

RODOLFO LUIS VIGO

VISIÓN CRÍTICA DE LA HISTORIA
DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

RUBINZAL Y CULZONI S.C.C.

OBRAS DEL AUTOR

- *Integración de la ley*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.
- *Ética del abogado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
- *Ética de la magistratura judicial*, en *La función judicial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
- *Las causas del Derecho* (prólogo de Georges Kalinowski), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

RODOLFO LUIS VIGO (h.)

Profesor de "Introducción al Derecho" y "Filosofía del Derecho" en la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

VISION CRITICA DE LA HISTORIA
DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

RUBINZAL Y CULZONI S.C.C.

Editores

9 de Julio 3573 - Santa Fe - República Argentina

P R O L O G O

La presente obra es una Visión crítica de la historia de la Filosofía del Derecho dado que describe de manera elemental el tránsito desde la vigencia de la concepción del "realismo jurídico clásico" hasta la "moderna ciencia del derecho", las correspondientes reacciones que durante el presente siglo se formularán contra el positivismo jurídico y, finalmente, una defensa del iusnaturalismo realista clásico con las respuestas a las críticas principales que contra el mismo se han planteado en la doctrina contemporánea. Pero esa descripción, lejos de ser neutral, es intencionada y explícitamente valorativa, o sea, que los análisis y consideraciones expuestas a lo largo de las cuatro partes que integran el libro, trasuntan los puntos de vista propios del llamado "realismo jurídico clásico" (por su presencia remota y continuada en la doctrina), o "metafísico" (funda su desarrollo en el ser y sus propiedades), o "teleológico" (admite prioritariamente el orden finalista inscripto en los entes y consecuentemente en lo humano) o "neotomista" (por su filiación a las tesis del Aquinate, reelaboradas a partir de fines del siglo pasado).

En la primera sección, se procura exponer de manera sintética aquel modo de definir, conocer, crear, interpretar y aplicar el derecho que Villey ha llamado "clásico", dado que su elaboración fue obra de Aristóteles, los juristas romanos, Santo Tomás de Aquino y cuya vigencia más o menos generalizada se mantuvo hasta el siglo XVIII. Ese modo de entender y practicar lo jurídico, manteniéndose fiel a sus principios fundamentales, está aún presente de manera dinámica en una importante y concurrida corriente doctrinaria contemporánea respondiendo vital e históricamente a los interrogantes y requerimientos suscitados por los tiempos actuales.

En la segunda parte, hemos intentado señalar el trayecto que va desde la fundación de la moderna filosofía por Descartes, hasta desembocar en la moderna Ciencia del Derecho. Insistimos que ésta es el fruto jurídico de aquel nuevo modo de filosofar que desde el siglo XVII irá predominando en Europa en sus versiones racionalistas o empiristas. Sólo comprendiendo esa marcha de la moderna filosofía, llegaremos a entender cabalmente las características profundas que fundarán la moderna Ciencia jurídica constituida en las primeras décadas del siglo XIX por la Escuela Histórica alemana y la Escuela Exegé-

tica francesa. La descripción de los distintos sistemas filosóficos que se fueron proponiendo desde Descartes hasta Hegel, muestra la disolución cada vez más pronunciada de la metafísica, y en el seno de esta pérdida del ser, se forjará el deber ser jurídico como mero fruto de la razón y voluntad humana.

Luego de haber llegado en la segunda sección al siglo XIX en el que predominará monopólicamente el positivismo jurídico, indicamos en la tercera parte las distintas corrientes que contra esa concepción crecerán en el siglo XX, particularmente a partir de la segunda guerra mundial. El denominador común de estas posiciones es invocar exigencias jurídicas objetivas anteriores al legislador a las que su obra normativa debe conformarse; y de aquellas teorías tratamos sucintamente las orientaciones valorativas, el iusnaturalismo protestante, la teoría de la naturaleza de la cosa y el realismo jurídico clásico.

Por fin, en la última sección, queremos responder a las críticas principales que contemporáneamente se han llevado a cabo contra el iusnaturalismo realista clásico, poniendo de relieve cómo muchas veces se desconoce aquello que se intenta condenar. Se trata de poner a prueba nuestras afirmaciones, confrontándolas con las opiniones adversas, aspirando a que las necesarias disputas científicas descarten toda actitud prejuiciosa y busquen en todo momento objetividad y solidez argumental. En las respuestas desarrolladas, quedan indicados los representantes más caracterizados en nuestro tiempo del realismo jurídico clásico, y de qué manera, sus opiniones constituyen una reiteración de verdades permanentes pero también una actualización de su formulación e incluso en algunos casos una clarificación, rectificación o nuevos desarrollos doctrinarios.

A lo largo de las páginas que siguen, no hemos disimulado el modo que caracterizamos al derecho. En efecto, pensamos y hablamos de lo jurídico desde ciertos presupuestos y con la única obsesión de ser fieles a la verdad; pero ello no implica negarnos al diálogo y a los aportes de otras orientaciones. La "concepción moderna del derecho" aportó, junto a sus errores, importantes aciertos a los que no corresponde renunciar. De lo que se trata es de recuperar las líneas maestras de aquella concepción "clásica", porque con ella y desde ella es posible brindar al hombre contemporáneo la satisfacción a sus legítimos requerimientos que dirige a los juristas. Se encuentran definitivamente agotados en la hora actual: el positivismo jurídico, el saber dogmático del derecho, el marginamiento de la justicia social, el olvido de los inalienables derechos humanos naturales, la creencia en la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, el reconocimiento exclusivo al legislador de capacidad jurígena, el principio irrestricto de la autonomía de la voluntad, la negativa a la responsabilidad objetiva. Decía Aristóteles que "si conocemos las causas de la destrucción de las civilizaciones, conocemos también los medios para conservarlas", y es por ello, que a los fines de encontrar los medios superadores de la crisis actual del derecho, urge conocer valorativamente su historia.

Queremos sí motivar al alumnado a enfrentar aquellos interrogantes más profundos que definen su campo de actuación y las exigencias como futuros

profesionales del derecho Solo rechazamos el indiferentismo y la apatía intelectual del universitario Porque es tiempo de crisis, es hora de definiciones, y éstas en el hombre empiezan en el campo de las ideas Se trata principalmente de asumir aquellas ideas primeras que se proyectan en todo el obrar humano, para de ese modo contrarrestar los intentos poderosos y cada vez más eficaces de masificar y despersonalizar al hombre moderno Quedaríamos conformes, si por lo menos este libro generara interrogantes o deseos de réplica o cuestionamientos, pues ese acicate sería el primer paso para ir buscando las respuestas sin las cuales no resulta posible cumplir acabadamente la función de iuris-prudentes No pretendemos que se compartan nuestros enfoques, expuestos quizás con demasiado apasionamiento y simpleza, el objetivo mínimo, reiteremoslo, es despertar una mirada atenta y profunda de lo jurídico cargada de "admiración"

La reflexión acerca del derecho es un verdadero servicio que podemos y debemos prestar al hombre problemático y problematizado de nuestro tiempo Ese hombre que vive exigido por tener y ocupado en lo urgente, ha perdido en gran medida el significado profundo de su ser y de lo necesario e importante Con acierto advierte Heidegger que "ninguna época ha conocido al hombre tan poco como la nuestra", y si es verdad que la juridicidad descansa en la misma naturaleza del hombre, aluminar esa dimensión constitutiva de lo humano es contribuir a develar los problemas implicados en el ser y existir del hombre Uno de los interrogantes que con angustia y urgencia se plantea en nuestro tiempo es el de la justicia, y ese clamor nos tiene por destinatarios, por eso, dar las respuestas que nos demandan es contribuir a un mundo mas humano y a un hombre menos conflictuado

En definitiva, esta obra se dirige y busca a un estudiante que comprenda la íntima y esencial vinculación entre el derecho y la justicia, que propugne un orden jurídico al servicio del bien del hombre concreto en el seno de una comunidad política, que renuncie a la soberbia de constituirse en "productor" de verdades y con humildad busque en la realidad las líneas fundamentales del deber ser jurídico, que su vocación de universitario y de jurista lo comprometa valiente y honestamente en la denuncia del error y en la difusión de la verdad jurídica, que comprenda la importancia del diálogo y la confrontación de ideas en el camino tras el saber sobre el derecho, que viva con pasión su tiempo y con el convencimiento de que su misión se desenvuelve históricamente, que no se esterilice en un egoísmo hedonista y se abra a una preocupación solidaria por el hombre, y que asuma, por fin, los requerimientos integrales del hombre sin clausurarse exclusivamente en los orden material.

R L VIGO (h)

I. EL DERECHO Y EL SABER JURIDICO EN EL REALISMO CLASICO

El profesor de la Universidad de París Michel Villey ha insistido reiteradamente, que se comprueba en el campo de la filosofía del derecho dos modos fundamentales de entender lo jurídico; la que llama clásica, levantada conforme a las enseñanzas de Aristóteles, practicada en Roma y que alcanzara su completo desarrollo en Santo Tomás de Aquino; y la que denomina moderna, porque su fundación se remonta al siglo XVI con Descartes, logrando su completa maduración filosófica con Kant e implicando la Revolución Francesa su triunfo político y la consagración social (1). Más allá de los matices que convendría introducir a esa rígida división, lo cierto es que en lo fundamental ella resulta verdadera y además especialmente útil por razones pedagógicas.

Es nuestro propósito, profundizar en ese desarrollo filosófico que posibilitará la construcción de la Moderna Ciencia Jurídica en el siglo XIX, pero a tales fines, resulta conveniente describir sucintamente los caracteres fundamentales del Realismo Jurídico

(1) Ver Villey, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979; *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Ed. Dalloz, París; *Le formation de le pensée juridique moderne*, Ed. Montchrestien, París; *Leize Essais de Philosophie du droit*; *Précis de philosophie du droit*, Ed. Dalloz, París; *Critique de la pensée juridique moderne*, Ed. Dalloz, París; y publicados por Ed. Gherzi de Buenos Aires: *Los fundadores de la Escuela moderna del derecho natural*; *El derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*; *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*; *En torno al contrato, la propiedad y la obligación y El pensamiento jusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*.

Clásico, para así poder valorar acabadamente de qué modo se fue dando y por obra de quiénes, la transformación de esa concepción que predominará en las mentes jurídicas por espacio de casi veinte siglos, y que a partir del siglo XVII será sustituida por la moderna concepción.

I. EL DERECHO COMO "LO JUSTO" ANALOGICAMENTE ENTENDIDO.

Lo que llamamos modernamente derecho se denominó en Grecia *dikaion*, o sea "lo justo", de manera coincidente en el Digesto (I, I, 6) se habla de *id quod justum est*, y Santo Tomás definirá al derecho como la *ipsa res iusta* ⁽²⁾. Se comprueba así, que desde los comienzos de la filosofía hasta el final de la Edad Media, se aludía a lo jurídico con el nombre de lo justo, y esa comprobación alcanzada a través del *quid nominis* es una manera de acercarnos a la dilucidación de aquello que constituye propiamente la realidad jurídica; no en vano decía San Alberto Magno que "el nombre no es otra cosa que una implícita definición, y la definición es la explicación detallada del nombre". La voz derecho, derivada del latín *directum*, recién aparece en los siglos V y VI después de Cristo, pero sin embargo se seguirá usando hasta la Edad Moderna el término *ius* para aludir al derecho.

Nuestra elemental experiencia del mundo jurídico, nos lleva a comprobar que la juridicidad se atribuye a distintas realidades, así se habla de norma jurídica, de facultad jurídica, de saber jurídico, de conducta jurídica, etcétera. Es decir, que la palabra derecho no tiene un significado unívoco, dado que no se aplica a varios sujetos en un sentido absolutamente idéntico, como por ejemplo hombre; ni tampoco es equívoco, dado que no alude a realidades con un sentido totalmente distinto, por ejemplo araña que indica el animal y el artefacto eléctrico; sino que el derecho es una expresión análoga atento a que se aplica a realidades distintas aunque semejantes

(2) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* (S. Th.), II-II 57, 1.

desde un cierto punto de vista, como por ejemplo cuando se dice sano del hombre que posee salud, del remedio que la produce y del pulso que la manifiesta.

El Aquinate explícitamente reconoce el carácter análogo del término derecho, señalando que la primera significación del mismo fue “la misma cosa justa” (*ipsa res iusta*), más tarde pasó a denominar el saber sobre el derecho, luego el lugar donde se otorga el derecho (los tribunales), y, por último, las sentencias judiciales (3). En la filosofía aristotélica-tomista la analogía metafísicamente es analogía del ente, lógicamente es analogía del concepto y analogía del término que expresa el concepto; pero además se distingue dos tipos de analogía: de proporcionalidad y de atribución. La analogía de proporcionalidad se verifica cuando el término es atribuido a varios sujetos por realizarse en cada uno de ellos, aunque de manera diferente, una relación semejante, constituyendo entre sí una proporción, así por ejemplo, la visión se dice de la sensación y de la intelección, porque lo que la vista es al ojo, lo es el pensamiento al espíritu. La analogía de atribución se verifica cuando un término lo atribuimos a varios sujetos a causa de sus diversas relaciones con otro llamado primer analogado, al cual dicho término conviene propia e intrínsecamente, por ejemplo, el término sano aplicado al alimento, al clima, al rostro por sus vinculaciones de causa y de signo respecto de la salud intrínseca del individuo (4).

El término derecho es análogo con analogía de atribución, por ello es necesario determinar cuál es la acepción propia y formal; o dicho de otra manera, cuál es el analogado principal, aquello que constituye el vínculo unitivo que justifica la atribución del nombre derecho a las restantes realidades secundarias. Y esa realidad primera o analogado principal a la que propiamente le corresponde el término derecho es —según Santo Tomás de Aquino— “la cosa justa”, significando la palabra cosa algo objetivo e independiente del sujeto, o sea una cosa exterior o algo reducible a ello, como una

(3) *Ibidem*.

(4) Respecto a la “analogía” ver García López, Jesús, *Estudios de metafísica tomista*, EUNSA, Pamplona, 1976.

“obra” —*opus*— o un “acto” —*actio*— en cuanto unidos al objeto y desprendido del sujeto. Es decir, que para el realismo jurídico clásico el derecho corresponde en primer lugar y esencialmente a las acciones, daciones y omisiones humanas por las que los hombres se relacionan entre sí —ya directamente o a través de cosas entregadas o respetadas— de una manera conforme a la justicia. Si el derecho es propiamente la obra o conducta justa, todas las demás realidades corresponderán al mundo jurídico, y recibirán el nombre derecho, a causa de la relación que guardan con aquel primer analogado; y así serán analogados derivados o secundarios: la norma, encargada de prescribir cierta conducta justa; la facultad jurídica, en cuanto exige lo justo debido; el saber jurídica, en cuanto dirección y dilucidación de la operación justa; el juez, en cuanto autoridad encargada de determinar en el caso concreto lo justo, etcétera.

El derecho, para la concepción realista, tiene que ver con lo justo, es propia, formal y esencialmente la conducta justa, o sea la operación rectificadora por la justicia, y sólo por la referencia o vinculación que una realidad puede guardar con lo justo, le corresponderá el nombre de jurídica. *El derecho es propiamente lo justo debido por alguien a favor de otro, por necesidad legal y con estricta igualdad*, y, en consecuencia, la juridicidad de una realidad dependerá de que en ella podamos verificar dicha esencia del derecho.

Analicemos sintéticamente los elementos indicados en la definición (5), los que expresan el analogado principal del derecho:

1.1. Alteridad.

El derecho es siempre relación a otro, “no es posible que alguien cometa injuria consigo mismo” (6) señala Aristóteles, y Santo Tomás insiste reiteradamente: “Lo propio de la justicia, entre las demás

(5) Ver Casaubon, Juan A., vol. 3, *Derecho en Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Bs. As., 1981; y Massini, Carlos I., *Sobre el Realismo Jurídico*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1978.

(6) Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, lib. V. lección 17.

virtudes, es ordenar al hombre en las cosas relativas a otro" (7), "La justicia es la raíz de toda ordenación a otro" (8), etcétera... El derecho o lo justo, es la cosa adecuada a otro, y por ello puede afirmarse que la justicia es el bien del otro (*bonum alterius*), pues su requerimiento se dirige sobre quien recae algún débito justo para con otro, y por eso no hay juridicidad sino entre dos o más personas, y sólo en medio de la vida social.

En cuanto a la relación interhumana implicada por el derecho, y empleando una terminología moderna, dejemos precisado que el sujeto activo o el sujeto pasivo puede ser un individuo humano o un grupo humano, público o privado; aunque corresponde advertir que de manera inmediata o mediata en toda relación jurídica aparece interesada o comprometida la comunidad política. Lo justo o el derecho supone necesariamente un compromiso para con el otro, al que hay que darle o respetarle lo suyo.

1.2. Igualdad.

Decir que alguien tiene un derecho o algo suyo, implica que pesa sobre alguien un débito consistente en darle o respetarle ese *suum* al otro. El derecho supone un débito a otro, pero ese débito lo considera bajo una determinada manera o razón, cual es la igualdad o equivalencia, o sea, la razón perfecta de lo debido. Todo derecho es un débito, pero, sin embargo, no es cierto que todo débito sea jurídico, y además, una conducta no es justa porque es debida, sino precisamente al revés, es debida la acción porque es justa. En torno a esta relación entre lo debido y lo justo, Olgiati precisa: "lo debido no es el elemento especificador de la justicia. Ciertamente, lo justo es lo que se debe a otros, pero se debe porque responde a la *aequalitas*, porque el otro puede reclamarlo como *suum*: de ahí que la igualdad posea prioridad de naturaleza sobre lo debido" (9).

(7) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, q 57, a. 1.

(8) *Ibidem*, q 58, a. 8.

(9) Olgiati, Francesco, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1977, pág. 177.

Conforme a lo indicado, es conveniente distinguir, aunque no separar, la noción de débito de la del derecho, pues éste implica un débito pero es la nota de igualdad el dato esencialmente especificador del Derecho. La igualdad entre la prestación del obligado y el título del acreedor es la nota especificativa del *iustum*, y de ese modo concluye Lachance: "la materia sobre la que actúa la justicia, no está proporcionada a otro porque le es debida, sino que, inversamente, ella le es debida porque le es igual, porque se ajusta sus títulos, por ser la perfección que le corresponde" (10).

1.3. Debido legalmente (o débito estricto).

El derecho es lo justo debido, pero ocurre que existen ciertos débitos que no llegan a alcanzar la razón de derecho dado que se apartan de la razón de igualdad, atento a que existe una desproporción entre lo que se debe y las posibilidades de igualar lo suyo del otro; es el caso de las virtudes anejas de la justicia: o sea las virtudes de la religión, de la piedad y de la veneración, referidas a los débitos para con Dios, los padres y la patria, y las personas constituidas en dignidad, respectivamente. Pero además de esas virtudes referidas a las deudas impagables, nos encontramos con deudas en las que la razón de débito aparece disminuida, pues se trata de deudas en las que es posible realizar la equivalencia de lo debido pero lo que falla es el carácter de la deuda, es el caso de las deudas morales. El *debitum morale* a diferencia del *debitum legale* o jurídico, no puede ser forzado a su satisfacción a riesgo de ser desnaturalizado, es por ello que aquellos débitos no corresponden a lo que propiamente se llama derecho, pues se trata de deudas que no pueden ser exigidas por las normas *iuspositivas*, sino que su exigencia es "por honestidad de la virtud" (11). El débito *morale* se aparta

(10) Lachance, Louis, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, pág. 215.

(11) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, q 80, a. 1. Ver Notas de Benito Raffo Magnasco a la Sección Tercera del *Comentario de Santo Tomás de Aquino al Libro V de la Etica a Nicomaco de Aristóteles*, Cursos de Cultura Católica, Bs. As., 1946.

de la razón de débito perfecto o *debitum legale*, y las virtudes anejas referidas aquellos débitos imperfectos son entre otras: veracidad, gratitud, liberalidad, afabilidad, amistad, etcétera.

Todas las virtudes anejas de la justicia convienen en algo con ésta, pero sólo parcialmente, pues se apartan de la razón perfecta de la misma, dado que los débitos objeto de aquéllas no pueden ser satisfechos totalmente o en otros casos, se trata de deudas que por su naturaleza estrictamente moral, impiden que su cumplimiento se realice coactivamente.

2. EL DERECHO O LO JUSTO Y SU RELACION CON LA VIRTUD DE LA JUSTICIA.

Carlos Cossio, entre otros autores contemporáneos, ha criticado la iusfilosofía tomista imputándole no distinguir debidamente el campo del derecho con la moral, atento que la justicia en la filosofía del Aquinate es una virtud moral ⁽¹²⁾. Es indudable que dichos autores manifiestan en esa crítica, ignorar, al menos en ese punto, la verdadera posición del realismo clásico; en efecto, conforme a las enseñanzas de Tomás de Aquino, la justicia puede entenderse como virtud, o sea como hábito de dar a cada uno lo suyo con la intención justa, y además como mera cualidad objetiva y exterior de una conducta que da al otro lo suyo. La justicia, como virtud moral, necesita inevitablemente de la rectitud interior, pero la diferencia de ella respecto a las demás virtudes morales (fortaleza, templanza, etc.), reside en que mientras éstas siempre exigen que sus actos vayan acompañados de buena intención, por el lado de aquélla es posible que se den actos u obras de justicia que cuenten con la cualidad o rectitud objetiva —lo justo— que emana de esa virtud, pero que sin embargo carezcan de intención virtuosa. Quedan así descriptos los dos modos de hablar de la justicia: como virtud y como cualidad objetiva y exterior del acto justo.

(12) Ver Hernández, Héctor H., *La Justicia en la Teoría Ecológica del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1980.

Santo Tomás hace suya la definición de la virtud de justicia que consagrara Ulpiano: "Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo" (13), es decir, que el objeto que especifica a la justicia es el derecho o lo suyo de cada uno, de tal modo que es posible una conducta justa en cuanto da o respeta lo suyo del otro sin que el sujeto operante tenga la virtud de la justicia. Para que un sujeto sea justo, se requiere que haga obras pero que además las realice habitualmente y con buena o justa disposición o intención. Mientras que al moralista le interesa que haya hábito o virtud de justicia, al jurista le preocupan los actos justos sin averiguar si responden o no a un hábito.

Toda virtud moral consiste en un medio que varía específicamente según la materia en que se imprima aquélla. En el caso de la justicia, el medio reside en cierta igualdad de proporción de una cosa exterior a una persona exterior, pero ese medio objetivo es también medio racional, y de ese modo ella satisface la exigencia común a todas las virtudes. Al derecho le interesa la moralidad objetiva del acto justo, o sea, en cuanto bien debido al otro y efectivamente dado o respetado, y a esa moralidad se le puede agregar la moralidad subjetiva del agente que lo ejecuta con recta intención.

Conforme a la distinción aludida, Giuseppe Graneris ha llegado a hablar de "amoralidad del derecho", señalando: "el derecho no es la cosa justa en toda su perfección, sino un *iustum imperfectum*, en cuanto puede darse independiente de la disposición de ánimo del agente" (14), y además, no exige el derecho habitualidad en los actos justos.

3. LO JUSTO NATURAL Y LO JUSTO POSITIVO.

La cosa justa, en la que consiste el derecho para el realismo clásico, no radica en el sujeto sino en esa realidad exterior de la conducta que da o respeta al otro lo suyo, y esa relación de igualdad que se establece en la obra justa entre la conducta y el título

(13) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II q 58, a. 1.

(14) Graneris, Giuseppe, *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, pág. 45.

del otro; y puede fundarse en la naturaleza misma o puede derivarse de una determinación positiva o contingente. Textualmente precisa el Aquinate: "el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y esto es derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares; o por convención pública, verbigracia, cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, cuando lo ordena la autoridad que representa al pueblo" (15).

Lo justo natural o *iustum naturale*, es cierta relación de igualdad entre la acción y lo suyo del otro fundado en la naturaleza de las cosas, o sea que la *res*, *opus* o *actio* se iguala o adecua al otro según la razón o exigencias inscriptas en la misma naturaleza del hombre. Hay cosas o acciones que están atribuidas a una persona en virtud de su estatuto ontológico, y, en consecuencia, le son debidas por título derivado del propio ser del hombre. Hay medidas naturales de lo justo, delimitaciones entre lo debido y lo dado que aparecen dichas en el orden natural de las cosas, y que valen por eso y no porque lo determine el acuerdo o decisión de los hombres; así por ejemplo: la vida es un bien, pesando sobre los otros el débito justo de respetarla; la devolución de lo recibido en depósito; la sanción del que ha quitado o no dado al otro lo suyo, etcétera.

Según el grado de "naturalidad" de lo justo o derecho puede distinguirse los derechos naturales primarios u originarios que representan aquellos "suyos" atribuidos al hombre según su misma naturaleza considerada en sí misma, y los derechos naturales derivados o subsiguientes que son "suyos" inferidos de los anteriores y que dimanen de la naturaleza humana en relación a las circunstancias de espacio y tiempo (16). Esta distinción sirve para marcar

(15) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II q 57, a. 2.

(16) Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1981, pág. 92.

el grado de evidencia e inmutabilidad de los derechos primarios, en los que la adecuación o conmesuración de lo debido es totalmente objetiva y absoluta, leyéndose inmediatamente en la misma constitución de las cosas por todo aquel que las ve. Mientras que los derechos naturales derivados se determinan como fruto de un razonamiento y no de una simple lectura, en el que se computan las variaciones y requerimientos históricos. Recurramos a la palabra del Aquinate para verificar lo indicado: “el derecho o lo justo natural es aquel que por su naturaleza es adecuado o conmensurado a otro. Mas, esto puede ocurrir de dos modos. De un modo, según su absoluta consideración: así como el varón, por su esencia, tiene una conmensuración respecto de la mujer para engendrar de ella, y la madre tiene respecto del hijo para nutrirlo. De otro modo, algo está naturalmente conmensurado respecto de otro, no según su esencia absolutamente tomada, sino según algo que se sigue de él: por ejemplo, la propiedad de las posesiones. Si, en efecto, se considera este campo absolutamente, no tiene nada que indica que deba ser de éste o de aquél; pero si se lo considera en cuanto a la oportunidad de cultivarlo y en cuanto a su uso pacífico, según ello tiene cierta conmensuración a que pertenezca a uno y no a otro” (17).

Lo justo o derecho positivo alude al puesto por el hombre, a los suyos atribuidos y medidos según decisiones dispuestas o concertadas por los hombres en un tiempo y espacio determinado. El *iustum positivum* cumple las funciones de historizar lo justo natural, prescribiendo los débitos implicados en el orden natural de acuerdo a las modalidades y requerimientos de una cierta comunidad; pero además lo justo positivo confirma y garantiza el acatamiento de lo justo natural; y también el derecho positivo completa el ámbito de lo suyo de cada uno estableciendo “que algo sea justo en aquellas cosas que de por sí no tienen ninguna repugnancia a la justicia natural” (18). El profesor Casaubon distingue el derecho

(17) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, 57 3; Ver *Introducción a la Cuestión 57*, de Teófilo Urdanoz, en la Ed. BAC, Madrid, 1956, ps. 178 y sigtes.

(18) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, 57, 2.

positivo “por accidente” del derecho positivo “de por sí”; resultando el primero cuando su contenido es de derecho natural, pero que también ha sido sancionado y promulgado por los hombres; y el segundo es cuando su contenido es indiferente al derecho natural, pero que resulta obligatorio porque ha sido sancionado o promulgado por los hombres (19).

Si el derecho natural refiere a aquellas medidas y exigencias que leemos en el estatuto ontológico del ser humano, resulta inhumano, y consiguientemente inadmisibles, otorgar validez a un derecho positivo que violente aquellos suyos que la naturaleza humana y el orden natural de las cosas se ha encargado de consagrar. Así por ejemplo, un derecho positivo que garantice el derecho a la vida a favor de una raza o sector de la comunidad y lo niegue a los otros miembros, implica contradecir un bien o suyo naturalmente atribuido y, por ello, en aras de la dignidad y perfección humana corresponde rechazarlo y negar su juridicidad intrínseca. Santo Tomás se encarga de exponer esa humanizadora doctrina: “si algo tiene de por sí repugnancia al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana; como si se determinara que es lícito hurtar o cometer adulterio” (20); “la ley humana (o positiva) tanto tiene razón de ley cuanto sea según la recta razón... Pero en cuanto se aparta de la recta razón, es llamada ley inicua; y así no tiene razón la ley, sino de cierta violencia” (21); etcétera.

4. RELACIONES ENTRE LA LEY O NORMAS Y LO JUSTO O DERECHO.

Según Tomás de Aquino, la ley natural abarca el amplio campo de la moral, comprendiendo aquellas conductas personales y sociales que resultan necesarias a los efectos de que el hombre alcance su perfección o pleno desarrollo en el orden natural. La ley natural o *lex ethica naturalis* procede de Dios, y está fundada y acomodada

(19) Casaubon, Juan Alfredo, *La Justicia y el Derecho Positivo*, Ed. Idearium, Mendoza, 1977, pág. 9.

(20) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, 57, 2

(21) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I-II, 93, 3.

a nuestra naturaleza, está constituida propiamente por juicios o proposiciones primeras de la razón práctica encargada de dirigir las operaciones humanas hacia lo intrínsecamente bueno. La razón naturalmente abstrae y formula los preceptos constitutivos de la ley natural según las inclinaciones o tendencias inscriptas en el ser del hombre, por eso dice el Aquinate: "todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente por la inteligencia como buenas y, por consiguiente, como necesariamente practicables; y sus contrarias, como malas y vitandas. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales" (22). Hervada señala que la ley natural manifiesta en forma de deber las exigencias, tendencias o inclinaciones naturales del ser del hombre (23).

La ley natural agrupa un doble orden de principios o preceptos: los originarios o primarios y los subsiguientes o secundarios. Aquellos son los enunciados por la sindéresis, captados de manera inmediata en su verdad evidente, y expresan los fines primarios de la naturaleza humana. Además de esos preceptos, integran la ley natural los derivados o subsiguientes que la razón práctica deduce con mayor o menor facilidad, a modo de conclusiones próximas o alejadas, a partir de los primeros principios.

A los dos modos en que formalmente se constituye el derecho o lo justo —natural y positivo—, se sobreponen dos categorías paralelas: la ley natural jurídica y la ley humana o positiva. La ley natural comprende todos los preceptos morales o éticos, por lo que sólo un sector de ella es estrictamente jurídica, o sea aquel comprensivo de los débitos de justicia fundados en la naturaleza de las cosas. Es decir, que la ley natural jurídica refiere a los preceptos o normas que determinan lo justo o derecho o lo suyo natural, admitiendo aquélla el doble orden que hablamos de lo justo: originario y derivado, según las normas se capten inmediatamente en la lectura de las cosas o se deduzcan por la razón práctica computando las exigencias históricas.

(22) *Ibidem*, I-II, 94, 2.

(23) Hervada, Javier, *Introducción...*, *ob. cit.*, págs. 144 y sgtes.

Pero además del *iustum naturale* debemos aludir al derecho positivo o *iustum ex-condictio* determinado y mandado por vía de la autoridad o del acuerdo entre los hombres, y en cuanto a la denominación el mismo Aquinate precisa: "El Filósofo llama en forma conveniente (justo) legal, vale decir, puesto por la ley (humana) a lo que aquéllos (los juristas) denominan positivo" (24). Toda comunidad humana requiere imprescindiblemente de la existencia de leyes o normas jurídicas positivas (legales, consuetudinarias, jurisprudenciales o conmutativas), las que a partir de aquellos dictámenes y normas de lo justo natural contenidos en la ley natural, vayan determinado prudencialmente ciertas cosas como justas, historizando, garantizando o completando el derecho natural.

Lo justo o derecho, tiene siempre una regla o medida que recibe el nombre de norma jurídica. La ley, en la terminología tomista, y la norma, en una terminología actual, son preceptos o prescripciones que dicen y mandan dar o respetar lo suyo de cada uno, por eso Lachance partiendo de una afirmación de Santo Tomás de Aquino: *lex statuit ius* (la ley estatuye el derecho), concluye que "la ley (o norma) es causa del derecho" (25), y en similar orientación Graneris dice: "La ley jurídica (natural o positiva) es la fórmula con la que se expresa el *ius* (natural o positivo)" (26).

