justo que en la segunda. Del mismo modo: ley natural y ley positiva, ambas son justas, pero fundamentalmente diversas en su jerarquía.

Para nosotros por tanto, la justicia es un nombre análogo no unívoco ni equívoco.

Ruiz Giménez en este sentido se expresa así: “es evidente que entre la Ley, lo justo y el derecho subjetivo no hay equivocidad, sino analogía, y precisamente analogía de atribución. Lachance y Renard coincidiendo de manera absoluta en este punto, sobre el que volveremos muy en breve, no para enfrascarnos en bizantinismos, sino para destacar la importancia que esta consideración filosófica tiene dentro de una concep-

---

hacia el punto de mira de la comunidad pura”. *Stammler*, obra citada, pág. 255, nota.

ción general del Derecho, en cuanto supone sostener que la *ratio iuris* se da intrínsecamente sólo en lo “justo objetivo”, mientras que los demás analogados (norma jurídica, facultad jurídica, ciencia jurídica, voluntad y sentimientos justos, sentencia justa...) *participan del nombre por su proporción o relación con ese primer término fundamental, cuya esencia debe ponerse en la definición de todos los otros*. He aquí como -y en no verlo estriba el error ya apuntado de Norberto Bobbio- la analogía aplicada al derecho es mucho más que un simple juego dialéctico: es toda una teoría ontológica de inabarcables consecuencias <sup>(49)</sup>.

De acuerdo a ello la consecuencia final es la siguiente: la justicia como esencia de la conducta jurídica no es el derecho normativo porque este último presupone la acción *determinante*, el derecho, en cambio, alude ya a una voluntad *determinada*.

La noción de justicia es, por tanto, el *potencial determinante*, preexistente a la relación jurídica. Justicia es *criterio* supremo que dirige y regula la conducta. Derecho, en cambio, es la *actualización* de dicho criterio en cada relación, en cada acuerdo de voluntades. La justicia es la *razón* de ser del derecho, su fundamento; el derecho, es la facultad subjetiva, o la norma objetiva o la relación jurídica o la sentencia del juez que participan de aquella *razón* por análoga atribución.

5) DIVISIÓN. Ordinariamente los textos de filosofía del derecho dividen la justicia en *conmutativa, legal y distributiva* <sup>(50)</sup>. Esta división, sin embargo, puede decirse pertenece al Derecho y no a la justicia. Esta como esencia o razón suprema del derecho en sí misma no admite división dada su simplicidad y grado

---

(49) Obra citada, pág. 285.

(50) S. Tomás: “*somme théologique*” II-II, q. 61, a. 1; V. Cathrein; “*filosofía del derecho*”, págs. 46-48; Luigui Taperelli: “*saggio teoretico di dritto naturale*”, tomo I, pág. 113; Zoilo Villalon: “*tratado teológico - legal de la justicia*”, pág. 2.

de abstracción mental <sup>(51)</sup>. Por consiguiente: la clasificación aludida responde más al orden de su *extensión o aplicación* a los términos analogados a que -antes nos referíamos y no a su comprensión que es simplísima <sup>(52)</sup>. En efecto: la justicia como razón suprema del derecho es, también, criteriológicamente el valor arquetipo de la conducta jurídica. Y como toda relación jurídica (causa material del derecho) es acuerdo de voluntades en relación a fines, se sigue que toda conducta jurídica se estructura de acuerdo a una escala de valores diversos en la que la justicia aparece como el primero de sus términos. Por ello la relación o acuerdo entre dos voluntades resulta justa si los motivos que engendra dicha relación tienen objetivamente el sentido de lo justo; por ello la ley es justa, si los fines o motivos por los que se ha formulado son también objetivamente justos; de igual manera existen derechos subjetivos reconocidos por la norma, como otros otorgados por ella en relación a valores de conducta que se estiman objetivamente justos.

---

(51) La observación formulada por *Mariano Aramburu* a la clásica división de la justicia, la encontramos justificada: "llamar legal -dice- a esa especie de justicia es nombrarla con término analógico, no unívoco, pues toda justicia, como desenvuelta y preceptuada por alguna ley, es legal. No son ilegales las otras especies: en la ley tienen todas su fórmula imperiosa y su regulación taxativa". Pero precisamente, lo que Aramburu no percibe es que la justicia es término análogo y ley término analogado. No es, pues, la ley, el análogo sino el participante analogado. De este modo la justicia es término simplísimo e indivisible, y de este modo, como advierte Aramburu y, también, nosotros, la división de la justicia en conmutativa, legal y distributiva subalterniza los términos y destruye la función analógica de la Justicia. "*Filosofía del derecho*", tomo I, pág. 312.

(52) Interesante es el comentario de *Benvenuto Donati*, en su libro "*dottrina pitagórica e aristotélica della giustizia*", acerca de la distinción entre proporción material y proporción formal. Según el primer concepto de proporción, él haría posible la división de la justicia en conmutativa y distributiva, por tratarse precisamente de un cambio recíproco de prestaciones; pero se hace imposible dividir la justicia partiendo del segundo concepto de proporción, dado su carácter esencial o sustancial, págs. 48 y 49.

Justicia conmutativa en consecuencia no es así más que la relación de derecho constituida por dos voluntades las cuales libre y espontáneamente se obligan recíprocamente a dar, entregar o hacer algo que se presupone justo; en este caso, la justicia toma el nombre de equidad o *igualdad*. Por eso, frente a esta primera clasificación de la justicia corresponde la primera clasificación del Derecho: *derecho subjetivo*. Justicia legal son las obligaciones que emanan de la norma tanto las que conciernen a los gobernantes como a los gobernados y en tal sentido esta justicia se identifica con el principio de *autoridad* que supone la formulación de la ley. Por ello, también, esta segunda acepción de la palabra justicia corresponde estrictamente al *derecho objetivo*. Finalmente, la justicia distributiva son las obligaciones y derechos que la comunidad crea y reconoce respectivamente a sus miembros de conformidad a la responsabilidad y méritos que cada cual tiene en dicha comunidad. En realidad no se trata nada más que de un aspecto de la justicia legal y por tanto del derecho objetivo.

Obsérvese de este modo que la justicia sólo puede clasificarse en relación a los derechos y éstos en relación a una escala vigente de valores sociales: la libertad y la igualdad anudan así un conjunto de bienes sobre los cuales el individuo tiene arbitrio ilimitado para su intercambio; la autoridad empero, arbitra sobre ciertos bienes que por su naturaleza e importancia le han sido substraídos al individuo. Son valores así de tal naturaleza para la existencia y resguardo de la comunidad que sólo la norma o la autoridad que la dicta puede reglamentar.

La justicia, pues, se divide como todo concepto, por conversión o extensión; no en relación a sí misma sino en relación a sus analogados.

Del mismo modo que la justicia es el último término en el proceso abstractivo de la mente, es el primero en el proceso de conversión o deducción. Este será un tema especial que trataremos al estudiar la causa eficiente del derecho, ya que la justicia es noción que se abstrae por grados de las normas y reglas que prácticamente rigen la conducta.

En consecuencia: la división de la justicia no importa otra cosa que todos los analogados que en jerarquía descendente y

por atribución participan de la misma esencia de lo justo. La justicia, por tanto, se nos muestra como la causa formal del Derecho, en cuanto ella es la acción *determinante* y el Derecho la acción *determinada*.

### *Sección 3*

#### DE LA CAUSA EFICIENTE

1) NOCIÓN. Por el estudio de las causas material y formal se ha demostrado cuáles sean las causas intrínsecas del Derecho. Estas causas, por tanto, no obran sobre el Derecho sino que son o constituyen el Derecho en sí. El ser, como antes se ha visto, está constituido de materia y forma; son éstas las *causas del ser*, que lo constituyen como tal. Pero, dijimos, también que el ser *acontece*. Para acontecer, pues, es menester la causa eficiente que mueve. El ser en su *razón* de ser es principio de sí mismo, el ser en su acontecer es *movimiento extrínseco* para ser en *acto* todo lo que sus potencias encierran.

De esta manera la interactividad humana es potencialmente jurídica si la relación entre dos voluntades, integradas por el principio ético de la libertad y el jurídico de igualdad, tienden a lo justo. Esta relación potencialmente jurídica se actualiza como voluntad justa o querer justo, sólo por la acción *extrínseca* de la *norma*, avaluada de antemano como justa. La norma de derecho es así por antonomasia la *Ley Natural* y por el desprendimiento de ésta la *ley positiva* que impulsa *natural y positivamente* a las voluntades ligadas por el contrato a actualizarse en la relación de Derecho; vale decir las impulsa a ser un tercer término o voluntad independiente de las voluntades individuales (objetividad jurídica) y, a la vez, subordinante de dichas voluntades (soberanía jurídica). La objetividad y el imperio de lo justo es la actualización de una voluntad ética esencialmente subjetiva y unilateral.

De esto se sigue que la Ley como causa eficiente del Derecho está *preordenada* para actualizar la voluntad justa; luego

la causa eficiente, con la material y formal (principios intrínsecos del ser) constituye también un principio metafísico que define a la Ley con los caracteres de todo conocimiento científico causal, o sea con los caracteres anteriormente aludidos de objetividad y soberanía. Por ello, la Ley no puede ser sino justa puesto que está preordenada para actualizar lo potencialmente justo; la ley injusta, el derecho injusto, constituyen aberraciones lógicas, como ya lo hicimos notar en otra oportunidad, y como tendremos ocasión de insistir más adelante.

La definición de Ley como “la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por aquel que tiene a su cargo la comunidad” es y será siempre así una definición perfecta: como causa eficiente la Ley es ordenación y a la vez *mandato* -como agregan Domingo Soto y Suárez<sup>(53)</sup>- emanado de la razón. Por tanto: si es ordenación y mandato de la razón, es lo conforme a la naturaleza del hombre, y como esta naturaleza es potencialmente social, el Bien común es el término de tal ordenación. La promulgación, por otra parte, es el elemento positivo agregado a tal ordenación para hacerla para todos igualmente objetiva y soberana.

Obsérvese pues, cómo la definición de Santo Tomás, es la definición de la causa eficiente de lo justo, en tanto presupone esencialmente a la Ley como una ordenación y mandato dirigida a actualizar lo justo, que como veremos más adelante, el Bien común principio y término del Derecho. Corresponde el estudio del Bien común a la causa final. Por ello reservamos para esa oportunidad el análisis detenido de este término comprendido en la definición de ley.

2) LA NORMATIVIDAD. Pero si la Ley como bien dice Domingo Soto es más que ordenación, también un *mandato*, debe to-

---

(53) “Por consiguiente -dice Domingo Soto- siendo, todas estas virtudes propias de la ley, poco importa de cual de ellas le tomemos el nombre. Sin embargo, aunque no rechace la etimología de los teólogos, me agrada

mársela como *regla* del latín “norma” y en este sentido la normatividad específicamente constituye el estudio y análisis de las normas o reglas que ordenan en sentido de lo justo. La norma, por tanto, no es lo justo en sí, ni el derecho en sí, o lo objetivamente justo (relación jurídica) sino la regla por la cual se *mide* lo justo en cada caso.

De esta manera lo que mide no es lo medido: la norma ordena conforme a lo justo y lo justo en sí es, como antes se ha dicho, una voluntad o querer permanente de dar a cada uno lo suyo. Está, pues, la justicia en el querer recíproco de dos voluntades, y en este sentido la norma protege el acuerdo. La relación jurídica es tal, por estar conforme a la justicia. La justicia en este caso no es la norma sino aquel querer habitual de dar a cada uno lo que le corresponde. Pero esta voluntad dirigida a lo justo para actualizarse en tal sentido, necesita de esa fuerza extrínseca que mide en cada caso, pero que no es de por sí lo justo; tal la norma como causa eficiente.

Precisamente, el desdén por la metafísica en el sigla: pasado, trajo como consecuencia el escepticismo que negó una justicia trascendente a la norma, y, en adelante, se creyó sólo en

---

más la opinión de Cicerón: que la ley es la regla o norma de elegir. Porque la regla, dirigiendo enseña a elegir. De donde quiera, pues, que derivemos su nombre, es clarísimo que es cosa del entendimiento, lo cual se demuestra por ambas a dos cualidades suyas, pues tiene el ser regla y el ser mandato obligatorio. Por tanto, aunque Santo Tomás ponga una sola cualidad en su definición, nosotros ponemos las dos como género, a saber: ordenación o regla y mandato. Porque no ordena simplemente o dirige, como quien sólo muestra el camino, sino que dirigiendo manda y mandando dirige”: *“Tratado de la justicia y el derecho”*, I, q. 1, a. 1 *Francisco Suárez*, de igual modo expresa: “así como, dice, el que vota sin voluntad de obligarse, vota, a pesar de ello, verdaderamente y queda obligado, y el que promete bajo juramento dolosamente y sin intención de obligarse, tiene obligación de cumplir la promesa por la religión del juramento; así, por la misma razón, el que quiere mandar obliga por la eficacia del mando, aunque no quiera. Por tanto, para la ley no será necesario otro acto de la voluntad que la voluntad de mandar; más tal voluntad no es ley, sino sigue el mandato, el cual pertenece al entendimiento; luego en él está la ley: *“Tratado de las leyes”*, I, 5, 2. “Falta por

una justicia legal (positivismo jurídico); en la época presente ese mismo positivismo ha sido sustituido por una especie de logicismo legal, que todos conocemos con la expresión de normativismo lógico. Hemos de referirnos a continuación a estos dos normativismos a fin de mostrar que la negación de una justicia metafísica sumerge necesariamente al jurista o en el positivismo o en el idealismo formalista, identificando así la justicia a la norma, por el primero, o a una forma categorial sin contenido por el segundo.

3) EL NORMATIVISMO JURÍDICO DE LEÓN DUGUIT. BASES FILOSÓFICAS. La doctrina jurídica de Duguit elaborada según los métodos del positivismo, ha abandonado los verdaderos caminos del espíritu, ha fincado su proceso en la descripción de la materia, sin fundamento en la filosofía y en el espíritu. Es, pues, sólo el análisis de la realidad sensible la única preocupación de esta obra. La metafísica es para Duguit la más formidable enemiga del hombre y de la sociedad: ella creó el subjetivismo jurídico, éste, la soberanía, y la soberanía produjo la guerra por la que el individuo y la colectividad aniquilan su vida y bienestar. A expensas de ella el hombre ha vivido creando esencias a través de las cosas y de la naturaleza; rindió culto a entidades que

---

probar la otra parte del primer antecedente, a saber, que algunas condiciones necesarios para la ley se hallan en el acto de la voluntad y no propiamente en el acto del entendimiento. La primera es mover y aplicar al súbdito a ejecutar la acción, entendiendo siempre bajo el nombre de acción la omisión. Pues, el principio que mueve y aplica al ejercicio de la acción es la voluntad; pues, el entendimiento más bien mueve en cuanto a la especificación, y así antes se dice que dirige que mueve. Es la segunda, que tiene fuerza de obligar, que propiamente está en la voluntad, no en el entendimiento; pues, el entendimiento puede solamente mostrar la necesidad que hay en el mismo objeto, la que si en él no está, no puede él atribuirle; mas, la voluntad da la necesidad que no había en el objeto y hace, v. gr. en la materia de justicia, que una cosa valga tanto o cuanto, y en la materia de las otras virtudes que aquí y ahora sea necesario obrar, lo que de otro modo no sería de suyo", *ibid*, I, 5, 7.

jamás podrá constatar, como el principio vital en biología, el alma en psicología y la diátesis morbosa en patología. Del mismo modo fantaseó frente a los fenómenos individuales y sociales creando el derecho como su esencia irreductible <sup>(54)</sup>. Duguit está convencido que en el orden de las ciencias naturales las esencias han terminado; es hora, también, que los fenómenos psíquicos y sociales abandonen para siempre la metafísica. Se encadena evidentemente al positivismo de Comte, partiendo como éste de la clásica división de la historia, según la cual, la humanidad se desenvuelve por etapas sucesivas; la primera y la segunda, es decir, la teológica y la metafísica han sido ya cumplidas, estando definitivamente proscriptas en la actualidad por el triunfo del positivismo y las ciencias <sup>(55)</sup>. Han transcurrido así las dos primeras, caracterizándose la humanidad actual por su progreso en la experimentación científica que exige el el renunciamiento a toda valorización absoluta del universo y a toda unidad objetiva del conocimiento; únicamente permite

---

(54) “Comment s’explique cette persistance des conception subjectivites du droit? Par une raison que nous retrouverons a chaque instante dans ces études; un besoin inhérent en quelque sorte á la nature humain L’homme a toujours en le besoin d’expliquer le visible par l’invisible, de placer derrière le phénomène qu’il constate directement une entité invisible dont il fait le support et la cause efficiente du phénomène qu’il constate. Dans l’ordre des connaissances naturelles, il est arrivé à se dégager de cette obsession. Dans l’ordre des sciences sociales et morales, il n’y est point encore parvenu. Derrière l’ensemble des phénomènes de la nature, on a placé une entité créatrice et directrice; derrière tel phénomène physique, on a imaginé l’existence d’une sorte d’esprit, d’un fluide, autrefois le philogistique, pendant longtemps le fluide électrique, ou tout autre entité imaginaire de même ordre; derrière les phénomènes de la vie, le principe vital; derrière les phénomènes pathologiques, la diathèse morbide; derrière les phénomènes de la pensée, l’âme. De même; on a voulu placer derrière les situations individuelles ou sociales, nous apparaissant avec ce caractère que tuote attente qui y est portée provoque una réaction d’ordre collectif plus ou moins organisée, on a voulu placer, dis - je, derrière ces situations, pour les expliquer, une entité d’ordre métaphysique qu’on a appelée le droit”.- *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, págs. 10 y 11.

(55) A. Comte: “*Cour de philosophie positive*”, tomo IV, págs. 328 a 387.

fijar relaciones, coexistencias y sucesiones de las cosas <sup>(56)</sup>. La palabra *derecho*, por tanto, debe desaparecer del lenguaje político como el de causa del verdadero lenguaje filosófico. De estas nociones de carácter teológico-metafísico, la primera es inmoral y anárquica, la segunda irracional y sofística <sup>(57)</sup>.

Duguit en el orden del derecho, ha diluido estos principios hasta sus extremos: la segunda etapa, a que alude Comte, habría traducido el fenómeno jurídico en una noción de carácter metafísico, la del derecho subjetivo, noción ésta ajena en absoluto a la realidad y cuya existencia sólo pudo sostenerse en un ambiente anticientífico, saturado de creencias y de fuerzas misteriosas: los fenómenos físicos como los fenómenos sociales e individuales eran explicados en virtud de elementos y factores de que estos fenómenos carecían <sup>(58)</sup>.

El reconocimiento de los derechos subjetivos implica la existencia de ciertas voluntades superiores a otras, de ciertas voluntades de una esencia particular. Cuando se dice que el poder público, la propiedad son derechos subjetivos, esto, o no tiene sentido o significa decir que determinadas voluntades son por naturaleza superiores a otras, lo que sólo puede justificarse presuponiendo la existencia de un ser o voluntad sobrenatural, fuente y origen de todo poder. La noción de derecho subjetivo es, por tanto, metafísica y escolástica. Razón tuvo Comte al afirmar que la noción de derecho subjetivo no era posible aceptar sino únicamente partiendo del supuesto de que un poder sobrenatural origina aquel derecho, lo que no es posible demos-

---

(56) Karl Vorländer: "Historia de la filosofía", tomo II, pág. 318.

(57) A. Comte: "Système de politique positive", tomo I, pág. 361.

(58) "De tout cela je conclus qu'il faut rejeter la notion de droit subjectif, notion purement métaphysique, dont on ne peut ni démontrer la réalité, ni déterminer les éléments; notion d'une entité imaginée, sous l'empire de ce besoin, que l'on peut qualifier de métaphysique, qui, à une certaine époque, s'est imposé impérieusement à l'esprit humain et qui l'a conduit à expliquer tous les phénomènes du monde social, comme du monde physique, par des forces mystérieuses que ces phénomènes cacheraient". - Leçons de droit public général, pág. 53.

(59) "Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat", página 17.

trar ni tratar de conservar en el estado positivo actual porque atraviesa la humanidad <sup>(59)</sup>.

Durkheim, discípulo de Compte, ha influido, también, en forma definitiva sobre el pensamiento de Duguit. Para el sociólogo francés, la colectividad social es de un carácter puramente objetivo, realidad condensada totalmente en un proceso de síntesis psíquica cuya proyección y poder sobre el individuo radica en la fuerza que ese proceso entraña en sí mismo. La ley universal de la división del trabajo aparece como una forma particular de este proceso general y se aplica a la sociedad como a los organismos, si bien con efectos diferentes <sup>(60)</sup>. Es evidente que el fenómeno social no es perceptible por los sentidos, cosa que ocurre con los fenómenos físicos; pero es, también, evidente que el hecho objetivo social puede observarse y comprobarse por otros medios y en virtud de ciertos efectos. La solidaridad, fenómeno esencial y primario de la sociedad, es un fenómeno enteramente moral; no se presta, pues, a la observación cuantitativa, dado, como se dice, su carácter inmaterial; pero, este hecho interno se nos manifiesta por otros hechos visibles que lo simbolizan; uno de estos signos visibles es el derecho: el frecuente contacto entre los hombres, sus relaciones recíprocas explican la existencia del derecho como expresión de la solidaridad <sup>(61)</sup>.

El derecho como forma simbólica del ser colectivo, o como expresión de la solidaridad, es una realidad objetiva, de origen empírico; se identifican así por un mismo método el derecho y el fenómeno natural. Esta es, también, la identificación que en forma insuperable y de proyecciones extremas se puede comprobar en las obras de Duguit, a pesar de no haber podido escapar de ciertos errores y contradicciones. Para realizar dicha identificación, Duguit parte de la solidaridad como un hecho que puede observarse, y cuya principal manifestación, dijimos, es el

---

(60) “De la división du travail social”, véanse págs. 3, 4 y 31. Acerca de la autoridad y proyección moral de la colectividad sobre el individuo, véase del mismo Durkheim, “Sociologie et philosophie”, págs. 107 a 110.,

(61) Obra citada, págs. 27 y 28

derecho. Los fenómenos sociales cualesquiera sean ellos, no deben explicarse por principios abstractos, sino analizarse en sí mismos y por sí mismos. Para saber, dice Durkheim, lo que es objetivamente la división del trabajo social, debemos abandonar el análisis interno que no hace sino desenvolver una idea que nos hemos forjado; debemos tratar el hecho objetivo como cualquier otro hecho, observar, comparar y veremos entonces, que el resultado de estas observaciones difieren fundamentalmente de aquél que brota del análisis de principios abstractos <sup>(62)</sup>. Estos principios, creemos, han influido sobre el pensamiento de Duguit de manera decisiva, tanto que el hecho de la solidaridad, descrito maravillosamente por Durkheim, tiene en la obra de Duguit la más ajustada interpretación, y una aplicación de sus premisas la más absoluta y la más rigurosa.

De manera sensible y directa, la influencia del principio evolucionista, formulado por Spencer, ha obrado, también, sobre las líneas principales del sistema jurídico de Duguit. En el fondo de todas sus afirmaciones se advierte un otro aspecto del hecho social: la solidaridad en sí misma es un hecho in variable, pero su contenido, es decir, las formas múltiples de manifestarse, evolucionan y progresan constantemente. Los fenómenos sociales, como los naturales, están sometidos al proceso de evolución universal; el campo psíquico, como el biológico, implican una eterna y profunda renovación, un eterno desenvolvimiento, que, según Spencer, puede enunciarse así: “en el universo se produce en general y en detalle una distribución incesante renovada de la materia y del movimiento” <sup>(63)</sup>. Este principio es reconocido por Duguit en sus afirmaciones atingentes a los actos humanos. La solidaridad descompuesta en sus dos formas fundamentales, la de la solidaridad mecánica y la de la solidari-

---

(62) Obra citada, págs. 7 y 8.

(63) Véase el prólogo de la filosofía de Hebert Spencer por F. Howard Collins, resumen general de su filosofía hecho por el mismo Spencer, tomo I, pág. 8.

dad por división del trabajo, es siempre idéntica en sí misma, pero los actos humanos a que ella se refiere, están en perpetua evolución; así lo indica la historia de las instituciones, por la que se sabe existieron juicios; sobre actos que no solamente han variado, sino que muchos de ellos se nos aparecen en abierta contradicción con otros; actos que hoy son apreciados como individuales fueron juzgados ayer como actos sociales; tal es lo que comúnmente ocurre con los actos de orden religioso <sup>(64)</sup>. La evolución como ley del universo y de la materia alcanza, también, a los fenómenos psíquicos, aniquilando en consecuencia toda concepción metafísica, cuyo propósito aspira casualmente interrumpir esa constante distribución de la materia, de sus fuerzas, de sus integraciones y reintegraciones sucesivas.

Sin embargo, la solidaridad juzgada por Duguit como el común denominador de los cambios sociales -como un hecho invariable y constante, abre la sospecha, bien justificada por cierto, no sea el hecho de la solidaridad por sus caracteres de *permanencia* y *universalidad* identificable con aquel algo que, según Spencer, persiste y sobrepuja en cantidad a las formas sensibles y variables del universo, con aquel poder desconocido e incognoscible que nos vemos precisados a reconocer, que no tiene límites en el espacio y que en el tiempo no tiene principio ni fin.

Por eso creemos, como más adelante trataremos de ensayar, que la solidaridad, hecho fundamental, invariable y universal, explica el derecho por un principio objetivo *trascendente*, pues, es evidente que ningún hecho que cae bajo la acción de los sentidos no entraña por sí mismo las formas de necesidad y universalidad. Estas no son productos inmediatos del conocimiento experimental, sino las condiciones formales abstraídas por el entendimiento. Los conocimientos dados por la experiencia son *a posteriori*, ha dicho Kant, mientras que son *a priori* los conocimientos universales y necesarios en sí mismos, y se-

---

(64) Traité, tomo I, págs. 25 y 26,

gún Francisco Suárez, la realidad singular sólo contiene el universal en *potencia*, sólo el entendimiento posee el universal en *acto* <sup>(65)</sup>.

En el orden jurídico, la *cosa en sí*, es decir, la idea del derecho ha perdido con Duguit su carácter sustancial para agotarse en un principio objetivo intranscendente. Además este principio sólo tiene sentido y valor desde el punto de vista causalista por el que el derecho, como la ética de Spencer, pierde todo el significado que es capaz de adquirir frente a la idea de libertad, para reducir su proceso a los límites que asigna la ley del desarrollo y evolución de la materia.

Estas son las principales bases del método sobre las que se asienta el pensamiento jurídico de Duguit, el método positivo y el principio evolucionista. El primero, aplicado al derecho concluye en una serie de hechos, más o menos relacionados, apartando todo lo que no es fruto de la observación y comprobación; no es posible, entonces, aspirar al *deber ser* jurídico, sino conformarse solamente con lo que es o con lo que en la realidad *existe* como derecho. Esto que *es*, es el hecho primordial de la vida social, la solidaridad humana, hecho directamente observado y constatado por la historia misma de la sociedad.

El método positivo, así aplicado, se formula, según Duguit, en las siguientes reglas: 1.- Observar los hechos de una manera personal, o como hoy día se dice, de una manera objetiva, y hacer un esfuerzo constante para substraerlos de la influencia de la tradición, del medio y de prejuicios de todo orden, nacionales, religiosos, etc. 2.- Aplicar el razonamiento deductivo, pero simplemente como un instrumento de descubrimiento; verificar sobre los hechos las conclusiones de la deducción lógica, y si ellos no concuerdan con aquellos, rechazar, sin duda alguna, la hipótesis de que se parte; jamás debe intentarse someter los

---

(65) Crítica de la razón pura, págs. 82-88. Tomo I. José M. Alejandro: la Genoseología del Doctor Eximio y la acusación nominalista, página 352.

hechos a la lógica, tarde o temprano ellos toman su venganza y descubren nuestro error. 3.- Rechazar, por último, todo concepto a priori dejándolo al dominio de la fe religiosa o al de la metafísica. Concepto es toda idea de una cosa que escapa a la observación directa de los sentidos y que, por consiguiente, es una entidad de orden puramente metafísico. Toda entidad de este género debe eliminarse del campo de la ciencia <sup>(66)</sup>.

Estas reglas, formuladas por Duguit y comunes en el fondo a las de todas las escuelas y direcciones del positivismo, no nos dan base para una filosofía, sino los procedimientos para la elaboración científica de la realidad. La observación ya se haga por el procedimiento inductivo o deductivo, según quiere Duguit, sólo habrá alcanzado hacer una construcción *relativa* del derecho y que se manifiesta por medio de la síntesis positiva, pero no habrá alcanzado jamás a satisfacer ni remotamente la aspiración filosófica del hombre, que tiende hacia la elaboración de lo *absoluto* del derecho. Si sólo se pretende llegar a la noción histórica o relativa, haremos bien en adoptar los procedimientos antes señalados; pero, si el propósito ha de ser otro, el de revelar lo que de esencial y eterno tiene el derecho, estaremos, entonces, forzados a echar mano a procedimientos verdaderamente filosóficos, cuyo camino principal a seguir es el del entendimiento con sus procesos abstractivos.

La nota característica del positivismo es la de hacer filosofía de un modo disimulado o inconsciente; no es la falta de sistemática en sus conclusiones lo que lo distingue específicamente de otros sistemas, sino el de concebir y coordinar con elementos puramente contingentes cuya resultado no puede ser otro que la elaboración de un sistema relativo, “esto nos representaría no sólo un atentado contra el derecho sino algo más grave aún, porque atenta contra la vida misma del espíritu. No solamente se fragmenta el derecho, sino que se nos pretende modelar espiritualmente según una ima-

---

(66) Leçons de droit public général, págs. 34 y 35.

gen obtusa e imposible” (67). Pero, a pesar de esta modalidad característica del positivismo, en el de Duguit no es precisamente una metafísica lo que falta, sino, como bien dice Geny, la plena conciencia y la confesión sincera de su metafísica (68).

Para el positivismo, la justicia y el derecho son fenómenos encadenados al resto de los fenómenos de la vida cuya fuente y razón de ser no están en la conciencia sino fuera de ella, en la realidad misma. El derecho gobierna la conducta de los hombres, así como las leyes físicas dirigen por sí mismas el desenvolvimiento armónico de la naturaleza, con independencia absoluta de la conciencia. Si bien el mismo Duguit marca algunas diferencias entre los fenómenos físicos y los actos humanos, en cuanto ambos se refieren a acontecimientos distintos, no les asigna, en cambio, fundamentos diferentes. Al positivismo, más que a ninguna otra escuela, le está obligado reconocer entre el acontecimiento físico y el acto de voluntad, ya que así se presentan, dos realidades distintas. Si en la realidad son diferentes, deberán, entonces, tener diversos fundamentos con los cuales podamos diferenciarlos. Por no tener diferencias fundamentales, es que para el positivismo no existe el criterio del acto bueno y malo, la distinción entre una ley justa y una ley injusta, puesto que la moral como el derecho son cosas que *son*, que existen y no algo que *deben ser*. Y así, Duguit nos dice que el Derecho es un producto de la evolución humana, un fenómeno social, sin duda de un orden diferente al de los fenómenos físicos, pero no por esto ha de conciliarse ni a un ideal ni a un absoluto (69).

---

(67) Véase P. Gruber: “Auguste Comte, fondateur du positivisme, sa vie-sa doctrine”, págs. 181 y 182.

(68) Science et technique en droit positif, tomo II, pág. 271.

(69) “Le droit ets un produit de l’évolution humaine, un phénomène social, sans doute d’un ordre différent de celui des phénomènes physiques, mais qui pas plus qu’eux ne se rapproche d’un idéal, d’un absolu. On peut bien dire que le droit de tel peuple est supérieur au droit del tel autre, mais ce ne peut être qu’une tendances de ce peuple que le droit de l’autre”.- Manuel de droit constitutionnel, pág. 6.

No siendo la voluntad del hombre una facultad ciega o mecánica, sino libre y consciente, surge para el positivismo la formidable objeción formulada a Duguit por sus adversarios, y que consiste en esclarecer cómo un simple hecho ajeno en absoluto a todo ideal y a todo principio ético, puede transformarse en una regla de conducta, cómo un hecho o fenómeno de orden natural puede trocarse en una actividad libre y consciente, reglada y limitada por la norma. Si la naturaleza nada sabe de sí misma, y si la diferencia entre un acto de voluntad y un simple fenómeno natural es algo que existe en la realidad misma, es en razón de esa realidad que clasificamos los fenómenos y los acontecimientos, que coordinamos la naturaleza por la ley de la causalidad y que coordinamos o avaluamos los actos humanos por la ley de la finalidad.

Si con los principios del método positivo no consigue Duguit aniquilar la metafísica del conocimiento, tampoco lo consigue por el principio evolucionista, cuya adaptación, envuelve, según frase ya citada de Geny, la existencia de una metafísica ignorada.

En este otro aspecto nos vemos forzados, de acuerdo al propio pensamiento de Spencer, afirmar que si el derecho es producto de la evolución natural de las cosas, debe preexistir un algo desconocido, razón y fundamento de ese proceso, medio por el que éste se reconoce y se identifica, y que Duguit trata de eludir inconsecuentemente. Si según los procedimientos del positivismo, se concibe la justicia -en este caso la solidaridad- como un hecho, éste en su constante evolución ¿no deja en la conciencia la imagen total de ese proceso, es decir el derecho universal, la justicia eterna con los cuales el mismo proceso se representa a nosotros como algo eternamente uniforme? Duguit niega exista otra realidad que la realidad de los hechos; que la justicia y el derecho no son más que dos hechos universales, el hecho de la solidaridad humana y su expresión en la regla de derecho. Volvemos a insistir aquí sobre estos caracteres de permanencia y universalidad de la solidaridad y de la regla de derecho, caracteres que para Duguit no están

en la conciencia sino en la comprobación histórica de los hechos; niega así lo que el mismo Spencer proclama sin ambages, un ideal sin el cual no sería posible reconocer el proceso de evolución y progreso <sup>(70)</sup>.

Duguit, si bien trató sinceramente de abstraer el derecho de todo principio o absoluto, el propio pensamiento, que es hijo de la metafísica, no habría podido satisfacer las intenciones; la misma observación de los hechos es algo más que imposible si no se parte de preconceptos, de la unidad de la conciencia sin la cual no es posible el conocimiento empírico. La realidad exterior es una realidad fragmentada, el pensamiento es la única fuerza que puede unificarla: una verdadera utopía sería pretender encontrar la coordinación en los hechos cuando en su estructura misma nada existe que no sea la fatalidad y la inconsciencia.

Descartes, padre de la filosofía moderna, enseñó que todo conocimiento (la ciencia) no puede fundarse en una autoridad extraña a la razón. La característica de la filosofía medioeval fue basar el conocimiento en un principio trascendente a ella, es decir en un dogma o en una esencia, cuya existencia independiente de la razón se le imponía, no obstante, por los caminos de la fe y de la revelación. Para Descartes, la unidad que

---

(70) “Una civilización progresiva, que es por necesidad una sucesión de compromisos entre lo viejo y lo nuevo exige un perpetuo reajustamiento del compromiso entre lo ideal y lo practicable en las circunstancias sociales; fin que deben tener a la vista los dos elementos del compromiso. Si es verdad que la pura rectitud prescribe un sistema de cosas demasiado bueno para los hombres tales cuales son, no es menos verdad que los meros expedientes no tienden por sí mismos a establecer un sistema de cosas algo mejor que lo que existe. Mientras la moralidad absoluta necesita transigir con obstáculos que la impiden caer en absurdos utópicos, las transacciones deben a la moralidad absoluta todo estímulo de mejora. Concedido que estemos principalmente interesados en asentar lo que es relativamente recto, se sigue que tenemos que considerar primero lo que es absolutamente recto, puesto que una concepción presupone a la otra”. El progreso, su ley y su causa, pág. 325.

caracteriza a la ciencia es hija de la razón y, por tanto, sólo en ésta ha de encontrarse la primera evidencia o el fundamento de todo el proceso del conocimiento, que se resume, no en un raciocinio lógico sino en una certeza inmediata e instintiva. Esta primera evidencia se condensa en el *cogito ergo sum*, cuya verdad se manifiesta sin ayuda de un principio general y sin deducción alguna. “El sujeto pensante construye por sí el nuevo sistema de cultura, autónomamente y con su propia riqueza. Si la cosmología copérnica había desalojado al hombre de su posición central del Universo, el hombre encuentra ahora en sí mismo el núcleo inmovible de toda realidad y de toda verdad: desde el yo conquista al mundo. Estas ideas que se han convertido en los comienzos de la época de la “ilustración” y que son un factor persistente en la vida del espíritu moderno, se reúnen en Descartes en torno al concepto de una ciencia universal que les imprime un sello peculiar y les presta cierta solidez, asentándolas en un concepto metafísico de máxima generalidad” (71). El pensamiento al afirmarse en sí mismo, creó para el porvenir una nueva fuerza que habría de traducirse y adaptarse en todos los aspectos de la vida con una expansión extraordinaria de matices, complejidad viviente que no desmentiría ni por un momento el germen o la raíz fundamental que la supo fecundar. El individualismo jurídico surgió así como un matiz del racionalismo filosófico con todos los poderes que su primer entimema fue capaz de inyectarle; individualismo que en el nuevo derecho jugó un rol e importancia trascendentales. Este individualismo jurídico, a pesar de adquirir con el tiempo diferentes formas y direcciones, no llegó a alterar, como decimos, el contenido esencial del *cogito ergo sum*, cuya afirmación se encierra en las bases de todos los sistemas individualistas del derecho

---

(71) Max Frischeisen - Köhler: Descartes, pág. 10. Consúltense además: A. Messer: La filosofía moderna, págs. 73 a 75. Paul Landomy: Descartes, págs. 10 y 11. Karl Vorländer, obra citada, tomo II, págs. 10 y 11.

actual. Hoy en día, en cambio, este individualismo de raíz racionalista está en franca crisis frente a un naciente realismo metafísico cuyo principal inspirador lo constituye el genial pensador hispánico Francisco Suárez.

Duguit, en cambio, necesitó quebrar la línea del racionalismo olvidando este realismo escolástico que ya en un tiempo se dibujaba con nítidos caracteres, para volver a fundamentar el derecho en un principio *objetivo*; debió para ello luchar contra un sistema histórico de profundas raíces e inmensas proyecciones cuyo punto de partida fue un principio *subjetivo*, que para el positivismo es imposible de demostrar y comprobar en la realidad. Si para Descartes la ciencia no puede fundarse en una autoridad extraña a la razón, para Duguit, la ciencia sólo es posible cuando las conclusiones de la razón pueden ser demostradas y verificadas en la realidad de las cosas, puesto que los hechos son los únicos que pueden darnos conocimientos ciertos y perdurables. La razón sólo sirve, entonces, como *medio* de descubrimiento y comprobación.

Era necesario, por tanto, destruir la raíz del individualismo, atacando su núcleo principal, su esencia racional por un principio que le fuera opuesto: el derecho individualista se opone así al derecho como *función*; frente a éste el individualismo desaparece como esencia autónoma; la función es, también, una facultad, pero de base objetiva y no identificable en el individuo como su titular o sujeto. Duguit condensa su pensamiento en este otro principio de naturaleza esencialmente objetiva: “yo pienso como *unidad del conglomerado social, luego el grupo social existe*”<sup>(72)</sup>.

Los términos de una esencia subjetiva han sido sustituidos disuelto el germen tradicional de la metafísica jurídica por otros de una esencia objetiva; la personalidad se diluye en la realidad social objetiva; la existencia del individuo queda sujeta a la existencia del grupo; en una palabra, ha por esta

---

(72) El pragmatismo jurídico, pág. 102.

otra afirmación cuyo contenido realmente humanitario subyuga y atrae con fuerza extraordinaria.

Frente al método racionalista, sistema a priori del conocimiento se opone el método positivo, sistema del conocimiento a posteriori. La verdadera ciencia proviene de la observación directa de los hechos, de su comprobación y verificación, Este método, aplicado a la ciencia del derecho ¿qué nos demuestra en la realidad? El individuo en ella, para Duguit, no aparece aislado, desde que nace vive en relación con otros, y no existe un momento de su vida que no esté vinculado a los demás. El hombre así es una proyección de la colectividad, y no la colectividad proyección del hombre; es el pequeño engranaje de una inmensa rueda que está en constante evolución, un simple medio, una simple condición de que se valen las ideas y las creencias de la mayoría para satisfacer ciertas necesidades y determinados fines. Carece, pues, de realidad el principio racionalista toda vez que construye a priori la individualidad en virtud de una coordinación abstracta de atributos y facultades innatas. La realidad objetiva sólo muestra al hombre en perpetua relación con los demás hombres, el sujeto y el fin del derecho no pueden ser otros que la colectividad misma, pero no como creación artificial sino como realidad positiva evidente. Resulta, por tanto, que el individuo como unidad del conglomerado social no es un principio deducido de la razón, ni una abstracción de la realidad, sino la comprobación íntima de un hecho.

Duguit, para nuestro modesto modo de ver, resulta ser o un ultra-observador o simplemente un bello teorizador. Según sus propias afirmaciones debemos dudar de la certeza y veracidad de sus conclusiones hasta tanto ellas no hayan sido debidamente observadas y comprobadas. Las contradicciones de Duguit comienzan, entonces, desde que hace su primera afirmación. Decir “yo pienso como unidad del conglomerado social” es partir, en primer término, tal como lo hizo el mismo Descartes, de la existencia del propio pensamiento. Esta primera certidumbre de la realidad objetiva es contradictoria en sí misma e incompleta con el resto de sus afirmaciones: pensar es ligar la realidad,

coordinar las cosas y los hechos, es, casualmente, tener la conciencia de un íntima unidad. La naturaleza física como la naturaleza psíquica, aparecen ante nosotros desprovistas de sus respectivas leyes de encadenamiento, cuyo sentido sólo alcanzamos a comprender recién cuando comenzamos a pensar. Es el hombre solamente quien necesita conocer esa ley profunda que no se advierte en la sucesión misma de los hechos ni en la realidad objetiva de las cosas.

El derecho es un fenómeno social de contenido y proyecciones psíquicas. Considerado sólo de este modo es establecer un orden material, una regla exterior necesarios ambos a la existencia del grupo; necesidades y relaciones mutuas crean las normas que permiten la satisfacción de ellas y su desenvolvimiento armónico. Pero, las relaciones y normas que las regulan no implican por sí mismas el por *qué* de su existencia, porque las normas varían, desaparecen y se modifican conjuntamente con las nuevas necesidades y aspiraciones. El hombre contiene en sí mismo la profunda ley de las cosas y de la vida, la ley de la perfección infinita de su ser; desde este punto de vista, el derecho no es una mera contingencia sino la noción de la justicia y rectitud absoluta.

Sin este nuevo valor jurídico-filosófico, el derecho se identificaría con los demás fenómenos de la naturaleza y el hombre como la bestia estarían, entonces, regidos por una misma fuerza, fuerza ciega e instintiva que haría obrar al individuo tal como quiere Duguit, en razón de una función y no en razón del deber.

En el fondo de su pensamiento, Duguit no alcanza a extirpar los fundamentos éticos del derecho; por el contrario, su entimema objetivo los reafirma, como más adelante tendremos oportunidad de analizar. No ha podido explicar, en una palabra, cómo el hecho o la función social por sí solos pueden fundamentar el derecho o cómo el *ser* jurídico puede desligarse en absoluto del *deber ser* que impone la conciencia. Por esto, creemos que el verdadero alcance que para nosotros tiene el principio objetivo de la función social, tal como lo ha sintetizado Duguit,

no es la proyección de un simple hecho sino la *unidad objetiva* del conocimiento por la que el derecho, si bien llega a tener un nuevo sentido, es en realidad una construcción de orden metafísico. Tan teórico es este principio de la función social como el que sentara el individualismo cartesiano: Descartes afirmó del conocimiento su primera evidencia teórica, un juicio analítico; Duguit aplicando al derecho un método inverso concibe, también, una unidad, que si no es inmanente a la razón misma, es por ella inmanente en las cosas, en la existencia misma de la vida social y del derecho.

Si bien a través de la obra de Duguit se destacan los elementos constructivos de un riguroso sistema, no es menos cierto que ello se debe en gran parte a la embestida sistemática contra la metafísica jurídica cuyo proceso de derrumbamiento contribuye a destacar una doctrina negativa <sup>(73)</sup>. Parecería así que este positivismo tiene en sus orígenes una tendencia y un espíritu exclusivamente revolucionarios, espíritu que quizás ha de atenuarse a desaparecer por la obra posterior de sus discípulos y glosadores. La obra de Duguit se caracteriza por una embestida casi febril contra los direcciones del derecho natural; pero, es, también, necesario reconocer que en esta ofensiva se encuentra, precisamente, la solidez de su pensamiento, porque sólo los excesos y las aberraciones históricas del subjetivismo jurídico pudieron despertar tan formidable controversia y producir una obra tan magna. Mañana, decimos, otras han de depurarla de sus elementos negativos y de cierto fanatismo que la lucha ha podido producir para presentarla únicamente desde su punto de vista constructivo.

---

(73) Puede comprobarse esta crítica sistemática de los fundamentos del subjetivismo jurídico en casi todas las obras de Duguit: *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, págs. 14 a 21 - *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, págs. 6, 111, 118 y 400. - *Les transformations générales du droit privé*, págs. 8 y 21. - *Les transformations du droit public*, págs. 12 y 16, - *Manuel de droit constitutionnel*, págs. 3, 5 y 19 - *Souveraineté et liberté*, págs. 5 a 14. - *Leçons de droit public général*, págs. 49 a 54.

Por otra parte, caracteriza a la obra de Duguit la simplicidad de los conceptos y la sencillez de su manejo; unas cuantas ideas originalísimas han coordinado un formidable sistema que produce en el espíritu del lector una sensación más teórica que práctica <sup>(74)</sup>, y cuya impresión proviene casualmente de aquel aspecto revolucionario, a que aludíamos, que no permite en parte trabajar con los elementos reales en forma verdaderamente independiente.

La revisión de la metafísica tradicional es pues simultánea a la elaboración sistemática: el derecho sometido a la influencia teológica, más tarde al racionalismo de Grogio y sus discípulos y, por último, el derecho concebido según el criticismo kantiano, han sido las concepciones en boga durante las etapas teológicas y metafísicas. La intensa corriente científica de la hora actual ha proscripto definitivamente a las anteriores y ha influido particular y extraordinariamente para explicar los fenómenos individuales, y sociales. Estamos, dice Duguit, en el siglo llamado por antonomasia, el de las ciencias positivas: el derecho debe así desentenderse de toda noción de carácter metafísico, se debe eliminar todo lo que no sea en él un hecho verdaderamente constatado, desterrar para siempre la noción metafísica del derecho subjetivo que entraña el poder soberano de la voluntad <sup>(75)</sup>.

---

(74) Advertimos que esta impresión teórica, sólo nos causan los primeros capítulos de las obras de Duguit, dedicados en su mayor parte a la demostración empírica de los fundamentos del derecho, porque en lo que se refiere al aspecto técnico del derecho público al que Duguit ha dedicado sus mayores esfuerzos, es forzoso reconocer una renovación total de valores históricos.

(75) "C'est que dans le siècle par excellence des sciences positives, le domaine du droit est resté encombré de notions d'ordre purement métaphysique; c'est qu'on n'a pas su apporter à l'étude du problème juridique une méthode véritablement constaté, éliminer notamment la notion purement métaphysique de droit subjetif, e'est -à - dire de pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit. C'est l'effort que je tente. Au lecteur de dire si j'y ai réussi" - *Traité*, tomo I, pág. 3.

Sin embargo, muy lejos está nuestra época del sentido extremadamente positivo que se le pretende dar: “la ciencia actual se aleja de la posición positivista a que se refiere Duguit.

La física desde Mach a Poincaré, desde Duhem a Einstein, demuestra que ha ido poco a poco independizándose de los cuerpos para encaminarse hacia las esencias. Primero las cualidades de las cosas, los fenómenos, han adquirido un carácter mental e intelectual, luego la noción de cuerpos, en seguida la idea de espacio y de tiempo, todo ha ido independizándose de los datos sensibles para buscar una expresión que podríamos decir intelectual, que en vez de atravesar un período de constatación, como lo fue el primer instante del positivismo, la ciencia en todos sus aspectos se independiza de los hechos, para hacer una construcción intelectual; la propia psicología ha salido ya del campo de las ciencias experimentales en el cual se creyó que había de encontrar un equilibrio definitivo; queda para la fisiología el estudio de las sensaciones, del yo empírico, sin pretender abarcar con ello la vida del espíritu; hay, como decía Berthelot, una tendencia hacia una ciencia ideal” (76).

La simple observación y constatación de la realidad no puede fecundar hoy en día una noción seria del derecho. Las cosas que vemos, los hechos que observamos sufren a través de la mente profundas transformaciones: la personalidad, la propiedad, la familia, el estado no constituyen realidades brutas, no son fenómenos o cosas que podamos ver como se observan las cosas y los fenómenos de la naturaleza, sino instituciones, conceptos, cuyo origen radica en un proceso de objetivaciones

---

(76) E. Martínez Paz: Obra citada, pág. 36.- Véanse, también: Abel Rey: La filosofía moderna, págs. 110 a 118; Daniel Berthelot, La ciencia y la vida moderna, pág. 34.- Este último dice: “en presencia de los insolubles enigmas de la vida y del destino, ¿quién será osado de vituperar el que el hombre trate de dejar el camino secular seguido sobre las olas para lanzarse en el seno de un mar desconocido bajo la fe de nuevas estrellas? Asistimos al nacimiento de una religión nueva en la cual la forma es singular, el lenguaje abstracto, las misterios profundos; los que hoy la niegan mañana son fanáticos.

espirituales. A su vez, estos conceptos y objetivaciones son la materia del conocimiento filosófico sin la cual no sería posible tener de ellos una inteligencia universal y sistemática. Este tercer grado del saber humano que constituye el conocimiento filosófico, rechaza hoy en día el juicio analítico de los racionalistas, sin arraigo en la experiencia; pero con ello no se ha destruido la metafísica, por el contrario, tal como la fundara Aristóteles, ha sido para el porvenir del pensamiento una fuente inagotable, en la que todavía radican sus fuerzas sistemas y direcciones de actualidad fecunda.

La corriente científica contemporánea no se funda sólo en la simple observación de la realidad, es necesario confesar además la existencia de una fuerza espiritual que hoy más que nunca transforma los elementos empíricos; una fuerza que pugna por intelectualizar todos los órdenes de la vida, para satisfacer de este modo la aspiración y la tendencia de una época que ha comenzado a caracterizarse en estos últimos tiempos, particularmente después de la última guerra. Esta, ha servido al hombre para racionar sobre sí mismo, para pensar, analizar el contenido de la propia conciencia, a mirar con desdén y experiencia las promesas a que cierta vida y ciertos ideales tenían acostumbrados al hombre: el individuo ha renegado del poder público efectivo, vacío de elementos espirituales, de la democracia como arma temible y de alta traición; quiere renunciar a la libertad sin control ni limitaciones tal como se la brindaron los teóricos del siglo XVIII; renuncia a este individualismo casualmente para reafirmar la personalidad sobre bases más sólidas y duraderas; en una palabra, la crisis actual de la democracia que el hombre ha producido, involucra la crisis de todo elemento cuantitativo y el renacimiento de valores cualitativos. El fenómeno jurídico, tiende así a una apreciación, si bien más social que individual, a una apreciación apoyada sobre bases espirituales y éticas, pero más firmes que aquellas en que se basara el individualismo jacobino, tal la de dos sistemas contemporáneos que se nutren en la idea perenne de Bien común.

Por otra parte, el derecho subjetivo, según Duguit, está basado en un juicio analítico; los derechos del individuo y el

poder soberano de la voluntad no son realidades sino creaciones de orden metafísico, desde que la voluntad con poderes jurídicos reconocidos implica necesariamente la existencia de una jerarquía de voluntades. Esta jerarquía, a su vez, implica un proceso, un estudio sobre la naturaleza y fuerza de la voluntad humana, lo que para la ciencia positiva es un problema insoluble. Se puede constatar la manifestación exterior de aquella voluntad, pero es imposible reconocer su esencia íntima <sup>(77)</sup>. Para Duguit, pues, el problema del derecho subjetivo plantea dos soluciones: o la voluntad es una esencia de carácter metafísico, o es sólo una realidad natural. En ambos casos, sin embargo, el problema se plantea a nuestro entender desde un punto de vista unilateral: al derecho le interesa la voluntad como esencia y como realidad psicológica; es un poder de origen divino que los hombres deben respetar y acatar y es facultad psicológica a quien debemos acordar derechos o situaciones jurídicas.

El problema del derecho subjetivo ante todo y por todo, requiere una solución de carácter *jurídico - social*, porque todo el proceso histórico del derecho se circunscribe a objetivaciones de carácter espiritual. Los derechos del individuo no son innatos, porque esto es imposible demostrar; tampoco constituyen simples situaciones de hecho acordados por la norma, porque esto no es verdaderamente científico. La ciencia, se ha dicho, toma cuerpo y se desenvuelve por conceptos o representaciones coordinadas de la inteligencia. En virtud de esto es que el derecho se caracteriza por una técnica conceptual específica. A su vez, estas coordinaciones de conceptos tienen en sí fundamento ontológico. Se puede combatir con valentía y con éxito, como lo hace Duguit, una concepción histórica del derecho, tal como la del individualismo romántico pero no es posible pretender sobre estas ruinas levantar una concepción filosófica del derecho, fundada en un dato real o en un simple hecho porque no sería ni más filosófica ni más histórica que la anterior, Kant construyó

---

(77) Les transformations générales du droit privé, pág. 12 y siguientes.

sólo una metódica del conocimiento y no un sistema de contenido sustancial porque esto último no constituye el conocimiento a priori: sólo las formas lógicas de ese contenido, únicamente las condiciones universales de su existencia, que forman el proceso de todo conocimiento, tienen un alcance trascendental <sup>(78)</sup>. La filosofía aristotélico-tomista, en cambio, funda en los poderes cognoscitivos del entendimiento la posibilidad de abstraer todo contenido, el sustancial como el accidental, de la realidad misma de las cosas.

Según este criterio, ni los principios del individualismo ni el realismo sociológico de Duguit son direcciones filosóficas del derecho, porque la creencia en los poderes innatos del individuo, como la supremacía del poder social como un hecho, no son sino concepciones hijas de los extremismos y del error.

Si debe rechazarse la posición racionalista del derecho cuyas conclusiones son producto exclusivamente de la dialéctica, deben desecharse, también, según Duguit, todo positivismo que, partiendo de la realidad exterior, llega a interpretarla merced a juicios o principios generales. Desde este punto de vista, Duguit confiesa ser un positivista agnóstico, es decir, que sólo le basta la realidad objetiva, tal como ella se representa a nuestros ojos, y que todo principio o fórmula general como conclusión del análisis objetivo, es rehacer, deformar o modificar la realidad misma. El positivismo que a estas conclusiones llegara, únicamente se diferenciaría del racionalismo por el método y los procedimientos; pero a ambos les caracterizaría el mismo error, la misma conceptualidad, distinta y enemiga de la realidad, pues, que se reduce a una obra de artificio mental. Duguit, de este modo, define con claridad meridiana su agnosticismo filosófico, distanciándose así de las verdaderas fuentes del pensamiento, que se acostumbran a reducir en el modo platónico y aristotélico: Platón y Aristóteles, partiendo de puntos diferentes se han encontrado en la metafísica; el primero por el diálogo

---

(78) Critique de la raison pure, pág. 94.

íntimo y el segundo por el estudio y la observación de la realidad admitieron las esencias, que, si bien se distinguen por características propias que imprimió la diversidad de métodos, en el fondo adquieren igualmente un valor metafísico de vitalidad perenne <sup>(79)</sup>.

El positivismo clásico, como el puro racionalismo, han intentado sistematizar la realidad viviente, en virtud de juicios y apreciaciones de carácter universal e inmutable, juicios que por otra parte no han podido jamás constatarse por la observación directa. Para Duguit, el único conocimiento posible, la única realidad evidente, son las cosas que vemos, los hechos que observamos y los sentimientos que nos dominan; sólo la fantasía pudo crear en ellos esencias y entidades que no poseen. En este sentido, Duguit pretende superar a Durkheim negando las instituciones desde que éstas se asientan en ideas, vale decir, en creencias subjetivas y metafísicas, pero ha olvidado, como dice Haurion, que la regla de derecho, única realidad, no es más que una idea <sup>(80)</sup>.

El positivismo, dice Duguit, ha creado, también, principios que por naturaleza no pueden demostrarse. Se ha creído que eran frutos de la observación histórica las entidades llamadas *alma nacional* y *espíritu del pueblo*, como si existiera una voluntad o alma distinta de los individuos que forman un grupo determinado, pues, si lo único que se observa en la realidad son las manifestaciones de voluntades individuales, no hay base positiva para creer en la existencia de voluntades colectivas <sup>(81)</sup>.

---

(79) Al respecto véase el interesante paralelismo que formula Stahl entre las conclusiones metafísicas de Platón y las de Aristóteles. Historia de la filosofía del derecho, págs. 58 a 69.

(80) *Precis de droit constitutionnel*, pág. 65.

(81) “En effect, si les collectivités ont des droits subjectifs, ciest donc qu’elles ont une volonté distincte de celle des individus qui les composent. Mais on ne peut même pas affirmer que cette volonté collective existe; ear ce que l’on voit, ce que l’on constate, ce sont des manifestations de volontés individuelles. On le nie et on prémanifestations individuelles. On parle de l’âme de la nation, de tend qu’il y a des manifestations collectives bien

Semejantes a estos valores metafísicos del positivismo histórico, son los que construye la filosofía de la historia: “hállase así el fenómeno -dice Kohler- penetrado siempre por el ser total, y la serie entera de los fenómenos muestra una evolución que se corresponde con el impulso de ser así. Si, de ese modo, nos representamos al hombre como fenómeno del mundo, será su actividad una actividad dentro del Todo, y la cultura no representará otra cosa sino una corriente continua de magnificencia divina con el fin de realizar las aspiraciones de Dios”<sup>(82)</sup>. El derecho, según esta concepción neohegeliana, no es más que un aspecto del proceso universal en que se desarrolla la *cultura* como esencia irreductible, cuyo valor, para Duguit, no tiene otro alcance y fundamento que el que tienen las concepciones místicas anteriores.

Frente a estas direcciones románticas del historicismo, se destacan otras más realistas y científicas, pero que tampoco han podido con plenitud substraerse de la influencia metafísica, incurriendo de este modo, en generalizaciones y principios indemostrables: tales son las doctrinas socialistas que parten de la sociedad para llegar al individuo, que arrancan del derecho objetivo para rematar en el derecho subjetivo, de la regla social al derecho individual; éstas son las doctrinas que afirman la existencia de una regla que se impone al hombre en sociedad y que, sin embargo, hacen derivar sus derechos subjetivos de sus

---

différentes des l'esprit du peuple, du moi commun des grandes personnes morales, que sont la nation, la famille, les classes, les provinces, les communes. On accuse de matérialisme plat et vulgaire, de béotisme épais, ceux qui ne veulent pas croire que ces grands mots expriment des réalités. Tout cela c'est de la littérature et de la poésie. Mettons que la croyance à la personnalité, à l'âme, à la volonté des grands collectifs, est une croyance métaphysique qui peut être un ressort puissant d'action, qu'elle est un fait social que le sociologue ne peut pas négliger. Mais ce n'est pas des croyances mythiques, ce n'est pas par des formules plus ou moins poétiques qu'on résout un problème de science positive. - Traité, tomo I, págs. 9 y 10.

(82) J. Kohler: Filosofía del derecho e historia universal del derecho, pág. 23.

obligaciones sociales; son todas aquellas doctrinas que afirman que el hombre ser naturalmente social, está por lo mismo sometido a una regla de la comunidad que le impone obligaciones frente a los demás hombres, pero que sus poderes individuales existen, precisamente, para cumplir mejor con sus deberes sociales. Estas doctrinas del *derecho social*, dice Duguit, deberían llamarse, con más exactitud, doctrinas socialistas para oponerlas a las doctrinas individualistas<sup>(83)</sup>. En las doctrinas del socialismo, el método positivo ha sobrepasado los límites de la observación y de la simple constatación. Partiendo de procedimientos inversos a los del subjetivismo clásico, ha llegado, como éste, al individuo: el individualismo afirma al individuo por el individuo mismo, el socialismo cree en el individuo por la sociedad. Esta aberraciones de la que ni el mismo socialismo ha podido curarse, se salva en definitiva a condición de ajustarse estricta y rigurosamente a las enseñanzas del método positivo y a las conclusiones que naturalmente de ellas se derivan.

La creencia en los derechos del individuo es algo que los mismos hechos desmienten y que la naturaleza física del hombre contradice. La antropología y la sociología demuestran que aquél, por su doble constitución física y psíquica, no puede vivir más que en sociedad; esto es lo que afirma categóricamente el progreso de las ciencias naturales. No se puede concebir al hombre natural como ser aislado, sino como ser social. El individuo no es anterior a la sociedad, en ésta ha existido y existirá siempre; pensar, por tanto, en el individuo es afirmar algo que en la realidad no existe<sup>(84)</sup>.

---

(83) Manuel de droit constitutionnel, págs. 6 y 7.

(84) “L’affirmation que l’homme parce qu’il est homme, pris isolément et en soi, séparé des autres hommes, à l’état de nature, suivant l’expression du XVIIIe. siècles, est titulaire de certains droits propres à sa nature d’homme, cette affirmation est purement gratuite; elle ne repose sur aucune preuve directe. Elle est une proposition d’ordre purement métaphysique sur l’essence, comme dissait la scolastique, de l’être humain. Pareille affirmation pouvait suffire à une période de croyance métaphysique, mais non à une époque positiviste et scientifique comme

Duguit rechaza, pues, la dirección clásica del positivismo y en consecuencia adopta una posición netamente agnóstica, hasta aquí sólo aparente, porque luego hemos de advertir en lo más íntimo de su pensamiento un cierto conceptualismo de un carácter tan romántico y místico como el de las concepciones panteístas del neohegelianismo. Mientras tanto, comentamos aquí su negación absoluta al método racionalista para elaborar la noción del derecho únicamente desde un punto de vista extremadamente realista; la consideración jurídica constituye la afirmación de ciertos hechos cuya estructura no debe sufrir transformación alguna, ni estar sujeta a las creaciones a priori de la mente. Esta actitud profundamente agnóstica se confirma cuando Duguit nos dice que sus afirmaciones están exentas de materialismo y de espiritualismo. No le interesa la vieja polémica entre el libre albedrío y el determinismo; no es dogmático ni idealista ni criticista, tampoco realista, nominalista ni conceptualista. Sin embargo, su horror a la metafísica le lleva hasta creer que los conceptos, ficciones y abstracciones del jurista, que no son sino *instrumentos intelectuales* o procedimientos de pura técnica, son creaciones de orden metafísico <sup>(85)</sup>.

---

la nôtre. Elle est una expression purement verbale. Elle peut satisfaire un croyant; mais elle est dépourvue de toute valeur scientifique.

“Cette affirmation est, en outre, contredite par les faits, par la constatation de la nature physique de l’homme qui, elle, peut être l’objet d’une observation directe. Toutes les études anthropologiques et sociologiques démontrent que l’homme, étant donnés ses organes, sa constitution physiologique et psychologique, ne peut pas vivre seul, n’a jamais vécu seul, ne peut vivre qu’en société et n’a jamais vécu qu’en société. Tous les progrès des sciences naturelles établissent le fait d’une manière de plus en plus certaine. On ne peut pas poser l’homme naturel indépendant et isolé; on ne peut poser que l’homme social; ou plutôt on ne peut poser que la société. L’homme n’existe pas antérieurement à la société; il n’existe que dans la société et par la société. Il y a en des sociétés d’homme, du moment où il y a en des hommes. Penser l’homme isolé, c’est penser une chose qui n’existe pas”. *Traité*, tomo I, págs. 119 y 120.

(85) Véase F. Geny: *Science et technique*, tomo II, págs. 197 y 198.

Duguit ha olvidado la verdadera naturaleza de la *realidad jurídica*, realidad independiente de la apreciación a priori del racionalismo dogmático como independiente de las fórmulas sintéticas del positivismo; ha olvidado que la materia sensible, sólo puede traducirse en nosotros por medio de conceptos, de realidades espirituales, cuya existencia, si bien no puede constatarse como se constata la de los fenómenos físicos y naturales, es, sin embargo, para la conciencia tan real y perceptible como la otra, tan necesaria a ella como le es el principio de causalidad para poder verificar la existencia de la vida y de las cosas. La *causalidad* de los fenómenos como la *finalidad* de los actos son conceptos que significan intencionalmente una realidad extramental, presupuesto del propio pensamiento.

## **LA SOLIDARIDAD**

Si el positivismo de Duguit circunscribe el análisis del derecho a la simple observación de los datos empíricos, no debe buscarse entonces en su obra un fundamento a la norma de derecho o al dato jurídico, ya que tenemos dicho que sólo el entendimiento es el que da a la conducta, en general, las condiciones fundamentales de su existencia, así como a la naturaleza le fija sus principios constitutivos.

Consecuente a su método, Duguit no puede determinar un fundamento del derecho, a no ser que podamos aplicar esta expresión, de acuerdo a las reglas del método sentadas por el positivismo, a la justa y fiel descripción de la realidad, a la sencilla explicación de un hecho y de su estructura real. Desde este punto de vista, no el por qué de su existencia, no un fundamento, sino la simple presentación y verificación del fenómeno jurídico agotaría por completo el análisis jurídico, disolviendo toda otra preocupación de carácter puramente mental. Para Duguit, la solidaridad humana, hecho universal y permanente, es la fuente real de la vida social; por tanto, debe serlo, también, del derecho ya que éste es un producto de la vida colectiva. El análisis filosófico del derecho, no tiene sentido real si es que no ha de entenderse como una simple explicación del hecho de la solidaridad de la cual es el derecho su principal expresión, o como dice Durkheim, una de las formas que mejor simbolizan la existencia de la comunidad social.

El individuo es por naturaleza psíquica un ser social, aseveración ésta abonada por la observación y constatación de la realidad, naturaleza que la historia no desmiente ni negará ja-

más; sobre esta ley verificada, sobre este primer dato de la naturaleza individual, debe partir el análisis tendiente a fijar el principio universal del derecho.

La naturaleza social del ser individual se traduce en un doble proceso psíquico: por una parte, los hombres viven reunidos y dispuestos en grupos en razón de deseos comunes, los cuales la vida aislada no podría satisfacer. Pero, este proceso no basta para explicar integralmente la vida social. Los hombres, también viven agrupados porque poseen deseos y aptitudes diferentes, cuyos deseos y aptitudes sólo pueden intercambiarse y recompensarse viviendo en comunidad. El primer proceso constituye la solidaridad denominada por *similitud* o solidaridad mecánica; la segunda, constitutiva por excelencia de la cohesión del grupo, forma por la que éste se desenvuelve en grado máximo, se denomina la solidaridad por *división del trabajo* o solidaridad orgánica. La satisfacción de los deseos comunes y el intercambio de servicios y aptitudes forman así la contextura primordial de la existencia de la sociedad, el hecho mismo de su vida de cuyas formas fundamentales derivan todas las otras en su complejidad y variación infinitas. El desenvolvimiento y riqueza de estas formas están en razón directa a la riqueza y desenvolvimiento del individuo que las produce; de ahí, que la autonomía individual aparezca como factor esencial de la solidaridad <sup>(86)</sup>.

Ambas especies de solidaridad son, por otra parte, dos hechos prácticamente inseparables; sólo desde un punto de vista teórico pueden desociarse: los individuos ligados entre sí en razón de una similitud, lo están a la vez en razón de la necesidad de dividir el trabajo, que permite intercambiar y recompensar los servicios. El hecho de la similitud no se concibe sino coexistiendo con el hecho de la división del trabajo; ambos constituyen la complejidad psíquica que define la existencia misma de la vida social. Cualquier forma social que se considere por

---

(86) Traité, tomo I, págs. 22 y 23.

separado es resultante de aquel doble movimiento en que se desenvuelve el individuo en comunidad con otros; sin embargo, según el predominio conque una de las formas de solidaridad actúa sobre la otra, según la actividad mecánica sobrepuje a la orgánica o que ésta absorba a la primera, se determinan las instituciones con un carácter específico. Mientras la familia, por ejemplo, hace predominar el aspecto mecánico, en el estado predominan esencialmente los elementos orgánicos. La función específica de la primera es salvaguardar la originalidad individual frente al estado que tiende a absorberla cada vez más en su complejo orgánico. Como se ha dicho, no obstante, en ambas formas sociales se advierte la solidaridad en su doble movimiento; sólo el predominio de un aspecto sobre el otro, sirve para caracterizar y clasificar las instituciones sociales.