A los efectos de evitar confusiones, conviene recordar que el derecho es propiamente la conducta justa y no la ley, y ésta puede ser llamada derecho en sentido derivado, metonímico o por analogía de atribución. Explícitamente, Santo Tomás alerta contra el peligro de confusión entre ley y derecho, en los siguientes términos: "la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho" (27), y fiel a ese distingo Olgiati insiste: "la norma es madre del derecho, pero no es el derecho" (28).

De acuerdo a las enseñanzas del realismo jurídico, no puede identificarse ley o norma con el derecho, pero ello no implica des-

(24) Santo Tomás de Aquino, *Comentario al Libro V de la Etica a Nicomaco de Aristóteles*, lección 12.

(25) Lachance, Louis, *El concepto...*, *ob. cit.*, págs. 167 y sgtes.

(26) Graneris, Giuseppe, *Contribución Tomista...*, *ob. cit.*, pág. 68.

(27) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, 57,1.

(28) Olgiati, Francesco, *El concepto...*, *ob. cit.*, pág. 280.

cartar la importancia que cumplen la ley o normas iusnaturales o iuspositivas, pues son éstas las encargadas de indicar y ordenar que cada uno dé al otro lo suyo, y así “nadie puede pronunciarse sobre lo justo o lo injusto sin referirse a la ley, a la regla divina o humana, natural o positiva, escrita o consuetudinaria, la cual establece el derecho” (29). Si la ley no es el derecho “sino cierta razón del derecho” se deduce claramente que la ley injusta es sólo jurídica en su apariencia o forma extrínseca, pero carece de una juridicidad intrínseca y por ello Santo Tomás la llama “ley inicua”, “cierta violencia” o “corrupción de la ley”.

5. LO JUSTO GENERAL, DISTRIBUTIVO Y CONMUTATIVO.

La justicia como virtud o como cualidad del acto exterior, por el cual éste es justo, puede ser dividida en justicia o justo general y justicia o justo particular. Este último modo, tiene por objeto lo suyo de los miembros de la comunidad; y a tenor de ésta distinción según los destinatarios de los requerimientos, surgen las dos clases dicho tipo de justicia: la conmutativa y la distributiva. La justicia o lo justo particular conmutativo implica y exige que los cambios realizados entre los particulares se ajusten a una igualdad aritmética, de manera que exista una estricta igualdad entre la cosa dada y la cosa recibida, prescindiendo de los sujetos comprometidos en la relación, y sólo atendiendo a los objetos implicados en la misma. La justicia o lo justo particular distributivo tiene por función el orden de las relaciones del todo social para con los particulares, de manera que éstos reciban parte de los bienes comunes y cargas sociales, proporcionalmente a sus méritos, capacidades y necesidades; es por ello, que esta justicia la llama Aristóteles “geométrica”, dado que el justo medio es una proporción de las cosas a las personas.

Las dos clases de justo particular aludidas coinciden en que el término *ad quem* de ambas, es una persona singular. Pero di-

(29) Kalinowski, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 23.

fieren en cuanto que el requerido por la justicia en el caso de la distributiva es el "todo social", y en la conmutativa es una "parte" de ese todo; además, se distinguen en el modo en que se establece el justo medio: en la distributiva hay que atenerse a una medida proporcional, y en la conmutativa a una medida igual; y también difieren en cuanto la materia, mientras que la remota es similar: bienes y cargas, no coinciden en la materia próxima: las operaciones en la distributiva consisten en "repartir" y en la conmutativa en "intercambiar" (30).

Pasemos ahora a considerar a la justicia o lo justo general o legal, siendo su objeto el presidir el orden de las relaciones de los individuos para con el todo social, inclinando y moviendo a aquellos para que den a la comunidad lo que le deben en aras de la obtención o mantenimiento del bien común. Se comprende así, que a este tipo de de justicia arquitectónica de lo social, se la llame "justicia del bien común". Los deudores de lo justo general o legal, son los individuos y grupos sociales que deben igualar en sus operaciones y cosas lo suyo de la comunidad, se trata de débitos que pesan sobre los miembros de una comunidad política en orden y según la medida del bien común.

En cada una de las tres formas principales de justicia, aparece el hombre como su sujeto portador y realizador de ellas, pues no hay otra materia directa del derecho que conductas humanas exteriores. Sin embargo, el modo de ser requerido el individuo en cada caso varía: en la justicia conmutativa el sujeto portador es el individuo pero sólo considerado como parte contratante de otro individuo; en la distributiva el sujeto realizador es un hombre o varios hombres investidos de autoridad política, cualquiera sea la estructura concreta que asuma ésta; y en la justicia general, es ese mismo individuo de la justicia conmutativa pero en cuanto miembro de la comunidad política, o sea como ciudadano de un cierto Estado. La titularidad de lo suyo en las dos formas de lo justo particular, recae en un miembro de la comunidad, pesando

(30) Ver Pieper, Josef, *Justicia y Fortaleza*, Ed. Rialp, Madrid, 1968, pág. 78 y sgts.

el débito sobre otro miembro en la conmutativa y sobre el todo social en la distributiva. En lo justo general, el beneficiario de lo suyo es la comunidad, y el encargado de satisfacer el débito es cada uno de los miembros y grupos de la misma.

Conforme a lo señalado, se concluye que las tres estructuras básicas de la vida social son: las relaciones de los particulares entre sí (*ordo partium ad partes*); las relaciones del todo social para con los particulares (*ordo totius ad partes*), y las relaciones de los individuos para con el todo social (*ordo partium ad totum*); y a cada una de ellas corresponde las especies de justicia analizadas: conmutativa, distributiva y general, respectivamente. Para el realismo clásico todo orden jurídico —positivo o natural— desenvuelve y explicita la triple forma de lo justo aludida, y en la determinación de lo justo particular —de manera inmediata o mediata— está siempre presente lo justo general o el bien común ⁽³¹⁾.

6. LAS CAUSAS DEL DERECHO.

De acuerdo con Aristóteles, señala Santo Tomás de Aquino: “cada uno es tanto más sabio, cuanto más accede al conocimiento de la causa” ⁽³²⁾. La clave de la actividad científica, la brinda esa búsqueda de las causas, y la diferente naturaleza de éstas, determina la noción analógica de ciencia. Conocer científicamente, es conocer las cosas a la luz de sus causas, tanto en el orden predicamental —en las ciencias particulares—, como en el trascendental —en la metafísica— ⁽³³⁾.

Para aprehender en profundidad esa realidad cambiante que es el derecho; para no quedarnos en el *factum*, en la mera experiencia jurídica, y para alcanzar el *verum*, el concepto de juridicidad integral y exhaustiva, al *propter quid*, necesitaremos una expli-

⁽³¹⁾ Ver Soaje Ramos, Guido, *Sobre la politicidad del derecho*, en Boletín de Estudios Políticos, Nº 9, Mendoza, U.N.C., 1958.

⁽³²⁾ Santo Tomás de Aquino, *In I Metaph.*, lect. 1. Ver *Las Causas del Derecho*, de Rodolfo L. Vigo (h), Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1983.

⁽³³⁾ Sanguinetti, Juan José, *La filosofía de la ciencia según Santo Tomás*, EUNSA, Pamplona, 1977, pág. 25.

cación causal del derecho, la que nos posibilitará el “mejor” saber acerca de ese objeto. La pregunta científica por excelencia es el porqué, la pregunta causal ⁽³⁴⁾, pues según enseña el Estagirita: “no tenemos ciencia de una cosa sino cuando hemos conocido la causa” ⁽³⁵⁾.

Mientras que las causas intrínsecas o constitutivas (material y formal) de un ente, son los componentes o co-principios que lo constituyen esencialmente, las causas extrínsecas (ejemplar, eficiente y final) son realidades distintas de dicho ser que ejercen una influencia en su constitución o sobre su desarrollo.

La causa material: la materia capaz de recibir forma jurídica, lo constituye las conductas propiamente humanas (con discernimiento y libertad), exteriores, referidas a otro sujeto, y todo lo que aquellas conductas alcanzan.

La causa formal: aquello que constituye a lo jurídico como tal, consiste en esa igualdad que realizan las conductas humanas al darle al otro lo suyo o no privarlo de ello, débitos estos (jurídicos naturales o positivos) que a diferencia de los débitos morales pueden ser coerciblemente exigidos su cumplimiento.

La causa ejemplar: la ejemplaridad de lo justo satisfecho por una conducta, nos remite a las reglas o normas jurídicas —naturales o positivas, generales o particulares— encargadas de definir ese suyo de cada uno que las conductas deben satisfacer. Se incluye como causa ejemplar próxima, inmediata o individual, los juicios prudenciales que dirigen las conductas jurídicas que aquí y ahora efectúa el sujeto. En relación a aquellas normas y a manera de criterio general, puede decirse que las reglas iusnaturales son, las más de las veces, ejemplar remoto de la conducta jurídica y que las disposiciones iuspositivas son ejemplar más próximo, sin embargo en algunas situaciones puede funcionar la ley natural con el grado de ejemplaridad que le corresponde al ordenamiento posi-

(24) *Ibidem*, pág. 55.

(35) Aristóteles, *Segundos Analíticos*, I, 2, 71. 630.

vo, tales son los casos de normas positivas injustas, de ausencia de esas normas, o de rectificación de la ley positiva por la equidad.

La causa eficiente: dicha causa en el derecho son las reglas jurídicas —naturales y positivas, generales y particulares— que instan y presionan a los sujetos destinatarios de las mismas para que encarnen en sus conductas lo justo que han definido y mandado; pero además, es también causa eficiente próxima e inmediata del derecho el juicio prudencial y la voluntad que opera efectiva y realmente lo justo.

La causa fin: el mundo del derecho se inscribe en ese orden que deriva del bien común a cuyo servicio está, así en la determinación de un título jurídico deben computarse, de manera mediata o inmediata, los requerimientos del bien o perfección de la comunidad.

7. EL SABER JURIDICO.

La razón humana, funciona como teórica y como práctica. Es teórica cuando se propone simplemente conocer la verdad para contemplarla, cuando se aplica receptivamente a las cosas que se ofrece ante ella con la sola finalidad de la contemplación de lo real; como por ejemplo en las matemáticas, las ciencias experimentales como la química o la física, las ramas especulativas de la filosofía como la metafísica o la filosofía de la naturaleza, etc. La razón es práctica cuando la verdad es aprehendida para dirigir la acción del hombre, no se trata de contemplar lo real sino la transformación de lo real; como por ejemplo la filosofía moral, la filosofía del arte, la ciencia política, etc. ⁽³⁶⁾. Conviene insistir en que la razón humana es una sola, y que la verdad siempre es adecuación a lo real, por ello la verdad práctica es la misma verdad revelada en las cosas que se vuelca deóntica o normativamente; es decir, que el conocimiento práctico presupone el conocimiento teórico que

⁽³⁶⁾ Ver Massini, Carlos I., *El conocimiento práctico (Introducción a sus cuestiones fundamentales)*, en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, N° I, pág. 27 y siguientes.

lo funda y sobre el cual se apoya, la razón humana desde su uso especulativo o teórico se extiende con un uso práctico, es lo que Santo Tomás de Aquino tras las enseñanzas de Aristóteles afirma: "el intelecto teórico por extensión se hace práctico" (37).

Frente a la ruptura kantiana entre el conocimiento teórico y el conocimiento práctico, el realismo habla de la continuidad o correspondencia de ambos saberes. Lo que el hombre debe obrar o hacer, depende de lo que es, pues la razón no tendría posibilidad de dirigir la acción sin el aporte de la verdad develada en el ser, por eso Pieper destaca: "La razón en cuanto razón práctica, no se aplicaría al querer y al obrar, si no se aplicase antes y al mismo tiempo, en cuanto teoría a las cosas. La razón no podía ser imperativa y decisoria, si antes y al mismo tiempo no estuviese cognoscitivamente abierta al ser. Aquella no sería la medida del obrar, sino recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva... El imperativo se basa en el indicativo; éste es el que hace a aquél posible" (38). Centrando nuestra atención en el orden ético, señalemos que el objeto del conocimiento es el ente, el que visto en relación al entendimiento se presenta como verdad y medida del saber, y visto en relación a la perfección humana aparecerá como bien y objeto de la voluntad guiada y medida por el entendimiento práctico (39).

"No creo —afirma Leopoldo Eulogio Palacios— que pueda hallarse una división más radical, primitiva y general para separar, en dos hemisferios perfectamente delimitados, el saber poseído por el hombre, que la división del conocimiento humano en teórico y en práctico. Por eso es también la primera división en el ámbito de las ciencias..." (40). El realismo sostiene con firmeza que el saber jurídico corresponde al campo del saber práctico, es que el

(37) Santo Tomás de Aquino, *Comentario al libro de las Sentencias de Pedro Lombardo*, I, 79, II, sed contra.

(38) Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Ed. Rialp, Madrid, pág. 52.

(39) Ver Derisi, Octavio Nicolás, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, EDUCA, Bs. As., 1980.

(40) Palacios, Leopoldo Eulogio, *Filosofía del saber*, Ed. Credos, Madrid, 1962, pág. 157.

mismo se constituye en un modo de conocer la verdad en cuanto directiva de las conductas exteriores humanas desde una mayor o menor proximidad. El objeto del saber jurídico no es una esencia puramente especulable puesta en consideración para ser contemplada, sino que es un operable, o sea una conducta que exige ser rectificada por la justicia (41). A través de perspectivas diferentes, el saber jurídico se propone establecer reglas y medidas para el obrar, el conocer no se agota en el conocer, sino que se proyecta como "deber ser" de la conducta en orden a que ella dé o respete al otro lo suyo; por ello, en alusión a dicho saber, sostiene Fernández Sabaté: "si no nos suministra normas no cumple su finalidad" (42).

El saber acerca del derecho, admite distintos niveles o grados, éstos se extienden desde los primeros principios normativos del obrar humano jurídico, hasta el juicio de la razón práctico que ordena a la voluntad a realizar determinado acto justo. Conforme a las enseñanzas del realismo, es posible distinguir un triple orden en el saber práctico jurídico: el filosófico, el científico y el prudencial. Estos diferentes niveles coinciden en estudiar el obrar sobre lo justo desde la perspectiva de su operabilidad, pero mientras la filosofía del derecho busca la dilucidación de las causas primeras o finales (recordemos que en el orden práctico el principio tiene razón de fin) de esas conductas, la ciencia jurídica se preocupa de las causas segundas o próximas, y el saber prudencial versa sobre la dirección de la conducta humana justa aquí y ahora.

En el orden analizado de los grados del saber jurídico, puede comprobarse que el mismo va ganando singularidad a medida que nos acercamos al juicio prudencial, y consecuentemente perdiendo generalidad, de tal modo que en el mandato prudencial la singularidad es total. Además, puede verificarse una creciente practicidad del saber, alcanzando la practicidad plena en el juicio prudencial que impera una concreta e histórica operación. La singularidad del saber lo complica con vista a procurar la certeza del conocimiento,

(41) Ver Martinel Doral, José Mario, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, pág. 16.

(42) Fernández Sabaté, Edgardo, *Los grados del saber jurídico*, U.N.T., Tucumán, 1968, pág. 62.

aunque conviene tener presente que la certeza lograda en el orden práctico es probable y no logra la rigurosidad propia del saber especulativo, así lo pone de relieve Santo Tomás: "la razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos...; respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres ni, en aquellos en que lo es, es igualmente conocida" (43). Frente a esta caracterización del saber jurídico se derivan dos prevenciones: a) contra el deductivismo, que pretende construir una ciencia perfecta de espaldas a las exigencias reales contingentes; y b) contra los intentos de elaborar un conocimiento sobre las categorías y método de las ciencias especulativas.

Sostener la practicidad del saber jurídico trae aparejado consecuencias importantes en la actuación misma de los juristas, y centrando nuestra atención en la función judicial, podemos verificar cómo se proyectan a ese campo el modo de entender el derecho por parte del realismo y de la moderna concepción. Aristóteles describe al juez como una especie de justicia encarnada o viviente, su tarea propia era la de encontrar prudencialmente lo suyo de cada uno en el caso planteado, y en esa búsqueda no estaba sometido a un ordenamiento normativo jerárquico autosuficiente y pleno; es decir, que aquella función propia del juez es "procurar igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia... el juez restaura la igualdad" (44). En cambio para la concepción moderna, los jueces, al decir de Montesquieu, "no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma" (45), pues

(43) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, 70, 2. Ver de Kalinowski, Georges, *La razón práctica: sus conceptos, juicios y razonamientos*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Nº 17, Granada, 1977; y *El problema de la verdad en la moral y el derecho*, Bs. As., EUDEBA, 1979.

(44) Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, L.V., c. IV.

(45) Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, Ed. Claridad, Bs. As., 1977, pág. 194.

ción es —bajo la forma del ‘ser debido’, del ‘ser necesario’ y, por consiguiente, del ‘ser exigible por coacción’— la esencia del derecho” (49).

Todo el saber práctico tiene por objeto el bien del hombre, y dentro de ese saber la ética es la reina de las ciencias normativas, y esto vale, obviamente, también para el saber jurídico cuyo fundamento y finalidad es cierto bien humano, aun cuando el derecho lo procure limitadamente y con medios especiales. En efecto, no corresponde identificar derecho y moral, por el contrario, el realismo admite su distingo aunque su subordinación. El ámbito jurídico se reduce al bien debido al otro y por necesidad legal, y, en consecuencia, todo lo que exceda a las conductas interhumanas y a los débitos legales o estrictos no ingresa al mundo del derecho. La moral busca el acuerdo entre la conciencia subjetiva y la conducta exterior, y predomina aquélla frente a ésta; en cambio, el derecho sólo se interesa por la exterioridad de la acción. Mientras que la moral jamás recurre a la fuerza física, el derecho puede utilizar la coacción. El derecho fuera de la moral y sin vinculación, a ella queda reducido a la fuerza y a la arbitrariedad.

En definitiva, la realidad jurídica está transida de moralidad desde el momento que ella se inserta en el obrar social que se dirige directa o indirectamente al bien de la comunidad política, o sea al “buen vivir” de los ciudadanos.

9. LOS PRESUPUESTOS FILOSOFICOS DEL REALISMO JURIDICO CLASICO.

Toda concepción acerca del derecho, responde explícitamente a un determinado sistema filosófico. Resulta filosóficamente imposible fundamentar y conceptualizar coherentemente lo jurídico, si se carece de posición acerca del “ser”, sobre la posibilidad y alcance del conocer, y respecto a lo qué es el hombre. El tema metafísico, el gnoseológico y el antropológico subyace en lo que se diga o deje de decir acerca del derecho, y así, con incuestionable armonía, la

(49) Rommen, Enrique, *Derecho Natural*, Ed. Jus, México, 1950, pág. 170.

iusfilosofía realista se funda en una filosofía realista, de modo tal, que la comprensión plena de aquélla exige conocer las soluciones metafísica, gnoseológica y antropológica que la posibilitan y fundan.

9.1. Metafísica.

Partiendo de Aristóteles, el Aquinate declara: “lo que el entendimiento concibe ante todo, como la cosa más conocida, aquello a lo que reduce todos sus conceptos, es el ser” (50), y será, precisamente, tarea de la filosofía primera o metafísica, el estudiar el ser en cuanto ser. Mientras las ciencias estudian lo que es, lo que tiene ser, en cuanto que “es” un determinado tipo de ente, la metafísica se encarga de analizar los entes en cuanto antes, o sea, se abocará a las cosas que tienen ser desde la perspectiva de la “entidad” o “carácter de ser” que todos los entes tienen, aunque cada cual a su modo y manera. El punto de vista propio de la metafísica, consiste en dirigirse a los entes pero en cuanto tienen ser, o sea en cuanto entes.

Todo el pensamiento de Santo Tomás aparece anclado en una sólida metafísica, por eso una de las puertas maestras para penetrar en esa filosofía realista la constituye su afirmación: “El ser es lo primero que conocemos” (51), respecto a la cual señala Rassam “Esta sencilla afirmación contiene toda la filosofía de Santo Tomás, desde el análisis de la realidad concreta hasta las pruebas de la existencia de Dios” (52).

El ser particular o ente (*ens*), está constituido por su esencia (*essentia*) y el ser (*esse*), la esencia señala lo que el ente es: árbol, perro, hombre, derecho, etcétera, y el “ser” o “acto de ser” (*esse* o *actus essendi*) posibilita que el ente aparezca y se manifieste. El ente es el resultado de una esencia actualizada por el *esse*, la consecuencia de la especificación del *actus essendi* por la *essentia*.

(50) Santo Tomás de Aquino, *De Veritate*, I, 1.

(51) Santo Tomás de Aquino, *In I Metaph*, 2 y *S. Th*, 1, q. 5, a. 2.

(52) Rassam, Joseph, *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Ed. Rialp, Madrid, 1980, pág. 71.

“Toda cosa es por el hecho de que tiene ser” (53) enseña el Aquinatc, el *esse* o acto de ser permite que la cosa exista, perfeccionando y culminando la esencia. El objeto material de la metafísica es “todo”, es que todas las cosas son entes, es decir tienen ser; pero la metafísica persigue el conocimiento de las cosas atendiendo a lo más actual, al acto de ser (54).

La inteligencia humana está capacitada para saber lo que los entes son, es decir, puede aprehender sus respectivas esencias. Si bien todos los entes coinciden en el *esse*, o sea en ser, se diferencian en el modo de ser, según está señalado en sus correspondientes esencias. No encontramos a los entes constituidos de *essentia* y *esse* de idéntica manera, ni tampoco de manera totalmente distinta, pues según la metafísica realista, el ente se predica de todas las realidades aunque no de un modo unívoco o equívoco, sino análogo.

La metafísica se interesa por el ser mismo de los entes, se ocupa del ente en cuanto ente. Las ciencias y filosofías particulares se ocupan también de entes, pero según alguna modalidad determinada, por eso ellas clavan sus raíces en la metafísica, dado que el objeto de ésta es el ente común al que todas las ciencias aluden materialmente hablando y del que todas difieren en el orden formal (55). Todo ente real, de existencia actual o posible, al que podemos llegar a conocer, se encuentra comprendido en aquel “ente común” que estudia la metafísica, por eso los conceptos y principios dilucidados por ésta se aplican a toda realidad, a todo ser, atento a que son inmanentes al ser en cuanto ser.

Toda ciencia es “participadamente metafísica”, según la feliz expresión de Sanguinetti (56), dado que se encuentra sometida a los atributos y principios del ser como tal, y todo saber es sobre el ente o algún tipo de entes. El saber jurídico estudiará su objeto real desde su propio punto de vista, pero en cuanto realidad lo

(53) Santo Tomás de Aquino, *Suma Gent*, I, c. 22.

(54) Gómez Pérez, Rafael, *Introducción a la metafísica*, Rialp, Madrid, 1981, pág. 28 y sgtes.

(55) González Álvarez, Angel, *Tratado de Metafísica*, Ed. Gredos, Madrid, 1961, pág. 17 y sgtes.

(56) Sanguinetti, Juan José, *La filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 77.

estudiará en nombre de los atributos y leyes del ser en cuanto ser, es decir, que para conocer con veracidad y en toda su profundidad lo jurídico es necesario contar con la luz de la metafísica.

Olgiati aludiendo a esa íntima vinculación entre la metafísica y el saber jurídico concluye: "No sólo vamos a comprobar ahora que la metafísica del ser nos permite la justificación filosófica del concepto de derecho, sino que desde este momento hemos de añadir que sólo el concepto de ente en cuanto ente puede servir para llegar a dicha meta" (57). Para la aprehensión de la esencia del derecho, aquello que explica y proporciona la juridicidad a los hechos, corresponde partir de la experiencia, al igual que todo conocimiento, pero es necesario trascenderla hasta aquello que da justificación racional y valor al hecho. El derecho como ente no escapa a las leyes del ente en cuanto ente, y sólo desde este sometimiento al ser y a su metafísica, es posible intentar captar lo que es objetivamente el derecho, y "quien excluya del pensar científico el orden metafísico... no tendrá lógicamente otro recurso que adoptar la pura doctrina jurídica de Kelsen" (58).

9.2. Gnoseología o Crítica del Conocimiento.

Particularmente Gilson ha insistido en la irreductibilidad entre el realismo y el idealismo (59). Para el primero, el ser concreto, el *actus essendi* especificado por una naturaleza sensible, es el primer objeto que se ofrece al entendimiento; todo lo que concebimos, lo aprehendemos como una cosa que es o puede ser. El primer principio del que irremediamente parte todo conocimiento, cualquiera sea su nivel de abstracción y objeto, es la evidencia de la cosa sensible y visible. El idealismo, por el contrario, somete el ser al pensar, el ser de las cosas es el ser percibido, la medida de las cosas las pone totalmente el sujeto y no las encuentra en las cosas.

(57) Olgiati, Francesco, *El concepto...*, *ob. cit.*, pág. 108.

(58) Utz, Arthur Fridolin, *Ética Social*, Ed. Herder, Barcelona, 1965, pág. 64.

(59) Gilson, Etienne, *El realismo metódico*, Ed. Rialp, Madrid, 1963.

Spinoza con razón afirmaba: “Los escolásticos parten de las cosas; Descartes parte del pensamiento; yo, de Dios”. En efecto, el método realista afirma que el objeto propio del entendimiento del que parte, es una naturaleza situada en una existencia que no es la del entendimiento, sino es el *ens* de una naturaleza material; sólo secundariamente es, a su vez, conocido el acto por el cual se conoce el objeto; y finalmente, a través del acto es conocido el entendimiento mismo.

La inteligencia humana está constitutivamente determinada a conformarse al ser. El realismo, contra el idealismo, sostiene la evidencia de la realidad del mundo exterior como algo distinto del sujeto cognoscente. El entendimiento tiende naturalmente hacia los entes distintos de él para apropiárselos inmaterialmente, pero para poder cumplir con tal propósito requiere de las aprehensiones sensibles. De manera terminante, afirma Santo Tomás: “toda nuestra ciencia se origina en los sentidos” (60), y si bien para el realismo el conocimiento comienza en los sentidos, ese conocimiento sensible se hará conocimiento intelectual por obra de la inteligencia o razón. Para el empirismo, el conocimiento empieza y termina en los sentidos; para el racionalismo, empieza y termina en la razón; y para el realismo, empieza en los sentidos y termina en la razón.

El hombre cognoscitivamente se pone en contacto con el objeto individual del mundo exterior, a través de los sentidos, éstos captan de dichos entes sus diferentes accidentes sensibles: color, sonido, forma exterior, resistencia, sabor, etcétera. El conocimiento intelectual consiste primariamente en aprehender lo que la cosa es, obteniendo el concepto universal que expresa la esencia de la misma, y para cumplir la facultad intelectual con esa misión parte de las imágenes sensibles concretas de los entes que tienen realizadas en sí, pero materializadas e individuadas, esas esencias. La intelección es el acto por el que la inteligencia conoce su objeto, lo inteligible, o sea *intus - legibile* = lo legible - dentro, penetrando en los entes a efectos de develar su quiddidad, lo que constituye a cada ser en su especie, dejando de lado aquello que los individualiza.

(60) Santo Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 10, a. 6.

El estudio del concepto lleva naturalmente al del juicio. No conocemos esencias, sino seres reales en donde verificamos los dos aspectos que constituyen lo real: el esencial y el existencial. En el juicio, la inteligencia refiere sus contenidos a la percepción sensorial de donde los ha extraído, llega a la realidad misma, de la que el concepto sólo nos da aspectos esenciales. En el acto intelectual del juicio se unen, afirmando, o separa, negando, conceptos entre sí, y se restablece así la unidad existencial rota por la abstracción conceptualizante. Es por todo ello, que es en el juicio donde la inteligencia capta lo real, afirmando o negando lo que es y lo que no es (⁶¹).

La tercera y última operación que realiza el entendimiento es el razonamiento por el que de una verdad conocida se saca otra, o sea se establece un nexo entre varios juicios, y ello puede ocurrir de manera deductiva o inductiva. El raciocinio supone partir de dos o más juicios de los que se obtiene uno nuevo, que sólo virtualmente estaba en aquellos.

Santo Tomás precisa que el "fin u oficio de la filosofía no consiste en saber qué han pensado los hombres, sino cuál es la verdad de las cosas" (⁶²), y es tarea de la inteligencia humana descubrir lo que las cosas son y el orden de las cosas. La verdad está como propiedad de todo ente, y es por ello, que todo lo que es resulta inteligible, pero además de esa verdad ontológica nos encontramos con la llamada verdad lógica, la del conocimiento, en cuanto alcanza la adecuación del entendimiento con la cosa por él aprehendida. En la verdad se produce una identificación entre lo entendido y el entendimiento, de manera que se hacen intencionalmente una misma cosa. El entendimiento está potenciado para hacerse o conformarse, mediante las intelecciones respectivas, a lo que las diferentes cosas inteligibles son. "El pensamiento... no puede

(⁶¹) Ver Gilson, Etienne, *El ser y los filósofos*, EUNSA, Pamplona, 1979, págs. 281 y sgtes.; y Derisi, Octavio Nicolás, *Santo Tomás de Aquino y la filosofía actual*, Universidad Católica, Bs. As., 1975, págs. 84 y sgtes; Casaubon, Juan A., *La actividad cognoscitiva del hombre*, Ed. Ariel, Bs. As., 1981.

(⁶²) Santo Tomás de Aquino, *In II Metaphys*, lect, 1, n. 273.

conocerse ni interpretarse sino en función del ser, ni tiene sentido sino por él, y en él encuentra su forma, su objeto, su fin" (63).

El realismo enseña que aquello que abstraemos por medio de nuestros conceptos o ideas está en el entendimiento en un estado de universalidad, pero está en un estado de individualidad en los objetos de la realidad exterior, así por ejemplo: hay en la realidad una naturaleza humana que se encuentra en Juan, Pedro, etcétera, pero sólo en el entendimiento es propiamente universal, dado que fuera del mismo no existe sino en esos sujetos individuales e identificada con cada uno de ellas, y no en sí misma, separada de esos seres. La universalidad del concepto abstraído de lo individual, posee la capacidad de poder aplicarse no sólo al individuo en el que ha sido hallado, sino en cualquier otro sujeto que posea los mismos rasgos esenciales que él expresa.

9.3. Antropología.

El hombre, en la filosofía de Santo Tomás, es el centro y culminación de la realidad natural, y así llega a decir: "La persona es lo más perfecto que existe en la naturaleza entera", y siguiendo la definición de Boccio la define: "sustancia individual de naturaleza racional". La persona humana, es un ser que existe en sí mismo y no en otro ni con otro, constituyendo una unidad existencial indivisa distinta dentro de su especie, pero que cuenta con una naturaleza esencial común a su especie que es la raíz de sus propiedades y de su actividad, brindándole su racionalidad la diferencia específica dentro del género animal.

En la antropología tomista, el hombre es unión sustancial de cuerpo y alma, de ese modo por razón de su cuerpo coincide con los seres materiales y pertenece al mundo sensible, pero por su alma integra el mundo espiritual. El alma, creada por Dios, está destinada a unirse como forma sustancial a un cuerpo para constituir

(63) Finance, Joseph de, *Consentimiento del ser*, Ed. Crecos, Madrid, 1971, pág. 23; Ponferrada, Gustavo Eloy, *Introducción al Tomismo*, EUDEBA, Buenos Aires, 1970, págs. 155 y 162.

un individuo humano, y siendo la forma de esa materia está dando su determinación esencial todo el compuesto, y el alma está toda en todo y en cada parte del cuerpo (64). El alma humana aunque puede subsistir independientemente del cuerpo por su simpleza y espiritualidad, ella requiere del mismo para constituir la persona humana, resultando ésta más digna y completa que el alma.

Del alma espiritual humana procede la vida espiritual intelectual y volitiva, y de ella, junto con el cuerpo, procede la vida fisiológica y sensitiva. Por su inteligencia la persona, y partiendo del conocimiento aportado por los sentidos, puede descubrir y aprehender lo que son las cosas, el orden inscripto en las mismas, penetrar en la estructura esencial e inteligible de los entes. Así como a la percepción sensorial sigue el apetito sensitivo de lo agradable fácilmente obtenible (apetito concupiscible) o difícil de obtener (apetito irascible), al conocimiento intelectual sigue el querer, lo aprehendido como bueno, y es la voluntad la facultad de querer y de obrar propia del hombre. Desde el juicio directivo de la inteligencia, la voluntad ejerce el autodomínio de sus actos; pues, la libertad humana en cuanto capacidad de preferir una u otra cosa, se explica desde la naturaleza racional del hombre, es que la voluntad elige entre los objetos que el entendimiento le propone como buenos, y no se ve arrastrada a ninguno de ellos en virtud de que no está frente al Bien supremo y absoluto, sino que se trata de bienes incompletos e imperfectos.

Mediante sus facultades espirituales la persona es dueña de su propia actividad, y es responsable de ir logrando su perfección o actualización de sus potencialidades. Mientras los seres irracionales tienden a su perfección de un modo necesario, la persona humana debe hacerlo libremente cumpliendo con aquellas exigencias que inscriptas en su propio ser lo conducen a su fin, bien o plenificación. Conforme a su vida espiritual —intelectiva y volitiva— el hombre despliega sus capacidades en el orden de su actividad contemplativa o teórica de la Teología, Filosofía y ciencias particu-

(64) Verneausc, Roger, *Filosofía del hombre*, Ed. Herder, Barcelona, 1967, págs. 215 y sgtes.

lares, las cuales lo enriquecen intencionalmente con la posesión del ser o verdad de las cosas y de Dios y de sí mismo; y en el orden de su actividad práctica por la que: a) enriquece el ser o bien de las cosas con su actividad técnico-artística, acrecentándola en su utilidad y belleza, y b) perfecciona el ser o bien de su propia actividad espiritual y libre, con su actuación moral (65).

- El hombre no puede realizarse sino en sociedad, y esta necesidad de convivencia activa surge, para Santo Tomás, tanto de las imperfecciones como de las perfecciones de su ser: por una parte es el más desprovisto de los animales, necesitado del cuidado más prolijo y prolongado desde el momento de su nacimiento hasta su adultez, por otra, sus perfecciones intelectivas y volitivas necesitan de los demás para volcar en ellos su conocimiento y su amor (66). La perfección del hombre implica satisfacer los diferentes débitos para con Dios, para consigo mismo y para con sus semejantes, y de ese modo la responsabilidad de la persona no se agota en su bien personal sino que se extiende al bien comunitario. La perfección de la vida social alude a ese bien común, y de los distintos modos del bien común, nos interesa destacar, con vista al derecho, el fin de la sociedad política, o sea el bien común político (67).

El mundo ha sido creado por Dios para el hombre, y es tarea de éste someterlo para hacerlo servir a la perfección plena. El hombre es imagen de Dios, y esta afirmación tan cara a la antropología tomista, se verifica por su inteligencia y por su voluntad constitutivamente dispuestas a perseguir el Ser, Verdad y Bondad infinitos de Dios. El hombre creado por Dios para la felicidad plena de la visión beatífica, debe dirigir sus pasos hacia El en donde alcanzará la plenitud de su *imago Dei*.

(65) Derisi, Octavio Nicolás, *Filosofía de la Cultura y de los Valores*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1962, págs. 31 y sgtes.

(66) Gallegos Rocafull, José M., *El orden Social según la doctrina de Santo Tomás de Aquino*, Ed. Jus, México, 1947, págs. 81 y sgtes.

(67) Sobre el bien común ver: Ramírez Santiago, *Pueblo y Gobernantes al servicio del Bien Común*, Euramérica, Madrid, 1956; Messener, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, Euramérica, Madrid, 1959; Cardona, Carlos, *La metafísica del bien común*, Ed. Rialp, Madrid, 1966 y Prudentia Iuris, I-III, Bs. As., 1981.

Toda esa visión privilegiada del hombre que Santo Tomás describe racionalmente y funda teológicamente, caracterizada por su visión realista, integral, teleológica y jerarquizada de lo humano, sufrirá por vía de las distintas escuelas de la filosofía moderna diferentes cercenamientos. El nominalismo perderá la naturaleza humana; Descartes se quedará con un sujeto pensante sin cuerpo; Comte reducirá lo humano a hechos explicados sólo por la ciencia experimental; el marxismo materialista extinguirá la dimensión espiritual de la persona humana, etcétera; y así esas descripciones unilaterales y parciales del hombre, lo condenarán a un existir incompleto, y, en consecuencia, inhumano y cargado de "angustia".

II. DESDE LA FILOSOFIA MODERNA A LA CIENCIA JURIDICA MODERNA

En esta segunda parte de la presente obra nos proponemos aludir a los principales pensadores que desde el campo estrictamente filosófico o iusfilosófico irán disolviendo la metafísica y ética realista, y construyendo o posibilitando la construcción de la ciencia jurídica que a partir del siglo XIX imperará pacíficamente en la mente de los juristas occidentales.

1. PRECURSORES DE LA FILOSOFIA MODERNA

Si bien la filosofía moderna se constituye propiamente con Descartes, es indudable que éste no es un fenómeno que aparezca bruscamente en la historia de la Filosofía. Además de las razones externas que motivaran la sustitución de la metafísica de base aristotélica, existieron factores internos al propio escolasticismo que contribuyeron a su desintegración ⁽⁶⁸⁾.

El siglo XIV es sin duda un siglo de grandes conflictos y en esa crisis generalizada comienza a germinarse un nuevo modo de entender la vida y el mundo. Los pueblos se convierten en naciones, los reyes enfrentan al pontífice, los parlamentos a los reyes, los concilios a los Papas, y las Universidades sumidas en un arrollador

⁽⁶⁸⁾ Ver Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, Emecé Editores, Bs. As., 1967, págs. 3 y sigtes., y Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, II b, BAC, 1975, pág. 536.

nominalismo —especialmente la religiosa de París— padecen una profunda crisis (69). Si bien el nominalismo en un sentido estricto se caracteriza por desconocer el valor objeto de los conceptos de la inteligencia, Fraile en su *Historia de la Filosofía* afirma que el nominalismo, que se desarrollará por espacio de dos siglos en Europa, es sobre todo un espíritu indefinido cuyo signo principal es la actitud crítica, escéptica, negativa y demoleadora que se extiende a distintas manifestaciones del pensar y obra humano (70).

Los pensadores del siglo XIV tienen conciencia de establecer una nueva vía en el tratamiento de los distintos problemas filosóficos a la que llamarán “moderna” para oponerla a la “vía antigua”. Entre aquellos pensadores “modernos” corresponde destacar a Guillermo de Ockhan (1300-1350). Este franciscano formado en Oxford, y que refugiado en la Corte de Luis de Baviera enfrentará al Pontífice, acentuará la separación entre filosofía y teología: el orden de las verdades reveladas es inaccesible a la razón y sólo se admite por la fe; y con la negación de la teología racional comienza a desmembrarse la unidad del saber que había alcanzado su mayor armonía en Santo Tomás de Aquino. Aparte, Ockhan asumirá una postura combativa contra la escolástica y su ontología se fundará en admitir la sola existencia de los individuos particulares, los que se caracterizarán por su unidad indivisible y compacta sin reconocer distinciones ni divisiones internas. El conocimiento y la ciencia son de lo singular, la fuente del conocimiento y el conocimiento perfecto es el que brinda la experiencia sensible e individual. En el nominalismo a ultranza del llamado *venerabilis inceptor* los conceptos universales no son más que símbolos o etiquetas por los cuales la inteligencia agrupa y clasifica los objetos individuales, pero carecen de contenido ontológico.

El escepticismo racional conduce a Ockhan, al voluntarismo moral, es Dios el que decreta con total libertad lo que es bueno

(69) Caturelli, Alberto, *La Filosofía Medieval*, Universidad Nacional de Córdoba, 1972, págs. 334 y sigtes.

(70) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, BAC, Madrid, 1975, T. II b, págs. 537 y sigtes.

y malo, la voluntad divina podría haber ordenado que lo odiamos y eso sería bueno. Al negarse la representación intelectual del bien, la voluntad humana queda desprovista de fin y en consecuencia se autodetermina arbitrariamente.

El nominalismo y empirismo de Ockhan mina las bases mismas de la metafísica clásica; y así la ciencia queda desprovista del valor metafísico del principio de causa. Pues, del conocimiento de un fenómeno dado no se puede concluir el conocimiento de otro fenómeno llamado causa y que establece con el efecto una relación real, respecto de las cosas "la relación no es cosa distinta de ellas" (71). En la realidad sólo existe el singular y esto es lo único que puede conocerse.

Acertadamente Caturelli concluye que en el sistema ocamista anidan las dos corrientes futuras predominantemente del pensamiento occidental: el empirismo y el idealismo; atento a que por un lado admite como origen de todo conocimiento la noticia intuitiva y ésta es necesariamente empírica, y por el otro, para Ockhan los universales solamente tienen existencia mental sin ninguna referencia a la realidad extramental (72).

Pero si Ockhan es importante para el campo filosófico lo es en grado sumo para el campo del derecho. Villey (73) se ha encargado de estudiar y demostrar que fue Ockhan el primero que planteará claramente la noción moderna de derecho subjetivo; éste ya no indica el bien que nos toca según la justicia sino el poder que se tiene sobre un bien. Expresamente en su *Opus nonaginata dierum*, Ockhan afirma: "Dominio, en la ciencia legal, se toma por cierto poder especial de indicar y defender, tener y disponer de cosa temporal... Poder lícito de usar de un bien extrínseco, del que nadie debe ser privado contra su voluntad si no existe culpa o causa razonable, con facultad, si lo fuere, de defenderlo en juicio" (74). La "vía moderna" de plantear y resolver los proble-

(71) Caturelli, Alberto, *La Filosofía Medieval*, ob. cit., pág. 343.

(72) *Ibidem*, pág. 347.

(73) Ver Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

(74) De Ockhan, Guillermo, *Opus nonaginata dierum*, Ed. Trechsel, Lyon, 1495. Trad. de Avelino Folgado. 1960, 2, 8/10 y 2, 4/5.

mas filosóficos llevará al *venerabilis inceptor* a romper con la concepción "antigua" del derecho como la *res iusta*.

En definitiva, los siglos XIV y XV serán ganados por el movimiento nominalista, más allá de las excepciones de otras corrientes filosóficas que pueden encontrarse.

En este tránsito a Descartes y a la filosofía moderna, debemos recordar la reforma protestante cuyas consecuencias exceden ampliamente el campo religioso y teológico. Con Lutero (1483-1546) y Calvino (1509-1564) la razón y la fe terminan enfrentadas y no sólo separadas; la exigencia de "libre examen" es una confirmación del subjetivismo, y la pecaminosidad constitutiva del hombre luterano proscribía la razón. Lutero, formado en el nominalismo, incurrió en un individualismo extremo y su profundo antiintelectualismo lo lleva a combatir a las ciencias especulativas, a Santo Tomás y al Estagirita de quien llega a decir que es un filósofo rancio, "un pillo digno de ser encerrado en el chiquero o en el establo de los asnos" (75).

En el orden de las ciencias sociales, la política se erige con Maquiavelo (1467-1527) en una ciencia independiente de la ética y al servicio del poder, siguiendo en opinión de Beneyto una "tendencia empíricomatemática" (76).

En los siglos XVI y principalmente XVII asistimos al formidable nacimiento y expansión de la moderna física y matemática que alterarán de un modo definido el concepto tradicional de ciencia acuñado por Aristóteles, y al respecto son hitos fundamentales de esa nueva concepción: Nicolás Copérnico (1473-1543), Francisco Bacon (1561-1626), Pedro Gassendi (1592-1655), Juan Kepler (1571-1630), Galileo Galilei (1564-1642) e Isaac Newton (1642-1727).

En el prólogo a la *Historia de la Filosofía Moderna*, Gilson llega a plantear que los comienzos de la misma pueden personali-

(75) Citado por Maritain, Jacques, *Tres Reformadores*, Ed. Difusión, Buenos Aires, 1968, pág. 41.

(76) Beneyto Pérez, Juan, *Historia de las Doctrinas Políticas*. Ed. Aguilar. Madrid, 1958, pág. 242.

zarse en Francisco Bacon y Rene Descartes, "el primero es el heraldo del nuevo ideal que propicia una concepción científica del Universo basada en la observación y el razonamiento experimental; y Descartes es el profeta de la ciencia moderna en cuanto que ésta ha intentado asumir la forma de conocimiento matemático no sólo en la física y la biología, sino también en la metafísica" (77).

El propósito que se fija Bacon es sustituir el Organon aristotélico absolutamente impotente para contribuir al desarrollo, por el *Novum Organum* que precisaría el nuevo método de la ciencia fundado en la observación, la experiencia y la inducción. A los fines señalados, brinda una descripción de las diferentes ciencias fundándose no ya en el objeto sino en las facultades cognoscitivas humanas; memoria, imaginación y razón, a las que corresponden la Historia, la Poesía y la Filosofía. Esta última se divide en divina o teología, natural y humana. La Filosofía natural comprende la metafísica y la física; la primera tiene por objeto el estudio de lo abstracto y permanente, o sea de las causas formal y final, y la física versa sobre la causa eficiente y material. Las matemáticas constituyen una rama especial de la Metafísica. Las distintas ciencias mencionadas son especulativas o teóricas dado que se ocupan de la investigación de las causas, pero cada una de aquellas tiene como actualizadora a su correspondiente ciencia operativa o práctica que refieren a la producción de los efectos. El cuadro de la división de la Filosofía se completa con la humana que abarca las ciencias que se ocupan del estudio del cuerpo del hombre, y por otro lado las preocupadas por el espíritu, divididas a su vez según las funciones del alma en racionales y morales. La lógica o de las facultades humanas racionales, se diversifica en las cuatro artes intelectuales: de inventar, de juzgar, de retener y de entregar. El cuadro baconiano de las ciencias se completa con las que se destinan a conocer al hombre como animal social, es decir el arte de conversar, de negociar y de gobernar.

De la permenorizada clasificación de las ciencias llevada a cabo por Bacon, nos parece oportuno señalar que si bien conserva

(77) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pg. XIV.

gran parte del lenguaje filosófico tradicional los significados han cambiado notablemente. La metafísica baconiana poco tiene que ver con la aristotélica, y la noción de "forma" empleada por Bacon, que no alcanza en ningún momento claridad, tiene más afinidad con las leyes generales de la física que con las "formas" esenciales del Estagirita. Las causas finales sirven para admirar la sabiduría de Dios pero resultan estériles a los efectos de conocer la naturaleza de las cosas, son al decir de Bacon "como una virgen consagrada a Dios, que no pare nada" (76).

Para poder avanzar en la conquista del nuevo método para la ciencia, exige Bacon desembarazarse de los "ídolos" o *idola* falsos que son causa de los errores. Los "ídolos de la tribu" (*idola tribus*) son los más generalizados y comunes a los hombres, y proceden de la misma naturaleza humana débil e insuficiente. Los "ídolos de la caverna" (*idola specus*) ocasionados por el temperamento, características y disposiciones subjetivas de cada uno. Los "ídolos de la calle" (*idola fori*) provienen de las relaciones sociales y del lenguaje utilizado en las mismas, pues la mayoría de las controversias versan sobre palabras. Finalmente, los "ídolos del teatro" (*idola theatri*) generados por las falsas filosofías tradicionales que son tres: la sofística, que parte de unos pocos hechos y extrae deducciones y consecuencias, el principal ejemplo de este error es Aristóteles; la empírica que deducen toda una filosofía desde un número reducido de experimentos; y la filosofía supersticiosa que es la más extendida y perjudicial de todas; caracterizada por su mezcla con la teología y la superstición.

El legado más importante del sistema baconiano para la ciencia moderna es haber puesto el problema del método como prioritario y fundamental, y en insistir en la necesidad de observar y experimentar. La ciencia de Bacon tiene asignado un fin práctico: conseguir inventos que perfeccionen la vida humana; y en la ciudad utópica, que llamará *La Nueva Atlántida*, las casas estarían mecanizadas y dotadas con "toda clase de artefactos y maquinarias

(76) Citado por Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, III, BAC, 1975. pág. 269.

para facilitar toda clase de movimientos" (79), y dicha ciudad contaría con dos museos para albergar en uno los inventos más valiosos y para recordar en el otro a los principales inventores.

Para Amerio, el primer científico y epistemólogo en sentido moderno es Galileo (80). La filosofía y la ciencia en el sistema galileano resultan nítidamente distinguidas, mientras que aquella busca explicaciones, esencias y cualidades, la ciencia describe la experiencia en sus aspectos cuantitativos con la finalidad de encontrar leyes. El objeto de la ciencia de Galileo es la ley, o sea representar matemáticamente las relaciones constantes entre fenómenos. El método galileano se completa con la verificación de la ley, forzando la naturaleza a hablar. La naturaleza es el dominio de las matemáticas: "La filosofía se halla escrita en el gran libro que está siempre abierto ante nuestros ojos —quiere decir, el universo—; pero no podemos entenderlo si antes no aprendemos la lengua y los signos en que está escrito. Este libro está escrito en lenguaje matemático, y los símbolos son triángulos, círculos u otras figuras geométricas, sin cuya ayuda es imposible comprender una sola palabra de él y se anda perdido por un oscuro laberinto" (81).

Será Newton el encargado de completar la moderna noción de ciencia lo que constituye "el hecho más revolucionario de todo este período" (82). Esta nueva física impregnada de una beligerante actitud antiaristotélica terminará absorbiendo a la metafísica; la categoría fundamental, absoluta y única del ser será la cantidad, el concepto de sustancia será sustituido por el de función, y el universo se explicará de manera mecanicista.

Antes de Descartes tenemos que decir dos palabras del llamado renacimiento español o segunda escolástica. Esta escuela es particularmente importante por la adaptación que formula del sistema

(79) Citado por Gilson, Etienne - Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 50.

(80) Fabro, Cornelio, *Historia de la Filosofía*, Ed. Rialp, Madrid, 1965, T. II, pág. 23.

(81) Citado por Burt, Edwin Arthur, *Los fundamentos metafísicos de la Ciencia Moderna*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1960, pág. 80.

(82) Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, Ed. Herder, Barcelona, 1958, pág. 393.

tomista a las características culturales de su tiempo, y además, porque realiza aportes en el campo jurídico que se proyectarán al futuro. Francisco de Vitoria (1486-1546) establecerá las bases del Derecho Internacional Público; Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) definirá el derecho natural desde la perspectiva del nominalismo de Ockham; y Gabriel Vázquez (1551-1604) privará al derecho natural de una clara base teonómica⁽⁸³⁾. En general para esta escuela el Derecho Natural se extiende más allá de los *prima principia communissima* que lo había dejado Santo Tomás, conformándolo en un sistema más detallado diferenciado por niveles.

De todos los autores que comprende la heterogénea Escolástica española, nos interesa principalmente el jesuita Francisco Suárez (1548-1617) y si bien en su filosofía hay concesiones a las nuevas corrientes que sería importante considerar, estimamos que a los fines del presente trabajo se destacan sus formulaciones jurídicas. En este terreno, al estudiar Suárez los distintos analogados del derecho, bajo el inequívoco título de *Significado propio de la palabra derecho*, analiza al “derecho subjetivo”, destacando que “Según el último y más estricto significado de derecho, con toda propiedad suele llamarse derecho al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe”⁽⁸⁴⁾. Además, el autor de *De Legibus* en la definición de la ley trasunta igualmente los puntos de vista de su tiempo, dejando de lado su carácter de ordenación racional y caracterizándola por el *imperium* de la voluntad⁽⁸⁵⁾.

(83) Ver Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, págs. 92 a 98.

(84) Suárez, Francisco, *De Legibus*, I, II, 5, 1 (en lugar de la definición tomista: “ordenación racional dirigida al bien común, promulgada por la autoridad que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” —*Suma Teológica*, I-II c. 90, a 4—; propone: “precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado”).

(85) Ver *Ibidem* I, II, 4, 5 y Vicent, André, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Ed. Chersi, Bs. As., 1978; Massini, Carlos I., *Sobre la definición del derecho de Francisco Suárez*, en cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo, Nº 12, 1975; y Folgado, Avelino, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, en Anuario Jurídico Curialense, Nº 1, 1960, Madrid.

Repitamos con Urbanoz: "El declive de la metafísica... comienza con el surgir del movimiento empirista apoyado en el nominalismo de Occam" ⁽⁸⁶⁾. Esta dirección antimetafísica especificada por la negación de los universales, por elegir a la intuición como método de conocimiento, por haber roto la unidad del saber y por el voluntarismo moral, se verá reforzada en su subjetivismo a través de la Reforma y por la noción de derecho subjetivo en Suárez, y dejará a Galileo la formulación del nuevo método para la ciencia enfrentada a la metafísica.

1.1. Renato Descartes (1596-1650)

Con Renato Descartes se inicia la filosofía moderna, el propósito de su obra la sintetiza Gilson afirmando: "Desde el siglo XIV se venía criticando a Aristóteles pero la ambición de Descartes fue muy otra: reemplazarlo" ⁽⁸⁷⁾.

El Discurso del Método constituye la obra fundamental de Descartes y la carta magna del nuevo filosofar. El objetivo, es levantar "una filosofía que sustituya a la antigua; expresémoslo con las propias palabras del creador de la geometría analítica: "toda la filosofía es como un árbol, formado en sus raíces por la metafísica, en su tronco por la física y en sus ramas, que se irradian del tronco, por todas las otras ciencias, que pueden reducirse a tres principales, a saber: medicina, mecánica y ética" ⁽⁸⁸⁾.

El problema principal y previo que afronta Descartes es el del método a seguir "para conducir la razón y buscar la verdad en las ciencias", la atención se traslada del ser al conocer. En las *Reglas para la dirección del espíritu* podemos leer lo que constituirá el motivo fundamental de su vida filosófica: "...de todas las ciencias conocidas, la aritmética y la geometría eran las únicas exentas de falsedad e incertidumbre... Todo esto nos muestra claramente que la

⁽⁸⁶⁾ Urdanoz, Teófilo, *Metafísica y Fenomenología*, en T. VI, pág. 575, de *Acti del Congreso Internazionale - Tommaso d'Aquino nel suo settimo centenario*.

⁽⁸⁷⁾ Gilson, Etienne, *La unidad de la experiencia filosófica*, Ed. Rialp, Madrid, 1966, pág. 148.

⁽⁸⁸⁾ Citado por Gilson, Etienne - Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 67.

aritmética y la geometría son mucho más ciertas que las demás ciencias. Su objeto es tan claro y tan sencillo que no es necesario hacer ninguna suposición que la experiencia pueda poner en duda, porque lo mismo la aritmética que la geometría consisten en una serie de consecuencias a deducir por la vía del razonamiento. Por consiguiente son las más fáciles y evidentes de todas las ciencias... De las consideraciones precedentes, no deduzco que únicamente debemos aprender la aritmética y la geometría, trato solamente de hacer ver que los que buscan el camino recto de la verdad, no deben ocuparse de lo que no ofrezca una certeza igual a la de las demostraciones de la aritmética y la geometría” (89). Su preocupación inicial por el método ha quedado resuelta y así el sistema cartesiano será “matematicismo”, pues “todas las ciencias eran una; todos los problemas iban a ser solucionados por el mismo método, en cuanto que eran matemáticos o podían ser tratados matemáticamente” (90).

Su preocupación por conseguir el conocimiento perfecto y que escape a toda incertidumbre, plantea la exigencia de la duda metódica para lograr aquellos primeros principios que deben reunir dos condiciones: “la primera ser tan claro y evidentes que el espíritu humano no pueda dudar de su verdad, cuando se dedique a examinarlos atentamente; y la segunda, que de ellos depende el conocimiento de todas las demás cosas, de modo que ellos puedan ser conocidos sin éstas, pero no éstas sin ellos”. El camino de la duda la lleva a descubrir el principio plenamente verdadero, o sea claro y distinto, “yo pienso, luego soy”, como Descartes lo declara es éste “el primer principio de la filosofía que andaba buscando” (91). Pero el *cogito ergo sum* no se obtiene por vía de un silogismo ni con la ayuda de los sentidos, sino por una “intuición del espíritu”, por la “luz natural” de la razón, por una “percepción clara y distinta”. Descartes fiel al método escogido, se ve forzado a despreciar los sentidos y a comenzar su sistema por la intuición de los primeros prin-

(89) Descartes, René, *Reglas para la dirección del Espíritu*, Regla II, Ed. Porrúa, México, 1979, págs. 97 y 98.

(90) Gilson, Etienne, *La unidad...*, *ob. cit.*, pág. 161.

(91) Descartes, René, *Discurso del Método*, Ed. Porrúa, México, 1979, cuarta parte, pág. 21.

cipios, y así refiriéndose a la afirmación aristotélica de “nada hay en el entendimiento que no haya pasado por los sentidos” la calificará como “una máxima que es de perniciosas consecuencias” (92).

El camino metódico a seguir por Descartes para construir su sistema debe someterse a cuatro reglas: a) regla de la evidencia: “no aceptar nunca como verdadero lo que con toda evidencia no reconociese como tal”; b) regla del análisis: “dividir cada una de las dificultades que hallase a mi paso en tantas partes como fuese posible”; c) regla de la síntesis: “ordenar los conocimientos, empezando por los más sencillos y fáciles, para elevarme poco a poco y como por grados hasta los más complejos, estableciendo también cierto orden en las que naturalmente no lo tienen”; d) regla de la prueba: “hacer siempre enumeraciones tan complejas y revistas tan generales que se pueda tener la seguridad de no haber omitido nada” (93).

El sistema cartesiano que ha partido del *cogito ergo sum* se levantará sobre un trípode, sobre tres sustancias: la pensante, la extensa y la infinita. Descartes definirá a la sustancia como aquello que de tal manera existe que no necesita de ninguna otra cosa para existir, y si bien sólo Dios satisface estrictamente dicha definición en un sentido amplio pueden ser consideradas sustancias el yo pensantes y los objetos corporales dado que éstos son cosas que sólo necesitan de Dios para existir. En la ontología cartesiana los atributos de las sustancias son la propiedad fundamental que expresa a las mismas y que pueden concebirse sin recurrir a otras propiedades, y así por ejemplo, el atributo de la *res cogitans* es el pensamiento y de la *res extensa* es la extensión. Los modos o accidentes en el sistema cartesiano, son aquellas propiedades de las sustancias que presuponen la existencia de los atributos.

Como se ve, las palabras pueden ser las mismas pero su significado totalmente distinto. Las causas aristotélicas que explicaban intrínseca y extrínsecamente a las cosas han desaparecido irremediablemente. El mundo cartesiano es pura extensión y por eso la

(92) *Ibidem*, pág. 23.

(93) *Ibidem*, tercera parte, pág. 16.

ciencia que le conviene es la geometría. El mundo, animales y plantas que carecen de sustancia pensante, son máquinas, y así se consolida el mecanicismo. El campo de lo material es sólo extensión y movimiento. Toda la riqueza analógica del ser y la noción de participación afirmados por el realismo se ven de pronto sustituidas a sustancias infinita, pensante y extensa. La noción de sustancia empleada por Descartes es equívoca y ello porque carece de una noción suficiente de ser, del que llega a prescindir para ocuparse directamente de los entes, y a criterio de Julián Marías es esta "la deficiencia radical de la metafísica cartesiana" (94). La creencia en la unicidad de la realidad, en la univocidad del ente, lo justifica para plantear un método único (95).

El modernismo de Descartes no sólo está en su intuitivismo sino que de éste pasará al innatismo: "...hay nociones de suyo tan claras que se las obscurece al quererlas definir al estilo escolástico, y no se adquieren por el estudio, sino que son innatas" (96). Las ideas que le sirven para levantar por deducción su sólido edificio además de claras, distintas, simples, evidentes, indudables e intuitivas, serán innatas. Naturales o innatas dado que no se generan en los sentidos ni han sido producidas por nosotros, sino que proceden de Dios en cuanto que es el autor de nuestra naturaleza, y brotan de una manera natural inmedia y espontánea de nuestra facultad de pensar. Intuición y deducción "son las dos vías más seguras para llegar a la ciencia. Ninguna más debemos admitir" (97).

La radical distinción que se establece entre lo corpóreo y lo espiritual afecta al hombre. El atributo bajo el que se ofrece el *cogito* es el pensamiento, por eso el hombre es unión accidental de *res extensa* y *res pensante*. El dualismo metafísico cartesiano lo con-

(94) Ver Marías, Julián, *Historia de la Filosofía*, Revista de Occidente, Madrid, 1954, pág. 221.

(95) González Alvarez, Angel, *Manual de Historia de la Filosofía*, Ed. Gredos, Madrid, 1960, pág. 319.

(96) Descartes, René, *Tabla de los Principios de la Filosofía*, Primera Parte, pág. 149, Ed. Porrúa, México, 1979.

(97) Descartes, René, *Reglas para la dirección del Espíritu*, Regla III, Ed. Porrúa, México, 1979.

vierte en el “padre de la antropología mecanicista” (98), el cuerpo depende de la física y se explica por sus leyes, y el alma es pensamiento permanente dado que si dejara de pensar dejaría de existir. El alma es espíritu puro, en cuanto pasiva contemplando las ideas es entendimiento, y en cuanto activa es voluntad. El conocimiento es pasividad, la única función activa del espíritu es la voluntad, y por ello, como el juicio es un acto, queda vinculado a la voluntad y no al entendimiento, y a esta teoría del juicio se la llama voluntarista (99). La facultad cognoscitiva según su propia naturaleza desarrollando las ideas innatas, es infalible. La causa del error es la voluntad libre que puede llevar al entendimiento a que el juicio contradiga las exigencias naturales de inteligibilidad (100). La libertad humana cartesiana es infinita como la de Dios, sobre aquélla dice: “no concibo la idea de otra cosa más amplia y más extensa” (101). El padre de la filosofía moderna, según advierte Verdross “eludió el tratamiento de los problemas ético-jurídicos” (102), sin embargo en su *Discurs* al considerar los *Preceptos morales sacados del Método* señala: “. . . formé para mi uso una moral provisional que no consistía más que entre tres o cuatro máximas que ahora voy a exponer: Por la primera me obligaba a obedecer las leyes y costumbres de mi país y a permanecer en el seno de la religión que Dios permitió me enseñaran en mi infancia... La segunda máxima de mi moral consistía en emplear en mis actos la mayor energía y firmeza de que fuera capaz... Mi tercera máxima consistía en aspirar, más que a la fortuna, a vencerme, y más a cambiar de deseos, que a que el orden real se trastornara por dar cumplidas satisfacciones a mis veleidades... Para coronar mi moral... pensé que la más noble misión del hombre consistía en cultivar la razón, y que, al consagrarme por entero a esta labor, debía avanzar cuanto pudiera en el camino de la verdad, siguiendo fielmente el método que me había impues-

(98) Verdross, Alfred, *La Filosofía del derecho del mundo occidental*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, pág. 168.

(99) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, Ed. Herder, Barcelona, 1969, pág. 38.

(100) Fabro, Cornelio, *Historia...*, ob. cit., T. II, pág. 38.

(101) Citado por Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 38.

(102) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, ob. cit., pág. 169.

to" (103). No obstante que Descartes se encarga de advertir que habla de una moral provisional, es indudable que ésta se encuentra cargada de individualismo, de voluntarismo, de utilitarismo, de egoísmo, y desprovista del bien, de la perfección humana y de las virtudes enseñadas por la filosofía clásica.

Para Fraile, más importante que Descartes es el cartesianismo "por el giro decisivo que imprime al pensamiento europeo... marcando una huella profunda hasta Kant, y aún después" (104). Las novedades o características en la orientación dada por el filósofo francés pueden sintetizarse: criticismo previo, método apriorístico deductivo, univocidad del saber, espiritualismo, voluntarismo, mecanicismo, utilitarismo y dualismo antropológico. Descartes consume el signo más característico de la filosofía moderna cual es el "cisma irremediable entre la inteligencia y el ser", la filosofía deja el ser y se recluye en el pensar. El llamado cartesiano de abandonar la inútil filosofía especulativa escolástica y de construir una filosofía que permita a los hombres convertirse "en dueños y señores de la naturaleza" (105), será seguido en adelante por la mayoría de los científicos y filósofos modernos.

"Históricamente —concluye Verneaux— nace de Descartes una doble corriente de pensamiento: el racionalismo y el empirismo" (106); precisamente, el racionalismo (Spinoza, Malebranche, Leibniz, etc.) y el empirismo (Hobbes, Locke, Berkeley, Hume, etc.) marcarán las líneas principales en las que se desarrollarán la filosofía hasta Kant.