El gran desenvolvimiento actual de las formas orgánicas se debe al desarrollo del elemento individual, así como primitivamente las formas rudimentarias de la vida social se debieron, en gran parte, al escaso progreso de la vida individual. El individuo en este sentido está más desenvuelto cuanto más contribuye a la división del trabajo <sup>(87)</sup>.

El hombre tiene según las épocas y los medios con que cuenta, una conciencia más o menos clara de su sociabilidad; tiene conciencia de su dependencia al grupo, porque tiene la conciencia de su individualidad que es precisamente la de un ser social. Ahora bien, esta conciencia individual de la solidaridad ¿abrazaba y comprende a todos los miembros de la humanidad? La humanidad está actualmente constituida por naciones o grupos regionales ¿ocurrirá alguna vez que estas porciones desaparezcan para fundirse en una sola e inmensa comunidad, sin límites que la fragmenten, bajo el imperio de las mismas normas jurídicas, donde el hombre pueda titularse ciudadano del mundo? ¿Llegaremos algún día a esta comunidad jurídica de carácter universal únicamente por medios pacíficos, o el destino -como dice Guglielmo

---

(87) Manuel de droit constitutionnel, págs. 7 a 10.

Ferrero- quiere que la humanidad se funda no solamente amándose y ayudándose, sino también odiándose y desgarrándose? <sup>(88)</sup>. Duguit afirma que esta unidad será algún día posible, porque la solidaridad por una fuerza de expansión constante, tiende hacia una mayor división del trabajo, lo que significa la fundición de los grupos en una forma única, en una sola comunidad, cuyo fin están encargados de realizar más que nadie los pueblos más libres y mejor constituidos <sup>(89)</sup>.

La solidaridad descompuesta en sus dos formas fundamentales, es para Duguit fruto de la observación y comprobación históricas; es un hecho invariable que se advierte a través de la mutación constante de la vida de un grupo, el fenómeno de la vida colectiva siempre idéntico en sí mismo, necesario y universal como la existencia de la vida social porque es su estructura y la explicación de su totalidad <sup>(90)</sup>. La observación demuestra en la vida de un grupo social dos hechos con modalidades por cierto bien diferentes: mientras un hecho, el de las necesidades y creencias varía según los lugares y el tiempo, mien-

---

(88) La unidad política del mundo, pág. 12.

(89) “Cette solidarité ou interdépendance sociale embrasse - t - elle tous les membres de l’humanité? Assurément oui. Mais ces liens sont encore bien lâches et bien incertains; l’humanité est actuellement encore divisée en un certain nombre de groupes sociaux plus ou moins étendus, et l’homme ne se conçoit guère que solidaire des autres hommes appartenant au même groupe que lui. Viendra - t - il un jour où la solidarité humaine absorbera les solidarités locales, régionales ou nationales, un jour où l’homme se considérera comme citoyen du monde? Est - il encore permis de l’espérer après la catastrophe effroyable qu’une nation de proie a déchainée dans le monde? Oui, parce que cette nation sera écrasée par les peuples libres. Quoi qu’il en soit, l’homme s’est considéré jusqu’à présent et se considère encore comme plus particulièrement solidaire des membres d’un groupe déterminé. L’humanité est divisée en un nombre considérable de groupes sociaux”. Manuel de droit constitutionnel, pág. 8.

(90) “Le fait de la solidarité sociale n’est pas contesté et à vrai dire ne peut pas l’être: il est un fait d’observation qui ne peut faire l’objet de controverses. Il revêt des aspects différents suivant les pays.

tras los fines colectivos cambian sin cesar, subsiste y subsistirá invariable en sí mismo el hecho de la solidaridad, a pesar de las infinitas interpretaciones históricas que de él hace y hará la conciencia del grupo. Es la solidaridad como el común denominador de una serie sin fin de cantidades que aumentan o disminuyen conforme el sentimiento y necesidades de los hombres, como un marco irreductible dentro de cuya forma se desarrolla un proceso inagotable de fines e intereses.

Comienza así Duguit su análisis positivo del derecho, pero incurriendo en serias e irreparables contradicciones, como es la que surge de considerar su agnosticismo conceptual frente a esta afirmación de la *necesidad y universalidad* del hecho social o de la interdependencia humana. Como positivista debió observar y comprobar hechos; pero este propósito debió ligarse al fin científico de la obra a cuyo fin para ser lógico y consecuente trató de armonizar la ley histórica de la sustancia social, que es la del *cambio y mutación* constante con esta otra de la ciencia que enseña coordinar y ligar a través de *principios o fórmulas generales*. Tuvo, pues Duguit que acudir a pesar de su positivismo agnóstico, a principios generales, tal como el de la solidaridad humana, hecho observado, según Duguit, pero que no podemos aceptar sean, también, frutos de la observación esta necesidad y permanencia eternas de su existencia. He aquí lo que no cabe en la construcción realista y agnóstica de la obra de Duguit. Causa verdadera sorpresa, como dice Paul Cuhe, que de la simple existencia de seres sociales pueda con-

---

Tantôt comme dans les sociétés modernes, c'est la solidarité par division du travail qui apparaît au premier plan. Tantôt, au contraire, la solidarité par similitudes est prépondérante, comme dans les sociétés aux premiers stades de la civilisation. Quoi qu'il en soit, la solidarité est un fait permanent, toujours identique à lui-même, l'élément constitutif irréductible de tout groupement social. Mais si l'on n'a pas contesté le fait même de la solidarité, ou a dit qu'il ne pouvait pas être principe de la norme sociale ni par là même objet de cette norme, parce qu'un fait ne peut être principe d'une régie obligatoire, ni obliger une volonté à s'y conformer".- Traité, tomo I, págs. 23 y 24.

cluirse en la necesidad de leyes sociales, ¿no es esto afirmar implícitamente la existencia de un orden general del universo? ¿No implica esto un acto de fe hacia una voluntad autora de este orden establecido? Se tiene así una creencia, una fe en la existencia de leyes universales, que no pueden por naturaleza surgir de la simple observación e inducción sino de una ratificación de lo absoluto. Y si Duguit niega esta experiencia integral, y si sólo admite la experiencia fragmentaria e inmediata, ¿no es lógico suponer la influencia de una concepción trascendental que permita desarrollar la obra en la forma aludida? Después que Duguit ha concebido la existencia de reglas allí donde existen grupos humanos, es entonces, dice Cuche, cuando por la observación comienza recién a verificar dichas reglas. Un buen positivista, sin embargo, sólo debe afirmar las reglas que constatare por la observación inmediata y no afirmar a priori una regla tal como la formulada en el principio invariable y universal de la solidaridad <sup>(91)</sup>.

Es así como Duguit pretende demostrarnos empíricamente algo que ha sido concebido con anterioridad a la observación misma de los hechos: a través del proceso histórico de las sociedades se advierte en forma invariable y universal este hecho de la solidaridad, abstracto y razón de ser de aquel proceso. La interdependencia social no es un sentimiento, una doctrina, ni un principio de acción; es un hecho real, perfectamente constatado y comprobado en la historia, en una palabra, es la *estructura social* que se observa allí donde quiera que los hombres existan reunidos en grupos <sup>(92)</sup>. Si la solidaridad es la manifestación de la vida social, si es la estructura en la que el individuo se funde en cuanto trata de relacionarse con los demás, la solidaridad es, entonces, el hecho fundamental de todo el orden social y de todas las manifestaciones colectivas, es el fundamento del orden político, jurídico, económico, moral, etc.

---

(91) Conférences de philosophie du droit, págs. 52 a 55.

(92) Les transformations générales du droit privé, pág. 26

El individuo concebido por el derecho natural clásico como ser aislado con atributos y facultades puramente subjetivas constituye un artificio de la mente desde que en la realidad el individuo no vive aislado sino asociado con los demás hombres. Se concluye, entonces, que sus facultades y atributos no son subjetivos ni innatos sino objetivos o simplemente acordados. Si la observación dice que el hombre ha vivido siempre en sociedad ya sea para satisfacer deseos comunes o por la necesidad de dividir el trabajo, es forzoso concluir que la solidaridad es un hecho primario y fundamental y no producto de un querer humano. Todo hombre forma parte de un grupo, conservando al mismo tiempo una conciencia más o menos clara de su propia individualidad <sup>(93)</sup>.

Ahora bien, si la solidaridad es el hecho que da origen y mantiene la existencia de la vida social, las normas de conducta, en general, deberán tender únicamente a conservarla. Si la sociedad no subsiste más que en virtud de la interdependencia de sus miembros, la norma social existe en razón directa de ella no pudiendo contrariarla en absoluto. La norma debe evitar así que se haga aquello que es atentatorio a la solidaridad del grupo, como así, también, que se omita lo que conviene se haga en favor de su existencia.

¿Cuáles son los caracteres o modalidades con que esta norma o regla se nos representa? Duguit no niega que el hombre sea un ser consciente de sus actos, pues que obra en virtud de fines y motivos diversos. Esto último es lo que podemos comprobar, no así si su voluntad es o no libre por esencia, porque esto importaría penetrar en los dominios de la metafísica. Los hechos sociales son actos voluntarios, tendientes a alcanzar determinados fines. Se da, pues, la distinción entre el fenómeno físico y el acto humano: la necesidad o fatalidad caracteriza al primero, la finalidad distingue al segundo. La ley de la solidaridad se dirige únicamente a dar razón de los actos conscientes,

---

(93) Manuel de droit constitutionnel, pág. 7.

exigiendo que éstos se conformen a ella. Si los individuos son conscientes y quieren ciertas cosas impulsados por el deseo, la solidaridad debe determinar, entonces, por necesidad, el objeto de su querer y el fin que la determina <sup>(94)</sup>.

Estas conclusiones a que llega Duguit, creemos no han dilucidado la verdadera cuestión. Afirmar que la solidaridad determina el objeto y el fin de un querer o de un acto, sin haberse llegado a precisar un criterio o un límite para dicha determinación, es dejar la apreciación de los actos humanos al sentimiento individual, librada a un factor anárquico e insuficiente por naturaleza para coordinar y uniformar las apreciaciones. La solidaridad no es así un hecho, sino un sentimiento, una creencia que cada cual maneja de acuerdo a circunstancias determinadas. La solidaridad como un hecho se resume en un inmenso panorama de modalidades diversas: no puede la simple observación producir un principio tan uniforme y constante porque la solidaridad vive en la realidad fragmentada y descompuesta en tantas partes como sentimientos individuales existen. Se ha querido así demostrar y dar noticia de un hecho que no existe; Duguit consecuente a su método debió afirmar simplemente que existen sentimientos de solidaridad, cuya unidad no aparece ni puede aparecer porque ésta sería la obra artificial, pero necesaria de la razón.

El problema de la justicia adquiere con Duguit una faz por demás interesante. A primera vista parecería no tener interés alguno este problema de lo justo en la obra de tan ferviente realista; pero, como dijimos anteriormente, Duguit no conformó su obra a la sola observación de la realidad, sino que a través de la síntesis empírica ha diluido ideas y conceptos que no puede justificar, y que, como más adelante se verá, solucionan el problema de la justicia más o menos en los mismos términos y alcance que involucra el derecho natural clásico. En apariencias, y con arreglo al método positivo, Duguit rechaza el proble-

---

(94) *Traité*, tomo I, págs. 11 a 16.

ma, renuncia a la *eterna* cuestión, a sus motivos y fuentes originarias para abocarse totalmente a la realidad de las cosas: la justicia, si existe, existe para Duguit como un simple proceso del sentimiento de solidaridad. El viejo derecho natural formuló o tradujo este sentimiento real en una coordinación de principios rígidos, necesarios e inmutables; estos principios no eran sino el *jus naturae*, un código supremo en cuyo contenido sustancial, revelado o extraído por la razón, debía evaluarse todo derecho positivo o histórico <sup>(95)</sup>.

Esta concepción de justicia adquirió posteriormente en su larga trayectoria histórica modalidades y características diversas, creó escuelas y direcciones que no llegaron jamás a desnaturalizar la esencia íntima del método fundado por Aristóteles. El realismo absoluto o el agnosticismo que hace su aparición no como nueva modalidad, ni como un eslabón más de la larga cadena de sistemas, sino como algo opuesto al pensamiento mismo, enemigo irreconciliable de las ideas y de los conceptos, como medios clásicos de la elaboración filosófica, se apercibió de su impotencia originaria frente al referido problema, y antes de resolverlo prefirió atacarlo, disolver los términos planteados, suprimir al espíritu su eterno interrogante. Sin embargo, no ha de cesar nunca esta inquietud, y por más esfuerzos que desenvuelva el positivismo, no cesará de agitarse en el fondo íntimo de sus construcciones empíricas y en sus fórmulas sintéticas.

Para Duguit el fundamento del derecho no puede encontrarse sino en la realidad de las cosas, porque si el único fin del derecho es reglar la vida social, su fundamento no puede ser otro que la sociedad misma. Si la idea de lo justo sirve para evaluar la norma de derecho, esa idea no puede ser otra que el

---

(95) “El derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”.- Hugo Grocio. Del derecho de la guerra y de la paz, tomo I, pág. 52.

derecho de la solidaridad, tal como él se nos presenta en el exterior. La solidaridad no es así una idea ni un principio metafísico, sino simplemente el sentimiento que cada individuo tiene de su dependencia al grupo, sentimiento o conciencia que es como la continuación del propio yo. Si el individuo cuando piensa, piensa como unidad del conglomerado social <sup>(96)</sup>, si se siente sometido al ambiente de un grupo, a sus convencionalismos, a sus normas, si sólo cree poder vivir en compañía y en solidaridad con otros, todo acto suyo, toda omisión deberá conformarse al hecho de la solidaridad, único criterio y verdadero límite de sus acciones. Todo acto, pues, que contraríe el hecho de la interdependencia bajo las dos formas fundamentales, descritas con anterioridad, que atente contra aquel sentimiento de solidaridad, que en cada lugar y según las épocas se aprecia de manera distinta, sería un acto injusto o contrario a derecho. El individuo que con sus actos produzca el desequilibrio colectivo, que contraríe la apreciación que la mayoría tiene acerca de su interdependencia mutua, provocará indudablemente por parte del grupo una reacción más o menos consciente o mecánica. El acto individual tiene así una consecuencia social que se mide y se avalúa por el sentimiento de solidaridad.

La reacción social que un acto produce es, en sí misma, inmutable como valor de medida o criterio de orientación; en cambio, es mutable y transitoria en el contenido, intensidad y alcance con que se produce. El sentimiento de justicia, como todas las cosas humanas cambia y se desenvuelve constantemente, pero reducido a sus elementos esenciales, es aquel sentimiento, aquella reacción que, a pesar de sus diferentes tonos que adquiere de acuerdo al lugar y época en que se produce, puede identificarse siempre en la conciencia individual como algo inmutable en sí misma. Todo hombre tiene sentimiento o la conciencia de que cada individuo debe recibir un salario proporcional a los servicios que él presta al grupo al que pertenece, o en

---

(96) Véase lo que tenemos dicho en este trabajo, pág. 109.

otros términos: todo individuo debe ocupar en sociedad un lugar de acuerdo al rol que juega y servicios que presta. No se dice con esto que tal es lo que ocurre de hecho en las distintas colectividades, sino que constituye una aspiración permanente de que ello sea así. Esto es lo que Aristóteles y los teólogos llamaron la justicia distributiva. El sentimiento de solidaridad o justicia aspira también a que en el cambio de servicios y valores exista equivalencia e igualdad entre los servicios prestados. Esta es la justicia que los antiguos denominaron conmutativa. En todo grupo social, existe y existirá siempre en un momento dado una concepción determinada de justicia, que se suele traducir en normas o preceptos vigentes. Lo que estas normas y preceptos ordenan es por demás contingente; la historia nos demuestra que el derecho positivo ha permitido u obligado la realización de actos que hoy son apreciados como injustos o contrarios a derecho. Sin embargo, aquellas dos aspiraciones la de la justicia distributiva y conmutativa, aquel anhelo de igualdad y de justa proporción de servicios, son dos hechos universales y permanentes que refleja y reflejará siempre el sentimiento individual <sup>(97)</sup>. Duguit, por tanto, no pretende determinar un fundamento absoluto a la regla de derecho, sino un fundamento positivo, vale decir, un hecho debidamente observado y constatado y que se condensa en los sentimientos que forman el resorte esencial de los actos humanos.

Este sentimiento de justicia juega, por otra parte, un rol importantísimo en la elaboración histórica del derecho positivo: por un mecanismo puramente psíquico de acciones e interacciones recíprocas, una norma moral, económica o una simple costumbre social se convierten en normas de derecho cuando los miembros componentes del grupo lo exigen así en nombre de los sentimientos predominantes, los que a su vez funcionan de acuerdo a los intereses y necesidades creadas.

---

(97) Traité, tomo I, págs. 47 a 56.

Como más adelante se estudiará, este sentimiento de justicia produce frente a ciertos actos una manera particular y específica de reaccionar. Por la amplitud cuantitativa de la reacción reconoceremos cuando la norma violada es jurídica.

Pero este simple proceso por el cual aparece la regla de derecho positivo, excluye, desde luego, toda idea de seres o entidades colectivas, distintas de los miembros que las componen: no es el derecho una voluntad general, según la expresión jacobina, ni un espíritu del pueblo como lo concibiera Savigni. Duguit, como Durkheim, no acepta estas entidades místicas porque ellas son casualmente contrarias a toda realidad. Esta última sólo nos muestra individuos en actitudes recíprocas, actuando a través de un proceso de carácter psíquico. Los que conciben la existencia de una entidad colectiva, que existe y gobierna por encima de las conciencias individuales, se asemejan así a los viejos fisiólogos que creían encontrar detrás de los fenómenos orgánicos una entidad imaginaria que llamaban el principio vital, como los psicólogos que creían descubrir la esencia de los fenómenos psíquicos en virtud de otra existencia imaginaria que denominaron el alma. El origen de la norma jurídica positiva, estriba sólo en aquel proceso en el que el individuo se desenvuelve como ser social cuya manera de reaccionar en común, de acuerdo al sentimiento de justicia imperante, determina la aparición de la regla de derecho y, por tanto, la condensación histórica del derecho positivo. La reacción producida de este modo, se intensifica a medida que la solidaridad del grupo se encuentre mayormente comprendida <sup>(98)</sup>.

Como puede advertirse con claridad, el fundamento del derecho como el origen histórico de las normas positivas, tienen para Duguit una vinculación estrecha, hasta diríamos que constituyen el mismo problema. Ambos aspectos del derecho se confunden y obtienen una misma solución; son cuestiones para Duguit de la misma trascendencia y magnitud y

---

(98) *Traité*, tomo I, págs. 56 a 63.

creemos que así deben tenerla de acuerdo al método y procedimientos adoptados: al positivismo le es imposible distinguir entre el derecho que elabora la historia y el derecho que ofrece la razón.

Dar al derecho un fundamento positivo, es no hacer filosofía del derecho. Para Duguit, esta última no tiene ni puede tener ningún valor, porque toda filosofía es siempre una metafísica del conocimiento, de cuya fuente derivan conceptos e ideas que no tienen ningún valor real, como son los de derecho subjetivo y soberanía. Una posición netamente científica del derecho no tiene otro marco de afirmaciones que el que presenta la realidad de los hechos: el derecho así es la expresión de la solidaridad; por ésta y en ésta existe, a pesar de las deformaciones que sufre y sufrirá a través de las escuelas metafísicas; luego, un acto será justo si está conforme a la solidaridad del grupo, injusto cuando la contraríe. Referirse a un derecho natural es incurrir de este modo en una metafísica del derecho: las escuelas jurídicas del teologismo clásico, del racionalismo moderno y las diversas direcciones del idealismo contemporáneo han tratado de revelarnos un derecho natural con pequeñas diferencias de contenido, pero que según Duguit mantienen los mismos fundamentos, la misma apreciación metafísica.

Parecería que frente a este positivismo, el problema de la justicia adquiere una solución negativa, pues, un simple hecho, como quiere Duguit, no puede constituir ningún ideal jurídico de acuerdo a la definición y características de todo ideal. Sin embargo, afirmamos sin temor a equivocarnos que la solidaridad como fundamento positivo del derecho, y de acuerdo a las modalidades con que Duguit la demuestra, no constituye un simple hecho fruto de la observación, sino una verdadera síntesis de carácter conceptual. Su posición no es entonces agnóstica o negativa, como a primera vista parecería desprenderse de la negación de los conceptos y de sus afirmaciones objetivas, sino que además se advierte, según veremos con más detenimiento en el párrafo siguiente, una metafísica jurídica de carácter esencialmente objetiva.

Todo positivismo, a pesar de sus conclusiones unilaterales, no excluye un cierto aspecto conceptual<sup>(99)</sup>. Afirmar únicamente lo que vemos o sea hechos aislados, imágenes fragmentadas sin una cierta representación intelectual que sirva para darles en la conciencia un sentido universal o sistemático, sostener que toda realidad espiritual se condensa en las representaciones incoherentes de los hechos sin poderlas reducir a la unidad de un equivalente intelectual, es afirmar algo carente de sentido. El principio de solidaridad no es, a pesar de lo que afirma Duguit, la fiel imagen de los hechos o la representación inarmónica de una realidad percibida, sino que constituye un sistema, una coordinación de la realidad *abstractamente concebida*, por medio de la cual la realidad social adquiere un sentido que no está impresa en la sucesión histórica de los hechos sino que es hijo de la conciencia, fruto de la unidad indestructible del *yo* cuya función es reducir los elementos cuantitativos a fórmulas orgánicas.

Tal es lo que creemos descubrir en el fondo íntimo de este sistema jurídico, sistema clásico que reaparece hoy recubierto de modalidades y características nuevas que, a primera vista, lo hacen creer excesivamente realista y agnóstico. El agnosticismo que entraña la negación de todo sistema intelectual, involucra, a la vez, el peligro de caer en la metafísica, pero en una metafísica que se ignora a sí misma y en consecuencia con el riesgo evidente de incurrir en contradicciones y absurdos<sup>(100)</sup>.

Admitir solamente los hechos porque éstos son los únicos que se observan y no admitir los conceptos equivalentes a ellos,

---

(99) “No es posible elaborar una doctrina social teniendo en cuenta sólo la realidad bruta. Quien intente hacer una doctrina implica hacer una síntesis científica, y la síntesis no se puede obtener sin deformar en algo las realidades, que únicamente pueden condensarse en ideas y traducirse en fórmulas”.. - F. Geny, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* - *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, pág. 506.

(100) “La solidaridad no es más que una concepción científica de la justicia, habiéndose reemplazado una palabra por otra sin que el sentido general varíe. Es ésta una forma interesante de idealismo inconsciente: Duguit

es igual a pretender que los accidentes, por ejemplo, de una sustancia líquida, tales como la forma, el color, el sabor, etc. ... constituyen toda la realidad y no la de la sustancia misma en virtud de que ésta no puede observarse ni comprobarse de manera sensible. Sin embargo, los accidentes y la sustancia son tan inseparables como lo son los hechos que se observan y la representación intelectual que de ellos hacemos; y si varios de estos hechos percibidos tienen entre sí una misma peculiaridad son también inseparables de su peculiaridad común, cuya representación abstracta y conceptual sirve para coordinarlos e interpretarlos en una unidad. La solidaridad, según este modo necesario de concebir, no es, entonces, la simple proyección de la realidad, sino una idea directriz de la totalidad real, la idea que se tiene de un conjunto de hechos y fenómenos con particularidades análogas, abstraídos en una unidad espiritual.

De este modo, nuestra modesta crítica al principio de la solidaridad, está hecha con los mismos elementos conque necesariamente debe contar el positivismo, elementos que la rigidez del método no alcanza a exterminar, bajo pena de negar la existencia misma del sujeto que observa. El verdadero positivismo no puede negar los conceptos, se reduce únicamente a rechazar los métodos clásicos que engendra o el juicio *analítico* o los juicios  *sintéticos a priori*; el positivismo se sirve de los conceptos como lo hace el puro racionalismo, se diferencia sólo en la forma o manera de concebir.

Por otra parte, creemos que el sistema jurídico de Duguit, avanza más bien sobre este mecanismo de la síntesis concep-

---

es un seudo positivista, pues si reprueba la arbitrariedad, la tiranía violenta y la opresión a los débiles es que tiene en sí mismo una fe que ignora y que algún día puede revelársele". - J. Charmont. *La renaissance du droit naturel*, págs. 202 y 203 - Tal es, también, la impresión de Geny: "el defecto capital de esta metafísica no reconocida, latente y silenciada como por vergüenza, es que ella no deja abordar francamente cuestiones ni llega a convencer al espíritu, por que ella contradice el principio mismo de donde parte".- *Science et technique en droit privé positif*, tomo II, pág. 270.

tual para incurrir formalmente en una especie de idealismo romántico del que ya aludimos con anterioridad. La solidaridad como fundamento del derecho, y según las explicaciones del mismo Duguit, parece constituir una idea de carácter trascendente, una noción metafísica en la que la realidad jurídica adquiere, según el objetivo esencial de toda filosofía, una interpretación de valer universal e inmutable. Basta aludir a las serias y profundas semejanzas, que muchos de los comentadores críticos contemporáneos creen hallar, entre la concepción de Duguit y la del profesor alemán Rodolfo Stammler, a pesar de que ambos se distinguen por el punto de partida y por la irreductibilidad de ambos métodos <sup>(101)</sup>. La solidaridad social de Duguit se asemeja así al ideal social de Stammler, el derecho objetivo del primero al derecho justo del segundo por la preponderancia que ambos reconocen a la sociedad sobre el individuo.

Pero este idealismo social que encierra la obra de Duguit no puede tener otra génesis que un proceso de conceptos e ideas: nuestros sentidos sólo perciben las cosas de modo incoherente o inorgánico. La representación que me forjo, por ejemplo, de un libro determinado es únicamente su imagen, pero la que tengo de él como cosa distinta de una mesa o de un banco es ya un concepto sistemático o una noción descriptiva. Esta segunda representación que me permite distinguir el libro a través de una complejidad de cosas, constituye una nueva realidad de origen sensible, pero de elaboración puramente intelectual y que llamo el concepto de libro. Tal es, también, lo que ocurre con la realidad sensible de los fenómenos psíquicos y sociales: por un procedimiento análogo, tengo no ya un concepto, sino la idea de un cierto fin al que el individuo o la colectividad dirige su actividad. La idea de este fin es solamente la imagen de la realidad psíquica; pero la idea de una finalidad superior que me permita orientar la conducta a través de una serie histórico de fines, constituye un ideal o inteli-

---

(101) Véase F. Geny: *Science et technique*, tomo II, págs. 239 a 243.

gible abstraído de lo sensible. Esta idea no es, por tanto, la imagen de un cierto fin que ha de realizarse sino una orientación que impone la razón.

Frente a estas premisas ¿qué puede ser la solidaridad como fundamento universal de la conducta jurídica (derecho objetivo) sino algo que en la realidad no se realiza plenamente ni puede agotarse jamás? ¿Qué es sino un principio sintético regulador de los fines sociales particulares? Grande sería, empero, nuestro error si con esto fuéramos a afirmar, de acuerdo a la terminología kantiana, que la solidaridad es un principio crítico o una idea regulativa del derecho. Hemos dicho que únicamente a través de un proceso lógico de ideas y conceptos, pueden explicarse las conclusiones tocantes a la solidaridad, particularmente en lo que se refiere a la universalidad, necesidad e invariabilidad de su estructura. Por estas últimas características con que Duguit presenta el hecho de la solidaridad, hace nacer en nosotros la sospecha bien fundada de que él no sea el resultado de la observación empírica sino el de una construcción metafísica, simulada a través de denominaciones o fórmulas objetivas, y que si la quisiéramos definir con más precisión, diríamos que ella se traduce en una esencia objetiva, en una evidente panteísmo, donde la solidaridad aparece con el Ser o el Todo social. El derecho, por tanto constituiría una de las manifestaciones del *Ser*, de ese *Todo* social, es decir, la expresión de la solidaridad.

Del propio análisis del principio de solidaridad que hemos intentado hacer, surge la idea de un trascendentalismo objetivo, que Duguit, como ya hemos dicho, encubre a través de un simple proceso de observaciones y constataciones, que no nos lleva únicamente, según expresión ya citada de Cuche, a descubrir la realidad bruta, sino ante todo probar en ella la existencia de un ideal, a verificar un a priori, a demostrar que existen leyes sociales allí donde existen sociedades.

Si con Duguit debiéramos decir que la metafísica es un mal, debemos recordar con él que también ella es un mal necesario. En este sentido Geny combate eficazmente a Duguit, lle-

gando a demostrar que sus conclusiones no han sabido emanciparse de ese mal. Una noción puramente positiva no es suficiente para dirigir de manera universal y necesaria la marcha de la vida social; así lo enseña en general la historia de la civilización y en particular el proceso histórico del derecho, y es en vano, dice Geny, que tratemos de debatirnos, como hacen los niños caprichosos, contra algo cuya naturaleza es más fuerte que nosotros <sup>(102)</sup>.

Reconociendo a Duguit ciertos méritos, por cierto insuperables, respecto al análisis de cuestiones técnicas, en particular a las que se refieren al derecho público, ha fracasado, en cambio, en su intento tenaz de destruir la metafísica jurídica, incurriendo, por el contrario, en consideraciones verdaderamente trascendentales. ¿Cómo explicar que un simple hecho, es decir, la solidaridad humana puede servir de fundamento a una regla de conducta, a una norma de derecho? ¿Cómo es posible este tránsito del ser al deber ser, o en otros términos, cómo puede transformarse un hecho que existe o que es, en algo que siempre e invariablemente debe existir? <sup>(103)</sup>. Toda norma de conducta procede necesariamente de una raíz ética de lo contrario fundiríamos el derecho en la ley física. La solidaridad, como las ideas de libertad, igualdad, fraternidad, justicia, etc. ..., sólo tienen en la conciencia un significado ético o teleológico por oposición a otros conceptos que únicamente tienen explicación por el principio de causalidad.

Según esto, el derecho, como norma de conducta, no puede estar fundado en un dato o en un hecho, en lo que es o en lo que existe, sino en un principio de valor metafísico, tomando

---

(102) Science et technique, tomo II, pág. 264,

(103) Estos interrogantes los formulan de ordinario todos aquellos que comentan la obra de Duguit: F. Geny, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, (Revue Trimestrielle de Droit Civil, pág. 786); E. Martínez Paz, obra citada, pág. 64; Paul Cuche, obra citada, págs. 58 a 61; Julien Bonnecase. *La notion de droit en France*, págs. 72 a 74.

esta palabra en su más amplio sentido. Todo aquel que intente elaborar una teoría del derecho, deberá recurrir necesariamente a conceptos e ideas y no a hechos y fenómenos. Bien dice Renard, que un positivista no tiene el *derecho* de pronunciar la palabra *derecho*, porque el contenido de dicha expresión involucra a la vez la existencia de juicios y valores éticos <sup>(104)</sup>. Si fuéramos a dar la razón a Duguit, la solidaridad, como fundamento de la norma jurídica, no estaría en la conciencia en su capítulo del *deber ser* sino en el capítulo de lo que es. Como principio que gobierna un orden de fines espirituales, la solidaridad no podría entonces tener una existencia causalista como la tienen las leyes físicas y biológicas <sup>(105)</sup>.

Todas estas cuestiones, sin embargo, no están convenientemente dilucidadas; se las advierte vacilantes y oscuras en el desarrollo de la obra, particularmente, cuando Duguit se ve forzado a admitir las consecuencias que se derivan de sus propias premisas e hipótesis objetivas. En este momento de su obra, cuando Duguit debe medir las consecuencias de sus principios, es cuando da marcha atrás a su pensamiento para proyectar a retaguardia la idea esencial de una metafísica objetiva.

Si la solidaridad es la ley de la sociedad, si es un hecho perfectamente constatado, si no hay más órdenes y deberes que cumplir que los que ella dicta ¿cómo hacer, entonces, una distinción seria y bien fundada entre los fenómenos físicos que

---

(104) “Para Duguit la regla de derecho no es otra cosa que un doble hecho: el hecho de la solidaridad social, el hecho del prestigio de ciertos sentimientos de ciertos hombres, y también de ciertas palabras y de ciertos espejismos. Ahora bien: no ha de creerse jamás que la regla de derecho sea como las leyes de la gravedad o de la energía eléctrica; estas leyes no son más que una explicación de hechos y la palabra derecho no tiene otro sentido que aquel que se opone al hecho. Un positivista no tiene el derecho de pronunciar la palabra *derecho*; si Augusto Comte fue lógico en esto de excluirla de su clasificación de las ciencias, Duguit es ilógico en querer restablecerla”. - G. Renard: “introducción filosófica al estudio del derecho”, pág. 211, tomo I.

(105) Véase Georges Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*, pág. 20.

obedecen ciegamente a su ley y los actos voluntarios sujetos al hecho de la solidaridad? Duguit se esfuerza en demostrar que dicha distinción sólo existe porque así se presenta, porque una norma no puede referirse en la realidad más que a los actos conscientes, pero salvo esta diferencia de orden real no hay ninguna otra entre la ley que rige un organismo viviente y la ley que gobierna a una sociedad humana; y si se admite que la ley biológica está fundada sobre el hecho que constituye el propio organismo, no se ve por qué la norma no puede referirse en la realidad más que a los actos conscientes, pero salvo esta diferencia de orden real no hay ninguna otra entre la ley que rige un organismo viviente y la ley que gobierna a una sociedad humana; y si se admite que la ley biológica está fundada sobre el hecho que constituye su propio organismo, no se ve por qué la norma social no ha de estar fundada más que en el hecho mismo que constituye la sociedad <sup>(106)</sup>.

Pero, decir que la norma gobierna sólo los actos voluntarios, implica a decir que ella no tiene el carácter de necesidad que tiene la ley biológica, pues que gobierna fines que la voluntad puede escoger *libremente*. Si el individuo puede o no escoger para sus actos, ciertos y determinados fines ¿no es del todo lógico presuponer un criterio también de carácter

---

(106) “Les cellules composantes d’un organisme sont soumises à la loi de cet organisme. Tout le monde le reconnaît et la loi de cet organisme est celle qui préside à sa formation et à son développement. De même, les individus composant un groupement social sont soumis à la loi de ce groupement, loi qui préside à sa formation et à son développement. L’une et l’autre de ces lois son des lois de coordination. La loi de l’organisme, nous ne l’appelons pas norme, par ce que nous ne pouvons pas affirmer que les cellules composantes soient conscientes; la loi d’un groupement social nous l’appelons norme, parce que les individus qui en sont membres agissent consciemment, veulent une chose qu’ils ont en vue et en vertu d’un motif dont ils ont conscience. Mais à part cette différence, il n’y en a aucune entre la loi d’un organisme vivant et la loi d’une société humaine; et si l’on admet que la loi biologique est fondée sur le fait que constitue cet organisme, on ne voit pas pourquoi la norme sociale ne serait pas elle aussi fondée sur le fait qu’est la société”. *Traité*, tomo I, págs. 18 y 19.

teleológico que sirve para orientar a la voluntad en la selección de los fines?

Estas cuestiones, pues, no han sido tratadas por Duguit, por el contrario, para eludirlas ha debido incurrir en contradicciones evidentes: si admite que en la realidad la ley física es de un contenido diferente al de la ley social, debió interpretar dicha distinción o directamente por un principio subjetivo, o bien indirectamente por un principio objetivo de carácter metafísico, imposible este último de conciliar con los principios sentados por el positivismo. Decir que existe distinción entre una ley y otra, sólo porque así obran en la realidad, no es hacer distinción alguna, pues en la realidad pura todo acontece ciegamente. Esto acrecienta en nosotros la creencia de que el fundamento del derecho basado en la solidaridad, reproduce bajo una nueva forma, pero equívoca, la idea esencial del derecho natural <sup>(107)</sup>.

Las contradicciones de Duguit, al pretender hacer la distinción a que aludimos, radican en el olvido injustificado de no haber intentado hacerla desde un punto de vista intelectual, única manera de poder transformar la visión causalista del mundo por una otra superior que la comprende y explica; olvidó que la naturaleza de la ley teológica “no es -como dice Del Vecchio- la unidad mecánica de los fenómenos, la ley de la reductibilidad de los consiguientes a los antecedentes, la fórmula rígida y ciega que Hegel llamó el *cadáver del intelecto*, sino que es el principio viviente que agita la mole del universo y se manifiesta en la infinita variedad de su desenvolvimiento; es la sustancia que vemos ya inmune de las angustias de la causalidad; es la razón interior que da norma a todas las cosas y señala sus propias tendencias, funciones y fines” <sup>(108)</sup>.

---

(107) Véase F. Geny: Science et technique, tomo II, pág. 252.

(108) El concepto de la naturaleza y el principio del derecho, págs. 21 y 22.

(109) F. Geny.- Science et technique, tomo II, págs. 268 y 269

Por otra parte, Duguit reemplaza la palabra derecho por otra de contenido ético; tal es la de *deber* <sup>(109)</sup>. No obstante, cree así abstraer el derecho del campo subjetivo y basar lo exclusivamente en un principio objetivo: el deber o la función jurídica constituye el acto humano conforme a la solidaridad, es decir, conforme a la naturaleza íntima del individuo que no es sino la de un ser social.

Que el derecho abandone la vía subjetiva para marchar por el riel de la constatación objetiva, es algo que Duguit puede justificar plenamente, de acuerdo a su posición adoptada; pero que esta substitución del método signifique querer desnaturalizar la esencia ética del fenómeno jurídico es algo más que imposible intentarlo. ¿En qué aspecto de la naturaleza puede encontrarse el deber como un hecho o como un algo dado que exista en razón de la solidaridad humana? La único que advertimos fuera de nosotros en la realidad social, son relaciones entre individuos en virtud de fines y motivos diversos; pero, el criterio necesario para delimitar y justificar estas relaciones, es algo inherente a la conciencia y no a la relación misma. El *ser* así es producto de la realidad social, el *deber ser* es hijo de la razón y de sus medios de apreciación. Decir que un acto no es ni bueno ni malo, sino simplemente algo del que sólo se derivan *consecuencias sociales*, implica afirmar un principio de razón que pueda justipreciar, casualmente, el alcance de dichas consecuencias sociales. Para Duguit este criterio de evaluación es la reacción social que se produce frente a un acto que entraña aquellas consecuencias.

Esta reacción, sin embargo, contiene en sí misma una apreciación colectiva de un valor ético-jurídico: si un grupo o colectividad cualquiera reacciona frente a individuos cuyos actos alteran la solidaridad o el orden colectivo, dicha reacción no será una operación refleja, ciega e inconsciente, porque tal sería la reacción puramente orgánica, común a todos los seres vivos, sino un movimiento consciente de la masa social, fundado precisamente en sentimientos, ideas y creencias, cuya existencia se ve amenazada por la violación de ciertas normas. Sólo de

este modo puede explicarse la reacción colectiva, originada sí por la solidaridad del grupo, pero en virtud de una solidaridad de sentimientos, ideas, creencias y fines. La solidaridad constituiría, entonces, un principio de valor ético, pues que se dirige a la defensa de la economía *ideológica* del grupo; constituiría un valor de medida a la reacción colectiva, avaluando, por consiguiente, a la norma jurídica.

Si, según Duguit, donde quiera que exista sociedad existe la ley de la solidaridad, traducida en reacciones organizadas frente a determinadas violaciones, será forzoso concluir que la solidaridad no es sino la sociedad misma, su causa inmanente, su estructura permanente, ¿no es esto, acaso, una consideración mística y panteísta, toda vez que se afirma un principio objetivo, trascendente a la realidad de las cosas e indemostrable por sí mismo? La norma de derecho será así la manifestación o uno de los aspectos en que se desenvuelve esa creencia irreductible.

La solidaridad, como fundamento objetivo del derecho no es, por tanto, un pensamiento desprovisto de consideraciones metafísicas, sino un pensamiento, de acuerdo a la expresión ya citada de Geny, que ignora su propio trascendentalismo. La solidaridad más que un simple hecho ha servido para ubicar el derecho en la moral, en cuya virtud el derecho se nos manifiesta distinto de la fuerza, pues no es la política, según Duguit, sino el *límite* de la fuerza, la conciencia de la solidaridad, a cuya regla todos están sometidos, individuos y estado, débiles y fuertes, gobernantes y gobernados <sup>(110)</sup>.

---

(110) B. Croce.- Filosofía práctica en sus aspectos económico y ético, pág. 357.

### LA REGLA DE DERECHO

Como hiciéramos notar anteriormente, las líneas principales del pensamiento de Duguit presentan con las del idealismo jurídico de Rodolfo Stammler, a pesar de las diversas fuentes filosóficas de que parten, ciertas similitudes o analogías, quizás resultantes de la circunstancia de haberse elaborado ambos sistemas frente a los mismos factores y frente a las mismas exigencias impuestas por el ambiente <sup>(111)</sup>. Estas analogías se reafirman ante la distinción que ambos intentan hacer entre *el concepto y la idea* del derecho, entre la regla de derecho y su fundamento universal; si bien Stammler funda la distinción en la crítica de las ideas, Duguit la condensa en consideraciones de orden puramente objetivas <sup>(112)</sup>. Ambos cierran sus respectivos sistemas, con el análisis de dos unidades de carácter *trascendental* el primero, y de dos unidades objetivas de orden *trascendente* el segundo. Para Duguit la idea o el principio de justicia no es más que el hecho de la solidaridad o el *sentimiento* que de

---

(111) El profesor A. Colmo advirtió como nosotros profundas semejanzas entre la concepción jurídica de Stammler y la de Duguit, si bien no llegamos con el extinto maestro hasta hacer una identificación casi absoluta entre ambas doctrinas filosóficas. Dice: “el primero de éstos (Stammler) es cabalmente uno de los grandes pontífices del derecho natural: su *derecho justo* no es sino el derecho *objetivo* de Duguit, aunque expresado en otras palabras y con proyecciones bien distintas, como el derecho que dimana de las circunstancias naturales, más o menos cambiantes según los lugares y los tiempos, y de las circunstancias corrientes de la misma vida”. - Política cultural en los países latinoamericanos, pág. 14.

(112) Véase nuestro trabajo: “il fundamento sociológico del diritto” en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, año IX, Fas. III. Traduc. de T. A. Castiglia.

él tiene todo individuo; el concepto de derecho no es sino otro hecho, el de la regla objetiva, una de las principales manifestaciones de la solidaridad social. Si la idea y el concepto de derecho en el idealismo de Stammler sólo pueden separarse por el análisis metódico del pensamiento, igualmente la solidaridad y la regla de derecho constituyen para Duguit *un solo hecho*, una unidad objetiva que sólo el análisis puede descomponer y fragmentar. La regla de derecho viene a ser la objetivación más perfecta o la máxima actualización de la solidaridad del grupo. Ambas obras tienen, por tanto, dos preocupaciones análogas: una, fijar el concepto de derecho, otra, precisar su fundamento. Duguit en el estudio de ambos aspectos sólo considera la realidad, sólo contiene apreciaciones y conclusiones dedicadas únicamente en hacer resaltar la función empírica del derecho y los fundamentos objetivos de la justicia.

Los principios del método positivo son aquí, también, aplicados con el mismo rigor y con la misma valentía. La regla de derecho, expresión de la solidaridad, es como ésta universal y necesaria; donde quiera que exista una sociedad, existe la ley de la interdependencia; ésta, a su vez, se manifiesta en la regla de derecho. En sí misma es invariable y universal a pesar de la transformación constante de las normas positivas. Estas últimas las sanciona el estado, la regla el derecho, en cambio, aparece sin la intervención de terceros, impera simplemente en virtud de un mecanismo psico-social, cuyo principal motor es el sentimiento de solidaridad.

De una norma económica, moral o simplemente de costumbre deviene la norma de derecho en virtud de la forma, alcance e intensidad de la reacción social; conocida así la regla de derecho, el estado la formula por medio de la técnica legislativa<sup>(113)</sup>. La regla, “tu no matarás a otro a menos que sea en tu legítima

---

(113) “Sous une autre forme il y a règle de droit quand la masse des individus composant de groupe comprend et admet qu’une réaction contre les violateur de la règle peut être socialement organiséc. Cette organisation

defensa”, es una norma jurídica, no porque ella encierre un principio superior, eterno de derecho natural, sino simplemente porque la conciencia social del grupo y las condiciones mismas de sus existencias exigen su amparo y seguridad necesarias. La ley penal positiva es la encargada luego de formular dicha regla a través de un procedimiento técnico-legislativo.

La regla de derecho tiene por sí misma fuerza obligatoria y no en una voluntad sobrenatural, ni en ninguna autoridad teocrática; su esencia que jamás nos será dada conocer, dice Duguit, no puede modificar, acrecentar ni disminuir los poderes que en realidad tiene la voluntad del hombre; el derecho subjetivo no es más que una hipótesis metafísica. La fuerza obligatoria de la regla de derecho, sólo tiene una explicación real, de carácter científico; es obligatoria, como antes se dijo, sencillamente porque la masa social cree así necesario para el mantenimiento de la solidaridad, su ley fundamental: cuando un grupo social, de acuerdo al sentimiento predominante que tiene formado sobre la interdependencia o solidaridad de sus miembros, reacciona frente a ciertos actos, es, casualmente para evitar la violación de aquel sentimiento o de aquella aprecia-

---

peut ne pas exister; elle peut être embryonnaire et sporadique; peu importe. C'est un moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit. Mais cette proposition demande quelques développements et quelques précisions.

“La règle de droit normative ou norme juridique proprement dite est la règle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action. Elle commande au défend, comme on voudra; car commandement et défense sont, en réalité, choses identiques, la défense étant le commandement d'une certaine abstention. En parlant de commandement, je n'entends pas l'ordre formulé par une volonté supérieure s'adressant à une volonté subordonnée. C'est là une notion positivement inadmissible, je l'ai déjà dit, puisque'elle implique l'existence reconnue d'une volonté qui serait par nature supérieure à d'autres volontés. La norme juridique est impérative en ce sens seulement qu'elle est le statut social qui lie nécessairement tous les individus membres du groupe. Elle est la condition même du maintien de la vie sociale. L'individu a conscience de cette règle, conscience plus au moins

ción <sup>(114)</sup>. El poder de imposición de la norma radica en su propia estructura, en su existencia misma que no es sino de custodiar la integridad social del grupo.

En esta altura de su pensamiento, Duguit cierra el círculo de su sistema, sin haber incurrido, según dice, en consideraciones de orden metafísico, cierra el análisis precisamente en un momento crítico, cuando la razón interroga sin dilaciones y sin ambages el *por qué* de aquella fuerza íntima. Hubiéramos querido hallar en este momento en que la norma se impone a los hombres, la razón de esa imposición, no la razón histórica o positiva, sino algún valor ético que sirviera como de coronamiento y afianzamiento de los hechos. Que la solidaridad y su regla sea un hecho, es perfectamente explicable al menos desde un punto de vista histórico, como lo que es o lo que existe; pero el mismo tiempo se hace necesaria la consideración ética, como el mismo Spencer lo afirma: si estamos interesados principalmente en asentar lo que es *relativamente recto*, se sigue que tenemos que considerar primero lo que es *absolutamente recto*, puesto que una concepción presupone a la otra.

Duguit ha intentado así defenderse de los serios ataques de que ha sido objeto, principalmente por sus propios colegas,

---

obscur, Mais quelque primitif qu'il soit, il sait, il comprend, il a tuot au mons l'intuition que s'il ne s'y conformait pas, le groupe social tuot entier réagirait contre lui et qu'il peut être établi des regles pour assurer directement au indirectement l'exécution de la norme. Ce sont précisément les regles de droit constructives ou techniques.

“Ainsi, j'appelle regles de droit constructives ou techniques celles qui sont établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l'application des regles de droit normatives. Elles organisent des mesures; elles prennent des dispositions; elle fixent des compétences et, pour tout dire d'un mot, elles créent des voies de droit devant assurer la sanction de la norme juridique”. - Traité, tomo I, págs. 36 a 33.

- (114) “Pour nous, dire d'une norme qu'elle est obligatoire comme norme juridique, cela veut dire simplement qu'à un moment donné, dans le groupe considéré, si cette norme est violée, la masse des esprits comprennent qu'il est juste, suivant le sentiment qu'elle se forme de la justice à

defensa que no llega a convencer si no es para despertar una vez más en nosotros la sospecha de un culto ignorado a una metafísica tan odiada y combatida.

Respecto a esta formidable objeción, que se resume, como decimos, en el *por qué* de la imposición obligatoria de la regla de derecho, Duguit ha dicho que ella reposa en la conciencia que se forman los individuos acerca de la solidaridad, es decir, reposa sobre el sentimiento de justicia que en ellos domina por razones de tiempo y lugar. La regla de derecho aparece nítidamente en la conciencia del grupo en presencia de ciertos actos o de ciertas violaciones. En esta reacción está la fuerza de la obligación, fundamento puramente humano y social. La regla de derecho, como expresión y significación de la solidaridad social, es una, invariable y eterna, mientras que el contenido que ella puede encerrar varía al infinito

Se ha entendido hasta el presente, dice Duguit, que derecho natural es el derecho fundado en un principio superior, siempre idéntico en sí mismo, si bien variable en sus manifestaciones; derecho ideal, absoluto, al cual deben conformarse, cada vez más, las acciones de los hombres. El derecho, continúa Duguit, es, por el contrario, un producto contingente de los hechos; está, de este modo, en perpetua evolución. Que las sociedades humanas tienden hacia un cierto fin superior, será posible, mas este fin se ignora. Los hombres de un mismo grupo viven en una estrecha interdependencia sin la cual la vida individual sería imposible. Ellos tienen el sentimiento que la observancia de ciertas reglas es necesaria para

---

ce moment, qu'il est nécessaire pour la maintien de l'interdépendance sociales, que se qu'il y o de forcé consciente incluse dans le groupe intervienne pour réprimer cette violation. Donner un autre sens et une autre portée à la forcé obligatoire d'une règle de droit, c'est sortir de la réalité pour entrer dans l'hypothèse métaphysique. Je rappelle d'ailleurs qu'en parlant de ce que la masse des individus admet comme juste, j'entends le juste en un sens aussi tout relatif et tout contingent, suivant le sentiment de la justice tel que je l'ai décrit au paragraphe 8". - Traité, tomo I, pág. 65.

asegurar su vida colectiva y la vida misma del individuo; ellos tiepor el sentimiento de que es justo aquello que está sancionado por la regla, que son las normas jurídicas. Que se llame a esto derecho natural, Duguit no se opondría, pero, también, debe convenirse que el fundamento señalado a la norma jurídica es esencialmente distinto al que señalaba el viejo derecho natural <sup>(115)</sup>.

También nosotros creemos que ambos sistemas jurídicos son diferentes, pero advertimos también que dicha distinción no basta para extirpar de ninguno de ellos la esencia metafísica, esencia común de todas las nociones que pudieran darse sobre los fundamentos y principios universales del derecho. Afirmar que la regla de derecho es producto de los hechos, en cuanto ordena o prohíbe ciertas acciones, y afirmar por otro lado, que en sí misma como significado o expresión de la solidaridad del grupo, es invariable y universal, es incurrir en una seria contradicción. La necesidad, universalidad e inmutabilidad de los conocimientos, hemos dicho, son formas esenciales del conocimiento intelectual abstractivo y, como tales, son respecto a la regla de derecho, sus condiciones filosóficas. La regla de derecho, según estos caracteres, o sería una creación de espíritu, o como quiere Duguit una esencia objetiva; sería el derecho en sí fuera de la razón como la fuerza inmanente y constante del proceso histórico de las normas. Por

---

(115) “En resumé, il faut choisir. Ou bien il faut reconnaître la force obligatoire de la norme juridique à un principe absolu, révéle à l’homme par une puissance surnaturelle, et alors cette norme juridique fait maître des devoirs et des droits au sens métaphysique du mot. Ou bien il faut donner à la règle juridique un fondement purement humain; alors si elle a une force obligatoire, ce ne peut être qu’au sens expliqué, c’est-à-dire une forme consistant en ce qu’elle est sanctionnée, garantie pour la mise en mouvement de la contrainte sociales. Alors, elle trouve naturellement son fondement dans l’adhésion des consciences individuelles, dont l’observateur détermine le contenu, infiniment changeant, continuellement variable avec les temps et les pays, mais se rattachant toujours au fait de la solidarité sociale toujours senti et au sentiment de la justice, variable dans ses manifestations, mais permanent dans ses principes”. - Traité, tomo I, págs. 71 y 72.

esto creemos, como ya lo hiciéramos notar en el capítulo precedente, que la concepción jurídica de Duguit presenta una de las formas clásicas del derecho natural, con las diferencias típicas que este pensamiento puede señalar en virtud de elementos objetivos con que cuenta, elementos de índole verdaderamente *trascendentes*. Es el método el que ha variado y coa éste ciertas modalidades características de las antiguas concepciones, pero en el fondo de este nuevo sistema se ha mantenido la misma esencia, la misma metafísica que se muestra así irreductible cada vez que el hombre fija su pensamiento en el derecho. Con la caída de la metafísica tradicional, según cree Duguit, se han derrumbado viejos conceptos y viejas ideas pero en tal caso olvida que han surgido en cambio, otras que nos muestran, también, nuevas esencias, nuevos misterios: la esencia romántica y jacobina de los derechos subjetivos es sustituida por esta otra del solidarismo, no menos mística y cándida que la anterior: ha caído la personalidad, el individuo con todo su cortejo de atributos y facultades, para resurgir el poder social, la fuerza de todos, poder no menos abstracto y despótico que el poder subjetivo del soberano. Ha caído el poder público, aquel de emanación divina, a que alude Duguit como éste de las democracias actuales o el de las delegaciones populares, para traernos, en cambio, el poder de la colectividad, poder, como decimos, esencialmente tiránico, cuando no anárquico y disolvente; poder que se funda en la solidaridad de los hombres, en un principio o sentimiento sumamente elástico que autoriza la arbitrariedad del soberano como la anarquía del pueblo.

La regla de derecho, como expresión de la solidaridad, y no obstante las transformaciones señaladas, ha sido muy eficaz, sin embargo, para disolver el antiguo tecnicismo, ciertos conceptos cuyo arraigo parecía imposible de extirpar; estos beneficios los han recibido y los han de recibir legislaciones individualistas como medio para mitigar el exceso de individualismo y de soberanía. Ya no es el individuo un soberano frente a otro; el estado no es una potencia jurídica frente a la comunidad; para Duguit el estado es como el individuo el primer servi-

dor de la comunidad moderna <sup>(116)</sup>. La personalidad subjetiva ha sido reemplazada por esta otra que pudiéramos llamar, personalidad objetiva; la regla de derecho no reconoce más poder originario que el que otorgan los propios intereses de la solidaridad; el individuo no tiene derechos, tampoco los tiene el estado, porque no hay más realidad que lo objetivo, que la sociedad en la que vive el individuo. Una esencia subjetiva ha desaparecido para regular todo el derecho otra esencia de carácter exclusivamente objetiva.

La regla de derecho es, sin embargo, la condensación de un ideal jurídico forjado en la solidaridad de los hombres; ideal tanto más inseguro cuanto mayor es la elasticidad del principio de que se parte. Resulta en verdad una utopía si se lo considera como anulación absoluta de toda fuerza individual, como exterminio de la personalidad de cuya existencia deriva toda sociedad y en cuyo término rematan el cooperativismo y toda forma de sindicalismo social.

La vida social no sólo comporta en su contenido normativo, la regla de derecho sino también otras normas, cuyo objetivo marca características y modalidades propias. En general, la norma social es una por su fundamento, por su carácter general y por su objeto, no obstante producir en el grupo diferentes modos y formas de reaccionar. La solidaridad es la fuente común de todas las normas sociales, pero, por la distinta manera de reaccionar del grupo frente a la violación, se conoce el fin u objeto que regulan, si es una norma de derecho, si es económica o moral <sup>(117)</sup>.

La norma económica rige todos los actos del hombre tendientes a la producción, circulación y consumo de la riqueza, actividades que, a su vez, se dirigen a satisfacer las múltiples necesidades de la vida. El encarecimiento de los productos, la superproducción, el alza de los precios, la crisis industrial, la

---

(116) Véase A. Esmein: *Eléments de droit constitutionnel*, tomo I, pág. 50.

(117) *Traité*, tomo I, pág. 26.

elevación de los salarios y todos los otros fenómenos económicos son la consecuencia de actos individuales, más o menos conscientes, ejecutados en conformidad o en contra de la norma social, y que se refieren a la producción, circulación y consumo de cosas necesarias a los deseos de los individuos. La violación de la regla económica, cuando ésta no es más que económica, produce por consecuencia una reacción que no se refiere más que a lo que atañe a ella, cuya reacción se manifiesta a través de aquellas crisis <sup>(118)</sup>.

La norma social comprende, también, entre otras, las prescripciones de orden moral, que se creen están fundadas en un principio superior formulado *a priori*, por el que ciertas acciones son buenas o malas por sí mismas. La moral así comprendida constituye un problema considerable que apasiona a los hombres desde que ellos piensan y que no es posible analizar más allá de los límites impuestos por la ciencia positiva. Entiéndase por reglas morales, dice Duguit, las que se aplican a todos los hombres que viven agrupados en una época dada, imponiéndoles una cierta aptitud en sus manifestaciones exteriores, en su manera de vestir, en la forma de habitar, en sus relaciones y trato con los demás, y en general las que se imponen por medio de determinadas prácticas religiosas. En una palabra, Duguit llama morales a aquellas reglas que obligan al hombre a conformar su vida con ciertas prácticas o costumbres sociales. También éstas son obligatorias y su violación produce la reacción consiguiente: donde un cierto sentimiento religioso ha arraigado poderosamente, la reacción se produce por censuras hacia los transgresores de dichas prácticas, reacción que además se traduce, entre otras maneras, declarando infames ciertos actos o ciertas omisiones <sup>(119)</sup>.

Ni la norma económica ni la moral no tienen por sí la misma fuerza obligatoria de la norma jurídica. Toda norma jurídica

---

(118) *Traité*, tomo I, pág. 27.

(119) *Traité*, tomo I, págs. 28 y 29.

ca es o moral o económica, pero no toda norma moral o económico es necesariamente jurídica. Se hace, entonces, necesario determinar, qué características las distinguen, o mejor, cuándo y por qué una regla económica o moral devienen la regla de derecho. Todas las normas, en general, sacan su fuerza obligatoria de la sociedad misma que las crea, ¿qué las distingue, entonces, desde que tienen un mismo origen?

Comienza Duguit afirmando el verdadero origen del derecho como el de todas las normas sociales. Después de rechazar las doctrinas que hacen derivar el derecho del estado, afirma que la regla de derecho existe por sí misma anterior y por sobre el estado, pero no como derivación de un principio superior, sino basada en el hecho mismo de la solidaridad.

Creemos, sin embargo, que mientras está bien a un positivista negar al derecho todo fundamento metafísico, demuestra, en cambio, ser contradictorio al negar por otro lado la única, real y verdadera fuente positiva del derecho, que no es sino el estado mismo. Todo positivismo jurídico que así no lo considere, tiene forzosamente que congraciarse con fuerzas reales de índole extraña al derecho, cuando no a esencias y principios metafísicos que no informan ni dan un verdadero sentido de la realidad si no es para desfigurarla a través de verdaderas creaciones personales.

Para Duguit, de este modo, la norma de derecho se caracteriza por la manera típica con que el grupo reacciona frente a la violación de ciertas normas. La fuerza material y organizada que ciertos hombres detenta, actúa en determinadas ocasiones, se ejercita cuando la violación de las normas produce un malestar social, profunda y general, un malestar que acusa la inseguridad o la quiebra misma de la vida social, de la solidaridad, de su ley. La violación de la norma económica o moral no llega a producir una reacción de tan grandes alcances ni de tanta intensidad como la violación de la regla de derecho. Si la solidaridad es la ley del grupo, si es su propia existencia, su incumplimiento deberá marcar el máximo de reacción; impone así el individuo una exigencia imperiosa, un deber, una obligación

que su fuerza nadie puede aminorar ni entrar a discutir. La regla moral y la económica no tienen, en cambio, la misma trascendencia objetiva porque su incumplimiento no atañe directamente a la existencia misma de la vida social.

He aquí lo más oscuro del pensamiento de Duguit: el derecho caracterizado simplemente por la forma y magnitud de la reacción, no llega ni puede llegar a determinar con precisión las modalidades propias que lo distinguen, por ejemplo, de la moral. El grupo también reacciona frente a las violaciones de prácticas o de costumbres morales, con la misma, cuando no con mayor intensidad y alcance con que reacciona frente a la transgresión de la norma jurídica. Sobre todo, si hemos de considerarla como fruto de los sentimientos, no hay precisamente, mayor reacción que la que suele producir el sentimiento religioso de la masa. La reacción por sí misma no es una modalidad específica del derecho, sino cuando a ella se agrega la fuerza del estado que sanciona dicha regla. Pero, una dificultad mayor se nos presenta, y es la que surge al considerar la intervención del estado y de sus colaboradores para dar sanción a la reacción colectiva. ¿Con qué criterio podemos medir el alcance de la reacción a fin de que el estado sólo intervenga en la formulación del derecho positivo sujeto a un límite y discreción necesarios? ¿Hasta dónde, se dirá, llega el derecho y hasta dónde la moral? La sola reacción no basta por sí para distinguir una norma de otra, sobre todo si se considera que la solidaridad, en cuya virtud se produce, es un simple sentimiento que sufre, de acuerdo a la estructura sentimental de cada individuo, infinitas interpretaciones, muchas de ellas entre sí hasta contradictorias y excluyentes. La solidaridad, bien lo dice Duguit, no es un concepto sino un sentimiento; he aquí, entonces, una base por demás insegura e incierta para caracterizar el derecho, algo como ya se ha dicho, sumamente elástico y absolutamente incierto.

Si la reacción social se actualiza o se organiza por el estado, en cuya virtud el derecho se formula, la regla de derecho no será en realidad la expresión de la solidaridad del grupo sino la

expresión de la solidaridad tal como es interpretada y evaluada por el estado y sus legisladores. Viene así el derecho, en virtud de una solidaridad teórica, a resultar prácticamente fundada en la interpretación personalista, cuando arbitraria del estado. Por ello se dice del sistema de Duguit, que él abre las puertas a la anarquía y al despotismo, da base para que triunfen las fuerzas populares fundadas exclusivamente en el sentimiento como a las ambiciones despóticas del dictador.

Los mismos inconvenientes anotados anteriormente al pretender una distinción entre el fenómeno físico y el acto voluntario, son, también, los que advertimos aquí frente a una posible distinción entre la moral y el derecho; es que para intentar tales distinciones es menester un criterio superior a la realidad misma de los hechos. Si sólo el entendimiento es el que puede formalmente distinguir la causalidad física de la naturaleza de la finalidad ética de los actos, es, también, en virtud de un criterio o principio formal, el único que puede intentar caracterizar la ley moral y la ley jurídica. Sólo en virtud de un concepto formal o metafísico del derecho, únicamente partiendo de sus elementos esenciales, podemos en la realidad intentar clasificaciones y distinciones; fundar éstas en la realidad particular es como querer infundir la vida y el movimiento a un objeto muerto, a una cosa inanimada. Las acciones humanas y su clasificación hecha en virtud de un criterio superior, producto del entendimiento, les hace adquirir un sentido universal, no así cuando las clasificaciones se intentan dentro de los propios fines y motivos que los actos encierran porque en sí mismos no contienen su diferencial filosófico sino tan sólo distinciones históricas.

La existencia de la persona humana, constituye para la filosofía jurídica el concepto eje, la raíz ética fundamental e irreductible, de la cual derivan, se asocian y se plantean infinitas cuestiones a resolver. Tan evidente es a la conciencia la significación de la personalidad total del fenómeno jurídico. Es su categoría irreductible, sin la cual el problema jurídico-filosófico

se desprende de su propia *finalidad* para incrustarse como simple fenómeno psicológico en la realidad objetiva de la vida. No obstante la imposibilidad momentánea o más o menos persistente de resolver sus problemas, no autoriza a *desproblematizar* su esencia, según expresión usada por E. D'Ors, ni a negarla en rotundo como lo hace la doctrina de la solidaridad. Las relaciones entre el estado y el individuo, cuestión hoy más que nunca debatida en la zona jurídica, problema con escollos e inconvenientes muchos de ellos insalvables, nadie podría resolver satisfactoriamente sacrificando la individualidad, así como no estaríamos justificados para negar, frente al angustioso problema del conocimiento filosófico, uno de sus términos necesariamente integrantes, ya sea el objeto o la realidad material como el sujeto o la realidad espiritual <sup>(120)</sup>.

Este último problema señalado no tiene en Duguit solución posible, porque el positivismo filosófico, que implica la negación del yo, implicaría, también, en su proyección jurídica, la negación del sujeto o de la persona. De ahí que el sistema jurídico de Duguit, de formas objetivas simplísimas, disuelve o niega automáticamente todos los problemas referentes a la persona y a la personalidad. Le ha bastado rechazar el ser racional, el yo interior para anular en absoluto la proyección subjetiva del derecho. La persona no existe por que el concepto máximo de solidaridad la excluye, así como se desentiende, con facilidad extraordinaria, de toda una serie de problemas de importancia. Para Duguit, no existe disparidad posible entre el individuo y el estado, entre la libertad y la autoridad, porque ni una ni otra existe en forma autónoma sino que están subordinadas a la regla objetiva de derecho. El problema de si la coacción es o no esencial al derecho, pierde, también, toda su importancia, porque no existe otra fuerza y poder que el que encierra la regla misma, que gobierna y manda en virtud de su fuerza orgánica

---

(120) Véase J. Del Vecchio: *Diritto e personalità umana nella storia del pensiero*, págs. 32 y 33.

emanada del hecho mismo de la solidaridad. Las relaciones o diferencias entre la moral y el derecho presentan también, un problema de escaso interés, ya que las diferentes normas sociales nacen de las distintas maneras de reaccionar del grupo frente a determinadas violaciones.

He aquí cómo toda una serie de cuestiones de la mayor importancia que plantea la vida misma del individuo, son resueltas, o mejor, negadas por el simple dato de la solidaridad. Pero, este quebrantamiento de conceptos e ideas no sólo se advierte en el aspecto filosófico del derecho sino que también debe producirse, en consecuencia, en los aspectos científico y técnico: el sujeto de derecho, el derecho subjetivo, la personalidad colectiva, la soberanía política, el sentido individualista de la propiedad y la misma palabra derecho, desaparecen para transformar profundamente su sentido histórico. No existiendo más que la regla de derecho o el dato objetivo, el sujeto de derecho desaparece como esencia subjetiva para resurgir únicamente como condición o como medio de aquélla; en consecuencia los derechos subjetivos, vale decir según la escuela clásica, el derecho como facultad o atributo de la voluntad, se convierte en una simple función o en una situación subjetiva acordada por la regla. El estado, cuya personalidad y derechos constituye una proyección ampliada de la personalidad y derechos del individuo, está también sujeto como éste al imperio de la regla, reemplazándose los derechos subjetivos públicos por funciones o servicios públicos <sup>(121)</sup>.

Estas últimas transformaciones que la concepción de Duguit ha operado en el derecho, son las que nos interesa analizar en adelante. Las transformaciones del derecho privado y público son en este sistema las consecuencias prácti-

---

(121) Esta negación de los derechos del individuo y los de la colectividad, la formula Duguit categóricamente, cuando dice: "en parlant de droit social et de droit individuel, je n'ai point l'intention de proposer après mille

cas más típicas que han podido derivarse de su concepción positivista.

La negación de la libertad en la persona y en la personalidad implica, como lo dijimos anteriormente, una serie de transformaciones en la técnica del derecho clásico; transforma en primer término, la noción del sujeto de derecho. Para Duguit, el sujeto es, también, una categoría, pero fundada no sobre premisas metafísicas sino en los datos de la realidad misma. La regla de derecho y sus imperativos se dirigen indiscutiblemente a la voluntad, puesto que se ha dicho que los fenómenos de orden social son actos conscientes, pero dicha voluntad no puede ser otra que la voluntad real y viviente del individuo. Por consiguiente, las entidades colectivas no constituyen sujetos de derecho por cuanto están fundadas no en la realidad sino en una simple ficción <sup>(122)</sup>. Esta negación de las entidades morales es así una consecuencia lógica del método positivo que enseña que la realidad sólo presenta individuos, voluntades, cuyos actos se dirigen hacia ciertos fines. Por tanto, no pueden justificarse las construcciones puramente mentales, o las ficciones jurídicas porque éstas rehacen la realidad de las cosas.