1.2. Hugo Grocio (1583 - 1645)

Wieacker ha señalado que el doble origen del derecho moderno son Grocio y Descartes (107). Con el filósofo francés —según ya lo hemos destacado— se sustituye la antigua metafísica del ser por

(103) Descartes, René, *Discurso del Método*, ob. cit., tercera parte, pág. 19.

(104) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, III, ob. cit., pág. 543.

(105) Descartes, René, *Discurso del Método*, traducción García Morente, Ed. Jiménez Frand, Madrid, pág. 107.

(106) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 44.

(107) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Ed. Aguilar, Madrid, 1957, pág. 218.

la filosofía del pensar, y con el jurista holandés se darán las bases modernas de entender el derecho.

De Grocio se ha llegado a decir que es un epígono de la escolástica española, pero si bien es cierto de la influencia de varios de los representantes de esta escuela, especialmente Suárez a quien lo califica de “teólogo y filósofo de una profundidad que apenas tiene igual”, es indudable que hay en Grocio una perspectiva jurídica integralmente nueva.

Anticipándose al *Discurso*, pero con terminología típicamente cartesiana, señala Grocio en el proemio del *Derecho de la guerra y de la paz* que su intención es “explicar los problemas del derecho natural con apoyo en algunos conceptos tan ciertos que nadie, a menos de hacerse violencia, los pudiera negar; si nos fijamos cuidadosamente, veremos que los principios fundamentales de ese derecho son tan claros y evidentes como los objetos externos que percibimos, los que nunca engañan cuando los órganos preceptores están sanos” (108), y su confianza en la razón y en el matematicismo de su tiempo le hacen decir: “Yo declaro de buena fe que, como los matemáticos al examinar las figuras, hacen abstracción de los cuerpos que ellas modifican, así también yo, al explicar el derecho liberaré mis pensamientos de la consideración de todo hecho particular” (109).

El propósito metódico indicado, es quizás la característica fundamental de la Escuela Moderna del Derecho Natural que Grocio inicia, se trata pues de construir un sistema de derecho natural completo, independiente de la teología moral, racionalmente deducido y cuyo núcleo lo constituyan los derechos subjetivos. Si bien Grocio es el fundador, serán otros pensadores (Hobbes, Spinoza, Pufendorf y Wolff) los que “bajo la influencia inmediata de Descartes” (110)

(108) Ver Grocio, Hugo, *Derecho de la Guerra y de la Paz*, Ed. Reus, Madrid, 1925.

(109) Citado por Villey, Michel, *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*, Ed. Gherisi, Bs. As.

(110) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, ob. cit., páginas 202 y 224.

completarán la fase “matemático - sistemática” del nuevo derecho natural ⁽¹¹¹⁾.

Al derecho Grocio lo divide en natural (*ius naturale*) y voluntario o positivo (*ius voluntarium*). El natural es el dictamen de la recta razón que encuentra como fundamento la naturaleza humana caracterizada por el “instinto de sociabilidad” hacia una comunidad pacífica y racionalmente ordenada. La fuente del derecho natural radica en el *appetitus societatis* y de los distintos principios jurídicos que se deduce de dicho apetito, tales como el respeto a las cosas ajenas, la restitución de la propiedad ajena, la necesidad de mantener las promesas, etcétera, el más importante es el de cumplir lo pactado (*stare pactis*). No obstante el sabor aristotélico de la naturaleza humana social y racional utilizada por Grocio, entiende Hirschberger que no es sino “una ficción humanística” y que el derecho natural grociano “carece de base metafísica” ⁽¹¹²⁾.

Grocio conforme a otro rasgo distintivo de la nueva Escuela, explicará la constitución de la sociedad por vía de un pacto social, el que a su vez constituye el fundamento de los demás pactos de donde se va creando el derecho positivo. En su obra más importante, el *Tratado de la guerra y de la paz*, definirá al Estado como “cuerpo de personas libres, que se han juntado en conjunto para gozar apaciblemente de sus derechos y para su utilidad común” ⁽¹¹³⁾, y su origen lo remonta a un pacto.

En el mundo jurídico, se le reconoce a Grocio el haber dado las bases del moderno derecho internacional o de gentes que regula las relaciones entre los distintos pueblos, y si bien dicho derecho encuentra como fuente remota al derecho natural, de un modo inmediato es determinado por la voluntad o el consentimiento de todos los pueblos o de aquellos más civilizados. La argumentación de Grocio recurre a datos *a priori*, o sea el campo de los principios jurídicos claros y evidentes, y también a la vía *a posteriori* pasando

⁽¹¹¹⁾ Reale, Miguel, *Filosofía del Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, 1979, págs. 95, señala que en Grocio el problema del Derecho aparece enlazado con el de la matemática.

⁽¹¹²⁾ Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, T. I, ob. cit., pág. 405.

⁽¹¹³⁾ Citado por Villey, Michel, *Los fundadores...*, ob. cit., pág. 26.

revista a las opiniones de poetas, historiadores, etcétera, con vista a obtener un *consensus communis*.

Se ha destacado en Grocio las "tensiones entre el reconocimiento fundamental del primado de la razón y las tesis voluntaristas aisladas" (114), e incluso en sus primeras obras jurídicas trasluce una orientación claramente voluntarista de sabor ockhamiano llegando a afirmar que "no tanto Dios quiere alguna cosa por ser justa, cuando es justo porque Dios lo quiere" o "Derecho es lo que Dios ha hecho saber que El quiere" (115), mientras que en *De iure belli ac pacis* se manifiesta una convicción racionalista: "Así como los matemáticos consideran las figuras abstractas de los cuerpos, yo declaro querer tratar el derecho prescindiendo de todo hecho particular" (116). Lo cierto es que esa mezcla yuxtapuesta de racionalismo y voluntarismo es una de las particularidades del pensamiento grociano, lo que se exterioriza en la distinción entre derecho natural, al que aun con limitaciones podemos llamar racionalista, y el derecho positivo al que Grocio mismo lo llama voluntario.

Sintetizando, no se puede negar a Grocio el carácter de jurista influido por la filosofía moderna. En efecto, ello se revela en lo siguiente: a) su preocupación metódica inicial, escogiendo como modelo de claridad, certeza y evidencia a la matemática (117); b) la naturaleza queda recluida en "los principios internos del hombre", y no ve el orden natural teleológico, verdadero y valioso descrito por la filosofía clásica; c) la *ratio* grociana prescinde "de toda metafísica aristotélica de forma y materia" y es fundamentalmente deducción; d) el derecho no es más lo justo sino aquello que no es injusto, y lo injusto es principalmente violación de los derechos

(114) Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 132.

(115) Citado por Fasso, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, 1979, T. II, pág. 70.

(116) Citado por Fraile, Guillermo, *Historia...*, ob. cit., T. III, pág. 342.

(117) Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, T. II, pág. 147, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975, afirma que con Grocio, si bien la califica de "figura de transición", se consolida la tendencia de "construir sistemas de derecho natural universalmente válidos, que ahora se desarrollarán hasta en sus ramificaciones menores, según el vigor de las ciencias físicas-matemáticas".

individuales; e) la justicia distributiva pierde consistencia e importancia, dándole una significación utilitarista e individualista; f) la justicia en la filosofía aristotélica - tomista era "medio entre las cosas" (*medium rei*) en cambio en Grocio es una virtud interior del hombre (¹¹⁸); g) el derecho natural grociano es mucho más amplio que el tomista, llegando a abarcar obligaciones ético-sociales como la generosidad y la caridad; y h) el derecho positivo es de contenido eminentemente voluntarista y el fundamento de las obligaciones jurídicas es el consentimiento.

No puede llegar a exagerarse la originalidad, hemos aludido a la falta de coherencia de algunas formulaciones que oscilan entre un modernismo pleno y otro mucho más reducido. Pero al margen de lo innovador o no del sistema grociano, el mismo alcanzó una difusión notable en toda Europa, favorecido por "su papel de mediador frente a la Teología moral de la Iglesia antigua y de la Contrarreforma" (¹¹⁹), y esta resonancia justifica el carácter de fundador de la teoría moderna del derecho natural que se le atribuyó a Grocio incluso por autores de su época como Pufendorf o Thomasio (¹²⁰).

1.3. Tomas Hobbes (1588 - 1679)

Hobbes, tras los pasos de Francisco Bacon, de quien fuera su secretario, es uno de los precursores del empirismo inglés, y fiel a la tradición de Oxford seguirá las enseñanzas del nominalismo.

La realidad para Hobbes son sólo cuerpos, y éstos son todo lo sensible y experimentable, lo que se puede sumar o restar. La única sustancia real son los cuerpos, la *res* infinita y la *res* pensante de Descartes quedan asimiladas a la *res* extensa. La ciencia y la filosofía no tienen otro objeto que cuerpos, lo suprasensible es incognoscible, e incluso la división de los cuerpos en naturales y artificiales (creados por el hombre) determinará la clasificación de las ciencias particulares, y al margen de éstas ubica a las ciencias previas: la lógica y la filosofía primera.

(¹¹⁸) Villey, Michel, *Los fundadores...*, ob. cit., pág. 23.

(¹¹⁹) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, ob. cit., pág. 259.

(¹²⁰) Fasso, Guido, *Historia...* ob. cit., T. II, pág. 72.

El mecanicismo al que recurre Descartes para explicar el mundo material, en el sistema hobbesiano se desborda y se absolutiza: "Si bien se mira la vida, se ve que no es más que un movimiento de miembros, el comienzo de los cuales se funda en algún principio de su parte íntima. ¿Acaso no podemos decir que los autómatas (máquinas que se mueven a sí mismas mediante resortes y ruedas, como lo hace un reloj) tienen vida artificial? ¿Qué es el corazón sino un resorte? ¿Qué son los nervios sino muchos otros resortes, y qué son las articulaciones sino diversas ruedas que dan movimiento a todo el cuerpo, tal como lo quiso su artífice?" (121). La naturaleza cognoscible de una sustancia no es más que el conjunto de sus "accidentes" o apariencias, y no es la cosa en sí, sino el total de los efectos que la cosa produce en nuestros sentidos. En las cosas que están fuera de la mente, el accidente existe sólo como movimiento o como reposo y como figura y extensión; pero, como conocido, el accidente es un producto de la interacción entre la fuerza de la cosa y la fuerza reactiva de nuestra sensación. "La causa total" es, por tanto, "la suma o conjunto de todos esos accidentes, tal como concurren por parte del agente y del paciente a producir el efecto presentado, y cómo todos existen conjuntamente, hay que reconocer que el efecto existe con ellos". El conjunto de accidentes que se mueven es la causa "eficiente", y el conjunto movido, la causa "material"; unidas ambas, explicarán todo el movimiento o generación, pues las causas "formales" y "finales" no son sino aspectos de esa causación eficiente: las formales señalan la producción del conocimiento en nosotros mediante la acción del conjunto eficiente de la esencia conocida; y las finales —respecto a las cuales Hobbes coincidirá con Bacon en su calificación de "impertinentes"— designan el modo especial en que los seres sensatos actúan como causas eficientes (122).

El conocimiento humano es explicado en Hobbes desde una óptica mecanicista. La sensación es "un fantasma hecho por la reac-

(121) Citado por Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía moderna*, ob. cit., pág. 51.

(122) *Ibidem*, págs. 51 y 52.

ción y esfuerzo hacia afuera de nuestros órganos sensoriales, originado por la presión que los objetos hacen contra nuestro interior y que se mantiene durante algún tiempo" (123). La comprensión se funda en la sensación y es una clase especial de imaginación capaz de reconstruir mediante palabras las experiencias recibidas. Las ciencias refieren no a cosas, que son variables y contingentes, sino a palabras que son símbolos convencionales, abstractos, fijos y necesarios, y fiel a ese nominalismo Hobbes afirma: "la verdad no consiste en las cosas, sino en las palabras" (124). El matematicismo está presente en el sistema hobbesiano, así de la geometría leemos en el *Leviathan* que es "la única ciencia que hasta ahora le ha placido a Dios conferir a los hombres" y en el capítulo siguiente agrega: "allí donde se pueda sumar o restar, habrá lugar para el razonamiento, y donde no puedan actuar la suma ni la resta, nuestra razón no tendrá nada que hacer" (125).

La ciencia parte de la experiencia pero queda al margen de ella, y se constituye sobre palabras que se van conectando por medio de inducción deducción puramente mental. Las palabras se diferencian en propias que designa un solo individuo, y las comunes que agrupan a un conjunto de individuos. La ciencia es ordenar primero las palabras, luego éstas en juicios, y finalmente los juicios en silogismos, raciocinios y demostraciones.

El ámbito de la filosofía primera es el de las definiciones de una serie de nociones que aplica la física, así por ejemplo, tiempo: es la imagen de una cosa que pasa de un lugar a otro y deja su huella en la inteligencia; accidente: no es algo opuesto a la sustancia sino que es esencial a ella; causa: son ciertos accidentes del agente y del paciente que cuando coinciden producen un efecto, etcétera.

Los cuerpos tienen un movimiento visible y otro invisible, de éste se ocupa la física. Los cuerpos no se estudian en sí mismos sino sólo los fenómenos o representaciones despojados *a priori* de

(123) *Ibidem*, pág. 54.

(124) Cit. por Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, ob. cit., pág. 728.

(125) Hobbes, Thomas, *Leviathan*, I, 5.

sus cualidades y reducidos a extensión y movimiento. Por este movimiento los cuerpos actúan unos sobre otros a manera de causas, siempre necesarias. Consecuente con la física mecanicista y materialista, la psicología de Hobbes será mecanicista y sensista. El espíritu es un cuerpo más y en consecuencia tiene extensión y movimiento. El conocimiento se construye desde las sensaciones, y éstas son reacciones mecánicas de nuestros sentidos, producidas por los movimientos de los cuerpos. La razón queda asimilada o subordinada a los sentidos, imponiendo nombres a las cosas y asociando o disociando impresiones sensibles. La libertad no escapa al mecanicismo del mundo físico. Los objetos provocan en el sujeto sentimientos de atracción y repulsión, los más fuertes prevalecerán y moverán a la voluntad. No hay bien ni mal objetivo; lo útil, placentero y agradable según el criterio del sujeto será lo bueno y lo opuesto lo malo.

La teoría política hobbesiana es suficientemente conocida y ella es una derivación de las líneas sucintamente indicadas y así expresa: "la ciencia que se ocupa de la organización y conservación de los Estados dispone de principios tan ciertos y determinados como la aritmética y la geometría (¹²⁶). A diferencia de Grocio, va a negar enfáticamente el instinto de sociabilidad, y en el "estado de naturaleza" previo a la creación por el hombre de la sociedad, todos tienen derecho igual a "todo", incluso sobre el cuerpo y la vida de los demás. La ley natural, que rige en ese Estado, la dicta la razón para servir a la naturaleza egoísta y utilitaria del hombre, indicando lo "que debemos hacer u omitir para la conservación de nuestra vida y de las partes de nuestro cuerpo" (¹²⁷).

El mismo egoísmo del hombre lo lleva a buscar la paz, y para ello decide ascender al estado civil suscribiendo con los demás un pacto por el que renuncian a sus derechos y libertad, transfiriéndolos íntegramente a un poder soberano único. Así surge el Estado absoluto hobbesiano que concluirá con el reino de las pasiones, la guerra y la libertad natural, e impondrá el orden, la seguridad y la razón.

(¹²⁶) *Ibidem*, cap. 20.

(¹²⁷) Hobbes, Thomas, *De cive*, I, c. 2; ver Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, *ob. cit.*, pág. 736.

El soberano está por encima de las leyes positivas, que su voluntad se encargó de producir, su poder es indivisible, exclusivo y excluyente, y “así como el alma es la que da al hombre la facultad de querer, así el soberano es de quien depende la voluntad de toda la República” (128). El Estado, “Dios mortal” o también llamado *Leviathan* según el monstruo bíblico del que “no hay sobre la Tierra poder que pueda igualársele” (129), es el encargado de determinar lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, los dogmas y las creencias. El mandato despótico del soberano termina con el derecho natural que matemáticamente la razón había deducido, el iusnaturalismo da lugar al positivismo jurídico.

El modernismo filosófico y jurídico insinuado en Grocio se hará explícito en Hobbes (130). La naturaleza hobbesiana sólo puede ser objeto de la física (movimiento) y de las matemáticas (extensión); no hay forma ni materia según la metafísica aristotélica, ni tampoco ejemplaridad ni finalidad; la ciencia y el conocimiento requiere sólo objetos sensibles; la sociedad y el Estado se definen desde la creadora voluntad individual; el contenido del bien y la justicia se determinan desde el egoísmo y la utilidad individual; el sistema jurídico es un sistema de derechos subjetivos, Hobbes será el “filósofo” de éstos según Villey (131). En definitiva, el mecanicismo, matematicismo, materialismo, sensismo, utilitarismo y voluntarismo que caracterizan el pensamiento de Hobbes, se proyectarán en las obras de los pensadores que le suceden.

(128) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, *ob. cit.*, pág. 743.

(129) Libro de Job XLI, 24.

(130) Ver Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado*, *ob. cit.*, pág. 264 y Fassó, Guido, *Historia*, *ob. cit.*, T. II, pág.106. Verdross, Alfred, *La filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 181, llega a decir que Hobbes “no solamente es el fundador de la concepción naturalista del derecho natural, sino, además, el creador de la teoría racionalista”.

(131) Villey, Michel, *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pág. 195.

1.4. John Locke (1632 - 1704)

El empirismo inglés enunciado en Hobbes, logrará en el *Ensayo sobre el entendimiento humano* de Locke un alto grado de desarrollo. El propósito de dicha obra es realizar un análisis crítico de nuestro conocimiento a fin de determinar “el origen, la veracidad y los alcances del conocimiento humano” (132), excluyendo lo problemático o quimérico, o sea la metafísica. El método empleado por Locke será subjetivista de análisis y descripción psicológica, que Kant llamará “fisiología del entendimiento” (133).

El *Ensayo...* se compone de cuatro libros cuyos títulos son elocuentes: el primero, *Sobre las ideas innatas*; el segundo, *Sobre las ideas*; el tercero, *Sobre las palabras*, y el cuarto, *Sobre el conocimiento y la probabilidad*.

El alma para Locke, a diferencia de Descartes, carece de ideas innatas y es tabla rasa; todo lo que pienso o que llega a ser contenido de conciencia proviene de la experiencia, ésta es el fundamento de nuestros conocimientos los que tienen por objeto ideas. Las ideas se generan en la experiencia externa de los sentidos: sensación; o en la experiencia interna de estados síquicos posibilitados por sensaciones: reflexión. En la experiencia externa o sensación se imprimen en el alma las ideas de los objetos sensibles, y por la experiencia interna o reflexión se imprimen las ideas de las operaciones del alma ejercidas sobre aquellos objetos.

Las ideas se dividen en simples y complejas. Las primeras son causadas por un solo sentido o varios a la vez, o bien por la reflexión, o también por la sensación y la reflexión juntas; y las ideas complejas proceden de la combinación o de la asociación de las ideas simples. Entre las ideas complejas se destacan: los modos, las sustancias y las relaciones.

En la línea escéptica que continuará y agravará Hume, dirá Locke que “sustancia y accidente son de escasa utilidad en filoso-

(132) Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Lib. I, cap. I.

(133) Cit. por Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 123.

fia" (¹³⁴), y explicará que la idea de sustancia proviene de la costumbre de unir ideas simples en la percepción y en el lenguaje, por no poderlas concebir como subsistentes por sí mismas. La sustancia es "una idea confusa" (¹³⁵) algo indeterminado que ponemos como sustentáculo de las ideas de propiedades o atributos, y así la cosa exterior es sólo ideas de cualidades percibidas de las que suponemos un sujeto sustancial que por no ser objeto de sensación desconocemos.

Dentro de las ideas de relaciones mencionemos la relación causa-efecto. Locke indica que causa es "aquello que produce alguna idea simple o compleja; y con el de efecto, aquello que es producido" (¹³⁶). En el sistema filosófico lockiano "sólo hay un tipo de causalidad: la causalidad eficiente (pues la causalidad formal y final ya habían caído en desuso y, evidentemente, no podían ser deducidas de las impresiones fragmentarias y las reflexiones que constituyen las ideas simples)" (¹³⁷).

Fiel a la Universidad de Oxford donde estudiará, Locke será nominalista. Las palabras son ante todo y propiamente, signos representativos voluntarios de las ideas y del pensamiento del que habla, el significado de aquellos signos verbales es completamente convencional y arbitrario.

En la clasificación de las ciencias incluidas en el *Ensayo* no se menciona la metafísica, y en cuanto a la certeza de las mismas, Locke señala que las matemáticas son plenamente ciertas porque versan sobre relaciones evidentes entre ideas, la moral es cierta porque versa sobre relaciones nominales que tienen valor convencional y la física tiene una certeza inferior porque versa sobre fenómenos y leyes que dependen de la experiencia.

En el pensamiento lockiano "las cosas, pues, son buenas o malas en relación con el placer o el dolor... este bien y este mal

(¹³⁴) Cit. por Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, T. II, página 87.

(¹³⁵) *Ibidem*.

(¹³⁶) Cit. por Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, ob. cit., pág. 770.

(¹³⁷) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., página 233.

no es otra cosa que el placer o el dolor que, por la determinación del legislador, acompañan la observancia o la violación de la ley; esto es lo que llamamos recompensa o castigo" (136). Establece Locke una clasificación tripartita de las leyes: a) la divina: que determina el pecado; b) la civil: impuesta por el legislador humano; y c) la filosófica: que equivale a la opinión pública y a la costumbre.

Guido Fassó ha estudiado y destacado la evolución del pensamiento filosófico-jurídico y político lockiano. En sus escritos juveniles de inspiración calvinista y hobbesiana, manifiesta una orientación absolutista en materia de gobierno y voluntarista en el campo jurídico, llegando a definir la ley natural como "ordenación de la voluntad divina cognoscible por la naturaleza" (139). Pero en su obra posterior: *Dos tratados sobre el gobierno*, de notable trascendencia, especialmente en Inglaterra y Norteamérica, va a definir la ley natural como "regla de conducta fija y eterna, dictada por la razón misma" (140).

Si bien Locke será contractualista como Hobbes, su pensamiento político-social se distanciará ampliamente. El estado de naturaleza lockiano es el reino de la razón y de una libertad medida, pero el deseo de una mayor seguridad lo lleva al hombre a constituir el Estado sin renunciar a sus derechos fundamentales: a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la propiedad. La misión del Estado es precisamente garantizar y asegurar esos derechos individuales naturales y pre-estatales, entre los que se destaca el derecho de propiedad que en Locke tiene una significación muy comprensiva. Ese tránsito hacia el Estado lo explica Locke diciendo: "...aunque en el estado de naturaleza poseía tal derecho, su goce era incierto y constantemente expuesto a violaciones por parte de los demás... Esto le hace decidir abandonar una condición que en cuanto libre, estaba lleno de temores y continuos peligros, y por tanto, no le faltan motivos para que quiera y desee agregarse

(136) Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, II, 28, 5.

(139) Fassó, Guido, *Historia...* ob. cit., T. II, págs. 135 y 136.

(140) *Ibidem*, pág. 137.

en sociedad con otros que estén ya unidos o tengan intenciones de unirse para la mutua conservación de sus vidas, libertad y bienes, que yo llamo en términos generales propiedad" (141).

En opinión de Villey, el sistema jurídico de Locke marca el triunfo del individualismo en el derecho privado, a través de sus derechos naturales pre-estatales irrenunciables y de la autonomía del derecho privado frente al derecho público y al Estado (142). Verdross destaca: "de la misma manera que Hobbes, Locke partió de la concepción naturalista, cruzó por el racionalismo y concluyó en el positivismo" (143). Por otra parte Truyol y Serra concluye que "la obra de Locke, por su espíritu conciliador y la sinceridad de su ideario liberal, respondía claramente a las aspiraciones de la época, y en particular a los de la clase media ascendente. Ello explica el eco intenso y duradero que encontró. Se inspirarán en ella, no sólo Montesquieu en su teoría de la división de poderes, y la mayoría de los autores franceses del siglo XVIII, sino también los artífices de la Declaración de Independencia y las Constituciones en los Estados Unidos de Norteamérica" (144).

La filosofía moderna, desde la perspectiva de distintas ciencias particulares, le negará a la metafísica su autonomía científica. En Descartes se absolutiza la matemática, en Hobbes es la física el modelo y en Locke todas las ciencias se reducen a la psicología. La realidad cartesiana se reducía a sustancia pensante, infinita o extensas; en el sistema hobbesiano las únicas sustancias reales eran los cuerpos; y en Locke lo único que conocemos son las ideas. Razón o fe, ciencia o filosofía, racionalismo o empirismo, individuo o comunidad, espiritualismo o materialismo, libertad o autoridad, son las grandes opciones que nos va ofreciendo la filosofía y ciencia moderna cuyo su principal error se origina en el apartamiento del ser y sus causas. Y en el campo iusfilosófico, la interpretación mecanicista de la naturaleza y la incompreensión integral del hombre, harán definir a la vez como obra de la razón o de la voluntad

(141) *Ibidem*, pág. 142.

(142) Villey, Michel, *Los Fundadores...*, *ob. cit.*, págs. 38 y sgtes.

(143) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 192.

(144) Truyol y Serra, Antonio, *Historia...*, *ob. cit.*, pág. 185.

con el propósito de proteger los derechos subjetivos, dando la espalda a la justicia general y distributiva.

1.5. Nicolás Malebranche (1638 - 1715)

La herencia cartesiana filosófica se manifiesta en el siglo XVII en la corriente racionalista y la empirista. De esta última hemos hablado al referirnos a Hobbes y Locke, y falta aludir a Hume. De la orientación racionalista estudiaremos a Malebranche, Spinoza y Leibniz.

Malebranche, sacerdote de la Congregación del Oratorio, procuró con sus filosofía exponer y defender al cristianismo sirviéndose del pensamiento de San Agustín y principalmente de Descartes. Su rechazo de la filosofía escolástica, se unió a una fuerte admiración por el sistema cartesiano que “ha encontrado más verdades en treinta años que todos los demás filósofos anteriores en dos mil” (145). Precisamente de dicho sistema, según Fraile, “tomará el método, su desconfianza en los sentidos y su confianza ilimitada en el poder de la razón, su distinción de las tres sustancias: la divina, el pensamiento y la extensión, y también su física y su psicología” (146). Sin embargo, se aparta de Descartes en cuanto éste separó por completo el orden racional y el revelado, por el contrario en Malebranche aparecen mezclados la razón y la fe.

Malebranche, tras los pasos del gran geómetra francés, parte de que sólo conocemos nuestras representaciones y de éstas únicamente nuestras ideas pueden ser consideradas como verdaderas y objetivas. Las únicas ideas claras y distintas que poseemos son las que se agrupan en torno de la concepción del mundo extenso inteligible. Más que a ver los cuerpos en sí, tenemos presente en el espíritu la idea de lo extenso, la que se hace sensible y particular por el movimiento del sentimiento de color. La idea de extensión es única, y no necesitamos otra dado que todos los cuerpos particulares son como modificaciones múltiples de la noción in-

(145) Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía*, T. III, *ob. cit.*, pág. 564.

(146) *Ibidem*.

teligible de extensión geométrica. Lo único objetivo y universal es la idea y no el sentimiento. Al preguntarse Malebranche por el fundamento que dé validez a los universales, responde recurriendo a Dios. La Razón universal e inmutable como la verdad que me ilumina no es otra que la del propio Dios, el que por su infinita generosidad quiere dejarme ver en las ideas una parte de sus divinos planes acerca de las cosas (147).

La teoría llamada del ontologismo defendida por Malebranche se sintetiza al afirmar: "Todas nuestras ideas claras están en Dios en cuanto a su realidad inteligible. No es sino en El donde nosotros las vemos" (148). Dios es el primer objeto de la inteligencia humana, en él están las ideas creadoras de todas las cosas y basta que la mente Divina se haga presente en la mente humana, para que ésta conozca cuanto precisa conocer. Las ideas por las que conocemos las cosas, son representaciones claras y distintas, extrínsecas a nuestro entendimiento; seres reales, eternos, infinitos, necesarios, inmutables, divinos e intrínsecamente verdaderos, y es Dios el lugar de esas ideas.

Malebranche con su ontologismo se opone a la doctrina peripatética que las ideas proceden de los objetos, también niega que las ideas universales sean producidas en el espíritu finito del sujeto, y consecuentemente rebate el innatismo dado que lo finito no puede ser *substratum* de las ideas infinitas.

Luego de haber rechazado Malebranche el innatismo cartesiano, ha recurrido a la visión de las cosas en Dios, pero al concretar las ideas que conocemos las reduce a una sola: la extensión inteligible. Esta viene a ser como la idea unitaria de la realidad, como la medida o ley lógica de los seres existentes. Todas las cosas se ven en la extensión inteligible y ésta se ve en Dios. En su obra más importante, *Entretiens sur la metaphysique et la religion*, claramente expone: "Dios ve en sí mismo la extensión inteligible, el arquetipo de la materia de que el mundo está formado y donde

(147) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna, ob. cit.*, págs. 108 y 109.

(148) Cit. por Roger Verneaux, *Historia de la Filosofía Moderna, ob. cit.*, pág. 84.

habitan nuestros cuerpos; y aún más: sólo en El la vemos, porque nuestros espíritus no habitan sino en la Razón Universal, en esta sustancia inteligible que encierra las ideas de todas las verdades que descubrimos. La extensión inteligible, diversamente aplicada a nuestro espíritu, puede darnos todas las ideas que tenemos de las figuras matemáticas, como también de todos los objetos que admiramos en el universo, y, en fin, de todo cuanto nuestra imaginación nos representa" (149).

El otro aspecto fundamental del sistema de Malebranche es su "ocasionalismo" que al decir de Amerio "es una solución del problema de la causalidad elaborada sobre presupuestos cartesianos" (150). La dependencia de las criaturas para con Dios es total, abarca no sólo su ser sino que incluye todo momento de su existencia, y así deduce la imposibilidad de que aquellas puedan realizar acción alguna. Estos seres creados no son causas sino sólo "ocasión" para el hacer del único agente: Dios. Es que Malebranche ha partido de que en el mundo, como lo definiera Descartes, está constituido por sustancias extensas y pensantes incomunicadas e incapaces de relacionarse. Los seres creados no pueden producir ni ejecutar nada, dado que "Toda eficacia, por pequeña que la supongamos, tiene algo de infinito y divino" y agrega "Examinad la idea de extensión. ¿Qué vemos en ella? Nada que sea principio de acción, sino sólo la facultad pasiva de recibir diversas figuras... todas las propiedades de la extensión sólo pueden consistir en relaciones de distancia" (151) y de ese modo Malebranche concluye: "Sólo el Creador puede ser el motor" (152). Dios en virtud de una "voluntad general" vincula su acción a las circunstancias y situación de las criaturas. El crea el efecto con ocasión de la modalidad que se encuentra en la causa. Quiero mover mi brazo y Dios lo mueve; una bola de billar choca con otra y Dios la pone en movimiento.

(149) Cit. por Angel González Alvarez, *Manual de Historia de la Filosofía*, ob. cit., pág. 323.

(150) Fabro, Cornelio, *Historia de la Filosofía*, ob. cit., T. II, pág. 50.

(151) Cit. por Roger Verneaux, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 89.

(152) *Ibidem*.

La concepción del orden natural del realismo tomista fundado en la "causalidad secundaria", reconociendo en cada criatura la posibilidad de obrar y causar, es atacada duramente por Malebranche llamándola "la filosofía de la culebra" fundada en el pagano de Aristóteles (153). La conclusión de Malebranche es que no hay más causalidad que Dios; pero en la filosofía moderna faltará Hume el que extrema su crítica al principio de causalidad llegando a negar toda clase de causalidad.

Trasladando los principios indicados a la antropología de Malebranche, se deduce forzosamente que cuerpo y alma son dos sustancias sin ninguna comunicación, ni relación, ni interacción. Es Dios que, con ocasión de una idea del alma, produce en el cuerpo el movimiento correspondiente; y es Dios también quien, con ocasión de un movimiento de un órgano corporal, produce en el alma una afección. Las voliciones del alma y los movimientos del cuerpo son meras causas ocasionales de la única causa: Dios. El ocasionalismo escinde la naturaleza humana.

La doctrina moral de Malebranche exige que los individuos hagan esfuerzos para no interferir en las operaciones del impulso divino. La libertad humana resulta seriamente afectada por el ocasionalismo, pero sin embargo Malebranche la defiende. Dios nos mueve hacia el bien, y nosotros podemos detener el impulso de la moción divina o desviarlo hacia el mal, es decir "que en realidad no tendríamos libertad positiva, sino negativa, de suspensión del consentimiento y, por lo tanto, del efecto, la cual solamente serviría para resistir a la moción de Dios que nos inclina al bien" (154).

El pensamiento de Malebranche al sostener que las sensaciones no son más que estados de conciencia, que el entendimiento sólo alcanza esencias sin lograr ninguna evidencia de la existencia del mundo, y que las criaturas carecen de actividad siendo Dios el único agente, conduce —según Verneaux— "ya hacia Berkeley, ya hacia Spinoza" (155).

(153) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 113.

(154) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, ob. cit., pág. 580.

(155) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 92.

1.6. Baruch Spinoza (1632 - 1677)

Los autores se han encargado de señalar la presencia cartesiana en el spinozismo, principalmente se destaca dicha influencia en la definición de sustancia, en el método deductivo, en el criterio de certeza, en la caracterización de la psicología y de la física. Gilson de manera terminante señala: “Spinoza fue la expresión de lo que los cartesianos tenían que llegar a ser” (156).

Spinoza toma como punto de partida de su metafísica la definición de sustancia que había dado Descartes, o sea “aquello que es en sí y se concibe por sí” (157). Mientras que en el sistema cartesiano, de manera un tanto forzada, se extendió tal concepto a la *res cogitans* y a la *res extensa*, en Spinoza la aplica rigurosamente limitándola a la sustancia infinita. Dios no es sólo la primera idea, sino también la única realidad. A partir de esa idea absoluta, clara y distinta deducirá rigurosamente —*more geometrico*— respetando solamente el principio de identidad o de contradicción, todas las demás ideas y la realidad del mundo y de los seres particulares.

En la base del spinozismo está la intuición fundamental de la única Sustancia absoluta, perfecta y verdadera, que es a su vez lo primero en el orden lógico y lo primero en el orden ontológico. La realidad es sinónimo de sustancia infinita, y los muchos aspectos de la realidad son sus “atributos” básicos y sus “modos” cambiantes.

De la sustancia única Spinoza pasa, en su obra sistemática: “*Ética demostrada de acuerdo con el orden geométrico*”, a los atributos, entendiéndolos como aquellos que se conciben en la sustancia constituyendo su esencia. La sustancia infinita debe poseer infinitud de atributos, pero el carácter finito de la inteligencia humana provoca que sólo conozcamos dos: la extensión y el pensamiento. Tenemos completado así las tres ideas de las que partiera Descartes aunque reciban en Spinoza un lugar distinto, según se ha dicho, la extensión y el pensamiento no son sustancias sino atributos de la única sustancia. La propuesta de Spinoza pretende re-

(156) Gilson, Etienne; Langal, Thomas, *Filosofía Moderna, ob. cit.*, pág. 142.

(157) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna, ob. cit.*, pág. 69.

solver el problema que el cartesianismo había generado con el distanciamiento entre actividad espiritual del pensar y el atributo material de la extensión. Descartes había también recurrido a la veracidad de Dios y Malebranche intentó la solución con su ocasionalismo, pero Spinoza al invocar la unidad de origen en Dios puede explicar mejor la interacción del pensamiento y la extensión en las cosas particulares.

Otra definición clave del spinozismo es la de "modos"; éstos expresan o realizan los atributos de la sustancia. Así, las ideas o almas son modos del atributo divino de pensamiento, y los cuerpos o cosas individuales son modos del atributo divino de extensión.

Atento a que toda la realidad es una misma sustancia, la distinción entre atributos y modos de sustancia hace posible concebir, con la unidad de lo real, una especie de bipolaridad que distingue y une a la vez al Creador y a lo creado. Por un lado nos encontramos con la sustancia divina y sus atributos, considerados como la libre causa de todo lo demás, que Spinoza llama "naturaleza naturante" (*natura naturans*). Al otro polo, lo denomina "naturaleza naturada" (*natura naturata*) y está constituido por la realidad creada, la esfera de los modos infinitos y finitos. Sin embargo, el monismo y panteísmo que caracteriza al spinozismo queda salvado con la unidad primordial que ambos polos logran en la Naturaleza misma, que es Dios (*Deus sive Natura*) (158).

La confianza que Spinoza deposita en la razón es absoluta. El método del spinozismo es depurar nuestros conocimientos para descubrir la concatenación rigurosa que existen entre las ideas, ascendiendo hasta llegar a la primera Idea, que es Dios. Las únicas ideas verdaderas, claras y distintas son las adecuadas, o sea las que mediata o inmediatamente se relacionan con Dios, que es el primer principio del ser y de la inteligibilidad. El proceso del conocimiento es ascendente y paralelo al descendente de la producción de los seres. La llamada ciencia intuitiva es el grado más elevado de conocimiento, y consiste en la contemplación de Dios y de todas las cosas en Dios. Es necesario aclarar que el Dios de Spinoza no es

(158) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna, ob. cit.*, pág. 147.

un ser trascendente, distinto del mundo y más allá de los seres particulares. El conocer y amar a Dios no es un asunto religioso sino que se trata de una tarea filosófica o intelectual. Dios es causa eficiente de la realidad finita, pero Spinoza no lo considera causa final.

Afirmando que Dios es la única sustancia, no hay posibilidad de reconocer las causas enseñadas por Aristóteles y Santo Tomás. Las cosas no son más que modos de la sustancia infinita, todo está en Dios y nada puede existir ni concebirse sino existiendo en Dios. El racionalismo geométrico de Spinoza lo hace desinteresarse de la causa final, pues Dios sólo es causa eficiente, inmanente y necesaria de todas las cosas; y así el mecanicismo cartesiano se extiende a toda la realidad y no sólo a la naturaleza materil. Así como Locke fue un fiel cartesiano empirista, Spinoza lo será también pero racionalista; ambos coinciden en una explicación mecánico-causal de la naturaleza donde ha desaparecido el *telos*.

La antropología de Spinoza queda inexorablemente determinada por su sistema. Entre el cuerpo y el alma ya no puede reconocerse una unión sustancial sino cierto paralelismo. El hombre es un modo de la única sustancia, su cuerpo es un modo del atributo divino de extensión, y el alma un modo del atributo divino de pensamiento, y la relación entre cuerpo y alma es similar a la que se da entre la idea y su propio objeto. Las acciones humanas carecen propiamente de libertad, sólo Dios es libre y obedeciendo a Dios nos hacemos libres.

La ética en Spinoza llega a identificarse con la filosofía misma. No obstante el determinismo que abarca al hombre al igual que el resto de la naturaleza, la moral del spinozismo concluirá en la alternativa entre el hombre esclavo y el hombre liberado. Esclavo es el hombre dominado por las pasiones y las ideas porvenientes de los sentidos y la imaginación. El hombre liberado es el dominado por las ideas claras y distintas.

En el campo político —y jurídico— Spinoza refleja la influencia de Maquiavelo y de Hobbes, proponiendo criterios de corte positivista, relativista y pragmatista. El estado de naturaleza se presenta

en el spinozismo con hombres dominados por la avaricia y el poder, en donde es lícito todo cuanto pide el apetito y permite la propia fuerza. El derecho natural parte del instinto de conservación, o sea que todos los seres tienen el derecho de defender su propia vida con los medios más eficaces y sin tener en cuenta ningún otro principio ni valor. Ese derecho natural equivale al poder, a la fuerza, a los medios que ejerza para defenderse y atacar. En dicho derecho puede distinguirse la ley de naturaleza física —derecho objetivo— y la fuerza —derecho subjetivo—: “por derecho e instituto de naturaleza yo no entiendo sino la regla de naturaleza de cada individuo, según la cual concebimos que cada cosa está naturalmente determinada a existir y actuar de una cierta manera. Por ejemplo, los peces están determinados por naturaleza a nadar, y los grandes a comerse a los más pequeños; y así los peces disponen por el supremo Derecho natural, de agua para nadar, y los grandes, de pequeños para comer... ningún individuo tiene el supremo derecho a todo lo que puede, o sea, que el derecho de cada uno se extiende sólo hasta allí donde llega su determinado poder” (159).

A los efectos de obtener seguridad y superar el estado de temor e irracionalidad, los hombres se constituyen en sociedad creando el Estado. En la línea de Hobbes, entiende Spinoza que el Estado posee un poder absoluto y su voluntad debe ser considerada la voluntad de todo, por eso su derecho a dar las leyes que definirán de un modo incuestionable lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. Verdross explicando a Spinoza concluye: “después de excluir de su sistema filosófico la especulación finalista y de proclamar una estricta causalidad, llevó a su más alto grado de desarrollo el intento hobbesiano de fundamentación de la doctrina del Estado por medio del método matemático-causal” (160).

Aun cuando algunos autores han puesto de relieve el carácter ético que anima al Estado absolutista de Spinoza, lo cierto es que su monismo panteísta, su mecanicismo y su antropología conducen

(159) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, pág. 116.

(160) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 186.

inexorablemente a que en su *Tractatus politicus* opte por una concepción arbitraria y voluntarista sin sustento en el orden del ser, en donde llega a reclamar la destrucción de “la ciudad de Dios y la ciudad del Rey”.

1.7. Samuel Pufendorf (1632 - 1694)

Fines del siglo XVII y comienzos del XVIII marca el gran auge del Derecho Natural. Un derecho natural que servía para explicar la sociedad y el Estado consolidando la razón o la voluntad autónoma del individuo, separándolo del ser y de la teología moral. Precisamente, corresponderá a Pufendorf el honor de ser el primer profesor de la cátedra de Derecho Natural e Internacional en la Universidad Heidelberg.

El sistema de Pufendorf, a quien Leibniz calificara como “hombre poco jurista y nada filósofo”⁽¹⁶¹⁾, exhibe notorias contradicciones, así por momentos revela un claro racionalismo y en otros se inclina decididamente a la corriente voluntarista, también en la explicación de la sociedad oscila entre la sociabilidad natural grociana y la insociabilidad belicosa hobbesiana. Si bien Pufendorf recibe en gran medida la influencia cartesiana, principalmente a través de su profesor de matemáticas Weigel, autor de *Descripción aritmética del saber moral*, también son sus fuentes inspiradoras: el pensamiento clásico modernizado de Grocio y los sistemas de Hobbes y Spinoza.

El propósito fundamental y típicamente modernista de Pufendorf es elaborar una ciencia sobre los problemas morales y jurídicos valiéndose del método matemático. Constituye su sistema el primer intento eficaz para construir un derecho natural totalizador, separado de la teología y con la sola ayuda de la razón. Destaca Truyol y Serra que Pufendorf “fue un adversario apasionado de la escolástica. Pero la verdad es que a diferencia de Grocio,

(161) Cit. por Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II. ob. cit., pág. 122.

parece desconocer el pensamiento escolástico tradicional. Su crítica... sólo se dirige contra oscuros contemporáneos" (162).

Una distinción clave que utilizará Pufendorf será la división entre entes físicos y entes morales. De los primeros se ocupa la ciencia física, procurando expresar matemáticamente las relaciones entre los mismos; ese mundo físico es el de la causalidad, el de la uniformidad y el de la indiferencia axiológica. Los entes morales proceden de la voluntad divina y humana son "ciertos modos que los seres inteligentes sobreañaden a las cosas naturales o a los movimientos físicos, a fin de dirigir o restringir la libertad de las acciones voluntarias del hombre para poner algún orden, alguna conveniencia o alguna belleza en la vida humana" (163). El mundo moral es el de la libertad, el de la multiformidad y su fin es la perfección de la vida humana. Corresponde destacar que tanto de los entes físicos como de los morales pueden determinarse sus leyes, y en consecuencia, la investigación científica tiene por objeto la explicitación de las mismas.

Welzel se ha encargado de elogiar la importancia decisiva de la distinción entre *entia physica* y *entia moralia*, pues con ella se logra superar el riesgo hobbesiano de "disolver la ciencia normativa en una ciencia natural causal", y quedaba además asegurada para la teoría del derecho natural "un campo propio de investigación, con objetos propios y leyes propias" (164). Sin embargo, Villey ha puesto de relieve que en el sistema de Pufendorf junto a afirmaciones que lo vinculan en mayor o menor medida con la filosofía clásica —como por ejemplo el análisis de los entes morales—, se encuentran nociones teológicas de raíz luterana y occamista que lo hacen sustentar el orden natural en una libérrima voluntad divina inaccesible a la razón humana (165). Wieacker le reconoce a Pufendorf el mérito de poder ser considerado el fundador de las ciencias de la cultura al distinguir los objetos físicos de los objetos

(162) Truyol y Serra, Antonio, *Historia...*, ob. cit., T. II, pág. 194.

(163) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, ob. cit., 969.

(164) Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., págs. 135 y 137.

(165) Villey, Michel, *Los fundadores...*, ob. cit., págs. 32 y 33.

morales, pero al mismo tiempo precisa que “la comprensión de este concepto (los *entia moralia*) se dificulta porque, en Pufendorf, la reducción racionalista y la inducción empírica van entremezcladas. Este procedimiento sólo se explica por su dependencia metódica con respecto a Descartes y Galileo” (166).

Pufendorf a diferencia de Hobbes y Spinoza, expone un sistema de deberes del hombre. Los hombres cuentan con tres fuentes para conocer sus deberes: a) las luces de la razón de la que se determinan los deberes generales del hombre; b) los mandamientos del legislador de donde emanan los deberes del ciudadano como miembro de un Estado; y c) la revelación divina en la que se originan los deberes de los cristianos en cuanto tales. A estos tres grupos de deberes corresponden tres disciplinas: la doctrina del derecho natural que se ocupa de los mandamientos jurídicos comunes a todos los pueblos; la ciencia del derecho positivo que explica las normas jurídicas propias de cada Estado; y la teología moral que procura descubrir en la Sagrada escritura los mandamientos contenidos en la revelación. Expresamente Pufendorf afirmará: “cada uno de estos estudios utiliza un método para demostrar sus dogmas, que corresponde a su principio. En el derecho natural se afirma que se debe hacer porque la recta razón lo considera necesario para bien de la sociabilidad entre los hombres. El último análisis de los preceptos del derecho civil es porque el legislador así lo ha establecido. El teólogo moral consiente en esta última proposición porque Dios así lo ha ordenado en las Sagradas Escrituras” (167).

En el sistema pufendorfiano se consolida la distinción entre derecho natural y teología moral, y se enuncia la separación entre derecho y moral que perfeccionará Tomasio años después. La fuente del derecho natural es la razón y el de la teología moral la revelación, aquel se aplica al campo terrenal regulando las acciones humanas externas, y la teología refiere al campo sobreterrenal ocupándose de las acciones humanas internas. Otra distinción llamada

(166) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado*, ob. cit., pág. 269.

(167) Pufendorf, Samuel, *De la obligación del Hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, U. N. Córdoba, 1980, T. I, pág. 11.

a tener repercusión en las escuelas jurídicas modernas es la que formula entre “derecho perfecto” y “derecho imperfecto”: los primeros son aquellos que están acompañados de sanción y generalmente se fundan en un pacto; los imperfectos son incoactivos y se confían a la conciencia de cada uno.

El derecho natural en Pufendorf aparece dividido en absoluto y relativo, según sus normas posean un valor universal o limitado a una determinada circunstancia histórica. El derecho positivo pertenece a este último tipo de derecho, y de ese modo Pufendorf afirma un principio de gran importancia para la posterior tarea codificadora que pretenderá escribir en forma de Código al derecho natural.

No obstante haber confiado Pufendorf el derecho natural a la razón, “su racionalismo es puramente metodológico... la posición pufendorfiana, ecléctica e incierta, está en realidad más cerca del voluntarismo que del racionalismo” (168). En efecto, la ley es para Pufendorf: “voluntad de un superior por la cual impone a los que dependen de él la obligación de obrar de una cierta manera que él les prescribe” (169), o sea su característica esencial radica en ser mandato o decisión. La ley natural abarca lo que conviene a la naturaleza racional y social del hombre, y si bien es deducida por la razón, la función de ésta es hacer entender lo que es voluntad y mandato de Dios en relación al obrar del hombre. La ley positiva descansa exclusivamente en la voluntad del legislador humano. Otra manifestación voluntarista del pensamiento pufendorfiano se comprueba cuando niega acciones intrínsecamente buenas o malas “ya que la bondad, o necesidad moral, y la maldad, son caracteres de las acciones humanas derivadas de la conformidad con una norma o de la disconformidad con ella” (170).

Coincidiendo con el contractualismo social de su tiempo, cree Pufendorf en un estado de naturaleza en donde “cada uno es

(168) Cit. por Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, pág. 123.

(169) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, ob. cit., pág. 967.

(170) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, ob. cit., pág. 124.

igual al otro, porque no está sujeto a otro ni tiene sometido a otro" (171), y en donde los derechos de uno se encuentran limitados por los de los demás. El hombre en ese estado natural se encuentra desamparado (*imbecilias*), débil y desprotegido, y para superar esa "mísera y horrible condición" y, motivado en el amor a sí mismo, decide constituir la sociedad "de modo que la voluntad de todos acerca de lo que se refiere al fin de la sociedad se convierta en única" (172). Además de este pacto de unión, los individuos convendrán sobre la forma de gobierno y finalmente pactarán la creación del Estado. El surgimiento del Estado posibilitará que los derechos imperfectos que regían con anterioridad a su creación, se conviertan en derechos perfectos protegiéndolos con las sanciones correspondientes.

A partir de la *imbecilias* humana, Pufendorf construirá de manera matemática un sistema completo de derecho natural que abarcará en ocho tomos los más detallados principios y normas en materia de derecho civil, penal, político, internacional, etc. Pero a pesar de todo este esfuerzo deductivo y sistemático de la razón, Villey habla del "voluntarismo extremo de Pufendorf", es que en definitiva en el interior de cada Estado, es el derecho positivo el que determina "lo lícito y lo ilícito, y las limitaciones a la libertad natural de los ciudadanos" (173). De manera similar opina Verdross: "los hombres están únicamente obligados por el derecho positivo dentro de la vida estatal... La concepción del Estado de Pufendorf es una indudable devaluación de su anterior doctrina del derecho natural, que quedó reducido a una directriz para el gobernante prudente de la era del despotismo ilustrado" (174).

La teoría del derecho pufendorfiana poco tiene que ver con la justicia entendida aristotélicamente como el "dar a cada uno suyo", limitándose Pufendorf a definirla como "recta aplicación

(171) *Ibidem*, pág. 126.

(172) *Ibidem*, pág. 127.

(173) Villey, Michel, *Los fundadores...*, *ob. cit.*, pág. 36.

(174) Verdross, Alfred, *La filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 211.

de las acciones a la persona” (175). El contrato es un instrumento fundamental para explicar el sistema jurídico pufendorfiano, contribuyendo “a construir una ‘teoría general’ recibida luego en nuestros libros de estudio” (176). Sin embargo las obras principales de Pufendorf alcanzaron notable difusión y fueron utilizadas como libros de texto en Francia, Suecia y Suiza, e influirán de un modo decisivo sobre los juristas de su época y la posterior. El sistema utilizado por Pufendorf para desarrollar su teoría general del derecho “perdura hasta hoy en los grandes códigos de la Europa central” (177).

1.8. Godofredo Guillermo Leibniz (1646 - 1716)

Leibniz se propuso que su *philosophia perennis* se constituya en una síntesis entre la filosofía clásica o antigua y la moderna marcada por Descartes, y es por ello que llega a incurrir en afirmaciones o planteos de difícil compatibilización. De todas maneras, este gran matemático que descubriera el cálculo infinitesimal, descansa en el método cartesiano; su “arte combinatoria” es un intento de traducir al lenguaje matemático los conocimientos, hallar símbolos representativos de ciertas ideas simples en base a los cuales puedan construirse independientemente de la experiencia la totalidad de las ciencias. Esa preocupación matemático-logicista se revela en el cometido que le asigna a la misma metafísica: “En cuanto a la metafísica pretendo dar de ella demostraciones geométricas, no suponiendo más que dos verdades primitivas, a saber, en primer lugar el principio de contradicción... y en segundo lugar que nada existe sin razón” (178).

Leibniz también parte de la sustancia, pero mientras que Descartes sólo admitía dos y Espinoza una sola sustancia, aquél sostiene la existencia de infinitas sustancias que llamará mónadas.

(175) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, pág. 123.

(176) Villey, Michel, *Los fundadores...*, *ob. cit.*, pág. 35.

(177) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, *ob. cit.*, pág. 271.

(178) Cit. por Roger Verneaux, *Historia de la Filosofía Moderna*, *ob. cit.*, pág. 98.

“La mónada —son palabras de Leibniz— no es otra cosa que una sustancia simple, que forma parte de los compuestos; simple, es decir, sin partes... Allí donde no hay partes no hay, por consecuencia, ni extensión, ni figura, ni divisibilidad posibles. Ya estas Mónadas son los verdaderos Atomos de la Naturaleza y, en una palabra, los Elementos de las cosas” (179). La estructura metafísica de los seres son las mónadas, la esencia de éstas es la fuerza, la *dynamis*, la actividad y ellas constituyen los elementos indivisibles de las cosas. Los cuerpos inorgánicos son reunión accidental de mónadas, y los cuerpos orgánicos poseen una mónada reina alrededor de la cual se agrupan las restantes mónadas.

La constitución interna de las mónadas genera la distinción entre ellas y explica los cambios continuos de las mismas. Una de las características principales de las mónadas es la incomunicabilidad entre ellas “no tienen ventanas por donde puede entrar o salir algo... los cambios naturales de las Mónadas vienen de un principio interno, puesto que una causa externa no puede influir en su interior” (180). El origen de las mónadas es Dios, con el que se encuentran en permanente dependencia y comunicación. Cada mónada es un microcosmos, un espejo que refleja toda la creación, y la jerarquía se establece por el grado de claridad que representan el universo, desde los seres inorgánicos en que todo es confuso y oscuro, hasta Dios que es la mónada suprema donde todo es claro y distinto.

Leibniz reacciona contra la opinión cartesiana que había visto la esencia de la materia en la extensión, y así opta por la *res cogitans*, o sea las cosas están compuestas de elementos vivos o de pensamiento. El mecanicismo y la pasividad implícita en el sistema cartesiano es sustituido por un panvitalismo o un panpsiquismo en donde toda la realidad está compuesta por elementos activos y vivientes. Las mónadas son formas cuya esencia no es la materia ni la extensión sino la fuerza y la actividad, por eso Verdross acer-

(179) Leibniz, Godofredo G., *Monadología*, Ed. Aguilar, Bs. As., 1971, pág. 27.

(180) *Ibidem*, pág. 29.

tadamente señala que Leibniz “si bien rehabilita la forma, suprime la materia” (181). Aparte, si la sustancia es una fuerza inextensa de orden psíquico, la pregunta que legítimamente surge es por los cuerpos, el espacio y el tiempo. Consecuente con la metafísica monadológica, Leibniz caracterizará a los cuerpos como “fenómenos bien fundados”, pues propiamente no hay cuerpos ni materia dado que ésta es simple agregado de mónadas. El espacio y el tiempo tampoco son sustancias sino simplemente relaciones entre los fenómenos, el espacio es “el orden los coexistentes” y el tiempo “el orden de los sucesivos” (182).

La realidad para Leibniz, según vimos, es un conjunto de formas vivientes, pensantes y activos. Pero éstas mónadas que se encuentran incapacitados para desplegar una interacción causal entre sí, conforman sin embargo un universo perfecto, jerárquico y armónico. El orden maravilloso de los seres se explica recurriendo a Dios que al crearlos estableció una perfecta coordinación y sincronía entre todas y cada una de las sustancias. Esa armonía preestablecida por el divino Arquitecto explica los movimientos de las sustancias de manera que sin influirse entre sí actúan las almas según las leyes de las causas finales y los cuerpos según las leyes de las causas eficientes “y los dos reinos, el de las causas eficientes y el de las causas finales, son armónicos entre sí... Este sistema (de la armonía preestablecida) hace que los cuerpos actúen como si (por imposible) no hubiera Almas; y que las Almas actúen como si no hubiera cuerpos; y que actúen como si el uno influyera sobre el otro” (183). La solución propuesta por Leibniz es a criterio de Amerio “verdaderamente paradójica, según la cual toda la sabiduría y poder del Creador estarían ordenadas a crearnos la ilusión de que las mónadas obran, sin obrar y son causas, sin ser causas realmente” (184).

La antropología leibniziana es muy rudimentaria, limitándose a describir al cuerpo como un conjunto de mónadas vivas que se

(181) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, ob. cit., pág. 103.

(182) *Ibidem*, pág. 105.

(183) Leibniz, Godofredo F., *Monadología*, ob. cit., pág. 56.

(184) Fabro, Cornelio, *Historia...*, ob. cit., pág. 73, T. II.

organizan en torno al alma o mónada-reina. El innatismo de Leibniz tiene un sentido diferente al que sostiene Descartes, las mónadas no pueden conocer nada que esté fuera de ellas, lo innato es la representación del universo que Dios ha puesto en el interior de cada mónada al crearla. Todo conocimiento es innato y es un proceso de esclarecimiento, por el que de la sensación (conocimiento confuso) se pasa a la idea (conocimiento distinto). Es que cada mónada está clausurada en sí misma y lleva dentro de sí, desde su creación, todos sus conocimientos.

Distingue Leibniz dos clases de verdades: de razón y de hecho. Las primeras son *a priori*, necesarias, inmutables, refieren a las esencias y se fundan en el principio de identidad o de contradicción. Las verdades de hechos son contingentes, se apoyan en la experiencia, refieren a las existencias, y se fundan en el principio de razón suficiente (no hay hecho ni enunciación verdadera "sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo" (185). El racionalismo de Leibniz concluye en la coincidencia entre el orden racional y el orden real, pues atento a que las verdades de hecho están necesariamente incluidas en las mónadas, de llegar a conocer la estructura interna de éstas nos daríamos cuenta que aquellas verdades contingentes son necesarias; las verdades de hecho se reducen a las verdades de razón, el predicado está contenido en el sujeto.

Además de la matemática y la filosofía, Leibniz se ocupó de los problemas jurídicos, e incluso alcanzó en su juventud el título de Doctor en Derecho. El pensamiento filosófico-jurídico leibniziano experimenta una marcada evolución. Así en las primeras obras comparte Leibniz la corriente voluntarista y nominalista, sosteniendo que el fundamento del derecho reside en la voluntad del superior, que es Dios o el soberano, y llegando a expresar: "La escuela nominalista es, dentro de la escolástica, la más profunda y la más adecuada para renovar la filosofía actual" (186). Pero en su obras posteriores optará decididamente por el racionalismo llegando en

(185) Leibniz, Godofredo G., *Monadología*, ob. cit., pág. 37.

(186) Cit. por Hanz Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 150.

muchos temas a apartarse de los principios rectores de la moderna Escuela del derecho natural.

Su metafísica monadológica y el optimismo que encierra la misma, lo llevan a Leibniz a negar la separación entre derecho, moral y teología. El derecho se remonta a Dios que es la fuente y el fin de la justicia, pero ese Dios es fundamentalmente racionalidad suprema y perfecta. La justicia leibniziana es caridad, o sea amor, el amor supremo y el amor a Dios es la perfecta forma de justicia: la "justicia universal" que abarca a todas las demás virtudes, y de ella procede el principio romanístico de "vivir honestamente" o "vivir religiosamente". Además de éste supremo grado de la justicia llamado "piedad", y por debajo, Leibniz ubica la "justicia distributiva" o "equidad" a la que corresponde el principio de "dar a cada uno lo suyo". Finalmente, la tercer forma de justicia es la "conmutativa" o también llamada "derecho estricto" cuyo principio es "no causar daño a nadie".

No obstante ese sabor de filosofía clásica que por momentos ofrece la filosofía jurídica leibniziana, es indudable que Leibniz intentará desarrollar una teoría jurídica rigurosamente idealista y que tenga el rigor de las matemáticas, y así claramente lo expresa: "La teoría jurídica cuenta entre aquellas ciencias que no dependen de la experiencia, sino de definiciones, no de pruebas de los sentidos, sino de la razón", y refiriéndose a la justicia, que incluye "entre las verdades eternas y necesarias", nos dice Leibniz que del concepto de la misma "pueden extraerse consecuencias seguras, según las leyes inquebrantables de la lógica; del que pueden deducirse evidencias necesarias y demostrables, que no dependen de hechos, sino sólo de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la dinámica, y también, la ciencia jurídica" (187). Sin embargo, Leibniz no admite la resistencia a la desobediencia al derecho humano, aun cuando sea notoria su injusticia (188).

(187) *Ibidem*, pág. 159.

(188) Truyol y Serra, Antonio, *Historia...*, ob. cit., T. II, pág. 198.

Leibniz no tuvo prejuicios en acercarse y estudiar el derecho romano, pero procurará racionalizarlo. Es que no en vano Leibniz será uno de los impulsores de la codificación procurando desarrollar un "nuevo código breve, claro y suficiente", merced al cual el derecho "entenebrecido por la cantidad, por la oscuridad, por la imperfección de las leyes, por la variedad de los tribunales, por las disquisiciones de los juristas" sea puesto finalmente "en clara luz" (189).

1.9. Christian Thomasio (1655 - 1728)

Se le atribuye a este autor que enseñara en la Universidad de Halle, el mérito de haber sido fundamentalmente un divulgador exitoso más que un pensador profundo y original. En Alemania se lo llegó a llamar "el segundo Lutero" (190) y en la opinión de Hirschberger "con Thomasio se inaugura el influjo del empirismo y psicologismo inglés en la filosofía alemana" (191).

Las fuentes filosóficas del sistema thomasiano naturalista proceden "del racionalismo cartesiano, el sensismo de Locke y del influjo de Grocio y Pufendorf" (192), y uno de los principios fundamentales de aquél lo constituye la definitiva ruptura que Thomasio llevará a cabo entre derecho y moral.

En su obra principal, *Fundamenta juris naturae et gentium*, establece con manifiesto tono utilitarista e individualista, que el fin universal del obrar humano es alcanzar una vida lo más larga y feliz posible, y para ello la conducta humana debe ajustarse a lo "honesto, decoroso y justo". Estos tres grandes campos reguladores del obrar se expresan por un principio fundamental: "obra con los demás como querrias que los demás obraran contigo" (pre-

(189) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, págs. 162 y 163.

(190) Friedrich, Carl J., *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, *pág.* 176.

(191) Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, T. II, *ob. cit.*, *pág.* 126.

(192) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, *ob. cit.*, *pág.* 970.

cepto del decoro o de lo conveniente social o de los usos sociales); “obra contigo mismo como querrías que los demás obraran contigo” (precepto de lo honesto o de la moral); y “no obres con los demás como no querrías que se obrase contigo” (precepto del derecho o de lo justo). Así quedan deslindados los dos mundos de la conducta: el *forum externum* del decoro y el derecho, y el *forum internum* de la moral. Aparte la justicia y el derecho pierden con Thomasio todo sentido objetivo y de exigencias de conductas positivas, y se reduce a una fórmula negativa y subjetiva. Añade Thomasio que las reglas del derecho impiden el “mal máximo” en cuanto prohíben lo que es causa de la guerra y del odio, y promueven el “bien mínimo” ya que de poco vale no tener enemigos cuando tampoco se tiene amigos. Las reglas del decoro o usos sociales impiden el “mal medio” en cuanto no es necesario observarlas para evitar la guerra y el odio, y promueven el “bien medio”, ya que muestran de qué modo se pueden conseguir amigos. Las reglas de lo honesto o moral impiden el “mal mínimo” ya que el no obedecerlas no perjudica a los demás hombres, y procuran el “bien máximo”, ya que no ayudan a tener amigos si el enemigo está dentro de nosotros mismos, y enseñan el modo de lograr la sabiduría (193). Como se ve claramente, los tres preceptos quedan encerrados en una especie de cálculo que hace el sujeto al actuar buscando satisfacer su libertad y su utilidad individual. Viviendo honestamente conservamos la paz interior; viviendo decorosamente logramos amigos; y viviendo justicieramente no provocamos a los demás y mantenemos la paz externa.