Ahora bien: ¿esta voluntad real y viviente del individuo, tiene por naturaleza derechos y facultades inalienables? El derecho subjetivo es una ficción, la voluntad natural del hombre

---

autres un nouveau système pour concilier les droits de la collectivité et les droits de l'individu, mais seulement de montrer que ni la collectivité ni l'individu n'ont de droits, qu'il n'y a ni droit social, ni droit individuel". - Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état, pág. 5.

- (122) "Il est d'évidence qu'une disposition impérative ne peut s'adresser et s'imposer qu'à des volontés conscientes d'elles - mêmes. Or les seuls êtres dans le monde, desquels on puisse affirmer qu'ils ont une volonté consciente d'elle - même, ce sont les êtres humains, parvenus à l'âge de raison et dont l'état mental est sain. Il est possible que les animaux aient une conscience; il est possible que nous soyons entourés d'une infinité conscients que nous ne voyons pas, mais nous n'en savons rien. Par

no nace con poderes o facultades innatas ni los tiene por el hecho de ser tal, sino que dichos poderes son simples situaciones subjetivas acordadas por la regla de derecho. El derecho de propiedad así, no es un poder originario de la voluntad ni inherente a ella misma es, en cambio, una situación, si bien de carácter subjetiva porque se dirige al sujeto o a la voluntad individual, pero de esencia objetiva porque nace de la norma misma. Se habla de este modo de una *situación subjetiva*, porque se reconoce que es una modalidad acordada a la voluntad viviente del hombre. La situación subjetiva surge del carácter mismo de la voluntad, pero sin reconocer a ésta ningún poder originario o natural. Si la solidaridad, o la regla de derecho que es su expresión, transforma o modifica su contenido histórico, si el sentimiento de justicia ha hecho variar la apreciación del grupo acerca del hecho de la solidaridad, es evidente, entonces, que para la voluntad deben también modificarse o variar los poderes, es decir, las situaciones subjetivas acordadas.

Sin embargo, no era posible desatender la realidad frente a ciertos casos en que una voluntad obra con otras voluntades de manera orgánica o relacionada, pues la voluntad no siempre actúa sola sino que, para satisfacer mejor determinadas necesidades, se asocia a otras voluntades. Para Duguit, es siempre la voluntad individual la que realmente actúa, acordándole, sin embargo, la regla de derecho una simple situación colectiva,

---

enséquent nous devons dire que seuls peuvent être sujets du droit objectif les individus humains ayant une volonté consciente et raisonnable. Il ne peut pas y en avoir d'autres; et les individus humains qui pour une raison quelconque n'ont pas une volonté consciente ne sont pas sujets du droit objectif et ne peuvent pas l'être. Ne peuvent pas non plus être sujets du droit objectif les collectivités, quelque forme qu'elles revêtent. Les associations, les corporations, les fondations, ne peuvent pas comme telles être sujets objectifs, parce qu'elles n'ont pas, parce que nous ne pouvons pas démontrer qu'elles aient une volonté consciente distincte de celle des individus qui les composent" - Leçons de droit public général, págs. 96 y 97.

como son aquellas que conocemos con los nombres de asociaciones, fundaciones y corporaciones <sup>(123)</sup>.

Esta negación de la autonomía individual, autonomía para Duguit, fuente de dificultades sin número, da lugar, en cambio, a otra autonomía, la de la regla de derecho, que considerada desde un punto de vista teórico revela, sin embargo, fallas fundamentales, a pesar de que ellas saben disimularse bien a través de una fuerza mística que nos atrae y de ciertas situaciones románticas que nos conmueven. La autonomía de la regla de derecho, frente a la voluntad del individuo, implica precisamente una verdadera ficción, pues no se ha atendido a la única y verdadera realidad, a la autonomía del individuo, realidad más sensible y más imperiosa que la de la regla de derecho enunciada; Duguit ha olvidado que la regla de derecho existe únicamente en bien de los intereses de la personalidad, personalidad e intereses resumidos en la libre actividad del individuo <sup>(124)</sup>. Duguit al negar los derechos subjetivos, creemos no llegó, sin embargo, a satisfacer ampliamente sus propósitos que eran el de anular la persona misma, negar la existencia del individuo como entidad espiritual, como sujeto de fines e intereses diversos, sujeto que, en la realidad, el positivismo más que nadie, tiene el deber de confesar ¿Hay o no hay un derecho subjetivo? “Dejémonos -dice Levy-Ullman- que lo discutan entre sí los que gustan de esta terminología. Lo que nos preguntamos es esto

---

(123) Leçons de droit public general, págs. 98 a 101.

(124) “Pero la muerte del individualismo no representa la muerte de la individualidad humana esencial -dice el profesor Martínez Paz-, no será preciso aprestarse para el renunciamiento de todos los atributos específicos individuales en obsequio de la solidaridad social, esta quimera anárquica ha podido elevar las mentes que ardían en la revolución, pero de sus escombros hemos de ver todavía surgir más fuerte la individualidad humana principio y fin del derecho” - El espíritu de la legislación civil, pág. 8.- El profesor Mario Sáenz, dice: en cuanto a la esencia de la doctrina, Duguit pretende sobreponer la sociedad a los individuos, alegando que el derecho sólo tiene una función social, en cuyo nombre, y

exclusivamente: ¿hay o no en el derecho, al lado del punto de vista social un punto de vista individual? Si lo hay, la lógica ordena que se tenga en cuenta” (125).

Según Duguit, la regla de derecho impone a los miembros de un grupo ciertos actos y ciertas abstenciones, porque toda norma de conducta debe traducirse siempre en un imperativo positivo o negativo. Los actos del individuo quedan de esta suerte reglados en relación a los demás, o de acuerdo a los intereses del mismo grupo, y, cada vez que la violación de ellas se produce, sobreviene la reacción social más o menos organizada, según el tiempo y lugar. Que los individuos tengan esta o aquella creencia, se hayan formado este o aquel juicio particular sobre ciertas normas, todo esto no interesa a la vida social misma, sino únicamente mantener y asegurar la solidaridad del grupo. Las obligaciones impuestas al individuo por la regla de derecho, no afectan en manera alguna a su voluntad, ni le quita ni le aumenta poderes, ella queda tal como es en sí misma (126). El derecho subjetivo, por tanto, no existe sino simplemente un cierto carácter subjetivo, determinado por la regla de derecho. Si el carácter o la modalidad de la obligación impuesta, cambia, no habrá variado para nada la esencia de la voluntad, pues ésta es una simple condición del sujeto de derecho. No se habla, entonces, de una obligación subjetiva, que implicaría afirmar la existencia metafísica de una voluntad superior, o según la expresión kantiana, la subordinación al imperativo categórico; la re-

---

para ventaja colectiva, se pueden imponer todas las restricciones que sea menester a los derechos de los hombres. Los individuos no tendrían, pues, derechos subjetivos. Esto es olvidar que la conservación y perfeccionamiento de la sociedad no es un fin, sino un medio cuyo progreso se busca para favorecer la libertad individual, única realidad viviente de todo problema filosófico”. - Filosofía del derecho, págs. 138 y 139.

(125) La definición del derecho, pág. 124

(126) Traité, tomo I, págs. 123 a 125.

gla de derecho no crea una modalidad nueva al ser, ni una subordinación ni una inferioridad, en este sentido la regla de derecho nada crea <sup>(127)</sup>.

Desde este punto de visto objetivo, no se comprende cómo una voluntad por sí pueda subordinar a otra. Los individuos que componen un grupo social están así en una situación objetiva con respecto a sus poderes, en una situación de dependencia absoluta a la regla; en cambio, el derecho subjetivo involucra la dependencia de una voluntad a otra, un verdadero poder de un individuo sobre otro. Sólo podemos concebir, dice Duguit, un verdadero derecho subjetivo suponiendo la existencia de una voluntad sobrenatural de la cual derive todo poder, vale decir, suponiendo un poder de origen divino, lo que en el estado positivo actual no tiene razón de ser. Si la regla de derecho, surge en el momento en que la masa de individuos cree legítima la fuerza organizada para reprimir la violación de las normas, no se explica la existencia de un derecho subjetivo anterior a la fuerza, a no ser que él nazca de la fuerza misma o al menos de la conciencia de que ella debe ser empleada para sancionar cierta regla. Pero esto sería contradictorio, pues si el derecho subjetivo existe, él es contrario por naturaleza a la existencia de la fuerza <sup>(128)</sup>.

La situación jurídica subjetiva, por otra parte, se distingue de la situación jurídica *objetiva*. Esta última nace directa-

---

(127) “Quand la règle de morale ou la règle économique devient une règle de droit, elle ne change pas, à vrai dirá, de caractère; il y a seulement de plus, on l’a montré au chapitre I ceci que la consciencé de la masse des individus considère comme légitime l’intervention de la forcé pour assurer le respect de la règle. Si la règle sociales, en réalité, ne change pas de caractère, la situation qui en résulte pour l’individu ne peut pas non plus en changer. L’individu nous apparaft toujours comme étant simplement encadré dans les lieux de la discipline sociale. La règle économique ou morale ne crée pas une modalité de son être, une subordination, une infériorité métaphysique de sa volonté; la règle juridique ne peut pas en creer non plus. Traité, tomo I, pág. 126.

(128) Traite, tomo I, págs. 129 y 130.

mente de la ley y, mientras la ley subsiste, la situación objetiva es como ella general y permanente. La ley electoral, por ejemplo, crea para los individuos como para los gobernantes situaciones que deben aplicarse a todos por igual y mientras dure su aplicación <sup>(129)</sup>. La situación subjetiva adquiere, por el contrario, un carácter específico y relativo: es una situación que sólo se aplica a una o más personas determinadas, situación que además desaparece una vez cumplida la prestación, como si nunca hubiera existido. Esta segunda situación es la que se refiere al derecho privado y que en general surge en virtud del contrato o de actos unilaterales, mientras que la anterior se refiere al de-

---

(129) “Ces situations socialment protégées ou situations juridique, comment nous apparaissent - elles? Les unes dérivent directement de la loi. Celle-ci est une disposition générale s’imposant à tous, et permanente, c’est-à-dire persistant après toutes les applications qui en sont faites, jusqu’au moment où elles est modifiée ou abrogée. Les situations qui naissent de la loi, qui son une conséquence immédiate de l’application de la loi, sont comme elle et dans la même mesure, générales et permanentes. J’appelle ces situation des situation juridiques objectif, précisément parce qu’elles derivent directemen du droit objectif ont et qu’elles le même caractère de généralite et de permanence.

“A côté des situations juridiques objectives, situations générales et permanentes, il y a des situations spéciales et momentanées, des situations qui ne peuvent être opposées qu’à une ou plusieurs personnes individuellement déterminées et qui disparaissent après qu’une certaine prestation a été accomplie. Ce sont ces situations que j’oppose aux situation juridiques objectives et que j’appelle situations juridiques subjectives.

“Beaucoup de ces situations juridiques subjectives naissent d’un contrat, soit en droit privé, soit en droit public; mais il faut qu’il y ait un contrat au sens propre du mot, que je préciserai dans notre prochaine réunion. Deux personnes font un contrat à la suite duquel l’une d’elles est devenue débitrice d’une certaine prestation. Il y a là une situation juridique certaine puisque l’exécution de la prestation est garantie par la contrainte sociale. Mais cette situations ne touche que les deux contractants; pour tous les autres elle est comme si elle n’était pas. Elle est donc spéciale, individuelle. D’autre part, lorsque la prestation qu’elle implique aura été exécutée, soit volontairement, soit sous l’action de la contrainte, elle disparaît, les choses sont comme si jamais elle n’avait

recho público cuyo carácter general contrasta evidentemente con este otro carácter específico y relativo <sup>(130)</sup>.

El interés práctico que puede tener esta distinción es la misma que tiene la distinción técnica entre derecho privado y público, pero con señaladas ventajas sobre esta última, que derivan según Duguit, de sus propios fundamentos. Por ejemplo, acerca del tan debatido problema de la cosa juzgada, la clave se encuentra, dice Duguit, en hacer la distinción entre una situación subjetiva y objetiva; muchos creen que la autoridad de la cosa juzgada es intangible, y que sólo puede oponerse contra los que han sido partes en un juicio determinado, sin reparar los absurdos y contradicciones a que se llega con tal principio. Un individuo ha sido declarado en juicio hijo legítimo de otro; un tercero que no ha sido parte en el juicio inicia por su parte la misma acción a los fines de que la misma persona sea declarada hija legítima de otra. Se llega así, dice Duguit, a dos juicios contradictorios, pues ambos respectivamente tendrían autoridad de cosa juzgada sólo contra las partes que han intervenido en cada juicio y, en consecuencia, la misma persona quedaría declarada legalmente hija legítima de dos padres. Muchos creen que esto es perfectamente lógico, sin embargo, quien llega a tales consecuencias, evidentemente contradictorias y absurdas, lo es en virtud de haber partido de la intangibilidad de la cosa juzgada. Duguit, con la distinción a que antes alude, cree resolver el caso precedente: si se afirma que el principio del cual se parte consagra una situación jurídica subjetiva, la resolución judicial tendría autoridad de cosa juzgada únicamente con respecto a las partes intervinientes en el juicio; pero en el ejemplo citado se ha querido aclarar una situación de carácter objetiva, como es la situación o la calidad de hijo legítimo; por tanto, la resolución

---

existé. Elle est donc, par définition même, momentanée, à la différence de la situation objective qui est permanente". - Leçons de droit public générale, págs. 64, 65, 66 y 67.

(130) Leçons de droit public général, págs. 67 y 68.

judicial adquiere autoridad de cosa juzgada que puede oponerse así contra las partes que intervinieron en el juicio contra todos aquellos que no fueron partes en él.

Duguit trae otro ejemplo, y es el que se refiere a la cuestión de la irretroactividad de las leyes: una ley nueva se aplica, sin que pueda decirse que ella tiene un efecto retroactivo, a todas las situaciones legales u objetivas que existían antes de su promulgación. Estas situaciones son creaciones directas de la ley, ellas deben, entonces, sufrir la suerte y las transformaciones de la ley y variar con ella misma. Por el contrario, una nueva ley no puede tocar una situación jurídica subjetiva anterior a su promulgación. El contenido de estas situaciones subjetivas está determinado por el acto individual, es naturalmente regido por la ley en vigor en el momento en que el acto se realizó. La ley nueva no puede, entonces, modificar una situación jurídica subjetiva anterior, porque ella no podría modificar un acto individual que ha tenido lugar en el momento en que esta ley no existía; por tanto, la ley nueva no sería verdaderamente retroactiva por cuanto el acto realizado ya no existe <sup>(131)</sup>.

Sin embargo, no creemos que esta distinción entre la situación subjetiva y la objetiva sea más feliz en la práctica que aquella que hace el tecnicismo clásico entre derecho público y privado. La clasificación propuesta por Duguit, como la consagrada por el derecho clásico, son distinciones puramente teóricas, sin un alcance y contenido definitivos. La situación corresponde a nuestro derecho privado y la objetiva a nuestro derecho público. Ambas clasificaciones tienen, desde el punto de vista técnico, el mismo fundamento, si bien la distinción de Duguit, desde el punto de vista filosófico, adquiere una significación propia. Además, la situación subjetiva no se diferencia fundamentalmente de la objetiva, porque ambas situaciones son im-

---

(131) Leçons de droit public général, págs. 66 y 70.

posiciones objetivas, determinadas por la regla de derecho: en primer término, el individuo no tiene derechos por el hecho de ser tal, sino simples situaciones subjetivas acordadas por la norma. Resulta, entonces, que la sola existencia de la voluntad, no crea el sujeto del derecho sino sólo cuando a esa voluntad, la regla le acuerda poderes. Bien entendido que la voluntad es una simple condición del sujeto y no su esencia. Puede existir la voluntad y no constituir por este solo hecho un sujeto de derecho, pero, también es cierto que el imperativo jurídico cuando funciona, funciona sólo con la voluntad, con la voluntad real y viviente del individuo. Por otro lado, la situación objetiva es, también, un poder que emana de la norma y *ejercitado por la voluntad*, pero su objeto principal no es modificar situaciones particulares, sino regir el interés de todos, velar por el orden público.

El derecho objetivo, así concebido, transforma la concepción clásica del sujeto de derecho. En esta última la individualidad se halla identificada al sujeto de derecho, el individuo por el solo hecho de ser tal nacía con poderes que la sociedad debía forzosamente reconocer y respetar. Para Duguit esta esencia subjetiva desaparece, la individualidad no es ni siquiera un término integrante del sujeto sino una simple condición que se agrega cada vez que la regla de derecho necesita funcionar: el sujeto de derecho no existe, sólo funcionan los imperativos jurídicos, el derecho objetivo que se dirige a la voluntad como el medio o condición necesarios para satisfacer los intereses colectivos, en una palabra, para asegurar el hecho de la solidaridad. He aquí una concepción histórica, que ha transformado, o mejor, que ha hecho caducar otra concepción no menos relativa y transitoria. A nadie escapa el predominio actual del elemento social sobre el individual, pero, también, es evidente que como término histórico es insuficiente para fundar el análisis filosófico del derecho.

Por diferentes caminos, el idealismo de Stammler, por ejemplo, se ha hecho cargo también del elemento social, pero llegan-

do a depurarlo de sus contingencias históricas para analizar únicamente su *forma*. No se trata, entonces, de si el interés social debe predominar al interés individual, sino que la consideración filosófica del derecho debe partir del análisis de la conciencia misma, de sus elementos necesarios y universales. La concepción jurídica de la solidaridad muy lejos de partir de ese análisis interno, ha ido a la realidad misma de las cosas, no para proyectarla con fidelidad y exactitud, sino precisamente para rehacerla, desfigurarla a través de una concepción puramente romántica. El individuo que para un positivista sería la primera impresión de la realidad, se resuelve en algo accesorio frente a la regla de derecho y frente a la solidaridad del grupo. Esta solidaridad, como ya hemos dicho, resulta imposible de fijar y precisar; por eso, partir de ella es fantasear y producir lo inverosímil. El predominio de lo social no puede llegar jamás a exterminar la individualidad, verdadero abstracto de lo colectivo. El individuo en función exclusiva de la comunidad es algo así que excede los límites de lo real, es una concepción mística de lo objetivo un seudopositivismo que ha mutilado lo sensible, lo real en aras de una bella utopía.

La obra de Duguit es, quizás, más que nada una extensa exposición de las nuevas bases en que se asienta el poder público; es, a la vez, una exposición crítica de la doctrina clásica de la autoridad, crítica ésta para nosotros de más enseñanza y ventajas que las que fluyen de su propia construcción sistemática del estado. No ha conseguido armonizar los términos clásicos, individuo y estado, puesto que niega los derechos de ambos, pero ha colaborado, no obstante, con su doctrina negativa a proyectar la profunda crisis del estado liberal burgués, cuyo sistema se creyera por mucho tiempo radical y definitivo y que hoy el hombre parece abandonar frente a nuevas perspectivas. La democracia, cuyos dogmas declaró la Revolución Francesa, con el tiempo vino a ser para pueblos jóvenes e inexpertos, un nefasto espejismo, una desconsoladora realidad. Sólo la fantasía y el romanticismo pudieron idear las líneas principales de

este sistema saturado de individualismo, que ha ocasionado precisamente los más grandes males al individuo. El poder de las mayorías pierde día a día la confianza y la fe que antes le tenían los hombres, desaparece su prestigio frente a una nueva conciencia que ha nacido abonada por la experiencia, por el desengaño y la miseria que supieron producir la soberanía del individuo y la soberanía del estado. La práctica de la democracia ha demostrado así con claridad meridiana que la demagogia no es un peligro circunstancial, no es la corrupción de la democracia, según la señalara Montesquieu, sino que desgraciadamente parece haber sido su única virtud, la práctica de la democracia misma <sup>(132)</sup>. Todo ideal es teóricamente cierto y prácticamente realizable; pero una quimera es tan inaplicable desde el punto de vista práctico, como absurdo desde el punto de vista teórico. El ideal es una orientación, una guía y no algo que podamos agotar plenamente en la realidad <sup>(133)</sup>. Desde este punto de vista, la democracia liberal no ha sido en verdad una quimera, sus dogmas han servido durante muchos años para interpretar la vida política y orientarla de acuerdo a su constitución ideal, que era el reflejo de las necesidades y aspiraciones

---

(132) “Buscábase en el estado constitucional un organismo que condensara las voluntades individuales de cada ciudadano en un sumando común, fiel reflejo de ella (el Derecho), y encontróse encumbrada la tiranía de unas cuantas personas particulares (representantes del Poder Legislativo), que se hicieron fuertes escudados en el absoluto poder soberano del pueblo, cuyo título de representación aprovecharon más para dar arraigo e impulsos a su querer, que efectividad a las orientaciones de aquél. Y, por otra parte, dada la posibilidad de llevar a rigurosa aplicación el utópico principio de la soberanía popular ¿cómo salvar la técnica con tanto exceso de democracia?”. - José Escobedo González Alberú. - Las nuevas orientaciones del derecho, pág. 13.

(133) “El ideal es una verdad teórica que sirve para compararse con la realidad, aunque nunca pueda imponerse a ella: la quimera es tan falsa en la teoría como inaplicable en la práctica”. - E. Caro. - El derecho y la fuerza, págs. 9 y 10.

reinantes; pero dicho ideal, en presencia de nuevas creencias, de nuevos sentimientos y necesidades, frente a la actual composición teleológica de la vida social, se ha transformado en una ilusión para sus creyentes y en una vieja mentira para sus detractores; la creencia en la igualdad absoluta de los hombres, nos resulta hoy una quimera desde el punto de vista social en que hoy acostumbramos a apreciar la libertad y la igualdad <sup>(134)</sup>. La vida moderna exige nuevos ideales que la orienten, pero exige también que ellos estén en consonancia con las exigencias presentes, y, particularmente, de acuerdo a las modalidades específicas del temperamento actual, menos dogmático y menos rígido.

Muchos creen que Duguit ha alcanzado a condensar la aspiración actual y el ideal de nuestra época en una nueva fórmula concordante así con los sentimientos y creencias predominantes. Sin embargo, creemos que su pensamiento constituye en esencia una teoría absurda, que involucra por definición el caos político, toda vez que anula la libertad y la autoridad. Duguit no cree que éstas sean categorías necesarias para llegar a la verdadera solución del eterno conflicto entre el estado y el individuo. Pero sus ideas políticas no constituyen teóricamente un ideal, que pueda actualizarse; únicamente volvemos a repetir, registran la inquietud de la hora presente que marca el comienzo de una larga crisis política; nadie, sin embargo, podría asegurarnos por el momento en qué ha de terminar esta crisis y cuál ha de ser la fórmula definitiva de un porvenir remoto.

---

(134) “No puede ya sostenerse la creencia en la completa igualdad y unidad de los hombres, que la democracia del pasado predicó con ardiente fanatismo; hay que aceptar las diferencias nacionales y sociales. Pero diferencia físico-psíquica no significa sumisión o superioridad social. Significa únicamente muchas veces una diferente aptitud para diversas tareas sociales”. - M. J. Bonn - La crisis de la democracia europea, pág. 174.

Como lo hiciera al tratar las cuestiones referentes al derecho privado, Duguit consigue delinear su sistema político a expensas de una fuerte embestida contra la concepción humanista del estado, nuevo sistema que para distinguirlo de otro muy conocido en la actualidad, no lo llama socialista sino *solidarista* <sup>(135)</sup>.

La negación de la soberanía o del poder público es consecuencia de su negación anterior de la personalidad en el derecho, concepto sobre el que está totalmente fundada la teoría del estado subjetivista. El estado, se dijo, constituye una personalidad soberana, o una voluntad omnímoda, proyección ampliada de la voluntad individual; más ¿qué es una voluntad? Duguit, basándose en el estado actual de los estudios psicológico, dice que la voluntad es sólo una energía “ideomotriz”. Esta palabra se emplea hoy en todas las lenguas para designar todo agente capaz, bajo la acción de cierta causa, de desarrollar cierta fuerza, la cual produce un desplazamiento de materia en el espacio o produce un movimiento. Mientras la energía no es provocada por alguna causa, no produce fuerza alguna y es, entonces, que se dice que está en potencia. Cuando interviene una causa exterior, la energía pasa al estado de acto, y el movimiento se realiza. Un automóvil, por ejemplo, dice Duguit, nos espera a la salida de la Universidad. Mientras está parado, el motor contiene en sí mismo un potencial de energía constituido por el magneto y la bencina del depósito si le quiere poner en movimiento el chauffeur lo consigue por medio de una manivela o de un botón: salta en seguida la chispa eléctrica, la bencina entra en explosión, el motor gira y el automóvil parte. La energía, pues, del estado potencial ha pasado en estado de acto en virtud de una causa determinante. Así, también, toda voluntad es una energía en estado potencial; pero en un momento dado, esta energía puede pasar

---

(135) Souveraineté et liberté, pág. 164.

al estado de acto; se dice, entonces, que existe un acto de voluntad. ¿Qué es necesario para que la energía de la voluntad se actualice? ¿Sería necesaria, como en el ejemplo antes citado, la intervención de una causa material extraña al agente de energía en estado potencial? No. Es necesaria una causa interna, inherente al objeto o a la voluntad; es necesaria la idea consciente que se forma el agente, que obtendrá seguro resultado si suscita su energía, si ejercita un acto de voluntad, es decir, si hace pasar su energía volitiva del estado potencial en que se encuentra al estado de acto, manifestándose en el exterior. En el ejemplo del automóvil, lo que pone en juego la energía es lo que William James denomina la imagen-resorte, la imagen-muelle, es decir, la idea que el chauffeur se forma de ir de un punto a otro, la idea, en una palabra, de esperar cierto resultado. He aquí cómo la voluntad es una energía ideomotriz, vale decir, una energía que permanece en potencia hasta el momento en que la idea de cierto fin que se espera determina al sujeto a pasar al acto, a verificar un acto de voluntad, a poner en movimiento su actividad. El acto voluntario, de este modo, está siempre determinado por un objeto: en todo acto voluntario, existe un fin que se aguarda, y, puede decirse, que no hay un solo acto de voluntad sin que la idea de esperar un fin haya impulsado al sujeto a querer el acto.

Aplicados estos antecedentes a la soberanía, se hace necesario determinar y definir los motivos por los que ella obra. Se advierte así que lo que caracteriza a esta voluntad llamada soberanía, es que no puede ser impulsada sino en virtud de motivos, o más exactamente, no puede ser impulsada más que en ciertas condiciones que le son propias, diferentes de las que determinan a las otras voluntades, lo que hace, entonces, que la soberanía sea una voluntad con caracteres tales que no se encuentren en ninguna otra voluntad. Este carácter propio de la voluntad soberana, dice Duguit, ha sido definido mejor que nadie por los juristas alemanes: la soberanía es una voluntad que tiene en sí el carácter propio y exclusivo de no ser impulsada más

que por sí misma. El único motivo que puede determinar a obrar a la voluntad soberana es un motivo que extrae de sí misma. Jamás una voluntad soberana puede ser impulsada a obrar porque otra voluntad quiera que obre en tal o cual sentido, El soberano no puede ser impulsado jamás a obrar porque existan hechos o actos extraños a su propia voluntad que le obliguen a ello. Tiene la gracia o el don de no ser impulsado a obrar en determinado sentido sino cuando él lo quiere y porque lo quiere. El es quien se ha creado a sí mismo los motivos determinantes de su acción; la soberanía es, pues, la voluntad que tiene la competencia de su competencia <sup>(136)</sup>. Las definiciones, por ejemplo, de Burgess y de Esmein, como todas aquellas que parten de la existencia de una voluntad soberana, expresan, según Duguit, la misma idea y el mismo concepto. El primero de los nombrados, dice: la soberanía *es un poder original, absoluto, ilimitado, universal sobre los súbditos individuales y sobre todas las asociaciones de súbditos*. Esmein define la soberanía, diciendo: *es la autoridad que naturalmente no reconoce ningún otro po-*

---

(136) Souveraineté et liberté, véase págs. 70 a 77. - "J'ai insisté à dessein sur cette analyse psychologique de la volonté, et vous allez voir que ce n'était pas inutile. Elle montre en effet que, comme je le disais plus haut, pour déterminer le caractère d'une volonté, il faut connaître et définir les motifs qui peuvent la déterminer à agir. Cela compris, on devine que ce qui caractérise cette volonté qu'on appelle la souveraineté, c'est qu'elle ne peut être déterminée que par certains motifs, ou plus exactement qu'elle ne peut être déterminée que dans de certaines conditions qui lui sont propres, qui sont tout à fait différentes pour les autres volontés, ce qui fait que la souveraineté est une volonté ayant des caractères qui ne se retrouvent dans aucune autre volonté sur la terre.

"Le caractère propre de la volonté souveraine est exprimé dans une formule que j'emprunte aux jurisconsultes allemands. Sans doute on ne la trouve ni dans les écrits du XVIII<sup>e</sup> siècle, ni dans les constitutions françaises de l'époque révolutionnaire, ni dans les oeuvres des juristes français qui les ont commentées; mais j'estime cependant que, mieux que toute autre, elle exprime la conception de la souveraineté en 1789. Cette formule la voici: la souveraineté est une volonté qui a ce caractère à elle propre et à elle seulement de ne jamais se déterminer que par elle

*der superior ni siquiera concurrente en cuanto a las relaciones que ella rige* <sup>(137)</sup>. El derecho subjetivo público viene a ser así, como en el derecho privado, una síntesis de poderes jurídicos, pero de poderes absolutos, omnímodos, doctrina que aunque parezca muy lógica está en pugna con la realidad positiva; constituye sólo una afirmación de carácter metafísico, ingeniosamente elaborada, pero extraña a la realidad concreta; doctrina que está hoy a punto de derrumbarse y desaparecer para siempre.

Ahora bien, ¿de dónde nacen los poderes del estado? Una ley votada por aquellos que representan una mayoría, por ejemplo, de 10.000 ciudadanos, debe ser ciegamente acatada por otro contingente de 5.000 ciudadanos. Esta ley votada, trasunta así el poder originario del estado, que, como puede verse, no es sino la fuerza del número. El derecho subjetivo nace, entonces, de este juego aritmético, con el agravante particular que donde

---

- même. La motif qui seul peut déterminer la volonté souveraine à agir est un motif qu'elle tire d'elle - même. Jamais une volonté veut qu'elle agisse en tel ou tel sens. Le souveraine ne peut jamais être déterminée à agir parce qu'il y aurait des faits ou des actes étrangers à sa propre volonté qui l'y obligeraient. Il a ce pouvoir de n'être jamais obligé à agir ou à agir dans tel sens que sil le veut et parce qu'il le veut. C'est lui et lui seul qui se cree á lui - même les motifs déterminants de son action. Tous les développements, toutes les définitions qu'on a donnés de la souveraineté se ramènent tous à cette formule. Elle est certainement la plus exacte, parce que la plus psychologique, puisqu'elle se rattache directement à l'analyse psychologique de la volonté.

“Ainsi, les auteurs allemands ont encoré dit de la souveraineté: elle est una volonté qui a la compétence, c'est - à - diré une volonté qui determine elle - même l'étendue de son action, ce qu'elle peut faire, ce qu'elle doit faire, ce qu'elle ne peut pas faire, ce qu'elle ne droit pas faire. Cela revient au même que de diré: la souveraineté est une volonté qui ne se détermine jamais que par elle - même. Puisqu'elle ne peut pas se voir imposer par une autre volonté une certaine action, elle a bien par là même le pouvior de déterminer elle - même l'étendue et l'objet de son action”.

(137) Véase la definición de Burgess en su obra: *Ciencia política y derecho constitucional comparado*, tomo I, pág. 71; la de Esmein, en *éléments de droit constitutionnel Français et comparé*, tomo I, página 1.

existe el voto universal y obligatorio, y en donde los partidos políticos pueden multiplicarse hasta el infinito, las mayorías constituyen una verdadera mistificación. Sin embargo, este hecho es insignificante si se le compara con el fenómeno demagógico, verdadera corrupción de la democracia, y que puede sintetizarse en las maniobras fraudulentas, falsas promesas y otras maquinaciones corrientes, a los que da margen la libertad e igualdad del sufragio para especular con las debilidades del instinto y del sentimiento<sup>(138)</sup>. Pero esto no puede fundar un derecho subjetivo, puesto que no es más que un hecho. El poder público es el hecho de la mayor fuerza, pues siempre habrá en las sociedades, dice Duguit, un individuo, una clase, una mayoría que de hecho, y en virtud de circunstancias infinitamente diversas, concentrará la fuerza colectiva<sup>(139)</sup>. Hoy, sin embargo, marchamos hacia una forma política en que la mayor fuerza pertenecerá no a una clase, más o menos privilegiada, sino a una verdadera mayoría compuesto de los representantes de todas las clases de la Nación y de todos los partidos, pero siempre ha sido y será el poder público un hecho y no un derecho<sup>(140)</sup>.

De que ciertos hombres puedan legítimamente imponerse a otros, no es ello en virtud de un poder superior actuando so-

---

(138) La transformación del estado, págs. 77 a 86.

(139) "M. Duguit niega en redondo la existencia del poder público como concepto jurídico. Claro está que reconoce la existencia de individuos que mandan por el hecho de que son más poderosos que los otros; pero el hecho de que exista una fuerza gobernante no necesita ser explicado con la creencia en la existencia de una sustancia soberana, como la personalidad de la Nación, o la del individuo o la del estado. Nadie tiene derecho a mandar porque sea superior a los demás. Manda porque ejerce más poder, o en cumplimiento de la misión que la ley le confía" - Ramiro de Maeztu - La crisis del humanismo, pág. 274.

(140) La transformación del estado, págs. 98 a 103. - Traité, tomo I, págs. 507 a 512. - Véase acerca de esta nueva concepción del estado un interesante trabajo de Adolfo Posada, "la nueva orientación del derecho político", estudio seguido al de la transformación del estado por Duguit, págs. 332 a 363.

bre otra voluntad, pues ya se ha visto que los poderes que una voluntad tiene para actuar sobre otra, lo es en virtud de una simple situación subjetiva acordada por la regla de derecho. Si la soberanía funda su existencia en un derecho subjetivo, éste será un poder originario, desde que se ha demostrado ya no existir ningún poder sobrenatural. Pero, también se ha dicho que no existiendo una voluntad sobrenatural no tiene sentido la afirmación de un poder soberano originario; y, si, a pesar de todo, se insiste en que la soberanía constituye una voluntad originaria, superior a la del individuo, se sigue que sólo el estado puede crear los poderes del individuo <sup>(141)</sup>.

Por otra parte, esta conclusión sobre el poder público originario y absoluto, exime al estado de toda responsabilidad, consecuencia absurda que se sigue al fundar el poder público en algo distinto de la realidad y de los hechos. El poder del estado no es así un hecho real, sino una noción metafísica y, por tanto, como el problema del libre albedrío, una cuestión insoluble. Rousseau, Kant y Hegel, decididos partidarios del estado individualista, han debido recurrir, para resolver ciertos problemas que planteara la soberanía, a verdaderos sofismas, como aquél que trata de esclarecer y justificar la absorción del individuo por el estado: para poder mantener incólume la autonomía in-

---

(141) “Si la souveraineté existe comme droit subjectif, elle est un droit originaire, non concède par une puissance supérieure, puisqu’il n’y a pas de puissance supérieure à la souveraineté. De même qu’on ne peut démontrer que l’autonomie de l’individu soit un droit, de même, on ne peut davantage démontrer que la souveraineté de l’Etat soit un droit. Le droit ne peut s’expliquer que par l’intervention d’une volonté supérieure. Si la souveraineté est une volonté supérieure à l’individu, elle peut lui conférer un droit; mais il faut une volonté supérieure à la souveraineté pour que celle-ci soit un droit; or, par définition même, il n’y a pas sur la terre de volonté supérieure à la souveraineté. Celle-ci ne peut donc être un droit par la décision d’une volonté supraterrestre. C’est revenir aux conceptions théocratiques tout à fait étrangères à toute recherche scientifique. Voilà pourquoi se sont élevées d’innombrables controverses depuis des siècles sur le problème insoluble parce qu’il ne se pose pas en science positive”. - *Traité*, tomo 1, págs. 403 y 404.

dividual, que de hecho se encuentra absorbida por el poder absoluto del estado, dichos filósofos han desenvuelto de diferentes maneras un mismo sofisma, aquél que dice que el individuo no encuentra la plenitud de su ser más que en el estado <sup>(142)</sup>. El sistema imperialista necesitó más que nadie de este concepto de la personalidad del estado, de su soberanía de este sujeto soberano del derecho. Sin embargo, necesito, también, limitar su poder incurriéndose en cierto dualismo contradictorio, que en la actualidad constituye la causa principal de su descrédito y de su transformación. Si los gobernantes son los que detentan la mayor fuerza, ¿pueden, acaso, existir leyes superiores que los limiten, o que les impongan obligaciones negativas o positivas? Si su acción está limitada por estas obligaciones ¿por qué detentan aún la fuerza mayor de la comunidad? La conciencia moderna protesta enérgicamente, dice Duguit, contra este poder o fuerza invencible del estado, cuando todo está diciendo que, como el individuo, él tiene, también, obligaciones que cumplir y deberes que observar.

Por otra parte: el derecho, el imperativo jurídico es sólo una creación social de naturaleza psicológica, producto de un juego de deseos y de fines materiales, intelectuales y morales. No puede afirmarse, entonces, un derecho superior que se asiente sobre una personalidad o sobre una conciencia social distinta de las conciencias individuales. El poder público es sólo un hecho, una simple correspondencia entre poderes y obligaciones, entre facultades y ciertos servicios a los cuales está obligado a atender <sup>(143)</sup>. Los servicios públicos, he aquí una expresión moderna que viene marcando la transformación aludida del estado: el poder, la fuerza del estado no tiene otro fundamento que la regla de derecho, la que impone a los que detentan la mayor fuerza a prestar una serie de servicios a la comunidad. Ya no es, entonces, un problema a resolver el de la relación que puede

---

(142) *Traité*, tomo I, pág. 480.

(143) *Les transformations de droit public*, págs. 44 a 46.

existir entre el poder del estado y el del individuo, pues, tanto el primero como el segundo están sometidos a la regla de derecho, expresión de la solidaridad del grupo y último fundamento de todo poder jurídico. Desaparece en consecuencia, como en el derecho privado, el derecho subjetivo, y, como aquél, queda transformado en una función, la de la gestión de los servicios públicos <sup>(144)</sup>.

El estado no es, como se ha dicho, un poder que manda, una soberanía, sino una cooperación de servicios públicos, organizada y controlada por los gobernantes. Importa, pues, precisar la noción de servicio público, porque se habrá dado así la verdadera noción del estado moderno.

Los gobernantes, como los individuos, están sometidos, también, a la interdependencia del grupo; por tanto, están obligados, también, a mantenerla y asegurarla: la solidaridad obliga a los gobernantes a no hacer aquello que atente contra ella, bajo sus dos formas conocidas. No podría así hacer nada en favor de una clase o de un solo individuo, tal que pudiera trabar en alguna manera la libre satisfacción de los deseos comunes de todos los hombres; no podrían contrariar el desenvolvimiento natural de la división del trabajo disponiendo aquello que trabe o dificulte el libre desenvolvimiento de las actividades huma-

---

(144) “On comprende bien maintenant le sens et la portée de la transformation profonde qui s’accomplit dans le droit public. Il n’est plus un ensemble de règles s’appliquant à une personne souveraine, c’est - à - diré investie du droit subjectif de commander, déterminant les rapports de cette personne avec les individus et les collectivités se trouvant sur un territoire donné, rapports entre personnes inégales, entre un souverain et ses sujets. Le droit public moderne devient un ensemble des règles déterminant l’organisation des services publics et assurant leur fonctionnement régulier et ininterrompu. De rapport de souverain à sujets, il n’en apparait plus. De droit subjectif de souveraineté, de puissance, pas davantage. Mais une règle fondamentale de laquelle dérivent toutes les autres, la règle qui impose aux gouvernants l’obligation d’organiser les services publics, d’en contrôler le fonctionnement, d’en éviter toute interruption.

nas. Como los particulares, los gobernantes tienen también deberes objetivos o positivos que reposan sobre los mismos principios, están obligados así a emplear sus aptitudes propias para la realización de la solidaridad social, contando para ello con el monopolio de la fuerza. Se concluye, entonces, que la noción de servicio público, es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y desenvolvimiento de la solidaridad del grupo, cumplimiento que, por otra parte, sólo puede asegurarse con la intervención de la fuerza.

Esta noción de servicio público resultaría extremadamente vaga si no permitiera indicar cuáles son dichos servicios. Ella está fundada en la obligación de mantener y asegurar la interdependencia social, implicando así dos elementos: primero, la actividad necesaria para realizarla y segundo, el monopolio de la fuerza como único medio para asegurarla. Los gobernantes intervendrán, entonces, para reglamentar, para organizar, para controlar y para reprimir todos los actos contrarios a su realización, al mismo tiempo que para sancionar todos aquellos actos conformes a su fin. Simultáneamente el monopolio de la fuerza estaría limitado por aquella actividad, no teniendo valor alguno todo acto del gobernante que no se inspire en el concepto de servicio público. El servicio público, por tanto, es el fundamento y el límite del poder del estado.

---

“Le fondement du droit public, ce n'est plus le droit subjectif de commandement, c'est la règle d'organisation et de gestion des services publics. Le droit public est le droit des services publics. De même que le droit privé cesse d'être fondé sur le droit subjectif de l'individu, sur l'autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d'une fonction sociale s'imposant à chaque individu, de même le droit public n'est plus fondé sur le droit subjectif de l'Etat, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d'une fonction sociales des gouvernants, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics”. - Les transformations de droit public, págs. 52 y 53.

Como se advierte, no se habla para nada de personalidad colectiva, de poder público, de soberanía, sino solamente de individuos en posesión de una fuerza, en un medio social dado, en una colectividad humana, fijada sobre un determinado territorio; sólo se habla de funciones que es necesario ejercer y cuyo cumplimiento está asegurado por los gobernantes porque son los únicos que pueden hacerlo, porque son ellos solamente los que tienen el monopolio de la fuerza; si allí existe una fuerza o un poder público, lo es simplemente porque allí existe un deber, una función y no un derecho <sup>(145)</sup>.

Esta palabra función, tiende a despejar dudas y cuestiones sin fin, como la de si el estado debe tener una intervención mínima o casi nula en las relaciones económicas, intelectuales o morales de un país, conforme a la célebre máxima *laissez faire, laissez passer*, o de si el estado tiene en dichas relaciones una intervención amplia conforme a los fines culturales que entraña su existencia. La función del estado, sin embargo, se concreta sólo a la realización de los servicios públicos, función

---

(145) "Cette notion de service public est bien vague, dira-t-on, et elle ne permet point d'indiquer quels sont les services publics. Je ne méconnais point que toutes les difficultés sont loin d'être écartées. Mais néanmoins j'estime que l'idée que j'exprime est fondamentale. Elle est tout entière dans la notion d'une obligation s'imposant aux gouvernants parce qu'ils son gouvernants. Cette idée, si l'on admet le point départ, l'interdépendance sociales, ne saurait être contestée. Et si elle est admise, on est conduit nécessairement à cette conception du service public, c'est-à-dire à la conception d'une certaine activité telle que les gouvernants sont obligés d'intervenir, avec le monopole de la force qu'ils détiennent, pour en assurer l'accomplissement. Ils interviendront pour la régler, pour l'organiser, pour la contrôler, pour réprimer tous les actes contraires à sa réalisation, pour sanctionner tous les actes conformes à son but. En même temps, les pouvoirs des gouvernants son limités à cette activité de service public, et tout acte des gouvernantes ets sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public. Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'Etat se trouve achevée.

"De personnalité collective, je n'en ai trouvé nulle part; de puissance publique, de souveraineté, je n'en ai pas trouvé davantage; mais

que se agrande y se intensifica a medida que la civilización y el progreso de los pueblos aumentan <sup>(146)</sup>. La noción de servicio público entraña de por sí la responsabilidad directa de los gobernantes, así también la de sus agentes, responsabilidad que emerge de sus propios actos de acuerdo a las limitaciones y el concepto de servicio público que marca cada agrupación social. Los primeros y más importantes servicios en aparecer son los de guerra, de policía, de justicia, porque las primeras funciones a las que están obligados a cumplir los gobernantes, son asegurar la integridad del grupo contra el enemigo exterior, y asegurar la paz y tranquilidad exterior; en virtud de estos tres servicios señalados, se aseguran todas las demás funciones que determinan los intereses y necesidades generales del grupo <sup>(147)</sup>.

El sistema político de Duguit es así por la simplicidad maravillosa de su lógica un sistema que conquista con facilidad opiniones, aún de las más opuestas, tanto más cuando se perciben las consoladoras conclusiones prácticas dentro del campo de la responsabilidad política, problema éste, por demás escabroso al pensamiento político contemporáneo <sup>(148)</sup>. Sin embargo, como ya lo insinuamos con anterioridad, esta superación en coordinaciones y deducciones, si bien presentan un vigoroso armazón intelectual, en la práctica resulta ser un espejismo encantador, que muy luego de analizar las cosas y los

---

seulement des individus en possession d'une force dans un milieu social donné, dans une collectivité humaine fixée sur un certain territoire; des fonction à exercer et dont l'accomplissement s'impose à eux parce que seuls ils peuvent, par leur plus grande force, assurer cet accomplissement. Ainsi, s'il y a une puissance publique, elle est un devoir, une fonction et non point un droit". - *Traité*, tomo II, págs. 56 y 57.

(146) *Traité*, tomo II, págs. 132 y 133.

(147) *Souveraineté et liberté*, págs. 165 a 169.

(148) Sobre el particular puede consultarse un breve e interesante trabajo de Duguit titulado: *La question de la coexistence de la responsabilité de l'état et de la responsabilité personnelles des fonctionnaires*.

hechos, nos produce un gran desencanto. Se advierte, en cambio, en su noción del poder público como un hecho, en la de servicio público como fundamento y límite del mismo, en su aversión al arbitrario, en sus consideraciones acerca de la sujeción absoluta a la regla de derecho y en su negación rotunda a todo dogmatismo jurídico, se advierte, decimos, la proyección de la actual y profunda crisis de la democracia, ya como valor teórico o ya como solución práctica de gobierno, sistema que sólo ha podido vivir tanto tiempo merced a la teoría de los derechos subjetivos que en remotísimos tiempos crearon los juristas romanos, reforzándola con la doble armadura del *imperium* y del *dominium* <sup>(149)</sup>. Aún antes de la gran guerra europea comenzóse a sentir la crisis del parlamentarismo que Duguit ha reflejado desde la publicación de su primera obra en el año 1901, y que ha ahondado cada vez más en sus publicaciones posteriores: no ha cejado un instante en su ataque contra el jacobismo jurídico, demostrándonos con los hechos su candidez de concepción y su ineficacia práctica. A través de esta crisis demostrada. Duguit ha esbozado las primeras líneas de un gran sistema, una nueva visión del estado y un nuevo sentido del poder público, líneas que parecen haberse agrandado y perfilado mejor, después que aquella crisis señalada ha tenido una suprema ratificación por parte de la humanidad durante los años de guerra y de exterminio. ¿Qué fue la guerra sino la resultante de un exceso de individualismo e imperialismo? ¿Qué fue, sino la conclusión de una lucha anterior entre un individuo soberano, llamado estado contra otro embargado también de individualismo y nacionalismo excluyentes con menoscabo casi absoluto del derecho de gentes que ellos mismos crearon en tren de conciliación? ¿Qué fue esta guerra sino el remate de las soberanías absolutas, del

---

(149) Véase Ramiro de Maeztu; obra citada, págs. 273 y 274.

antropocentrismo político que los filósofos del siglo XVIII elevaron a la dignidad de los altares? <sup>(150)</sup>.

No obstante la revisión y crítica del individualismo que la guerra ha impuesto, confirmando así las ideas de solidaridad, de humanidad y de justicia social, parece, también, contradecir las conclusiones dogmáticas y absolutas de estos principios. La solidaridad, noción profundamente relativa, hecho sometido más que ninguno a la ley del cambio, noción elástica que en cuanto se trata de fijarla se la encuentra fundida en el ritmo histórico de apreciaciones y conjeturas, variando su contenido en cada instante y en cada pueblo, noción que implica la tiranía del todo sobre la parte, no puede dar base a ningún sistema político, porque la política condensa, también, ante todo y por todo, la noción de individuo, persona y personalidad, no en el sentido histórico y dogmático del individuo jacobino, sino en su sentido más profundo y filosófico, sentido que ha tenido desde que la filosofía es filosofía. Esta noción filosófica de la persona, la guerra no ha podido destruir por sí misma, porque negada, hemos dicho, se destruiría, también, el sentido filosófico que la libertad y la autoridad deben tener como categorías de toda política.

Es así cómo desde el punto de vista práctico, la doctrina de Duguit abre las puertas a la arbitrariedad o al despotismo, como, también, a la disolución o a la anarquía. El absolutismo de la regla de derecho, puede en la práctica ser un pretexto

---

(150) “Estas manifestaciones del estado, especialmente aquellas en que éste se ofrece organizado como un régimen de fuerza, protector de intereses, o con tendencias agresivas y dominadoras, provocan fatalmente las reacciones históricas que suscitan las crisis de los estados, y, en general, del poder político. Todo estado parcial y dominador, agresivo, lleva en sí mismo el germen de su ruina, sobre todo si no cuida de reflejar en su estructura la potencialidad respectiva de las fuerzas que se producen como consecuencia de las espontáneas transformaciones de su sociedad o de las sociedades”. A Posada. Teoría social y jurídica del estado, págs. 370 y 371.

formidable para extender y multiplicar los servicios públicos en bien de una clase, de una minoría o de un individuo, exceso que el optimismo de Duguit ha creído salvar. La regla de derecho no asegura un límite para el legislador y los gobernantes; quien o quienes deben interpretar el contenido de la regla de derecho, pueden ser también los que se extralimiten impunemente en sus funciones ya que detentan la mayor fuerza de la comunidad. ¿Hasta qué límite se obra conforme a la regla de derecho y desde dónde comienza el reinado de la fuerza? ¿Quiénes, decimos, son los encargados de fijar tales limitaciones? Según Duguit, es la reacción misma de la masa quien legitima el empleo de la fuerza. He aquí nuevamente el punto de la partida: ¿quién asegura que los encargados de la fuerza, no cambien, modifiquen o desnaturalicen el verdadero sentido de la reacción social? ¿Quiénes podrán impedir que así lo hagan si ellos detentan la fuerza? ¿Será capaz la sola conciencia que todo individuo tiene de la solidaridad contrarrestar las fuerzas de un tirano o de una clase gobernante? Por otra parte, si el pueblo o la masa llega a disolver las fuerzas organizadas del estado por los medios comunes que se conocen ¿cómo ha de regirse ese pueblo si cada cual tiene con respecto a la solidaridad una manera diferente de apreciarla y sentirla? La solidaridad, como hemos dicho, es un principio vago y elástico cuya interpretación se hace de acuerdo al temperamento de los individuos, a sus conveniencias e intereses, ¿cómo es posible, en un momento dado, que la masa produzca invariablemente una reacción uniforme y constante? Y si en esta sola reacción debe fundarse un gobierno, ¿no es acaso inminente la anarquía y disolución cuando la reacción de la masa sea discontinua?

Con todos estos interrogantes, no tenemos indudablemente la pretensión de destruir una doctrina sino el de despertar la inquietud necesaria para poder intentar un estudio crítico más serio del pensamiento político de Duguit. Sólo ha de servirnos para que otros mejor informados y con más ex-

perencia que nosotros puedan esclarecernos mejor las dificultades que nuestras escasas fuerzas vacilen en resolver. No creemos que el pensamiento íntimo de Duguit esté congraciado con la anarquía o con el despotismo político, casualmente sus mayores esfuerzos han sido encaminados hacia una fórmula de orden, sólo que la realidad de los hechos han defraudado sus legítimas esperanzas: su pensamiento necesitó, también, para fundar el orden social, del estado y del poder público, pero, no bien abocado a la realidad, los hechos han negado la autoridad, como han negado la libertad, la igualdad y la justicia.

4) EL NORMATIVÍSIMO JURÍDICO DE HANS KELSEN. PRELIMINAR. En la hora actual la incertidumbre y la angustia constriñen la conciencia, restándole cohesión y unidad en sus manifestaciones colectivas; el orden jurídico, expresión jerárquica de la vida de convivencia, pierde así sobre los hombres la fuerza espiritual de su autarquía. Los puntos de referencia del humanismo renacentista no dirigen ya la conciencia jurídica y ésta tampoco ha podido salvarse refugiándose en los principios inmutables del orden, porque éstos sólo rigen mediante la conducta acondicionados en los sistemas concretos de Derecho.

De esta manera a la crisis del estado liberal democrático, crisis histórica, ha seguido la crisis de la libertad misma en su doble sentido psicológico-metafísico, base perenne en la que se cimienta todo poder o potestad para organizarla y no para destruirla, porque la libertad es en función de la autoridad y ésta en función de aquélla. Dichos principios, vienen, pues, siendo arrasados conjuntamente con la crisis de una determinada concepción de la política. Por ello los dogmas jurídicos que se estructuran en lontananza, no encuentran terreno propicio: el hombre frente a un futuro incierto teme comprometer su pen-

samiento. De ahí que sólo los sistemas antidogmáticos e insustanciales son los únicos que se avienen con el estado actual de debilidad e inseguridad del espíritu; acomodaticios a las circunstancias, no orientan ni marcan rumbos comprometedores, pero, sin embargo, a modo de un círculo vicioso, se injertan, en la propia crisis para agudizarla y extenderla (\*).

Vamos, pues, a referirnos a uno de estos sistemas de Derecho cuya carencia de sustancia y exagerado formalismo corre parejo con la crisis que señalamos: formalismo geométrico en el que todo contenido o toda idea de valor resultan vanos o indiferentes. Tal el normativismo jurídico de Hans Kelsen.

Con maestría, que desde luego no vamos a poner en duda, hace revivir en el presente, con algunos matices personales, el formalismo logicista de Kant. Y con aquella misma rigidez especulativa con que concebimos los objetos matemáticos, y con aquella, a la vez, absoluta indiferencia con que la conciencia teleológica ve los objetos de la cantidad, así también no podemos ocultar esta primera impresión que nos ha dejado la teoría pura del Derecho de Kelsen, impresión que marcará el tono predominante de nuestras observaciones críticas. Los problemas de la cultura humana, el Derecho específicamente, no se resuelven por el método descriptivo como el usado por las ciencias físico-matemáticas, sino por un proceso de justificación o valoración de la conciencia. Tenemos así la seguridad que las aberraciones teóricas de este sistema, que a continuación trataremos de probar, se asientan sobre aquel método, como si el intento del filósofo y jurista fuera el de construir una física de la conducta social.

---

(\*) Sobre la evolución seguida por el Estado liberal y su transformación en el Estado totalitario, el Dr. *Jorge R. Tagle* ha publicado una breve pero no menos interesante síntesis, que nos complace destacar dentro de publicaciones similares. Véase al respecto: *"El Derecho y el Estado"*, Revista "Jus", junio de 1945, pág. 507. Córdoba.

Además del método de escuela probaremos, también, que otras contradicciones derivan del modo típico de inferir que acostumbra Kelsen, en el que sólo procura corrección para el enlace formal de premisas y conclusiones -juego de subsunción lógica- pero arbitrario en el enlace de términos y conceptos. Por ello, no nos ha de interesar el modo de ligar o inferir juicios, sino la legitimidad de los juicios en sí mismos, en los que hay conceptos que en manera alguna pueden relacionarse. Y como resulta fundamental para nosotros este punto de vista crítico frente a Kelsen, recordaré con un ejemplo sencillo qué debemos entender por materia y forma de las inferencias deductivas: si digo, “los metaloides son positivos”, puedo inferir legítimamente que “el azufre es positivo”, por cuanto éste es un metaloide. Formalmente la inferencia es verdadera de acuerdo a las reglas lógicas del pensar, pues, desde este punto de vista, no nos interesa la verdad o falsedad de los conceptos objetivos sino la identidad de las premisas. Atendiendo, sin embargo, al contenido representativo de los conceptos, la conclusión, “el azufre es positivo” es falsa porque los conceptos que se relacionan en la premisa mayor no convienen entre sí.

### LA TEORÍA PURA DEL DERECHO (\*)

Pero antes de nuestra prueba, necesitamos articular una breve síntesis sobre el formalismo jurídico de Kelsen.

Como neokantiano, pertenece a la escuela logicista de Viena; sus raíces remotas se encuentran en la filosofía de Kant; las próximas, en los filósofos neokantianos de la Escuela de Marburgo.

---

(\*) Ligado en nuestro medio a la “teoría pura del derecho” de Kelsen, se encuentra el profesor *Carlos Cossio* con una de sus últimas publicaciones, titulada “*la teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*”. Como la consideración del Derecho, en nuestro libro, es sólo

Admite así con Kant, la distinción entre conocimientos “a priori” y conocimientos “a posteriori”. Tanto los primeros como los segundos tienen su origen en la experiencia, no así su validez. Los juicios a priori tienen el fundamento de su validez en sí mismos; la validez de los juicios a posteriori depende exclusivamente del sujeto psíquico que los enuncia.

---

un ensayo *metafísico*, no hemos comentado en el texto y en especial esta obra del profesor Cossio por estimarla más bien perteneciente a una noética del derecho y, como tal, será preferentemente analizada cuando en fecha próxima, y como la segunda parte de nuestro trabajo, articulemos el ensayo teórico del Derecho.

Sin embargo, merece aquí mención especial esta obra, ya que ella nos aludió en extensa nota de la página 186, precisamente a raíz de nuestro opúsculo “aberraciones teóricas del normativismo jurídico de Hans Kelsen”, que publicamos en 1943, y que en este libro transcribimos íntegramente. Por otra parte, el profesor Cossio amplió sus observaciones en contra de nuestro opúsculo, en su réplica aparecida en “La Ley” con fecha 27 de diciembre de 1944 con ocasión de una nota bibliográfica que con anterioridad publicamos en el mismo diario, con fecha diciembre 19 del mismo año.

No tenemos reparo por cierto en enmendar algunas de las “desinterpretaciones” que en dicho comentario periodístico formulamos en contra de la “teoría egológica”, pero, a la vez, subrayamos que dichas rectificaciones, meramente accidentales, en nada hacen variar los puntos sustanciales que en aquella oportunidad señalamos, y que ahora reproducimos en la presente nota.

“La teoría egológica”, por otra parte, y con posterioridad a nuestra crítica, ha sido objeto por parte de eminentes filósofos y juristas de críticas valiosas, en su mayor parte lapidarias y definitivas. Basta citar al efecto la publicación del Dr. *Werner Goldschmidt*: “comentarios acerca de la sistemática cossiana de la filosofía jurídica”. Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1946, crítica en gran parte coincidente con la nuestra a que aludíamos anteriormente y que nos complace destacar, dada la personalidad científica indiscutible de Werner Goldschmidt. Véase también a *Eduardo García Maynez*; *una discusión sobre el concepto jurídico de libertad*. (Respuesta a Carlos Cossio). Imprenta Universitaria México, 1942. - Igualmente son certeras las observaciones que a la teoría egológica formula nuestro distinguido colega, profesor *Pablo Mariconde* en un estudio titulado “*Jus est Ego*”. Revista de Psiquiatría y Criminología. Buenos Aires. Enero - Abril de 1946. Pág. 5.

En Kant, el problema gnoseológico formula así una cuestión puramente de relación entre los términos del juicio: ¿por qué la síntesis a priori o conocimiento científico, tiene validez necesaria, objetiva y universal? Esta validez no puede estar fundada en la experiencia sino en el propio logos o discurso, es decir, en el entendimiento. Por medio de éste y de sus conceptos puros, la realidad exterior múltiple y variable adquiere unidad: tal el causalismo que rige los objetos de la física.

Los principios científicos son, por tanto, realidades lógicas, por su medio el espíritu unifica la multiplicidad de los fenómenos.

Este objetivismo lógico de Kant se opone al objetivismo ontológico de Aristóteles. La filosofía crítica reduce el ser al conocer; la gnoseología constituye, desde Kant, el problema máximo de la filosofía y es su punto de partida.

---

Recordemos ahora los reparos que, de nuestra parte, y en la publicación periodística aludida, concretamos contra el libro del profesor Cossio:

En primer término, y refiriéndonos a su técnica expositiva, sospechamos que muy pocos podrán compenetrarse de las ideas ejes que articulan el sistema de la teoría egológica del derecho. Observamos, así, como en los árboles muy coposos una gran dificultad para discriminar las ramas principales que constituyen el esquema del pensamiento. Puede que el lector con paciencia consiga entreverlas, después de ardua tarea, pero esta dificultad restará eficiencia a las conclusiones, pues todo sistema de ideas debe tener la *claridad* del círculo en cuanto a la representación de su redondez y la evidencia matemática de la igualdad de sus radios. La exposición sobre un sistema de pensamiento debe darse por sí mismo, pues todo sistema es un verdadero círculo, y no mediante un esfuerzo estéril que en el mejor de los casos nos muestra algo que quiere ser redondo como el círculo, pero cuyos radios no resultan iguales.

El libro es, de este modo, oscuro, y esta oscuridad depende principalmente, a nuestro entender, de que el autor no ha logrado esbozar un sistema. La oscuridad, más que de la exposición y de sus expresiones literarias algo exuberantes, deriva del hecho de una *asimetría* absoluta, pues, el profesor Cossio ha pretendido vincular posiciones antagónicas y amalgamar intenciones profundamente opuestas. Un *ontologismo* jurídico repugna a un formalismo jurídico y ambos a una *axiología del derecho*. Y son cosas tan evidentemente opuestas entre sí, que tratar de

Las premisas del kantismo se conservaron intactas en todas las escuelas neokantianas, pero adquirieron su mayor pulimento con el rigorismo logicista de los filósofos de Marburgo: Natorp afirma así que partir de las intuiciones del mundo sensible, como lo hace Kant en la estética trascendental, no implica aceptar algo dado o extraño al pensamiento, sino que esto dado es exigido por el pensar y lo exigido por el pensar no puede sino algo determinado por él mismo. El logicismo adquiere de este modo contornos extremos; las intuiciones son la materia del conocimiento por determinación del conocimiento mismo <sup>(151)</sup>.

---

(151) P. Natorp: *E. Kant y la escuela filosófica de Marburgo*. Pág. 31.

---

vincularlas, como quiere Cossi, es realizar el milagro del círculo *cuadrado*. El profesor Cossio es ante todo y por todo, kantiano, pero quién sabe por qué razón no desea aparecer como tal, y, entonces la tarea resulta difícil, pues, la palabra “ontología” no debe usarla en su área “logicista”, como es también una impropiedad el empleo del término “axiología” en su campo originariamente “formalista”. De ahí, pues, la dificultad para entender al profesor Cossio: su pretendido sistema es un *eclecticismo* con terminología extraña a su pensamiento, un círculo formado con retazos de grandes y dispares sistemas, por lo que la obra del profesor Cossio se asemeja a un círculo de juguete que se nos desarma a cada instante, porque ni la ontología, ni la lógica formal pura, ni la axiología, engranan entre sí ni tienen continuidad en el pensamiento

La teoría egológica del derecho no es nada nuevo que nos pueda presentar el autor; no es tampoco, ni mucho menos una superación del kelsianialismo; es mejor Kelsen mal interpretado o bien disminuido en su armadura radical a expensas de una comunión de adversarios irreductibles

En las páginas 186 y siguientes de su libro, empieza diciéndonos que nuestra oposición a Kelsen y su escuela está dirigida desde nuestra posición escolástica. Es verdadera esta afirmación, como es también verdadera que las impugnaciones de Cossio al jusnaturalismo las hace desde su punto de vista kantiano. Pero, precisamente, nuestra oposición a Cossio no la formulamos como escolástico sino como discípulos de la lógica, sumisos a sus cánones universales que no están ceñidos a escuela o doctrina alguna.

Nuestras principales observaciones a la “teoría pura del derecho”, parten, así, de la lógica formal, órgano por antonomasia del *pensar correcto*, que todos hemos estudiado, tanto los escolásticos como los

Por esta reducción de todo lo real y existente a lo “lógico”, se denominan estos filósofos con el término de logicistas.

Rodolfo Stammler y Hans Kelsen, eminentes juristas de Marburgo y de Viena respectivamente, someten la investigación del Derecho al método crítico, y, no obstante, ser ambos logicistas, en cuanto parten de una realidad puramente lógica,

---

kelsenianos, y cuyas reglas debemos observar como observamos rígidamente las reglas del idioma español, si es que queremos que se nos entienda en español; así también debemos observar aquéllas si es que pretendemos que los demás entiendan que *pensamos correctamente*, no obstante las diferentes posiciones ideológicas en que nos encontramos. Con esta lógica, de acuerdo a cuyos preceptos todos pensamos, incluso nuestro profesor y colega, hemos dirigido nuestras críticas a Kelsen y no como escolásticos, en cuyas filas horrorísimamente militamos. Precisamente, lo que la lógica nos dicta contra Kelsen, Cossio en su libro parece no recordar, quedando también nosotros “desinterpretados” por sus grandes silencios y olvidos.

En efecto: jamás hemos afirmado, como pretende el profesor Cossio “que la verdad o falsedad de una teoría se decida por su cotejo con un libro, por logrado que éste sea, sino por su verificación o no verificación en el objeto cuyo conocimiento aquélla pretende ser”. En cambio, hemos afirmado rotundamente que la principal aberración de la “teoría pura del derecho” *es la misma que se contiene* en la crítica de la razón pura de Kant. Desde este punto de vista, la aberración teórica del juicio sintético a priori”, o sea la aberración que entraña un juicio meramente *atributivo* para fundar el conocimiento científico, es el mismo absurdo que señalamos en Kelsen cuando éste define el derecho por un juicio *atributivo* y no *determinativo*.

Bien sabemos por la lógica propedéutica la distinción existente entre el juicio determinativo y el atributivo, por ejemplo, el de “la nieve es blanca”, que sólo atribuye una cualidad habitual de la nieve, sin ser la “blancura” su esencia. De la misma manera, dijimos: si el derecho es *normatividad* ahora y siempre, empero éste su rasgo habitual no puede darnos su esencia, sino solamente el modo habitual de su *acontecer*. En consecuencia, afirmamos que Kelsen y Cossio no revelan cual sea la objetividad científica del derecho, porque todo objeto científico del conocimiento debe responder a la pregunta “*qué es este objeto*” y no solamente “*cómo se muestra este objeto*” de conocimiento.

Esta observación fundamental no ha sido aclarada por el profesor Cossio y despectivamente la considera como un “atolladero” lógico. Quizás el problema que presentamos en el juicio “la nieve es blanca” y su

difieren sin embargo, en las conclusiones, o sea en el modo de concebir el a priori del Derecho.

La actitud crítica de Kelsen se condensa principalmente en el principio de “objetividad” del conocimiento científico, objetivismo que puede ser interpretado “trascendentalmente”, o sea: que todo juicio científico, como lo afirma Kant, tiene en sí mismo el fundamento de su validez independientemente del sujeto psíquico y del plano de los objetos reales <sup>(152)</sup>; él sólo consiste en una relación necesaria entre los dos términos del juicio, el sujeto y el predicado. De ahí el problema acerca de la validez a priori con que se nos presenta el conocimiento científico.

Por otra parte, siendo el entendimiento en sí el que juzga o relaciona los conceptos, el fundamento de aquella validez tiene necesariamente su asiento en el entendimiento.

---

(152) “La objetivación sigue siendo desobjetivación (entsubjectivierung) liberación de lo subjetivo La subjetivación deviene un problema posterior, no antecedente al de la objetivación; el problema de la psicología”. P. - Natorp: obra citada, pág. 41.

---

análogo “el derecho es norma”, no nos pueda resolver en serio el profesor Cossio, a menos de desproblematizar la cuestión a través de finas ironías a que ya nos tiene acostumbrados.

Fundados en este antecedente, dijimos que es una aberración trasplantar los principios de la analítica de Kant a la dialéctica: la verdad o falsedad de “la teoría pura del derecho” de Kelsen no estriba así en la fidelidad o no fidelidad a un libro, como pretende hacernos decir Cossio, sino que Kelsen queriendo articular su teoría del derecho dentro del formalismo lógico de Kant y de los de Marburgo, empezó primero por incurrir en las mismas aberraciones de Kant, agregándose otras de mayor envergadura: a la aberración del “juicio sintético a priori” y a las contradicciones y sofismas kantianos de la “dialéctica trascendental”, se suma así el absurdo mayúsculo cuando se intenta objetivar el *bien jurídico* como objetivamos los fenómenos pertenecientes a las ciencias naturales. La estructura y el mecanismo lógico de la analítica de Kant, no permite la interpretación aludida, sencillamente porque tal analítica es en función de la realidad dimensional de los cuerpos y no de los fenómenos cualitativos de conciencia que se refieren a la conducta.

Así es el “juicio sintético a priori”, que ya de suyo y en relación a los fenómenos físicos, es una aberración lógica, se lo utiliza empero,

Kelsen, de acuerdo a este principio de la objetividad a priori del conocimiento científico, y aplicando las correcciones impuestas al kantismo por Cohen y Natorp, somete el Derecho a este análisis crítico o sea a la demostración de su validez a priori.

En primer término, distingue y separa los dos aspectos fundamentales del Derecho, el del “ser” y el del “deber ser”. La objetividad científica del Derecho no depende de su contenido o materia sobre la que recae, como ser creencias y fines, valores sociales, morales y religiosos, contenido, por otra parte, contingente y variable, sino a su forma lógica necesaria e inmutable. Lo moral o inmoral, lo justo o injusto, lo lícito o ilícito no forman parte de la esencia del Derecho sino su propio contenido, que Kelsen llama el “ser” del Derecho. El Derecho no puede ser otra

---

acentuándose el absurdo, para conjugar los objetos relativos a la conducta Cossio nos dice que no interesan nuestros ataques a la teoría pura del derecho, porque por sólo conceptos no podemos destruir una realidad, una dogmática viviente, como la del derecho, porque -dice- nuestro error está en el punto de partida.

Sin embargo, nuestro punto de partida, pese o no al profesor Cossio, está en aquel sencillo ejemplo: “la nieve es blanca”, que nos dice que su conversión, “todo lo blanco es nieve”, constituye un absurdo de la misma manera que el absurdo *todo lo normativo es derecho*, ¿Puede acaso, el profesor Cossio impugnar legítimamente esta regla de la lógica en cuanto a su aplicación aludida? Este enorme absurdo de querer definir un objeto de conocimiento por atribución y no por su esencia, es nuestro punto de partida contra Kelsen y Cossio La definición del derecho debe ser tal, que el juicio pueda convertirse en la misma extensión. Si digo: el derecho es “la voluntad de dar a cada uno lo que le es debido”, puedo legítimamente convertir el juicio y decir: “la voluntad de dar a cada uno lo suyo es el derecho”.

¿Qué es lo que nos proponemos frente a la realidad del derecha, frente a esta dogmática, a esta praxis jurídica de todos los tiempos? Saber, *¿qué es?*, o bien saber *¿cómo se muestra?* Para el filósofo del derecho la tarea es poder responder a la pregunta: ¿qué es el derecho? Para el jurista y el práctico, la pregunta, en cambio, es la siguiente: ¿cuál es el proceso bajo el cual se muestra el derecho? Pero he aquí la alquimia del profesor Cossio: su teoría egológica parte de la primera pregunta: qué es el derecho (pág 125), pero en realidad responde a la segunda, o sea que por arte de magia, y no simplemente como el musulmán de la

cosa en esencia que un puro “deber ser” porque esta es la forma en que necesariamente lo pensamos y nos lo representamos. Como debe ser, él es objeto de un juicio a priori; como “ser” forma parte de su contingencia y depende así de las circunstancias de tiempo y lugar,

En efecto: el Derecho es un fenómeno social, específicamente cultural, por tanto, no es fenómeno de la naturaleza o hecho físico. Aparte de esta distinción, la que verdaderamente nos interesa es la que existe en el campo mismo de la cultura entre el ser y el deber ser: “lo que convierte a un suceso -dice Kelsen- en acto jurídico (o antijurídico) no es su facticidad (diríamos nosotros su acontecer), no es su ser natural, esto es su ser causalmente determinado y contenido en el sistema de la

---

limonada que nos recuerda en su libro, pretende asegurarnos ahora que el derecho es norma *disyuntiva necesaria* sin el causalismo de la naturaleza (en oposición a Kelsen que afirma que la norma es hipotética), que es forma lógica, y, a la vez, conjunto de valores de conducta, como si dijéramos Kant contra Kant, Kelsen contra Kelsen. Cossio pretende ser uno de los primeros creadores de la disyuntiva de la norma. Esta disyuntiva puede ser predicativa y proposicional. Su tesis corresponde a la segunda. Igualmente discrimina la disyuntiva de la consecutividad dentro de la pirámide jurídica (págs. 302 y 303). Explica así esta disyuntiva proposicional a través de algunos gráficos (págs. 301 y 302) y recuerda los diez conceptos fundamentales, de los que pueden derivar otros a la manera kantiana (véase pág. 302, nota).

Todo esto nos produce la sensación de estar frente a un nominalismo de palabras y signos que nada significan para aclararnos la esencia del derecho y sólo, aunque perturbándola en mucho, la praxis jurídica. Véase si no la enorme influencia que ello tiene, cuando “la plenitud lógica del orden jurídico” -como sostiene Cossio en otras de sus obras-, está concorde con su disyuntiva proposicional. Todo esto, como decimos, no sólo complica y perturba las ideas claras que sobre praxis conocen y aplican nuestros juristas, sino que resulta imposible para el profano y el estudiante carentes de experiencia, aprender algo provechoso en la teoría egológica.

“Así puede el profesor Fragueiro -dice textualmente Cossio - (nota a la pág. 186) basado en argumentos meramente conceptuales, declarar cuanto quiera que es una aberración la consideración del Derecho como objeto de verdad ya que según él el deber ser jurídico no es una esencia

naturaleza, sino el sentido objetivo que está ligado a este acto, la significación que tiene. El hecho en cuestión recibe el sentido específicamente jurídico, su peculiar significación jurídica, mediante una norma que se refiere a él con su contenido, que le confiere la significación jurídica de suerte tal que el acto puede ser interpretado de acuerdo con esta norma”<sup>(153)</sup>. De esta manera un suceso como ser un contrato o un delito tienen para Kelsen dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero se liga al contenido, a una estimativa de carácter religioso, moral, social, económico, etc., el segundo al modo cómo se interpreta este suceso con su contenido y sólo puede interpretarse jurídicamente mediante una norma. Universalmente todo suceso alcanza a tener significación jurídica necesariamente por una norma y no atendiendo al contenido específico de la norma; luego, si la norma es la que da significación jurídica a los acontecimientos y

---

(153) *Hans Kelsen: La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, pág. 30.

---

teórica o lógica, sino una esencia práctica o participación en el Bien, de modo que el derecho no podría ser teóricamente conocido, sino sólo prácticamente querido Pero todo esto, que está fundado en meros conceptos, no vale absolutamente nada frente al hecho de que todos los juristas, sin excepción de Savigny en adelante, aspiran y se esfuerzan por conocer el derecho existente como verdad dogmática. Precisamente, la Teoría pura del Derecho “es la convincente justificación de ese hecho en el sentido de que él es efectivamente ciencia, es decir, conocimiento teórico: conocimiento de verdades”.

Pero nosotros respondemos al profesor Cossio: también existen en la naturaleza los *hechos* físicos, pero el principio de la gravitación universal no es un hecho, sino un “principio” abstraído por el entendimiento (inducción científica) o sea que es la “causa” de la atracción de los cuerpos. Esta causa o principio está indudablemente en los hechos, como la forma octaédrica, por ejemplo, se repite y se da en todos los octaedros reales con *determinado contenido*. Pero al definir yo el octaedro no estoy definiendo un hecho, sino la forma en que se dan muchos hechos; al definir el principio de gravitación, tampoco estoy definiendo un hecho, sino explicando unitariamente (inteligiblemente) un conjunto de hechos semejantes.

relaciones sociales, la norma, que formalmente no es más que un puro deber ser, constituye la esencia del Derecho.

Este sentido objetivo que da al Derecho pureza metódica y lo distingue perfectamente del contenido subjetivo, nos hace recordar a Kant: el normativismo de Kelsen, como reducción de la experiencia jurídica, contiene la misma esencia crítica de la reducción trascendental de las categorías en la crítica de la razón pura. La cantidad, por ejemplo, la infiere Kant de la necesidad a que se ve sometido el entendimiento de dar extensión a los términos del juicio: todo juicio puede ser universal, particular o singular, luego todo juicio tiene cantidad. La cantidad en sí misma no representa una cantidad determinada, no es por tanto un conocimiento, pero ella es un medio lógico necesario para juzgar. Sin la cantidad no hay juicio posible. Ahora bien: como el entendimiento es el que juzga, la categoría es del entendimiento.

De la misma manera en Kelsen: si todo contenido, suceso o relación social son pensados jurídicamente en cuanto están referidos a una norma, si de otro modo no es posible la significación jurídica de la conducta, se sigue que el entendimiento, que es el que juzga sobre el Derecho, sólo puede hacerlo por la cate-

---

Ahora bien: si la dogmática jurídica es un hecho, debemos distinguir forzosamente el hecho y el modo de explicarlo: la dogmática como *hecho* será así *norma disyuntiva*, como cuando digo que los cuerpos se atraen sin saber por qué se atraen. La dogmática, pues, estará constituida por normas hipotéticas (Kelsen) o disyuntivas (Cossio) pero falta saber *por qué estas normas tienen carácter de necesidad frente a otras que no lo son*. ¿Cuál es el principio o la causa de esta necesidad?

Es evidente que las normas jurídicas no tienen el carácter material como las cosas de la naturaleza, sino que son *normas* precisamente porque no son objetos corpóreos del mundo físico sino *mandatos de la voluntad*. El filósofo del derecho, según Cossio se vuelve sobre la zona del ego (el yo), pero sólo en lo que se refiere a la conducta, como conducta.

Pero las manifestaciones de conducta que están en la zona del "yo", suponen la razón de su existencia, y esta razón no es otra que el principio metafísico de la *voluntad* que la define como una tendencia *libre* al Bien, así como el principio especulativo del entendimiento define a la

goría de la norma, es decir del deber ser. Tal es, pues, la reducción trascendental a priori de la experiencia jurídica. Pensemos, para aclarar aún más este concepto, en una pluralidad jerarquizada de normas, desde la norma constitucional hasta las más concretas del derecho privado. Desde este punto de vista, nos representamos el derecho existente, es decir normas con contenido, pero si hacemos abstracción de todos estos contenidos quedará como común denominador la norma en sí. Esta, en sí misma, no tiene existencia, es pura esencia lógica, y como una figura geométrica se muestra sólo como pura forma del pensar. Esta norma esencia es el objeto del conocimiento científico

---

Verdad como su objeto necesario. No vemos la razón de por qué ha de haber una teoría de la Verdad en la lógica menor o formal y no ha de existir igualmente una teoría del Bien común en la lógica jurídica.

Como el bien individual de la voluntad puede ser apetecido por otros sujetos de voluntad, se sigue que el *Bien común* es el principio y la esencia de la sociedad, y según nuestra tesis de las causas, la causa final del Derecho.

Una teoría legítima (ciencia) sobre el hecho de la dogmática jurídica, no puede ser otra que una teoría sobre el Bien común que es la raíz existencial de esa dogmática.

Esta sería la única manera de explicar el hecho de la dogmática. En la densa y oscura exposición de la “teoría egológica del derecho”, se advierte, por tanto, que él navegante ha perdido la brújula: la metafísica danza aquí y acullá, pero danza con ropajes extraños: a veces se muestra ontológica o existencialista (fenomenología de la sentencia); a ratos formalista por tradición de escuela, y a veces también axiológica por snobismo frente a Kelsen. Toda la obra de Cossio está impregnada así de una metafísica intencional, sólo que no llega a actualizarse en un sistema determinado de escuela, sencillamente porque la raíz de la teoría egológica del derecho es netamente Kantiana

La obra de Kant, como sabemos, es esencialmente antimetafísica. Ya puede el profesor Cossio ensayar composiciones, intentar soluciones de amalgamamiento, pretender conciliar premisas de escuelas antagónicas; jamás llegará a estructurar un sistema con planos de verdadera simetría, porque el Derecho sin la metafísica, como punto de partida, es, como, dice una expresión feliz de Javier Bóveda, querer dar un poco de calor a las gentes que habitan las regiones polares, pintándoles un hermoso sol al óleo.

del Derecho, su concepto puro, y tiene el mismo valor gnoseológico que la noción de categoría en Kant. Ella es la que da unidad en el pensamiento a la pluralidad de las normas existentes. Estas últimas, en cambio, representan un juicio a posteriori y su valor gnoseológico es relativo.

“La posibilidad y necesidad de semejante teoría -dice Kelsen- ya ha sido demostrada por el hecho milenario de la ciencia jurídica, que, en tanto existe un derecho está al servicio, como jurisprudencia dogmática, de las necesidades intelectuales de los que se ocupan con el Derecho. No hay razón alguna para dejar insatisfechas estas necesidades absolutamente legítimas y para renunciar a tal ciencia jurídica. Es imposible sustituirla por la sociología del Derecho, porque ésta se halla orientada hacia un problema bien diverso del de aquélla. Del mismo modo que mientras haya una religión tiene que haber una teología dogmática, que no puede ser substituida por una psicología o una sociología de la Religión, mientras haya un Derecho habrá una teoría normativa del Derecho” <sup>(154)</sup>.

### LAS TRANSFORMACIONES TECNICAS

Articulado que tenemos el núcleo central del sistema de Kelsen, veamos ahora las renovaciones que él opera en el orden técnico del Derecho, principalmente sobre aquellas instituciones enraizadas al jus naturalismo clásico; nociones de gran arraigo en la técnica jurídica como las de derecho subjetivo y objetivo que ha dominado y domina aún el campo total de la sistemática jurídica; la de persona o sujeto del Derecho; la distinción entre derecho público y privado de trascendencia jurisdiccional indiscutible y la misma noción de Estado han transformado igualmente su sentido y valor. Veamos, pues, en síntesis cómo

---

(154) Obra citada, pág. 65.

el mismo Kelsen interpreta estas transformaciones que se derivan a manera de corolarios de su teoría pura.

En primer término, la distinción entre derecho subjetivo y objetivo queda anulada frente a la idea normativa del Derecho y reducida sólo al derecho objetivo. Y así, dice: “como facultad, el derecho subjetivo no está frente al derecho objetivo como algo independiente de él; pues algo existe como derecho subjetivo sólo porque y en tanto la norma, el derecho objetivo. En suma la facultad sólo es una estructura posible y en manera alguna necesaria del contenido del derecho objetivo, una técnica especial de que el Derecho puede servirse, pero de la que no tiene necesidad de servirse” <sup>(155)</sup>.

En segundo término: la noción de sujeto del Derecho o persona cambia también su sentido frente a la categoría del deber ser. El sujeto del Derecho como una sustancia propia independiente del Derecho es, algo para Kelsen, que carece de valor científico. El sujeto se sustantiva con la idea de facultad que no es distinta de la del derecho objetivo, como se ha dicho. Si la norma en sí constituye la esencia del Derecho, la facultad que un individuo puede ejercitar, importa siempre una referencia al grupo colectivo y, por tanto, al orden jurídico. Dice Kelsen: “si la persona jurídica tiene un derecho creditorio, esto importa un derecho creditorio colectivo de los miembros; pero este hombre es órgano de la comunidad jurídica sólo porque y en tanto el acto ejecutado por él es estatuido por el orden jurídico parcial -que constituye la comunidad jurídica- y puede ser por eso referido a la unidad de ese orden” <sup>(156)</sup>. De esta manera, para Kelsen la persona en el Derecho es un punto de imputación, es decir que es persona no en tanto individuo real sino como un término de referencia que la norma fija, o mejor aún, como un simple medio técnico para imputar en concreto las consecuencias jurídicas del acto. Este término imputación empleado por

---

(155) Obra citada, pág. 79.

(156) Obra citada, pág. 89.

Kelsen se ajusta bien a la trama de su teoría; “imputación” no en el sentido de culpabilidad o responsabilidad sino en el sentido de conexión o relación por medio de la cual el acto queda sometido a la jurisdicción de la norma. Imputar, pues, es contenido de la misma norma en cuanto determina un complejo de deberes al hombre no por su calidad intrínseca de tal, sino por necesidad del mismo orden jurídico. El sujeto del derecho funciona así en Kelsen como en León Duguit: la regla de derecho es la que otorga derechos e impone obligaciones para tal o cuales sujetos. El sujeto, pues, es creación de la norma misma, el sujeto diríamos está al servicio de la norma y no la norma acondicionada al sujeto.

En tercer término, la antítesis que existe entre las nociones de Derecho público y privado, es para Kelsen la distinción sistemática de más funestas consecuencias. Tal distinción no expresa momentos específicos del Derecho, sino más bien hechos antitéticos; no se trata de marcar la diferencia entre una especie de relaciones jurídicas de coordinación entre los particulares, que se cree son las relaciones jurídicas puras (Derecho privado) de aquellas otras de Derecho público en cuya especie se liga el Estado con los particulares, sino más bien de anteponer las relaciones privadas con las de Derecho público. Pero en la concepción moderna -dice Kelsen- del Estado de Derecho, en el que los conceptos de Estado y Derecho se identifican, aquella síntesis desaparece, porque en este concepto formal del Estado de Derecho “el Estado tiene que constituir un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método -autocrático o democrático- de su creación y cualquiera sea su contenido, tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales” <sup>(157)</sup>. El Estado de Derecho, pues, supera a la antítesis entre el Derecho público y privado.

---

(157) *Hans Kelsen: teoría general del Estado*, pág. 120.

Ahora, respecto del Estado mismo, Kelsen nos dice: “Dios es imaginado, en esencia, como una persona, como personificación de un orden universal, del orden del mundo, del mundo como sistema de normas y leyes naturales. Así como el Derecho es la voluntad del Estado, el contenido de la voluntad de Dios está formado por las normas y leyes naturales que constituyen el sistema del Universo. Y así como el Estado es la unidad personificada del Derecho, cuya relación con él es la cuestión fundamentalísima de la teoría del Estado, del mismo modo enseña la teología que la esencia de Dios consiste en su trascendencia frente al mundo” <sup>(158)</sup>. La teoría de la autolimitación del Estado tiene así una gran similitud con el Dogma de la Encarnación del Verbo Divino y el gran problema surge cuando el dogma católico quiere anteponerse al panteísmo; surge entonces el problema insoluble, según Kelsen, de separar a Dios y el mundo.

Por el contrario, todo dualismo y antítesis, toda dificultad se disuelve pensando que el Estado es esencialmente orden jurídico y que la teoría pura del Derecho es la misma teoría del Estado. Lo que constituye la esencia del Estado “son los problemas acerca de la validez o la producción del orden estatal; es decir, las cuestiones en torno al sentido de la validez del orden jurídico en general”.

Lo mismo que en la persona o sujeto del Derecho, el Estado sólo presenta un problema de imputación y no de una esencia diferente del Derecho. “Pónese de manifiesto -dice Kelsen- que el Estado es un orden jurídico -precisamente calificado- que sólo se diferencia cuantitativamente y no cualitativamente de los órdenes jurídicos de otra especie, en el hecho de que toda exteriorización de la vida del Estado, todo acto del Estado, no puede aparecer de otro modo que como acto jurídico, como acto de producción o ejecución de normas jurídicas. Una acción humana es acto del Estado sólo porque es calificada como tal por

---

(158) *Teoría General del Estado*, pág. 100.

una norma jurídica. Contemplando desde los actos estatales singulares en que se resuelve el Estado como fenómeno dinámico, el problema del Estado es un problema de imputación”<sup>(159)</sup>. “La imputación a la persona del Estado convierte a la situación de hecho imputada en acto del Estado, y calificada como órgano del Estado al hombre que realiza el hecho. La persona jurídica del Estado muestra (y aquí está la diferencia puramente cuantitativa a que aludía Kelsen) el mismo carácter que cualquiera otra persona jurídica”<sup>(160)</sup>.

### LA METAFISICA JURIDICA

Estas son las transformaciones de orden técnico-institucional que en los sectores del Derecho Público y Privado se han producido como corolarios de la teoría pura de Kelsen. Igualmente la teoría pura pretende eliminar del campo del Derecho influencias y matices equívocos, que provienen del campo de la filosofía.

Para Kelsen la metafísica jurídica es una aberración. Nosotros trataremos de probar más adelante que la aberración consiste precisamente en considerar el Derecho sin la metafísica. Es indudable que un sistema jurídico enraizado al kantismo debe negar el carácter especulativo de la metafísica. Precisamente una de las reformas capitales llevada a cabo por los juristas de Marburgo y de Viena consiste en trasladar el Derecho como objeto práctico de conocimiento al campo de la analítica de Kant donde éste intenta sólo demostrar la validez de las ciencias naturales.

Pero esta trasposición del objeto a un método inadecuado, se explica porque el Derecho sometido a la dialéctica trascendental habría naufragado como objeto de conocimiento

---

(159) *La teoría pura del Derecho*, pág. 160.

(160) *La teoría pura del Derecho*, pág. 161.

científico. Como el único intento consistía en separar el Derecho de toda teología, no quedaba otro camino que el método crítico de la analítica. El deber ser, en consecuencia, se muestra así como concepto puramente metódico o sea el medio lógico necesario para reducir a unidad la aparente multiplicidad del fenómeno jurídico.

El deber ser moral confundido o ligado al Derecho deben ser separados absolutamente, pues la moral carece de objetividad y no constituye objeto del conocimiento científico. La moral constituye así objeto de la reflexión subjetiva y vale en tanto a esta reflexión; en cambio, el Derecho es universal y necesariamente norma impositiva. Dentro de él no se afirma ningún valor, ni se justifica ninguna acción. El Derecho en sí no es objeto de la moral porque sólo se refiere a una descripción objetiva y causal de la conducta social. Depende de sí mismo, y en sí mismo no es nada más que norma impositiva. La moral, por el contrario, está ligada a una teoría de los valores, a una estimativa de la conducta y este sendero es exclusivamente de la conciencia individual. De esta manera -dice Carlos Cossio, interpretando a Kelsen-, mientras existe una ciencia del Derecho, no puede existir una ciencia de la moral <sup>(161)</sup>. El Derecho depende de la norma misma, la moral de los valores, es decir, de la conciencia individual quien les da vigor y significación.

Otro de los equívocos que introduce la metafísica en el Derecho es la concepción del Derecho Natural: se confunde así la esencia del Derecho con el Derecho Natural y, en consecuencia, con la moral y la justicia que son sus fuentes de origen.

La concepción del Derecho Natural, que supone ilegítimamente en el Derecho un concepto trascendente, fue el resultante de una época y de una filosofía. La decadencia de la

---

(161) *Carlos Cossio: La normatividad según el análisis de la conducta jurídica*, pág. 9.

metafísica en el siglo XIX produjo la crisis del pensamiento del jus naturalismo. Sin embargo -dice Kelsen- “el pensamiento de un valor absoluto del Derecho no se ha perdido del todo, sobrevive en la idea ética de justicia, conservado aún por la jurisprudencia positiva” <sup>(162)</sup>. La idea de justicia como la concepción de un Derecho Natural racional e inmutable no forman parte de la ciencia del Derecho, sino de la metafísica jurídica y más bien se derivan, como se ha dicho, de considerar el Derecho como categoría de la moral.

Es necesario, pues, distinguir ciencia y metafísica; ciencia al modo kantiano es el conocimiento que tiene origen en la experiencia, pero su validez en el espíritu. En Kant la verdad científica está dada por un juicio sintético a priori, y éste, como juicio apodíctico, tiene validez objetiva y no subjetiva o psicológica. Por eso todas las ciencias naturales tienen este carácter transubjetivo y apodíctico. La metafísica está más allá de las posibilidades del juicio sintético a priori, la sustancialidad de sus afirmaciones dogmáticas rebasan los esquemas del entendimiento puro; el Derecho Natural y la Justicia absoluta está más allá de los límites científicos del Derecho y constituyen como todos los objetos de la metafísica una cuestión de creencia o de fe.

Si A y B tienen firmado un contrato, este hecho cae objetivamente en la norma jurídica, no dependiendo esta relación contractual en sí misma de la voluntad de cada una de las partes. En cambio: A y B se comprometen a perdonar una ofensa, es evidente que este compromiso no se da en el dominio del Derecho, pues, basta que una voluntad no quiera cumplirlo para que dicho acuerdo desaparezca.

Quiere decir, entonces, según Kelsen, que el Derecho tiene objetividad desde que la norma funciona por sí misma. Nadie puede ser obligado a pensar bien de su prójimo o tener una

---

(162) *La teoría pura del Derecho*. Pág. 45. “*La idea del derecho natural*”, Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales. N° 5. año 1942.

recta intención para con su semejante, pero sí está obligado a respetar sus bienes y su reputación en público. El primer caso acontece en el dominio psicológico o subjetivo, el segundo en el social u objetivo.

El Derecho, por tanto, se comporta more geométrico y, como tal, diremos nosotros, no insume otro objeto de conocimiento que un objeto puramente formal siendo excluyente de él la idea de voluntad y de fin.

## APRECIACION CRITICA

### EL SER Y EL DEBER SER DEL DERECHO

He aquí la síntesis de la teoría pura del Derecho de Kelsen. Su expresión adecuada sería la de un “normativismo lógico”: “normativismo” en cuanto el Derecho específicamente es un pura deber ser; “lógico” en cuanto es forma del pensamiento o categoría del pensar.

A continuación expondremos muy sintéticamente nuestras observaciones y conclusiones críticas, prefiriendo en este análisis personal el problema teórico de la objetividad científica del Derecho, que por otra parte, como hemos visto, constituye el eje central del pensamiento de Kelsen.

Es común a los logicistas del Derecho, trasponer arbitrariamente a la analítica de Kant las significaciones lógicas de la dialéctica trascendental. Kant en la analítica articuló los fundamentos lógicos de las ciencias naturales; en la dialéctica dio, en cambio, las bases de las ciencias de las costumbres, referidas en última instancia a las ideas trascendentales de alma, universo y Dios. Tenemos entonces en el kantismo originario estructurados dos tipos de ciencias: las teóricas, cuyos objetos de conocimiento se ordenan por una relación necesaria de causa a efecto y las ciencias prácticas, en las que el objeto-fin se

ordena por una voluntad libre. Causalismo y finalismo están perfectamente mensurados en el kantismo, su distinción implica dos especies de legislación, si no opuestas, distintas por su naturaleza y consecuencias.

Por ello el Derecho encuentra su raíz en las ideas de la dialéctica, cuya ley es la finalidad: el objeto que ordena es la conducta humana, relación de hombre a hombre, conducta que sólo puede legitimarse por un juicio práctico del entendimiento. Únicamente así el Derecho se justifica en el sistema kantiano como un orden de libertad y no como un orden de necesidad. Para el kantismo originario, pues, el Derecho es una idea regulativa y no un concepto discriminativo.

Kelsen, por el contrario, en su teoría pura, aplicando las innovaciones de los filósofos de Marburgo, intenta una trasposición arbitraria, somete el Derecho al juego crítico de la analítica como si él fuera por naturaleza objeto de un juicio existencial y no de un juicio de valor.

En efecto: la distinción entre el ser y el deber ser no está conforme a la lógica propedéutica cuando ésta distingue y clasifica los objetos en reales e ideales, es decir: objetos cuantitativos y cualitativos. Si digo, por ejemplo: hombre, libro, casa, estoy refiriéndome a objetos cuantitativamente existentes; si digo, en cambio: caridad, bondad, justicia, estoy aludiendo a cosas inexistentes corporalmente, pues, se dan sólo como cualidad de algo, pero no como algo determinado.

La distinción de Kelsen entre el ser y el deber ser presupone entonces en el Derecho existencia y cualidad respectivamente; pero como el Derecho no puede ser referido por su concepto a nada cuantitativo o existencial, sólo puede ser pura "cualidad" tanto en su forma como en su contenido. Kelsen está, pues, frente a una disyuntiva: o el contenido de la norma, que él llama el ser del Derecho, es del orden causal natural, y en este caso pensaríamos las cosas del espíritu con la cantidad, lo que es absurdo; o el ser del Derecho se confundiría con el deber

ser, anulándose, en consecuencia, la distinción aludida y con ella el principio fundamental del sistema.

El deber ser como forma pura, en el sentido de la analítica kantiana, es un concepto constitutivo, no regulativo, en consecuencia: funciona como un aspecto del determinismo causal y no como un aspecto de la idea regulativa de Justicia. Esta contradicción no se encuentra en los clásicos del jusnaturalismo al identificar el Derecho a la idea, pues el Derecho funciona en el ámbito de una voluntad estimativa, y es objeto de ella y no del entendimiento especulativo teórico.

La teoría pura del Derecho constituye por eso un objeto de conocimiento *more geométrico* y, como el mismo Kelsen y sus partidarios lo reconocen, independiente de la moral y de la justicia; nosotros diríamos independiente de lo humano, porque la moral y la justicia son lo que es el hombre: conciencia y libertad. Estas, requieren algo más que una teoría pura, exigen una estimativa. El Derecho para nosotros es así la expresión valorativa de esa conciencia y libertad.

Kelsen rechaza toda axiología porque ella constituye la materia histórica y mudable del Derecho, sin apercibirse que en esta materia variable y progresiva se halla inmanente la substancia que permite precisamente tener conciencia de la contingencia y del cambio. Carlos Cossio parece apercibirse de este vacío o insuficiencia de la forma lógica: en su libro “La valoración jurídica y la ciencia del Derecho” lo confiesa tácitamente al apelar a un tipo específico de valoración jurídica como contenido de esta forma. Advertimos en Cossio así una cierta conciliación entre el logicismo de Marburgo y el eticismo de Badén. “Pero además de aquella forma lógica y de aquellos contenidos contingentes, dice Cossio, la norma positiva es la representación de un valor”. “Como está dicho se trata de un valor de conducta; no de otros valores como pueden ser el valor estético o el valor científico, que no hacen a la conducta ni valiosa ni disvaliosa porque no se refieren a ella. Y dentro de los valores de conducta

---

nosotros nos limitaremos al valor jurídico porque nos atenemos únicamente a la experiencia jurídica” (163).

### LOS JUICIOS DETERMINATIVOS Y ATRIBUTIVOS DEL SER

Si Kelsen reconoce que el Derecho es ciencia normativa, porque el deber ser es el objeto lógico de su conocimiento, según el método crítico de la analítica trascendental, se sigue también, de acuerdo al sentido de esta misma analítica, que el Derecho se nos representa por un juicio atributivo y no determinativo, y tenemos así la segunda aberración de esta teoría, corolario de la aberración apuntada anteriormente.

En efecto: para Kant el objeto del conocimiento científico es el fenómeno, lo que aparece, y desde este punto de vista, él trata de demostrar la posibilidad del juicio sintético a priori, o sea de la síntesis lógica de fenómenos. El númeno, o cosa en sí, no es objeto posible de conocimiento científico sino de una idea pura de la razón, tal la posibilidad de la metafísica en Kant. Las ciencias naturales tienen valor sintético-descriptivo, por cuanto los juicios sintéticos a priori no nos hacen conocer el ser de las cosas sino sólo la apariencia. Los juicios sintéticos a priori describen por tanto unitariamente la multiplicidad de los fenómenos. Por eso para Kant el juicio determinativo no responde de acuerdo a la lógica preceptiva, a la pregunta “qué es esto” sino a la pregunta “cómo es esto”.

Estrictamente en el kantismo los juicios determinativos no son objetos del entendimiento especulativo sino en tanto sólo son posibles como síntesis de fenómenos. Para nosotros, pues, la síntesis a priori es un juicio atributivo por cuanto ex-

---

(163) *Carlos Cossio: la valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, págs. 77 y 78.

presa el “modo de aparecer” o el modo de representarnos la apariencia, y no determinativa en cuanto representaría el ser o substancia que aparece (númeno). Debido a esto, en la teoría pura de Kelsen, el Derecho como objeto de especulación científica se condensa únicamente en una propiedad del mismo, sin alcanzar a revelar la esencia de esa propiedad. El Derecho como norma pura o deber ser representa el “modo” cómo se manifiesta pero no “qué es” el Derecho. El deber ser será un atributo esencial en cuanto a su manifestación, también lo es la coactividad, pero la normatividad y la coactividad también se encuentran como atributos de la moral, como ocurre generalmente en el campo de la praxis espontánea del Derecho. Si se nos pregunta, por ejemplo, qué es la “nieve”, yo no podría responder diciendo que es lo “blanco”, porque, aunque lo blanco sea propiedad esencial de la nieve, es también propiedad de otras cosas de naturaleza diferente a la de la nieve. Definirla, pues, por el color sería formular de ella un juicio atributivo, por tanto, no científico.

Aunque tampoco estemos de acuerdo con Stammler en su punto de partida, reconoceremos que es más fiel a la crítica de Kant, evitando de este modo la consiguiente aberración: separa el Derecho (concepto) de su idea (justicia). Por el primero construye un juicio atributivo, por el segundo un juicio de valor determinativo. Y aunque Stammler en el concepto se pregunta “qué es” el Derecho, responde en realidad a la de “cómo es”. Y así dice: el Derecho es “voluntad ligante autárquica e invulnerable”; en la idea de justicia, en cambio, aunque se pregunta “cómo debe ser” responde acerca de una esencia práctica, o sea “determinando” el ser del Derecho por la idea de Justicia. Por eso para Stammler, la normatividad y la coactividad no es lo que aparece a priori en la conciencia crítica, sino lo que acontece a posteriori en la realidad histórica del Derecho. De ahí es que se ha imputado a la teoría de Kelsen de un pseudo logicismo ya que la esencia del Derecho viene a ser constituida por elementos empíricos.

La esencia del Derecho pensada como debe ser entraña, pues, una profunda contradicción porque no puede ser esencia o conocimiento formal el “modo cómo la forma se realiza sino la forma mental por la cual los modos de ser se ordenan unitariamente: la normatividad es el elemento con que universalmente aparece el Derecho, como análogamente el lenguaje es el elemento universal para poder articular la cultura en los núcleos humanos, no siendo, desde luego, el lenguaje la esencia misma de la cultura. La teoría pura del Derecho a pesar de sus pretensiones científicas no pasaría de ser una doctrina sobre la positividad o vigencia del Derecho y, en último término, una teoría sobre praxis jurídica.

Cossio, siempre fiel a Kelsen, nos revela este final necesario de la teoría normativista: estas son sus palabras textuales, que transcribimos de su libro sobre “la plenitud del orden jurídico”: “la necesidad de juzgar -dice- en que se encuentra el juez deriva, entonces, de la estructura lógica del deber ser. No bien nos colocamos en la esfera del Derecho, vale para nuestra conducta una estructura constitutiva que no es fruto de nuestro albedrío, ni del albedrío del legislador, sino que pertenece al Derecho en cuanto objeto; pertenece al Derecho por ser Derecho y no por ninguna otra razón” <sup>(164)</sup>.

Y este final de la teoría pura del Derecho, como lo demuestra la tesis de Cossio en su teoría de la plenitud lógica, se explica perfectamente por las palabras de Arturo Enrique Sampay: “este parcelamiento científico que separa el puro deber ser jurídico de las investigaciones históricas, sociológicas y axiológicas que no forman parte de la imputación normativa se basa en el error lógico logístico que desconoce que el elemento valorativo penetra en forma inevitable en toda exége-

---

(164) *Carlos Cossio: La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley.* Pág. 54.

sis, formación de conceptos y construcciones, como así sucede en la teoría pura” (165).

Por el método de la analítica de la razón pura de Kant se llega a la ciencia de la naturaleza, al conocimiento de sus causas inmediatas, pero con respecto al Derecho vana es la pretensión de construir una ciencia fuera de la entraña metafísica. El Derecho es empíricamente fenómeno histórico cultural, y, desde este punto de vista, el causalismo científico es utópico; no hay más ciencia del Derecho que de aquello que está más allá de su historia o de su manifestación. El Derecho como un aspecto de la cultura está ligado necesariamente como la cultura misma al problema *teleológico* del hombre.

Si Kelsen considera la teoría pura del Derecho como un deber ser imperativo, cabría por tanto preguntar acerca de la causa de esta peculiaridad universal del Derecho, la razón íntima de su ser unitario en la pluralidad de su existencia normativa.

Estas preguntas no tienen valor problemático para Kelsen, precisamente porque el punto de partida para él, a pesar de su aparente logicismo, no es el espíritu sino el acontecimiento, no es un valor de conducta sino la conducta misma como hecho, no es una voluntad que quiere tener conciencia DE sí misma, en cuanto se muestra ligada a otras voluntades, sino la voluntad ciega acondicionada de antemano por la norma

Los juicios apodícticos son fundamentalmente explicativos o atributivos, como lo hicimos notar, y desde este punto de vista, necesarios: ellos se refieren a la realidad causal, al determinismo cuantitativo. Frente a la conducta y sus fines esenciales, el mismo Kant dice que resulta imposible formular un juicio apodíctico porque traería aparejada la antinomia o el paralogismo.

---

(165) *Enrique Sampay: la crisis del Estado de Derecho liberal-burgués*, pág. 200.

La pureza del método exige, pues, una teoría del Derecho en cuanto a su esencia y no en cuanto a su existencia. En cuanto a su existencia el Derecho es fenómeno histórico, en cuanto esencia es ciencia o metafísica siendo a todas luces arbitraria la separación entre estas dos últimas porque en las cosas del espíritu en sus valores y fines, ciencia es igual a metafísica .

La ciencia separada de la metafísica, como quiere Kelsen, entroncaría al Derecho en una especie de determinismo causal, sería en tal caso la revelación de la forma en que existe y no la forma por la que existe: tal teoría constituiría una aberración, pues el método no es adecuado a la naturaleza del objeto a que se aplica ni al fin que se propone el saber. De ahí que la mayor parte de los comentaristas y críticos de Kelsen, como Renato Treves, Enrique Martínez Paz, Tommaso Antonio Caviglia y otros le imputan, no obstante sus apariencias logicistas, serias concomitancias con el ficcionalismo de Vaihinger, con el positivismo de Leon Duguit y con el empirio-criticismo de Ricardo Avenarius <sup>(166)</sup>.

### EL DERECHO Y LA MORAL

Ya hemos visto que para Kelsen el Derecho y la Moral son absolutamente independientes. El Derecho como puro deber ser impera por sí mismo, en tal virtud él es objetivo. Liga las voluntades trascendiendo de su contenido psicológico. La Mo-

---

(166) Véanse: *Renato Treves: il fondamento filosofico della dottrina pura del Diritto di Hans Kelsen*, Pág. 29 y siguientes. *Enrique Martínez Paz: tratado de Filosofía del Derecho*. Pág. 89 y siguientes. *Tommaso Antonio Caviglia; stato e Diritto in Hans Kelsen*. Págs. 59 y 69. Véase también el interesante estudio que ha hecho *Jaromir Sedláček* sobre Kelsen y Duguit: *il concetto realistico ed il concetto normologico della norma giuridica. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Pág. 153 y siguientes. Marzo - Abril, Roma, 1933.

ral, según Kelsen, es de naturaleza puramente subjetiva, está ligada a la conciencia y a su estimativa, no es ella, pues, objeto de la ciencia sino de la metafísica.

Y estamos así frente a otra aberración, derivada como es común en este sistema, de la arbitrariedad en los términos: objetivismo y subjetivismo se distinguen arbitrariamente. Cossio, siempre fiel a Kelsen, nos dice: “el deber ser de la moral es axiológico; sus normas forman una unidad montada sobre la valoración del Bien admitida y ellas deben ser, precisamente, en cuanto realizan esa valoración. En cambio, el deber ser del Derecho es puramente lógico; es una pura estructura lógica de algo que debe ser, aunque su contenido axiológico no deba ser, como ocurre en el caso de un derecho injusto” <sup>(167)</sup>.

Tal afirmación implica que la metafísica no es ciencia porque carece de objetividad. Pero precisamente las nociones de mayor objetividad para el entendimiento son la Verdad, el Bien y la Belleza; ellas no existen por sí mismas porque son puras esencias, pero todo lo que existe se funda necesariamente en ellas. Si el Derecho, según Kelsen es objetivo en relación a la verdad científica, no vemos por qué la Moral no ha de ser también objetiva en cuanto es actividad referida al Bien en sí. La Verdad es objetiva para el entendimiento como el Bien lo es para la voluntad y si no, ¿por qué existen valores y creencias que difieren por razón de tiempo y lugar? Si el Bien en sí no es objetivo, ¿en virtud de qué damos unidad a la actividad del hombre separando aquella que apetece el Bien de aquella que produce lo bello? ¿Cómo podríamos entonces distinguir objetivamente un acto moral de una ejecución bella?

La falacia de Kelsen estriba, pues, en la premisa mayor: objetividad para el entendimiento, subjetividad, en cambio, para la voluntad. Si podemos distinguir un conocimiento subjetivo

---

(167) *La normatividad según el análisis de la conducta jurídica*, pág. 9.

del objetivo o científico lo será en relación a la verdad y a sus grados de certidumbre. De la misma manera: si se reconoce la moral subjetiva debe necesariamente existir la objetiva, razón de ser y perfección de aquélla, en cuya virtud damos unidad a los contenidos de la conciencia individual. La moral subjetiva no alcanza por sí misma a explicar las nociones permanentes y universales de Deber, de Bien y de Mal.

El deber ser jurídico, como lo hemos demostrado anteriormente no es una esencia teórica, sino práctica en cuanto es participación de la noción de Bien; en consecuencia: el puro deber ser sin el contenido axiológico de la moral o de cualquier otro valor, es una aberración; y es una aberración porque si el Derecho es forma lógica de la conducta social no puede tener otro objeto que el Bien común que atañe a esta conducta.

Si la Moral gobierna también la conducta juntamente con el Derecho no puede ser objetiva sólo porque no pueda manifestarse como norma tal como se manifiesta el Derecho, porque la diferencia entre la norma moral y jurídica no está en cuanto a su naturaleza positiva sino en cuanto a su sanción y consecuencias.

Definir el Derecho sólo por su atributo normativo, se corre el riesgo de negarle su típica función que es la custodia de la cultura, pudiendo así estar al servicio de la fuerza y del instinto enemigos del hombre y de la cultura. Por eso, aunque repugne a los kelsenianos la expresión, se ven precisados a admitir la posibilidad de un “derecho injusto”, es decir, según Cossio, un Derecho conforme a su estructura puramente lógica pero opuesto a la valoración del Bien admitida por la conciencia. Sin embargo, poco cuesta advertir que el “imperio” que inviste a la norma no es de naturaleza lógica sino que lo recibe de su propio contenido. Precisamente las dictaduras prueban que las normas dictadas por el tirano rigen en razón de la fuerza material que lo acompaña y no de la fuerza espiritual de que están munidas las normas en los regímenes normales.

Por eso no somos de los que creemos que la injusticia que entraña el estado totalitario pueda llamársele “derecho injusto”, porque la injusticia no puede ser el Derecho. Si se aviene con el formalismo de Kelsen será igualmente porque este formalismo entraña la aberración de un derecho según forma y no según contenido, de un Derecho que es toda una figura geométrica, pero que no es voluntad justa, ni bien, ni libertad. La libertad, el bien y la justicia son valores y son valores que en Kelsen pueden estar contra el Derecho, ya que éste no es ningún valor. De ahí que al mismo tiempo que unos afirman que el formalismo jurídico justifica el estado totalitario, otros como Treves hacen notar que este formalismo se aviene mejor con el ideal democrático burgués, a pesar de negar en apariencias la ideología individualista. Hace notar así que el auge de las grandes constituciones democráticas entre 1919 y 1924 coincide casualmente con el auge del formalismo de Kelsen <sup>(168)</sup>. Por eso sostenemos nosotros que el deber ser jurídico, si es independiente de todo contenido axiológico, es continente donde pueden inmigrar y adquirir carta de ciudadanía ideologías de toda especie por más antagónicas que nos parezcan.

El Derecho y la Moral no son pues dos órdenes diferentes de bienes porque, el Bien es uno solo. No se especifican por la normatividad el primero y la pura estimativa la segunda, porque ambos son dos modos de la voluntad estimativa del hombre y ambos rigen normativamente a esta voluntad. ¿Acaso, como dice Radbruch, la moral y la costumbre como el Derecho no pueden reducirse a un puro deber ser, haciendo abs-

---

(168) *R. Treves: crisis de la democracia y transformación de la ciencia del Derecho*, Pág. 8. *Luis Legaz y Lacambra en su trabajo, “el Estado de Derecho en la actualidad”*, dice: “esta actitud implica un entrecruce de las dos actitudes científicas primarias: está próximo a la primera en cuanto que, de hecho, el formalismo de las escuelas modernas del jurismo puro no es más que una proyección científica de la doctrina del Estado de Derecho, bien que vaciada de sus elementos vivos ideales”. Pág. 51.

tracción de su contenido psicológico? <sup>(169)</sup>. No es la Moral, decimos nosotros, un querer y, por tanto, regida por el deber ser? Su diferencia no es teórica sino práctica: radica en las consecuencias y no en sus antecedentes intencionales. Todo acto está referido necesariamente a una voluntad y, desde luego, a sus fines y medios. El Derecho y la Moral son actividades del mismo sujeto y sólo cuando las consecuencias del acto trascienden sobre el alter ego, es decir, tienen la posibilidad de ligarse al Bien común, la norma moral se transforma en jurídica en cuanto a esa consecuencia <sup>(170)</sup>.

### ***EL DERECHO NATURAL Y LA CATEGORIA DEL DEBER SER***

Kelsen afirma que el Derecho Natural no forma parte de la ciencia del Derecho sino de la metafísica. Nosotros vamos a demostrar que en la propia estructura del deber ser jurídico existe el problema del Derecho Natural, que Kelsen no niega en realidad sino que afirma la incapacidad de su método para resolverlo.

El Derecho Natural, según Kelsen, tuvo su época de florecimiento paralela a la del estado policía de la monarquía absoluta. Con la victoria de la burguesía liberal hizo crisis juntamente con la metafísica.

---

(169) Citado por *T. A. Caviglia*, obra citada, pág. 156.

(170) Únicamente la moral -dice *Gustavo Radbruch*- es capaz de fundar la fuerza obligatoria del Derecho. De los preceptos jurídicos considerados como imperativos, como manifestaciones de voluntad, puede derivarse como manifestaciones de voluntad, puede derivarse como antes se indicó un cumplimiento necesario (*müssen*), pero jamás un deber ser. Tan sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico, de validez jurídica, de deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido invertido, en la propia conciencia, de fuerza moral de obligar". *Filosofía del Derecho*, pág. 61.

Olvida o no quiere confesarnos que hoy, precisamente, el Derecho Natural reflorece con más pujanza que nunca coincidiendo casualmente con el pensamiento metafísico en plena restauración. Pero, por razones de tiempo no podemos ocuparnos como sería de desear de cuestiones históricas. Por encima del tiempo está el problema. Su exigencia no se debe a influencias históricas sino a exigencias lógicas del espíritu.

Como todo neokantiano, Kelsen construye su teoría del deber ser por medio de un juicio sintético a priori. En el capítulo sobre Stammler, a que aludimos anteriormente, dijimos que el juicio sintético no puede explicar en qué consiste el sustantivo que funciona como “concepto sujeto” del juicio; sencillamente, lo presupone. Que para determinar la naturaleza del sujeto necesitaríamos de otro juicio sintético y así sucesivamente con respecto de todos los sujetos a los cuales predicamos algo incurriendo, por tanto, en un círculo vicioso. El juicio sintético no puede explicar por sí mismo el sustantivo sujeto porque éste precisamente representa el número que trasciende de toda síntesis; sólo por el juicio analítico puede determinarse su naturaleza. Por eso afirmábamos que el juicio sintético, lejos de negar los objetos metafísicos, los contiene, en cuanto hace uso del sustantivo sujeto el cual implica tácitamente un juicio analítico. La cópula es predicamento de existencia, es la afirmación del “ser” contenido en el sujeto; en Kant, el verbo ser sólo es elemento de relación entre los términos del juicio, por eso el “ser” del sustantivo es negado por la escuela como objeto cognoscible<sup>(171)</sup>.

Ahora bien: para Kelsen la normatividad y la coactividad, constituyen los predicados esenciales del Derecho; resta, pues, la pregunta: ¿en qué consiste este sustantivo “Derecho” del cual predicamos tales atributos? Si Kelsen pretende que dichos atributos significan la esencia misma del Derecho, habrá definido el sustantivo sujeto y, por tanto, formulado un juicio analítico,

---

(171) Esta misma observación hacemos a Stammler en el estudio sobre el “*Derecho Natural de contenido variable*”, que insertamos más adelante.

lo que es contrario a la escuela. Para Kant, la síntesis a priori es síntesis de fenómenos y no análisis de cualidades.

Por otra parte, y refiriéndonos nosotros a este sustantivo, podríamos explicar su naturaleza de la manera siguiente: la diferencia específica entre el hombre y el animal no está en atribuirles conciencia e instinto respectivamente sino en saber por qué el psiquismo humano es “conciencia”. La cultura en general, que es el resultado del cultivo de la conciencia individual, tiene dos aspectos: el filosófico que articula un problema acerca de la naturaleza de la cultura, el histórico que interroga sobre la génesis y desarrollo de la misma.

Desde el punto de vista filosófico, el análisis de la cultura importa el del Derecho Natural. Evidentemente: el hombre vive en sociedad; sociedad es cultivo de lo humano; el Derecho es así un aspecto de este cultivo. Preguntar qué es el Derecho y responder diciendo que es un puro deber ser, porque así acontece universalmente, no es responder a la pregunta acerca de su naturaleza cultural, sino sobre un aspecto de su desarrollo o manifestación: el Derecho sería entonces para Kelsen la garantía, la custodia de la cultura. Pero como garantía es una “exigencia” de la cultura. Luego la razón de esta exigencia será el problema sobre la naturaleza misma del Derecho, es decir, entonces sobre la naturaleza de la cultura.

He aquí, pues, el replanteo problemático del Derecho Natural: la naturaleza social del hombre exige la custodia de esta naturaleza; de ahí que la propia conciencia o razón nos revela el canon conforme a esta naturaleza cultural. El Derecho Natural existe como existe eternamente la sociedad y la cultura, y es progresivo en sus dictámenes como progresivo su contenido. La negación del Derecho Natural importa la negación del hombre como principio entitativo de la cultura.

El método trascendental de Kant tuvo como principal objetivo querer explicar la posibilidad de la física de Newton; par-tía, pues, de la preexistencia de un sustantivo, el de la física como ciencia. Para ello estructuró las categorías y los principios

a priori del entendimiento. Pero “¿por qué ha de ser posible la física? -se pregunta Recasens Siches-. Esto Kant lo presupone, es una hipótesis, sin la cual la crítica trascendental se derrumba”. De la misma manera -continúa Recasens- sucede con la construcción kelseniana que se funda también hipotéticamente: si el Derecho ha de ser posible, reducible a un aparato conceptual válido, es preciso fundarlo en el método normológico, en cuya base colocamos la norma fundamental. Este cimiento de toda la teoría pura del Derecho es algo supuesto e hipotético. Frente a un anarquista que nos diga: ¿y por qué ha de ser posible y válido el Derecho? La teoría jurídica de Kelsen enmudece” (172).

El Derecho Natural, por tanto, es un sustantivo, el sustantivo sujeto; el deber ser jurídico su adjetivo. Por el primero llegamos a la esencia o al ser del Derecho; por el segundo a su atributo o modo de ser universal.

Hemos llegado al término de nuestras observaciones críticas a Kelsen. Recapitulando sobre lo dicho, aquéllas se concentran principalmente acerca de la naturaleza del Derecho como objeto de conocimiento científico.

La Verdad en sí carece de existencia, ella es simplemente un concepto análogo que designa un estado de armonía entre el entendimiento especulativo y los objetos; la Belleza carece también de existencia propia, y como concepto análogo expresa también la armonía entre nuestros sentimientos y las formas sensibles; el Bien, de la misma manera que la Verdad y la Belleza, no es tampoco cosa existente sino otro concepto análogo: expresa de la misma manera armonía o coordinación de la voluntad con los fines. De ahí que no siendo existentes la Verdad, la Belleza y el Bien, constituyen simplemente esencias y, como tales, objetos de la filosofía.

---

(172) *Luis Recaséns Siches: “Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico”,* pág. 159.

El Derecho no se nos presenta, pues, como objeto de verdad ni de belleza, ante todo y por todo él es objeto del Bien y, específicamente, del Bien de la comunidad. Su esencia está ligada a la voluntad, manifestándose como orden jurídico positivo en cuanto realiza la coordinación de las voluntades individuales en el Bien común.

La pretensión de una teoría puramente especulativa del Derecho es una aberración, porque siendo un Bien no puede ser reflejado como “cosa” por el entendimiento, sino “querido” por la voluntad. Como la matemática, que no es objeto del querer, el Derecho no puede ser objeto del “conocer teórico”. El conocimiento teórico es armonía del entendimiento con la cosa; el conocimiento práctico, correspondencia entre la voluntad y el Bien. El deber ser jurídico es expresión de un bien querido, luego este Bien es el único objeto de una teoría del Derecho. Reducir el análisis científico a la expresión normativa, es errar el camino y desnaturalizar el objeto. Sería Kant que, por medio de Kelsen, retorna al empirismo de Hume, o Kelsen mismo que desdeña las enseñanzas de su maestro.

5) DIVISIÓN DE LA LEY. La siguiente clasificación que intentaremos de la Ley importa para nosotros también la clasificación de la norma, toda vez que tomamos en el mismo sentido ambos términos, en razón de la analogía a la cual aludíamos anteriormente. La clasificación de la Ley en Eterna, natural y positiva no puede significar otra cosa en relación al hombre que tres tipos de legislación: la primera, la Divina no es conocida por nosotros en su esencia sino es limitadamente por la participación de nuestra naturaleza en ella mediante los otros dos tipos de normas, la natural y la positiva.

Sólo por analogía podemos conocer la Ley Eterna, vale decir, a Dios mismo identificado con su propia Ley. El artífice humano puede crear por su imaginación formas de vida que en realidad constituyen formas de su propia vida espiritual. De

ahí que estas formas dan nacimiento a la cultura del hombre, a su progreso y perfeccionamiento. Pero las formas de esta cultura sólo anidan en nuestro espíritu, ya que es su propia vida, no pudiendo jamás el hombre transferir dichas formas a la materia; ésta sólo muestra sus vestigios o sus trazos. En una palabra, pues, es impotente el hombre para crear la vida, vale decir, vivificar a la materia con su propia savia espiritual: la materia inerte sólo es vida para nosotros a través de nuestro propio lenguaje grabado sobre ella mediante palabras y signos.

El Artífice Divino, en cambio, concibe formas de vida, posee desde la eternidad todos los modelos o arquetipos, a la vez, que la armonía universal o razones intrínsecas en las relaciones de dichos arquetipos. Pero así como concibe las formas originales las *infunde* también en la materia por lo que la materia es *en sí* pero no *por sí* vida y realización. <sup>(173)</sup>

De ahí que todas las cosas creadas fueron hechas según legislación divina, no pudiendo el hombre conocer ni mucho menos penetrar las razones sobre que descansan las leyes eternas. Siendo una legislación perfecta, sólo el conocimiento perfecto de Dios mismo puede alcanzar a comprender sus propias razones.

*Las razones* de las cosas creadas constituyen de este modo, por consecuencia lógica, la *forma* en que cada criatura participa de la creación del artífice. No toda la obra de la creación divina conoce el hombre, sólo conoce aquellas que por abstracción de la mente induce la ley de su respectiva participación. De aquí la similitud del hombre para con Dios por el acto del conocimiento: *conocer* es participar de manera imperfecta, desde luego, en la naturaleza divina en cuanto podemos representarnos

---

(173) Un examen más detenido de este inmanentismo metafísico de las ideas expusimos en nuestra "Introducción a los problemas de la filosofía", pág. 168.

las formas o modelos por los cuales las cosas fueron hechas. El hombre puede de este modo *conocer su propia forma y la forma de los otros seres*.

La ley natural, por tanto, tiene para nosotros dos aspectos fundamentales: su existencia ontológica (realismo ontológico) y el acto especulativo de nuestro entendimiento que la representa o significa (realismo lógico). Por vía inductiva o abstractiva nos representamos, pues, estas formas o esencias de las cosas; de ahí los grados sucesivos de abstracción de la mente en una filosofía de la *naturaleza*, de la *matemática* y por último la abstracción y conocimiento del *Ser en tanto ser*.

Por una clasificación jerárquica y progresiva entre lo inorgánico y lo orgánico y la subdivisión correspondiente, la ley natural se define como el principio o razón de ser de las cosas, siendo así la ley natural participación de la Ley Eterna.

Por ahora, sólo nos interesa a nosotros la ley natural en el hombre, puesto que de él nos ocupamos como sujeto de conducta jurídica. Corresponde, por tanto, determinar con exactitud el contenido de la ley natural que lo rige, o sea su forma de participación en la Ley Eterna.

La vía abstractiva supone partir del conocimiento de hechos para elevarnos progresivamente a la definición de dicha ley natural. Y como todo hecho o dato es un testimonio de nuestra conciencia, partamos, pues, de los primeros datos que la conciencia nos proporciona, vale decir, en primer término, de *nuestro propio dato*, la conciencia humana <sup>(174)</sup>.

---

(174) La conciencia como la *evidencia* de sí mismo, constituye con razón para algunos escolásticos contemporáneos el punto de partida de la filosofía, ya que este conocimiento del “yo” no es discursivo sino *intuitivo*. De este modo, toda razón, pensamiento o juicio para ser verdaderos, no pueden estar fundados en ningún otro pensamiento o juicio, porque el verdadero fundamento de nuestra certeza debe apoyarse precisamente en algo que esté fuera del propio pensamiento. Tal es la *intuición* del “yo”, en cuya intuición se dan simultáneamente la *identidad* y *razón*

Conciencia es la actividad psíquica en virtud de la cual el individuo se conoce a sí mismo, vale decir: el acto por el cual refleja su propia forma. Este acto especulativo comprende entonces -porque no otra cosa significa el conocimiento de sí mismo- que el conocimiento de nuestra participación en la Ley Eterna. Pero el conocimiento de esta participación del individuo en el Ser, trae como consecuencia lógica la obligación de conformar su actividad a la ley natural; o sea una conducta ajustada a los fines esenciales de la persona humana. De ahí que la ley natural en el hombre por antonomasia es ley *moral* (norma o ley de conducta). De esto se sigue, también, que la conducta conforme a ley moral es participación permanente en la Ley Eterna.

Las obligaciones que la ley moral instituye para el individuo supone en el *semejante* la misma ley y obligaciones, siguiéndose de esto la inclinación o apetito natural del hombre a convivir con sus semejantes en razón de una Ley y fines comunes,

---

*suficiente* de tal objeto de conocimiento, No es la intuición del “yo” lograda por un discurso o reflexión como sería cuando yo formulo el juicio “yo soy”, sino simplemente la contemplación directa o autopercepción del “yo”. Esta tesis denominada “el problema crítico fundamental”, constituye como decimos, para eminentes neoescolásticos el punto firme de partida para la filosofía. En otro trabajo, que en el futuro publicaremos sobre gnoseología jurídica, expondremos este “punto de partida” con el detenimiento que él se merece, punto de partida en el que también nos ubicamos nosotros por creer así que toda ciencia como conjunto de “razones” no puede legitimarse en una razón más, por más simplísima que ella sea, sino en el “ser”, que no es objeto de “reflexión” sino de “intuición”. Consúltense al respecto: *José de Vries: pensar y ser*, págs. 38 y 49; *Enrique B. Pita y José I. Cifuentes: “el punto de partida de la filosofía”*; págs. 21 y 94; *Enrique B. Pita: “reflexiones sobre la actitud inicial ante el problema crítico”*, Revista Estudios, diciembre de 1942, pág. 390; del mismo autor: “*momentos de la filosofía perenne*”, Revista Estudios, números correspondiente a los meses marzo a junio de 1945; *J. M. Ponce de León: respuesta a una crítica*. Revista Estudios, agosto de 1945, pág. 48; *Joaquín Aduriz: ¿renovando posiciones cartesianas?* Revista Estudios, diciembre de 1943, pág. 438.

La ley moral engendra, pues, también, la necesidad de la convivencia social, conteniendo por tanto dicha ley en potencia la ley de la convivencia humana. La norma moral de esta manera preexiste a la norma de convivencia; ésta última es igualmente natural o moral por su género y específicamente social en cuanto rige la convivencia natural de los hombres.

Pero la ley de la convivencia humana es sustancialmente un régimen de *coexistencia*, puesto que por virtud de dicha ley es posible la existencia de todos en uno, es decir la vida de todos en la comunidad social. Si esta ley natural o moral rige así la coexistencia debe necesariamente traducirse en la actividad individual, en “una permanente y constante voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde”.

Ya hemos afirmado antes que esta “constante y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo” no es una norma o regla de derecho sino la esencia del derecho. En consecuencia, la ley de la convivencia no puede ser otra que la norma objetiva que ordena de conformidad a esa esencia: “dar en cada caso lo que es debido a los demás y recíprocamente”. Por consiguiente, los primeros desprendimientos normativos del “*suum cuique tribuere*” deberán ordenar conforme a la naturaleza del hombre. La convivencia es relación o acuerdo de voluntades con miras a bienes o fines comunes. Antes que la norma regle sobre dichos bienes o fines, debe reglar acerca de aquéllos que por su jerarquía están en conexión inmediata a la naturaleza humana, vale decir, a sus fines sustanciales. En consecuencia: la ley de convivencia, desde este punto de vista, no puede ser sino la actividad reglada conformé a la naturaleza racional del hombre; la regla conforme a esta naturaleza es, por tanto, el Derecho Natural.

Pero la naturaleza del hombre en su totalidad se compone de vida *material*, vida *espiritual* y *actividad* en el sentido de lo material y espiritual, La integridad física engendra el derecho a la propia vida, su resguardo e invulnerabilidad; la integridad espiritual respecta al derecho de libertad es decir la in-

violabilidad de la voluntad por la que se define la persona moral; por último, la actividad física y espiritual engendra el derecho de propiedad. No matar, no injuriar, no robar en su sentido más amplio, son normas positivas y vigentes en cuanto ordenan con fuerza moral e imperativa y son normas inmutables como la inmutabilidad de la naturaleza misma que custodian. Su positividad y vigencia se demuestran en que toda norma o ley las presupone, por la razón de que toda ley en particular presupone necesariamente el sujeto físico, la libertad en la voluntad y su manifestación. Sin la integridad física, sin una voluntad libre y sin una manifestación exterior de ella, no podríamos concebir jamás la relación jurídica, de la misma manera qué no podríamos concebir la luz y el calor sin presuponer los átomos y moléculas por los que la luz y el calor se nos manifiestan. Y esta positividad es inmutable y, a la vez, progresiva como tendremos oportunidad de demostrarlo más adelante, en razón de la conciencia humana que los supone permanentemente *vigentes* y en *progresión* constante en razón del contenido progresivo de la misma y que constituye, además de la persona, la *personalidad* que es su desarrollo.

Finalmente se nos presenta el *derecho positivo*, o también denominado ley positiva en cuanto no es derivada directamente de la razón natural sino de las circunstancias y necesidades de tiempo y lugar. No son, por tanto, los derechos que emanan de la propia naturaleza, los que tal ley rige, sino los derechos que surgen de las contingencias a que dicha naturaleza está sometida. Es así por antonomasia la ley positiva, la *ley humana* con los caracteres también de positividad y vigencia y muy marcadamente con el rasgo de todo lo contingente: la mutabilidad. Sin embargo, esta mutabilidad, como se ha de demostrar más adelante, no es en razón de su naturaleza, sino en razón de su comprensión lógica. Toda norma positiva lleva como contenido un valor de conducta, enraizado en circunstancias locales y temporales, pero encierran también en dicho contenido la razón sustan-

cial del derecho, lo “justo”, del mismo modo que el hecho de que las hojas del árbol se renuevan anualmente, no nos haría pensar que en sus tejidos falta la savia, la misma savia que vivifica sus profundas raíces, su grueso tronco, todas sus ramas y follaje. Si lo que cambia es el contenido histórico de las normas y no lo justo inmanente en cada una de ellas, se sigue que a través de esta mutación de contenido histórico la esencia del derecho, ha progresado del mismo modo que permanece y progresa el hombre a través de todos sus cambios biológicos, de igual manera que el árbol permanece y progresa en la mutación misma de sus células. De esta manera el derecho positivo progresa en cuanto a su técnica no porque un contenido institucional sea en sí mismo superior y anterior a otro sino en cuanto a una mayor adecuación de las normas a las necesidades actuales. No progresa la esencia del Derecho, porque toda esencia es perfecta como tal, pero progresa en su existencia, que es precisamente la normatividad. Toda formulación del derecho positivo no sólo consiste así en una estimación de vida presente, sino a la vez en una mayor y siempre creciente aproximación a la justicia absoluta. El conocimiento científico que el hombre posee es progresivo. Ha partido de ciertas verdades o principios, y en la trayectoria de su desarrollo ha corregido errores, modificado o enmendado soluciones equívocas, pero nadie puede negar que este conocimiento ha progresado. El conocimiento de la ley moral, como la del derecho natural, son también progresivos. No se trata, pues, aquí de hacer prevalecer el carácter de mutabilidad de las normas, más bien deberíamos marcar su progresividad, como consecuencia de tal mutabilidad: lo justo de este modo es esencia que inmanente en todas las normas positivas, es vida jurídica, es Derecho por razón de tal analogía con lo justo; son, en consecuencia, también las normas positivas normas de derecho natural por ser términos analogados o participantes de la Justicia.

La progresividad, en una palabra, se marca cada vez que la razón de analogía entre las normas, las aproxima más a la esencia de lo justo y, en consecuencia, a la realización del Bien común que es el fin para el cual ordena toda ley.

6) EL DERECHO NATURAL. En capítulos anteriores hemos ya expuesto dos doctrinas negativas del derecho natural: el normativismo jurídico de Leon Duguit y el normativismo jurídico de Hans Kelsen. Ahora frente a nuestra afirmación de un derecho natural anterior y fuente inmutable del derecho positivo, tócanos previamente declarar nuestra absoluta desvinculación con otras doctrinas que también afirman la existencia del derecho natural pero, por cierto, a través de premisas y conclusiones para nosotros inaceptables, por cuanto un derecho natural fundado en conceptos o fórmulas “a priori” es a la postre una rotunda negación de su existencia y validez. A tal efecto, no nos vamos a referir a las doctrinas que parten de Grocio y se desarrollan en Puffendorf, Tomasio Wolf y otros para rematar en el racionalismo romántico de Juan Jacobo Rousseau, cuyas ideas han sido ya por otros rebatidas con éxito a través de una excelente y abundante bibliografía <sup>(175)</sup> sino que hemos de referirnos con cierta amplitud a la concepción

---

(175) Aconsejamos en este punto como en cualquier otro de carácter histórico, la lectura del incomparable libro del profesor español, *Antonio Hernández Gil*, titulado, “*metodología del derecho*”. (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas). Libro insuperable, decimos, por su síntesis, orden y claridad. Al respecto del racionalismo jurídico de los siglos XVII y XVIII, extraeremos el siguiente pasaje: “frente al Derecho Natural absorbente y exclusivo, representante de la totalidad del ordenamiento jurídico que al menos como hipótesis o meta ideal se ha propugnado, nuestros teólogos y juristas afirmaron, sí, la existencia indubitable de un conjunto de normas superiores a las atribuciones del Estado, pero no sin reconocer la insuficiencia de las mismas para el

del formalismo crítico que juzgamos de peligrosa encrucijada para el jus naturalismo, y que es menester, por tanto, demostrar palpablemente sus sofismas y falacias del mismo modo como hemos subestimado siempre a la filosofía crítica de Kant, como una de las peligrosas encrucijadas para el pensamiento filosófico moderno y contemporáneo. Por otra parte, el análisis crítico de esta doctrina formalista del derecho, lleva implicados todos los errores iniciales a que dio origen el racionalismo jurídico con el individualismo renacentista. Si algo bueno y digno de mención pudiera consignarse de este idealismo, es, precisamente, el éxito logrado en cuanto a sus impugnaciones al racionalismo dogmático. Si bien lo libera del agudo dogmatismo con que apareció, fue en cambio, para sumirse él en un aberrante y estéril formalismo. En segundo término, bosquejaremos la concepción germánica del derecho natural en el que se sustituye este derecho común a todos los hombres por la concepción neohegeliana del estado racista, señalando así otras de las matrices contemporáneas que importan una falsa concepción del derecho natural.