Pero además de la nota de intersubjetividad atribuida al derecho, Thomasio distinguirá el ámbito jurídico de las otras normativas por medio de la coercibilidad. Los únicos deberes que tienen posibilidad de ser exigidos coerciblemente son los jurídicos, detentando el Estado con exclusividad el poder de coacción. La obligación jurídica es externa y se apoya en el temor a la coacción por

(193) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ob. cit., T. II, pág. 171.

parte del obligado. Con Thomasio aparece la coercibilidad como la nota esencial y distintiva de la juridicidad.

Partiendo Thomasio del nominalismo, concluirá pretendiendo derivar el mundo moral de la física y afirmando la supremacía de la voluntad, y así sostiene que la naturaleza moral “que no es sino un aspecto de la naturaleza física, depende de la voluntad” (194). El voluntarismo thomasiano está cargado de utilitarismo, los mismos preceptos del decoro, moral y derecho no son más que medios que la razón pone al servicio de la voluntad para la satisfacción de sus deseos.

El derecho natural en el sistema thomasiano de los *Fundamenta...*, se conoce “mediante el razonamiento de ánimo sereno” (195) y sin necesidad de un autor que lo ponga, aunque Dios como creador de toda la naturaleza termina siendo la causa última de aquel derecho. Ese Derecho natural dictado por la razón, y en sentido estricto, comprende los preceptos de justicia. Pero es importante recordar que Thomasio había sostenido la coercibilidad como la nota distintiva de la obligación jurídica, y en función de ello resulta que el derecho natural pierde el carácter propiamente jurídico, así lo dice el profesor de Halle: “Guárdate de creer que la ley natural y la positiva, la ley divina y la humana son especies del mismo género; la ley natural y la ley divina pertenecen, más bien, a los consejos que a los mandatos, mientras que la ley humana en sentido propio sólo puede ser concebida en relación con una norma imperativa” (196). Thomasio le impone al derecho natural que se constituya en un sistema normativo coactivo si pretende dejar el campo de la moral para incorporarse efectivamente al jurídico.

El empirismo thomasiano, según Wieacker, saturó fuertemente el derecho racionalista incorporando material intuitivo y exigencias prácticas, por lo que el derecho natural se vio forzado a relativizarse conforme a las exigencias históricas de la comunidad, y así a

(194) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, ob. cit., pág. 194.

(195) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, ob. cit. pág. 170.

(196) Welzel, Hanz, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 172.

Thomasio "se le puede considerar como uno de los fundadores del historicismo" (197).

Paladín de la tolerancia y del liberalismo en materia religiosa, Thomasio no es tan preciso en lo que atañe a la esfera política. Es directamente tributario de Pufendorf en la teoría del Estado, aunque más inclinado al despotismo ilustrado. A pesar de su racionalismo, Thomasio coincide con Hobbes en una concepción pesimista del hombre, de inspiración luterana, negando el libre albedrío. De ahí también su voluntarismo en cuanto al derecho positivo, reducido al concepto de ley, y fundado, en orden a su validez, en la voluntad de un superior (198).



1.10. Christian Wolff (1679 - 1754)

Wolff, que se desempeñará como profesor de matemáticas y filosofía en Haile y Marburgo, cumplirá el papel de "pedagogo" de la filosofía racionalista en Alemania, la que partiendo en Descartes había logrado un significativo desarrollo con Leibniz.

Prácticamente en casi todas las obras de Wolff aparecen las expresiones: "racional" o "método científico". El esfuerzo wolffiano se orienta a reducir a racional y necesario todo lo irracional y contingente; el conocimiento matemático es el conocimiento por excelencia y debe unirse con el conocimiento filosófico; y su racionalismo y determinismo pretende, conforme a las enseñanzas de Spinoza, una identificación entre el orden del pensamiento y el de la realidad. Era Wolff "un espíritu sistematizador, que buscaba ante todo la conexión de las partes en una totalidad conceptual sin fisuras" (199).

Es suficientemente conocida la división de la Filosofía que pondrá Wolff, la que repercutirá incluso entre círculos tomistas. La lógica ocupa el primer lugar, pues la considera como disciplina anterior a todo conocimiento. La filosofía propiamente dicha se di-

(197) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado* . . . , ob. cit., pág. 283.

(198) Truyol y Serra, Antonio, *Historia* . . . , ob. cit., T. II, pág. 202.

(199) *Ibidem*, pág. 203.

vide en especulativa y práctica, según las dos facultades del alma: intelecto y voluntad.

La filosofía especulativa es el nuevo nombre de la metafísica y abarca cuatro ramas: la ontología (estudia el ser en general); la psicología racional (su objeto es el alma); la cosmología (estudia el mundo en general); y la teología racional (cuyo objeto es la existencia y naturaleza de Dios). La metafísica es “la ciencia de todas las cosas posibles” (200), entendiendo por posible lo que no implica contradicción y será la filosofía la encargada de examinar los posibles que existen dentro de nuestro contenido de conciencia con vista a determinar la razón de su posibilidad. Toda posibilidad queda reducida a la posibilidad lógica o intrínseca. La verdad es lo concebible o posible, sin relación a la existencia. Un juicio es verdadero cuando se determina el predicado del sujeto, o sea que todo juicio verdadero es analítico y en consecuencia el método filosófico es idéntico al matemático.

La ontología deduce a partir del principio de contradicción las leyes del ser en general, de los seres reales o posibles. Wolff textualmente define: “se llama ser a lo que puede existir” y “como lo que puede existir es lo posible, el ser es lo posible” (201). Si llamamos ser a algo es porque puede existir y no porque exista. La esencia es lo que primero que se concibe en un ser, y ella resulta de elementos que no se contradigan y que no pueden deducirse el uno del otro. “La esencia de un ser no es otra cosa que su posibilidad intrínseca; el que comprende esta posibilidad, comprende la esencia; y el que comprende la posibilidad es aquel que puede demostrarla *a priori*”, y define Wolff a los atributos de una cosa como las propiedades inseparables y que se deducen de su esencia, mientras que los modos son las propiedades que si bien no son incompatibles con la esencia no se deducen de ella.

No teme Wolff en manifestar su coincidencia con pensadores escolásticos, especialmente Suárez, lo que lleva a Gilson a calificar

(200) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 112

(201) *Ibidem*, pág. 115.

al sistema wolffiano de "escolasticismo racional" (202). Pero es indudable que hay una gran distancia entre Wolff y Santo Tomás, es que la filosofía de aquél es "esencialista", completamente nocional, *a priori* y desarrollada por deducción, desconoce totalmente la *analogia entis* y la importancia de la existencia. En Wolff la existencia es simplemente "el complemento de la posibilidad", y no es ni un esencial de ningún ser ni tampoco su atributo. Mientras que en Santo Tomás lo posible se define en relación a la existencia, en el pensamiento wolffiano ocurre justamente a la inversa y la consecuencia de esta concepción del ser independiente de su existencia, es que la ciencia del ser "no se ocupa de los problemas concernientes con ninguna clase de existencia, ni la de este mundo ni la de Dios" (203).

La cosmología en sus diversas ramas, se ocupa de deducir todo lo que es posible en el ámbito corporal. El mundo material está integrado por la totalidad de las cosas compuestas y modificables, las que se encuentran unidas por leyes y constituyendo una especie de enorme reloj. Sosteniendo esos cuerpos extensos que integran la máquina, están los elementos invisibles y metafísicos.

La psicología deduce todo lo que es posible en el ámbito del alma. Wolff recurre a la armonía preestablecida leibnitziana para resolver el problema de la unión del cuerpo y el alma.

La que deduce lo que es posible en el campo de Dios, es la teología racional. Dios es el ser absolutamente perfecto, es decir que no contiene ninguna contradicción y en consecuencia es posible, y si Dios es posible, existe.

La filosofía práctica wolffiana se divide en una parte general, también llamada derecho natural, y otra especial que agrupa: Ética o Filosofía Moral (estudia al hombre en estado natural o en la sociedad del género humano); Política (estudia al hombre en cuanto miembro de la sociedad civil) y Economía (estudia al hombre en cuanto miembro de sociedades menores).

(202) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna, ob. cit.*, pág. 193.

(203) *Ibidem*, pág. 195.

La filosofía jurídica de Wolff, en cuanto a la distinción entre derecho y moral, se encuentra cercana a Leibnitz y alejada de Thomasio. El derecho es concebido como ley permisiva compuesta sólo de facultades, y la moral es ley preceptiva integrada por deberes. El derecho no puede ordenar nada contrario a la moral, pero tampoco puede prohibir las acciones contrarias a ella. Tanto la moral como la ley natural tienen su fundamento en la naturaleza humana, e indican las acciones que procuran la perfección del hombre.

El sistema jusfilosófico de Wolff es profundamente individualista, y el mismo parte de la igualdad natural de los hombres y de los correspondientes derechos subjetivos innatos: igualdad, libertad, seguridad y legítima defensa. La misma expresión "derecho de la naturaleza" no tiene en Wolff el significado de ley sino de derecho subjetivo puesto por la ley. Se reconocen sin embargo la existencia de deberes para con los demás, los subordina al cumplimiento del deber de cada uno para consigo mismo.

Además de su obra juvenil *Filosofía práctica universal expuesta por el método matemático*, influida por el voluntarismo y Pufendorf, nos interesa principalmente su etapa racionalista leibniziana en donde escribirá su voluminosa obra *Ius naturae scientifica pertractata*. En los nueve tomos que comprenden a esta última, intenta Wolff sin recurrir a ningún elemento empírico o inductivo y valiéndose de un riguroso método deductivo a partir de axiomas, desarrollar un riguroso sistema de derecho natural que a diferencia de los anteriores sería "un sistema en el verdadero sentido de la palabra" (204). La opción de Wolff por seguir un método deductivo en su Filosofía jurídica es firme: "La verdad del derecho político, como la del derecho natural, puede demostrarse con precisión y certeza... es posible deducir el uno del otro mediante una cadena ininterrumpida de razonamientos; las verdades así relacionadas entre sí constituyen un sistema" (205).

Conforme al individualismo apuntado y a las doctrinas en boga, Wolff también se enrolará en el contractualismo social-político. Los

(204) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, ob. cit., pág. 220.

(205) Truyol y Serra, Antonio, *Historia...*, ob. cit., T. II, pág. 204.

hombres por medio de un pacto instituyen el Estado y de ese modo logran las condiciones que permitan una vida tranquila y feliz. La exigencia natural que obliga a los hombres a fomentar el perfeccionamiento de sus semejantes, rige también para las relaciones entre los distintos Estados.

En opinión de Verdross “el sistema jusnaturalista de Wolff resultó ser —igual que el de Pufendorf— una simple sublimación del derecho positivo de su época” (206), poniendo según Wieacker dicha construcción al servicio “del absolutismo ilustrado prusiano” (207).

Más allá de las críticas, lo cierto es que la tarea jusfilosófica wolffiana se consolidará en las Facultades de Derecho y en numerosos discípulos que cumplirán papeles protagónicos en la tarea codificadora europea. La proyección en el campo jurídico de Wolff, justifica que Wieacker lo coloque junto a Pufendorf y a Thomasio como “los tres pensadores más significativos del Derecho racional” (208).

Pero si el Wolff jurídico es importante, en cuanto a la trascendencia que logra no lo es menos filosófico. Como prueba de ello basta mencionar las palabras de Kant respecto a la metafísica de aquél: “En la ejecución del plan que traza la crítica, es decir, en la construcción de un sistema futuro de metafísica, debemos seguir el método severo del ilustre Wolff, el mayor de todos los filósofos dogmáticos” (209).

1.11. Juan Jacobo Rousseau (1712 - 1778)

El valor filosófico del pensamiento de Rousseau es pobre, pero su importancia radica en haber reaccionado contra los “ilustrados” de su tiempo y en constituirse en un precursor del romanticismo y de las filosofías antirracionalistas y sentimentales del siglo XIX y en brindar la solución política y jurídica sobre la que se levantará la Revolución Francesa. Mientras que la obsesión filosófica de los pen-

(206) Verdross, Alfred, *La filosofía...*, ob. cit., pág. 220.

(207) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, ob. cit., pág. 285

(208) *Ibidem*, pág. 240.

(209) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 111.

sadores analizados era la necesidad de certeza, el temor al error y el hallar el método científico que garantizara la verdad de los razonamientos; en Rousseau sus sueños y discursos se orientan a idolatrar la naturaleza, la espontaneidad de nuestros sentimientos, y la libertad del “hombre”, y consecuentemente a aborrecer la sabiduría, los prejuicios, las instituciones sociales y al “ciudadano”.

En su primera obra, *Discurso sobre las ciencias y las artes*, que le valiera una rápida fama al ganar el Concurso convocado por la Academia de Dijón sobre el tema *Si el progreso de las ciencias y otras artes había contribuido a corromper o purificar las costumbres*, el ginebrino acusa a las ciencias y a las artes el haber provocado la decadencia moral. El hombre nacía esencialmente bueno y la sociedad y la acumulación de saberes se encargaban de hacerlo desgraciado. Los males humanos provenían de los equivocados esfuerzos del hombre “por salir de la ciega ignorancia en que la eterna sabiduría le había colocado” (210).

En el *Discurso sobre el origen de las desigualdades*, Rousseau se propone “describir... la vida de la especie; cuyas cualidades han recibido y que la educación y las costumbres te han depravado, pero que no han llegado a destruir en ti” (211), y para ello precisa el método: “comencemos por descartar todos los hechos, pues nada tienen que ver con esta cuestión” y opta por “razonamientos hipotéticos y condicionales, más aptos para aclarar la naturaleza de las cosas que para mostrar su verdadero origen” (212). Claramente señala Rousseau: “La naturaleza ha establecido la igualdad entre los hombres, mientras que éstos han instituido la desigualdad” (213). precisamente el comienzo de esa desigualdad coincidió con el inicio del estado social y civil: “El primero a quien, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir: éste es mío, y encontró personas bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil” (214). Con la propiedad comienza la desigualdad y la consi-

(210) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 404.

(211) *Ibidem*, pág. 406.

(212) *Ibidem*.

(213) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, ob. cit., pág. 942.

(214) *Ibidem*, pág. 943.

guiente servidumbre entre los hombres, la que resultará consolidada a través del derecho positivo y el poder político: "...en el estado natural, era casi nula la desigualdad, pero que después fue tomando fuerza y amplitud por el desarrollo de nuestras facultades y por el progreso de la mente humana, hasta que resultó estable y fue legitimada por el establecimiento de la propiedad y de las leyes. De esto se sigue que la desigualdad moral, autorizada sólo por las leyes positivas, es contraria a la ley natural en todo caso en que no responde proporcionalmente a la correspondiente desigualdad física" (215).

Rousseau cree que el hombre salvaje o natural perdió su igualdad, su libertad y su felicidad a consecuencia de las "ciencias y las artes" y de la sociedad, con su distinción de las propiedades y sus leyes positivas; y así en su *Emilio* escribirá con moderno lenguaje matemático: "El hombre de la naturaleza lo es todo para sí; él es la unidad numérica, el entero absoluto, que no tiene relación más que consigo mismo o con su semejante. El hombre civilizado es una unidad fraccionaria que determina el denominador y cuyo valor expresa su relación con el entero, que es el cuerpo social" (216).

Es sin duda, *Del Contrato Social* la obra más importante de Rousseau y su publicación alcanzó rápida y notable difusión. Al comienzo del capítulo I del Libro I nos precisa el ginebrino el interrogante que pretende resolver: "El hombre ha nacido libre, y por doquier está en cadenas; se cree amo de los otros, y es tan esclavo como ellos. Yo no sé como se pudo llegar a este cambio; pero sí creo poder contestar a la pregunta de cómo legitimarlo".

Algunos autores han planteado la absoluta incompatibilidad entre el *Contrato* y los *Discursos*, sin embargo la mayoría se inclina a sostener que Rousseau procura con su principal obra proponer una determinada forma asociativa por la que el hombre recupere las ventajas que gozaba en el estado natural. Textualmente le asigna el autor al *Contrato Social* la finalidad de "hallar una forma de

(215) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna, ob. cit.*, pág. 409.

(216) Rousseau, Juan Jacobo, *Emilio o de la Educación*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1973, pág. 98. Ver Montejano, Bernardino, *Curso de Derecho Natural*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, págs. 176 y sgtes.

asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y bienes de cada asociado; y por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo, y quede tan libre como antes" (217). Si los hombres nacen iguales y libres, el único modo de constituir una autoridad legítima es por vía de las convenciones o pactos, y el contrato social es el medio para que el hombre recupere su libertad e igualdad. La cláusula fundamental de dicho contrato dispone "la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad, porque dándose cada uno todo entero, la condición es igual para todos, y dándose cada uno a todos no se da a nadie en particular... Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros en cuerpo recibimos cada miembro como parte indivisible del todo" (218).

André Vincent destacando el voluntarismo extremo al que llega Rousseau señala, con acierto, que del pacto social no sale estrictamente ningún "nuevo orden" sino una nueva voluntad. Esta alienación total de las voluntades individuales produce la "voluntad general" (219). La soberanía consiste en esa voluntad general que tiene en cuenta el interés común, y así se concluye la necesaria coincidencia entre la voluntad de cada uno con la voluntad de los demás en cuanto miembros de la sociedad: "aquel que rehúse obedecer a la voluntad general será a ello obligado por todos; lo que no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre" (220).

La ley es expresión de la voluntad general, y ésta "es siempre justa, recta y promotora de la utilidad común, dado que abarca el interés igualmente común, para todos los ciudadanos, de tal suerte que cada individuo, al perseguir el interés común" (221). Rousseau opta por un nuevo totalitarismo diferente a Hobbes: "el pacto social

(217) Rousseau, Juan Jacobo, *Contrato Social*, L. I, c. VI, Ed Perrot, Bs. As., 1961.

(218) *Ibidem*.

(219) Vincent, André, *Génesis y desarrollo del voluntarismo Jurídico*, Ed. Ghersi, Bs. As., 1978, págs. 42 y sgtes.

(220) Rousseau, Juan Jacobo, *Contrato Social*, ob. cit., I, VII; Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, ob. cit., T. III, pág. 938.

(221) Rousseau, Juan Jacobo, *Contrato Social*, ob. cit., L. II, c. 3.

da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, y este mismo poder es el que dirigido por la voluntad general, tiene como ya he dicho el nombre de soberanía” (222). La libertad rousseauiana consiste en someterse a la ley creada por la voluntad general lo que implica someterse a sí mismo y no a una voluntad particular. No cabe la posibilidad de la injusticia o del daño establecido por la ley dado que “nadie es injusto hacia sí mismo” (223). Guido Fassó destaca que mientras en los autores liberales desde Locke a Montesquieu la libertad se identifica con el no impedimento, en Rousseau “la libertad es la obediencia a la ley que se ha prescripto” (224).

El tránsito del estado natural al civil y gracias al mecanismo infalible de la voluntad general, resulta beneficioso para el hombre. La voluntad general, por medio de la ley devuelve garantizados y tutelados los derechos subjetivos innatos transformados en derechos civiles. Con la constitución de la sociedad, la libertad natural que “no tiene más límites que las fuerzas del individuo” (225), a instancias de la voluntad general se convierte en libertad civil, en voluntad verdadera.

La solución política propuesta por Rousseau se aparta de las defensas a la Monarquía absoluta o constitucional expuestas por Hobbes y Locke, respectivamente. La soberanía, para el ginebrino, reside en el cuerpo social y consiste en el ejercicio de la voluntad general que se expresa en las leyes. Pero no hay división de poderes como en Montesquieu, la soberanía es inalienable e indivisible y el poder legislativo corresponde al cuerpo social, sujeto de la soberanía. El gobierno encargado del ejercicio del poder ejecutivo, son simplemente mandatarios o comisionados del pueblo soberano: “¿qué es pues gobierno? Un cuerpo intermedio, establecido entre los vasallos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes, y del mantenimiento de la libertad

(222) *Ibidem*, L. II, c. 4.

(223) *Ibidem*, L. II, c. 6.

(224) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, pág. 247.

(225) *Ibidem*, pág. 244.

tanto civil como política. Los miembros de este cuerpo se llaman Magistrados, o Reyes, es decir Gobernadores, y el cuerpo entero tiene el nombre de Príncipe” (226).

Rousseau completando a sus antecesores, define el mecanismo conforme al cual podrá funcionar ese nuevo Estado, fruto del individualismo egoísta del hombre y creado por su libre voluntad de contraer con sus semejantes; ese es el verdadero hallazgo revolucionario del *Contrato Social* y que le asegurará su perpetuidad. El modo forzoso de viabilizar esa construcción de la voluntad general, es por medio de la votación, atento a que las partes de las voluntades particulares que procuran sólo intereses singulares de los individuos se anulan entre sí porque se contradicen, y así lo que resta, o sea la otra parte de las voluntades particulares común a todos, es la voluntad general. La infabilidad de esta voluntad se extiende hasta regular las convicciones religiosas de los ciudadanos fijando la religión civil, a la que obligatoriamente se deben adherir los mismos bajo pena de exclusión de la comunidad o de muerte. El cuerpo social no tolerará ninguna religión distinta de la estatal, y sobre todo Rousseau destaca los peligros de la religión católica por su independencia frente al Estado y su pretensión universal. La función fundamental a cumplir por la religión civil a establecerse por la voluntad general, es garantizar la inviolabilidad del contrato social y de las leyes.

A criterio de Verdross la doctrina rousseauiana desemboca “en una dictadura mayoritaria ilimitada” (227), es el voluntarismo llevado a un extremo en donde se ha extinguido absolutamente todo vestigio de orden objetivo y de razón, sólo interesa el “cómo” de las normas jurídicas, y se deja de lado el “qué” y el “porqué” del derecho. Aquella voluntad es un fin en sí mismo y encuentra en sí misma la posibilidad de justificar inefablemente cualquier decisión. Refiriéndose a la voluntad general, Maritain dice: “es la voluntad propia del yo común, engendrado por el sacrificio que cada uno ha hecho de sí mismo y de todos sus derechos en el altar de la

(226) Rousseau, Juan Jacobo, *Contrato Social*, ob. cit., L. III, c. 1.

(227) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, ob. cit., pág. 200.

ciudad", y la ley será "la expresión de la voluntad general que ya no emanará de la razón sino del número" (228).

Más allá de la discusión acerca de si Rousseau admitió o no la existencia de una ley natural (229), podemos concluir que en su sistema la justicia y el derecho son aquello que sin limitación define como tales la voluntad general. En definitiva, en Rousseau el derecho natural queda subsumido en el derecho positivo.

La influencia de Rousseau fue ingente y variada. Se hizo sentir intensamente sobre la Revolución Francesa, en particular sobre Robespierre y Saint-Just, y el culto del Ser Supremo fue el eco de la religión civil roussoniana. En el campo de la filosofía del derecho y del Estado, Kant y Hegel recibirán fuertes estímulos de Rousseau (230).

Naturaleza y voluntad son las palabras mágicas en el sistema de Rousseau. La naturaleza rousseauiana es sinónimo de instintos, espontaneidad, sentimientos, ignorancia, individualismo extremo, amor a sí mismo y libertad. La voluntad es fuerza veraz y justa y el fundamento de todas las realidades sociales. Acerca de los errores se dice que podemos saber cuando comienzan pero es imposible predecir donde terminarán; y observando la evolución de la filosofía moderna, que reemplazó la *res* por el *cogito*, se comprueba que esa Diosa Razón a la que se le rendía culto termina decretando su propia muerte a expensas de una voluntad que se ha hecho incontrolada al estar fuera del orden natural, y así Rousseau en carta a D'Alembert afirma: "No me habéis de filosofía; yo menosprecio esos arreos engañosos que no consisten más que en vanos discursos... Cuanto más saben los hombres, más se engañan. El único medio de evitar el error es la ignorancia" (231).

(228) Maritain, Jacques, *Tres reformadores*, Ed. Difusión, Bs. As., 1968, págs. 152 y 154.

(229) Truyol y Serra, Antonio, *Historia...*, *ob. cit.*, T. II, pág. 268, pone de relieve que "el carácter, unas veces paradójico y otras contradictorio, de no pocas fórmulas de Rousseau ha permitido... interpretaciones divergentes".

(230) *Ibidem*, pág. 269.

(231) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, *ob. cit.*, pág. 951.

1.12. Jorge Berkeley (1685 - 1753)

Este irlandés que llegara a ser Obispo protestante, estuvo animado a lo largo de su vida por un profundo sentido religioso, que lo llevó a combatir en el terreno de las ideas al materialismo y al ateísmo. Berkeley "se inserta en la corriente del empirismo y a través de Locke enlaza con Descartes" ⁽²³²⁾, y con su sistema procura concluir la negación de la materia, y afirmar solamente la existencia de Dios y los espíritus con sus ideas. Estaba convencido que suprimida la sustancia material, ello traería aparejado el derrumbe del materialismo.

Descartes había admitido a los cuerpos materiales y extensos; Malebranche los declaró incognoscibles directamente; para Leibniz la esencia de la materia no es la extensión sino las mónadas; y Locke sostenía un conocimiento confuso de las cosas corpóreas, pero sin llegar a percibir los objetos en sí mismos, creía en la genérica sustancia material que era el sostén de las cualidades primarias. Berkeley profundiza la subjetivación hasta comprender las cualidades primarias, tanto éstas como las secundarias carecen de objetividad y quedan reducidas a puras sensaciones o ideas.

Los cuerpos materiales o las cosas sensibles no son para el Obispo irlandés más que ideas o asociaciones de ideas cuya única realidad consiste en ser percibidas. Dichas ideas no requieren soporte material y se sustentan en el espíritu que las percibe. No hay materia, la única sustancia es la espiritual: Dios, los espíritus creados y las ideas en esos espíritus. Negada la existencia del mundo exterior resulta imposible la distinción entre ideas y cosas: "Si por ideas entiendes los objetos inmediatos del entendimiento, o las cosas sensibles, que no pueden existir sin ser percibidas, o fuera del espíritu, entonces estas cosas serán ideas" ⁽²³³⁾.

Diferencia Berkeley entre aquellas ideas que son eternas y arquetípicas que existen en Dios, y aquellas ideas que se encuentran reveladas o impresas por Dios en los espíritus creados. Dios

⁽²³²⁾ Fabro, Cornelio, *Historia...*, T. II, *ob. cit.*, pág. 82.

⁽²³³⁾ Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, *ob. cit.*, pág. 829.

realiza esa comunicación de las ideas a nuestros espíritus o mentes sin intermediarios o instrumentos materiales. La creación del mundo no significa que Dios cree ninguna sustancia material, sino solamente que Dios hace cognoscibles a los espíritus las ideas de las cosas que tiene en sí mismo desde la eternidad. El mundo y las cosas son el conjunto de ideas o de sensaciones que Dios de manera continua imprime en los espíritus individuales. Los espíritus son sustancias activas, la esencia y existencia de los mismos consiste en el acto de percibir; los espíritus perciben y las ideas son percibidas. Las ideas y las sensaciones no son representaciones de las cosas, sino las cosas mismas. Las cosas son tal como nos aparecen y su naturaleza consiste en ser percibidas. Percibir las ideas es percibir las cosas mismas.

Adopta Berkeley un nominalismo extremo: “Esa idea general del Ser me parece la más abstracta e incomprensible de todas las imaginables; y eso de los accidentes que sostiene no es posible entenderlo en el sentido común de tales palabras” (234). El sistema de Berkeley pretende llevar el empirismo de Locke hasta sus últimas consecuencias, y en consecuencia niega esas “naturalezas abstractas Absolutas” de las que había hablado el pensador inglés, dado que ellas suponían reconocer en nuestro conocimiento subjetivo algún elemento que pertenece objetivamente a las cosas concretas individuales. Berkeley es terminante, no hay ideas universales abstractas y todas las percepciones, sensaciones o ideas son siempre particulares y concretas y contienen todas las notas propias de las cosas que representan. Las consecuencias de tan extremo nominalismo lo llevan a Berkeley a admitir ciertas ideas generales concretas y no abstractas, que cumplen una función representativa de elementos semejantes, pero dichas ideas no trascienden de ningún modo misterioso todas esas particularidades representadas en las sensaciones concretas.

Reconoce Berkeley que hay un orden en la naturaleza, pero el mismo no es necesario sino contingente y dependiente de la voluntad de Dios. La regularidad y sucesión de los fenómenos se

(234) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna, ob. cit.*, pág. 263.

explica recurriendo a Dios que ha imprimido en nosotros las ideas en ese orden. El espíritu infinito "está íntimamente presente en nuestra mente, produciendo en ella toda esa variedad de ideas o sensaciones que continuamente nos afecta; dependemos de El de modo absoluto, y por El vivimos, nos movemos y tenemos nuestro ser" (235).

Certeramente Gilson ha calificado al sistema de Berkeley como "empirismo espiritual". Los cuerpos son las cualidades sensibles que percibimos, decir que la mesa existe es lo mismo que decir que la veo, la toco, etcétera. Las cualidades sensibles son ideas y atento a su naturaleza no pueden existir en una sustancia no pensante, sólo las puede poseer su espíritu. El hombre no es más que un espíritu que sirve de soporte a las ideas. Esfumado el mundo material y corpóreo no queda lugar para ninguna metafísica verdaderamente realista ni para pretender conocer las causas del ser. El inmaterialismo concluido por la teoría del conocimiento trazado por Berkeley lo conducirá al idealismo y a ser el antecedente inmediato de Hume.

1.13. David Hume (1711 - 1776)

El empirismo inglés que con Locke había logrado una caracterización bastante acabada, se profundizará con Berkeley y llegará a un extremo con Hume. Locke negó la objetividad de las cualidades secundarias y la sustancia no era más que una colección o asociación de ideas o impresiones a las cuales el espíritu atribuía un apoyo o un sustrato desconocido. Berkeley ahonda el empirismo y niega la objetividad de las cualidades primarias y secundarias y la realidad de la sustancia corpórea, concluyendo que sólo existen sustancias espirituales. Hume continúa el camino del empirismo y llega a la negación de toda sustancia, tanto material como espiritual.

La obra principal de Hume la constituye el *Tratado de la naturaleza humana*, que lleva un elocuente subtítulo: *Ensayo para introducir el método experimental de razonar en los temas morales*.

(235) *Ibidem*, pág. 270.

Los éxitos obtenidos por Newton con dicho método en el campo de las ciencias de la naturaleza, lo incita a trasladarlo para estudiar el hombre; en la introducción de aquella obra nos explica Hume su propósito en los siguientes términos: "...al pretender explicar los principios de la naturaleza humana proponemos un sistema completo de las ciencias, construido sobre una base casi enteramente nueva y la única sobre la que pueden descansar con alguna seguridad. Y como la ciencia del hombre es el único fundamento para las otras ciencias, de este modo el único fundamento sólido que podemos dar a esta ciencia misma debe residir en la experiencia y la observación" (236).

El referido tratado se compone de tres partes: primera, *Del conocimiento*; segunda, *De las pasiones*, y tercera, *Del fundamento de la moral*. Hume conforme a una metodología derivada de Descartes, entiende que el primer problema que afronta la filosofía y la ciencia es el problema gnoseológico, desde la solución de este problema se explicarán todas las demás ciencias. Y tras los pasos del empirismo sicologista de Berkeley reducirá "toda la estructura de nuestro comportamiento a sus comienzos sensoriales, empíricos, experimentales" (237).

Hume niega la existencia de ideas innatas y afirma que todas nuestras ideas provienen de las impresiones. No conocemos los objetos exteriores tal como son en sí, sino solamente nuestras percepciones, los hechos de conciencia que experimentamos, y "todas las percepciones de la mente humana se reducen a dos géneros distintos, que yo llamaré impresiones e ideas" (238). Las impresiones responden a las sensaciones actuales que afectan a los sentidos externos y son percepciones intensas y fuertes; en cambio, las ideas son representaciones internas débiles y pálidas que afectan a los sentidos internos, a la memoria, la imaginación y el entendimiento. Todas nuestras percepciones provienen de la experiencia sensible interior; las

(236) Hume, David, *Introducción al Tratado de la naturaleza humana*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1962, pág. 38.

(237) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 281.

(238) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. III, ob. cit., pág. 841.

impresiones o sensaciones son el material primario de nuestro conocimiento, y así todas nuestras ideas se derivan de las impresiones, aun cuando no podamos conocer de dónde provienen las impresiones que recibimos en nuestros sentidos.

Tanto las impresiones como las ideas pueden ser simples o complejas, estas últimas se constituyen por conexión o asociación de las simples. En este análisis fenomenista de combinar y asociar ideas aparece la imaginación, que en el sistema de Hume ocupa un lugar preferencial como facultad cognoscitiva: "Como todas las ideas simples pueden ser separadas por la imaginación, la que puede volver a unir las de nuevo en la forma que le plazca" (239). La asociación de ideas se rige por tres principios: 1º) Semejanza y desemejanza; 2º) Contigüidad en el tiempo y en el espacio; y 3º) Relación de causa a efecto.

El genio crítico de Hume arremete, con las armas del nominalismo, contra la abstracción y los universales: "todas las ideas generales no son más que ideas particulares, unidas a un cierto término, que les da una significación amplia y lo hacen recordar ocasionalmente otras ideas individuales, que se asemejan a ellas" (240). Es decir, que las ideas universales son representaciones o imágenes particulares semejantes que nuestra mente por costumbre evoca y las asocia, designándolas con un nombre común. La formación de las ideas complejas son explicadas por Hume recurriendo a una interpretación naturalista de la psique, atento a que su asociacionismo de ideas simples se explica deterministamente a través de ciertos elementos psíquicos que tienden a reproducirse.

Locke y Berkeley a pesar de su empirismo habían incurrido en la contradicción de referirse a ciertos datos metaempíricos y metafísicos, y así Hume se da a la tarea de "criticar la noción central, tanto del razonamiento lockiano, que va a desembocar en la sustancia material (sustancia como causa de las cualidades objetivas), como del de Berkeley, que aboca a la sustancia inmaterial (sustancia como causa de mis ideas), es decir, la noción de causa, que

(239) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 288.

(240) Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Lib. I, sec. 7.

por lo demás es la noción clave de cualquier razonamiento metafísico” (241). Hume niega el valor ontológico y objetivo de la sustancia, a la que define como “un conjunto de ideas simples unidas por la imaginación, y que se designan con un mismo nombre, por medio del cual nos es posible recordar ese conjunto” (242). En el fenomenismo humano se niega la sustancia, lo que sólo es una idea compleja que carece de valor objetivo y real. No percibimos directamente las esencias de las cosas, sino que tenemos impresiones pasajeras que afectan a nuestros sentidos pero que se renuevan cuando nos encontramos ante objetos semejantes. Esta asociación de ideas, respaldada por la costumbre, nos lleva a suponer la existencia de una sustancia, de algo permanente por debajo de aquellas impresiones, pero ello que está fuera de la experiencia no es más que un producto de nuestra fantasía. Con razonamientos similares negará Hume la sustancia psíquica: “cuando penetro del modo más íntimo en lo que llamo mi yo, caigo siempre sobre alguna que otra percepción particular, de calor o de frío, de luz o de oscuridad, de amor o de odio. Nunca puedo aprehenderme a mí mismo sin una percepción, y no puedo observar jamás otra cosa que la percepción” (243). El yo humano es incognoscible a la razón, es fruto de nuestra imaginación y algo que sustenta y unifica a través del tiempo la sucesión de impresiones.

Pero el genio destructivo de Hume contra el realismo clásico no se detiene, y logrará su más importante expresión con la crítica a la que someterá el principio de causalidad. En Locke había quedado éste reducido a una sucesión de impresiones; Berkeley conservó la causalidad sólo para las sustancias espirituales, y en Hume encontramos la negación total de cualquier clase de causalidad. El principio de causalidad no es evidente por intuición, lo único que podemos captar por la intuición sensible es la contigüidad y sucesión temporal de dos hechos, pero no su conexión necesaria ni la relación causal entre ellos. Tampoco podemos probar aquel principio por demostración analítica ni deductiva, pues lo único que

(241) Fabro, Cornelio, *Historia de la Filosofía*, T. II, *ob. cit.*, pág. 87.

(242) Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Lib. I, I, sec. 6.

(243) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, *ob. cit.*, pág. 152.

nos da la experiencia son dos fenómenos que se suceden y el atribuir una relación entre ellos es una costumbre o una creencia subjetiva. Esta costumbre creada mecánicamente con la repetición en la experiencia de un hecho que sucede a otro hecho, nada me puede hacer descubrir sobre la necesidad de la relación entre causa y efecto: “La razón —dice Hume— jamás podrá mostrarnos la conexión de un objeto con otro, ni aun ayudándose con la experiencia y la observación de que ha sido constante su conjunción en los ejemplos anteriores” (244).

En Hume en definitiva, lo único que queda de aquellas causas que según Aristóteles posibilitan el conocimiento de las cosas, es un principio de causalidad de valor psicológico sin contenido ontológico: “Es simple sucesión de dos fenómenos que relacionamos mentalmente. O la asociación constante, convertida en costumbre, de dos impresiones o de dos ideas, pero sin que podamos afirmar su relación causal en la realidad”, y así “una causa es un objeto precedente y contiguo a otro, y la impresión del uno a formar una idea más enérgica del otro” (245). En síntesis, el principio de causalidad no es más que una asociación de impresiones sucesivas, y esta asociación crea la ilusión de la necesidad porque es psicológicamente habitual. Si esperamos tal efecto, cuando vemos tal cosa, es porque estamos acostumbrados a ver esta cosa seguida de este efecto, y una vez adquirido ese hábito no podemos pensar de otro modo, pero debe quedar claro que bajo ningún aspecto hay “conexión” necesaria” entre los fenómenos, sino solamente “conjunción constante”.

Expuesta esta teoría de la causalidad, Hume concluirá la Sección XIV de la Tercera Parte del Libro *Del Conocimiento*, barriendo con la distinción aristotélica entre las especies de causas, a la que califica de “prejuicios y errores populares que han dominado la filosofía”: “todas las causas son del mismo género, y que no existen fundamentos para esta distinción que hacemos, a veces, entre

(244) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 292.

(245) Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Lib. I, III, sec. 14.

causas eficientes y causas *sine qua non*, o entre causas eficientes y causas formales, materiales, ejemplares y finales. Pues como nuestra idea de eficiencia se deriva de la unión constante de dos objetos, siempre que esto es observado es la causa eficiente y, cuando no lo es, no puede haber causa de ningún género" (246).

Todos aquellos objetos que caen fuera de la experiencia y del orden de las relaciones numéricas o cuantitativas quedan al margen del ámbito de la ciencia, y así Hume concluirá sus estudios *Del Conocimiento* con esta recomendación: "Cuando persuadidos de estos principios, recorramos una biblioteca ¡qué estragos vamos a hacer! Si cogemos, por ejemplo, un volumen de teología o de metafísica, preguntamos: ¿contiene razonamientos abstractos sobre la cantidad o el número? No. En este caso tiradlo al fuego, pues sólo contiene sofismas e ilusiones" (247).

El programa esbozado y diagramado por Descartes llega a su fin, Hume ejecuta en su versión empirista y escéptica el decreto de muerte a la metafísica, como lo destaca Gilson: "La agudeza filosófica de Hume cerró el círculo cartesiano" (248). El ser y el conocer resultan destruidos en el sistema humiano donde el fenómeno es "la aparición de no se sabe qué a no se sabe quién; o bien, la manifestación de nada a nadie" (249).

Negada la función teórica por Hume, no hay posibilidad de que la razón cumpla con alguna función directiva de la vida moral. La moral humiana deberá fundarse en los sentimientos de placer o dolor. "Tener el sentido de la virtud —explica Hume— no es sino sentir una satisfacción especial al verse frente a la buena conducta, el verdadero sentimiento se concreta en admiración o encomio" (250), y distingue entre virtudes útiles y las agradables. En la moral utilitarista humiana hay virtudes naturales, causadas por pasiones y sentimientos, y virtudes artificiales originadas en convenciones huma-

(246) *Ibidem*.

(247) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 154.

(248) Gilson, Etienne, *La unidad de la experiencia filosófica*, Ed. Rialp, Madrid, 1966, pág. 251.

(249) Fabro, Cornelio, *Historia de la Filosofía*, T. II, op. cit., pág. 89.

(250) Gilson, Etienne; Langan, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 305.

nas. Entre las artificiales, menciona Hume a la justicia cuyas exigencias deben su "origen y existencia a la utilidad que de su estricta y regular observancia deriva al público" (251). Hume considera que mientras en las demás pasiones puede reducirse su peligrosidad social, "sólo esta avidez en adquirir bienes y posesiones para nosotros mismos y nuestros amigos más próximos es insaciable, perpetua, universal y destructora de la sociedad", y agrega que "las reglas de la equidad o justicia dependen totalmente del estado y condición particular en que se encuentran los hombres, y deben su origen y existencia a la utilidad que para el público resulta de su estricta y regular observancia" (252).

Para explicar el origen de la sociedad y el Estado, se aparta Hume del contractualismo y escoge la vía instintiva o de los sentimientos. La obediencia al Gobierno y al derecho se funda en la paz y seguridad que tal observancia genera para los hombres. Hasta la religión abarca en su explicación instintivista; es el sentimiento de temor el que impulsa al hombre a creer en Dios que lo puede proteger.

Verneaux describe certeramente este peregrinar filosófico de espaldas al ser iniciado por Descartes: "Wolff y Hume son como dos polos de atracción entre los cuales queda descuartizado el cartesianismo, encarnando el uno el racionalismo y el otro el empirismo. No se puede hacer nada mejor en un sentido o en el otro. Si la filosofía debe sobrevivir, o bien debe volver a principios anteriores a Descartes, o bien abrirse un camino nuevo. De este modo, la filosofía moderna se encuentra, hacia 1750, aproximadamente en la misma situación en que se encontraba la filosofía griega en el siglo IV, cuando estaba dividida entre Heráclito y Parménides, y descompuesta por la sofística. El Platón de los tiempos modernos es Kant" (253).

(251) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, pág. 216.

(252) Cit. por Antonio Truyol y Serra, *Historia...*, *ob. cit.*, T. II, pág. 251.

(253) Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, *ob. cit.*, pág. 154.

1.14. Manuel Kant (1724 - 1804)

El filósofo de Königsberg pretende superar, por un lado el racionalismo dogmático de Woff demostrando la imposibilidad de conocer las cosas en sí por la razón pura; y además, por el otro, el empirismo de Hume que habiendo reconocido en los sentidos la única fuente de conocimiento frustraba la posibilidad de conocimientos universales y necesarios. El sistema kantiano será el del “idealismo trascendental”, entendiendo por trascendental “todo conocimiento (investigación o método) que se ocupa, no de los objetos, sino de nuestros conceptos (representaciones o juicios) *a priori* de los objetos” (254).

Kant define como trascendental el conjunto de leyes internas del espíritu que son condición de la experiencia; es decir, el filósofo prusiano ha tomado dicha palabra de la filosofía tradicional, y en un ejemplo más de los tantos que verificamos en la filosofía moderna, le cambió totalmente de significado. Trascendental en el realismo designa la realidad ontológica de las cosas en cuanto a aquellas perfecciones más generales que se encuentran en todas ellas: el ser, la verdad y el bien. Además, corresponde advertir con Hirschberger que “filosofía trascendental equivale, pues, a repulsa de la filosofía de la trascendencia de la metafísica antigua” (255), mientras que en el realismo “trascendente” alude la estructura óptica transubjetiva de los objetos, para el kantismo se rechaza el conocimiento de ese “trascendente” y sólo busca el conocimiento “trascendental” o apriórico en que el sujeto impone las condiciones o determinaciones de los objetos de experiencia.

Entiende Kant que su sistema implica una “revolución copernicana”, tomando en cuenta el cambio que en Astronomía significó la afirmación de Copérnico que era la tierra que deba vueltas alrededor del sol; pues hasta la aparición de las *Críticas* se había creído que el espíritu era condicionado por los objetos al conocerlos, pero el idealismo kantiano afirmará lo contrario, o sea que el espíritu

(254) Cit. por *Ibidem*, pág. 167.

(255) Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, T. II, ob. cit., pág. 142.

es el que condiciona a los objetos para hacer posible su conocimiento. La filosofía de Kant se dirige a tres objetivos capitales: 1º) Fundamentar la posibilidad del conocimiento científico —matemático y físico— y determinar la no posibilidad de la metafísica como ciencia, aunque ésta resulte legítima como disposición natural; 2º) Fundar una moral autónoma y formal que satisfaga prácticamente las exigencias metafísicas que habían sido declaradas teóricamente imposibles; y 3º) Conciliar la necesidad del ámbito de la naturaleza con la libertad del reino de la moralidad mediante una representación teleológica del universo. A la consecución de esos tres objetivos se contraen, respectivamente, las tres obras principales: *Crítica de la razón pura*, *Crítica de la razón práctica* y *Crítica del juicio*.

El objeto de la *Crítica de la razón pura* a la que Kant llama la “ciencia nueva”, “no es la naturaleza de las cosas que es inagotable, sino el entendimiento, que juzga la naturaleza de las cosas, y aun el entendimiento considerado sólo desde el punto de vista de nuestros conocimientos *a priori*. . . la razón pura es la que contiene los principios que sirven para conocer alguna cosa absolutamente *a priori*” (256). El problema general y previo que afrontará Kant en su primera *Crítica* es una teoría lógica del juicio en la que concluirá que los juicios que constituyen el conocimiento científico son los sintéticos *a priori*, dado que su primera condición le asegura progreso en el conocimiento atento a que el predicado no está contenido en el sujeto, y al ser *a priori* están antes de toda experiencia y consecuentemente son universales y necesarios. La ciencia es un conjunto sistemático de juicios sintéticos *a priori*.

La matemática y la física utilizan dicho tipo de juicios, y el problema que afronta la metafísica es que si pretende alcanzar el rigor científico deberá contar con juicios sintéticos *a priori*. La crítica kantiana se desplegará en tres niveles: la crítica de la sensibilidad es llamada “Estética trascendental” que al descubrir las formas *a priori* de la sensibilidad funda la ciencia matemática; la crítica del entendimiento, analizada bajo el título de “Analítica trascendental”,

(256) Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía*, T. IV, ob. cit., pág. 30.

funda la ciencia física al descubrir las categorías del entendimiento; y finalmente, la crítica de la razón que se llama "Dialéctica trascendental" demuestra la imposibilidad de una metafísica dogmática.

En el conocer, según el filósofo prusiano, se conjuga la materia, constituida por el caos de sensaciones, y la forma, las estructuras de las facultades de conocer. El conocimiento tiene dos fuentes: una *a priori* que nuestra facultad de conocer de sí misma aporta, y otra *a posteriori*, que suministran los sentidos. El caos de sensaciones es sometido a ordenación por las formas *a priori* de la sensibilidad (espacio y tiempo), surgiendo así el fenómeno. La materia del fenómeno son los distintos datos sensibles (colores, sonidos, sabores, etc.), y la forma es el espacio y el tiempo que ordena y unifica dichas sensaciones. El acto de conocimiento sensible se llama intuición, que no es de ningún objeto en sí, sino de la impresión o representación de éste en el sujeto. El espacio y el tiempo no existen en sí, ni son propiedades inherentes a las cosas o a las relaciones entre ellas. La finalidad de la Estética trascendental es aislar aquellas formas puras de la intuición sensible, o sea el espacio y el tiempo.

A partir de aquel caos de sensaciones han salido las cosas, tal como nos aparecen, no las cosas en sí que por ser tales y no en nosotros son incognoscibles; pues solo percibimos las cosas en la medida que se someten a las formas puras de la intuición sensible o principios del conocimiento *a priori*: el espacio y el tiempo, y el resultado de ese sometimiento serán los fenómenos. El concepto de espacio como intuición pura o forma *a priori* del sentido externo, le permite a Kant fundar la geometría como ciencia de las propiedades espaciales y conocimiento sintético *a priori*. El tiempo es sólo forma *a priori* de la intuición de nosotros mismos y de nuestro estado interior, y de ese modo puede obtenerse la fundamentación de la aritmética.

El fenomenismo idealista kantiano, influido por la noción de ciencia de Newton, implica prescindir del mundo exterior y recluirse en la interioridad subjetiva, el conocimiento será no de los objetos sino de los fenómenos, o sea de las impresiones sensibles en cuanto

que aparecen en la conciencia moldeadas por las dos formas subjetivas o intuiciones puras aludidas. Espacio y tiempo son los recursos que le permiten a Kant explicar la posibilidad de los juicios sintéticos *a priori* en la matemática, y, en consecuencia, reconocerle el carácter de ciencia a la misma.

La Analítica trascendental determinará ¿cómo son posibles los juicios sintéticos *a priori* en la física? La sensibilidad presenta el fenómeno al entendimiento, y éste cuenta con sus formas *a priori* que son los conceptos puros o categorías. El conocimiento intelectual se alcanza por conceptos, o sea alineando diversas representaciones sensibles bajo una representación común, esta unificación será la función de los juicios. El pensamiento en Kant se reduce al juicio; dado que el entendimiento es la facultad de pensar, y pensar es conocer por conceptos *a priori*, y a éstos el entendimiento los usa para juzgar. El entendimiento es, a diferencia de la sensibilidad, una facultad activa que cumple la función de reunir las diversas representaciones bajo una común, y la reunificación más importante se concreta en el juicio.

En el plano intelectual la materia consistirá en aquello acerca de lo cual se juzga, y la forma es la manera de juzgar. Para descubrir las formas del entendimiento, Kant enuncia la tabla de los juicios, y en coincidencia con ella enumerará las doce categorías o conceptos del entendimiento: a) de la cantidad: unidad, pluralidad, totalidad; b) de la cualidad: realidad, negación, limitación; c) de la relación: sustancia, causalidad, comunidad; y d) de la modalidad: posibilidad, existencia, necesidad.

Las categorías, que en Aristóteles son los géneros supremos de la realidad, en Kant son las reglas según las cuales el espíritu unifica los fenómenos dados por la intuición sensible para comprenderlos. Así, por ejemplo, el concepto puro del entendimiento o categoría de causalidad, no es una ley del ser sino una ley de nuestro espíritu que nos permite comprender los fenómenos. Las categorías kantianas nada tienen que ver con las "formas objetivas" que hablaba el Estagirita, y se limitan a "un sistema de funciones intencionales de parte del sujeto receptor, con lo que el «ser» de las cosas

experimentadas parecería que reside, no en los principios que haya dentro de ellas, sino en la fuerza de representación del sujeto, que así las hace ser para nosotros" (257).

Nuestros conocimientos alcanzan únicamente a los fenómenos en cuanto organizados en experiencia por las categorías, éstos son los únicos objetos del conocer. Si los fenómenos son los objetos de la experiencia, se reconoce contrapuestos a ellos algo exterior al fenómeno, o sea el *noúmeno* o las cosas en sí. El *noúmeno* kantiano es una incógnita, algo desconocido, o también señala lo que no es objeto de nuestra intuición sensible y la limitación de la sensibilidad al propio dominio empírico.

La Analítica trascendental muestra cómo el entendimiento elabora los objetos de la física aplicando las categorías del fenómeno. Surge así el nuevo concepto kantiano de naturaleza: "las categorías son conceptos que prescriben *a priori* leyes a los fenómenos; por lo tanto, a la naturaleza considerada como conjunto de fenómenos" (258). La naturaleza, materialmente considerada, son los fenómenos entendidos como meras representaciones de cosas, las que no conocemos en lo que en sí pueden ser. La naturaleza, en sentido formal, es el conjunto ordenado de fenómenos a los que el entendimiento prescribe sus leyes.

Después de la Estética y la Analítica que verifican la existencia de la matemática y la física como ciencia, viene en el sistema kantiano la Dialéctica trascendental que asume la pregunta de si es posible la metafísica. La respuesta negativa se impone al término de la Analítica, dado que la razón funciona en el ámbito de la experiencia sensible, las categorías sólo se aplican a los fenómenos y no a los *noumenos*. La metafísica desde el momento que necesita un uso extraempírico de la razón es una "ilusión", para Kant "una ilusión natural e inevitable".

La razón pura es la facultad o sujeto de la Dialéctica. La metafísica, desde el punto de vista material, es un intento de conocer

(257) Gilson, Etienne; Langun, Thomas, *Filosofía Moderna*, ob. cit., pág. 467.

(258) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. IV, ob. cit., pág. 52.

objetos situados fuera de la experiencia real y posible; y desde el punto de vista formal sería un conocimiento por la sola razón, recordando que la sensibilidad y el entendimiento están atados a lo experimentable. La razón opera con el entendimiento y sus juicios a los efectos de elaborar sobre ellos síntesis superiores, que son las "ideas trascendentales". Estos son conceptos puros, dados por la naturaleza misma de la razón, que "consideran todo conocimiento experimental como determinado por una totalidad absoluta de condiciones" y son trascendentales porque "superan los límites de toda experiencia, en la cual nunca puede presentarse un objeto que sea adecuado a las ideas trascendentales" (259).

El mundo trascendental se reduce a tres ideas, referidas a los tres modos de totalidad absoluta de la experiencia: a) la idea del alma, que "contiene la unidad absoluta (incondicionada) del sujeto pensante"; b) la idea del mundo que "representa «la unidad absoluta de la serie de las condiciones del fenómeno» o «el conjunto de fenómenos»"; y c) la idea de Dios que refleja "la unidad absoluta de la condición de todos los objetos del pensamiento en general" o "la condición suprema de la posibilidad de todo lo que pueda ser pensado".

La primera idea es el yo, sujeto pensante, objeto de la psicología, pues a él refieren como a sujeto último todos los fenómenos de la experiencia interna. La segunda idea es el mundo, objeto de la cosmología, y contiene la condición suprema de la posibilidad de todo de la experiencia externa. Es Dios, la tercera idea, objeto de la teología, y contiene la condición suprema de la posibilidad de todo lo que puede ser pensado.

La realidad trascendental y subjetiva de los conceptos puros de la razón se funda en los raciocinios que nos condujeron a ellos, pero como éstos no contienen premisas empíricas, sólo por una ilusión le damos valor objetivo. Dichos razonamientos son llamados por Kant "dialécticos", y atento a que ellos pretenden ampliar nues-

(259) Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía*, T. IV, *ob. cit.*, pág. 60 y González Álvarez, Ángel, *Manual de Historia de la Filosofía*, *ob. cit.*, pág. 380.

tro conocimiento a objetos situados fuera de toda experiencia son razonamientos ficticios o meras falacias y fantasmagorías. Siendo tres las ideas trascendentales serán tres también los razonamientos sofisticos que son llamados: "paralogismos de la razón pura", referidos al alma; "antinomias de la razón pura", concernientes al mundo; e "ideal de la razón pura", en que combate las pruebas de la existencia de Dios.

Los resultados obtenidos por el filósofo de Königsberg en su *Analítica trascendental* exigiendo una intuición empírica necesaria para lograr el conocimiento, anticipan las conclusiones a que arribará en su *Dialéctica*. Las tres disciplinas de la metafísica dogmática de Wolff, la psicología, cosmología y teología racional, en tanto que procuran conocer objetos fuera de la experiencia (alma, mundo y Dios, respectivamente) están condenadas a no llegar a constituirse en ciencia, y así Kant concluye que los temas de la metafísica no entran en la ciencia pero quedan abiertos a la fe o a la creencia. Los problemas planteados por la metafísica que en la *Dialéctica trascendental* no han tenido solución, obligan a Kant a transferirlo al campo de la "razón práctica".

La *Crítica de la razón práctica* pretende responder a la pregunta: ¿qué debemos hacer?, o sea que su objetivo es fundar la moral. Mientras que el conocimiento especulativo kantiano versa sobre el mundo empírico y su fuente es la razón pura; el conocimiento práctico refiere al mundo inteligible y su fuente es la razón pura en su uso práctico o sea la voluntad. La moral kantiana se aparta de las exigencias planteadas por la razón especulativa, y a diferencia de la moral clásica que se funda en el bien y en la metafísica, en el criticismo el proceso es el inverso, es decir el deber determina el bien, y la moral funda la metafísica. La razón práctica conferirá realidad a aquellas ideas trascendentales que la razón teórica reconocía sólo con apariencias problemáticas.

La moral kantiana no se apoya en principios teóricos sino en un *faktum*: el hecho moral. Es una especie de hecho en el sentido de que no puede ser deducido de un principio superior, pero es un hecho racional, es una ley que proviene *a priori* de la razón

y se impone por sí misma a todo ser racional. Ese hecho moral es el deber que se traduce en la conciencia por el imperativo categórico.

El imperativo categórico es la ley moral o ley fundamental de la razón práctica, e implica una obligación absoluta en que la voluntad se determina con independencia de las condiciones empíricas o de los móviles del obrar materiales y tomando exclusivamente en cuenta la mera forma de ley. Kant descarta la "materia" de la ley y sólo se queda con la "forma" de la ley, no interesa lo que se ha de obrar sino del modo con que se ha de obrar. La forma *a priori* de la razón práctica es aquel imperativo que garantiza la universalidad y necesidad de la moral. Kant enuncia el imperativo categórico utilizando distintas fórmulas, las tres más recordadas dicen: "obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer como principio de una legislación universal"; "obra de tal modo que nunca tomes la humanidad ni en ti ni en otros como medio, sino siempre como fin"; y "obra de tal modo que tu voluntad pueda ser considerada como legisladora universal" (260).

Kant niega la posibilidad de fundar la moralidad de un acto sobre un objeto, o sea sobre su "materia", pues la bondad de un acto depende exclusivamente de su "forma", es decir, por la intención que lo anima, y tendrá valor moral si se ajusta al deber dictado por la razón, por el deber mismo, dado que si es realizado por inclinación carece de aquel valor. La "buena voluntad" es lo único bueno en sí, pero ella "no es buena por lo que efectúa o realice...; es buena sólo por el querer; es decir, es buena en sí misma" (261). "El destino verdadero de la razón es el de producir una buena voluntad" (262), y ésta se logra cuando se procede sin consideración de ventajas e intereses y ajustándose al deber por el deber mismo. El valor moral aparece cuando se obra bajo el solo móvil del "respeto a la ley", pues "el concepto del deber contiene el de una

(260) Cit. por Angel González Alvarez, *Manual de Historia de la Filosofía*, ob. cit., pág. 384.

(261) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. V, ob. cit., pág. 84.

(262) *Ibidem*.

buena voluntad" (263). Por este motivo, Kant distingue en su *Crítica de la Razón Práctica* entre legalidad y moralidad: "el concepto de deber exige de la acción que concuerde objetivamente con la ley, y de su máxima que respete subjetivamente la ley como modo único de determinación de la voluntad por ella. Y en esto se funda la diferencia entre la conciencia de haber obrado conforme al deber o por deber, es decir, por respeto a la ley: lo primero (la legalidad) es también posible si las inclinaciones fueran solamente los motivos determinantes de la voluntad; lo segundo (la moralidad), en cambio, el valor moral, sólo debe consistir en que la acción se haga por deber, es decir solamente por amor a la ley" (264).

Por ser el deber kantiano un absoluto que se impone por sí mismo a todo ser racional, puede servir de fundamento para restituir ciertas tesis metafísicas que la razón es incapaz de demostrar, estas tesis son los "postulados de la razón práctica", y su afirmación es un acto de "fe práctica". Dichos postulados son los de la inmortalidad del alma, la libertad y la existencia de Dios, y este asentimiento de la voluntad a realidades suprasensibles que la razón especulativa no puede demostrar ni rechazar, Kant lo llama "fe racional práctica pura".

En definitiva, la moral de Kant es formalista, dado que la única regla de moralidad no enseña que debemos hacer sino como lo debemos hacer: "por acatamiento al deber por el deber mismo"; es apriorística pues, se funda en un principio independiente de toda experiencia; y es además autónoma, atento a que el deber no se impone desde fuera a la voluntad sino que proviene de la razón que constituye al hombre, y cuando la voluntad se somete al deber es indeterminada con respecto a todo objeto y se da a sí misma su ley, en esto consiste la libertad, ser libre es obrar sin estar determinado por causas extrañas, sino determinando uno mismo la ley de su propia acción.

La filosofía de Kant se completa con la *Crítica del Juicio*. Entre el entendimiento y la razón ubica una nueva facultad, que

(263) *Ibidem*.

(264) Kant, Manuel, *Crítica de la Razón Práctica*, Ed. Losada, Bs. As., 1961. pág. 88, parte primera I, I, 3.

es la de "juzgar"; por eso en esta tercer *Crítica* se referirá a los juicios estético y teleológico, "comprendiendo en el primero la facultad de juzgar la finalidad formal (llamada también subjetiva, mediante el sentimiento del placer o dolor), y en el segundo, la facultad de juzgar la finalidad real (objetiva) de la naturaleza mediante el entendimiento y la razón" (265). Tanto el juicio estético como el teleológico son juicios reflexivos dado que no determinan la constitución de los objetos sino que únicamente prescriben una regla para la consideración subjetiva de los mismos. Los juicios reflejos tiene mero valor regulativo, se comportan como si en la naturaleza hubiese, trascendiendo de la determinación mecánica, una finalidad activa ínsita en su misma entraña. Tanto la representación teleológica como la representación estética carecen de valor cognoscitivo, no agregan nuevos conocimientos ni postulan exigencias prácticas.

Antes de terminar el análisis del criticismo kantiano, nos falta considerar lo que en el mismo encontramos acerca del derecho. Al respecto es importante mencionar, suscintamente la distinción entre derecho y moral que desarrollará el pensador de Königsberg. Mientras que la moral exige que la idea del deber sea el motivo determinante de la voluntad, el derecho se conforma con el simple acuerdo de la acción con la legislación externa admitiendo cualquier motivo o interés en el sujeto. La moral refiere a deberes internos que prescriben que se obre por la convicción del cumplimiento del deber. La materia del derecho son los deberes externos que indican una conducta sin atender a los motivos del obrar. Al imperativo categórico propio de la moral que reclama el respeto al deber por el deber mismo, se opone el imperativo jurídico que es hipotético dado que señala acciones aptas en la consecución de determinados fines particulares. Es decir, que la misma conducta puede ser moral o jurídica según el motivo que las determina. Según el sistema kantiano, concluye Guido Fassó, "la voluntad jurídica es heterónoma, ya que no encuentra en sí misma su ley,

²⁶⁵ Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía*, T. IV, ob. cit., pág. 115.

sino que la recibe del exterior, mientras que la voluntad moral es autónoma, ya que es ley de sí misma, y está determinada solamente por ella misma y no por el exterior, en cuanto el sujeto encuentra en sí mismo la ley del deber que lo impulsa a obrar” (266).

Igualmente Kant se propone dilucidar un concepto de derecho dejando de lado, a tales fines, la vía empírica y utilizando rigurosamente la razón. La primer nota que señala para el derecho es la intersubjetividad, o sea se ocupa de acciones externas que pueden tener influencia recíproca de una persona hacia otra. Pero no toda relación intersubjetiva es jurídica sino sólo aquellas que se establezcan entre dos voluntades conscientes ambas de su propia capacidad para conseguir su objeto y no solamente deseando tenerlo; o también podemos decir con Kant que la relación jurídica se establece cuando el arbitrio de uno está en relación con el arbitrio de otro. Para completar el concepto de derecho, el formalismo de Kant deja de lado la materia del arbitrio, o sea la intención con que cada uno se dirige al objeto que quiere, y se queda solamente con “la forma en la relación de los dos árbitros... , y si la acción de uno de los dos puede armonizarse con la libertad del otro según una ley universal” (267). Interesa exclusivamente la “forma” en que los sujetos procuran los fines particulares, al margen de cual sean éstos.

En definitiva el criticismo kantiano llega a la siguiente definición del derecho: “el Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”, y esta ley dice: “obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda armonizarse con la libertad de los demás según una ley universal” (268).

Del precedente concepto del derecho se derivan en el sistema numerosas consecuencias. Si el derecho es posibilitador de la coexis-

(266) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, pág. 268.

(267) Kant, Manuel, *Metafísica de las costumbres. Introducción a la doctrina del Derecho*, Apartado B, BI, pág. 230.

(268) *Ibidem*.

tencia de las libertades externas, corresponde asignarle al mismo carácter coactivo, dado que “cuando un cierto uso de la libertad constituye un obstáculo a la libertad según las leyes universales, es injusto; por consiguiente, la coacción que oponiéndose a él se armonice, en tanto que impedimento de un obstáculo a la libertad, con la libertad según las leyes universales es justa; de donde, al derecho va unida, conforme al principio de no contradicción una facultad de constreñir al que lo ha violado” (269). La coacción es nota inseparable del derecho, por ella se remueve cualquier resistencia u obstáculo opuesto a la libertad.