---

gobierno de todos, de las relaciones humanas, que requieren el concurso, incluso por exigencias de la propia razón natural de otras normas de Derecho positivo para la mejor eficacia de aquellas. El Derecho natural y el positivo coexisten; bien podría, pues, decirse, que anticipada y certeramente corrigieron el equívoco. En nombre de la misma doctrina debe rechazarse la posibilidad de un código perfecto, integrado sólo por los preceptos del Derecho natural; éste, por lo mismo que no constituye la totalidad del ordenamiento jurídico, no es un ordenamiento acabado, concreto y particularista, sino un conjunto de principios fundamentales y generales; su universalidad es incompatible con desenvolvimientos detallados; contienen lo más esencial y elemental; la substancia última y primaria de lo justo; ni se aprenden ni se pueden ignorar; es posible que, a veces, escapen al rigor de las palabras y de las fórmulas, pero no importa: basta la voz de la conciencia para comprenderlos". Pág. 24. - Véase: *"la crisis del estado de derecho liberal-burgués"* de Arturo E. Sampay, págs. 177 y siguientes. Igualmente del mismo autor: *"la filosofía del iluminismo y la Constitución Argentina de 1853"*, págs. 23-27.

En tercer y último término presentaremos una síntesis de la concepción intuicionista de Francisco Geny, que se traduce en un derecho natural de contenido progresivo, que, si bien es el que más se aproxima a nuestro punto de vista, difiere en cuanto al método gnoseológico, lo que da a la progresividad del derecho natural un sentido metafísico bergsonian, divergente por supuesto a los principios metafísicos que informan la teoría del conocimiento dentro de los escolásticos

De esta manera, presentados y puesto de relieves estas falsas directivas del pensamiento filosófico-jurídico de la hora actual, más adelante, cuando nos toque exponer nuestras ideas acerca de la existencia de un derecho natural de contenido progresivo, aparecerán nítidamente el realismo y humanismo que impregnan a la doctrina clásica y a la siempre auténtica concepción del derecho natural, perenne como su propia raíz filosófica que la inspira, y fortificada extraordinariamente por los pensadores españoles del siglo XVI.

Siempre hemos creído que una prudente revista de carácter histórico debe preceder por una razón de método, a la propia construcción, pues, el error o la verdad son más destacables por la confrontación mutua de ideas que por la exposición aislada de un sistema totalmente desvinculado del pasado y del presente.

7) EL DERECHO NATURAL DE CONTENIDO VARIABLE. BASES FILOSÓFICAS. Rodolfo Stammler, fallecido hace pocos años en Wernigerode, Alemania, ha legado al pensamiento filosófico jurídico del mundo entero una obra de valer extraordinario, cuya influencia en los sistemas jurídicos contemporáneos ha dado por resultado un nuevo enfoque a los problemas del Derecho y la extirpación saludable, por otra parte, no sólo de ciertos arcaísmos clásicos, muy en boga por los portavoces del

racionalismo romántico, sino también del nominalismo vanguardista del siglo pasado <sup>(176)</sup>.

La Escuela de Marburgo, que tiene a Stammler como a uno de sus principales representantes, y del que vamos a ocuparnos en el presente estudio, se encuentra enraizada a los postulados de la filosofía crítica de Kant, por lo que, antes de investigar el esquema ideológico de Stammler, se hace necesario mostrar de qué manera el pensamiento de Marburgo se liga a los postulados de la crítica, como igualmente revelar las transformaciones de que ha sido objeto el kantismo. Como nuestro propósito es analizar y estimar sólo el aspecto del Derecho Natural en la obra de Stammler, necesitamos, por consiguiente, traer a nuestro recuerdo únicamente aquellos elementos del kantismo que directamente se vinculan con este aspecto de la construcción del filósofo de Marburgo. Analizaremos, pues, en primer término, ciertas premisas filosóficas que sirven para identificar en cualquier sistema la actitud crítica del pensamiento.

### MATERIA Y FORMA

Tres son las distinciones lógicas que presupone la filosofía de Kant en relación al conocimiento: materia y forma, concepto e idea, causalidad y finalidad. En cuanto a la primera distin-

---

(176) Sobre una de las principales causas de la reacción contra el positivismo e historicismo véase el libro de *Bustamante y Montoro*, titulado: "*Stammler*" en cuyo prólogo, dice textualmente: "la invasión creciente del positivismo en la ciencia jurídica fue la causa de una serie de conceptos por esencia mudables y condicionados. Reinaba una verdadera confusión en el ideario jurídico de la época de marcada depresión ideológica, como fue el siglo XIX. Se importaron al campo jurídico expresiones y términos de las ciencias naturales, lo cual se explica considerando que los positivistas toman como tipo a esta ciencia, en tanto que los racionalistas tienen la vista fija en el saber matemático". Pág. 14.

ción, la materia del conocimiento es múltiple, variable y condicionada; la forma es unitaria, inmutable e incondicionada. Según Kant, esta distinción se realiza por una conciencia lógica absoluta y no por una conciencia psicológica, de tal suerte, que materia y forma del conocimiento son determinaciones del conocimiento mismo. La materia está constituida por intuiciones, y éstas son objeto del conocimiento sensible. Por éste nada conocemos todavía, es necesaria una operación de nuestro espíritu que condicione para sí esa materia, es decir, le dé las formas de nuestra inteligencia; tales son las intuiciones y conceptos puros, o sea, el tiempo y el espacio para el conocimiento sensible y las categorías formas típicas del entendimiento para la formulación de los juicios. Ahora bien: el conocimiento científico o juicio sintético a priori halla su validez objetiva en el esquematismo trascendental. En éste, por medio del esquema tiempo, las categorías se aplican a las intuiciones, recibiendo así la materia del conocimiento su forma inteligible <sup>(177)</sup>.

### CONCEPTO E IDEA

Paralela a esta distinción, el criticismo kantiano contiene otras no menos importantes de enormes puntales para la crítica

---

(177) “El concepto del entendimiento encierra unidad pura sintética de lo múltiple en general. El tiempo, como condición formal de lo múltiple del sentido interno, por lo tanto, del encadenamiento de todas las representaciones, encierra un múltiple a priori en la intuición pura. Ahora bien, una determinación trascendental del tiempo es homogénea con la categoría (que constituye la unidad de la misma), por cuanto es universal y descansa en una regla a priori. Pero, por otra parte, es homogénea con el fenómeno, por cuanto el tiempo está contenido en toda representación empírica de lo múltiple. Por eso una aplicación de la categoría a los fenómenos será posible por medio de la determinación trascendental del tiempo que, como esquema de los conceptos puros del entendimiento, sirve de término medio para subsumir los fenómenos en la categoría”. *Crítica de la razón pura*, tomo I, páginas 298 - 99.

y que constituyen como el común denominador de todos los pensadores de filiación kantiana. Tales son las distinciones entre causalidad y finalidad, concepto e idea. En efecto: la estética, la analítica y el esquematismo trascendental articulan las bases lógicas del conocimiento especulativo, vale decir, la teoría del conocimiento científico con aproximaciones a un intento epistemológico. El juicio sintético *a priori*, resultante de aquel proceso lógico, determina la capacidad del sujeto y el límite real del objeto conocido, de tal suerte, que fuera de esta capacidad y límite ningún otro conocimiento puede justificarse a priori. Lo especulativo en Kant tiene así un marco estrictamente mensurado: el tiempo y el espacio son las formas que condicionan las representaciones sensibles, las categorías las que condicionan y determinan los juicios. Estas categorías, por consiguiente, necesitan de la materia para elaborar el conocimiento, se sigue, entonces, que de existir algo que trasciende de la materia dada (númeno) nuestro entendimiento no podría juzgar válidamente sobre este algo.

La metafísica, ciencia de las realidades inmateriales, carece para el kantismo de valor especulativo, es decir, que, para la escuela, lo que no es dado en el tiempo está fuera del marco de lo gnoseológico. La matemática, la física, la química y todas las ciencias que se aplican al orden natural, o sea al orden de los fenómenos, fundan su validez especulativa en el principio de causalidad, que no es sino la categoría de las categorías. Las ciencias del espíritu, la religión, el Derecho, la política, etc.... reciben, en cambio, su validez del principio de finalidad que se concreciona en la idea pura de razón, y no en una razón especulativa. Las conclusiones de la dialéctica trascendental (metafísica) por vez primera en la historia del pensamiento filosófico, derivan de una razón extraespeculativa, en la que la idea o fin no es el bien que se deriva por una transformación de la verdad especulativa, sino el bien fundado autónomicamente en el imperativo libre de la voluntad. Y así podríamos afirmar que en Kant la metafísica es negada por la razón en su momento espe-

culativo y afirmada su existencia por la exigencia teleológica de esa misma razón.

En consecuencia: el concepto como elemento estructural de los juicios y la idea como fundamento del Deber, si bien guardan en la arquitectura del pensamiento una rigurosa simetría, tienen un sentido y naturaleza diferentes: por medio del concepto el mundo circundante tiene en nosotros una representación inteligible adecuada, los conceptos se refieren a cosas, por eso en las cosas realizamos nuestros conceptos; en cambio, la idea carece de naturaleza representativa, su función lógica es simplemente valuativa, y es, precisamente, por esto que la idea jamás podemos realizarla en las cosas. El concepto, en una palabra, tiene por objeto el ser, por ello es constitutivo; la idea tiene por objeto un fin o una estimativa del obrar, por eso es simplemente regulativa. En resumidas cuentas: la distinción kantiana entre el concepto y la idea es semejante a la causalidad y finalidad porque el concepto vive en relación a un mundo causal, mientras que la idea existe sólo en relación al obrar <sup>(178)</sup>.

### ***LA ESCUELA DE MARBURGO***

El auge del positivismo en el siglo pasado interceptó por un tiempo la influencia del criticismo en el pensamiento filosófi-

---

(178) “El conocimiento es o *intuición* o *concepto*. La intuición se refiere inmediatamente al objeto y es singular; el concepto se refiere mediatamente al objeto, por medio de una característica, que puede ser común a varias cosas. El concepto es o *concepto empírico* o *concepto puro*; y el concepto puro, por cuanto sólo en el entendimiento tiene su origen (no en la imagen pura de la sensibilidad) se llama *notio*. Un concepto compuesto de nociones, que exceda la posibilidad de la experiencia, es la *idea*, o concepto de razón. Para quien se haya acostumbrado a esta distinción, debe ser insoportable oír llamar idea a la representación del color rojo. Ni siquiera puede ésta llamarse noción (concepto del entendimiento)”. *Crítica de la razón pura*, tomo II, pág. 245.

co de Europa. La obra de Lange sobre la historia del materialismo tiene la virtud de despertar al hombre orientándolo de nuevo por el sendero marcado por el filósofo alemán.

No es nuestro intento aquí mostrar y analizar todas las escuelas que de un modo directo o indirecto se ligaron al kantismo, porque la especialidad de nuestro tema no lo exige; pero sí haremos notar a continuación algunas de las principales modificaciones introducidas por el neokantismo que inciden luego en la concepción del Derecho de los pensadores de Marburgo, especialmente de Stammler.

Hermann Cohen parte, como Kant, de los tres grandes contenidos de conciencia: ciencia, moralidad y arte. Su principal reforma consiste en reducir la teoría del conocimiento al campo de la lógica pura, donde el pensamiento crea el objeto en el conocimiento y con el conocimiento mismo, sin dar ingerencia alguna a las representaciones sensible de los fenómenos de naturaleza puramente psicológica. Trata, pues, de excluir de la lógica trascendental el capítulo de la estética trascendental, toda vez que ésta no tiene por origen el pensamiento, sino la experiencia. Si el conocimiento deriva exclusivamente del pensar o *logos*, en la teórica no debe darse participación a aquélla. Las sensaciones son hechos de conciencia individual inseparables del sujeto, mientras que la lógica pura está por encima de la mera subjetividad. Según Cohen, Kant ha partido para su teoría del conocimiento del dato experiencial (estética trascendental). El pensar puro, el *logos* no tiene su punto de partida en lo dado, fuera de sí mismo, sino en el conocimiento y con el conocimiento. Pero si Cohen rechaza las intuiciones como parte legítima de la teórica, ve en ellas, sin embargo, los interrogantes que la realidad plantea al pensamiento: el pensamiento de este modo da solución a los problemas que surgen por la presencia de las sensaciones <sup>(179)</sup>.

---

(179) Véase: K. Vorländer. *Historia de la filosofía*, tomo II, pág. 362. También: Augusto Messer. *La filosofía actual*, pág. 173.

Paul Natorp afirma que Cohen no ha interpretado debidamente el sentido de la estética trascendental de Kant: la lógica, dice, ¿cómo podría comenzar sin hechos? Además: los hechos como punto de partida del pensar constituyen una determinación del pensar mismo, y, así, lo dado en la sensibilidad no es realmente dado sino exigido y determinado por el pensar. Lo que está determinado para el conocimiento no es nada que no haya sido determinado por él mismo <sup>(180)</sup>.

Según Natorp, pues, no podemos hablar de una innovación del kantismo sino más bien de su perfeccionamiento dentro siempre del esquema criticista que hemos esbozado al principio. Precisamente esta interpretación logicista de la estética o teoría de la sensibilidad, que pule extremadamente el pensamiento kantiano, es el que Stammler aplica a su sistema de Filosofía del Derecho siendo a su vez una consecuencia directa de este logicismo jurídico su concepción del Derecho Natural de contenido variable.

El Derecho como ente o ser de conocimiento, debe ser revelado por el método crítico, cuya síntesis acabamos de hacer. Las distinciones entre materia y forma, concepto e idea constituyen así los hilos principales de este sistema jurídico.

### LA MATERIA Y LAS FORMAS

Para Stammler, el objeto de la Filosofía del Derecho no es otro que el de “las formas puras en que pensamos jurídicamente” <sup>(181)</sup>. La materia es, por lo tanto, lo que condicionamos por esas formas. Tal es lo que afirma Stammler: “todo derecho histórico es, en su modo de manifestarse, un derecho positivo. O dicho de otro modo: todo derecho positivo es una voluntad

---

(180) P. Natorp. *E. Kant y la escuela filosófica de Marburgo*, pág. 57.

(181) “*Tratado de Filosofía del Derecho*”, pág. 5.

jurídica condicionada” <sup>(182)</sup>. Cuando en la realidad social afirmamos que una determinada relación de hombre a hombre es de derecho, lo que hacemos, dice Stammler, “es aplicar mentalmente a la materia condicionada por la vida social, fines, impulsos, afanes, etc. ... un criterio armónico y absoluto, que orienta y determina toda posible aspiración humana, siempre idéntica y fiel a sí misma en esta su misión ordenadora” <sup>(183)</sup>.

Dentro del tecnicismo kantiano, la materia del derecho (derecho histórico) corresponde a las intuiciones y las formas armónicas y ordenadoras, a los juicios sintéticos o priori. El mismo Stammler nos habla de la importancia capital de esta distinción para el sistema: “la distinción entre forma y materia es de importancia fundamental para el esclarecimiento de nuestro patrimonio espiritual. Téngase presente de una vez para siempre -dice- que se trata de los elementos lógicos que condicionan nuestras nociones, a diferencia de los otros factores que resultan lógicamente condicionados” <sup>(184)</sup>.

Y así: la materia del Derecho compleja, varia y múltiple, está dada en la vida social por las instituciones, códigos, leyes, doctrina, opinión, costumbre, etc.... El conocimiento que de esta materia podemos formar sigue la suerte de su objeto, muy similar al conocimiento sensible del mundo corpóreo en el que la particularidad y la mutación constantes son sus caracteres esenciales. En la concepción de un Derecho Natural, esta materia se proyecta, como luego veremos, en el contenido variable, que supone, a la vez, el continente o forma invariable. Cómo llegamos al esclarecimiento de esta forma o continente inmutable, será objeto también más adelante de un proceso crítico semejante al de la analítica trascendental de Kant.

---

(182) Obra citada, pág. 124.

(183) Obra citada, págs. 5 a 6.

(184) Obra citada, pág. 6, nota 2.

### EL DERECHO Y LA JUSTICIA

Por otra parte: las formas puras del Derecho unas son constitutivas y otras valuativas, las primeras se asemejan en el kantismo originario a los conceptos, es decir, el Derecho como objeto de especulación por parte de la razón; las segundas a las ideas, esto es el Derecho como objeto de la dialéctica trascendental. Con estrictez podríamos denominar el capítulo del concepto del Derecho en Stammler con el título de analítica y el de la idea -que se refiere al problema de la justicia- dialéctica jurídica.

Ahora bien: según vimos en Kant, la metafísica o dialéctica trascendental está fuera del marco de lo especulativo, ajeno al mundo causal; la metafísica kantiana está fundada en una exigencia teleológica de la razón, relación de finalidad: Stammler, fiel al kantismo, ha destruido también la concepción monista o unitaria del medioevo y del renacimiento en la que el Derecho y la justicia se definen recíprocamente, pues como sabemos, para aquélla el objeto propio de la justicia es el Derecho y el Derecho no es otra cosa que el imperio de la justicia. La posibilidad de un derecho injusto, de una relación que sea de derecho pero que sea injusta, según la afirmación de Stammler, es consecuencia así de la desmembración de lo metafísico del cuadro de la especulativa <sup>(185)</sup>.

En este sentido, Stammler nos da las diferencias esenciales entre el concepto y la idea del Derecho, diciendo: “El concepto es la noción de una unidad, a la que de modo determinante se reducen diferentes objetos aislados. Esta unidad se establece

---

(185) “Cabe, pues, que exista *Derecho no justo*. Que se ajuste al concepto del *Derecho*, se halle determinado íntegramente en su manifestación concreta por todas las características específicas del *concepto del Derecho* y deslindado así de la moral, de los usos sociales y de la arbitrariedad; pero sin dejarse guiar esencialmente en su norma por la *idea* del Derecho hacia el punto de mira de la *comunidad pura*. Stammler. Obra citada, pág. 255 y nota 2.

con arreglo a ciertas características condicionantes que al concurrir homogéneamente hacen posible una ordenación conceptual, mientras que la idea de por sí no puede hacer brotar una aspiración concreta. Así, pues, ni se presenta como algo concreto de la realidad sensible, ni puede tampoco crear sensaciones ni aspiraciones reales. La noción de la idea, es decir la justicia, no significa más que un método ideal aplicable por igual para juzgar a todas las posibles aspiraciones condicionadas en cuanto a su materia. La idea de justicia, por tanto, no se refiere a una libertad causal sino simplemente a una voluntad intrínsecamente libre” y este es el contenido meramente formal de la justicia o idea del Derecho <sup>(186)</sup>.

Para aclarar estas nociones que nos da Stammler, vamos a recurrir a los siguientes ejemplos: la relación que existe entre el acreedor y el deudor surgida a raíz de un préstamo en dinero, es una relación de derecho. El carácter jurídico de esta relación está determinado por el concepto de derecho que ya tenemos de antemano, es decir por la forma pura constitutiva. Esta forma, pues, se realiza toda vez que concretamente podemos determinar y discriminar la relación de derecho frente a las demás relaciones de la vida social que no son de derecho. Pero esta relación entre el acreedor y el deudor puede ser injusta según la forma avaluativa, que también tenemos de antemano. Si por el contrario la relación a más de ser de derecho, en su naturaleza vinculatoria, es justa, la forma pura avaluativa habrá condicionado la materia a la idea inmutable de justicia; pero la justicia en sí como mera forma del espíritu no se habrá realizado. La idea, pues, al revés del concepto, se comporta, como el mismo Stammler lo dice, como la estrella polar que guía al navegante: su rol es simplemente orientar. Jamás pensaremos, según Stammler, que la estrella como la justicia pueden ser objetos nunca alcanzados.

---

(186) Obra citada, págs. 218 a 221.

### EL DERECHO NATURAL DE CONTENIDO VARIABLE

Hemos llegado así al nervio fundamental del sistema stammleriano donde, con un vocabulario diferente al que usaban y usan las escuelas del Jus Naturalismo, Stammler refleja la concepción de un Derecho Natural de contenido variable.

En efecto: la forma avaluativa, que él condensa en una justicia sin contenido histórico posible, constituye meramente un método ordenador de nuestro espíritu, puesto que la idea no tiene más función lógica que ordenar hacia un ideal la materia objetiva variable.

El Derecho Natural clásico, se empeñaba según Stammler en dar al Derecho, un contenido también inmutable. De ahí los preceptos o reglas que todos conocemos, siendo las primeras de ellas la del “*suum cuique tribuere*” y “*alterum no laedere*”, cuyo análisis detenido tenemos realizado en otro trabajo titulado “el Derecho Natural de contenido progresivo”<sup>(187)</sup>. Según Stammler, estos contenidos o reglas de Derecho Natural están fundadas para la escuela clásica en la naturaleza humana, y en este sentido niega validez a esta concepción por considerar ilógica e ilegítima la pretensión. Dice: “La pretensión de descubrir una *naturaleza humana* universal y absoluta, como fórmula que nos sirva de ley fundamental para la ordenación de todas las sociedades no podía salvarse del fracaso. Basta ahondar un poco en este modo de pensar, para ver que por debajo de los innumerables impulsos, caracteres y cualidades que distinguen a unos hombres de otros en la realidad, sólo queda por cualidad única común a todos la condición de hombres como ser natural. Ser natural lo es todo hombre al nacer. Ahora que, si nos empeñamos en tomar esta cualidad por criterio de apreciación, podremos, sin duda, descubrir una cierta identidad de la especie hu-

---

(187) Pág. 18 y siguientes.

---

mana en cuanto sólo a las funciones corporales, pero jamás llegaremos a encontrar el criterio que nos sirva para juzgar la legitimidad de los fines humanos”<sup>(188)</sup>.

De lo que antecede se infiere que el derecho absoluto, eterna aspiración del hombre, tiene en Stammler sólo una expresión formal, según la noción de forma en el kantismo originario. Para Stammler así el Derecho Natural está constituido por el *concepto* y por la *idea* del Derecho: el concepto discrimina los rasgos esenciales, irreductiblemente presentes en toda relación de Derecho; la idea complementa la función lógica del concepto, evaluando la materia condicionada por el concepto<sup>(189)</sup>.

Para el Jus Naturalismo clásico, el concepto y la idea del Derecho constituyen una identidad, siendo a la vez el “*suum cuique tribuere*” determinativo y avalutivo. Y si el Derecho es el objeto propio de la justicia -considerada esta última como virtud- no puede darse un derecho injusto: todo Derecho como objeto propio de la Justicia, es, por consiguiente, un derecho objetivamente justo. Para Stammler, en cambio, como ya lo hemos señalado anteriormente, puede darse un derecho injusto, toda vez que la función lógica constitutiva, como tal, es independiente de la avaliativa. En una palabra: el Derecho Natural desde el punto de vista de su naturaleza, es el “logos”, una unidad mental, tanto nos refiramos al concepto como a la idea del Derecho; pero existe dualidad metódica desde el punto de vista del objeto a que se aplica: el Derecho para ser Derecho no necesita ser justo; una relación social cualquiera puede también ser justa sin constituir un vínculo jurídico. Esta dualidad lógica, como lo hicimos notar antes, proviene, desde luego, del sentido dualista de la crítica de la Razón Pura de Kant. Y nótese bien que la

---

(188) Obra citada, pág. 42.

(189) Obra citada, pág. 217. En cuanto a la idea (justicia) no tiene más que un contenido metódico. Tales son los principios del derecho justo que determinan en concreto la relación jurídica objetivamente justa. Pág. 258.

analítica trascendental de éste que le sirvió para la fundamentación lógica de las ciencias naturales (física pura) en el sistema filosófico jurídico de Stammler fundamenta nada menos que el conocimiento científico de algo puramente cualitativo, como es el Derecho carente de corporeidad. Esta inconsecuencia al kantismo y, a la vez, contradicción a los preceptos de la lógica de Marburgo, se debe a exigencias que expondremos más adelante.

Ahora bien: de este Derecho Natural en el que concurren el concepto, la idea y la materia histórica condicionada, se derivan los siguientes corolarios: el Derecho Natural en sí carece de contenido, su rol metódico se confunde con su naturaleza abstracta, es ente de razón en tanto que ordena y avalúa.

Por otra parte: estas formas por sí mismas, según régimen de las categorías en Kant, son vacías, mientras su función ordenadora no se aplique a la materia histórica; se sigue, entonces, que, mientras podemos deslindar por el proceso del auto análisis las formas del contenido, sólo tienen existencia y vitalidad, sólo acusan realidad efectiva, cuando la materia las recibe y se asemeja a ellas. Por tanto: la forma y el contenido son inseparables. ¿A qué se reduce, entonces, la existencia de las formas sin contenido, resultado del auto análisis de la conciencia? Si pensamos, por ejemplo, en la forma cristalográfica del octaedro, sabemos que sólo estamos en posesión de algo puramente ideal; el octaedro real, en cambio, es el octaedro de madera, de cemento, de hierro, siendo entonces inseparables la forma del contenido. Tal es la significación de las formas del Derecho Natural de Stammler; únicamente por el análisis de la conciencia podemos separarlas del Derecho Positivo, su contenido.

La denominación, “Derecho Natural de contenido variable”, no se debe a Stammler sino a los críticos y comentaristas de escuela que asignan a sus términos una correspondencia extraordinaria con la trama del sistema.

En efecto: Charmont dice: en la concepción de este Derecho Natural no existe incompatibilidad con la idea de evolución, pero debe renunciarse a tomar como definitivo y absoluto ningún contenido; según las expresiones de Stammler, no se puede hablar más que de un contenido variable. Y así es como Charmont, igual que otros autores, encabeza de ordinario su comentario a la escuela de Stammler con el título de Derecho Natural de contenido variable <sup>(190)</sup>.

Stammler, en su obra “Economía y derecho”, muestra claramente cómo este contenido variable, que llama “economía”, es el rasgo característico de la escuela, en virtud del cual, sólo queda permanentemente en él la figura ideal o geométrica del Derecho.

Y así, dice: “Equivaliendo economía social a cooperación, toda cuestión económico-social encierra necesariamente dos elementos: la regulación general y la actividad concreta de los individuos asociados condicionada por aquélla. Aquella posibilidad general de ordenación es la *condición lógica* (o sea la forma), lo segundo es lo lógicamente condicionado (o sea la materia) dentro de la vida social. Supongamos, por ejemplo, que se estudia el problema de la habitación, los gravámenes que absorben la propiedad humana o la cuestión del crédito inmobiliario: pues bien, en cada uno de estos problemas partiremos de la institución de la propiedad privada, de la libertad de contratación, de la hipoteca, del contrato de préstamo, de arrendamiento, del derecho de superficie. . . Y si prescindimos mentalmente de todas estas posibilidades jurídicas no quedará en pie nada del problema económico social planteado. La economía social, en sus distintas manifestaciones, se puede según eso, concebir

---

{190) *J. Charmont: La renaissance du Droit Naturel*, pág. 170. *Luis Recaséns Siches: vida humana, sociedad y derecho*, pág. 322. *G. del Vecchio: La justicia*, pág. LXXXVII. *Claude Du Pasquier: Introduction a la théorie générale, et a la philosophie du droit*, pág. 291

como la actuación de un determinado orden jurídico. Es lo que corresponde estudiar a la llamada Economía Política. Para elaborar científicamente esta materia es necesario penetrar mediante la crítica del conocer en los factores que condicionan lógicamente este objeto de investigación. No hay un solo concepto ni una sola doctrina en la economía política que no se hallen lógicamente condicionados por la posibilidad de un orden jurídico”. Por otra parte, el mismo Stammler, dice: “No responde a un sentido claro ni profundo eso que se dice de que el Derecho y la Economía se *influyan recíprocamente*. Para eso sería necesario que se tratase de dos objetos físicos independientes, ya se ha dicho que esto es inadmisibile en nuestra investigación”. Y en este mismo sentido, agrega “No es la voluntad vinculatoria, sino que es, por el contrario, ésta la que se haya lógicamente subordinada a aquélla” <sup>(191)</sup>.

Según estos pasajes citados, el Derecho Natural, según Stammler, tiene con el Jus Naturalismo clásico las siguientes diferencias esenciales: En la filosofía clásica el Derecho Natural no puede dirigir el derecho humano histórico sin que se nos revele aquél con un contenido propio, universal e inmutable, reglas tipos sin las cuales no habría cómo determinar ni justificar un derecho dado. Stammler, en cambio, siguiendo directivas de la filosofía crítica, afirma que la materia jurídica, la económico-social, es condicionada por una idea metódica y no por reglas universales. Quiere decir esto que un derecho es justo no en virtud de una participación de lo menos perfecto en lo más perfecto, sino porque toma la forma de la justicia. He aquí el rasgo fundamental con que se nos presenta este Derecho Natural. Como él en sí mismo no se condensa en reglas ni en principios universales, puesto que no dejarían de ser más o menos concretas según tiempo y espacio, se sigue que este contenido

---

(191) Obra citada, págs. 143 a 145. Véase igualmente: *Economía y Derecho*, págs. 102 a 109.

variable según nuestro modo de ver, *no participa* en realidad de la savia del derecho, sino que es simplemente una copia de su forma; toma su estructura como el contenido de un líquido toma la forma del recipiente que lo contiene sin participar de la naturaleza del mismo.

Si según Stammler es “una voluntad vinculatoria autárquica e inviolable <sup>(192)</sup>, el derecho histórico, cualquiera sea el orden jurídico vigente, lo será porque esas reglas, leyes o códigos han tomado la forma de voluntad vinculatoria autárquica e inviolable. Estos rasgos constituyen el recipiente o el continente dentro del cual el contenido, pudiendo variar al infinito, toma siempre su forma. Lo económico-social, instintos, sentimientos, necesidades y creencias, todo esto exige una solución jurídica dada, pero para que ello ocurra es menester que la regla formulada tenga la forma del concepto determinante. Cuando yo digo, por ejemplo, “el hombre”, “el sonido”, no me refiero a ningún hombre determinado, a ningún sonido dado, pero digo algo que es puro concepto o forma inteligible, sin lo cual jamás podría saber que estoy en presencia de un hombre o que escucho tal o cual sonido. Igual: si la relación entre A y B es de naturaleza jurídica, no será en virtud de sí misma, sino por determinación de su forma o concepto.

## **APRECIACION CRITICA**

### **LA ESTRUCTURA DEL JUICIO SINTETICO Y SU APLICACION AL DERECHO**

Ilusorio sería el juicio que emitiéramos sobre la concepción de Stammler si fuéramos a prescindir de las bases filosóficas

---

(192) Tratado, pág. 117.

que le han precedido. Y si a sus antecedentes críticos no fijáramos el análisis principalmente en la estructura y naturaleza del juicio sintético a priori; de poco o nada serviría., entonces, una estimativa acerca del Derecho Natural en la obra de Stammler. El criticismo jurídico tiene su raíz en el método crítico y el método crítico no es sino el proceso o camino por el cual declaramos legítimo el juicio sintético a priori. El concepto y la idea de derecho constituyen así en su quintaesencia dos juicios sintéticos. Corresponde, pues, en primer término, pronunciarnos sobre el valor de estos juicios.

Para Kant, el juicio sintético a priori es el juicio científico, es decir, el único conocimiento por causas, de valor necesario, objetivo y universal. La proposición como expresión de este juicio, está formada de un sujeto, cópula y predicado. Cuando el predicado se muestra al análisis de la conciencia como atribución necesaria del sujeto, se dice que el juicio tiene validez científica. Ya sabemos por la primera parte de este estudio el proceso por el cual se formula esta síntesis a priori. Entre otras cosas, dijimos que el conocimiento en Kant comienza por la experiencia, y que la síntesis a priori tiene su génesis en esta experiencia, aunque su validez universal esté fundada en la razón.

Investiguemos, pues, en primer término, el punto de partida del conocimiento, la realidad misma, o sea la materia del conocimiento como la denomina Kant.

Si tomamos un pedazo de mármol, podemos decir: este mármol es blanco, es un cuerpo de tal dureza y fusibilidad, tiene tal sabor, esta temperatura, tal densidad, tiene de largo y ancho tales dimensiones, etc. .. es decir, hemos formulado tantos juicios sintéticos como cualidades atribuimos a este cuerpo mármol; pero el mármol, este mármol, ¿qué es? Precisamente la reunión de todas esas cualidades sustanciales y accidentales a que nos referimos antes; luego, si mentalmente suprimimos todas esas cualidades posibles, ¿qué queda? Para Kant, según la estructura sintética del juicio, queda el sujeto sin predicado,

es decir un sustantivo, un concepto. Pero este sustantivo no corresponde ya a ninguna realidad, pues todas las cualidades posibles que lo constituyen están suprimidas. Si al sujeto agregamos algo, según síntesis, es que el sujeto representa algo de la realidad, pero volvemos a repetir, la realidad es la reunión de cualidades sensibles, cuantitativas, que constituyen una unidad, el ser; el mármol justamente es la composición de cualidades, materia, forma, color, sabor, etc.... El no ser, la nada, es precisamente ausencia absoluta de magnitud, de cualidad, de color, de sabor. Se advierte claramente, entonces, que la estructura sintética del juicio es asimétrica a la realidad de la que se parte.

En efecto: la contradicción estriba en que mientras partimos del ser, que es *unificación* de cualidades, terminamos en el juicio que es una *síntesis* de ellas, y esta oposición se magnifica en el kantismo por el rol meramente relacionante que se atribuye a la cópula del juicio. El verbo ser es indudablemente copulativo en la proposición (expresión del juicio) pero en el juicio mismo, en la actividad de nuestro espíritu, la cópula es esencialmente unificadora. Nuestra mente cuando juzga no realiza una síntesis entre un sujeto y predicado, pues que el sujeto debiera también constituirse por otra síntesis, y así sucesivamente al infinito, sino que compone, vale decir, constituye el verbo ser, que es el objeto formal del entendimiento, una unidad de cualidades cuya unidad es expresada por la proposición gramatical. Entones sí que el verbo aparece aquí como meramente relacionante o copulativo.

De esta manera para nosotros, el juicio tiene la estructura que Aristóteles y toda la lógica tradicional le asigna.

Volviendo a nuestro ejemplo: este mármol es blanco. Antes de atribuirle ésta como cualquiera otra cualidad, tenemos que predicar su existencia; éste es su primer predicado y que hace posible toda otra predicación. Este primer atributo, el de la existencia se realiza en el juicio cuando conjugamos el verbo ser. Para Kant, la cópula no es atributo de existencia sino ele-

mento de vínculo entre sujeto y predicado. Precisamente el ser es el númeno y la cópula no podía tener un significado numérico. Siendo solamente válido el fenómeno, el verbo ser no pudo ni debió tener otra significación que en relación al mundo fenomenal.

Este error de lógica y de sentido común que advertimos en la estructura del juicio, vicia toda la crítica de la razón pura, y, en consecuencia, invalida las derivaciones en el orden de la Ética y del Derecho.

Este error radical del criticismo es también el vicio del logicismo jurídico de Stammler y, por consiguiente, el de su concepción del Derecho Natural de contenido variable.

Veamos: el Derecho es un modo de la voluntad, ligante, autárquico e inviolable, la idea de justicia es esta voluntad vinculatoria gobernada intrínsecamente por el principio de “una comunidad de hombres de libre voluntad”<sup>(193)</sup>. En ambas nociones tenemos formulados dos juicios: según la escuela, el primero es sintético a priori, el segundo un juicio práctico o imperativo categórico. Pero los rasgos del concepto (voluntad, ligante, autárquica e inviolable) como los de la idea de justicia (comunidad de hombres y voluntad libre), constituyen cualidades esenciales que se atribuyen por síntesis a dos sujetos, Derecho y Justicia respectivamente. Ahora bien: si se agregan al sujeto de acuerdo a la naturaleza sintética del juicio, se admite entonces que las esencias Derecho y Justicia preexisten a la síntesis misma, lo que es inadmisibles dentro de las premisas de la escuela, que rechaza la cognoscibilidad del númeno. Estas contradicciones entre lo ontológico y lo gnosológico, esta asimetría entre el ser y el pensar se derivan de que el sistema niega carácter especulativo o científico a los juicios analíticos. El Derecho Natural sólo puede constituir un juicio *analítico*, o sea que únicamente

---

(193) Tratado, págs. 117 y 247.

---

por un análisis del concepto de naturaleza racional puede ser cognoscible su esencia. Todo intento de síntesis es negación cuando no deformación de la naturaleza real del Derecho.

### ANALITICA Y DIALECTICA JURIDICA

Por último, Stammler no ha sido fiel, según era su intención a la arquitectura de la crítica de la razón pura. Si algo tiene el kantismo de perdurable es precisamente su maravillosa trama de elementos, aunque en el interior de él la vida resulte una ilusión.

Según analizamos ya, para Stammler el concepto del Derecho tiene una función lógica distinta de la idea; la primera, de carácter especulativo, es constitutiva de la relación de Derecho; la segunda, de carácter esencialmente metafísico, es avaluativa. Pero, según Kant, el Derecho no forma parte del orden especulativo del conocimiento sino del orden puramente teleológico o metafísico. Y así, su obra "Principios metafísicos del Derecho" es una articulación de su metafísica de las costumbres <sup>(194)</sup>. En el sistema de Stammler, la Filosofía del Derecho pretende una arquitectura y desarrollo semejante al de la analítica trascendental en la parte relativa al concepto, y una construcción similar a la dialéctica cuando se trata de la idea del Derecho; tendríamos así una analítica y una dialéctica separadas en el kantismo original. Sin embargo, la fidelidad a Kant exigiría que tanto el concepto como la idea del Derecho fueran objeto de la metafísica o dialéctica, porque el ser del Derecho es meramente un *ser práctico*, carente de corporeidad y cualidades cuantitativas. La analítica de Kant sólo sirvió para funda-

---

(194) *Principios metafísicos del Derecho*, pág. 5.

mentar el principio de la causalidad y, por tanto, sólo los fenómenos constituyen el material ordenado <sup>(195)</sup>.

Es verdad que al Derecho, como ser práctico, le precede el momento especulativo en cuanto el espíritu se representa o especula sobre el fin esencial que encierra; pero este aspecto especulativo es siempre parte de la razón práctica, pues, tanto lo gnoseológico como lo deontológico van precedidos de una intención práctica de la voluntad. El acto humano libre se engendra por un proceso: concepción del fin, deliberación, elección, decisión y ejecución; el momento especulativo (concepción), es de la naturaleza de un juicio práctico, y, tan es así, que el fin concebido para la voluntad no puede ser representado en el espíritu como una cosa o hecho concebido del mundo físico.

Si un individuo, por ejemplo, concibe un fin A y lo cree bueno (faz especulativa), en la decisión (aspecto volitivo) resulta también lógicamente bueno, pues la voluntad no puede querer sino el bien <sup>(196)</sup>. Pero, según las premisas de la Escuela de Marburgo, por las que el concepto y la idea del Derecho asumen en el espíritu funciones distintas, un derecho puede ser injusto. El razonamiento sería, entonces, el siguiente: el fin A concebido en la relación de Derecho (momento especula-

---

(195) Véase la misma observación hecha por A. S. de Bustamante y Montoro: *Stammler*, pág. 73. Alfredo M. Egusquiza en su magnífico trabajo, “*algunos aspectos de la doctrina del derecho en Kant*”, sostiene, precisamente, que la concepción jurídica de Kant es la aplicación y la continuidad del método crítico adoptado en la doctrina del conocimiento. Nosotros damos ampliamente la razón al Dr. Egusquiza y negamos en cambio, que pueda estructurarse una doctrina jurídica dentro del kantismo prescindiendo de los “principios metafísicos del derecho” tal como los expusiera el mismo Kant, pág. 71 y siguientes.

(196) Así como Dios no puede no amar su ser y su bondad, porque su propia esencia es amar la infinita bondad que El mismo es, así, también necesariamente, la criatura intelectual ama el bien; porque la actualización misma de la potencia llamada voluntad, y la manifestación de su naturaleza, es amar lo que es bueno. La voluntad quiere y ama necesariamen-

tivo) constituye empero para el querer una decisión contra justicia. Se quiebra, pues, la línea del proceso del querer; mientras que la decisión está subordinada a un ideal de justicia, a esta decisión le precede o le puede preceder una concepción del Derecho opuesta a la Justicia. Si el Derecho es vínculo entre A y B, lo es en relación a fines de la voluntad, y no de otra cosa. Si son fines, encierran apreciaciones, valores de vida y no podría entonces existir más que una estimativa: Derecho y Justicia no podrían ser más que una intención, porque todo derecho es según Justicia y la justicia es el Derecho <sup>(197)</sup>. Si, según Stammler, pueden darse derechos injustos, el derecho positivo y la estimativa histórica, frente del orden jurídico vigente, harían posible la convivencia contra los ideales de la razón pura. Este absurdo o antinomia en el criticismo de Stammler,

---

te, no tal o cual bien, sino el bien. Por una parte, quiere y ama necesariamente el bien que la inteligencia ve y declara en toda cosa buena; por otra parte, el bien que el entendimiento concibe en la noción de absolutamente bueno, o que consuma la satisfacción de todo deseo. *Jacques Maritain: Para una filosofía de la persona humana*, pág. 85.

Por otra parte, la ley es causa eficiente de esta misma voluntad que sólo puede querer el bien: “porque la ley, para que sea ley, debe ser justa; más, para que sea justa es menester que tienda a un buen fin pertinente al bien común y por un medio honesto; luego, quien guardare la ley obrará acerca de lo honesto y por el bien común, en cuanto es en fuerza de la ley; luego, por virtud de ella será hecho bueno”. *Francisco Suárez. Tratado de las leyes*, tomo I, pág. 221.

- (197) “Sic igitur justum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem justitiae, ad quod terminatur actio justitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fit. Sed in aliis virtutibus non determinatur aliquid rectum nisi secundum quod aliquo modo fit ab agente. Et propter hoc specialiter justitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se abjectum, quod vocatur justum. Et hoc quidem est jus. Unde manifestum quod jus est objectum justitiae”. *Saint Thomas D’Aquin. Somme Théologique*, II-II, q. LVII, a. 1.

En este mismo sentido, si nos fijamos en la ley, expresión del Derecho, y se habla de ley injusta, SANTO TOMÁS, dice: “Si vero in aliquo a lege naturali discordet, jam non erit lex, sed legis corruptio”. I-II, q. XCV, a. 2.

permite dentro de un orden jurídico dado el injerto de un régimen de tiranía, que se oponga precisamente al ideal de comunidad de hombres libres: porque si hay derechos injustos bien puede ocurrir entonces que el tirano dicte el derecho pero la justicia la tenga el pueblo. Justificaríamos así el vasallaje de la Justicia por la fuerza bruta erigida en derecho <sup>(198)</sup>.

8) EL DERECHO NATURAL Y EL ESTADO TOTALITARIO. *Autenticidad y legitimidad*. La política como realización integral del orden jurídico positivo, encarna un proceso de naturaleza psico-social, en virtud del cual el individuo como ente o persona trasciende al plano de comunidad, cuya existencia no es ya óptica como la del ente sino lógica o representativa, en tanto que procede de un ordenamiento de la razón. Este proceso o tránsito de individuo a comunidad, no significa un cambio en la naturaleza del sujeto sino un cambio en el sentido y dirección de la conciencia. De esta manera para que la conciencia pueda quedar sometida a su propia objetivación, es necesario que el sujeto real permanezca en la multiplicidad de los cambios.

En el orden jurídico, el estado se nos presenta en los procesos de la conciencia como la objetivación de más alta

---

(198) Muy acertadamente dice MANUEL RÍO: "La teoría de Stammler resulta en un justificativo de la arbitrariedad, en particular de la arbitrariedad estadual, y en la negación de los derechos concretos esenciales del hombre como tales. El logicismo jurídico que ha seguido a Stammler ha llegado, como se sabe, a ese necesario término. Kelsen, Lann, Spiropulos, son todos relativistas puros. Todo concepto es una pura construcción del espíritu, y Spiropulos no vacila en afirmar que la elección de cada uno es absolutamente libre; se puede igualmente afirmar o negar la existencia del sujeto del derecho, la noción de derecho natural, la creación del derecho por el estado; lo único que importa es razonar lógicamente a partir del concepto adoptado. La ideología racista, como diremos adelante, utiliza ampliamente ese formalismo". Revista *Estudios*, setiembre de 1939. Pág. 216.

jerarquía; en consecuencia la política entraña un problema de objetividad que tiene, sin embargo, sus más hondas raíces en la estructura racional y en el complejo psíquico de la conciencia individual.

El estado totalitario constituye en la hora presente la actualización de un proceso de la conciencia; pretende, pues, llevar implícitas la autenticidad de esa conciencia y por ende la legitimidad de su objetivación como régimen jurídico positivo. Sin embargo, resta a la filosofía frente a una realización política determinada comprobar dicha legitimidad, porque autenticidad no es siempre legitimidad. En efecto: por el método psicológico o histórico podemos llegar a la conclusión de que la política totalitaria es la expresión o proyección de una conciencia objetivada, que el ordenamiento jurídico se halla conforme a las exigencias e intereses de los individuos que conviven en un lugar y época determinados; que un estado de cosas ha impuesto o exigido el régimen aludido, siendo así auténtico este estado que condensa los problemas locales y los resuelve adecuadamente. Autenticidad, pues, en el sentido determinista, o empirista que marcan los acontecimientos y hechos sociales, pero no legítimo siempre desde el punto de vista racional en que el espíritu puede anteponerse a acontecimientos y hechos que contrastan o se oponen muchas veces a sus propios fines.

Debemos probar, pues, si la política totalitaria como objetivación de la conciencia individual mantiene en los procesos de su constitución los atributos inherentes de esa conciencia, puesto que el estado no es un ente sino una organización para el ente. Autenticidad y legitimidad deben ser referidos a una exigencia lógica de unidad, tal la de mantener en el orden dado los atributos esenciales de la conciencia, no bastándole así a un estado para ser legítimo constituirse en proyección de una conciencia, que se somete así misma, sino a condición de que el autosometimiento sea por un acto suyo espontáneo y libre.

Desde el punto de vista histórico y por el método psicológico, sólo puede determinarse la autenticidad de dicha proyección, y en este aspecto la realización política se nos presenta en perpetuo cambio y evolución, paralelos a los cambios en los contenidos de la conciencia. Pero la política, desde el punto de vista racional o filosófico, es la continuidad de la conciencia, su identidad en todos los procesos, ya que el complejo humano, que es evolución en el tiempo y en el espacio, es también a la vez permanencia e identidad en la unidad esencial del yo.

Ahora bien: si la política es la realización del orden jurídico, este orden se constituye por un sistema de normas, las que encierran propósitos y fines de la conciencia colectiva, o sea conciencia individual objetivada; pero la conciencia individual es ente real, natural; se sigue, entonces, que la ley natural de este ser constituye el cimiento del orden jurídico. Todos los procesos, todos los cambios y regímenes políticos se asientan sobre dicha ley, como su común denominador. La legitimidad, pues, de una política concreta es mantener la continuidad de esta ley natural del individuo en todos los contenidos positivos, aun contra cierta autenticidad histórica, como cuando el orden humano se amasa, por extrañas exigencias del ambiente, de instintos y materialismos.

De esta manera el derecho natural y el estado totalitario se nos presentan al análisis no como la premisa mayor que subsume a la menor, lo que implicaría objetos de extensión y comprensión diferentes, como los que enlaza el razonamiento silogístico, sino, según antes dijimos, como un proceso de continuidad de la conciencia, es decir: si el estado totalitario aparte de su autenticidad en el orden psicológico, que no nos concierne comprobar en este trabajo, es o no ante todo una expresión legítima del orden natural de la razón.

---

**PERSONALIDAD, CULTURA Y AUTORIDAD**

Pero para ello es menester antes partir de ciertas premisas que nos sirvan de guía en esta exposición, ya que el derecho natural, fuera de los matices particulares que cada escuela o dirección nos presenta, tiene bases lógicas comunes, que han de medir o mejor justificar las líneas que en particular pertenecen a cada una de las doctrinas en boga.

El derecho natural como actividad propia de la razón lleva implícito en sí mismo las condiciones para su propio desarrollo. Si el “*suum cuique tribuere*” no es norma ni regla de conducta sino la expresión de esa actividad, se sigue que las condiciones para que ella se realice, no serán tampoco objeto de la normatividad. No serán derechos ni deberes sino simplemente las condiciones del propio ser del derecho.

“Lo suyo” implica la noción de persona que es algo más que individualidad. La individualidad pasa a ser persona cuando es capaz de reflexionar sobre sí misma, es decir, cuando adquiere conciencia de que es individualidad. Ahora bien: persona que es conciencia, entraña a su vez, una actividad en relación a esta conciencia. La persona que se desarrolla por esta actividad adquiere *personalidad* o sea dominio y capacidad de espíritu. A mayor capacidad mayor dominio espiritual sobre la naturaleza y el instinto. Este cultivo de lo espiritual que da a la persona autoridad en *razón* directa a su personalidad, es lo que denominados *cultura* <sup>(199)</sup>.

---

(199) *Ismael Quiles* en su trabajo “Individualidad y personalidad”, distingue muy claramente “individuo”, “persona” y “personalidad”. De esta última dice: “personalidad, sería por lo tanto aquella razón íntima por la cual el hombre es persona, como corporeidad es aquella razón íntima por la cual el hombre es cuerpo y animalidad es aquella por la cual el hombre tiene una vida sensitiva”. Nosotros diríamos, pues, en concordancia con Quiles, que quien obra de acuerdo a esa razón íntima por la cual el

De esta manera, tiene autoridad todo aquél que vive en armonía con esta cultura, y cuanto más íntima sea esta armonía tanta mayor autoridad ejercitará sobre la conciencia de los demás, y, en consecuencia, mayor angulación de acción con respecto a su libertad.

Persona, personalidad, cultura y autoridad constituyen así la esencia del “*suum cuique tribuere*”; no son pues derechos ni deberes recíprocos, sino las condiciones esenciales de la actividad de la razón, precisamente para hacer posible la normatividad sobre derechos y deberes.

#### JUAN JACOBO ROUSSEAU Y FRANCISCO SUAREZ

Pero esta actividad progresiva que parte de la persona y se actualiza en la cultura tiene su aberración o estancamiento cuando la noción de persona se agota plenamente en sí misma, cuando anticipándose al proceso de su desarrollo natural, la persona por un artificio o ficción se transforma en personalidad, ésta en cultura y la cultura en autoridad. Juan Jacobo Rousseau, creador de este romanticismo, identificó la persona en esencia a la persona en estado, confundió de este modo actividad y progreso con normatividad; por este normativísimo se

---

hombre es personalidad, adquiere verdadera capacidad y dominio. Véase: Ismael Quiles: “Individualidad y personalidad”. Convergencia psicológico-metafísica. Pág. 217. De Stromato, vol. II: Bios y Psique.- *Octavio Nicolás Derisi* dice al respecto: “la cultura implica, pues, una naturaleza cuyas causas, sin ser modificadas en su obrar intrínseco (el hombre no podría hacerlo, aunque quisiese), son dirigidas extrínsecamente hacia un fin propuesto por un ser inteligente. Si bien, pues, todos los seres son capaces de recibir una cultura de acuerdo a su naturaleza, sólo la creatura racional es capaz de realizarla”. “Los fundamentos metafísicos del orden moral”, pág. 233.

transmutaron la persona y personalidad en la individualidad primitiva, la cultura en civilización, la autoridad en poder.

Evidentemente: las condiciones esenciales que mantienen la actividad propia de la razón (*suum cuique tribuere*) se cristalizaron en normas, las que conocemos por la histórica declaración de los derechos del hombre; y esas condiciones de simples esencias se transformaron en cosas existentes. De ahí que la persona y sus atributos esenciales se tornaron en bienes contingentes, propio de todos los contenidos normativos.

Merece, pues, una atención especial este racionalismo romántico y normativista de la persona porque en él se encuentra el germen del estado totalitario.

Para Rousseau, la persona comprende en sí un conjunto de atributos plenamente realizados, no por virtud de un proceso o devenir, sino por una exaltación de la imagen de sí misma. La persona en existencia o sea individuo, se refleja como personalidad, esta es la proyección romántica de la persona. De esta manera el proceso ulterior de la convivencia no producirá el desarrollo de la persona, que ya está exhaustivamente estructurada por la imagen, sino que el proceso político será la constitución de una civilización que asista y resguarde a la persona. La personalidad que es aumento de capacidad en la persona, que es progreso espiritual y, en consecuencia, autoridad auténtica, se anulan, y la sola noción de individuo o persona implica ya esa capacidad plenamente realizada. La noción de autoridad se sustituye por la de poder, pues si toda existencia individual por el hecho de ser tal es ya personalidad sólo el poder material que vive sin autoridad, es capaz de sostener esta persona sin personalidad. Tal el sentido materialista del poder en Rosseau.

Autoridad tiene el padre sobre el hijo, el maestro sobre el discípulo, el sabio sobre el ignorante; autoridad es la que ejerce una nación de filósofos y artistas sobre otras de menor categoría cultural; autoridad la tiene todo aquél que puede imponer una

idea, una conciencia, una conducta; inversamente, poder (dominio material) puede tener un alumno sobre el maestro, el hijo sobre el padre, una nación rica y próspera económicamente sobre otras cuya sola riqueza estriba en cosas del espíritu. Cuántos que pagan tributo al César no tienen, en cambio dominado al César con el espíritu y las ideas.

Poder espiritual es así sinónimo de capacidad y la capacidad se adquiere sólo por el desarrollo de las potencias que existen en la persona. Como en Rousseau no existe la capacidad y sus dotes como actualización de potencias sino como inherencias innatas y actuales de la persona, el estado está fundado en este poder que no tiene raíz ontológica sino puramente romántica y de cuyo sentido anárquico Maritain expresa: “declarar que la autoridad reside en la multitud como en su sujeto propio, sin poder salir de allí para existir en tales o cuales hombres responsables, es un escamoteo destinado a permitir que ciertos mecanismos irresponsables ejerzan el poder sobre los hombres sin tener sobre ellos autoridad. Así el poder (el poder del estado) disfraza la anarquía<sup>(200)</sup>.”

Maritain, pues, se refiere a esta soberanía cuyo origen y fundamento reside en el pueblo; el estado reconoce así el poder efectivo de la persona anterior al estado mismo, de tal manera que los fines del estado no pueden ser sino los fines de la persona.

Sin embargo, muchos años antes de aparecer la doctrina jacobina, en el siglo XVI, Francisco Suárez<sup>(201)</sup> enseñó también que en el pueblo reside la soberanía, pero por un acto de providencia, vale decir: el poder que a la persona se reconoce está

---

(200) *J. Maritain*: “Acción católica y acción política”, pág. 71

(201) Véase sobre la tradición presuariana anterior al siglo XVI a *Camilo Barcia Trelles* “Francisco Suárez”. Sección de Estudios Americanistas. Universidad de Valladolid, 1934.

fundado en la autoridad divina. Poder es una propiedad de la naturaleza racional del hombre; autoridad, en cambio, es atributo del creador. Suárez, dice: “acerca de esto digo brevemente, en primer lugar que esta potestad es dada por Dios a modo de propiedad que sigue a la naturaleza, del mismo modo que, dando la forma, da lo que sigue a la forma. Se prueba, en primer lugar, por qué Dios no da esta potestad por especial acción o concesión distinta de la creación; de otra suerte deberían constar de tal concesión por la revelación, lo cual consta que es falso; de lo contrario, no sería tal potestad natural; luego se da como propiedad consiguiente a la naturaleza, a saber mediante el dictamen de la razón natural que muestra que Dios proveyó suficientemente al género humano, y consiguientemente, que le dio esta potestad para su conservación y conveniente gobernación necesaria. En segundo lugar, (continúa Suárez) afirmo que esta propiedad no resulta en la naturaleza humana hasta que los hombres se reúnen en una comunidad perfecta y se unen políticamente” (202).

De esta manera la democracia Suraista anula el germen anárquico que se injerta en la democracia jacobina: para Rousseau cada individuo es persona, es decir, cada cual tiene en sí por naturaleza, no como una propiedad, el poder que libremente delega a otros para formar la comunidad; en Suárez, el individuo no tiene el poder como cosa inherente a su naturaleza, sino que surge como una propiedad sólo cuando la persona entra en estado de convivencia, pero es propiedad que requiere también acuerdo de voluntades. Y así dice: “y en la misma proporción como a cada hombre ha sido dada la libertad por el autor de la naturaleza, más no sin la intervención de la causa próxima o del padre por el cual es producido, así también

---

(202) *Francisco Suárez*: “Tratado de las leyes y de Dios Legislador”. III, 3, 4 y III, 3, 5.

esta potestad es dada a la comunidad de los hombres por el autor de la naturaleza, mas no sin intervención de las voluntades y consentimiento de los hombres, por los cuales ha sido reunida y consagrada tal comunidad perfecta”<sup>(203)</sup>.

He ahí, pues, señaladas las dos fuentes históricas que articularon en el futuro la doctrina democrática: providencialista y profundamente cristiana la de Suárez, romántica y anárquica la de Rousseau. Espiritualista la primera, se amalgama con las ideas de personalidad, cultura y autoridad, materialista la segunda en su complejo de persona, civilización y poder.

La democracia suareciana fundando el poder de los hombres en la autoridad de Dios exige a la persona ejercitar el poder de conformidad a aquella autoridad. Más para esto se necesita que la persona sea personalidad, para que así el espíritu convenientemente desarrollado y cultivado comande la vida del instinto y del cuerpo. El ejercicio espiritual del poder (que es poder fundado en autoridad) determina en la comunidad el predominio de los intereses del espíritu, y quien tiene más capacidad, tendrá desde luego más poder. De este modo una comunidad jurídica del tipo de Suárez es la democracia en la cultura, es decir la democracia fundada en la capacidad adquirida por la persona, pues si como bien se ha dicho, la cultura crea valores fines y la civilización valores medios o instrumental<sup>(204)</sup>, la democracia suareciana enseña precisamente que este poder es medio para llenar fines más altos de la comunidad y que quien obre en relación a estos fines tiene verdaderamente autoridad. En consecuencia queda excluida la posibilidad, contra el

---

(203) II, 3, 5. Véase también el comentario a este pasaje de Suárez a *Luis Recaséns Siches* en su libro: “La filosofía del derecho de Francisco Suárez”, pág. 131.

(204) *León Cristiani*: “*Kultur et civilisation*”, pág. 20 y siguientes. Tal fue la distinción que marcáramos también en nuestro estudio, “*civilización y cultura*”, págs. 5-9.

jacobinismo político, de aquel escamotea, según la expresión de Maritain, destinado a permitir que ciertos mecanismos irresponsables puedan ejercer el poder sobre los hombres sin tener sobre ellos verdadera autoridad.

### LA CRISIS DEL PODER

En la doctrina de Rousseau, fundado el poder en la naturaleza misma del individuo, aquél, el poder será un fin y no un medio, puesto que forma parte esencial de la persona. La democracia de este tipo exigirá cuidar este poder natural ya que forma parte de la persona misma; en consecuencia: el estado cultivando este poder como bien inestimable, acrecentará los medios materiales para resguardarlo. Los fines espiritualistas pierden sentido y eficacia frente a una civilización que no va más allá del hombre natural, que niega la metafísica de la autoridad y se desentiende igualmente de la supervivencia de lo espiritual.

Desde Rousseau hasta nuestros días ha evolucionado esta concepción materialista del poder, magnificándose así paralelamente con las grandes civilizaciones y debilitándose en los medios culturales cuyas naciones plenas de autoridad son tributarias de aquel poder. Las últimas consecuencia fueron el liberalismo político y económico: el primero con su cortejo de demagogias, el segundo sembrando el desequilibrio y la injusticia entre los pueblos vecinos.

El poder y la persona fracasan de este modo en su propio ámbito, fracasan como fracasan ciertos organismos por auto-intoxicación; fracasan precisamente porque el poder sin autoridad engendró la civilización sin la cultura y la civilización consumó el proceso de aniquilamiento de la persona. El poder en la persona natural, sin capacidad o personalidad, determinó el cultivo sólo de los medios para conservar el poder y no de los fines para los cuales debió ejercerse el mismo. La civilización actual está ligada así a la concepción de persona sin personali-

dad a la de poder sin autoridad. En esta civilización la persona sucumbe, en cambio el poder se ha fortificado de tal manera que amenaza igualmente aniquilar a la civilización: de la cual ha nacido y se ha nutrido.

Sin embargo, no podríamos decir con propiedad que la persona y la civilización han fracasado como bienes, porque ellas sin las ideas de personalidad y cultura siempre fueron dos males. El poder insumido en la persona como fuente originaria, no constituyó un principio de justicia, no fue nunca un bien para la individualidad sino el mal en sus comienzos. Por él la persona no pudo llegar a ser personalidad porque su capacidad no fue efectiva sino imaginada y recompuesta por una civilización sin cultura. Una libertad e igualdad matemáticas, precisamente por ser normativistas, destruyeron la verdadera libertad e igualdad jurídicas que se fundan en la capacidad o personalidad.

### LA VUELTA A HEGEL

El mal de Rousseau se extendió poco a poco por todas las células sociales hasta el punto de transformar a la persona en un complejo de antinomias, lo que produjo el advenimiento de un estado hegeliano. La persona negándose a sí misma pretende salvarse; de esta manera Hegel reemplaza a Rousseau. La dialéctica se remoja y por sus senderos se pretende dar fundamento actual a la política; el poder se opone a la persona y la síntesis se realiza en la personalidad del estado que no es persona. El poder quiere salvarse sin la persona, agudizándose en consecuencia el sentido materialista con que viene desde Rousseau. Los derechos naturales son igualmente negados por las funciones y servicios públicos del estado; la libertad es condición para aquél que obra de conformidad con la voluntad del gobernante, la conciencia individual subsumida plenamente en esta voluntad totalitaria no le ha quedado ningún sector

propio para su desarrollo. ¿Qué queda de original a la persona? Aquella que al principio hemos definido como la individualidad que es capaz de percibirse a sí misma, o sea como ente de conciencia, hoy sólo puede percibirse en el estado. Su principio vital es el estado porque él la ha salvado de su propia antinomia, de su aniquilamiento. Su fin es el estado porque éste supervive a las individualidades. Bien podríamos oponer al principio cartesiano “yo pienso luego existo” el de León Duguit, fundador del sindicalismo integral (hoy estado totalitario) que dice: “yo pienso como unidad del conglomerado social, luego sólo la sociedad existe”<sup>(205)</sup>. Según esto, únicamente la colectividad puede pensarse a sí misma, sólo el estado es fin, el individuo un medio.

Ahora bien: como toda realización política determinada constituye un proceso de objetivación de la conciencia individual, a nosotros nos incumbe solamente indagar, como dijimos al comienzo de este estudio, si esta objetivación es legítima más que auténtica, ya que de esta última corresponde su análisis al estadista y sociólogo.

### EL ESTADO TOTALITARIO

El individuo muere, dicen unos, sólo la sociedad y el estado superviven (doctrina socialista); el individuo carece de valor como unidad social, dicen otros, es la raza que vive en él y da sentido a la individualidad (doctrina racista); ni el individuo ni el estado-persona, dicen los de más allá, constituyen valores esenciales, es la evolución de la riqueza en sus aspectos de producción, conservación y distribución lo que da fisonomía y carácter a la comunidad (doctrina comunista).

---

(205) *Leon Duguit*: “El pragmatismo jurídico”, pág. 102.

Frente a estas tres premisas el individuo es cosa que ha de administrarse, la persona es conciencia y pensamiento que han de esquematizarse como el estado mismo; la libertad no la tienen las almas como atributo, sino la ley que la otorga de acuerdo a aquel esquema; no hay más derechos todos tienen funciones, tampoco existen los deberes porque estos son correlativos a derechos. ¿Cuál es la causa real y profunda que ha motivado este trastocamiento de cosas que pretende igualmente arrollar los postulados de la democracia providencialista? En gran parte ya la conocemos, cuando nos hemos referido a la concepción materialista del poder. Pero es necesario también determinar las causas inmediatas que las encontraremos en el proceso mismo de objetivación del estado totalitario.

Su advenimiento tuvo señales precursoras años atrás. Empezaron las monarquías y coronas a derrumbarse aún las más tradicionales de la vieja Europa. Iban destruyéndose así en primer término aquellos elementos y factores que se encontraban ligados a los estados democráticos, tanto el liberal como el cristiano. Las monarquías se encontraban ligadas a la democracia, ellas rendían culto igualmente a la persona, coparticipaban de los bienes que producía la civilización sin cultura, y el poder se hallaba repartido entre la persona del príncipe y la conciencia del pueblo. El resurgimiento de la dialéctica hegeliana, por otra parte, contribuyó a ahondar las antinomias que los excesos de la demagogia había provocado: Hegel fue así el principal precursor del estado totalitario.

En efecto: su advenimiento fue precedido por antinomias y oposiciones inconcebibles; para destruir la libertad se ejerció esta misma libertad; para aniquilar derechos se pusieron en juego otros derechos; para curar el desorden reinante, el desorden fue la voz de orden en todas partes. La antinomia se agigantó cuando el mismo estado totalitario se opone o combate a sí mismo; y así quería destruir la democracia combatiendo contra el comunismo, el mayor enemigo de la democracia. Teóricamente el estado totalitario necesitó recurrir de

nuevo al artificio dialéctico por eso encontró también oposición en sí mismo.

De acuerdo entonces a la premisa: “lo real es racional y lo racional es real”, el estado se estructuró como sustantividad o concreción histórica, románticamente, como en Rousseau, pero no como la persona reflejada en sí misma, sino proyectada fuera de sí. Tal la personalidad sin persona. Sobre esta proyección descentrada se basa todo el proceso de objetivación del estado totalitario.

La dialéctica absoluta enseña que todo deviene del pensamiento y de sus términos de oposición. La historia como ciencia de las ciencias nos permite descubrir las concreciones o síntesis de este pensamiento en perpetuo devenir. Si los acontecimientos humanos como ser las revoluciones, guerras y conquistas determinan dichas concreciones, y si en el tiempo y en el espacio unas son reemplazadas por otras, también el pensamiento dialéctico estructura por encima de estas formas mudables el arquetipo político de todos los tiempos.

El estado totalitario no tiene así la pretensión de constituir un sistema más de gobierno o una forma estatal positiva, que se sume a las del pasado con un ciclo propio, sino que aspira a definirse como forma permanente pero con procedimientos diversos para su realización en el tiempo. Y así como democracia es teóricamente gobierno del pueblo, pero que necesita de recursos técnicos o intermediarios para su realización efectiva, el estado totalitario anhela precisamente aniquilar de una vez por todas ese común denominador de todas las realizaciones democráticas, el pueblo, y sustituirlo por la noción de estado. De esta manera el pueblo se adjetiva, ya que directamente no puede ejercer el poder, sustantivándose se lo el estado por ser el único que puede ejercerlo sin intermediarios .

Ahora bien: dentro de este sustantivo genérico, estado, pueden existir diversos tipos o especies de estatismos, es de-

cir: modos diversos de realizar la idea central que se concreciona en el principio “todo en el estado nada fuera del estado”. Pero se dice que en este nuevo orden de cosas no se extingue la libertad individual sino que se consolida y afirma: obrando en relación al estado se propende simultáneamente al bienestar individual. Sin embargo, hay que advertir que esta libertad individual supuesta, no es ella condición natural para generar el acto y la relación jurídica, sino una condición que funciona de acuerdo a la apreciación que de ella hace el mismo estado.

La tesis y antítesis del proceso dialéctico de la política, cuyos términos opuestos son individuo y comunidad se resuelven necesariamente en el estado, pues la síntesis hegeliana debe anular los extremos.

De este modo el estado totalitario trasciende más allá de los factores geográficos y continentales, disuelve las líneas separativas que tienen dividido el mundo humano en naciones diversas, en repúblicas y monarquías, en individualismos y colectivismos; aspira sencillamente a la unidad política del mundo, como síntesis suprema del complejo jurídico internacional.

Nosotros creemos que esta síntesis en el estado totalitario presupone los siguientes términos de oposición, derivados unos de los otros: la persona o individualidad natural se opone a la personalidad ideal o lógica del estado; la cultura, entonces, como expresión libre y espontánea de la voluntad individual, se opone a la civilización que emana de la acción ordenadora y compulsiva del estado; como consecuencia de lo anterior: la autoridad, que lleva implícita la cultura y el pensamiento, se opone al poder que de manera efectiva sólo el estado puede ejercitar.

En efecto: el estado totalitario reconoce en primer término la individualidad humana, pero no la persona. Anula en

consecuencia el sentido metafísico u ontológico de la individualidad, toda vez que esta última para ser persona necesita tener conciencia de sí misma y que esta conciencia le sea reconocida. Como no es posible trasladar el concepto de persona, que es el sustantivo de la individualidad humana, al estado que no es un ente real, los teóricos del estado totalitario se ven en la necesidad de crear *la personalidad ideal del estado sin sustantivarla en la persona* su fuente originaria. Pero hemos dicho antes que la personalidad, por definición, es sólo capacidad y que ésta supone necesariamente la persona sobre la que se asienta y desarrolla. El estado totalitario se constituye así en personalidad sin haber participado en el proceso la noción subjetiva de persona. Por tanto: si desde el punto de vista de la personalidad, dicho estado no ha tenido ni tiene arraigo en el proceso real de la conciencia, se sigue que su pretendida personalidad representa una palabra sin el *concepto*, o el concepto sin *la cosa*. La negación de la persona por parte del estado totalitario le impide al individuo ser una unidad jurídica legítima; en consecuencia, la capacidad que desarrolle en el estado totalitario será la que el mismo estado le atribuya, ya sea por la raza, por la herencia o por el adiestramiento. Y así se explica que dentro de este estado pueda existir, y de ordinario existe, la adhesión plena y espontánea de la conciencia individual hacia este régimen político. Pero esta adhesión de mayorías, como fue la del pueblo alemán al ídolo racista, adhesión de carácter puramente psíquico, no autoriza a pensar sobre la legitimidad de dicho estado que no debe estar fundado en una simple adhesión de la conciencia, que es errónea muchas veces o hábilmente coaccionada, sino en la objetividad de la conciencia, en la cual no es cosa distinta sino parte integral del proceso.

En segundo término: el estado totalitario niega la cultura del espíritu y afirma la civilización en un nuevo orden social.

Esta oposición deriva, como se advierte, de la negación de persona y de la afirmación de la personalidad sin persona. Las ideas no tienen valor sino como reafirmación de aquella personalidad, pues el espíritu y el pensamiento individuales no tienen unidad en sí mismos sino en el estado y por el estado; por tanto: las ideas son los medios para la exaltación y la seguridad de este último. El pensamiento corresponde al individuo como trabajo, como acción o instrumento para el mantenimiento de la personalidad estatal. No hay así pensamiento, idea o creencia que no haya tenido origen por la acción y la enseñanza de los demás. El estado totalitario niega originalidad al individuo; el pensamiento como contenido tiene origen en la convivencia y no en virtudes intrínsecas al individuo. A éste sólo le concierne la inteligencia como facultad, todo su contenido empero, procede de la acción extrínseca y compleja de la vida social. Civilización, es pues, en el nuevo orden, más que cultura, toda vez que las ideas y el esfuerzo intelectual de los hombres son medios para el estado, tienen valor en tanto son útiles para acrecentar la existencia y continuidad de aquél. Por eso ha dicho con verdad el Dr. Enrique Martínez Paz que el estado totalitario tras la máscara de un idealismo puro esconde una concepción materialista y pragmática de la vida <sup>(206)</sup>.

En qué consiste, entonces, este nuevo orden, en cuya médula se halla ausente la persona y su ley natural? ¿Qué puede ser sino el conjunto de principios tendiente a realizar *la personalidad sin persona*, qué puede configurar sino una conciencia ficticia acerca de medios y fines para el estado que carece de

---

(206) E. Martínez Paz: "Tratado de Filosofía del derecho". Pág. 78: "El totalitarismo hunde sus raíces más hondas en el idealismo alemán de tipo hegeliano, que le presta esa apariencia espiritual que disimula el crudo materialismo en que asienta".

voluntad y autonomía reales? La cultura es continuidad de la persona, la expansión de sus potencias; es la ley natural que se enriquece de comprensión, de humanismo, de vitalidad. La civilización sin cultura es continuidad de una ley inferior a la del hombre, está descentrada de su ley natural, precisamente porque expande y desarrolla lo que de material e instintivo hay en el hombre. Cultura es orden espiritual, la civilización le proporciona los medios; pero civilización sin cultura es la vida ordenada materialmente porque sólo los intereses económicos tienen validez efectiva.

De esta manera el estado totalitario se esfuerza en crear y mantener no una cultura auténtica del espíritu, que sería contraria a sus propósitos, sino una civilización sin cultura, una civilización que se impusiera a los individuos y que llegara a revivir en ellos como por una especie de injerto, para poder así en forma *reversible* realizar la autenticidad de esa conciencia, que jamás fue original, pero que quiere a toda costa aparecer como tal. Por ello el nuevo orden cifra principalmente en la *violencia* el recurso para compensar su falta de originalidad, o sea la carencia de persona de que vive su personalidad.

En tercer término: el estado totalitario niega que el espíritu y las ideas tengan autoridad, sólo el estado por sus conductores tienen efectivamente el poder. En efecto: negada la persona y la cultura por una civilización que se impone por sí misma, se sigue necesariamente que el poder del estado, y de los gobernantes que lo representan, no es el poder con arraigo en el espíritu, no es la fuerza de la idea que se teje en su propio contenido moral, que da sentido a la compulsión jurídica del estado, sino el poder material, poder sin autoridad, posibilidad de mandar sin referencias a ideas; poder fundado sólo en un sistema de *sanciones efectivas*, cuyas sanciones han sido también determinadas por la misma personalidad ficticia del estado sin persona. Sin embargo no alcanza dicho poder a aquél que puede eludir dichas sanciones

o bien a aquél que tiene la posibilidad por una fuerza mayor de neutralizarlas.

El derecho natural se estructura, como dijimos antes, con la noción de persona, o sea conciencia de la individualidad, por eso el hombre es persona y su ley natural no puede ser otra que producto de esa reflexión o conciencia. Y sí -como dice Suárez- el poder o la potestad de dictar las leyes es una propiedad de la naturaleza del hombre, que se muestra o revela recién en el estado de convivencia, se infiere que el poder del estado sin persona no puede ser propiedad de la naturaleza porque no existe la persona de la cual depende dicha propiedad.

Ahora bien: si el estado totalitario no constituye una objetivación real de la conciencia individual, si se asienta empero sobre una ficción, si el poder no es continuidad de la autoridad, si su personalidad no es la proyección de la persona ¿cómo es que ella se mantiene viva en la propia conciencia individual? ¿Cómo es posible que la violencia haya podido también con las ideas y rehecho el alma de los hombres?

Sin embargo, estamos seguros que esta fidelidad de la conciencia al estado totalitario es aparente. Principios elementales de lógica nos los aseveran: ¿Puede existir esta política como conclusión de un proceso real de la conciencia? ¿Puede ser la expresión espontánea y libre de fuerzas vivientes, de ideas, de creencias y sentimientos? Hablar de proceso social en el estado totalitario, creo que nos conduciría a conclusiones contradictorias: si los hombres en una comunidad determinada son los propios gestores de la conciencia política, de la forma de estado y de su gobierno, sería en consecuencia absurda la afirmación: “todo en el estado, nada fuera del estado”, o sea el individuo (*origen* del proceso) contra el individuo (*materia* del proceso). Si los hombres participan, cada uno como unidad real, a constituir el estado que no es un ente sino una organización u orden de la razón, en el estado totalitario el individuo mismo, libre y espontáneamente habría destruido su propia individualidad,

su propia persona. Por eso creemos que el verdadero opositor del estado totalitario sea el individualismo, porque éste también constituye otra aberración política, según vimos en Rousseau, siendo además el germen de aquél, sino que el verdadero término de oposición es la individualidad *natural* en su carácter de *persona moral*.

Frente a nuestra concepción del derecho natural de contenido progresivo, línea recta y ascendente que parte de la individualidad con conciencia y que tiene en Dios su vértice de convergencia, el estado totalitario como en el racismo o comunismo ateo dibuja su línea quebrada que aleja la individualidad de aquel término beatífico. El derecho natural es en esencia actividad continua y progresiva de la razón y normatividad en cuanto dicha actividad concreta los medios y los fines; esta actividad implica la persona o sea la conciencia de la individualidad, y esta persona sólo llega a ser personalidad por el desarrollo y perfeccionamiento de sus potencias. El estado totalitario al destruir la persona, su libertad y sus fines quiebra la línea del progreso, interrumpe la continuidad del espíritu, esteriliza la cultura y aniquila totalmente el sentido humanista de la vida.

De esta manera, mientras el derecho natural funda la personalidad en la persona, la civilización en la cultura y el poder en la autoridad, el estado totalitario es la aberración de la personalidad sin persona, de la civilización sin cultura, del poder sin autoridad.

9) EL DERECHO NATURAL EN EL INTUICIONISMO CONTEMPORÁNEO. EL INTUICIONISMO BERGSONIANO EN F. GENY. Un nuevo método filosófico implica necesariamente una nueva proyección en el campo de la filosofía del derecho respecto al modo

de plantearse sus cuestiones y problemas y al modo de resolverlos. Y esto se explica en cada etapa del pensamiento filosófico, por la íntima e indestructible unión que existe entre la actividad práctica y la actividad especulativa. Toda filosofía teórica no tiene más finalidad que darnos un mejor conocimiento, una visión más clara y distinta de nuestro fin. La ética, en general, no resuelve sus problemas por sí misma, es, en cambio, la resultante de un proceso espiritual integral en el que lo “normativo” debe ser antes “conocido”; conocer no significa nada más que sumergirse en un proceso el que necesariamente conduce al obrar. El conocer no supone el obrar, pero éste implica necesariamente un conocer o una comprensión, del fin. Por eso es que decimos que un nuevo método filosófico exige lógicamente, por ser su consecuente, una reelaboración metodológica frente a las cuestiones que se formula la ética, particularmente las relativas al orden jurídico. Se ha dicho que el pensamiento filosófico es hijo de la época. Sin afirmar nosotros que esto sea una verdad fundamental, podemos, en cambio, consentir en que cierta modalidad puede ser tomada del proceso actual de la vida, y, en este sentido, el pensamiento filosófico actual, suele caracterizar su nueva modalidad en la forma de resolver sus preocupaciones éticas. El derecho es el que más enraíza en la evolución y transformación de las creencias, de las costumbres y necesidades sociales, el derecho, por su propia naturaleza social, es, en consecuencia, el que con más autenticidad va marcando la evolución de aquel pensamiento, hasta el punto de poder afirmar que la historia de la filosofía es también la historia del derecho. De ahí que la filosofía del derecho, frente a las exigencias de la “nueva filosofía”, ha mostrado a la crítica mundial, cómo puede construirse también las nuevas bases de una filosofía del derecho que proyecte, a la vez la misma modalidad y características con que se nos muestra el pensamiento filosófico actual.

El eminente jurista y filósofo francés, Francisco Geny, analiza y adapta en su obra fundamental “science et technique en droit privé positif” el método creado por la nueva filosofía, cuyo principal representante es Enrique Bergson. El intuicionismo ha sido aplicado por Geny en la obra citada a través de insuperables fórmulas, no exentas sin embargo, como luego tendremos oportunidad de analizar, de vicios radicales que se derivan precisamente del fondo mismo del pensamiento bergsoniano.

Conocida de todos es la impugnación que Bergson lanza contra el intelectualismo clásico: “los conceptos” creados por este intelectualismo han demostrado una incapacidad fundamental como medios para el conocimiento de la realidad absoluta: el concepto, como el juicio y el raciocinio, son hijos del artificio humano, la realidad es otra, no es nada hecho sino un eterno hacerse en un tiempo real, que no es tampoco como el tiempo que se da en el concepto, sino el tiempo como duración eterna <sup>(207)</sup>. Por el análisis y la síntesis construimos algo que no es real, sino simplemente algo que nos es útil, de provecho; la obra intelectual del hombre, en cualquier sentido que se la juzgue, es sencillamente pragmática, la realidad ha escapado por ella como el agua a través de la red <sup>(208)</sup>.

Si fuéramos nosotros a aplicar estrictamente tales puntos de vista al orden ético, tendríamos también que distinguir en los actos humanos, o sea, en los fines que hacen obrar a la

---

(207) *Evolution créatrice*. Véanse págs. 227, 341 y siguientes.

(208) “La fonction essentielle del’ intelligence sera done de démêler, dans des circonstances quelconques, le moyen de se tirer d’affaire. Elle portera essentiellement sur les relations entre la situation donnée et les moyens de l’utiliser. Il y a des choses que l’intelligence seule est capable de chercher, mais que, par elle - même, elle ne trouvera jamais, les choses, l’instinct seul les trouverait; mais il ne les cherchera jamais”. *Evolution créatrice*, págs. 163 y 164.

voluntad, una realidad inaccesible a la inteligencia, una realidad rebelde a la formulación normativa, esta última no sería más que la obra artificial de la inteligencia. Todo esto estaría indudablemente regido por una norma, que encierra fines singulares, pero la finalidad *esencial* que gobierna a todo acto o fin particular no podría jamás ser la ley de la voluntad, porque jamás podría ser objeto de la actividad intelectual. Nuestros actos quedarían, por tanto, subordinados a una construcción pragmática de normas de mayor o menor flexibilidad. Cuanto más rígidas fueran ellas tanto más distantes estarían de la verdadera realidad.

Sin embargo, no es ésta la interpretación fundamental del orden ético del derecho a que nos llevaría, por razones de simetría y consecuencia, lo obra de Bergson. Geny ha elaborado su sistema no sobre el área total de los principios bergsonianos, sino sobre aquellos que él juzga más bien patrimonio de la “nueva filosofía” y no de pertenencia exclusiva de Bergson <sup>(209)</sup>. Tal es, pues, nuestro propósito en esta breve monografía: descubrir los elementos del intuicionismo bergsoniano asimilados por la obra filosófica y científica de Geny y demostrar, a la vez, que las líneas vulnerables de esta obra son precisamente las que par-

---

(209) “Ce n’est pas ici le lieu de présenter, dans leur plénitude, les thèses fondamentales de cette philosophie, - éminemment française par ses origines et ses soutiens principaux. - qui, née d’une réaction nécessaire contre l’hyperrationalisme de la génération, dont les plus illustres maîtres avaient été, après A. Comte, Taine et Renan, déjà pressentie par Ravaisson, nettement esquissée dans les travaux de M. E. Boutroux, reconnaît comme son interprète le plus personnel et le plus éminent M. H. Bergson, reçoit de la plume hardie et souple de M. Ed Le Roy une expression enthousiaste, tranchante, énergique, allant parfois jusqu’à l’outrance, rayonne à travers la critique des sciences, s’infiltrant, en dépit de mille réserves et nuances de détail, dans les recherches méthodologiques de M. M. Poincaré, Milhaud, P. Duhem, Wilbois, et va retentir, avec une force inattendue, le long du chemin de la spéculation religieuse, sous l’influence indirecte, et peu consciente sans doute, de L. Ollé-Laprune, par l’initiative originale de M. M. Blondel, bientôt suivi,

ten no de la nueva filosofía, sino de su fuente misma: el intuicionismo irracional.

Geny ha suavizado indiscutiblemente este elemento irracional, ha pulido su contorno, de tal manera, que el menosprecio bergsoniano por el intelectualismo clásico disminuye en gran parte frente a un estado de intervención que la inteligencia nos crea de manera irreductible ante la realidad intuida por el hombre. El sistema de Geny tiene, a nuestro modo de ver, como objetivo fundamental, y desde el punto de vista del método, conciliar y armonizar lo que para Bergson es irreconciliable: inteligencia e intuición.

En Geny, el derecho se nos presenta como un objeto de conocimiento, cuya esencia y naturaleza debemos determinar: “Quelle est la nature propre du droit objectif considéré, en fait, comme élément intégrant de la réalité sociale? Est il objet de connaissance, au simple matière pratique, ou, plutôt même, l'un et l'autre à la fois? En tant qu' offert à la connaissance, par quels moyens le pouvons - nous saisir?” <sup>(210)</sup>.

### EL NUEVO METODO

Durante el siglo pasado el método en la investigación del derecho se ha caracterizado por el análisis de las fuentes for-

---

en apologétique, de M. Laberthouinière, pour être largement distancé, dans la critique des dogmes, par M. Ed. Le Roy, en exégèse, par M Loisy”. *Science et technique en droit privé positif*. Pág. 76.

No obstante estar Geny bajo el influjo de la nueva filosofía, declara que no da su adhesión a ninguno en particular que juzga dentro de esta corriente, él pretende construir un sistema, que si bien contempla las premisas fundamentales de esta filosofía, no pertenece a escuela determinada. Véanse págs. 79 (nota 3), 80 y siguientes de la misma obra, tomo I.

(210) *Science et technique*, tomo I, pág. 11.

males o sean las normas y preceptos en que cristalizaba el derecho positivo. El análisis fincaba, pues, en manifestaciones simbólicas, en una especie de fotografía de la realidad social, simplemente un algo muerto construido por el intelecto. En esta fuente irreal era precisamente en donde el jurista creía encontrar la realidad viviente del derecho. La obra de Laurent es de esta tendencia. En estos últimos veinte años el camino y los medios son otros: el método exegético ha sido suplantado por el crítico o científico. El jurista torna ahora su mirada, no sobre aquella fotografía o referencia legal sino sobre el propio modelo, la vida social, en donde el derecho se desenvuelve con estructuras y características por cierto singulares. De la verdad legal, verdad muda como las bellas sugerencias de todos los símbolos, hemos retornado a la realidad de la vida, al derecho en sí, posición ésta más modesta que la anterior, pero, también, más verdadera. A este tipo de investigación se refiere la obra de Planiol. El movimiento copernicano, dice Geny, operó el derrumbe de la clásica creencia de que la tierra era el centro del sistema planetario y construyó esta otra por la que se afirma que la tierra no es sino un satélite. Así también la nueva tendencia en el campo jurídico ha declarado que la ley no es la fuente del derecho positivo sino que está subordinada a la realidad que simboliza, dispuesta a caducar cada vez que la transformación y la evolución de las creencias así lo exijan. La ley ofrece sólo una referencia, la vida en sí debe ser la fuente perenne para el jurista y el intérprete.

Ahora bien: ¿en qué bases filosóficas se enraíza este nuevo método o modo de ver del jurista? Frente a Geny se dibujan dos perspectivas: el intelectualismo clásico que arranca de Aristóteles y el intuicionismo moderno que tiene por principal representante a Enrique Bergson. Pero estas perspectivas no se presentan irreductibles o irreconciliables en Geny, como antes aludíamos, sino que tienen un vértice de unión. Analiza, en primer término, el método intuicionista, declarando que

la tesis fundamental de esta filosofía tiene un origen netamente francés y que ha nacido de una reacción contra el hiperracionalismo de la generación pasada, reconoce como sus intérpretes más destacados a Bergson y a Ed. Le Roy. "Partant de cette constatation que les choses du monde, soumises à la durée, sont dans un flux constant et comme l'objet d'un écoulement continu, de telle sorte qu'il n'y ait pas de natures fixes mais des essences en perpétuel changement, et observant, en même temps, que les facultés de l'homme ne s'exercent pas suivant une loi de dissociation schématique, qu'elles agissent en un concert perpétuel, qui ne permet pas de les isoler les unes des autres, -la *philosophie nouvelle* critique énergiquement, comme moyens de connaissance, les *procédés discursifs*, qui déforment, à plaisir la réalité, voire même les purs concepts, qui ne saisissent les choses que par fragments et les représentent à la façon de moules figés et solides, incapables d'en exprimer la variété, la pluidité, essentielles. Il faut, nous dit-on, compléter et corriger la rigidité de l'intelligence par la souplesse de l'instinct, de façon à ausculter le mystère du monde au moyen d'une sorte de sympathie intellectuelle. Il faut suppléer aux défauts et aux lacunes de l'analyse, par concepts au moyen de vues multipliées, diverses, métaphoriques, qui nous fournissent une *expérience intégrale*. non seulement révélatrice des choses, mais informante et créatrice en même temps. Dans ce but, la philosophie nouvelle prone, sous le nom d'*intuition*, un mode de connaissance plus subtil que l'intellect pur, qui, s'installant au cœur même de la réalité, la pénétrerait pour ainsi dire du dedans, et, se laissant emporter avec elle, la suivrait dans son incessant mouvement. Ainsi, elle substitue, à la notion d'une vérité, basée sur des principes, et par suite fixe, stable, faite d'une pièce, celle d'une vérité immanente aux choses mêmes, comme telle, variable par nature, flottante, s'élaborant sans cesse et ne se justifiant pleinement que dans le succès. Finalement elle tend à prolonger, voir à fondre, la connaissance dans l'action même,

en faisant de celle - ci le critérium décisif de la vie sociale et individuelle”<sup>(211)</sup>.

Sin embargo, Geny afirma también que a pesar de la insuficiencia de los instrumentos del intelectualismo, ellos están vinculados al mundo real, y de alguna manera participan de cierta objetividad, “les procédés traditionnels d’une analyse de la réalité, si artificiels qu’ils puissent être, ne manquent pas d’une certaine objectivité”<sup>(212)</sup>. Pretende así una reconstrucción del intelectualismo, teniendo en cuenta sus deficiencias y ventajas, que recíprocamente puedan ser compensadas por las ventajas y deficiencias del intuicionismo moderno.

La idea fundamental está tomada así de Bergson en la conciencia de lo *inmediato*, primera etapa del conocimiento para Geny, el conocimiento de lo dado, de lo intuido, pero no al modo clásico aristotélico, ni al cartesiano, ni al kantiano, sino al modo bergsoniano en que lo dado no es parte de la realidad, ni una imagen, ni una expresión muerta, sino toda la realidad, la profunda vitalidad del ser. Este conocer intuitivo debe ser completado por la reflexión intelectual (*adae-quatio rei intellectus*). Debemos controlar y reforzar el trabajo de la inteligencia con esta simpatía profunda que engendra una familiaridad afectiva con las cosas. El concepto es así también completado por la intuición: “en tâchant à pénétrer l’écorce temporelle et spacielle des phénomènes, pour saisir le réel dans sa continuité indestructible”. Dos aspectos fundamentales debemos distinguir, pues, dice, Geny: la cosa intuida, según la nueva filosofía, es el término de un camino, ella por sí sola no basta para dirigir la conducta, debe ser fijada, precisada, lo que únicamente podemos realizar por el otro camino, el trabajo intelectual<sup>(213)</sup>.

---

(211) *Science et technique*, tomo I, pág. 80.

(212) Obra citada, tomo I, pág. 85.

(213) Obra citada, tomo I, pág. 86.

## CIENCIA Y TECNICA

La inteligencia, para Bergson es una facultad puramente pragmática; Geny adaptando el término al campo jurídico, la define como una facultad de orden exclusivamente técnico.

La inteligencia mecaniza la realidad viviente, interrumpe la duración real y continua del tiempo, y capta la realidad sólo en un momento, es impotente para penetrar en el ser <sup>(214)</sup>.

En el orden jurídico, en cambio, el objeto no es el ser sino el deber ser. El deber ser está estructurado por la idea de lo normativo, por ello la intuición debe ser reelaborada por la inteligencia, vale decir, transformada en regla, en norma, en precepto <sup>(215)</sup>.

El derecho tiene como objeto *esencial*, conducir la conducta exterior de los hombres que viven en comunidad. Antes que la inteligencia pueda concebir por medio de *conceptos y juicios*, es necesario intuir la esencia del derecho en lo inmediatamente dado, es menester penetrar profundamente su realidad objetiva, su esencia, por medio de la intuición.

En el derecho, por tanto, hay que distinguir lo *dado* de lo *construido*. Lo primero no es objeto de conceptos, ni de juicios, ni de razonamientos, es sencillamente saber por penetración, conocer por contacto inmediato con la cosa, tener conciencia de ella porque se vive en ella y porque se la siente como es. Tal es estrictamente el área que limita y define la *ciencia del derecho*, lo dado. La ciencia jurídica abraza así la investigación de lo dado real, de lo dado histórico, de lo dado racional y de lo dado ideal <sup>(216)</sup>.

---

(214) Bergson: *durée et simultanité*. Pág. 54 y siguientes.

(215) Geny: obra citada, tomo I, pág. 66 - 70.

(216) Geny: obra citada, tomo I, pág. 97, tomo II, pág. 371.

En primer término, lo dado real está constituido por todos los elementos primordiales en que se desenvuelve una colectividad: intereses de todo género, sentimientos, idiosincrasia, clima, situación topográfica, etc. . . En segundo término, formando parte de lo dado real, se nos presenta lo dado histórico: la costumbre, la tradición, las normas que lo dado real ha producido, algo que siempre queda en toda sociedad y que en la investigación jurídica, debe aparecer después que la conciencia ha recogido los datos anteriores. En tercer término, el derecho natural, que analizaremos más adelante con algún detenimiento, por ser éste en el método de la investigación del derecho positivo su raíz fundamental, constituye lo dado racional. Por último, lo dado ideal, consistirá en un anhelo de progreso sintetizado por juicios y creencias ya formados, que suponen una construcción intelectual realizada en base de los datos anteriores, es decir, una apreciación de la conciencia social actual como el remate de las necesidades reales históricas fundadas en el orden racional.

### EL DERECHO NATURAL

Hemos llegado así al punto más interesante de la obra de Geny, cuando se refiere concretamente al derecho natural. Para nosotros, igualmente, éste es el capítulo que más nos interesa analizar, o sea saber en qué forma y hasta qué punto el intuicionismo de la corriente romántica de la nueva filosofía interviene en la elaboración del derecho natural, fundamento y base de toda filosofía del derecho.

A través de la historia y de las instituciones jurídicas, de las normas, de los códigos y de las leyes humanas, por encima, en una palabra, del derecho positivo y vigente se alza el eterno interrogante, la suprema preocupación sobre la *esencia* del derecho. Varían las leyes y las instituciones que los hombres se

dan a través del tiempo, pero la razón nos revela la ley de las leyes, la ley de nuestra naturaleza, la ley de nuestra participación en el orden universal, *el derecho natural*. Sin embargo, múltiples tonalidades y fundamentos diversos se han dado a este derecho natural dentro de la escuela racionalista, otros lo han negado como supuestas esencias del orden positivo, como lo niegan todas las escuelas de tendencia positivista. Geny se sitúa de manera fundamental dentro de la corriente racionalista, diciéndonos que su concepción de lo *dado racional* es realmente el fundamento del derecho natural, que lo dado racional sirve de base tanto a la concepción clásica como a la concepción moderna <sup>(217)</sup>.

Comienza por hacer una crítica al derecho natural clásico -que luego hemos de demostrar infundada e inconsecuente con los propios principios que él expone- por creer a aquél impregnado de un dogmatismo exagerado: fórmulas rígidas e inflexibles constituían el derecho natural, una especie de código supremo en cuyas normas inmutables debían encuadrarse las leyes y las instituciones humanas. Un verdadero código de *legislación positiva*, con caracteres de universalidad e inmutabilidad gobernaba a esta otra legislación positiva que derivaba de las necesidades e intereses reales de la vida. Esta última, sin embargo, presentaba constantemente una fuerte contradicción con las normas de derecho natural, hasta el punto de aparecer con el tiempo normas que se decían también de derecho natural y que no obstante aparecían en pugna con las anteriores.

El derecho natural clásico, para Geny, era una construcción técnica de orden intelectual, vale decir, una construcción rigurosamente lógica, de carácter esencialmente deductivo: se

---

(217) “C’est Pourquoi, doit intervenir, tout d’abord, à côté des précédents et avec une valeur prépondérante, un donné rationner, qui contiendra la direction capital e pour assurer, autant qu’elle est possible, l’élaboration scientifique du droit objectif”. Obra citada, tomo II, pág. 380.

condensaba en principios abstractos, matemáticos, sin punto de contacto con la realidad viviente de las cosas.

El “*suum cuique tribuere*” en sí nada contiene, es menester saber qué se entiende por lo suyo en cada época, en cada circunstancia; el “*alterum non laedere*” no encierra en sí lo que por daño debe entenderse, es decir, que ni uno ni otro principio en sí nada valen; es necesario que las épocas vayan desentrañando de estas nociones primarias de derecho natural, otras más en contacto con la materia a ordenar, otros principios más concretos, más flexibles, que también resultan de los dictados de la razón, en contacto esta última con las necesidades y la transformación de las cosas. Es menester, dice Geny, dar al derecho natural flexibilidad necesaria, para que en armonía con la evolución misma de la vida, esté presto a definir lo que conviene o no al hombre de acuerdo a su propia naturaleza. El derecho natural es universal, inmutable, radicalmente objetivo al hombre y a su razón; la vida, por otra parte, es evolución; la materia se transforma como tal, es necesario, entonces, que el derecho natural dicte en cada caso, en cada etapa de esa evolución, lo que está conforme a la naturaleza humana, a su naturaleza ética, lo que importa no una mutabilidad de los principios del derecho natural sino un eterno refloreamiento, una incesante adecuación de aquéllos a la realidad por medio de otros principios que derivan de los primeros, y así sucesivamente <sup>(218)</sup>.

Lo *dado racional* no es entonces el *derecho natural*; lo dado racional es derivación del derecho natural, es el resultado de la aplicación de la razón a las necesidades. El derecho natural es simplemente una dirección, es la razón misma que, por su propia estructura, puede y sabe guiar al hombre en sus relaciones con los demás, pero no por principios ya formados, sino por

---

(218) Obra citada, tomo II, pág. 393.

los que ella dicta en cada caso una vez que se aplica al proceso de la vida social. Estos principios llamados impropriamente *derechos naturales*, constituyen lo dado racional, es decir, el producto de aquella dirección de la razón sobre los actos y la vida del hombre.

Es necesario, pues, distinguir de manera fundamental, en mérito a las consecuencia que luego se siguen, los principios de la *actividad* que los causa: el derecho natural es para Geny, como para los clásicos, objeto de un conocimiento práctico, con caracteres de universalidad e inmutabilidad, pero se diferencia de aquéllos en que el *contenido* de este derecho no está dado exhaustivamente por la razón humana de una vez para siempre. La razón es un instrumento capaz de revelar el derecho natural, pero este derecho no se revela sino *progresivamente*, enseñando, encaminando al hombre a la realización cada vez más perfecta de su fin esencial. La razón aplicada a las necesidades de la vida, a sus intereses y múltiples exigencias dicta al hombre lo que está conforme a su naturaleza, y, como aquellas exigencias cambian y las necesidades aumentan o se transforman, la razón debe seguir también el curso de este proceso; nuevos principios, *sustancialmente* idénticos a los anteriores pero de *formulación* diferente, son los que la razón va dictando en cada caso y en cada época. Nuevos principios no significan para Geny la mutabilidad del derecho natural, sino su progresividad, el ensanche de su contenido y, en consecuencia, el acercamiento del hombre a su propio fin <sup>(219)</sup>.

La progresividad del contenido legislativo del derecho natural, significa, de acuerdo al término usado, no el derrumbe de principios racionales, sino su perfeccionamiento. En el derecho privado positivo las leyes caducan, envejecen y son reemplazadas por otras que las creemos más perfectas. En el campo

---

(219) Obra citada, tomo II, pág. 384.

de lo dado racional, esta ley no es más perfecta que aquélla, porque no hay más que una ley natural que la razón nos da a través de distintas fórmulas. En el derecho privado positivo, las leyes son distintas por su contenido y diversa su formulación; su contenido deberá estar sujeto a las formulaciones (principios) del derecho natural que constituye lo dado racional. Si existe un fin esencial de la conducta humana, nuevos principios significarán entonces aproximación a ese fin. No será, pues, comenzar de nuevo, según el sistema spengleriano, sino marchar por un mismo camino, ascender constantemente, perfeccionarse cada vez más, observando fielmente la ley de nuestra propia naturaleza.

En efecto: el principio clásico “*suum cuique tribuere*”, primer contenido de justicia en el que se condensaba y se condensa el ideal máximo de justicia, aplicado a las relaciones de los hombres entre sí, reflorece en nuevas reglas, jerarquizadas unas con las otras; cuanto más comprensivas tanto menos extensas serán, a medida que los principios se singularicen más por la aplicación a situaciones y circunstancias más concretas.

La *personalidad humana*, como valor esencial de la conducta jurídica, forma este segundo contenido de justicia absoluta, pues la justicia se refiere en primer término a sí misma, es decir, al sujeto de ella misma, la personalidad humana. Esta personalidad debe desarrollarse *libremente*, de lo contrario, estaría sujeta su naturaleza ética al reinado de la causalidad física y no a un principio de justicia revelado por la razón y que le sería opuesto. La libertad, por consiguiente, constituye otro principio de derecho natural, contenido inferido del de la personalidad. La personalidad y la libertad, por otra parte, implican lógicamente el principio de *igualdad* pues aquellos dos primeros atributos son esencias del hombre, y debemos absolutamente, por tanto, reconocerlas en todo individuo. El principio de *coexistencia* se infiere igualmente de los anteriores: la igualdad no supone soberano y absoluto al

individuo, pues la personalidad libre no puede desenvolverse sin un principio de coordinación o regulación.

Todos estos principios deducidos del “*sum cuique tribuere*”, constituyen el segundo contenido de la justicia. A su vez, inferido de éste un tercer contenido nos da también una serie de principios de derecho natural. La personalidad, la libertad, la igualdad y la coexistencia, aplicadas a otras circunstancias, adquieren una mayor comprensión, si bien su extensión es más reducida. Así: la integridad física, moral e intelectual serían deducidos del principio de personalidad. La libertad de pensamiento, de trabajo, de asociación, de enseñanza, etc. ... constituirían la conclusión lógica de la aplicación del principio de libertad. La abolición absoluta de la esclavitud, la prohibición de ciertos privilegios repugnantes a la vida en común, serían derivaciones del principio de igualdad; en fin, los derechos y deberes recíprocos entre los individuos de una comunidad social se justificarían por el principio de coexistencia <sup>(220)</sup>.

Ahora bien: ¿qué rol metodológico ha desempeñado hasta aquí la intuición? ¿Qué es lo que ha sido simplemente intuitivo, al modo bergsonian, cuando todo aparece concebido intelectualmente según las reglas más estrictas de la lógica?

Geny afirma que lo dado racional no se agota, como en los clásicos, en un número limitado de principios, sino que tiene un contenido progresivo en el sentido de que nos da nuevas reglas por el hecho de aplicar las anteriores a nuevas situaciones que

---

(220) Obra citada, tomo II, págs. 393-399. Obsérvese cómo la aplicación de los principios de la nueva filosofía en la obra de Geny nos da una concepción de justicia que en nada se asemeja a las ideas de Bergson sobre justicia, libertad e igualdad. Con los mismos elementos del sistema filosófico de Bergson. Geny ha podido dar conclusiones diferentes en lo relativo al derecho. Esto demuestra el esfuerzo insuperable por conciliar doctrinas opuestas, esfuerzo desde el punto de vista metodológico no malogrado en total. Véanse al respecto las apreciaciones de Bergson sobre la justicia, libertad e igualdad en su obra *les deux sources de la morale et de la religion*. Págs. 1-103.

la vida nos presenta. Que de estos, a su vez, se desprenden otros principios, y así sucesivamente, agregando nosotros, como ya hemos aludido anteriormente, que la progresividad del contenido de lo dado racional está sujeto a la ley clásica de la extensión y comprensión de los conceptos. El derecho natural, o dado racional concebido por Geny no es una *construcción* intelectual exclusivamente, porque todo lo construido es *acabado*, según el modo del intelecto; es, en cambio, un *fluir*, un *devenir* incesante; lo dado racional no es propiamente fruto de la actividad intelectual o de la reflexión, como aparece ser a prima facie, sino el resultado de la compenetración casi instintiva del sujeto en la vida. En cuanto esto dado se transforma en nosotros en normas y preceptos, aquello dado es ya un objeto de conocimiento (práctico) intelectual. Y así, dice Geny, refiriéndose a lo dado racional, objeto de la intuición: “A dire vrai, il ne parait pas possible -en dépit des efforts déjà multipliés en ce sens- de ramener le contenu des donnés rationnelles du droit positif à une seule formule, à la fois pleinement compréhensive et suffisamment précise de contours. Le jeu des facultés de l’homme, s’appliquant à pénétrer la nature en vue d’une direction morale, reste trop muytérieux, pour qu’il soit possible d’ou délimiter et préciser strictement les effets. Je me borne donc à constater que la champ d’action, envisagé ici, enferme exclusivement tout ce que la raison dégagera sans conteste, comme régies juridiques, de la nature de l’homme, placé en face du monde et assujetti à ses lois” (221).

Resulta, pues, que lo verdaderamente científico es fruto de una penetración del espíritu en la naturaleza misma, en vista de una dirección moral. Corresponde entonces este aspecto de la *ciencia* en Geny a lo que para la “nueva filosofía” es conocimiento por *intuición*, y lo que para Bergson es intelectualismo

---

(221) Obra citada, tomo II, pág. 383.

o conocimiento pragmático, aquí es, según la terminología empleada por Geny, *técnica o construcción*.

Nótese como esto dado racional juntamente con lo dado real, ideal o histórico, constituyen un conjunto de datos primarios que aparecen al mismo tiempo jerarquizados. El eje principal de todo lo dado por la intuición, lo representa lo dado racional, de aquí debe partir toda investigación e interpretación del derecho privado positivo. A su vez, lo dado racional en sí se presenta a través de distintos contenidos igualmente jerarquizados. De la misma manera se encuentran jerarquizados y deducidos los principios de cada contenido de lo dado racional, de tal suerte, en fin, que al *dato intuitivo*, en el orden de la investigación del derecho, es un *ordenamiento* de datos, un orden real, objetivo. El espíritu, pues penetra en un ordenamiento, lo que hace revivir el fundamento clásico del derecho natural: el orden universal.

En síntesis: Geny ha intentado echar las bases de un nuevo método en la investigación del derecho privado positivo fundado en las perspectivas de la “nueva filosofía” o como el mismo la llama “la filosofía del sentido común progresivo”. Desde el punto de vista del enlace y trabazón de las ideas, aunque no desde el punto de vista de la verdad, ha ensayado con éxito insuperable la unión del intelectualismo con el romanticismo de la época, de tal suerte que puede afirmar en las conclusiones de su raciocinio que el *sujeto* en el orden práctico del derecho es a la vez intuición y reflexión y que el *objeto* es también a la vez un dato y una regla técnica.

Este objeto fundamental de la obra se caracteriza, por otra parte, en un ferviente anhelo de dar a la investigación del derecho una fuente rica de motivos, ajena a las cristalizaciones normativas, a las definiciones exhaustivas, anhelo ferviente de acercarnos a la fuente viva y progresiva de las relaciones de derecho, combinando, a tal fin, la actividad propia del intelecto, (conocer por reglas y definiciones) con la otra tendencia natu-

ral de nuestro espíritu, conocer por intuición inmediata, por visión directa. Este es el deseo y esta es la inmensa e incomparable obra de Geny que ha podido invadir todo el campo de las investigaciones jurídicas sembrándolo de interesantes sugerencias, al mismo tiempo que de serias preocupaciones, que han motivado en todas partes el análisis y la crítica de los pensadores.

### OBSERVACIONES CRITICAS

Del examen de la obra de Geny se destaca a primera vista, como ya hemos aludido, el propósito de vincular los elementos clásicos del intelectualismo con las premisas de la filosofía romántica de la época. Precisamente, lo que se ha intentado relacionar, mejor dicho, fundir en un sistema de ideas, han sido dos métodos que al parecer, y de acuerdo a principios elementales de lógica, constituyen dos pensamientos o dos especies de proposiciones contradictorias: lo intelectual con lo no intelectual, la razón, la reflexión con una especie de instinto que la nueva filosofía denomina penetración artístico - mística”<sup>(222)</sup>.

Geny, estrictamente, no confiesa esta absurda fusión de elementos irreconciliables, pero del análisis de la obra surge como conclusión una *juxtaposición* de elementos, faltándoles en realidad un *eje* de unión, y sólo sí aparentemente unidos en la periferia por razones e ideas que más responden a un deseo que a la realidad y verdad profunda de las cosas. Y así, tenemos: la *ciencia* del derecho no es una elaboración, no es producto de la reflexión, no son por tanto, normas, ni reglas, sino la intuición inmediata del *ser* jurídico, la visión directa de una realidad práctica, tal como vive en el exterior, desnuda, sin deformaciones de origen reflexivo o intelectual; la *técnica* jurídica, en cambio, es

---

(222) A Messer: *Filosofía actual*. Pág. 224.

una elaboración, una construcción de orden puramente intelectual, que supone la actividad y la concurrencia de todos los elementos lógicos de la concepción clásica.

Para Bergson, la metafísica no tiene más camino que la intuición, mientras que para Geny la metafísica jurídica tiene los caminos que concurren hacia el mismo punto: la ciencia y la técnica. La ciencia jurídica o el dato jurídico no tendrían por objeto todo el ser, pues el derecho es conocimiento práctico. Luego la metafísica del derecho se totaliza como ser recién cuando el dato lo concebimos prácticamente. La técnica es la encargada de transformar o mejor, de completar el simple dato en regla práctica; luego, entonces, la técnica participa de manera esencial en el ser jurídico, integra la representación de este ser metafísica; sin la técnica el ser jurídico no es el ser perfecto ni acabado.

El intuicionismo, dice Geny, no debe ser tomado sin reservas, tampoco debe ser rechazado totalmente, debemos controlar el trabajo intelectual con esta profunda simpatía con las cosas, debemos r a la intuición el análisis <sup>(223)</sup>. He aquí el aspecto que más nos interesa examinar. La metafísica jurídica ¿es objeto a la vez de la intuición bergsoniana y de la reflexión? La *esencia* de este ser práctico ¿es *dado* por la intuición a la vez que por la construcción técnica del intelecto? Geny no admite, según la solución clásica, que el derecho natural sea un dictado de la razón condensado en unas cuantas reglas inmutables y que el derecho positivo sea puramente expresión de necesidades e intereses históricos, mudable, relativo y sujeto a aquellos axiomas invulnerables y absolutos de la razón. Afirma, en cambio, que el derecho como *esencia*, como ley de la naturaleza humana debe ser intuido en lo dado real, en lo dado histórico,

---

(223) Obra citada, tomo I, pág. 85.

en lo dado racional y en lo dado ideal. Que una vez intuido este ser, la inteligencia debe traducirlo en ser práctico, a cuyo fin dicta normas y reglas apropiadas para regir la conducta social de los hombres. Que de estas reglas participa el derecho privado positivo y que, por tanto, este último no es sino la última etapa de un algo que crece y se desarrolla. La ciencia y la técnica así son inseparables, no son distintos sino desde el punto de vista del análisis del método, pero consustanciales referidos al ser metafísico del derecho.

Este es el nuevo método que debe seguir la investigación del derecho privado positivo. Partir de fuentes vitales y adaptar por la técnica lo dado por medio de reglas prácticas, de tal suerte, que, si tomamos cualquiera de estas reglas, podemos retornar a sus raíces fundamentales, así como una cualquiera de las ramas de un árbol debe forzosamente conducirnos a las profundas raíces de las que vierte la vida.

Geny está abiertamente, a nuestro modesto entender, en contra de la solución clásica, por más que él intente una conciliación. En efecto: si la investigación del derecho positivo debe partir, en primer término, del *dato* intuido, tendría esto similitud con el clásico principio de que todos nuestros conocimientos comienzan por los sentidos. Si así fuera Geny estaría en pugna franca contra Bergson, ya que en éste, intuición no es percepción de una imagen particular (conocimiento sensible) sino penetración en el *ser*, en lo absoluto. Por tanto, debemos suponer que la intuición del dato, como dice Geny, o aquella especie de simpatía profunda con las cosas no representa aquí el conocimiento sensible o la simple aprehensión del intelecto sino precisamente la participación total en el ser.

Esta participación es total, según la filosofía bergsoniana, pero Geny dice que relativa a la esencias prácticas, la participación completa se alcanza recién cuando por medio de la construcción intelectual (pragmatismo bergsoniano) se adaptan y pueden servir a la *acción*.

Si el *dato*, fuera el único y verdadero objeto de nuestro conocer, la técnica no nos podría dar más de lo que en el dato nos representamos. Para Geny el dato no es intuito a la manera de los clásicos, los que entendían por dato solamente la *materia* del conocimiento y no la forma universal; para Geny el dato es el objeto de la ciencia del derecho, por tanto, es todo el objeto del conocimiento; la técnica es la que transforma este objeto para un fin práctico.

He aquí a Geny identificado a Bergson, he aquí el derecho concebido al modo de la “nueva filosofía” y, en consecuencia, la imposibilidad absoluta de conciliación entre el intelectualismo clásico y el romanticismo moderno, ya que sus términos contradictorios se repelen ante cualquier tentativa, no decimos de conciliación, ni siquiera de simple juxtaposición. Esta imposibilidad de conciliación radica precisamente en la profunda disparidad de sentido que encierran ambos términos, de tal suerte que el objeto de nuestro conocimiento o está dado totalmente por la intuición (bergsoniana) o bien es objeto exclusivo de la técnica o del intelecto.

Según Geny, la técnica (intelecto) no agrega nada a este objeto como objeto de conocimiento, sino que lo adapta a los fines prácticos de la conducta. Luego entonces la obra de Geny no agrega nada nuevo, desde un punto de vista fundamental, se reduce a través de una admirable composición metódica a construir una filosofía del derecho según el modo de la nueva filosofía, pero no un sistema nuevo en que lo clásico se concilie con el irracionalismo de la nueva filosofía.

Para nosotros, entre intuición (bergsoniana) e inteligencia no existe término medio, si hemos de referirnos a la metafísica. Para Geny, en cambio, toda obra intelectual se reduce a concebir, definir, juzgar, raciocinar; en el derecho, estos procesos intelectuales se refieren al aspecto técnico, es decir que esta actividad intelectual no es necesaria para *conocer* sino para *obrar*. Por ello: ciencia y técnica equivalen en la nueva filosofía

a intuición e inteligencia, y en consecuencia dichos términos se encuentran ligados por un término medio, representado aquí por la idea de *acción*.

Lo dado racional, a que nos hemos referido especialmente en este trabajo, no puede circunscribirse a unos cuantos principios fijos e inmutables, según la estructura clásica, sino a principios de número ilimitado, en orden progresivo, es decir, que la razón intuye de inmediato lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo que conviene o no a la naturaleza del hombre. Sobre esta intuición o dado racional, debe partir la investigación e interpretación de toda norma positiva. Ahora bien: esta concepción del derecho natural, o como Geny denomina, dado racional, ¿es legítima frente a su clasificación metodológica de ciencia y técnica?

La intuición es irreductiblemente de cualquier modo que se la considere una de las etapas del conocimiento, el conocimiento *sensible*. El intuicionismo ha fundado su método en este primer elemento del conocimiento intelectual, transformando su valor y sentido, de tal suerte, que la metafísica fundada en la intuición no puede tener otro valor que el conocimiento de las cosas naturales.

Esta es, precisamente, la conclusión absurda de la obra de Geny: la ciencia del derecho fundada exclusivamente en lo *dado* convierte al derecho en una ciencia de naturaleza causalista. El principio de libertad está ausente en esta concepción, teniendo recién sentido y valor en el aspecto de la técnica. En la concepción de lo dado, lógicamente no puede hablarse de libertad, porque lo dado es lo que *está hecho*, es lo que *es*, mientras que en la técnica cabría ya asignarle un valor porque la *regla* técnica es lo no *dado*, es, en cambio, lo construido, lo creado por el espíritu. En consecuencia: nuestra conciencia adquiere la noción del derecho (principio de libertad) por medio de la elaboración técnica, lo que es falso. Absurda, pues, la conclu-

sión: en lo dado el derecho *no es*, en lo *no dado* (técnica) el derecho *es*, pues si en lo dado falta el principio de libertad como un medio del orden jurídico <sup>(224)</sup>, *lo dado* del derecho resulta, por el contrario, lo *no dado*.

El intelectualismo clásico no creemos se haya eclipsado por la obra de intuicionismo bergsoniano, ni siquiera pensamos que se conmueva una sola de sus columnas fundamentales; por el contrario, las conclusiones y corolarios del intuicionismo no hacen sino reafirmarlas y declarar de nuevo, a contrario sensu, la necesidad ineludible de la obra intelectual frente a la inquietud metafísica. “Pero sea cual fuere -dice Meser- el sentido de la intuición que tengamos ante la vista, es totalmente inaceptable que Bergson rebaje el pensamiento conceptual, y por lo tanto la ciencia, y quiera fundar la filosofía sólo en la intuición. Si se toma la intuición en el primer sentido, Bergson se contradice a sí mismo, puesto que expone y desarrolla una filosofía, y la pura intuición es muda; a lo sumo se puede manifestar por la pantomima y los gritos. Tan pronto como sea expresado en palabras, se sirve ya de los nefandos conceptos, y puesto que las significaciones de las palabras no son otra cosa sino conceptos, todo sentido de las palabras consiste en conceptos *inteligibles* (y el intuicionismo pretende hablar con sentido, no proferir sonidos varios). La intuición, en el segundo sentido, es *pensamiento*. Por lo demás, en el desprecio de los conceptos y las palabras, se

---

(224) Obra citada, págs. 238-239. Y. Second, dice: “Une pensée intuitive et créatrice, loin d’être irrationnelle, est une raison qui s’accroît de tous les motifs qu’elle même produit; et comme tout moment nouveau du devenir dépasse toute prévision, la simplicité même de ce qu’il apport s’exprimera par l’indéfini des conditions qui ne suffisaient pas à l’engendrer. Ce n’est donc point la virtualité des raï’ sons d’être qui se développe en devenir apparent; e’ est la puissance du devenir qui, impliquant une continuelle transcendance, crée réellement et continuellement, à-mesure qu’elle se dépasse, ses propres raisons de devenir”. “L’intuition bergsonienne. Pág. 121.

muestra el parentesco de Bergson con la mística, cuyos representantes -a pesar de su verbosidad- nos aseguran constantemente que el lenguaje ordinario oculta y altera la experiencia inmediata. Sólo los símbolos alcanzan a sugerir en cierto modo lo experimentado” (225).

La obra de Geny adolece fundamentalmente de los mismos vicios de que padece la “nueva filosofía”. Se ha querido escapar de los excesos del intelectualismo para caer en los excesos del intuicionismo; hemos querido liberarnos de la prisión del intelecto para encadenarnos más fuertemente con la materia. “M. Bergson, en somme, esta tombé dans le piège préparé par les demi-savants matérialistes. A force de crier, dans un énorme fracas de laboratoire, ou du sein d’une bibliographie surabondante et redoutable; c’est nous la science! c’est nous l’intelligence! ils ont réussi à faire qu’en effet ils étaient l’aboutissement moderne, c’est -à- dire l’aboutissement ultime et définitif, de la raison humaine. M. Bergson a confondu alors une intelligence accidentellement mutilée et aveuglé avec la très belle et très précieuse intelligence que Dieu a donné à l’homme pour le faire à son image; il a confondu un mauvais usage de l’analyse -les exemples que nous a vous rapportés le montrent assez -avec l’essence de l’analyse, avec l’exercice naturel de la raison. De telle sorte que pour restituer la vérité, il faudrait réduire sa théorie de l’analyse à la thèse suivante: una certaine manière d’user de la raison, à savoir l’exercice mécanique du raisonnement sans la lumière de l’intelligence, sans la fidélité aux premiers principes sans la tendance intérieure et vivante vers la possession du réel, cette manière anormale et vicieuse d’user de la raison que va à remaner toutes choses à la mesure de mécanismes notionnels préétablis, est une

---

(225) Véase nuestro trabajo: *Libertad y autoridad*. Bases para una distinción entre ciencia y técnica del estado. Págs. 53 -104.

cause générale d'erreur, et notamment la cause générale de l'erreur matérialiste moderne" (226).

Finalmente, la concepción jurídica de Geny en lo tocante al derecho natural contiene indudablemente algunos puntos de contacto con el derecho natural de "contenido progresivo" en que nos encontramos situados, siendo, por otra parte, las diferencias de tal importancia que no permite transacción alguna con los principios de la filosofía perenne.

En efecto: nosotros partimos de principios *abstraídos* de la conducta práctica, de carácter universal e inmutable; Geny, en cambio, afirma que todo principio, norma o regla es obra de la *técnica*. Para nosotros no existe lo dado racional objeto de *intuición*, sino normas inmutables objeto de la *inducción abstractiva* y de la *sindéresis* del entendimiento especulativo práctico. Para nosotros la progresividad de los principios del derecho natural es efecto de ese hábito o *sindéresis* de la razón, para Geny la progresividad resulta más bien efecto de estímulo exteriores. No son así para él los "primeros principios" (*habitus principiorum*) sino las necesidades actuantes las que estimulan la actividad de nuestra razón. Entre la intuición irracional de Bergson, de la que parte Geny y el método doble de la abstracción y conversión de los principios de la filosofía escolástica, en que nos apoyamos nosotros, no puede existir conciliación alguna.

10) DERECHO NATURAL DE CONTENIDO PROGRESIVO. EL DERECHO NATURAL EN LA FILOSOFÍA INTELLECTUALISTA. Es común en ciertos autores, al clasificar los sistemas filosóficos del derecho, ubicar dentro del racionalismo jurídico a juristas y pensadores ins-

---

(226) Jacques Maritain. La philosophie bergsonienne, pág. 131.

pirados en las premisas de la filosofía escolástica. El error proviene en no distinguir las diversas cuestiones que se articulan alrededor del problema del conocimiento. En efecto: para ciertos autores entre el dogmatismo y el racionalismo parece no existir diferencia, y, sin embargo, la hay, y muy profunda. El dogmatismo filosófico es una respuesta al problema particular de la *certeza* del conocimiento, el racionalismo, empero, es la respuesta al problema del *origen*. Y así, mientras Santo Tomás y su escuela pertenecen al dogmatismo en cuanto al problema del valor del conocimiento conjuntamente con el racionalismo e idealismo, participan, en cambio, del realismo filosófico, con la denominación especificada “intelectualismo realista” cuando dicha escuela responde a la cuestión relativa al *origen del conocimiento*.

Este “realismo intelectualista” excluye, por una parte, todo innatismo, que es común, en todos los racionalismos; del mismo modo es adversario del positivismo en cuanto éste con su nominalismo no admite la existencia real de las esencias. El realismo intelectualista se asienta sobre dos premisas fundamentales: por una parte, una realidad extrínseca a nosotros que podríamos condensar en los dos principios constitutivos del ser: la *esencia* y la *existencia*; por otra parte, define al entendimiento como potencia capaz de conocer por un acto propio de ella misma las esencias inmanentes en la realidad de las cosas sensibles. Es, pues, un realismo metafísico, que se complementa con una teoría de la inteligencia, de ahí su expresión “realismo intelectualista”<sup>(227)</sup>.

Como ya bien sabemos, dentro de esta escuela, en la que decididamente nos encontramos ubicados, y desde cuyas pre-

---

(227) Una magnífica síntesis de este realismo intelectualista es lograda por uno de nuestros más grandes tomistas en la Argentina, Profesor Dn. *Nimio de Anquín*, en su trabajo: *teoría y doctrina en la Edad Media*. Revista Ortodoxia, pág. 352, N° 4.

misas aspiramos resolver todos los problemas que universalmente nos plantea el Derecho, se distingue entre conocimiento *sensible* y conocimiento *intelectual*.

El primero tiene carácter genético (proceso fisiopsicológico) y constituye en sí un conocimiento potencial de menor jerarquía que los conocimientos que actualizamos por nuestro entendimiento. Este conocimiento potencial sensible se *actualiza* por la capacidad abstractiva del entendimiento, el cual llega a conocer de las cosas sensibles una realidad *inmaterial o formal*, principio *determinante* de esa realidad sensible, que es así *determinada e informada* por aquélla <sup>(228)</sup>.

Los principios metafísicos de la escuela, relativos a la materia y forma, potencia y acto, esencia y existencia, conjuntamente con la teoría de las causas del ser son también los principios del *pensar o sean* los presupuestos en toda teoría del conocimiento. De la misma manera hemos intentado nosotros por ser el *obrar*, igualmente otras de las manifestaciones del ser, articular en el presente estudio un ensayo de aplicación de dichos principios a la conducta jurídica. Tal es lo que desde el principio de este libro hemos diseñado, y que en esta oportunidad nos toca demostrar: el derecho natural en la filosofía intelectualista es también fruto de la elaboración abstractiva de nuestra mente y, por consiguiente, nos vemos impelidos a demostrar, partiendo de *hechos*, no de premisas, ni de dogmas, que el derecho natural no es innato en el hombre sino que sus principios se muestran *inmanentes* en la conducta o coexistencia entre los hombres, inmanentes en todas las otras normas y

---

(228) Remitimos al lector a las tesis demostradas por Gredt en: su obra "*elementa philosophiae aristotélico - thomisticae*", acerca "*de potentiis animae intellectivae*", quaestio I, de intellectu (tesis XLIX a LVII), pág. 381-414, tomo I, cuya disertación constituye en la literatura filosófica del tomismo, la más alta expresión académica y una sujeción fidelísima a los principios de la escuela

reglas, como conformes a la naturaleza humana y, por tanto, universales e inmutables, como universal e inmutable es la naturaleza del hombre <sup>(229)</sup>.

El Derecho natural constituye, así, como conjunto de normas positivas y universales, la causa eficiente del Derecho y no la causa formal, como algunos lo han creído, identificando, en consecuencia Justicia y Derecho o también considerando el Derecho Natural como el continente de la filosofía del derecho y no como contenido <sup>(230)</sup>.

### GENESIS DEL DERECHO NATURAL

“Es añeja experiencia que los niños, desde sus más tiernos años, manifiestan poseer un sutil sentimiento del Derecho. Si se ven humillados sin razón en presencia de los demás cuando se los castiga sin motivo, cuando advierten que se los ha engañado, siéntense ofendidos y consideran tal conducta como injusta. Algunos creen que el niño recibe el concepto del Derecho y de lo contrario al Derecho por medio de enseñanzas y por

---

(229) “Toda concepción verdaderamente metafísica del derecho natural -dice *Manser-* tiene que atenerse fielmente a la inmutabilidad interna, intemporal e inespacial de la ley natural: “jus naturale, semper et ubique, quantum est de se, habet eandem potentiam”. Como quiera que las leyes naturales se basan en las formas de las cosas, en las *esencias* de las cosas, las cuales tienen su último fundamento en la esencia eterna de Dios, tal como son eternamente conocidas por la sabiduría divina, una mutabilidad interna del derecho natural suprimiría a Dios mismo”. Ob. citada, pág. 715.

(230) Este deslinde entre filosofía del derecho y derecho natural, se ha logrado plenamente en la actualidad como lo atestigua *Joaquín Ruiz Giménez; introducción elemental a la filosofía jurídica cristiana*, pág. 104 y siguientes.

la educación, pero no es así. ¡Cómo han de poder comunicárselo unos padres incultos y explicar éstos a sus hijos dichos conceptos cuando, según el testimonio del propio Bergsom, los juristas ilustrados se ven en aprieto si se les pide una definición del Derecho! Creemos que serán bien pocos los que tengan algún recuerdo de haber recibido en su niñez explicación alguna del concepto general del Derecho y de su opuesto. En toda enseñanza está ya presupuesto que el niño posee dichos conceptos y sólo se le puede explicar sobre esto lo que es conforme o contrario al Derecho en casos particulares, por ejemplo: el causar daños a otro, mentir, etc. Sin una suma de conceptos generales que el niño se forma espontáneamente es absolutamente imposible toda enseñanza. Para recibir enseñanzas se necesita comprender lo que las palabras significan. Entender la significación de un vocablo no es sino saber que directamente representa tal concepto y no otro; y este concepto debe, pues, preceder a las palabras; es por ellas presupuesto. Cuando se le quiere comunicar a un niño palabra y concepto, se le muestra, en primer lugar, el objeto en la realidad, para descubrirle o producir en su mente la representación del mismo y entonces se le dice que tal cosa tiene este o el otro nombre” (231).

Hemos querido empezar este capítulo con las precedentes palabras de Víctor Cathrein que apoyarán decisivamente con su autoridad indiscutible nuestra tesis: las nociones de Justicia y de Derecho se aprehenden de la realidad misma, vale decir, se muestran a nosotros en cuanto empezamos a dar nuestros primeros pasos en la convivencia con nuestros semejantes. La Justicia y el Derecho, de este modo, es algo revelado por nuestra razón, antes de que conozcamos las palabras con que los significamos.

En efecto: en todo ser, en el hombre por supuesto, existen tendencias primarias que podemos sintetizar en una sola, por-

---

(231) V. Cathrein: *filosofía del derecho*, pág. 71.

que todas se derivan de ella: la tendencia del ser hacia su propia conservación; tal es, el instinto de conservación de la especie, innato en todo ser particular, y del cual la experiencia y la ciencia lo confirman de modo axiomático.

Desde que nace el hombre manifiesta este instinto por el llanto o por la risa. Cuando algo produce dolor en el niño, aquel instinto *reprimido* se manifiesta por las lágrimas que se vierten; cuando, empero, algo produce placer, el instinto *satisfecho* se manifiesta por la risa con sus distintos matices.

La repetición y el hábito determina en el niño las primeras experiencias: y como fruto de ellas empieza amando lo que le produce placer y odiando lo que motiva sus dolores. Y cuando aprende a repetir ciertos sonidos, es decir, palabras, emplea, de acuerdo a las leyes psicológicas de la asociación, términos *monosilábicos* para expresar dichos estados de su ánimo: las palabras “malo”, “cuco”, “nana” como cosas que producen *displacer* y las palabras “bueno”, “rico”, “papa”, etc. . . como representación de las cosas que le ocasionan *placer*. Con el tiempo, los términos “bueno” y “malo” reducen a todos los demás, y ahí tenemos la *frase monopalábrica* de la que magistralmente nos dice Enrique B. Pita <sup>(232)</sup>, es la demostración fehaciente de que los conceptos se dan en nosotros primero que las palabras y, en consecuencia, afirmamos nosotros, que la palabra “bueno” dicha por el niño es expresión monopalábrica de una esencia rectora, principio práctico, en fin, de la conducta en sus primeras apetencias.

Lo “malo” se opone así a lo “bueno”, y de este proceso genético en el niño, surge la conciencia moral del hombre que ha de ir paulatinamente con el tiempo enriqueciéndose con nuevas experiencias en el conocimiento de la Ley Moral.

Pero retornemos nuevamente al punto de partida de este proceso para marcar con nitidez una segunda etapa, la *jurídica*,

---

(232) “*La frase infantil monopalábrica y la inteligencia*”, pág. 18.

que sigue de inmediato a la de la conciencia moral. El niño, en conocimiento ya de lo “bueno” (cosas agradables y que por ser agradables, las quiere y apetece) adquiere, por espontánea experiencia, el conocimiento de lo “mío” y por oposición el de lo “tuyo”. Esto “mío” y “tuyo” surge lógicamente cuando alguien pretende quitar o arrebatar al niño aquello que posee, porque lo encuentra “bueno” y porque lo ama. Es evidente, pues, que en la realidad el *hecho moral* es anterior y a la vez *generador* del *jurídico*. Estos dos hechos, pues, son conexos y jerarquizados en función de los instintos e inclinaciones, jerarquizados también y conexos entre sí.

Todas estas vivencias puramente psíquicas, anteriores a las palabras han de ser significadas con el tiempo con la frase *diferenciada* y entonces lo que en un principio sólo fue al decir de Brentano un juicio afirmativo (lo bueno) y un juicio negativo (lo malo) <sup>(233)</sup> y del mismo modo diríamos nosotros con relación a lo justo e injusto, se expresa y significa ahora por la afirmación y negación, respectivamente, utilizando al efecto el *sujeto*, el *verbo* y la *cópula*. Nótese así, de acuerdo a Brentano, que de la misma manera que lo “bueno” y lo “malo” lo *justo* se define siempre por un juicio *afirmativo*, mientras que lo *injusto* es esencialmente dicho por una *negación* de nuestro espíritu.

De este modo queda evidenciado que la estructura lógica de los juicios va enraizada a la estructura ontológica del ser en sus apetencias y tendencias. Por consiguiente: los conceptos de justicia y de derecho encuentran su raíz genética en la realidad misma de la convivencia humana, y así como se demuestran conexos en su raíz la moral y el derecho, se marca, ca, también, su distinción en los *efectos*: sólo basta para la aprehensión de lo “bueno” y de lo “malo” una cierta relación con las cosas, pero lo “mío”, potencial en lo “bueno”, únicamente se actualiza en el *convivir* con nuestros semejantes.

---

(233) “*El origen del conocimiento moral*”, pág. 37.

### ABSTRACCION Y CONVERSION DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS

Sobre las bases estructuradas en el párrafo precedente, la mente humana por sucesivas abstracciones va elevándose en el conocimiento de los principios jurídicos hasta llegar a la noción genérica del Derecho condensada en el principio “dar a cada uno lo suyo”.

Analícemos, pues, a través de este procedimiento inductivo o de síntesis los grados de abstracción por los que se formulan las normas jurídicas <sup>(234)</sup>.

El primer contenido que registra nuestra conciencia es el relativo a los normas *vigentes*, o sean aquellas reglas que ordenan *coercitivamente*. Las normas vigentes contienen valores de conducta que no permiten otra interpretación que la supuesta de antemano por la norma misma. Este derecho vigente en el orden nacional comprende una serie jerárquica de reglas, cuya jerarquía depende de la extensión y comprensión inversas que las caracteriza, notas que más adelante analizaremos en particular. La Constitución, los tratados y las leyes en general, por

---

(234) Seguimos a F. Suárez en lo que se refiere al proceso de la abstracción: para este filósofo la especie inteligible o concepto universal de la cosa se logra mediante la comparación o comprobación entre las especies sensibles. De esta manera el concepto universal no surge directamente de la imagen sensible sino sólo por la comparación (ana-logos) de términos que si bien diversos en apariencia tienen *comunidad o razón ontológica de analogía*. Fiel y profundo intérprete de Suárez lo es *José Hellín, S. J.*, quien en demás sentidos, del mismo modo el entendimiento posible ve lo comunísimo en lo menos común, porque realmente la razón absoluta comunísima de ser, vida, etc., se verifica en el objeto de la experiencia que ha influido suficientemente para ser entendido, y el entendimiento posible tiene esa virtud especialísima de ver lo comunísimo en lo menos común y en lo particular. “*La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez*”, pág. 372. *José M. Alejandro* sintetiza admirablemente la gnoseología suariana, cuyas premisas aplicamos nosotros en el proceso de abstracción de los principios del Derecho. De ahí que estimamos ne-

una parte, los códigos civil, comercial y de minería; el código penal, las leyes procesales, las ordenanzas municipales, decretos y edictos dictados por los poderes respectivos, constituyen en un momento dado el orden jurídico vigente de un estado; son normas de conducta en relación a valores objetivamente determinados y que se muestran, en cuanto vigentes, con las características de ser *hipotéticas* {conducta particular condicionada a normas universales) y el ser *coactivas* (sanción organizada también en forma hipotética para los casos posibles de transgresión particular). Con respecto al derecho internacional, las normas comprendidas en tratados y convenios internacionales, tienen vigencia en el primer carácter, pero en cuanto al segundo, carecen de *consistencia*, toda vez que es imposible hoy por hoy un régimen de sanciones para el estado transgresor.

Un segundo contenido y, por tanto, en un segundo grado de abstracción, la conciencia registra normas *potencialmente* imperativas vale decir con un contenido *positivo* actual no vigente; tal lo que se denomina, el “derecho positivo” o idealidad jurídica. Si las normas *vigentes* de un pueblo se expresan de un

---

cesario transcribir textualmente la síntesis de Alejandro: “a) Todo singular es absoluto; y en su unidad numérica y formal, no se puede hallar nada que real y positivamente pueda llamarse universal. El singular es a lo más un *universal potencial remoto* (DM. VI, 6, 5); o sea, se da en su esencia una aptitud de multiplicabilidad, sin otro significado que una no - repugnancia a multiplicarse, y esto en un sentido exclusivamente negativo (DM. VI, 6, 12); b) el primer contacto cognoscitivo con la naturaleza A, da como resultado gnoseológico, un concepto y un contenido: el concepto es la *prima intentio formalis* o concepto formal; y el contenido es la *prima intentio objectiva* o concepto objetivo. Tampoco tenemos el universal, pues esta naturaleza así conocida, es algo extramental (De Ani, TV, 3, 21); c) podemos considerar esta naturaleza, aislada del singular A, y entonces la consideramos como *algo abstracto*, no concreto y singularizado. Este peculiar modo de existir de tal naturaleza, ya no es algo real y extramental; y en ella hallamos de nuevo un contenido y un concepto; un contenido que es la naturaleza conocida, y aislada tanto de

modo casi gráfico, a través de proposiciones gramaticales (dogmas jurídicos) formando estatutos y códigos orgánicos (sistemática jurídica), el derecho positivo se manifiesta en la conciencia como *vivencia cultural*. Entendemos así por normas positivas, en sentido amplísimo, aquellos valores culturales que *regulan* la convivencia con caracteres propios no especificados en las otras normas sociales. Son valores que condicionan la conducta, no mediante sanción organizada como en las vigentes, pero sí por el impero de la *fuerza moral* que surge del consentimiento unánime de los hombres o de la nación; fuerza espiritual en la que bebe el derecho vigente, al punto, que las normas que no se asientan en esta fuerza legítima de la conciencia, están destinadas a la enervación y a la muerte.

La clasificación y distribución jerárquica de las normas vigentes, que esbozamos más arriba, son la expresión simétrica de una idéntica clasificación jerárquica que la conciencia vi-

---

la abstracción como del singular, y tenemos la *secunda intentio objectiva* y un concepto, la abstracción misma o carencia de contracción, o sea la *secunda intentio formalis* (De Ani. IV, 3, 21), Gnoseológicamente tenemos el universal *in potentia próxima* pues esa naturaleza *abstracta*, es ya común aunque sólo negativamente (DM. 6, 5); y no tenemos ya un *verdadero universal*, pues esa aprehensión absoluta de la esencia, si nos permite conocer su unidad, no nos permite conocer su posible multiplicabilidad. Si se quiere habrá un universal metafísico, más no un *universal lógico* (De Ani IV, 3, 32; DM, VI, 6, 11). d) Si esa naturaleza *así considerada*, la relacionamos o comparamos con los individuos A, B, C, D..... o con la posibilidad de los mismos (DM. VI, 3, 14), entonces adquiere una nueva modalidad cognoscitiva, y es, el ser considerada como *común a todos ellos*, o sea *universal* a todos los de la misma especie. La atención cognoscitiva directa de esa relación que une a la naturaleza común (una) con sus inferiores (exigencia de multiplicabilidad) es lo que constituye el *concepto universal*". "*La gnoseología del Doctor Eximio y la acusación nominalista*", págs. 362 y 363. Con referencia al concepto del Derecho, véase la distinción que hace *Francesco Olgiati* entre abstracción *impropia* (que corresponde a la descripción empírica del fenómeno jurídico) y la abstracción propia (que pertenece a la abstracción de la cosa); "*il concetto di giuridicità in San Tommaso, D'Aquino*", págs. 35-41.

viente va marcando respecto de ciertos valores de conducta, que interesan desde luego a lo que técnicamente denominaremos al estudiar la causa final: el Bien Común. Esta conciencia real y viviente suele mostrarse en la aplicación del derecho vigente frente a sus vacíos e insuficiencias con los mismos caracteres de las normas vigentes: los jueces recurren a dicha fuente cuando en defecto de la norma vigente dictan sentencia con arreglo a estas normas: tales son las formuladas por la jurisprudencia, la opinión y la crítica de los jurisconsultos, en una palabra las formuladas por la conciencia jurídica siempre en actualidad: estos son los valores jurídicos sin vigencia, pero que, también, tienen el sentido análogo de lo *recto* y de lo justo y toda la fuerza espiritual que la conciencia presta a sus valores históricos cuando están inspirados en las fuentes perennes de la razón. Este derecho positivo, por otra parte, puede significar el contenido cultural jurídico de una nación, como también el substracto de una conciencia jurídica *continental* e *intercontinental* hasta llegar a una conciencia *universal*, cuyos valores estimados sean la posibilidad de una unidad política del mundo que disuelvan las barreras geográficas y políticas que las separa.

Nuestro entendimiento, más allá de este derecho ideal, en permanente cambio, que da nacimiento a normas mudables, sólo puede abstraer un grado más, del mismo modo que el entendimiento especulativo abstrae de las especies sensibles, las inteligibles; principios y normas jurídicas que nuestra mente formula, substrayéndolos del tiempo y de toda contingencia histórica. Para ello, no es ya menester la conciencia histórica del jurista, sino que esto sólo puede lograrlo la postura metafísica en que se halla colocado el filósofo del derecho: es por éste que la inteligencia proyecta su luz natural sobre las normas históricas para extraer de ellas su esencia, vale decir el valor analógico que las conecta en el tiempo y que determina en cada norma particular su misma *razón de ser*. Este valor analógico no es otro que el de una conducta recta y justa y en tal sentido lo *recto* y lo *justo* en sí, sólo pueden ser definidos separándolos por abstracción mental de los diversos modos históricos, ya que cada norma particular representa a la vez *diversidad en lo uno* y *lo uno en lo diverso*.

El *jus gentium* de este modo, constituye este tercer grado de abstracción, que da como resultado el conocimiento de normas universales, pero cuya necesidad e inmutabilidad lo son por razón del derecho natural, a las que se ligan directamente y no por razón de sí mismas <sup>(235)</sup>.

Son principios jurídicos a los que de manera permanente y en forma tácita todos los estados están adheridos, por otra parte, no expresados en normas vigentes escritas sino como presupuestos promulgados por la *conciencia natural* del hombre y que se derivan del reconocimiento y respeto mutuo que el hombre debe a sus semejantes. Son principios que respetan al hombre en su integridad física, a su libertad moral y a su actividad indispensable que debe desarrollar para poder subsistir. No es pues el “*jus gentium*” un “derecho internacional” desde que no es fruto de convenio o tratado alguno, sino expresión universal de la conciencia humana, más allá de toda frontera; son normas, por tanto, preexistentes al estado y a toda norma positiva y vigente.

El cuarto grado de abstracción de la mente nos da la formulación de normas inmutables y universales de una jerarquía superior aún a las del *jus gentium*: son las normas que conocemos como de *derecho natural* y que debido a su grado de abstracción, es decir, a su gran extensión, no tienen más contenido estimativo que la protección y custodia del hombre en cuanto

---

(235) Clarísima es la distinción que hace *Suárez* entre derecho natural y de gentes: “más diferenciase primera y principalmente el derecho de gentes del derecho natural, en que, en cuanto contiene preceptos afirmativos, no impone necesidad de la cosa mandada por sola la naturaleza de la cosa mediante evidente ilación de los principios naturales, porque lo que es tal es natural, como demostraremos. De donde es necesario aue tal necesidad nazca de otra parte. Y de parecido modo, los preceptos negativos del derecho de gentes no prohíben algo porque es malo de suyo; pues esto es también puramente natural; de donde, de parte de la razón humana no hay derecho de gentes solamente ostensivo de la

tal, es decir, normas que la propia naturaleza racional del hombre revela por ser sustancialmente conformes a ella <sup>(236)</sup>.

El hombre es en su unidad sustancial un compuesto de naturaleza física y espiritual, a la vez que desarrolla una actividad conforme a este compuesto; de ahí, entonces, tres aspectos que constituyen una sola y misma naturaleza: la integridad física, la integridad moral y la actividad específica en que ambas se desarrollan. El derecho natural de conformidad a dicho compuesto se traduce en tres normas fundamentales: “no matar”, “no injuriar” y “no robar”. La primera concierne al derecho a la *vida*; la segunda a su *libertad moral*; la tercera a la *propiedad*.

La vida, la libertad y la propiedad constituyen los *valores* supremos del hombre pues sin ellos no es posible ningún otro valor. Por el contrario, todo valor histórico de conducta es en último término el afianzamiento de aquéllos. Las normas de derecho natural, por tanto, tienen un grado de abstracción superior a todas las demás normas y, en este sentido, no puede

---

malicia, sino constitutivo de ella; y así, no prohíbe el mal porque es mal, sino que prohibiendo una cosa hace que sea mala. Y estas son las propias y casi esenciales diferencias de la ley; luego, así se diferencian el derecho de gentes y el natural. En segundo lugar, consiguientemente, se diferencian porque el derecho de gentes no puede ser tan inmutable como el natural, porque la inmutabilidad nace de la necesidad; luego, lo que no es igualmente necesario, no puede ser igualmente inmutable, como se declarará más extensamente en el capítulo siguiente”: *tratado de las Leyes*, I, XIX, 2. En este mismo sentido, *S. Tomás somme théologique*, I - II, g. 95, a. 4. Muy interesantes son las conclusiones a que llega *Edgardo Manotas Wilches* en su libro: “*el nuevo derecho de gentes*”, pág. 239 y siguientes.

(236) “Es, pues, la primera sentencia la que afirma que la naturaleza racional en sí y en cuanto no implica contradicción y es fundamento de toda honestidad de los actos humanos, o de los convenientes a tal naturaleza o de la contraria torpeza de ellos por disconveniencia a la misma, es la misma ley natural. Así lo enseñó Vázquez, y lo mismo repite muchas veces en todo el discurso de esta materia, y no cita a nadie en favor de

existir norma alguna valorativa de la conducta que no esté referida a aquellos tres presupuestos. Todo hombre tiene derecho a la vida; en consecuencia, este derecho se traduce en una norma negativa, “no matarás”; todo hombre tiene derecho a decidirse libremente respecto a sus actos, luego reza el principio prohibitivo “no inferirás injuria”, vale decir, cumplirás lo pactado; todo hombre tiene derecho a desarrollar sus potencias físicas y espirituales y, por ende, a perfeccionar su ser, luego, “respetarás el fruto del trabajo ajeno”, vale decir: “no robarás”.

---

esta sentencia. El fundamento es que hay algunas acciones de tal manera malas intrínsecamente por su naturaleza, que de ningún modo penden en la malicia de prohibición extrínseca, ni del juicio o voluntad divina, y por la misma razón hay otras acciones, de tal suerte intrínsecamente buenas y honestas, que tampoco penden en esto de causa extrínseca. Lo que supongo por la común sentencia de los teólogos, y por Santo Tomás, y por Victoria y lo confirmaremos en los capítulos siguientes. Y la razón, brevemente expresada, es porque los actos morales tienen sus naturalezas intrínsecas y sus esencias inmutables que ni dependen de causa o voluntad extrínseca más que las otras esencias de las cosas, que de suyo no implican contradicción, como supongo ahora por la metafísica”.

“De ahí, pues, se forma la primera razón; pues en estas acciones se halla honestidad o torpeza por la conformidad a alguna ley y no por la conformidad al juicio de la razón; luego por la conformidad a la misma naturaleza racional; luego la misma naturaleza es en sí la ley natural respecto de todas aquellas cosas que son mandadas o prohibidas, o aprobadas o permitida por la ley natural”.

“La segunda razón puede ser, porque los preceptos de esta ley son: o principios de suyo conocidos por sus términos, o conclusiones derivadas de ellos, con evidente necesidad, los cuales son anteriores a todo juicio de razón, no sólo del entendimiento creado, sino también del mismo entendimiento divino; pues así como las esencias de las cosas, en cuanto no implican contradicción, son tales o cuales en el ser de la esencia, de suyo y antes de toda causalidad de Dios y como independientemente de él, así la honestidad de la verdad y la torpeza de la mentira es tal por sí y según la eterna verdad; luego respecto de tales actos o preceptos, no puede el juicio tener razón de ley, supuesto que antes de todo juicio son buenos o malos, y, por tanto, mandados o prohibidos; luego nada puede

Por otra parte: estas tres normas de derecho natural no sólo tienen *positividad y vigencia* sino que la positividad y vigencia de las otras normas es consecuencia de aquéllas. Una norma que decimos es injusta o contraria al Derecho, lo es sencillamente por atacar próxima o remotamente, según el grado de abstracción en que se halla ubicada frente a alguno de los tres principios del derecho natural anteriormente enunciados. La conciencia social no le presta así su tácito consentimiento y, por ende, dicha norma carece de positividad, es decir, de fuerza o autoridad espiritual. Y si carece de positividad no puede tampoco ser fuente de la norma vigente por cuanto ésta es expresión objetivada de la conciencia jurídica en un momento dado.

Por último y, en quinto grado de abstracción, el entendimiento frente a estas tres normas de derecho natural concibe la *esencia* o el *ser* del Derecho, “La constante y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo” es la razón común o analógica de las tres normas de derecho natural. Ha llegado así la mente al indivisible jurídico, al género de los géneros en materia de normas. De la noción de justicia no cabe ya abstracción posible, desde que ella carece de contenido para transformarse en simple criterio o valor supremo de conducta. Por ello, la noción de

---

tener razón de ley natural respecto de ellos sino la naturaleza misma racional”.

“Tercero: en las otras naturalezas inferiores, la medida del bien y el mal, de lo conveniente o inconveniente, es la naturaleza de cada cosa: como, v gr., el calor es inconveniente al agua y el frío le es conveniente, porque el agua, en virtud de su forma y naturaleza, pide el frío y no el calor, antes bien repugna a él. De donde, si queremos asignar alguna medida y como ley de los movimientos convenientes y inconvenientes a tal cosa, no hallamos otra sino su naturaleza; luego lo mismo proporcionalmente ocurre en la naturaleza racional, en la cual, la conveniencia o inconveniencia del acto libre a la misma naturaleza racional como tal, constituye la honestidad o la torpeza, y así más propiamente pertenece a la razón de la ley”. *Suárez, tratado de las leyes*, II, 5, 2. Suárez a

justicia *no ordena, como ordena la norma positiva*, y aunque en su expresión gramatical aparece como ordenando, es en el sentido *rector* de todo arquetipo: no ordena nada en ningún sentido específico o unívoco, sólo da la *razón analógica*, en cuya virtud una norma es *justa*. *No ordena*, pues, lo justo, sino que simplemente dice *cuando una norma es justa*; es *forma* abstraída no *contenido* inmanente en la razón; es en fin, un inteligible práctico que denota *esencia* pero no *existencia* que es la característica de toda norma <sup>(237)</sup>.

Del mismo modo que para abstraer ha necesitado el entendimiento separar lo inmutable de lo mudable, la forma de la

---

continuación refuta en parte dichas sentencias: “porque la misma naturaleza racional considerada detenidamente como tal, es una esencia, y no manda ni muestra la honestidad o malicia ni dirige o ilumina ni tiene otro efecto alguno de la ley, a no ser que queramos usar del nombre de la ley muy equívoca y metafóricamente, lo cual destruye toda la discusión”, *Ibidem*, II, 5, 3. “Uno es, que se sigue, que no menos propiamente tiene Dios su ley natural que le ate y obligue, que los hombres; lo cual parece absurdo. La consecuencia es clara; porque también a Dios repugna, v. gr., la mentira, pues es disconveniente a su excelente naturaleza; es, pues, la misma naturaleza de Dios regla de la honestidad que hay en decir la verdad y de la torpeza que hay en decir mentira; luego, la naturaleza de Dios no es menos ley respecto de Dios que lo que es la naturaleza del hombre respecto del hombre”. *Ibid.* II, 5, 4. Finalmente, Suárez, nos da los dos elementos intrínsecos del derecho natural, o sea su *naturaleza* misma y la *fuerza* de su *mandato*, cuando expresa: “es, pues, la segunda sentencia la que distingue dos cosas en la naturaleza racional: una es la misma naturaleza, en cuanto es como el fundamento de la conveniencia o disconveniencia de las acciones humanas a ella misma; la otra es cierta fuerza de aquella naturaleza, que la tiene para discernir entre las operaciones convenientes y disconvenientes a aquella naturaleza, la cual llamamos razón natural. Del primer modo se dice que esta naturaleza es fundamento de la honestidad natural y del segundo modo dicese la misma ley natural, la cual manda o prohíbe a la voluntad humana lo que ha de hacerse por derecho natural”. *Ibid.* II, 5, 5.

(237) Yo no sé -dice *G. Renard*- por qué la mayor parte de los juristas imaginan una línea intermediaria entre el derecho positivo y una justicia o moral social, a la cual reservan el nombre de derecho natural y que

materia, en una palabra, la esencia de la existencia, el entendimiento por un proceso *inverso* conoce, o mejor, determina como justa la relación de derecho o sea la norma que la regula por aplicación del concepto, dividiéndolo en toda su extensión, vale decir en todas las partes que estuvieron presentes anteriormente cuando el entendimiento procedió a su discriminación y abstracción.

Este proceso de la conversión podría con más precisión denominarse el de la *subsunción* de los principios jurídicos. Las normas que rigen, por ejemplo, el contrato de compra y venta son normas de Derecho, esto es, tienen el sentido de lo justo. Pero este sentido de lo justo no es inherente a la norma misma, sino que por sobre ella una norma superior *reconocida de antemano como justa*, subsume la regla menor, en este caso la referente a la compra y venta, siendo esta última justa y, por tanto, jurídica por su conformidad a aquella norma de superior jerarquía. Con este ejemplo podemos advertir que la esencia del Derecho representada por el “*suum cuique tribuere*” no se aplica *directamente* a todo género o especie de norma sino *mediatamente*: De esta manera las reglas relativas a la compra y venta son de Derecho y, por tanto, justas si están concordes con otros principios superiores *inmediatos* que no pueden ser otros que los principios sistemáticos de la codificación civil, por el que los principios relativos a los contratos en general y en particular, están organizados por principios de legislación de mayor extensión que los relativos a los de la compra y venta. A su vez el código civil pertenece al Derecho Privado, y, por ende, a la justicia, no en relación directa al “*suum cuique tribuere*” sino a la norma inmediata superior que es la Constitución de la Nación.

---

representaría las posibilidades efectivas de comprensión del derecho positivo; esta línea no existe; por lo demás, los jurisconsultos que creen en ella se han encontrado siempre en la imposibilidad de fijarla: “*introducción filosófica al estudio del derecho*”, tomo I, pág. 74.

La noción de justicia, por tanto, es esencialmente analógica en razón de ligar y coordinar diversidad de normas, y como todo concepto analógico se aplica a los analogados en razón *inversa* a su extensión y comprensión. Ningún juez podría así dictar sentencia aplicando de inmediato el “*suum cuique tribuere*”, sencillamente porque esto no es norma, como antes se dijo, sino *criterio*. Lo que es justo en cada caso, queda determinado por la relación y por la conformidad de una norma con otra de mayor extensión que la comprende de antemano como justa. Obsérvese, de este modo, la importancia que para nosotros tiene este aspecto *lógico* de las normas; la *extensión y comprensión* es cualidad de toda idea o concepto. Para nosotros, por la extensión y comprensión *inversas* de los principios jurídicos, es posible la subsunción, o sea la aplicación analógica de lo justo. Por otra parte: el procedimiento de la conversión de los principios se funda, además de este juego recíproco de la extensión y comprensión, en los principios metafísicos de la *sindéresis* y en el de la legitimidad del conocimiento.

### LA SINDERESIS

El “*habitus principiorum*” de los escolásticos es una capacidad intrínseca de la razón que se actualiza a través del proceso mismo de la abstracción de los principios superiores. Tal hábito se denomina en la escuela por el término “*sindéresis*”<sup>(238)</sup>. Es pues, facultad potencialmente innata y desarrollada por el entendimiento especulativo práctico, la cual se traduce en la experiencia moral, o mejor, en la “*conciencia moral*”. Por ello, constituyendo el Derecho un orden *ético* colectivo, del mismo modo el entendimiento práctico, por virtud de tal hábito, *conoce*

---

(238) *S. Tomás: somme théologique*, I-II, q. 94, a 1.

(mejor intuye) la participación de las normas en la justicia. Del mismo modo que la conciencia moral objetiva (conocimiento de la Ley moral) del individuo le permite conocer por subsunción la moralidad del acto que va a ejecutar, también la conciencia jurídica objetiva (en este caso la noción misma de justicia) nos hace *intuir* en el procedimiento de la conversión de las normas, la noción de justicia presente en cada una de las reglas.

Como se advierte, la *sindéresis* para nosotros permite algo más que la simple y directa relación entre una norma de menor extensión con una de mayor extensión. Por la *sindéresis* o el “*habitus principiorum*” la participación de una norma cualquiera en la justicia no se realiza por adecuación *indirecta y progresiva* sino *directa*, diríamos total. En efecto: puedo decir que esta norma es justa en dos sentidos: primero porque está conforme a una norma de mayor jerarquía, que de antemano conocemos como justa; en este caso, la subsunción es *indirecta* y el conocimiento de lo justo es un *conocimiento* por comparación o subsunción; segundo: puedo decir, también, que esta norma es justa pero, no porque esté conforme a otra norma justa, que la subordina, sino que es justa porque *participa directamente de la esencia de lo justo*. En este último caso existe propiamente un conocimiento analógico: la *intuición de la justicia*, vale decir, un conocimiento por participación o *contemplación* de lo justo. Esta intuición no se obtiene sino es por el “*habitus principiorum*”, es decir, por aquella capacidad de nuestro entendimiento especulativo-práctico adquirida por el conocimiento de los principios superiores. Es menester, por tanto, la formación y desarrollo de la conciencia moral y jurídica por el conocimiento de estas esencias prácticas de la conducta. Sin este conocimiento (conocimiento filosófico del Derecho) el jurista se mueve en la simple subsunción pragmática de las normas, conoce el derecho en su existencia unívoca no en su *esencia* análoga.

Finalmente por la *sindéresis* o intuición de lo justo, el principio de *legitimidad* prevalece en el Derecho, por sobre el de *autenticidad*. El que niega la justicia absoluta y, desde luego, el derecho natural, funda el Derecho sólo en el principio de *autenticidad* (necesidad histórica); pero la intuición de una justi-

cia absoluta, por encima de las normas históricas y el reconocimiento de un derecho natural inmutable, permiten referir la norma a *legitimidad*, más que a una simple constatación o autenticidad histórica. La sola autenticidad, no basta para fundar el orden jurídico, porque está demostrado por los hechos que no toda *exigencia* en el tiempo es jurídicamente justa. La necesidad no justifica el robo, ni el crimen, ni la hacen excusable. La necesidad sólo es excusable cuando es justa; luego, por sí misma no es justa; de ahí, en consecuencia, que la autenticidad o necesidad histórica, no basta por sí misma para justificar la existencia y formulación de una norma de Derecho. Es necesario así la *sindéresis* o el hábito de los primeros principios, para sentar, aparte de la subsunción en que se funda dicha autenticidad, la *legitimidad* de la norma, que lo es sólo por su participación real en lo justo.

De esta manera damos a las palabras “autenticidad” y “legitimidad” distintos significados: una norma es *auténtica* cuando está conforme al orden jurídico positivo imperante, de ahí su carácter esencialmente histórico. Empero, una norma es legítima para nosotros, cuando es *justa*, es decir cuando además de las razones impuestas por el derecho positivo imperante, la conciencia moral (la *sindéresis*) la declara justa en sí misma. Por no distinguirse bien estos dos modos de proceder es que corremos el riesgo de identificar la norma consigo misma, incurriendo en la univocidad de los nominalistas. Esta tautología se transforma en equívocidad que es característica de los sistemas formalistas a los que aludimos en otro lugar.

## EXTENSION Y COMPRESION DE LOS PRINCIPIOS

### 1. SU RAZ ONTOLOGICA

Nuestro entendimiento estimulado por el mundo exterior a través de una objetividad múltiple y diversa tiene por rol iluminar y revelar las normas directivas de la conducta jurídica. El medio social está constituido por un complejo de estímulos; la

convivencia exige la solución a infinitas situaciones y problemas, a una diversidad de cuestiones que se nos presentan naturalmente ligadas y articuladas en series. La solución a una de ellas significa un nuevo problema, una necesidad resuelta es otra que se genera y así sucesivamente. Al mismo tiempo esta serie de cuestiones o situaciones reales referidas a una agrupación y en un tiempo dado, eslabonada a otras series en lugares y épocas distintas, y que aluden también a núcleos diversos, requieren de igual modo soluciones jerarquizadas en virtud de las cuales algunas de ellas demandan su formulación antes que otras: ciertas situaciones deben ser contempladas y resueltas en términos más generales que otras porque afectan a un mayor número, o porque el orden público o el bienestar general depende en primer término de ellas.

La extensión y comprensión de los principios jurídicos tienen de este modo una raíz ontológica. Tomemos, por ejemplo, la institución jurídica de la propiedad, considerada en sí misma, y una regla cualquiera que tenga referencia a ella, como ser la que establece que “la posesión de buena fe de cosa mueble vale por título”. En la institución de la propiedad nos representamos un campo de aplicación respecto a las personas que comprende infinitamente mayor que en la regla citada, y al mismo tiempo e inversamente a una comprensión reducidísima, pues, en la primera predominan los elementos abstractos, no así, en cambio, en la regla sobre la posesión de cosa mueble en que la comprensión es mucho mayor, pues esta institución pierde abstracción frente al número de circunstancias reales, tales como aquellas que se refieren a las nociones acerca de poseedor, capacidad, buena fe, cosa mueble, etc.

¿Qué exigencia determina en los códigos la disposición sistemática de sus principios? ¿Consiste sólo ella en una exigencia lógica de nuestro espíritu, o acaso obedece a principios de carácter ontológico? Si observamos la realidad social, complejo psíquico de creencias y fines del que el derecho positivo toma su materia, encontramos que dichos fines, creencias y valores so-

ciales viven en la conciencia psicológica de los individuos sujetos a este proceso inverso de la extensión y comprensión.

La creencia o valor social, como ya sabemos, es producto de una objetivación espiritual; esta objetivación lleva en sí la idea de su propia jurisdicción o sea los sujetos que subordina, que liga necesariamente a ella, pues una creencia o valor social que no tuviese esta modalidad perdería también su objetividad para tornarse en cosa puramente individual sin trascendencia para la comunidad. En cuanto a la comprensión las cosas o valores sociales contienen una serie de elementos de la realidad despojados de su materialidad y transformados en elementos espirituales; es decir, que las cosas materiales adquieren un sentido teleológico porque representan fines. Estos fines cuantos más concretos y cuanto más apremiantes son en relación a las necesidades que llenan, tanto más comprensivos, tanto más rico su contenido.

Retomando nuestro ejemplo: la propiedad es una institución ligada casi directamente a las primeras manifestaciones de la vida del hombre sobre la tierra, vale decir, que la exigencia de lo mío y de lo tuyo tiene raíz, como antes se dijo, en las necesidades imperiosas del hombre tales como la subsistencia y conservación del ser o de la especie. Esta exigencia universal se conserva luego en todo el proceso psico-social: el instinto, el sentimiento, la creencia y el valor o institución jurídica de la propiedad contienen el máximo de extensión en lo que se refiere a los individuos sujetos a su imperio. En cambio, si nos referimos a situaciones más concretas que envuelve esta misma institución, la extensión disminuye y la comprensión aumenta. La posesión de cosa mueble, como institución, también va precedida en la realidad social por exigencias que nacen con posterioridad, a medida que las necesidades aumentan y los intereses se complican: la distinción entre cosa mueble e inmueble es producto de la evolución jurídica de la propiedad. Existían antes diferencias respecto a los medios de subsisten-

cia. Así por ejemplo: creemos que los medios naturales aptos para construir la vivienda, dar estabilidad a los núcleos familiares, defensa contra el enemigo, etc., debieron ser en primer término referidos a la tierra misma, constituyéndose ésta en el elemento más importante, más que aquellos otros con los cuales se construía la vivienda o servían de complemento a la vida diaria. De este modo, la propiedad debió aludir en primer término a la tierra y posteriormente a todos aquellos elementos que se podían agregar, desplazar o cambiar de lugar. Nace, pues, la posesión de cosa mueble como una derivación de la propiedad; es decir; que la institución es abstracto se desarrolla a medida que se refiere a nuevos elementos que la concretan o la ramifican a nuevas situaciones.

Ahora bien: si esta extensión y comprensión del derecho positivo es una proyección del orden real de las cosas naturales, se ve claramente que la actividad del hombre a través del doble proceso de abstracción y conversión (extensión y comprensión), es hija del impulso universal origen de la materia y de la vida y que la captación inteligible del mundo exterior es reflejo del orden y armonía de las cosas, de donde se sigue que la razón es la encargada de dirigir al hombre y dictar sus principios de conducta como consecuencia de ese orden y movimiento universales, constituyéndose así el orden social en un orden natural en razón también de su fuente y origen.

## 2. NORMA MORAL Y NORMA JURIDICA

Procedamos, pues, a analizar en el orden jurídico-positivo este doble carácter de la extensión y comprensión de las reglas. Como hemos visto anteriormente, la actividad racional revela en primer término y a todos los hombres por igual, la ley natural, creándonos la primera y más importante de las obligaciones: el deber moral, obligación cuyos términos son el hombre y

Dios. La ley moral tiene una extensión con relación a los individuos que jamás puede alcanzar ley alguna; es universal absolutamente porque es la más abstracta, y es la más abstracta porque toca a la esencia humana, a su fin esencial. Por ello todas las leyes después de ésta y todas las obligaciones que se generen no pueden abandonar su centro originario: el Derecho Natural, en consecuencia, comienza ya a ser un orden moral, pero más comprensivo; si bien es cierto que se refiere también a todos los individuos lo es solamente en las relaciones con sus semejantes: no comprende al individuo aislado, hecho posible, sino sólo potencialmente; ha perdido, pues extensión; pero, en cambio, es más comprensivo: las situaciones que contempla y regla son más diversas y complejas, se refieren a las que crea la vida de relación entre dos o más que por sí entrañan siempre un conflicto.

El Derecho, en consecuencia, representa un orden moral-social el que no es posible desarticular en diferentes aspectos, como ser Derecho Natural, derecho positivo, derecho público y privado, como órdenes distintos, pues, lo único diverso es la extensión y la comprensión de las reglas, es decir el grado mayor o menor de abstracción. Sólo existen el orden ético-jurídico, ético social, ético-económico, etc. ... en razón de una mayor comprensión en el orden de los fines, alcanzada por la actividad continua del espíritu, en perpetua progresividad y acrecentamiento, entendiendo así la progresividad en sentido de un aumento de riqueza técnica de las normas. El orden jurídico progresa a medida que individualiza o adapta mejor sus reglas a las circunstancias cambiantes de la vida, no significando, por otra parte, este progreso una transformación de la substancia o esencia propia, porque ésta no es otra cosa que una pura actividad del espíritu en dirección y sentido de lo justo.

Tomemos como ejemplo, para esclarecer mejor estas ideas, el organismo corporal del hombre, el cual se reduce

atómicamente a células. Estas están dispuestas y ordenadas en relación a una función específica, cuya función determina el órgano; a su vez el órgano vive en función de los demás para constituir el organismo, el cual se reduce en total a un ordenamiento complejísimo de células y tejidos. Todas las funciones reunidas nos dan en fin la vida orgánica. Ahora bien: imaginémonos que han pasado 50 años de vida para este organismo; ya no podríamos afirmar que existen allí, desde el punto de vista material, las mismas células, los mismos tejidos de antes pues hasta los más profundos se han renovado, no existiendo una sola célula de vida permanente: el organismo es otro, sin embargo este hombre es el mismo, identificado a su niñez, a su juventud, a su madurez. No existe ningún elemento orgánico de identificación, luego es necesario concluir que un otro elemento puramente cualitativo ha sobrevivido a las transformaciones celulares y ha perdurado como el común denominador de todos los procesos orgánicos. Mi corazón, mi estómago son los mismos desde este punto de vista cualitativo, no lo son, en cambio, en razón de sí mismo en el tiempo y en el espacio.

Este elemento cualitativo en el hombre no es identificable a psiquismo puro porque este psiquismo también está sujeto a infinitas modificaciones; la vida psíquica también nos la explicamos por este mismo principio esencial que llamamos alma.

### 3. LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL

Tal es igualmente el sentido vital que encontramos en la norma de conducta más allá de su expresión técnica y material. La justicia por encima de su normatividad y de su expresión concreta positiva, es ante todo vida, manifestación de un ser que progresa, que se renueva y que se transforma; es así en

esencia impulso, actividad con potencial y dirección inmutables. La justicia como norma inmutable es sólo aquella que en su contenido sólo dice de su actividad, sólo expresa su esencia. El “*sum cuique tribuere*” de este modo es la norma tipo por la que intuimos la actividad del espíritu en sentido de sí misma, de su propia naturaleza.

Por tanto: el Derecho esencialmente no es norma sino la actividad que produce la norma, y esta norma es natural porque la actividad que la genera tiene como fin la conservación y desarrollo del ser en que vive. Se dirá, en consecuencia, que las reglas de Derecho Natural no son inmutables puesto que la única esencia inmutable es la actividad que las produce; que sólo existen derechos o normas sujetas a variación. Pero es que así no se distingue en la norma de derecho, cualquiera sea su grado de abstracción o comprensión, el contenido psico-social que encierra, del proceso en virtud del cual participa actuando de aquella actividad específica, y que la constituye precisamente en norma de Derecho. Los primeros principios de Derecho Natural aparecen inmutables casualmente no en razón de su contenido positivo sino porque las primeras concreciones de aquella actividad de la razón son expresiones de esa actividad en cuanto conforme consigo misma, alcanzando así la norma el mayor grado de abstracción.

El “*sum cuique tribuere*”, como decimos, expresa en su contenido esta actividad que es específica, por cuanto es estimulada por el hecho de la convivencia: “dar a cada uno lo suyo” no significa otra cosa que la intencionalidad de toda norma de derecho, por encima de todas las circunstancias del tiempo y de lugar. No está aquí determinado lo que debe entenderse por lo suyo, esto será fijado por reglas más comprensivas, tanto más mudables, cuanto más comprensivas en razón de su distanciamiento del centro originario; sin embargo, no podrían éstas perder jamás su esencia propia, ya que viven por virtud de un proceso, en estado permanente de participación con la actividad de la razón.

El Derecho Natural se nos muestra, por tanto, con un contenido progresivo, no determinado o acondicionado por una forma lógica al modo como lo concibe Stammler, por ejemplo, porque la actividad en sí no es forma, sino viviendo permanentemente de la vida racional, así como en nuestro organismo físico todas las células de la periferia al centro participan de un impulso interior por quien la materia se vivifica, se organiza y se desarrolla.

#### **PROGRESIVIDAD E INMUTABILIDAD DEL DERECHO NATURAL**

Parecería que una cosa que progresa no puede tener constitución inmutable, puesto que progresar implica un estado de imperfección, una potencialidad o posibilidad a ser. Sin embargo, progresividad no es transformación porque la transformación es negación del ser, de su actualización; en cambio, el progreso es afirmación o actualización cada vez más perfecta del ser. Para que algo se transforme, es necesario que algo de la cosa permanezca inmutable, por tanto, la transformación entraña a la vez la inmutabilidad y el progreso en el ser, pues si el ser no permanece, el progreso es negativo. De esta manera encontramos en el Derecho Natural un principio incommovible, razón y fin de su existencia y que no es otro que el “*sum cuique tribuere*”, no en cuanto a normatividad sino en cuanto a constante actividad en el sentido específico de la convivencia humana.

Esta inmutabilidad y progresividad al mismo tiempo, es de la naturaleza de la ética: la bondad, por ejemplo, es una cualidad o virtud de nuestro espíritu. La bondad en sí es principio inmutable a la vez que acción progresiva, y es progresiva porque el acto humano no es nunca absolutamente bueno; por ello nuestros actos no tienen límite: siempre le falta al hombre

algo para ser mejor, más bueno, más justo; no obstante esto, decimos, la bondad y la justicia son esencias prácticas o principios de acción. Por eso es que la noción de justicia y la del derecho natural, que es su primera expresión, no se transforman, son inmutables así como lo son la bondad y caridad en sí mismas. Sin embargo, el Derecho Natural, progresa en cuanto es actividad que aproxima o que eleva la relación humana a un ideal de justicia o equilibrio perfecto. La progresividad del Derecho Natural, de este modo, no sólo es dirección hacia un ideal inmutable, sino que este ideal o justicia absoluta es su presupuesto necesario. Las relaciones de hombre a hombre deben modelarse de conformidad a este tipo ejemplar, resultando que la relación, en cuanto es de Derecho Natural, es aspiración o tendencia a un equilibrio perfecto entre las voluntades.

Las transformaciones sufridas en el contenido del derecho positivo, el cambio de regímenes e instituciones jurídicas, los contrastes y la oposición, característica de la normatividad, como la derogación o enervación de reglas sólo afectan a la periferia en razón de su gran comprensión; pero una regla derogada en nada casi puede afectar a otras de mayor extensión, así como el organismo corporal no menoscaba su integridad sino que la consolida en virtud de la renovación o transformación celular. Cuando una norma jurídica se deroga o es substituida por otra, esto no afecta sino solamente a aquellas otras que le estaban subordinadas, es decir, a las que por razón de jerarquía contenían menos extensión y sí mucha más comprensión.

La inmutabilidad, pues, no se refiere al Derecho Natural normativo, según nuestro punto de vista, sino al Derecho Natural como principio de acción (la *sindéresis*). *El Derecho Natural como actividad específica de la conveniencia* (la justicia) *prexiste al Derecho Natural como norma*. La actividad así que va concrecionándose en normas, progresa en cuanto ella

se ramifica y vitaliza la normatividad; en cambio, esta última, como elemento técnico muda de estructura y contenido. Vale decir que el sentido y dirección de la actividad de la razón son inmutables en relación al fin último concurrente que los genera, y la forma y contenido de la norma, cualesquiera que ella sean, son transitorios en relación a los fines intermediarios que los determina.

Dentro de la concepción estrictamente clásica, puede que exista antinomia entre la progresividad y la inmutabilidad del Derecho Natural, debido quizás más a la pobreza de vocabulario que a la rigidez de las conclusiones. En el jusnaturalismo no se distingue bien la actividad racional *sindéresis*, de la concreción normativa, en todo caso, la actividad no es discriminada como cosa actuante en la norma sino siempre como algo actualizado; principios tales como el “*sum cuique tribuere*”, “*alterum non laedere*”, etc., constituyen así reglas positivas universales e inmutables. El Derecho Natural está condensado según esta escuela, en un número limitado de reglas las que el progreso no puede hacer variar sino que a ellas debe someterse todo progreso y cambio. Para nosotros el Derecho Natural, desde el punto de vista normativo o regulativo, no tiene límites ni demarcaciones, toda norma es humana, toda regla de derecho es positiva, y son naturales porque no pueden ser sino conformes a la naturaleza del hombre; únicamente la extensión máxima o el más alto grado de abstracción de las reglas pueden jerarquizarlas en tal sentido que las muestre con un contenido inmutable; pero este contenido en su máxima extensión se torna en sí intemporal e inespacial, es igual, entonces, a la actividad que lo produce, la naturaleza humana. Por eso el “*sum cuique tribuere*”, aparece inmutable ante las contingencias de tiempo y lugar, puesto que nadie podría aplicar directamente dicha regla a las situaciones reales que se nos presentan a diario, y ello resulta así por que expresa *directamente*, la forma esencial de actividad de nuestra razón, el modo de ser del derecho. “Lo suyo” no es por tanto

una regla de derecho natural, sino que expresa el modo específico con que nuestra razón debe moverse para producir o dictar las normas conforme a su naturaleza.

La regla jurídica por ejemplo que constituye hoy por hoy el contrato de compra-venta, “precio y cosa”, es de derecho natural, porque participa de él, así como las hojas participan de la vida del árbol, como las células que se encuentran en la parte más superficial de nuestro cuerpo, tienen la misma vida de éste. Los clásicos separaban la regla de Derecho Natural de la de derecho positivo, atendiendo precisamente, a este carácter exterior de mutabilidad sin apercibirse que lo inmutable o mutable no está en relación a los contenidos sino al grado de vida o impulso que encierran. Este grado de vitalidad de la regla está dado en cambio, por la extensión y comprensión de los contenidos, lo que determina que el más extenso o abstracto se identifique a la actividad misma de la razón, tornándose como ella inmutable y que la más comprensiva se identifique a las circunstancias de la vida, corriendo por tanto, la suerte de éstas. La transformación o renovación de las reglas de derecho que por razón de su gran comprensión están más dependiendo de la realidad exterior, permite, precisamente el progreso indefinido, la marcha siempre ascendente del Derecho hacia su plena realización <sup>(239)</sup>.

---

(239) El mismo Suárez nos habla de esta *actividad* de la razón, superior a toda norma de derecho natural y que para nosotros no es otra que la *sindéresis* del entendimiento especulativo práctico. Tal el verdadero fundamento del progreso jurídico, de la continuidad de sentido en las normas que resta valor así a las profundas distinciones marcadas comúnmente entre derecho natural y positivo: “*tratado de las leyes*”, II, 5, 11 G. Renard, más explícitamente, se refiere a esta continuidad y progresividad cuando nos dice: “el derecho natural que yo enseño, y en provecho del cual persisto en reivindicar la tradición, se caracteriza por una *finalidad*: nada más; una orientación con el propósito de elaborar un derecho positivo, la estrella en cuya trayectoria debe ejercitarse la voluntad humana, aplicada a la confección de las leyes, de las sentencias, de los

El contenido del Derecho Natural sujeto a la regla lógica de la extensión y comprensión hace que aquél se manifieste orgánicamente de modo tal que los principios más extensos constituyan núcleos que subordinen a los demás, es decir, especies de matrices en virtud de las cuales la vida jurídica nace y se desarrolle con su sentido y orden perfectos. Si recordamos la figura de la espiral, diremos que la actividad de la razón enriquece su comprensión a medida que se expande hacia la periferia, pero siempre en círculos concéntricos, vale decir, que por más comprensiva que se nos muestre una norma jurídica el impulso que proviene del centro no llega a extinguirse jamás aunque pueden darse infinitos grados de vitalidad. Los principios más abstractos adquieren de este modo mayor vitalidad en el tiempo en razón de la carencia absoluta de elementos contingentes. Por eso, frente al proceso de las cosas y de la vida, se tornan inmovibles. Ya hemos demostrado anteriormente, que el “*suum cuique tribuere*”, en razón de su naturaleza puramente abstracta no puede aplicarse de manera directa a casos o situaciones particulares, precisamente por su carencia absoluta de materia contingente. Su grado de abstracción la sitúa en el centro mismo de la espiral, es decir, según dijimos, su contenido no es otro que la actividad misma de la razón en cuanto discierne en el sentido de su propia naturaleza.

Los adversarios tradicionales del Derecho Natural, se basan casualmente, en la comprobación histórica de algunos cam-

---

contratos. Es éste un *criterio* para juzgar, desde el punto de vista moral, el mérito de las soluciones propuestas a los problemas prácticos que presentan la relación y las rivalidades de la vida social: nada más entendemos por ello. Es el derecho natural para el jurista, como la noción de lo Bello para el artista: lo Bello no es una recta para fabricar obras maestras; es, como lo justo, un principio de discernimiento, inscrito en la naturaleza humana, al cual sería fácil adaptar, *mutatis mutandis*, el fragmento de la obra De República, que comentamos en una lección anterior”. Obra citada, tomo III, pág. 95.

bios en el contenido de sus reglas: principios que antes se creyeron de derecho natural el tiempo ha permitido rechazarlos como tales; y no sólo nos referimos en esta consabida crítica al evolucionismo y materialismo, sino también a ciertas escuelas de tipo racionalista, las cuales pudieran despertar más interés que las otras en relación al parentesco en que se hallan con los del jusnaturalismo. Pero la crítica a que aludimos, pierde enormemente eficacia desde el punto de vista en que nos hemos situado, que sin ser fundamentalmente distinta del jusnaturalismo clásico, permite con las correcciones que dejamos apuntadas, disolver fácilmente aquella dificultad. Desde luego, si algún principio que se ha creído de Derecho Natural, ha variado, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que sólo puede referirse a aquél de gran comprensión en el contenido, de tal manera que ligado estrechamente a las circunstancias históricas ha debido también sufrir las contingencias del tiempo. Hay otros principios en cambio, como el “*sum cuique tribuere*”, no matar, no robar, etc., cuyas estructuras y contenidos no han variado en absoluto, precisamente porque no tienen nada que modificar, pues carecen en realidad de contenido o de materia contingente. En estos principios está la abstracción que los identifica a la esencia misma de la justicia, o sea a aquella actividad específica en su esencia y finalidad <sup>(240)</sup>.

Nuestra posición en consecuencia, excluye toda especie de innatismo. La razón procede en primer término por vía inductiva, por sucesivas abstracciones hasta llegar a la for-

---

(240) De esta manera nos identificamos plenamente con las conclusiones a que arriba Renard en su concepción del derecho natural de contenido *progresivo*, sólo nos diferenciamos en el camino, ya que nosotros explicamos la *inmutabilidad* de lo justo y del derecho natural de distinto modo: mientras para Renard parecen confundirse la idea de lo justo con la idea del derecho natural, reduciendo a ambos a un “criterio” supremo, nosotros admitimos tal *criterio* sólo en la noción de justicia, ya que ésta no es norma; pero descartamos tal solución con respecto al derecho

mulación de los primeros y más extensos principios. El método inductivo, corresponde así, en la figura de una espiral a un primer movimiento o impulso de la periferia al centro, que se deriva de las excitaciones y reacciones correspondientes al orden de la sensibilidad. De esta inervación hacia el centro se produce una imagen o representación en virtud de la cual la razón juzga o discierne. Surge pues, la solución normativa a la vez que el ordenamiento jerárquico en relación al mayor o menor grado de extensión y comprensión, con que la razón procede. Este procedimiento inductivo, engendra en las conclusiones el procedimiento deductivo por cuanto la regla o solución dada se constituye según su grado de extensión en un criterio o experiencia de razón.

De esta manera los principios de Derecho Natural que se hallan identificados a su esencia, pierden valor normativo histórico para constituirse en los presupuestos o premisas necesarias de las cuales se procede ya por vía deductiva. Al mismo tiempo, estos principios centrales tienden cada vez más a elevar su grado de abstracción por la vía inductiva, como los que se encuentran en la periferia, y que constituyen el derecho positivo y vigente, tienden a ser más comprensivos o más

---

natural, sencillamente, porque éste es norma. Además ese criterio supremo de lo justo, nosotros lo fundamos en la abstracción y, por tanto, en los principios de la extensión y comprensión de los conocimientos. De ahí que la justicia y ciertas normas de primer plano, se nos presentan inmutables en razón de su máxima extensión y de su mínima comprensión. Falta, pues, a Renard probar que tal criterio de lo justo es inmutable. Mientras no nos demuestre en qué consiste ese criterio, persistirá la impugnación del adversario, o sea que todo derecho es mudable. Nosotros, empero, estamos conforme en que todo derecho o norma es mudable y que la inmutabilidad deriva del grado de abstracción de las reglas. Precisamente, lo justo es como lo Bello y no como la recta del ingeniero, según alude Renard, porque lo Justo y lo Bello han alcanzado en el proceso de abstracción mental el grado supremo como esencias analógicas. *Renard*, obra citada, pág. 94, tomo III.

adecuados a la realidad, como resultado del procedimiento deductivo que parte de premisas preexistentes. Con esto veremos decir que cuando la actividad racional se recoge en sí misma, la regla jurídica pierde contenido, pues los radios decrecen hasta confundirse con el vértice o centro mismo de la espiral; entonces, la norma retorna a su matriz que no es otra que la actividad misma que la produce, y en ese retorno se depura de toda contingencia histórica. Por el contrario: cuando la actividad del espíritu se dirige hacia la periferia es decir, encaminada a juzgar o resolver situaciones particulares, la regla se enriquece de contenido.

Ahora nos resulta fácil comprender que la evolución y transformación jurídica, la política y el progreso del derecho positivo tienen para nosotros un sentido y valer determinados, y que se explicará teniendo en cuenta la estructura que encontramos en el Derecho Natural de contenido progresivo.

En el régimen de estas ideas, no cabe pensar en un evolucionismo radical porque precisamente la única radical del Derecho Natural, que se condensa en una actividad específica de la razón, es como tal, incommovible, no admite modificación ni transformación. La actividad racional no puede ser sino de acuerdo a su finalidad; Derecho Natural para nosotros, es vida, ser que se desarrolla, fuerza que se expande y que al mismo tiempo, ordena y regula; por tanto, no puede existir más evolución, transformación y progreso que el que existe en todo ser que vive; es decir; que el derecho positivo o vigente sea la expresión cada vez más fiel de lo humano, que se encauce fuertemente en las corrientes del espíritu que parten de su centro y que no sea la expresión de un fatalismo cósmico o de un determinismo histórico. El Derecho en esencia, está saturado de libertad, y de justicia; esto es lo esencialmente humano, porque constituye la esencia de toda actividad racional; por eso el evolucionismo radical extirpa el principio de libertad, paraliza la vida del espíritu y con ello, procede a la liquidación total del Derecho Natural.

## RESUMEN

Hemos llegado, así, con el estudio de las normas y su clasificación a mostrar, cómo ninguna de ellas es *sustancialmente* el Derecho, sino sólo su *causa eficiente*. Por ello la noción de justicia, dentro de nuestro sistema de las causas del Derecho, no puede implicar *mandato* o norma, desde que ella es la causa *formal* del Derecho. En consecuencia, dentro del régimen de las causas metafísicas, la justicia es la *esencia* o el principio que informa al Derecho. El Derecho Natural, es, por esta razón, el conjunto de normas inmutables, conformes a la naturaleza racional del hombre y que presuponen la razón o esencia en cuya virtud *ordenan*. Con mayor razón, ni el derecho positivo, ni ninguna otra formulación histórica, puede alcanzar jamás a definir el *Derecho*, sino simplemente a ordenar conforme a lo justo.

## *Sección 4*

### DE LA CAUSA EJEMPLAR

1) NOCIÓN. Según hemos visto al estudiar la causa ejemplar en el orden del ser, no basta la causa eficiente para que se produzca el acto intrínseco, o sea la actualización de la forma potencial. Es menester, también, la causa final que obre conjuntamente con aquélla. Pero la causa final como el efecto o el Fin que se desea conseguir, no puede influir eficientemente en el proceso de las causas, desde que el fin es algo aún no logrado. Es menester, entonces, otro género de causa que no sea la eficiente, ni la final, pero que esté en relación inmediata con ambas.

La causa eficiente en el orden humano no obra ciegamente como obran las causas naturales en los seres inorgánicos y en los orgánicos irracionales. En la obra humana la causa eficiente es *conocida* como la acción o impulso adecuado a la forma potencial sobre la que actúa. Por consiguiente: para que esta causa eficiente obre inteligentemente sobre las potencias del ser, ella ha de obrar en cada caso, sirviéndose de un modelo que sea de la especie del fin que se desea conseguir y no cualquier tipo o modelo. Inspirada la acción eficiente en este modelo que es de la especie de tal fin, indudablemente el fin deseado ha de lograrse efectivamente en mérito a aquella *imitación eficiente*.

En el orden jurídico el fin que se busca es el Bien común; luego es necesario que la norma o ley, causa eficiente del Derecho obre en el sentido de lo justo en cada caso, inspirándose en un modelo de conducta que sea de la especie del fin que se busca, o sea un arquetipo perfectamente adecuado a la naturaleza del Bien común.

Pero como el Bien Común, como fin de la Justicia y el Derecho es esencialmente *orden social*, ya que el Bien de la comunidad sólo se logra a través del orden jurídico, se sigue que la acción eficiente de la norma debe inspirarse, o mejor, tratar de imitar un tipo de orden, no jurídico por cuanto éste es el que se trata de elaborar, sino de un orden *preexistente* al jurídico y que, a la vez, sea de su especie.

Al decir que sea de su misma especie no cometemos redundancia, puesto que el orden jurídico, como orden social pertenece a un cierto y *determinado* orden pero no es de por sí el orden mismo. Luego preexiste al bien ordenado por el Derecho, el Bien objeto del orden mismo. En consecuencia, con relación a la conducta jurídica orientada al bien común, debemos buscar otro orden con relación al Bien en sí, superior al de la comunidad social, por ser él jerárquicamente modelo en cuanto a un orden inferior que le está sometido, cual es, el orden social.

Al estudiar la causa ejemplar en el orden metafísico, dijimos que esta causa la configuraba el *medio* adecuado al fin. Pero este medio si bien no era el fin propuesto, constituía parte de él, ya que el fin no se lograba sin la presencia del medio específico. Por ello es que afirmamos en aquella oportunidad, que el *medio-fin* se constituía de antemano en la causa ejemplar del ser. Recordemos así el ejemplo del dique. El fin que nos lleva su construcción es el riego, en consecuencia la fertilidad del suelo, etc. ... Pero todos estos fines sólo se logran mediante un murallón de mampostería capaz de contener y represar el agua. El dique, pues, es parte del fin pero sólo como su medio *necesario*. La construcción de un dique se realiza, entonces, no a ciegas sino que la acción ha de estar dirigida por un modelo a cuya imitación resultará prácticamente el dique. Tal modelo está constituido por el plano que de antemano se traza el técnico, plan ideal desde luego, que ha de resolverse prácticamente en obra efectiva. La idea, por tanto, la idea modelo que dirige no es sino el *medio* necesario a un determinado fin.

En este sentido el fin del Derecho no es el orden, sino el Bien común o el bienestar común que resulta del orden jurídico. Por ello, el fin se constituye en la causa extrínseca del Derecho.

2) LA CAUSA EJEMPLAR DEL DERECHO. El Bien común, del que nos ocuparemos en el capítulo final, se logra, en consecuencia por el orden jurídico es decir por la conducta conforme a la justicia. En consecuencia el orden es el medio necesario para este Bien. Pero el orden jurídico es lo que se pretende realizar, luego este orden no puede servir de modelo desde que aún no lo conocemos. Debe, pues, existir otro orden que sea de la especie del jurídico, pero a la vez superior a él; para que pueda constituir un arquetipo; tal, el *orden moral*.

En efecto: el Bien común no es contrario al bien individual, es este mismo bien pero en un orden diferente. El bien común reconoce así como preexistente a la sociedad al individuo, y puede afirmarse que por antonomasia el Bien en sí es el último término del individuo, en cambio, la idea de bien de la comunidad, es *medio* para aquel, conforme a la frase de Quiles: “la sociedad es absolutamente para el individuo, el individuo es relativamente para la sociedad”.

Si el Bien Supremo del individuo es anterior a los bienes en común, se sigue lógicamente que el orden que rige al individuo es el modelo del orden que regulará la comunidad formada de individuos.

Pero el orden que rige la conducta individual de conformidad a su último fin (Bien Supremo) es el orden moral (ley o norma moral); luego este orden debe ser la causa ejemplar en la que debe inspirarse la acción eficiente del Derecho. “¿ *Quien nos mostrará el bien? Ha sido señalada sobre nosotros la luz de tu rostro, Señor.* Pues colegimos rectamente, que todas las cosas que la ley natural manifiesta evidentemente, pertenecen a la ley natural. Y puede confirmarse por aquello de San Pablo a los romanos (cap. 2): las gentes que no tienen ley hacen naturalmente aquellas cosas que son de la ley. De donde infiere que ellos son ley para sí mismos; más, aquellas cosas que son conocidas evidentemente por la luz de la naturaleza, conózcense con discurso o sin él, se dice con exactitud que son hechas naturalmente; luego....” <sup>(241)</sup>.

---

(241) *F. Suárez*, obra citada, II, 7, 3.

3) EL ORDEN MORAL Y EL ORDEN JURÍDICO. ¿En qué consiste este orden moral individual y de qué manera influye sobre el Derecho como causa ejemplar?

El orden moral regula la voluntad individual en relación a su último fin, vale decir al Bien Supremo o Bien *en sí*. Este orden de constituye por las cuatro causas metafísicas, como se dijo en capítulos anteriores: la causa material la constituyen los actos humanos; la formal, su relación o dirección hacia aquel Bien; la eficiente, la ley y las virtudes; la ejemplar, el orden cristiano; la final, el Bien Supremo.

Se prueba que este orden moral es la causa ejemplar del derecho por la íntima conexión de cada una de las causas de la moral con las del derecho, demostrándose así por estas conexiones que el Derecho es un orden ético referido a la conducta social. Por ello si el Derecho es por su radical un orden ético, no puede ser otra su causa ejemplar que este orden.

En efecto: la moral tiene como causa material el acto humano; el derecho también este mismo acto pero ligado con el acto del semejante (relación jurídica), tal la materia determinable del Derecho. La causa formal de la moral es la conformidad del acto con su último fin; del mismo modo, la causa formal del Derecho es la conformidad de la relación intervoluntaria con este mismo fin, llamado Bien común. Pero esta conformidad sólo puede establecerse mediante una voluntad justa, o sea mediante el hábito o la virtud de la justicia. La justicia es, pues, causa eficiente del acto moral y, a la vez, causa formal de la relación jurídica. Por tanto el Derecho formalmente tiene su principal raíz en la causa eficiente de la moral, y no podría ser de otra manera, porque si la Moral y el Derecho tuviesen la misma causa formal no podríamos distinguir el acto individual, de aquel que originariamente nace ligado con el del semejante, vale decir, no podríamos distinguir en cuanto a sus efectos el Derecho de la Moral.

Vemos así que las causas del Derecho coinciden con las de la Moral a excepción de la causa formal. Respecto a esta última puede decirse que más bien una es inferida o consecuencia de la otra: la eficiencia de una voluntad justa en el orden moral es de este modo la forma constitutiva de la relación jurídica.

Esta simetría y conexiones entre las causas de la Moral y las del Derecho nos demuestran a las claras que también debe existir íntima conexión entre la causa ejemplar de ambas. En efecto: si las causas del Derecho proceden por inferencia de las de la Moral, el modelo o ejemplar que ha de guiarnos en la estructuración del orden jurídico, es y debe ser este otro orden de cuyas causas metafísicas depende.

La historia y la experiencia demuestran con evidencia que las normas jurídicas (causa eficiente del Derecho) si no están *fundadas* en la moral, el caos (anarquía o despotismo) sustituye al orden jurídico. Cuando decimos que no *están fundadas*, marcamos precisamente, que el orden jurídico no está inspirado en su modelo específico, en su arquetipo correspondiente, como diría Platón.

De ahí que las aspiraciones actuales en estructurar una ciencia jurídica con método y causa formal descentrados de la raíz ética, como son las doctrinas neokantianas en boga, tales como “la teoría pura del Derecho” de Kelsen, la formalista de Stammler, la eticista de Radbruch, la egológica de Cossio, etc., descienden forzosamente a conclusiones aberrantes: “el derecho es la norma”, “el derecho no es siempre y necesariamente lo justo”. Estos como otras expresiones semejantes, son absurdos lógicos o aberraciones teóricas, como lo hemos tratado de demostrar en capítulos precedentes y que derivan de la falta de evaluación ética de la norma jurídica.

A estos habrá que repetirles las palabras de V. Cathrein: “no nos detendremos en la refutación de la teoría kantiana, pues la inadmisibilidad de la misma resulta suficientemente de lo que

hemos dicho acerca del concepto y coactividad del Derecho. Su concepción del Derecho se corresponde esencialmente con su inexacta teoría de la Moral. Puesto que todo verdadero deber sólo puede derivar de la razón propia autónoma, del imperativo categórico, la ley de Derecho pierde su fuerza obligatoria en la conciencia, es convertida en una simple amenaza de castigo o en una medida de fuerza, cuyo único fin es asegurar a todos igual libertad externa”<sup>(242)</sup>.

El mismo Cathrein en otro pasaje resume en pocas palabras los fundamentos de esta causa ejemplar del Derecho: “todas las leyes humanas reciben, por lo menos *mediatamente*, su fuerza obligatoria de la ley moral natural, pues cuando yo pregunto: ¿por qué estoy obligado en conciencia a obedecer las órdenes y leyes de la autoridad que son conforme a Derecho?, la respuesta tiene que ser: porque eso es una exigencia de la ley moral natural. La ley natural constituye la presunción y fundamento indispensable de toda ley humana, la fuente de la que ésta trae su fuerza obligatoria. De esto mismo se deduce que una ley pierde su fuerza obligatoria tan pronto como contradice a la misma ley natural. De otra manera estaríamos obligados, por el mandato positivo, a hacer u omitir algo, y por la ley natural lo estaríamos, a su vez, a no hacer o no omitir lo mismo. Dios entonces que es la fuente de obligación, en consecuencia nos habría impuesto deberes contradictorios y a sí mismo se contradiría”<sup>(243)</sup>.

Podríamos así traducir esta argumentación de Cathrein referida a nuestra causa ejemplar: si el orden jurídico no está inspirado en su modelo específico, vale decir, en un orden “arquetipo”, la norma jurídica tendrá sólo poder material paja or-

---

(242) Obra citada, pág. 264.

(243) *Ibid.*, pág. 266.

denar, pero no fuerza espiritual. De ahí, como bien dice Cathrein, el Derecho sin la Moral es el gobierno fundado en un régimen de sanciones; nosotros diríamos, es el derecho sin verdad y sin justicia, porque la verdad y la justicia es patrimonio de la conciencia moral, como la sanción y el miedo hijos del despotismo y del arbitrario.

### *Sección 5*

#### DE LA CAUSA FINAL

1) NOCIÓN. En el capítulo correspondiente a la causa eficiente sostuvimos que la ley natural rige a los seres según su participación en la Ley Eterna. De este modo pretendíamos destacar la principal característica con que se nos presenta la metafísica aristotélico-tomista : el principio de finalidad que gobierna a los seres creados. Tan fundamental es este aspecto de la ontología que puede afirmarse que de las cinco causas del ser, la final es la única que actúa desde el principio, a la vez, que es la última en el orden del ser. Sin la idea de un fin que *preceda* a la constitución misma del ser, las demás causas carecerían de sentido del mismo modo que sin el fin logrado las otras causas no habrían podido por sí mismas constituirse. El principio *teleológico*, puede así decirse, es en esta filosofía de las causas, el centro vital del sistema: es la concepción de un dinamismo universal que se proyecta y se estructura dentro del marco metafísico de la potencia y el acto<sup>(244)</sup>. Por ello la problemática filosófica es reflejo de esta cosmovisión ideológica, al punto que

---

(244) “El desarrollo consecuente de la doctrina aristotélica del acto y la potencia permitió a Sto. Tomás, en oposición a la corriente agustiniano-arábigo del siglo XIII, hacer una distinción más profunda y clara entre *espíritu*

una filosofía puramente teórica sin la valoración correspondiente de la conducta es el “callejón sin salida” del que nos habla Max Scheler <sup>(245)</sup>.

Al intentar nosotros un ensayo de aplicación de las causas ontológicas al problema de la conducta jurídica, fue nuestra aspiración, precisamente, investigar este orden teleológico en relación al hombre, que es por antonomasia entre todos los seres, ser de conducta. Su causa final, enlazada como está con las demás causas, nos exigió lógicamente, demostrar que el fin del hombre no puede indagarse, sin que a la vez dichas causas se proyectaran en tal ser como ser de *conducta*. Es tan real y, a la

---

*y mundo sensible, sujeto y objeto, entendimiento y voluntad, multiplicidad y unidad* de las cosas naturales, y, por medio de la distinción, establecer la armonía entre ellos. Todo esto, junto con su armonización de la fe y saber, dio al Aquinate su *posición propia* dentro del siglo XIII y sirvió de base a aquella corriente que hoy conocemos bajo el nombre de “tomismo”. Los resultados hasta aquí obtenidos penetran ya profundamente en la médula *interna* del tomismo. Por lo menos, así nos lo parece. Porque el acto y la potencia como fuente de la justificación de la existencia de la filosofía, como único principio que explica científicamente la armonía entre el mundo espiritual y el sensible, entre el sujeto y el objeto, entre el entendimiento y la voluntad, entre la unidad y la multiplicidad de las cosas del mundo, todo ello, evidentemente, son elementos que no sólo distinguen al tomismo de otras corrientes, sino que afectan y caracterizan a su síntesis, incluso en orden a su contenido doctrinal interno y positivo. Dichos elementos nos dan ya a entender que Tomás, con la materia prima como pura potencia y con la única forma sustancial en el compuesto, redujo los dos principios fundamentales de todo el *origen cosmológico y psicológico*, con una lógica férrea, a la doctrina del acto y la potencia. Quien, teniendo esto en cuenta, recuerde al mismo tiempo que el ser de las cosas depende en absoluto de la unidad substancial de sus principios constitutivos, podrá apreciar la trascendencia de este punto doctrinal. *¡Sin acto y sin potencia, no hay hombre ni cuerpo!*  
P. G. M. Manser, O. P.: “*la esencia del tomismo*”, pág. 255.

(245) Pierre Rousselot, S. J. en el “*l intellectualisme de Saint Thomas*”, pág. 201, nos habla de esta íntima conexión entre la inteligencia y la acción humana, cuya lectura recomendamos por la penetración y fidelidad a los principios sustanciales de la escuela - O. N. Derisi, al respecto, dice:

vez, tan prodigiosa la teoría metafísica de las causas cuando se las investiga en el ser humano, que luego de definido en su ser óntico por la concurrencia de todas ellas, es menester e ineludible reactualizarlas de nuevo en su faz teleológica, a cuyo fin intentamos en este trabajo aplicarlas una vez más en este ser cuyo fin metafísico es el Bien; vale decir ensayar las causas que teleológicamente lo estructuran en relación a tal Bien. Esto nos demuestra a las claras que la causa final es la causa de las causas, y que ella por *sí misma* exige en el término de las causas ontológicas, que se la investigue nuevamente como principio *estructurante* del ser de conducta.

Las causas de la Moral y del Derecho no son, pues, distintas de las del ser que estudia la ontología, ya que la Moral y el Derecho pertenecen al ser en cuanto hombre, pero difieren en el modo de aplicarlas. Indudablemente que nunca hubiéramos podido partir de causas de la conducta, sin que éstas estuvieran precedidas de las causas que estructuran al hombre como ente; pero, también, es cierto que sin esta aplicación en lo moral y jurídico la causa final ontológica con respecto al hombre estaría explicada en el orden mecánico de las cosas naturales, pero no justificada como valor de conducta. De ahí, pues, el presente ensayo en su última etapa.

De acuerdo a ello, al tratar ahora de la causa final del Derecho, no pretendemos justificarla en sí misma, porque esto es tarea de la metafísica, lo que brevemente hicimos en la intro-

---

“No se trata de dos entendimientos, ni consiguientemente de los objetos formales diversos a ellos asignados, pues el entendimiento está dirigido siempre y esencialmente a la identidad intencional con el ser, es decir, a la posesión de la verdad. La diferencia entre ambos nace del *fin* al que se encamina la función intelectual, en sí siempre la misma: pues mientras el entendimiento especulativo o teórico se dirige a conocer la verdad como a su objeto y fin último a la vez, el entendimiento práctico busca también la verdad, pero como *medio* subordinado al *bien o fin*, objeto de la voluntad”; *la doctrina de la inteligencia de Aristóteles y Santo Tomás*, pág. 215.

ducción, sino mostrar o desarrollar su contenido humano. La metafísica así referida a la Moral y al Derecho es la misma metafísica del ser, porque un ensayo metafísico de la Moral y el Derecho no tiene más objetivo que demostrar los diversos enfoques del ser y sus causas en cuanto a sus manifestaciones.

¿Cómo se nos muestra, pues, esta finalidad esencial en cuanto a la conducta jurídica? Como ya se ha dicho, la causa final está supuesta en todas las demás causas: la relación entre dos voluntades es jurídica, precisamente si las voluntades tienden al fin del Derecho; tal su vinculación con la causa material. Con la causa formal se relaciona muy principalmente en cuanto lo “justo” es la forma o *acto* que efectivamente dirige a aquel fin. Con la eficiente en cuanto la acción extrínseca inspirada en la ejemplar, no puede impulsar a la voluntad a otro destino que al del modelo.

“La ley, se dijo, es la ordenación y mandato dirigidos al Bien común y promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad”. Obsérvese, así, cómo la esencia del Derecho (la Justicia) no es la ordenación de la mente ni el mandato de la voluntad, sino que lo justo *resulta* de tal ordenación y mandato. Adviértase, además cómo la justicia misma no es el fin buscado, sino la forma o el acto propio que lo logra. Finalmente fijémonos cómo todas las causas sin ser el fin, a él se dirigen, y, por tanto, lo *presuponen* como la causa principal.

En la definición de ley encontramos, de este modo, el fin del Derecho: el *Bien común*. Pero para aclarar todo el significado de este término complejo, para poder precisar el verdadero contenido que encierra, en una palabra, para definir o dar una noción del Bien común, es menester antes partir de premisas anteriores y de sus respectivas demostraciones. La idea del Bien común es unívoca, equívoca o analógica? El Bien común es algo distinto del bien individual o es este mismo bien? Tales cuestiones no pueden tener respuestas de inmediato, sin antes fijar conceptos y premisas de las cuales se han de inferir dichas respuestas. Tales conceptos y premisas que rigen como presupues-

tos del Bien común son los contenidos en el esquema que dibujamos con los términos: *individuo* y *sociedad*. Dentro de este marco debemos así definir y discriminar los siguientes conceptos: conciencia individual y conciencia social. A la vez debemos resolver los problemas que nos articulan los siguientes interrogantes: ¿la psicología y la sociología constituyen ambas dos ciencias, por separadas, cada una con un objeto formal específico? Estas y otras cuestiones que le están ligadas, requieren soluciones previas para poder así en último término dar la noción precisa de Bien común.

2) INDIVIDUO Y SOCIEDAD. Conciencia por definición es “conocimiento de sí mismo”, en consecuencia la conciencia es atributo del individuo, que por antonomasia llamamos “persona”. Sin embargo, se habla de la existencia de la “conciencia social” distinguiéndosela de la anterior. Pero esta conciencia no puede existir, de acuerdo a la definición “conocimiento de sí mismo” (acto consciente reflejo) porque debería, en tal caso, reflejar, no el individuo o la persona humana, sino “la comunidad”.

El yo ontológico, yo individual, es el único objeto-ente, reflejado por la conciencia, en tal caso el objeto-comunidad no sería el sujeto mismo reflejado sino un *contenido* de tal sujeto o conciencia <sup>(246)</sup>.

En efecto: en el psiquismo humano distingúense las *funciones* de los *contenidos*. Mientras las funciones son limitadas, los contenidos son innúmeros. Pero de todas las funciones el fenómeno de conciencia es el primordial puesto que sin él no pueden darse las otras funciones. Es tan fundamental y primordial la conciencia psicológica que puede decirse que las de-

---

(246) Véase al respecto del hecho social las interesantes conclusiones a que arriba *José Antonio Maravall: los fundamentos del Derecho y del Estado*, pág. 99.

más funciones se muestran a ella como “contenidos”. Así reconozco en mí la actividad intelectual, percibo en mí mismo las funciones volitivas y afectivas. Y necesariamente ocurre así por la unidad, identidad y continuidad de la conciencia, en cuya unidad se reducen todas las demás funciones e inúmeros contenidos<sup>(247)</sup>.

Ahora bien: en mi conciencia la sociedad se nos presenta como contenido y no como función psíquica; es, por tanto, un hecho, *un estado* en el cual vivo y me desarrollo, y que, a la vez, me doy cuenta porque mi propia conciencia lo registra. Pero ¿en qué consiste este contenido, que se me da como hecho o estado y que por la extropección y la vida de relación, me informo también que es igualmente contenido universal en todas las conciencias individuales?

Existen ciertos contenidos en la conciencia individual con una característica específica, tal la de la *objetividad* de dichos contenidos frente a la *subjetividad* con que se nos presentan otros.

Esta objetividad no representa otra cosa que los propios contenidos de la conciencia individual radicados originariamente en ella pero que se muestran a la vez como contenido *superior* a su propia función, como contenido trascendente de sí mismo. Tal es lo que se conoce con la expresión técnica: *conciencia objetivada*<sup>(248)</sup>.

La objetivación de la conciencia, pues, muestra al ente o individuo *sujeto* a su propia objetivación, dependiendo del propio objeto o contenido de la conciencia individual.

---

(247) José Fröbes, S. J.: “tratado de psicología empírica y experimental”, tomo II, pág. 106. Héctor Luis Torti: “lecciones de psicología experimental”, pág. 14.

(248) “De aquí se desprenden algunas características de la conciencia social: 1º) es de origen psíquico o espiritual, no es, por lo tanto, un ente meta-

Pero para que un contenido de conciencia, o conocimiento, alcance el grado de objetividad, son menester la universalidad y necesidad de tales conocimientos frente a la conciencia psíquica. Tales caracteres, como sabemos, sólo se dan en el conocimiento científico.

Ahora bien: nos damos cuenta que la sociedad existe, por la objetividad no de la sociedad misma, que no existe en sí, sino de ciertos principios que rigen la vida de relación entre los hombres: los únicos principios que alcanzan a tener esta objetividad son aquellos que explican y regulan a la conducta social en general, vale decir, a contrario sensu, aquellos sin los cuales el hecho de la sociedad no existiría. Este principio primero es la justicia o sea el Derecho. ¿Es posible la sociedad sin el Derecho? La sociedad produce el Derecho o éste a la sociedad? Ya hemos dicho que la sociedad no existe como “ser” sino como estado o contenido universal de las conciencias individuales, es ella simplemente un “proceso” de esa conciencia. Luego si el individuo es anterior al proceso como uno de sus términos, el Derecho es potencialmente, también, anterior a la sociedad.

Esta premisa es evidente: el individuo es anterior a la sociedad en cuanto a sus *potencias*; la sociedad no es otra cosa que la *actualización* de dichas potencias. Por eso la Justicia y el Derecho pertenecen, en primer término, a atributos del hombre, y, desde este punto de vista del hombre aislado, el Dere-

---

físico, noción objetiva ni supraindividual, sino que es el resultado de los elementos psíquicos que se integran en el yo social; 2º) Esto implica la aparición de la segunda característica: la inmanencia de la conciencia social con la individual. No hay trascendencia como quería Durkheim, hay identidad entre ambas formas de conciencia; 3º) a pesar de ello, la tercera característica establece la irreductibilidad a la conciencia individual. En definitiva, no es más que una nueva forma de expresión de la distinción entre los dos aspectos del yo, el yo individual y el yo social, el yo que es obra del espíritu del individuo y el yo de carácter colectivo”. *Alfredo Poviña: “cursos de sociología”,* pág. 252.

cho Natural existe *potencialmente* en él. Pero como el individuo además no puede por sí mismo actualizar dichas potencias, la sociedad o comunidad de hombres es la acción eficiente para la actualización y progreso del hombre. Se sigue, pues, que la sociedad no es más que un estado de derecho, y, como tal, la actualización de aquello que es común o universal en todo ser humano.

3) PSICOLOGÍA Y SOCIOLOGÍA. He aquí, no obstante, lo afirmado en el párrafo precedente, dos círculos con centros diferentes, desde cuyos puntos de vista el fenómeno jurídico aparece o como valor de raíz ética individual o como valor puramente histórico-social. El Derecho como acontecer es indudablemente un fenómeno social; se manifiesta, pues, con la convivencia. Ahora bien: si la sociedad es objeto de un conocimiento formal independiente de lo formal psíquico, se sigue que el Derecho tiene un fundamento epistemológico en la Sociología o ciencia de la Sociedad.

Para llegar, pues, a establecer definitivamente la naturaleza del Derecho, es menester previamente resolver el problema que plantean las relaciones entre la psicología y la sociología, vale decir si entre ambas hay interdependencia o bien ambas son formalmente independientes, existiendo sólo coordinación de conocimientos.

Nuestra posición en filosofía no nos permite afirmar una gnoseología social, con objeto formal propio de especulación, ya que hemos dicho en el párrafo precedente que la conciencia social tiene como *sujeto* la propia conciencia individual y como objeto esa misma conciencia sometida a su propio proceso de auto-objetivación.

Para que algo constituya por sí mismo, un objeto formal de conocimiento científico, es menester ante todo que tenga *autonomía entitativa*, que participe en el Ser por medio de una existencia propia. No basta, pues, el *acontecer*, es necesario que

este acontecer sea el modo *específico* de manifestarse un sujeto y no uno de los tantos y diversos modos de acontecer de dicho sujeto.

Para que la sociología, constituya una ciencia independiente de la psicología es menester, pues, que los fenómenos sociales acontezcan como algo específico de lo social. Pero esto supone el ser de la sociedad sujeto que se manifiesta. Pero este ser no es ni puede ser otro que el individuo humano, que convive con sus semejantes y cuya convivencia no puede destruir las unidades que congrega porque al destruirlas disolvería la convivencia misma que surge de la reunión de tales individuos.

Metafísicamente, de este modo, el individuo constituye una unidad *sustancial*, vale decir un todo compuesto de partes diversas *subordinadas* al sujeto inmaterial o principio que les informa la vida. En cambio, la comunidad social constituye solamente una *coordinación* entre las partes sin que ninguna de ellas subordine a las demás. Si existiera un principio formal de subordinación, el individuo por el solo hecho de pertenecer a la comunidad perdería su autonomía entitativa para dar lugar a esta otra autonomía que sería la sociedad.

Como vemos, todo el valor *entitativo* de la sociedad no puede ser referido más que al individuo humano; en cambio, le es *inherente* sólo el valor *regulativo* (Derecho) por el que el ser individual *existe* y se *desarrolla* <sup>(249)</sup>.

Sin la convivencia (regla de vida) el individuo sería impotente por sí mismo para actualizarse y desarrollarse. De esto se infiere que la sociedad es simplemente un *estado* de la

---

(249) Véase la conclusión a que llega Octavio N. Derisi en su magnífico trabajo "la estructura noética de la sociología", pág. 101. "El Estado es unidad, pero no unidad absoluta, non est aliquid simpliciter unum, es unidad en cierto sentido, es unum secundum quid. El Estado es, según Aquinas, unidad de orden, unitas ordinis": Eustaquio Galán y Gutiérrez: "la filosofía política de Sto. Tomás de Aquino", pág. 29.

conciencia individual y no una conciencia distinta de ésta; que es así *medio* necesario en sí misma y no un fin en sí; que es, finalmente, la causa eficiente extrínseca, la que por medio de su acción (interacción cultural) propende a la actualización intrínseca de las potencias individuales, y, por ende, al Bien de todos.

De todo lo dicho anteriormente, se desprende que no existiendo la “cosa” o esencia de lo que llamamos sociedad, no puede estructurarse formalmente una teórica o gnoseología de lo social. Un intento de tal naturaleza nos llevaría forzosamente al conocimiento de aquello que en sí mismo es lo social. Pero tal concepto depende en absoluto del concepto de Derecho, como la especie depende de su género superior. Toda sociedad para ser tal lo es en razón del orden jurídico. Sin este orden no es posible la existencia de aquélla. Metafísicamente “aquello que la cosa es y sin la cual no es” define la cosa en sí, es decir su esencia. La ciencia, como conocimiento de segundas causas, presuponen las primeras, luego la sociología para ser una ciencia debe partir de una causa primera, que constituya su esencia.

Si sociedad es conducta jurídica, y si el Derecho es la manifestación de la convivencia, se sigue que la teoría de la sociedad es el Derecho o más precisamente la Política. El concepto de sociedad no descansa así en otra idea que en la de convivencia y ésta por definición es “regla”, medida, orden.

Pero el Derecho para ser regla o medida de la convivencia es en sí mismo como medida una esencia, la que según ya hemos visto, se condensa en la idea de lo justo o recto. Luego la sociedad en esencia pertenece a la esencia de lo justo y recto.

Por otra parte: la idea de lo justo es expresada como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”; es así la justicia de naturaleza ética; pero la ética es la ciencia que investiga el último Bien del individuo, luego la sociología está subordinada a la psicología metafísica y, por ende, los fenómenos

sociales son en consecuencia las manifestaciones del psiquismo individual según causas segundas.

4) BIEN COMÚN. De acuerdo a las conclusiones arribadas anteriormente, el fin último al que tiende el individuo constituye la raíz ontológica sobre que asienta todo el proceso ulterior de la conciencia. La conciencia individual de este modo sometida al proceso de su autobjetivación genera la conciencia social, de la que ya dijimos es *sólo contenido, no sujeto* de sí misma, por cuanto sólo el hombre es sujeto de todos los procesos y manifestaciones de esa conciencia.

No pueden, por tanto, en principio existir dos especies de bienes, el individual y el colectivo, por la misma razón que no puede existir más *ente* que el individuo. En este sentido Suárez dice: “porque la ley se refiere a la persona luego, no menos, sino mucho antes se refiere a la persona verdadera que a la fingida; porque siempre la ficción supone la verdad que imita. Mas, la comunidad es persona fingida, y cada hombre particular es verdadera persona; luego, no es menos capaz de ley la persona particular que la comunidad”<sup>(250)</sup>.

La idea de un Bien común, no puede significar entonces, un bien social distinto en especie al bien individual, porque sólo existe el Bien en sí que es uno y último, del mismo modo que existe una sola Verdad, una sola Belleza<sup>(251)</sup>.

Decir Bien común, es como decir la verdad en todo, la belleza o la armonía en todas las cosas. Son muchas las cosas objetos de verdad, como son muchas las cosas que se muestran bellas; así, también hay muchas cosas buenas. Pero de este modo no hablamos de muchos bienes, cada uno *en sí mismo*, ni de

(250) “Tratado de las leyes”, I, 6, 4.

(251) *S. Tomás, somme théologique*, I - II, q, 90, a. 2

una diversidad de bellezas, ni de verdades. Simplemente significamos que todos los seres y cosas participan de la Verdad, del Bien y de la Belleza.

El Bien, pues, es un concepto análogo y, por tanto, los diferentes bienes que los seres apetecen, resultan analogados por dicho concepto, o sea la participación de tales bienes en el Bien supremo. Todo bien cuya razón de ser no descansa en sí mismo es medio para otro, y, por tanto, un fin relativo. Pero la idea de un Bien con *razón suficiente en sí mismo*, debe necesariamente aludir al *último fin* <sup>(252)</sup>.

El hombre en su escala de fines y bienes, sólo reposa en el Bien Supremo, cuyo fin no puede ser otro que la posesión de la dicha inefable que sólo Dios puede dar. Luego Dios es el Bien Absoluto y es, por tanto, el último fin del hombre.

Así concebido el Bien en sí, se sigue que este bien, tiene necesariamente que ser para todos los hombres el mismo Bien y el mismo fin. Por consiguiente, Bien común no es específicamente un bien distinto del último Bien, sino que es éste mismo Bien como el fin común de todos los hombres. En este sentido el Bien común es el Bien último del individuo y como la sociedad está formada por la reunión de individuos se sigue que este Bien lo es también de la comunidad. Precisamente, se dice que es de la comunidad porque en primer lugar este fin esencial y último es común a todos, y porque los bienes-medios para la consecución de aquél (la política) son también bienes comunes.

De esta suerte *distinguimos* pero no separamos estas dos clases de bien común: uno extrínseco a la sociedad que es el Bien *trascendente*, y otro intrínseco que es el bien *inmanente* en toda sociedad. El primero es el objeto de la comunidad perfecta, de la que hablaremos en el párrafo siguiente; el segundo

---

(252) Véase la demostración del último fin (Bien en sí) en Alberto Valensin: *“traité de droit naturel”*, tomo I, pág. 33 y siguientes.

es el objeto de la política y ordenamiento histórico de la sociedad. El primero es fin esencial, el segundo accidental; éste debe ser ordenado en relación a aquel. Y, así, bien dice Mario Agustín Pinto: “hay que distinguir, pues, en el Estado como en todos los seres de este mundo un doble fin o bien común. Uno extrínseco o trascendente, que está fuera de la sociedad política, hacia la cual tiende como a un bien superior que debe servir. Y ese fin extrínseco no es otra cosa que la contemplación de la verdad que está fuera del Estado puesto que es un acto estrictamente individual pero que *es el principio del orden*, de aquel orden que como hemos dicho constituye su forma, su ser. Pero hay también en ella un bien común inmanente o fin intrínseco que constituye formalísimamente, “*primo et per se*” su bien común vendría a ser su propia forma constitutiva, o sea su orden, cosa que no es de extrañar, pues en el orden moral, la forma específica de los actos se identifica con su fin”<sup>(253)</sup>.

Véase así, y en el doble sentido que dejamos consignado cómo la noción de Bien común es analógica y no unívoca; si fuera unívoca existiría un concepto de bien aplicable sólo a la comunidad y otro al individuo. Para los que afirman que la sociología es ciencia independiente de la *psicología*, la comunidad deberá estar regida por un valor distinto del que rige la vida individual. Mientras que partiendo de un concepto analógico de Bien, todos los demás bienes, privados y sociales, son términos analogados en razón de la misma esencia.

Esta noción analógica y sus términos analogados, no es resultado de un simple juego de palabras o expresiones metafísicas, como dicen muchos adversarios de la escolástica; es la expresión auténtica de una realidad metafísica inmanente en las cosas individuales, realidad abstraída y verificada por la

---

(253) *Mario Agustín Pinto O. P.: “la noción de bien común según la filosofía tomista”, Revista “Ortodoxia”, N° 14, año 1946, pág. 233, Véase igualmente: M. S. Gillet, “la moral y las morales, pág. 279.*

experiencia. Ya Aristóteles se expresó al respecto: “además hay otras divisiones: algunos bienes son fines y otros no; v.gr., la salud es fin, pero los medios para conseguirla no lo son. Y siempre que las cosas se hallen en esta relación, el fin es siempre mejor; v.gr., la salud es mejor que los medios conducentes a ella, y siempre y universalmente sin excepción, es mejor aquello por cuya causa lo es todo lo demás. Además, entre los mismos fines el perfecto es siempre mejor que el imperfecto; es bien perfecto aquel cuya existencia nos basta no careciendo de nada; bien imperfecto es el que aunque se posea no basta, careciendo de algo; v.gr., podemos poseer la justicia, no obstante, necesitar muchas cosas, pero cuando somos felices nada más precisamos. Esto es, por lo tanto, lo mejor en cuya busca vamos, que es el fin perfecto. Por lo tanto, el fin perfecto es el bien y el fin de los bienes” (254).

5) LA COMUNIDAD PERFECTA. En la noción de Bien común que acabamos de dar, va implicada, como consecuencia; la noción de comunidad perfecta. Para comprender esta última debemos aludir, una vez más, a la definición de Ley: “ordenación de la razón dirigida al Bien común”. Síguese de esto que la esencia de ley no es ordenar en relación a un individuo o grupos de individuos, en razón precisamente de la noción analógica de Bien común. Los intereses privados son regidos accidentalmente por la ley, en el sentido de que alguien privadamente se beneficie por ella; pero de manera, esencial ella ordena en rela-

---

(254) *Gran - ética*, I, 2. Esta concepción aristotélica del bien último se injerta en la concepción tomista, purificándose y elevándose hacia Dios como fuente de todo bien. A esta obra de cristianización del aristotelismo alude magníficamente *Giuseppe Saitta* en un trabajo titulado: “*il carattere della filosofia tomista*”, pág. 127.

ción al Bien último del hombre que es, también por consecuencia el de toda comunidad de hombres <sup>(255)</sup>.

Una última dificultad, empero, se nos presenta: si el Bien común versa sobre el último fin del individuo, el más perfecto de todos como aludíamos en Aristóteles, ¿porqué llamar “común” a este Bien? ¿No habría así equivocidad en el término ya que bien común puede significar el bien de cada uno de los hombres que componen la comunidad, (derecho privado) como también significar otro bien que sólo respecta a la comunidad como persona del derecho público?

Volvemos, de este modo al concepto de comunidad que encierra la noción de Bien común. La ley como ordenación de la razón dirigida al Bien común no se aplica equívocamente a individuo o comunidad (términos unívocos) sino sólo a la *comunidad perfecta* que significa la plenitud del ser. Todos los hombres tienen igualmente el mismo fin último: el Bien Supremo. Luego se sigue que la “ordenación de la razón” debe estar dirigida hacia ese Bien perfecto; por tanto: comunidad perfecta es aquella en la que cada miembro u hombre es partícipe del mismo Bien perfecto. - Tal es la conclusión de la sociología o política cristiana frente a la sociología positivista de Augusto Comte. - Basta recordar cierto pasaje de la Suma Teológica de Santo Tomás para comprobar que una auténtica sociología está necesariamente entroncada a esta noción de comunidad perfecta; la cual es prototipo de toda comunidad humana forjada en el tiempo y en el espacio; “acabamos de decir que la ley, dado su carácter de norma y medida de los actos humanos, pertenece a aquella facultad del alma que es principio de esos mismos actos, a saber: la razón. Pero dentro mismo de la razón, cabe señalar algo que es, a su vez, principio de todo lo demás que a la razón se refiere, y a lo cual mirará la ley más directa y principalmen-

---

(255) Suárez, obra citada, I, 7, 1.

te. Tratándose de cosas a realizar, de las cuales se ocupa la razón práctica, el principio supremo no es otro que el fin último. Y tratándose de la vida humana, ese fin último es, según en otra parte dejamos sentado, la felicidad o beatitud suprema. He aquí, pues, una primera conclusión: la ley debe mirar principalmente a ese orden de cosas que se hallan enlazadas con la bienaventuranza. Además, si la parte se ordena necesariamente al todo, como lo imperfecto a lo perfecto; y el hombre, individualmente considerado, no es más que una parte de la colectividad o comunidad perfecta, síguese que la ley propiamente debe mirar a aquel orden de cosas que conduce a la felicidad común” (256).

Finalmente, ordenado el hombre hacia esa comunidad perfecta, la cual es modelo de toda comunidad humana, debemos demostrar que esa ordenación se halla potencialmente en la naturaleza humana, en una especie de instinto o inclinación a vivir en comunidad, tal es lo que se denomina el “apetito social” del hombre (257).

Debemos marcar bien que este apetito o inclinación es sólo potencial; se actualiza progresivamente a medida que el hombre por su participación en los fines comunes, conoce su origen y destino último. En otro capítulo de este trabajo, demostramos que la persona humana es un ente potencial y que la personalidad constituye el desarrollo de dicha persona. Quiere decir, entonces, que si la persona no puede desarrollar sus potencias por sí mismas, el acto, o sea su personalidad se produce a expensas de un impulso o acción extrínseca. Esta acción extrínseca no puede provenir de las fuerzas ciegas de la naturaleza; luego deben provenir de fuerzas espirituales semejantes a tales

---

(256) *Santo Tomás: la ley* (traducción de C. Fernández - Alvar) págs. 21 y 22. Véase Suárez: “*tratado de las leyes*”, I, 6, 13.

(257) Consúltese el interesante estudio que al respecto hace *Mary Consilia O'Brien* en su obra: “*principios de sociología cristiana*”, pág. 120 y siguientes.

potencias. Pero estas fuerzas espirituales son el producto de la cultura humana, es decir, del cultivo de todo aquello apto para el progreso del hombre. La cultura, como tejido de valores es a su vez resultante de la interacción humana, luego, se sigue que la persona, sujeto de potencias espirituales sólo puede tender a esa comunidad espiritual en la cual y por la cual la persona se transforma en personalidad.

La potencia tiende a ser un acto y sólo a ser en el límite y naturaleza de su ser potencial. Por ello la comunidad jurídica es del límite y naturaleza de las potencias éticas del hombre. El apetito social es así una profunda tendencia, tan profunda en el ser como eficiente la sociedad en la cual se actualiza para el bien Supremo.

¿Qué sujeto podría desarrollarse no sólo espiritual, sino también físicamente sin el auxilio de los demás? ¿Qué hay en el hombre de original que no sea meramente potencial y qué hay en él de actualizado que no tenga origen social? No existen ideas innatas, ni principios o normas congénitas de conducta; sólo tiene el hombre la capacidad de adquirirlas mediante la acción cultural de los demás. Es evidente que sin las potencias, la acción es estéril, como lo sería frente a los seres irracionales.

No se crea por ello que el acto procede de la sociedad y la potencia del individuo. Tanto uno como el otro, es operación intrínseca individual; lo que no es individual, pero necesario para que tal acto se produzca es la acción eficiente, el impulso extrínsecamente adecuado que proviene de la vida en común, para que por su medio la potencia en sí produzca su propio acto.

La necesidad, pues, del medio social, crea respectivamente esta inclinación al medio adecuado, como también se refleja esta inclinación a su propio medio en todos los demás seres de la creación. La diferencia sólo consiste en la racionalidad o irracionalidad del medio; en tanto en el hombre el apetito social es intelectual y volitivo a la vez, en los otros seres en el animal, por ejemplo, es sólo volitivo; en tal caso instintivo por cuanto

---

una voluntad sin la guía del entendimiento, es la definición del movimiento puramente instintivo.

La noción de Bien común como toda noción analógica, parte así de esta tendencia del hombre a la sociedad no desmentida jamás por la experiencia y justificada por la razón práctica en cuanto la idea del Bien perfecto es el término común y último al que todos los hombres tienden por igual <sup>(258)</sup>.

---

(258) Este apetito social del hombre se resume en este hermoso pasaje de Gillet: "Por impulso natural, como declara Santo Tomás, amamos a todos los seres del Universo, de los cuales somos solidarios, y que con nosotros constituyen ese conjunto organizado, del cual Dios es el bien común. A pesar de ello, este amor universal de las criaturas tiene varios matices. Naturalmente también amamos a los hombres más que a las bestias y más que a las cosas inanimadas, porque la imagen de Dios es en aquellos más perfecta que en éstos, y porque, en el general conjunto del universo, la humanidad es también un todo del cual los demás hombres forman parte junto con nosotros y con el mismo título de seres razonables creados a imagen de Dios". Obra citada, pág. 286.



## **SINTESIS FINAL**



Las ideas expuestas en este volumen pueden en síntesis coordinarse de la manera siguiente: Dentro de la posición del jusnaturalismo clásico, es posible una nueva sistemática de principios que salve omisiones y equívocos fundamentales derivados precisamente de una construcción unilateral e inorgánica del Derecho. Las cuestiones atingentes al problema de la justicia se hallan de este modo muchas veces confundidas, cuando no subordinadas a las cuestiones específicas que plantea el Derecho Natural. Un plan integral de Filosofía del Derecho es perfectamente realizable sólo cuando se discriminan y jerarquizan cuestiones centrales; para ello no debe partirse de una gnoseología y hermenéutica de las normas, sino ante todo y por todo de una metafísica relativa a su esencia o causas primeras. A tal fin, nos ha parecido, que las causas metafísicas del ser en general, deben ser también las que constituyan y definan el ente humano como ser de conducta. Las normas, tanto las de derecho natural, como las positivas y vigentes serán así, al decir del insigne jurista español Joaquín Ruiz Giménez, términos analogados participantes por atribución intrínseca de una esencia común. En el pensamiento de este gran jurista, las normas de derecho natural se presentarían como uno de los términos inferiores analogados por un principal intrínseco en ellas, en parte idéntico y en parte diverso. Pero esta premisa metafísica, propuesta por el aludido autor, sólo podría demostrarse, mediante la nueva sistemática que hoy proponemos, basada, como hemos dicho, en las cinco causas ontológicas de la filosofía Aristotélica-tomista. Es indudable, por otra parte, que estas causas no pueden ser aplicadas al Derecho, sino mediando el orden moral, ya que la con-

ducta individual o social pertenece sustantivamente al hombre, porque sólo el hombre es sujeto de actos.

De acuerdo a la clasificación tradicional, dividimos las causas en intrínsecas y extrínsecas. A las primeras pertenecen la material y formal. A las segundas, la eficiente, la ejemplar y la final. Bien se ha dicho que el Derecho pertenece al orden de la voluntad, no de la naturaleza. Pero esta voluntad que se decide libre y conscientemente hacia determinado fin, pueda tener en la ejecución efectos distintos: uno, en el que la ejecución del acto no trasciende al semejante, identificándose así la ejecución con la propia intención; otro efecto en el que la ejecución trasciende al otro yo, vale decir, tiene un efecto esencialmente ligante. En consecuencia, desde este punto de vista, el acto moral unilateral se transforma en bilateral, por lo que la voluntad vinculatoria, o interactividad humana se constituye en la *causa material* del Derecho, vale decir en la *materia de la que es posible extraer una relación recta o justa*. Pero para que tal relación de voluntades sea potencia de lo justo, vale decir, se pueda definir como causa material del Derecho, son necesarios dos requisitos intrínsecos: la libertad y la igualdad. La libertad representa el origen esencialmente ético de la relación, por cuanto no es la relación en sí misma la que es libre, sino que son libres individualmente cada una de las voluntades que se ligan. En cambio la igualdad es el requisito esencial del acto jurídico y, como tal, posterior y subordinado al de la libertad, pues sin el presupuesto de dos voluntades libres, la relación no puede resultar igualitaria. Ahora bien: trabada la relación entre dos voluntades, de acuerdo a los requisitos anteriormente señalados, queda en principio constituida la materia del derecho, o sea el potencial intrínseco de lo justo. La actualización de esta potencia se logra únicamente mediante la causa eficiente de la norma.

¿En qué consiste tal acto intrínseco, o sea la causa formal del Derecho. Al estudio de tal causa pertenece el análisis y solu-

ción del problema de la justicia. En efecto: ¿qué es lo que hace que una determinada interactividad entre dos voluntades, constituya una relación de derecho? No podrá ser la ley por cuanto ésta obra extrínsecamente sobre la voluntad. Ni la ley Eterna, ni la natural, ni la positiva, constituyen por sí el acto intrínseco justo. Aquello que es justo en sí no es lo mismo que aquello que permite o impulsa algo a ser justo. La justicia, por tanto, es de la esencia misma de la relación y, como antes se dijo, se *extrae de ella misma*. Siendo la causa formal aquello que ordena la materia en relación a su potencia o capacidad, no podría constituirse la relación jurídica sin el propio acto de dos voluntades potencialmente justas. La rectitud de una voluntad para consigo misma, es la rectitud moral, pero la rectitud de una voluntad ligada a la voluntad del semejante en miras de un interés común, es la rectitud jurídica por antonomasia en cuanto no puede ser otra intención o voluntad que la de “dar a cada uno lo que le es debido”. De ahí la clásica definición de justicia, el arquetipo o idea inmutable, que ella encierra cuando nos dice que justicia “es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”. En cuanto es hábito, es virtud moral universal; en cuanto ordena “dar a cada uno lo suyo”, señala el objeto de tal hábito, hacer posible la comunidad o coexistencia humana. Como causa formal del Derecho es esencia análoga, como antes aludíamos; por tanto, no es la ley positiva, ni la sentencia del juez, ni el acto público de administración, ni el derecho de gentes ni las normas de derecho natural, los que definen en sí lo justo, sino que son normas justas por pertenecer a la esencia de lo justo. Frente a esta analogía con que se nos muestra la causa formal del Derecho, nosotros hemos llegado a la conclusión siguiente: que en todos los empirismos y positivismos jurídicos y demás formas de historicismos, la justicia es considerada como esencia unívoca: hay tantos derechos como concepciones de vida, usos y costumbres sociales. La justicia así como concepto se predica siempre y en todo caso en dicha diversidad de modo totalmente *idéntico*. Las consecuencias de esta univocidad es que el

derecho carece de causa formal, por cuanto es identificado con la norma. La ley es lo justo. Por otra parte, la mayoría de los juristas neokantianos, especialmente los de Marburgo con Stammler a la cabeza, la definen, según nuestro entender, como concepto equívoco, desde que puede darse un derecho injusto: derecho en cuanto al concepto constitutivo, injusto por ser contrario a la idea regulativa de justicia. De esta manera la justicia es concepto equívoco porque se predica del todo distinto en el caso de un derecho que es justo y en el caso que lo sea injusto. Véase, así, cómo sólo por la distinción de las causas formal y eficiente del Derecho se evita confundir dos áreas: la de la justicia y la de la ley. El derecho natural, así pertenece a la causa eficiente y no a la formal.

Hablar sólo de las causas material y formal del Derecho es referirnos sólo a su estructura estática, a su constitutivo intrínseco. Como en el orden metafísico del ser, en el Derecho la acción o impulso extrínseco complementa la noción de ser en su aspecto dinámico. Bien podría decirse que la existencia del Derecho, es su propia fenomenología, su acontecer psico-social. Con las causas material y formal sólo podemos lograr su definición o existencia universal abstractiva, mediante las causas extrínsecas, empero, es posible la existencia de este o aquel derecho, de esta o aquella relación jurídica; de ahí el cambio, el movimiento, la vida del Derecho. De estas causas extrínsecas que actúan y que nos explican la fenomenología jurídica, se encuentra en primer término la eficiente o sea aquello en *cuya gracia o virtud se produce en la relación jurídica el acto formal intrínseco de lo justo*. Tal es la ley o norma, que por participar en lo justo, se hace adecuada para producir en la voluntad el acto jurídicamente justo. Como sabemos, *existen distintas clases de leyes: la Eterna, la natural y la humana* o positiva. La jerarquía de estas leyes determina también una eficiencia de distinta jerarquía. Dos géneros de normas, constituyen la causa eficiente: las de derecho natural y las normas de derecho positivo. Hemos creído peligroso y tememos a una cierta equivocidad pretender

definir el derecho natural, porque tal definición entrañaría una discriminación y distinción sustanciales con el derecho positivo. Precisamente, en este aspecto de la causa eficiente, no deben existir “especies o núcleos de reglas, sino una continuidad progresiva de principios jurídicos, continuidad y progresividad *que es la obra abstractiva del entendimiento humano*. La causa eficiente del Derecho la constituyen así normas de una mayor o menor extensión e inversamente de una menor o mayor comprensión que el entendimiento abstrae y convierte simultáneamente por el doble proceso de la inducción y deducción. Una norma es de este modo de mayor eficiencia que otra según su jerarquía, y, a medida que más se jerarquiza por su desmaterialización histórica, un mayor dominio ejerce sobre las demás normas de menor extensión. Las normas de derecho natural si se nos presentan con los caracteres de universalidad e inmutabilidad lo serán por la jerarquía abstractiva a que han llegado y no precisamente porque se distingan en naturaleza de las normas mudables del derecho positivo. Toda norma, cualesquiera sea su extensión y comprensión es de derecho natural como es también positiva. En efecto, si la causa material del Derecho es dada por la relación de dos o más voluntades, si éste es el potencial jurídico, su actualización por la causa formal, no podría tener lugar sino en base de que permanezcan en su integridad sustancial el sujeto mismo de la relación, o sea la persona humana. Por tanto, todo lo que respecta al constitutivo formal del sujeto, debe estar protegido y garantizado en primer término por la causa eficiente normativa. De ahí que las normas se hallen ligadas sistemáticamente entre sí y cuyo comando de control y subordinación lo *tienen* aquellas de mayor extensión en razón de los valores supremos humanos que consagran y resguardan. Tales las normas “no matar”, “no injuriar”, “no hurtar”, de máxima extensión abstractiva y mínima comprensión histórica. Se podría objetar, de acuerdo a este punto de vista, que siendo también fruto de la abstracción de la inteligencia, la norma misma de justicia “dar a cada uno lo suyo”, la

causa formal se confundiría con la eficiente. Sin embargo, la identidad entre ambas causas no existe. La noción de justicia “como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, no constituye en verdad una norma, sino un criterio, y no es norma, precisamente, porque ella carece de comprensión, teniendo, por el contrario, el máximo de extensión. “Dar a cada uno lo suyo”, es en orden a los principios prácticos abstraídos, de una jerarquía tal, que se nos muestra trascendiendo de toda especie o género de norma. De ahí su esencia analógica, a que antes aludíamos. Ningún código contiene dicha regla, ni tan siquiera la conciencia natural puede aplicarla directamente a ninguna situación práctica particular; empero, es el presupuesto de toda norma escrita y no escrita, presupuesto de toda norma de derecho natural y positivo, cualesquiera sea el radio de comprensión y extensión que estas normas tengan. Discriminando así justicia y norma, no cabe distinción sustancial entre las normas mismas, sino que éstas se presentan como términos analogados por aquélla. En consecuencia: las diferentes normas, naturales, de gentes, positivas, etc... serán inmutables o mudables según su grado de participación en la justicia.

Ahora bien: esta causa eficiente que obra en el orden de la conducta humana, se distingue fundamentalmente de la causa eficiente que actúa en el orden de la naturaleza. La norma o ley que regula la conducta humana siempre es ordenamiento de la razón y mandato de la voluntad; la ley física, en cambio, es movimiento ciego en cuanto desconoce el móvil por el que actúa. Se sigue, entonces, que en el orden de la conducta jurídica la causa eficiente debe, a su vez, estar dirigida o preordenada por otra causa, también extrínseca que llamamos ejemplar: si bien dirige a la acción eficiente de la ley, no debe creerse, por esto que se identifica con la causa formal, toda vez que ésta es intrínseca, mientras que la ejemplar es siempre extrínseca. Nos preguntamos, pues, cuál es la causa ejemplar del Derecho que guía la acción eficiente de la norma. Debemos tener presente, que la causa ejemplar actuando sobre la causa

eficiente, precede a la causa final; por tanto, la causa ejemplar del Derecho, si bien ha de ser de la especie del fin al que tiende el derecho, no puede ser en sí misma un ordenamiento jurídico, pues, precisamente este ordenamiento es el que se quiere producir. ¿En qué consiste esta causa ejemplar? Bien se ha dicho que esta causa es la “idea” de aquello que se quiere producir; es, por tanto, en sentido platónico, el arquetipo o modelo del Derecho. Y como el Derecho, es esencialmente orden social, se sigue que tal modelo o arquetipo debe ser, también, del mismo género y, a la vez, de especie diferente al orden jurídico. Cuando aquí nos referimos al género y a una especie de orden, queremos significar tan sólo que la causa ejemplar no puede en naturaleza ser otra cosa que un “orden de conducta” puesto que se trata de realizar el orden jurídico: pero no ha de ser específicamente éste, por cuanto el orden jurídico participa como término subordinado del orden ético en general. Por el análisis de las causas anteriores, se advierte claramente que las causas del orden jurídico implican o se derivan de las del orden moral, sólo que el Derecho agrega a éstas su acento propio: tal el acto humano ordenado moralmente, que en la perspectiva del semejante, ensancha su radio de comprensión en cuanto tal acto es nuevamente revalorado por su participación en la comunidad. La idea, pues, del “alter ego” o de la bilateralidad, es el acento propio del Derecho. Siendo el orden jurídico un ordenamiento social de estas voluntades, su prototipo de inspiración ha de ser el orden moral individual en donde enraíza y en el que permanentemente participa.

Resta, por último, resumir sobre la causa final. Como bien sabemos, en el orden metafísico, la causa final, no obstante ocupar el quinto y último lugar, ella es, sin embargo, la más importante, desde que en todo el proceso de las causas, el “ser” se apoya en ella desde el principio. En realidad las cuatro causas que la preceden tienden a producir el “ser”; este término último, debe ser, entonces, guía desde el principio, a tal punto, que la causa final, se nos presenta como la causa de las causas. El

sentido profundamente teleológico de la metafísica Aristotélico-tomista, está apoyado, precisamente, en esta causa final. Puede así demostrarse que la noción de la causa final del Derecho se halla implícita en cada una de las causas anteriores: en la material, en cuanto las voluntades ligadas persiguen un fin o bien común: en la formal, en tanto la noción de lo “suyo” tiene fundamento en la alteridad y ésta en la idea de comunidad de bienes; en la eficiente, porque la ley ordena en razón del Bien Común, según la definición del Angélico; en la ejemplar, por último, en tanto ésta es el modelo o arquetipo del Bien común. Como se advierte, la causa final, o sea el Bien Común, es causa de las otras causas, por ella y en ella se vivifican y se realizan. A este respecto las nociones de potencia y acto, que estructuran la concepción dinámica o teleológica de la metafísica tradicional, operan de igual modo en el orden ético-jurídico en que nos encontramos ubicados: la actualización progresiva del Derecho por sus causas, depende principalísimamente de esta idea-motor que se apoya en la misma realidad fenomenológica del Derecho. Bástenos decir que en la causa final, Derecho y comunidad social se nos presentan como un solo y mismo objeto: genéticamente considerada la comunidad en sus formas más simplistas ya se nos muestra como consustancial al Derecho, y éste, a través de sus primitivos códigos de legislación, igualmente se nos muestra consustancializado con la idea de comunidad. No son, pues, en el tiempo, el uno anterior al otro, del mismo modo que en el “ser” la forma no es anterior ni posterior a la materia sino ambas, a la vez, presentes en la unidad indestructible de la existencia.

## **BIBLIOGRAFIA**



**A**

- ALEJANDRO JOSE M.: "la gnoseología del Doctor eximio y la acusación nominalista". Universidad Pontificia. Comillas (Santander), 1948.
- ALEJANDRO JOSE M.: "la gnoseología de lo universal en el Doctor Eximio y la dificultad criticista". Revista Pensamiento, Vol. 4, Madrid, 1948.
- ARISTOTELES: "gran ética". Traduc. de Francisco Gallardo Palles. Nueva Biblioteca Filosófica. Madrid, 1932.
- ARAMBURO MARIANO: "filosofía del derecho". Edit. Instituto de las Españas en los Estados Unidos. Nueva York, sin fecha.
- ADURIZ JOAQUIN: "¿renovando posiciones cortesianas?". Revista Estudios. Diciembre, 1943, Bs. Aires.

**B**

- BARCIA TRELLES CAMILO: "Francisco Suárez". Sección de Estudios Americanistas Universidad de Valladolid, 1934.
- BARGALLO CIRIO JUAN M.: "sociedad y persona". Edit. Francisco A. Colombo. Bs. Aires, 1943.
- BERGSON E.: "évolution créatrice". Edit. Félix Alcan. París, 1912, 2ª edición.
- BERGSON E.: "durée et simultanéité". Edit. Félix Alcan, París, 1929.
- BERGSON E.: "les deux sources de la morale et de la religion", 6ª edic. Félix Alcan, Paris, 1934.
- BRUERA JOSE JUAN: "el concepto filosófico - jurídico de causalidad". Edit. La Ley. Bs. Aires, 1946.
- BERTHELOT DANIEL: "la ciencia y la vida moderna". Librería y Editorial Madrid, sin fecha.
- BONNECASE JULIEN: "la notion de droit en France eu dix-neuvième siècle". Edit. E. de Boccard. Paris, 1919.
- BURGESS J. M.: "ciencia política y derecho constitucional comparado". Edit. La España Moderna Madrid, sin fecha.
- BONN M. J.: "la crisis de la democracia europea". Traduc. de García Díaz. Ediciones Biblos, Madrid, 1927.
- BUSTAMANTE Y MONTORO A. S. DE: "Stammler". Edit. Carasa y Cía. La Habana, 1931.
- BRENTANO FRANCISCO: "el origen del conocimiento moral". 2ª edic. Traduc. de M. García Morente. Revista de Occidente, Madrid, 1941.

**C**

- COLLIN ENRIQUE: "manual de filosofía tomista". Traduc. de C. Monserrat. Edit Luis Gili, Barcelona, 1942.
- CATHREIN VICTOR: "filosofía del derecho". Traduc. de Alberto Jardon y César Barja Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1916.

- CUCHE PAUL: "conférences de philosophie du droit". Librairie Dalloz. París, 1928
- CRISTIANI LEON: "Kultur et civilisation" Société D' Etudes Religieuses, Bruselles, sin fecha.
- COSSIO CARLOS: "la valoración jurídica y la ciencia del derecho". Imp. de la Universidad. Santa Fe, 1941.
- COSSIO CARLOS: "la teoría eológica del derecho y el concepto jurídico de libertad". Edit. Losada. Buenos Aires, 1944.
- COSSIO CARLOS: "la plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley". Losada. Bs. Aires, 1930.
- COSSIO CARLOS: "la normatividad según el análisis de la conducta jurídica". Bs. Aires, 1937.
- CARO E.: "el derecho y la fuerza". La España Moderna. Madrid, sin fecha.
- COLMO ALFREDO: "política cultural en los países latino-americanos". Revista Nosotros. Bs. Aires, 1925.
- CARRANZA LUIS: "¿negó Hume la causalidad?". Revista Ciencia y Fe (Notas y comentarios). N° 5, año 1945. Bs. Aires.
- COMTE AUGUSTO: "cours de philosophie positive". 5ª edic. Schleicher Freres, París, 1907.
- COMTE AUGUSTO: "système de politique positive". 4ª edic. Georges Crès et Cie. Paris, 1912.
- COLLINS F. H.: "resumen de la filosofía de H. Spencer". La España Moderna. Madrid, sin fecha.
- CHARMONT J.: "la renaissance de droit naturel". 2ª edic. Chauny et Quinsac. Paris, 1927.
- CROCE B.: "filosofía práctica". Traduc. de González Blanco. F. Beltrán Madrid, 1926.
- CAVIGLIA T. A.: "stato e Diritto" in Hans Kelsen. G. Gallizzi. Passari, 1932.

## D

- DERISI OCTAVIO N.: "los fundamentos metafísicos del orden moral". Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras. Bs. Aires, 1941.
- DERISI OCTAVIO N.: "las dimensiones de la persona y el ámbito de la cultura". Imp. López. Bs. Aires, 1948.
- DERISI OCTAVIO N.: "la doctrina de la inteligencia de Aristóteles y Santo Tomás". Cursos de Cultura Católica. Bs. Aires, 1945.
- DERISI OCTAVIO N.: "la estructura noética de la sociología". Cursos de Cultura Católica. Bs. Aires, 1938.
- DONATI BENVENUTO: "dottrina pitagorica e aristotelica della giustieia". A. F Formiggini. Modena, 1911.
- DE ANQUIN NIMIO: "teoría y doctrina en la Edad Media". Revista Ortodoxia N° 4. Bs. Aires.

- DUGUIT LEON: "traité de droit constitutionnel". 2ª edic. E. de Boccard. París, 1921.
- DUGUIT LEON: "leçons de droit public général". E. de Boccard, París, 1926.
- DUGUIT LEON: "le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état", 2ª edic. Félix Alcan. París, 1911.
- DUGUIT LEON: "el pragmatismo jurídico". Traduc. de Lázaro Alvarez y otros. Francisco Beltrán, Madrid, 1924.
- DUGUIT LEON: "les transformations générales de droit privé depuis le Code Napoléon". F. Alcan. París, 1912.
- DUGUIT LEON: "les transformations du droit public". A. Colin. París, 1913.
- DUGUIT LEON: "souveraineté et liberté". F. Alcan. París, 1922.
- DURKHEIM EMILE: "de la división du travail social", 4ª edic. F. Alcan. París, 1922.
- DURKHEIM EMILE: "sociologie et philosophie". F. Alcan. París, 1924.

## E

- ESMEIN A.: "éléments de droit constitutionnel". 8ª edic. Recueil Sirey. París, 1927.
- EGUSQUIZA ALFREDO H.: "algunos aspectos de la doctrina del derecho en Kant". Talleres Gráficos D'Accurzio. Mendoza, 1945
- ELEIZALDE E IZAGUIRRE LUIS M.: "curso de filosofía". Edit. G. Juste. Madrid, 1892.

## F

- FRÖBES JOSE: "tratado de psicología empírica y experimental". Traduc. de José A Menchaca Edit. Razón y Fe, Madrid, 1944.
- FRISCHEISEN - KÖHLER: "Descartes". Revista de Occidente. Madrid, 1925.
- FERRERO GUGLIELMO: "la unidad política del mundo". Traduc. de M. Aguirre. Edit. M. Aguilar, Madrid, sin fecha.
- FRAGUEIRO ALFREDO: "libertad y autoridad", (Bases para una distinción entre ciencia y técnica del Estado)". Impr. de la Universidad, Córdoba, 1933.
- FRAGUEIRO ALFREDO: "el problema de la libertad en Leibniz". Impr. de la Universidad, Córdoba, 1948.
- FRAGUEIRO ALFREDO: "introducción a los problemas de la filosofía". Impr. de la Universidad, Córdoba, 1947. 2ª edic.
- FRAGUEIRO ALFREDO: "civilización y cultura", Impr. de la Universidad. Córdoba, 1944.
- FRAGUEIRO ALFREDO: "el fundamento sociológico del diritto". Rivista Internazionale de Filosofia dei Diritto. Traduc. de T. A. Castiglia. Año IX, Fasc. III. Roma.

**G**

- GREDT IOS: "elementa philosophiae aristotelico - thomisticae". Herder. Friburgi, 1922.
- GARRIGOU - LAGRANGE R.: "la síntesis tomista", Traduc. de Eugenio S. Melo Dedebeq. Bs. Aires, 1947.
- GRUBER, S J.: "Auguste Comte fondateur du positivisme, sa vie - sa doctrine". Traduc. de Mazoyer. Edit P. Lethielleux. París. 1892.
- GILLET M. S: "la moral y las morales". Traduc. de Juan A Bourdieu. Librería Edit. Santa Catalina. Bs. Aires, 1942.
- GALAN Y GUTIERREZ E.: "la filosofía política de Santo Tomás de Aquino". Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1945.
- GONZALEZ ALBERU J. E.: "las nuevas orientaciones del derecho". Revista de Archivos. Madrid, 1925.
- GENY FRANCISCO: "science et technique en droit privé - positif". Recueil Sirey. París, 1925.
- GENY FRANCISCO: "l'état, le droit objectif et la loi positive". Revue Critique de Législation et de Jurisprudence. Tomo XXX, año 1901. F. Pichón. París, 1901,
- GENY FRANCISCO: "les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit", Revue Trimestrielle de Droit Civil, Recueil Sirey, París. Tomo 21, año 1922.
- GROCIO HUGO: "del derecho de la guerra y de la paz". Traduc. de Torrubiano Ripoll, Reus. Madrid, 1925.

**H**

- HELLIN JOSE: "la ontología del ser y el conocimiento de Dios en Suárez". Edit. Gráficas Uguina, Madrid, 1947.
- HERNANDEZ GIL A.: "metodología del derecho". Edit. Revista de Derecho Privado Madrid, 1944.

**K**

- KELSEN HANS: "la idea del derecho natural". Traduc. de Francisco Ayala. Publicada en el Boletín de la Facultad de Derecho N° 5. Impr. de la Universidad. Córdoba, 1943.
- KELSEN HANS: "teoría general del Estado". Traduc. de Luis Legaz y Lacambra, Edit. Labor S.A. Barcelona, 1934.
- KELSEN HANS: "la teoría pura del derecho". Traduc. de J. C. Tejerina. Losada, Bs. Aires, 1941.
- KANT M.: "principios metafísicos del derecho". Traduc. de G. Lizarraga. Victoriano Suárez, Madrid, 1873.
- KANT M.: "crítica de la razón pura". Traduc. de García Morente. Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

KOHLER J.: "filosofía del derecho e historia universal del derecho". Traduc. de Castillejo y Duarte. V. Suárez, Madrid, 1910.

## L

LEGAZ Y LACAMBRA. I.: "el Estado de Derecho en la actualidad". Reus. Madrid, 1934.

LEGAZ Y LACAMBRA L.: "horizontes del pensamiento jurídico" Bosch, Barcelona, 1847.

LANDORMY PAUL: "Descartes", Traduc. de M. B. Edit. Estudio. Barcelona, 1914.

LEVY ULLMAUN H.: "la definición del derecho". Traduc. de Camargo y Marín. Góngora. Madrid, 1925.

## M

MANSER P, G. M.: "la esencia del tomismo". Traduc. de Valentín G. Yebra. Instituto Luis Vives. Madrid, 1947.

MERCIER CARDENAL: "metafísica general u ontología". Traduc. de Gallade Palés. Nueva Biblioteca Filosófica. Madrid, 1935.

MARQUEZ GABINO: "filosofía moral". 4ª edic. Edit. Razón y Fe. Madrid, sin fecha.

MARITAIN JACQUES: "para una filosofía de la persona humana". Edit. Letras. Santiago de Chile, 1938.

MARITAIN JACQUES: "acción católica y acción política". Traduc. de E. Palacio y M. Río. Edit. Losada. Bs. Aires, 1939,

MARITAIN JACQUES: "la philosophie bergsonnieme". M. Rivière. París, 1930.

MAEZTU RAMIRO DE: "la crisis del humanismo". Minerva. Barcelona, sin fecha,

MARAVALL J. ANTONIO: "los fundamentos del derecho y del Estado" Revista de Derecho Privado. Madrid, 1947.

MESSER AUGUSTO: "historia de la filosofía", Traduc. de J. Zubiri y otros. Revista de Occidente. Madrid, 1925 - 1927.

MARTINEZ GOMEZ LUIS: "lo existencial en la analogía de Suárez". Revista Pensamiento. Vol. 4. Madrid, 1948.

MANOTAS WILCHES EDGARDO: "el nuevo derecho de gentes", Litografía Colombia, Bogotá, 1946.

MARTINEZ PAZ ENRIQUE: "tratado de filosofía del derecho". Edit. Litvack. Córdoba, 1946.

MARTINEZ PAZ ENRIQUE: "el espíritu de la legislación civil". Impr. de la Universidad. Córdoba, 1927.

MARICONDE PABLO: "Jus est Ego". Revista de Psiquiatría y Criminología. Bs. Aires. Enero - abril de 1946.

**N**

NATORP P.: "E. Kant y la escuela filosófica de Marburgo", Traduc. de Viqueira. F. Beltrán. Madrid, sin fecha.

**O**

OLGIATI FRANCISCO: "il concetto di giuridicità in San Tommaso D' Aquino". 2ª edic. Edit. Vita e Pensiero. Milano, 1944.

O'BRIEN MARY CONSILIA: "principios de sociología cristiana". Traduc. de María M. García Conde. Edit. Poblet. Bs. Aires, 1948.

**P**

PITA ENRIQUE B.: "la frase infantil monopolábrica y la inteligencia". Espasa-Calpe, Argentina. Buenos Aires, 1942.

PITA ENRIQUE B.: "reflexiones sobre la actitud inicial ante el problema crítico". Revista Estudios, Diciembre, 1942. Bs. Aires.

PITA ENRIQUE B.: "Momentos de la filosofía perenne". Revista Estudios. Números correspondientes marzo-junio de 1945. Bs. Aires.

PITA- E. B. y Cifuentes J. I.: "el punto de partida de la filosofía". Espasa-Calpe, Argentina, Bs. Aires.

PONCE DE LEON: "respuesta a una crítica". Revista Estudios. Agosto, 1945. Buenos Aires.

PINTO MARIO AGUSTIN: "la noción de bien común según la filosofía tomista". Revista Ortodoxia. N° 14, año 1946. Buenos Aires.

PEILLAUBE E.: "iniciación a la filosofía de Santo Tomás". Edit. Litúrgica Española, S. A Barcelona, 1936.

PASQUIER CLAUDE M.: "introduction à la théorie générale, et à la philosophie du droit". Recueil Sirey, Paris. 1937.

POVIÑA ALFREDO: "cursos de sociología". Edit. Assandri, Córdoba, 1945.

POSADA ADOLFO: "la nueva orientación del derecho político". F. Beltrán. Madrid, sin fecha.

POSADA ADOLFO: "teoría social y jurídica del Estado". Edit J. Menéndez. Buenos Aires, 1922.

**Q**

QUILES ISMAEL: "la esencia de la filosofía tomista". Edit. Verbum S.A. Bs. Aires, 1947.

QUILES ISMAEL: "la persona humana". Espasa-Calpe, Argentina. Buenos Aires, 1942.

**R**

ROUSSELOT PIERRE: "l'intellectualisme de Saint Thomas". 3ª edic. Edit. Gabriel Beauchesme et ses Fils. París, 1936.

- RUIZ-GIMENEZ J.: "la concepción institucional del Derecho". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1944.
- RUIZ-GIMENEZ J.: "introducción elemental a la filosofía jurídica cristiana". Ediciones y Publicaciones Españolas S.A. Madrid, 1945.
- RENARD GEORGES: "introducción filosófica al estudio del derecho". de S. Cunchillos Manterola Desclée, de Bronwer, Bs. Aires, 1947.
- RECASENS SICHES LUIS: "vida humana, sociedad y derecho". 2ª edic. Fondo de Cultura Económica. México, 1945.
- RECASENS SICHES LUIS: "la filosofía del derecho de Francisco Suárez". V. Suárez. Madrid, 1947.
- RECASENS SICHES LUIS: "direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico". Edit. Labor. Barcelona, 1939.
- REY ABEL: "la filosofía moderna". Traduc. de M. Pumarega M. Aguilar, Madrid, sin fecha.
- RIPERT JORGE: "la règle morale dans les obligations civiles". 2ª edic. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1927.
- RADBRUCH GUSTAVO: "filosofía del derecho". Traduc. de Medina Echevarría. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933.
- RIO MANUEL: "perspectivas actuales del derecho natural". Revista Estudio. Agosto-Setiembre, 1939. Buenos Aires.

## S

- SANTO TOMAS DE AQUINO: "somme théologique". Editions de la Revue de Jeunes. Paris.
- SANTO TOMAS DE AQUINO: "opúsculos filosóficos genuinos". Traduc. y notas de Antonio Tomás y Ballús, Poblet. Bs. Aires, 1947.
- SANTO TOMAS DE AQUINO: "la Ley". Traduc. y notas explicativas de Constantino Fernández-Alvar. Edit. Labor. Barcelona, 1936
- SAENZ MARIO: "filosofía del derecho". Buenos, 1927.
- SAITA GIUSEPPE: "il carattere della filosofia tomista". Edit. G. C. Sansoni. Firenze, 1934.
- SAMPAY ARTURO E.: "la filosofía del iluminismo y la Constitución Argentina de 1853". Edit. Depalma. Buenos Aires, 1944.
- SAMPAY ARTURO E.: "la crisis del Estado de Derecho liberal-burgués". Losada. Buenos Aires, 1942.
- SUAREZ FRANCISCO: "tratado de las leyes y de Dios legislador". Traduc. de J. Torrubiano Ripoll Edit. Hijos de Reus. Madrid, 1918.
- SUAREZ FRANCISCO: "disputationes metaphisicae". J Subirana. Barcinone, 1884.
- SOTO DOMINGO: "tratado de la justicia y el derecho". Traduc. de J Torrubiano Ripoll. Edit. Reus. Madrid, 1922.
- SECOND I.: "l'intuition bergsonienne". F. Alcan. París, 1930.

- SEDLACEK JAROMIR: "il concetto realistico ed il concetto normológico della norma giuridica". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Marzo-abril, 1933, Roma.
- STAMMLER R.: "tratado de filosofía del derecho". Traduc. de W Rocés. Reus, S.A. Madrid, 1930.
- STAMMLER R.: "economía y derecho". Traduc. de W. Rocés. Reus. Madrid, 1129.
- SPENCER HERBER: "el progreso, su ley y su causa". Traduc. de Miguel de Unamuno. La España Moderna. Madrid.
- STAHL FEDERICO J.: "historia de la filosofía del derecho". Traduc. de Gil y Nobles. La España Moderna. Madrid.

### T

- TAPARELLI LUIGI: "saggio teoretico de dritto naturale". 6ª edic. A Spese Degli Editori. Palermo, 1857.
- TORTI HECTOR LUIS: "lecciones de psicología experimental". Edit. A Moley. 2ª edic. Bs. Aires.
- TREVES RENATO: "crisis de la democracia y transformación de la ciencia del derecho". Tucumán, 1940.
- TREVES RENATO: "il fondamento filosofico della dottrina pura del Diritto di Hans Kelsen". Torino. R. Accademia della Scienze, 1933.
- TAGLE JORGE R.: "el derecho y el Estado". *Revista "Jus"*, Córdoba, junio 1945. Pág. 507.

### U

- URRABURU J. J.: "compendium philosophiae scholasticae". Edit. A. Ariel. Madrid, 1902.

### V

- VALENSIN ALBERTO: "traité de droit naturel". edict. Action Populaire, París, 1922.
- VRIES JOSE DE: "pensar y ser". Traduc. de J. A. Menchaca Pablet. Bs. Aires.
- VILLALON ZOILO: "tratado teológico-legal de la justicia". Imp. del Correo. Santiago de Chile, 1871.
- VORLANDER KARL: "historia de la filosofía". Traduc. de J. V. Viqueira. F. Beltrán, A. López - Madrid-Barcelona, 1922.
- VECCHIO GIORGIO DEL: "la justicia". Traduc. de Luis Rodríguez-Camuñas y C. Sancho. Góngora. Madrid, 1925.
- VECCHIO GIORGIO DEL: "el concepto de la naturaleza y el principio del derecho". Traduc. de M. Castaño. Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1916.

VECCHIO GIORGIO DEL: "diritto e personalità umana". Nicola Zanichelli. Bologna, 1917.



**INDICE ALFABETICO DE AUTORES  
CITADOS EN EL TEXTO**



**A**

Aduriz Joaquín: 232.  
Alejandro José M.: 96, 111, 310.  
Aquino Santo Tomás de: 21, 46,  
49, 51, 55, 57, 87, 90, 99,  
259, 315, 320, 354, 359.  
Aramburo Mariano: 99.  
Aristóteles: 24, 37, 139, 357.

**B**

Barcia Trelles Camilo: 266.  
Bargello Cirio Juan M.: 61.  
Bergson Enrique: 271 a 295.  
Berthelot Daniel: 122.  
Bonnecase Julián: 148.  
Bonn M. J.: 179.  
Brentano Francisco: 309.  
Bruera José Juan: 70.  
Bustamante y Montoro A. S. de:  
239, 258.  
Burgess J. M.: 183.

**C**

Caro E.: 178.  
Carranza Luis: 33  
Cathrein Victor: 91, 99, 307, 342,  
343  
Caviglia T. A.: 221.  
Charmant J.: 145, 251.  
Collin Enrique: 27, 30, 38.  
Collins F. H.: 109.  
Colmo Alfredo: 154.  
Comte Augusto: 106, 107.  
Cassio Carlos: 196, 212, 217, 219,  
222.  
Cristiani León: 268.  
Croce B.: 153.  
Cuhe Paul: 135, 148.

**D**

De Anquín Nimio: 304.

Derisi Octavio N.: 44, 78, 81, 264,  
345, 352.  
Donati Benvenuto: 100.  
Duguit Leon: 106 a 192.  
Durkheim Emilio: 108, 109.

**E**

Egusquiza Alfredo H.: 258.  
Eleizalde e Izaguirre Luis M.: 54.  
Esmein A.: 161, 183

**F**

Ferrero Guglielmo: 133.  
Fragueiro Alfredo: 44, 49, 70, 154,  
226, 230, 233.  
Frischeisen - Köhler: 116.  
Fröbes José: 349.

**G**

Galán y Gutiérrez E.: 352.  
Garrigou Lagrange R.: 22.  
Geny Francisco: 113, 129, 144, 145,  
146, 148, 151, 278 a 303  
Gillet M. S.: 54, 356, 361.  
González Alberti J. E.: 178.  
Gredt Ios: 22, 25, 27, 34, 305.  
Grocio Hugo: 139.  
Gruber, S. J.: 113.

**H**

Hellin José: 95, 96, 340  
Hernández Gil A.: 230

**K**

Kant M.: 111, 125, 240, 242, 257.  
Kelsen Hans: 195 a 229.  
Kohler J.: 127

**L**

Landormy Paul: 116.  
 Legaz y Lacambra: 95, 224.  
 Levy Ullmann H.: 170.

**M**

Maeztu Ramiro de: 184, 191.  
 Manotas Wilches Edgardo: 315.  
 Manser P. G. M.: 57, 305, 344.  
 Maravall J. Antonio: 348.  
 Mariconde Fabio: 195.  
 Maritain Jacques: 258, 266, 305.  
 Márquez Gabino: 47, 50.  
 Martínez Gómez Luis: 95  
 Martínez Paz Enrique: 62, 152,  
 148, 170, 221, 276.  
 Mercier Cardenal: 25, 26, 28, 29,  
 37  
 Messer Augusto: 116, 243, 296

**N**

Natorp P.: 199, 201, 244.

**O**

O' Brien Mary Consilia: 359.  
 Olgiati Francisco: 312.

**P**

Pasquier Claude M.: 251.  
 Peillaube E.: 28.  
 Pinto Mario Agustín: 352.  
 Pita Enrique B.: 232, 308.  
 Ponce de León: 232.  
 Posada Adolfo: 184, 192.  
 Poviña Alfredo: 349.

**Q**

Quiles Ismael: 21, 22, 25, 33, 38,  
 39, 45, 263.

**R**

Radbruch Gustavo: 224, 215.  
 Recaséns Siches Luis: 61, 228, 251,  
 267.  
 Renard Georges: 69, 92, 149, 318,  
 332, 334.  
 Rey Abel: 122  
 Río Manuel: 260.  
 Ripert Jorge: 149.  
 Ruiz - Giménez J.: 23, 96, 93, 94,  
 95, 98, 306.  
 Rousselot Pierre: 345

**S**

Saenz Mario: 171.  
 Saita Giuseppe: 357  
 Sampay Arturo: 220, 237.  
 Second J.: 301.  
 Sedlacek Jaromir: 241  
 Soto Domingo: 90, 103.  
 Spencer Herber: 109, 115  
 Stahl Federico J.: 126  
 Stammler Rodolfo: 62, 90, 97, 238  
 a 259.  
 Suárez Francisco: 38, 68, 104, 115,  
 259, 267, 314 a 318, 332,  
 340, 354, 358, 359.

**T**

Tagle Jorge R.: 195.  
 Taparelli Luigui: 99.  
 Torti Héctor Luis: 349.  
 Treves Renato: 221, 224

**U**

Urráburu J. J.: 22.

**V**

Valensin Alberto: 68, 355.

---

Vecchio Giorgio del: 92,151,166, 251.  
Villalon Zoilo: 99.

Vries José De: 232  
Vorländer Karl: 106, 116, 241.



## SUMARIO

Prólogo .....	9
Advertencia .....	17

## INTRODUCCION

1. De las causas del ser .....	21
2. Clasificación de las causas .....	24
3. Causa material .....	25
4. Causa formal .....	27
5. Causa eficiente .....	30
6. Causa final .....	34
7. Causa ejemplar .....	36

## *CAPITULO I*

### DE LAS CAUSAS DE LA MORAL

1. La moral y el derecho .....	43
2. Las causas del orden moral .....	46
3. Causa material: el acto humano .....	47
4. Causa formal: la moralidad .....	49
5. Causa eficiente: la virtud y la ley .....	51
6. Causa final: el Bien en sí .....	54
7. Causa ejemplar: el orden cristiano .....	56

## *CAPITULO II*

### DE LAS CAUSAS DEL DERECHO

#### *Sección 1*

##### DE LA CAUSA MATERIAL

1. Noción .....	61
2. De la materia o forma potencial del derecho .....	63
3. Génesis de la relación jurídica .....	64
4. Sus principios formales: la libertad y la igualdad .....	82
5. La libertad en relación a la persona y a la persona- lidad .....	74
El problema .....	74
Esencia y existencia de la libertad .....	76
Libertad en la persona y en la personalidad .....	79
Libertad e igualdad .....	82

#### *Sección 2*

##### DE LA CAUSA FORMAL

1. Noción .....	84
2. La forma determinante del Derecho: lo Justo .....	85
3. La justicia como esencia y como norma .....	90
4. Justicia y Derecho .....	95
5. División de la justicia .....	99

#### *Sección 3*

##### DE LA CAUSA EFICIENTE

---

1. Noción .....	102
2 . La normatividad .....	103
3. El normativismo jurídico de León Duguit .....	105
Bases filosóficas .....	105
La solidaridad .....	131
La regla de derecho .....	154
4. El normativismo jurídico de Hans Kelsen .....	194
Preliminar .....	194
La teoría pura del derecho .....	196
Las transformaciones técnicas .....	207
La metafísica jurídica .....	211
Apreciación crítica .....	214
El ser y el deber ser del derecho .....	214
Los juicios determinativos y atributivos del ser .....	217
El Derecho y la moral .....	221
El derecho natural y la categoría del deber ser .....	225
5. División de la ley: Eterna, natural y humana .....	229
6. El derecho natural .....	236
7. El derecho natural de contenido variable .....	238
Bases filosóficas .....	238
Materia y forma .....	239
Concepto e idea .....	240
La Escuela de Marburgo .....	242
La materia y las formas del derecho .....	244
El derecho y la justicia .....	246
El derecho natural de contenido variable .....	248
Apreciación crítica .....	253
La estructura del juicio sintético y su aplicación al derecho .....	253
Analítica y dialéctica jurídicas .....	257

8. El derecho natural y el estado totalitario .....	260
Autenticidad y legitimidad .....	260
Personalidad, cultura y autoridad .....	263
Juan J. Rousseau y Francisco Suárez .....	264
La crisis del poder .....	269
La vuelta a Hegel.....	270
El estado totalitario .....	271
9. El derecho natural en el intuicionismo	
contemporáneo .....	279
El intuicionismo bergsoniano en F. Geny .....	279
El nuevo método.....	283
Ciencia y técnica .....	287
El derecho natural .....	288
Observaciones críticas .....	296
10. El derecho natural de contenido progresivo.....	303
El derecho natural en la filosofía intelectualista .....	303
Génesis del derecho natural .....	306
Abstracción y conversión de los principios jurídicos .....	310
La sindéresis .....	320
Extensión y comprensión de los principios, .....	322
Progresividad e inmutabilidad del derecho natural .....	329
Resumen .....	337

#### *Sección 4*

#### DE LA CAUSA EJEMPLAR

1. Noción .....	337
2. La causa ejemplar del Derecho .....	339
3. El orden moral y el orden jurídico .....	341

*Sección 5*

## DE LA CAUSA FINAL

1. Noción .....	344
2. Individuo y sociedad .....	348
3. Psicología y sociología .....	351
4. El Bien común .....	354
5. La comunidad perfecta .....	357
Síntesis final .....	363
Bibliografía .....	373
Índice de autores citados en el texto .....	385



Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de octubre de 2009