La importancia de la libertad en el pensamiento jurídico, social y político de Kant es esencial, a punto tal que Verdross le atribuye el carácter de “fundador de una nueva metafísica de la libertad” (270). Específicamente en relación al mundo jurídico puede afirmarse con Guido Fassó: “este ideal de Derecho, o sea, esta idea de justicia, es sin duda para Kant la libertad” (271). Cuando el filósofo prusiano habla de los derechos naturales subjetivos los reduce a uno solo, precisamente a la libertad y textualmente señala: “la libertad es el único derecho originario que correspondé a cada hombre como elemento integrante de la humanidad” (272).

En el campo social y político se manifiesta en Kant la influencia de Rousseau a quien con admiración llama “el Newton del mundo social”. Kant parte de un estado de naturaleza en el que existe una situación de juridicidad precaria, regulada por el llamado “derecho privado” o derecho natural. La situación de plena juridicidad se logra con la constitución de la sociedad civil en la que los derechos subjetivos individuales alcanzan su aseguramiento y consolidación. Frente a ese derecho natural o privado, propia del estado de naturaleza y que se apoya exclusivamente en principios *a priori*, Kant hablará del “derecho público” o positivo que proviene de la voluntad del legislador.

(269) *Ibidem*, Apartado C, pág. 231.

(270) Verdross, Alfred, *La Filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 228.

(271) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, pág. 272.

(272) Cit. por Alfred Verdross, *La filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 233.

El contenido del “contrato originario” de la sociedad, si bien en el pensamiento kantiano es admitido como una hipótesis meramente racional, tiene una explicitación típicamente rousseauiana: por medio de aquel los individuos entregan la totalidad de su libertad externa, y la recuperan como miembros del Estado y a través del sometimiento a la ley surgida de la voluntad común legisladora. Aun cuando la constitución del Estado aparece como una exigencia moral, Kant reconoce una competencia ilimitada al poder legislativo y rechaza la idea de un derecho de resistencia. La doctrina jurídica y política kantiana constituye —según Guido Fassó—⁽²⁷³⁾ la teorización más rigurosa del Estado liberal, el fin que orienta el poder político es coordinar las libertades según una ley universal, la misión del Estado kantiano es asegurar mediante el derecho la posibilidad de coexistencia de las libertades individuales.

El derecho definido en el marco de la sociedad civil como coordinador de libertades individuales, Kant a su vez lo trasladará al ámbito internacional alentando la instauración del derecho entre los distintos Estados, o sea realizando la coordinación de sus respectivas libertades, por la instauración del derecho. La superación de ese estado de naturaleza en que se encontraban los Estados posibilitará la instauración de la unión de los mismos y su sometimiento al “derecho cosmopolítico”.

“Si a Descartes se le llama el padre de la filosofía moderna, hay que llamar a Kant su pedagogo”, concluye certeramente Verneaux⁽²⁷⁴⁾, pues el siglo XIX aparece controlado por el portentoso sistema del idealismo. Este sistema será la eclosión perfeccionada filosóficamente de todo ese largo pero decidido camino que se inicia con Descartes, y así los rasgos fundamentales del Kantismo son: a) racionalismo: pues es la razón la que impone sus leyes a la realidad, construye sobre las funciones lógicas del juicio todas las categorías y principios que han de regir la ciencia y la metafísica; b) idealista: el hombre tiene una incapacidad radical para

⁽²⁷³⁾ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. II, *ob. cit.*, pág. 273.

⁽²⁷⁴⁾ Verneaux, Roger, *Historia de la Filosofía Moderna*, *ob. cit.*, pág. 194.

conocer el ser tal cual es en sí mismo, el único conocimiento posible es el de fenómenos; c) subjetivismo: es el sujeto el que determina al objeto y le prescribe sus leyes, la verdad ya no es la conformidad con la cosa en sí, sino conformidad con las leyes subjetivas que producen los fenómenos; d) fenomenismo: el conocimiento humano se reduce al campo de los fenómenos sensibles, y la ciencia no puede pretender sobrepasar la experiencia, toda la filosofía de Kant es una crítica contra las pretensiones de la razón de elevarse por los límites de la experiencia intentando el conocimiento de la realidad noumenal de las cosas, y así queda anulada toda posibilidad de metafísica; e) formalismo moral: rota la vinculación entre la inteligencia y la voluntad, ésta queda sin bien y sometida a un deber vacío y ahistórico; y e) liberalismo: lo justo y el derecho quedan definitivamente identificados con la libertad, y el Estado ejercerá su ilimitado poder coactivo para asegurar la coordinación de libertades.

El sistema jusfilosófico kantiano constituye la culminación más rigurosa filosóficamente de la corriente jusnaturalista iniciada por Grocio. Kant morirá en 1804, es decir, el mismo año en que se sancionará el Código Civil francés, y esta obra que es clara expresión de aquella escuela será, paradójicamente, una de las causas más importantes de la decadencia del jusnaturalismo moderno. El triunfo político de la Escuela implicará el comienzo de su decadencia en el campo doctrinario.

El idealismo fundado por Kant en Alemania, encontrará notable resonancia, y así los "filósofos trascendentales" Fichte, Schelling y Hegel elevarán el idealismo a la categoría de absoluto. El primero desenvuelve la *Crítica de la razón práctica* y desemboca en el idealismo ético o subjetivo. Schelling preocupado por la *Crítica del juicio*, desarrolla el idealismo estético y objetivo. Hegel se ocupa de la *Crítica de la razón pura* y establece el idealismo especulativo o absoluto ⁽²⁷⁵⁾.

⁽²⁷⁵⁾ González Alvarez, Angel, *Manual de Historia de la Filosofía*, ob. cit., pág. 370.

1.15. Idealismo alemán

El sistema kantiano generará diversas corrientes las que pueden agruparse en una doble dirección: por un lado, encontramos los intentos de reconstruir sobre la base del racionalismo criticista una metafísica que necesariamente será idealista, y por el otro, se ubican las orientaciones decididamente antimetafísicas atentas exclusivamente al elemento empírico o a la experiencia.

Los principales pensadores del idealismo alemán, también llamados filósofos del romanticismo, son Juan Amadeo Fichte, Federico Schelling y Guillermo Hegel. El punto de partida de sus respectivos sistemas será la afirmación kantiana de que la "cosa en sí" o el *noumeno* era algo incognoscible e indemostrable, y con la caracterización de lo "apriórico" o "trascendental" había convertido al espíritu humano en fuente primordial y formal de todo saber. El conocimiento en Kant parte de la experiencia, aunque ésta cumple una función pasiva limitándose a suministrar la materia caótica y sin elaboración, correspondiéndole al sujeto la función activa de informar y determinar ese material por medio de las formas *a priori* de la sensibilidad y de la razón.

El idealismo profundizará el giro copernicano kantiano y el sujeto no sólo pondrá el espacio, el tiempo y las categorías sino que además la materia o el objeto mismo del conocer. La tarea de la metafísica idealista será la de construir el universo a partir del pensamiento y de sus principios inmanentes, el mundo empírico fluye de la actividad productora del sujeto pensante. La realidad será forjada por el espíritu y quedará sometida a un desenvolvimiento según leyes impresas en el mismo espíritu.

Los sistemas del idealismo germánico se construyen a instancias de una poderosa razón y a partir de un primer principio que es obtenido por una intuición intelectual. Este absoluto, realidad primaria y fundamento de toda realidad y de todo conocimiento, variará según los autores.

1.15.1. Juan Amadeo Fichte (1762-1814)

El principio absoluto, indemostrable y evidente del cual Fichte deriva dialécticamente su sistema, es el "yo" que se pone libremente y absolutamente a sí mismo como sujeto absoluto y autoconciencia originaria, fuente de todo saber y realidad. El "yo" es acción y actividad, "El yo se pone a sí mismo" y por eso "el yo soy es expresión de un acto, del solo acto posible" (276). Esta concepción del "yo" como autoactividad y autoconciencia que se pone y afirma a sí misma solamente, implica la identidad de sujeto y objeto, de pensamiento y ser, de ideal y real.

La intuición intelectual de la que parte la filosofía es precisamente la conciencia inmediata como actividad. La teoría de la ciencia, como llama Fichte a su sistema, "parte de la más simple y más característica determinación de la conciencia, de la intuición o la «yoidad», y avanza en la suposición de que la autoconciencia plenamente determinada es el único resultado de todas las demás determinaciones de la conciencia, hasta llegar a la deducción de ésta, soldándose a cada eslabón de su cadena uno nuevo, del que le consta, en intuición inmediata, que igualmente para todo ser racional ha de darse aquella misma conexión y concatenación" (277).

A la manera de las matemáticas, el método escogido será el deductivo, y ese proceso de dilucidación de todas las determinaciones fundamentales de la conciencia será el dialéctico, con sus tres fases: tesis, antítesis y síntesis.

La posición originaria de toda conciencia es el "yo" que se pone a sí mismo: "yo soy yo", y éste constituye el primer paso del proceso dialéctico. Pero a la tesis continúa la síntesis, pues para poner el yo es necesario pensarlo y contraponerlo al "no yo", éste limita al "yo" y al limitarlo brinda su verdadera realidad. La síntesis supone la superación de dicha contradicción alcanzando la unidad del "yo"

(276) Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía*, T. IV, *ob. cit.*, pág. 155.

(277) Cit. por Johannes Hirschberger, *Historia de la Filosofía*, T. II, *ob. cit.*, pág. 197.

1.15.2. Federico Guillermo José de Schelling (1775-1854)

A lo largo de su prolongada y prolífica vida Schelling llegó a construir diversos sistemas filosóficos, o para otros, el mismo sistema atravesó diversos estados.

El problema que afronta en sus primeras obras es el de la naturaleza, y esta filosofía asume los diversos descubrimientos en el campo de la química, la biología, del magnetismo y electricidad desarrollando una interpretación metafísica de la naturaleza como realización y manifestación de un absoluto que es al mismo tiempo materia y espíritu, actividad inconsciente y razón. El absoluto de Schelling es identidad de subjetividad y objetividad, del orden ideal y del orden real, y dicha identidad se refleja en la mutua interpenetración de la naturaleza y el conocimiento de la misma en el espíritu humano. La tarea del filósofo es mostrar que la naturaleza es "espíritu visible" y el espíritu "naturaleza invisible" (283), es decir que la naturaleza se presenta como algo espiritualizado y transformado en subjetividad, y además el espíritu se objetiva y se convierte en su principio productivo.

La naturaleza es un todo, un organismo vivo, unificado y desarrollándose por evolución. Todas las cosas tienen vida, aun el mundo inorgánico no es algo inerte sino movimiento adormecido. En la naturaleza todo vive, y se va elevando de lo inconsciente a lo consciente, de formas menos elevadas a formas más perfectas hasta la conciencia humana. Esa evolución de ritmo dialéctico parte de la materia donde las fuerzas de atracción y repulsión están equilibradas y la atracción mecánica es la gravitación; luego en los fenómenos de calor y movimientos producidos por la luz, tenemos el proceso químico y la atracción es la afinidad; y en la síntesis aparecen los fenómenos orgánicos producidos por la vida, en donde la lucha entre las fuerzas es permanente. En el sistema de la "filosofía de la naturaleza" de Schelling hay continuidad entre el mundo inorgánico y el mundo orgánico en un todo que es él mismo un organismo viviente, "La llamada naturaleza muerta no es... otra cosa

(283) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. IV.

que inteligencia inmadura, por lo que su carácter inteligente sólo asoma de un modo inconsciente en sus fenómenos. Su meta suprema, el llegar a ser totalmente objeto para sí misma, lo consigue la naturaleza sólo mediante la más alta y última reflexión sobre sí, que no es otra cosa que lo que llamamos hombre, o generalizando más, razón; a través de ésta revierte la naturaleza plenamente sobre sí, y se hace patente que la naturaleza es originariamente idéntica con lo que conocemos, en nosotros como inteligencia y consciente (284). Esta concepción vitalista de la naturaleza de Schelling se aparta del mecanicismo y matematicismo de Galileo y Newton, y se armoniza con las corrientes románticas que por ese momento predominan en Alemania.

En la obra mayor de Schelling, *Sistema del idealismo trascendental*, se propone con ella trazar una vía paralela o complementaria de su "filosofía de la naturaleza". "Podemos llamar naturaleza a la totalidad de los elementos objetivos de nuestro saber mientras que el conjunto de los elementos subjetivos se denomina el yo o inteligencia ...La inteligencia es concebida como el puro representante; la naturaleza, como el puro representable" (285), precisamente, en la "filosofía de la naturaleza" lo primero es lo objetivo y se trata de mostrar cómo la naturaleza se resuelve en espíritu, mientras que en el "idealismo trascendental" lo primero es lo subjetivo y desde el espíritu se hace derivar todas las realidades del objeto; y así resulta coherente cuando Schelling dice: "toda filosofía debe llevar o hacer de la naturaleza una inteligencia, o de la inteligencia una naturaleza" (286).

La naturaleza se desenvuelve a partir de la inteligencia, la filosofía tiene por objeto no el ser sino el conocer y llegar desde ésta al ser. El primer principio del filosofar en donde se da la identidad entre sujeto y objeto es la autoconciencia, y a los distintos grados de ésta corresponden otros tantos grados de realidad. La sensación

(284) Cit. por Johannes Hirschberger, *Historia de la Filosofía*, T. II, ob. cit., pág. 206.

(285) Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía*, T. IV, ob. cit., pág. 214.

(286) *Ibidem*.

y la intuición creadora producen la materia; la intuición externa e interna crean el espacio y el tiempo, lo mismo que las categorías y la abstracción hace a la inteligencia distinguirse de sus productos. Todo ese proceso productivo es inconsciente.

La última parte del idealismo trascendental se ocupa de la filosofía del arte o estética, y en ella se revela la mayor originalidad de Schelling. El arte constituye la culminación de la filosofía y la vida misma del absoluto, pues el artista puede hacer algo objetivo, con valor universal, lo que el filósofo no puede representar sino subjetivamente. En las creaciones artísticas se encuentran, en polaridad e identidad, naturaleza y espíritu, sensibilidad e idealidad, finito e infinito. Esta exaltación del arte tiene un sabor típicamente romántico: "El arte es el único verdadero y eterno órgano y documento a la vez de la filosofía. Precisamente por esto es el arte para el filósofo lo más sublime, lo que le abre el santuario, donde en eterna y originaria unión arde, como en una llama, lo que en la naturaleza y en la historia, en la vida y en la acción, como en el pensamiento, está eternamente separado" ⁽²⁸⁷⁾.

Los autores destacan que en la obra de Schelling *Exposición de mi sistema*, se refleja una marcada influencia spinoziana, y a esta etapa se la denomina "filosofía de la identidad". Naturaleza y espíritu son partes del uno absoluto o Dios, éste es la total indiferencia de los contrarios. En la cúspide de la filosofía está la intuición intelectual del absoluto, o sea del principio infinito y divino, y por eso el problema de la filosofía es el conocimiento de la relación de las cosas con el absoluto, o de lo infinito con lo finito. El absoluto es la infinita realidad y nada puede haber fuera del absoluto. El uno divino se manifiesta en los reinos de la naturaleza y del espíritu, la naturaleza procede por exceso de objetividad y en el espíritu prevalece lo subjetivo, aquella se revela en el mundo material y éste en la historia. En cada uno de esos reinos encontramos grados o "potencias", así en la naturaleza son: materia, luz y organismo, y en el espíritu: intuición, entendimiento y razón.

⁽²⁸⁷⁾ Cit. por Cornelio Fabro, *Historia de la Filosofía*, T. II, ob. cit., pág. 217.

En el *Sistema de la identidad* además de idealista Schelling es panteísta, y su preocupación por el problema religioso se irá incrementando. En *Filosofía y religión e Investigaciones sobre la esencia de la libertad humana* se afirma dicho panteísmo, la realidad es autodespliegue de Dios manifestado en tres etapas: naturaleza inorgánica, naturaleza orgánica y espíritu, el grado supremo del espíritu es la libertad. Dios que está constituido por esencia y existencia, consciente e inconsciente, el mundo refleja esa dualidad de materia y espíritu, a la materia corresponde el egoísmo y el mal, al espíritu el amor y el bien. El hombre se diviniza cuando rechaza su egoísmo natural y se eleva al plano sobrenatural de la razón, de este modo su voluntad se une a la voluntad universal.

La segunda parte del *Sistema del idealismo trascendental* está dedicada a la filosofía práctica en donde se ocupa Schelling de ética, derecho e historia. Este acentúa en el campo ético el formalismo de su maestro Fichte, y así la exigencia moral fundamental planteada al yo es que “no debe querer ninguna otra cosa que la pura autodeterminación”, la acción moral pierde especificidad y se reduce al obrar por el único objeto de la autodeterminación y “no ya sometido a una ley cualquiera, sino fuente de toda ley” (288).

En cuanto al derecho reitera su separación de la moral, aquél tiene por finalidad establecer la armonía entre las acciones externas a través de la fuerza coactiva. La coacción jurídica se dirige contra las tendencias utilitaristas de manera que la contradicción entre ellas sea reducida por la libertad. El ordenamiento jurídico es descrito por Schelling como algo mecánico y la teoría del derecho es una “ciencia teórica” que “deduce sólo mecanismo natural por el cual los seres libres pueden venir pensados en recíproca acción” (289). El surgimiento del Estado es explicado por vía histórico natural y como un “organismo absoluto” (290).

(288) Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T. IV, *ob. cit.*, págs. 221 y 222.

(289) *Ibidem*, pág. 222.

(290) Verdross, Alfred, *La filosofía...*, *ob. cit.*, pág. 246.

La filosofía de la historia en Schelling desarrolla el proceso de la universal institución del derecho. El objeto y razón de la historia es la instauración de una organización cosmopolítica, y el progreso de aquélla es caracterizado como indefinido.

1.15.3. Jorge Guillermo Hegel (1770 - 1831)

El idealismo subjetivo de Fichte, que se hizo idealismo objetivo en Schelling, llegará a ser con Hegel idealismo absoluto, según las propias calificaciones que este último hiciera de esos sistemas.

La filosofía para Hegel no será "amor a la sabiduría" sino el sistema de la razón o la ciencia del Absoluto. El saber filosófico no es un saber de alguien sobre algo, sino el absoluto saber el absoluto. El objeto de la filosofía será la verdad toda y única, es decir, la verdad del Absoluto y de todas las cosas finitas que en él se resuelven.

El primer principio del sistema hegeliano es el Absoluto, pero no entendido al modo de una sustancia, de un ser acabado, sino como un sujeto en movimiento que sólo será el término de la evolución. Ese Absoluto es espíritu, es, en definitiva la Idea, y todos los seres no son más que manifestaciones o momentos en el desarrollo dialéctico de la Idea. En ese Absoluto o Idea o principio infinito y autoconsciente se resuelven y absorben como Espíritu pensante, todas las determinaciones del ser.

El dinamismo del Absoluto es dialéctico. La dialéctica es el supremo principio explicativo de la multiplicidad de las cosas contenidas en el Absoluto. La estructura evolutiva del pensamiento y de la realidad resulta sometida a la tríada dialéctica: la tesis que corresponde al ser en sí, que se pone como idéntico a sí mismo, o sea es el objeto; a la antítesis, corresponde el ser para sí, que se niega, que se distingue de sí mismo, es el sujeto; y a la síntesis corresponde el ser en sí y para sí, que se unifica después de haberse distinguido, es el Espíritu.

El idealismo de Hegel no se recluye en el pensamiento del sujeto, sino que pretende ser conocimiento de la realidad existente,

dado que la idea lógica es la verdadera realidad, la esencia de las cosas, la sustancia universal de todos los fenómenos. Este idealismo se absoluto: pensar, ser y verdad, todo es idéntico con el espíritu. El absoluto es la vida en su totalidad, la identidad en la diferencia de lo infinito y lo finito, de lo uno y de lo múltiple, del sujeto y del objeto, contiene en sí toda la realidad existente y comprende toda la diversidad y oposición de los seres en la unidad. El pensamiento dialéctico es la función superior de la razón que permite superar la rigidez de los conceptos del entendimiento y resolver las posiciones en la unidad superior, que es la identidad en la diferencia.

“Todo lo real es racional y todo lo racional es real” (291), resume en palabras del propio Hegel el “panlogismo” en que incurre su sistema. El absoluto es razón, y las mismas leyes regulan el movimiento de la naturaleza, de la historia y del pensamiento. El devenir dialéctico de la idea es la realidad.

El sistema hegeliano será expuesto principalmente en la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, pero la introducción al mismo lo constituye la *Fenomenología del espíritu*. En esta obra se analizan los diversos estadios o “fenómenos” por los que pasa el espíritu desde la intuición sensible hasta llegar al saber absoluto o filosofía en donde la conciencia alcanza su máximo desarrollo con la identidad del ser, devenir y pensamiento en el todo absoluto.

La filosofía expondrá sistemáticamente las etapas del devenir dialéctico del Absoluto o Idea. Esta es el sujeto de la filosofía que evoluciona saliendo de sí y retornando a sí. Así las partes del sistema hegeliano coincidirán con los momentos del movimiento dialéctico de la Idea: a) lógica: ciencia de la idea en sí; b) filosofía de la naturaleza: ciencia de la idea en su existencia exterior; y c) filosofía del espíritu: ciencia de la idea que desde su existencia vuelve sobre sí misma.

La lógica en Hegel no estudia las reglas formales que dirigen el pensamiento, sino que constituye propiamente una ontología que trata de las categorías como modos de pensar y modos reales de

(291) Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, Prefacio, Ed. Claridad, Bs. As., 1937.

ser. Esta lógica que ocupa un lugar central en el sistema, es inevitablemente dialéctica y "hay que concebirla como el sistema de la razón, como el reino del pensamiento puro" (292); este reino contiene cuanto de ser, vida e historia puede darse. Distingue Hegel tres partes de la lógica: a) teoría del ser: del pensamiento en su estado inmediato, del concepto en sí; b) teoría de la esencia: del pensamiento en su mediación y reflexión, del ser por sí y del aparecer del concepto o noción; y c) teoría del concepto y de la idea, del pensamiento que retorna a sí mismo y en su desarrollo dentro de sí mismo, que es el concepto en sí y por sí.

El principio de la lógica hegeliana es el ser puro, concepto indeterminado, vacío y abstracto, y por ello se identifican los contradictorios ser y nada, y la oposición entre tesis y antítesis posibilitará la síntesis o unidad que es el nacer y el perecer, o sea el devenir o movimiento que es a la vez del ser y de la nada.

Una vez que la idea ha llegado dialécticamente a su plenitud lógica, se autoalienta, se objetiva, se pone fuera de sí y se hace naturaleza. La Lógica trata del ser ideal y la Filosofía de la Naturaleza tiene por objeto el ser real, la idea en su ser otro, exteriorizado, extendido en el espacio y el tiempo.

Hegel considera la naturaleza como una degradación o modo de ser inferior del devenir del espíritu, es la antítesis o momento negativo que se resolverá en el espíritu. Las tres secciones de la filosofía natural son: a) la mecánica, considera los elementos constitutivos de la naturaleza en estado de perfecta abstracción o en exterioridad aún no individualizada; b) la física, considera la materia dotada de individualidad, manifestada, determinada o calificada; y c) la orgánica, comprende el estudio de la vida y sus tres momentos evolutivos: geológico, vegetal y animal.

La filosofía del espíritu es la tercera etapa de la evolución del Absoluto o Idea, que después de haberse exteriorizado en la naturaleza, vuelve a su interioridad, a la conciencia de sí mismo como espíritu, y éste a través de su enriquecimiento evolutivo dia-

(292) Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía*, T. II, *ob. cit.*, pág. 230.

lético culminará en el Espíritu. La filosofía del Espíritu es la ciencia que estudia la Idea en su ser para sí, el espíritu es la mismidad de la Idea.

El espíritu se despliega en tres estadios: a) Espíritu subjetivo: el espíritu en cuanto cognoscitivo, que se realiza en su conocer y ser libre; b) Espíritu objetivo: las producciones de la actividad humana libre en el mundo moral y social; y c) Espíritu absoluto o infinito: síntesis universal y total revelación del espíritu a sí mismo.

El espíritu comienza como subjetivo o individual, que emerge de la materia y se constituye en individuo o sujeto humano. La antropología estudia esa primera fase del espíritu subjetivo, o sea el alma o el espíritu - naturaleza en cuanto está unido al cuerpo, y el desarrollo dialéctico del alma es: natural, sensitiva y real.

La fenomenología del espíritu refiere al segundo momento del desarrollo del espíritu subjetivo señalando Hegel que "la esencia del espíritu es formalmente la libertad" (293). El espíritu que es alma, se sabe a sí mismo, tiene conciencia de sí y de su distinción del cuerpo y del ambiente. Este saberse del espíritu se manifiesta en la conciencia sensible y se continúa en la percepción, en el entendimiento y culmina en la conciencia de sí mismo.

Finalmente, la psicología es la síntesis de la evolución del espíritu subjetivo. Su objeto es el espíritu liberado de sus funciones anímicas de la conciencia y considerando como totalidad única de todas las manifestaciones del espíritu. Las tríadas de éste son: espíritu teórico o el espíritu como actividad racional o cognoscitiva; espíritu práctico o voluntad; y espíritu libre.

El espíritu libre supera la subjetividad y se manifiesta objetivamente en las instituciones sociales y jurídicas. El espíritu objetivo es el mundo de las realizaciones de la actividad racional libre. La Filosofía del Espíritu objetivo se encuentra desarrollada principalmente en la obra *Filosofía del Derecho*, pues para el pensador de Stuttgart el derecho y su ciencia abarca todo el mundo de lo ético-social-político, "una existencia en general que sea existencia

(293) Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía, ob. cit.*, T. IV pág. 358.

de la voluntad libre, es el derecho" (294). Los tres momentos en la evolución dialéctica del espíritu objetivo son: a) derecho abstracto; b) moralidad; y c) eticidad.

El derecho abstracto y formal es el campo de los derechos individuales o privados que no han obtenido su plenitud jurídica en el Estado; refiere a las determinaciones de la voluntad libre del individuo singular independientemente de su pertenencia a una sociedad organizada. La personalidad jurídica del sujeto constituye el fundamento abstracto del derecho. La tríada dialéctica del referido estadio del espíritu objetivo lo integran la propiedad, el contrato y el entuerto. La propiedad alude al uso de las cosas que realiza la persona concretando una esfera externa de libertad. En el contrato por el libre acuerdo de las voluntades se lleva a cabo la transferencia de bienes. Cuando la voluntad particular resulta contraria a la voluntad universal, invadiendo la libertad de los demás, se está frente al entuerto.

Mientras que el derecho es algo externo y objetivo, la moralidad es puramente subjetiva. La moralidad constituye la antítesis en el desenvolvimiento dialéctico del espíritu objetivo, y ella aparece cuando la voluntad se mueve por propia convicción y conciencia del bien, sin que le sean impuestas leyes externas y prescripciones de una autoridad.

En el momento ético el espíritu objetivo alcanza la síntesis. Algunos han indicado que el campo de la Etica es el de la moralidad social, en cuanto que "la conciencia individual de las personas encuentra su realidad en el espíritu del pueblo" (295). Frente a la subjetividad indeterminada e ideal de los deberes morales, los deberes éticos son relaciones necesarias y reales que posibilitan la redención del individuo en la identidad de la voluntad universal y particular, del deber y del derecho.

La eticidad se desenvuelve en tres grados: familia, sociedad civil y Estado. En la familia la relación entre sexos se convierte

(294) Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., n. 29, pág. 61.

(295) Cit. por Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía*, ob. cit., T. IV, pág. 369.

por el matrimonio en unidad autoconsciente. La sociedad civil es un organismo ético en el que las relaciones de sus miembros adquieren universalidad. El momento culminante de la Etica, es el Estado que como síntesis de las familias y de la sociedad civil no anula los derechos e intereses sino que permite su realidad y cumplimiento pleno.

El Estado es el momento culminante del espíritu objetivo, y de el Hegel llega a decir que es "la realidad de la idea moral" (296), el "espíritu de un pueblo" (297), "su religión, culto, moral, usos, arte, constitución, leyes políticas, toda la amplitud de sus instituciones, sus sucesos y hechos" (298), "presencia de Dios en el mundo" (299); todas estas expresiones reflejan el carácter absoluto y hasta divino que Hegel llega a reconocerle al Estado, pues éste será para cada particular algo así como el alma para el cuerpo.

El estado hegeliano no está sometido a ningún otro poder, siendo la guerra el árbitro que decide los conflictos entre los Estados. El catedrático de Berlín contempla en el fenómeno de las guerras la fuerza infinita del espíritu universal (*weltgeist*), que rige los espíritus de los pueblos (*volksgeist*) y somete esas realizaciones finitas de las naciones a la dialéctica evolutiva de la historia universal, y así en ese devenir infinito las guerras tienen el sentido de un juicio universal. Enumera Hegel cuatro Estados particulares que sucesivamente han representado aquel espíritu universal: el oriental, el griego, el romano y el germánico. Precisamente esta concepción histórica-política llevó a la filosofía hegeliana a constituirse en la filosofía oficial del Estado monárquico prusiano.

El Espíritu absoluto es la unidad del espíritu subjetivo y objetivo, es "ser en sí y para sí", la síntesis de la naturaleza y el espíritu. Se manifiesta el espíritu absoluto como arte, religión y filosofía.

(296) Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., n. 257, pág. 220.

(297) *Ibidem*, n. 274, pág. 243.

(298) Cit. por Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 199.

(299) Cit. por Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, T. III, ob. cit., pág. 81.

El arte es el absoluto exteriorizado en forma de belleza sensibles e intuitivas. La religión implica la manifestación del Absoluto en forma de sentimiento y representación. La Filosofía cierra el sistema hegeliano, representa: "la Idea que se piensa a sí misma, la verdad que sabe" ⁽³⁰⁰⁾, en ella la Idea ha vuelto a la forma lógica de pensamiento en toda su infinitud y necesidad enriquecida con todo su devenir concreto. Las diversas filosofías generadas en el transcurso de la historia son preparatorias de la filosofía hegeliana, que según su autor significa la conquista del conocimiento pleno de la Idea.

La filosofía jurídica de Hegel es decididamente antijusnaturalista, centrandó su crítica en la ahistoricidad de esa corriente. A criterio de Verdross "para Hegel no existen principios jurídicos fundamentales inmutables: el derecho es siempre histórico y positivo... el hombre de acuerdo a la concepción hegeliana, desaparece en el Estado, lo que produce como consecuencia ineludible que no se le pueda reconocer ninguno de los derechos inviolables del hombre" ⁽³⁰¹⁾. Hegel citando a Gustavo Hugo lleva a admitir que las leyes tiene su origen en la costumbre y en el espíritu del pueblo, aunque el positivismo jurídico hegeliano es de base legal.

La filosofía de Hegel constituye una de las creaciones sistemática más poderosa que registra la historia, desenvuelta por un camino rígidamente inmanentista y por momentos refleja la búsqueda artificiosa en la compaginación del edificio triádico. Hegel pretendió unir en su sistema un método teórico e idealista de pura especulación apriórica extrayendo toda la realidad de la idea, y por el otro, un método empírico e historicista desplegándose a través de elementos de la vida, de lo social e históricos suministrados por las ciencias positivas. Con Hegel "culmina el pensamiento racionalista... más allá de sus límites no se puede avanzar ya por este camino" ⁽³⁰²⁾.

⁽³⁰⁰⁾ Cit. por Johannes Hirschberger, *Historia de la Filosofía*, T. II, ob. cit., pág. 236.

⁽³⁰¹⁾ Verdross, Alfred, *La filosofía...*, ob. cit., págs. 250 y 251.

⁽³⁰²⁾ Gamba, Rafael, *Historia sencilla de la Filosofía*, Ed. Rialp, Madrid, 1977, pág. 238.

Respecto a la filosofía jurídica del pensador del idealismo absoluto, ella incurre en una absolutización del Estado y lleva a la justificación de las instituciones jurídicas y políticas por el solo hecho de su realización histórica. Dujovne concluye que para Hegel "la filosofía del derecho ha de ocuparse de lo que hay o de lo que ha habido, y no de lo que debiera haber. El filósofo no ha de incurrir en el error de querer enseñar lo que debe ser el mundo" (303).

2. LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO

El panlogismo hegeliano es el último intento moderno por construir una metafísica, ya nadie podía pedirle a la razón más de lo que le había pedido Hegel, y de ese modo a partir del vuelo del idealismo absoluto alemán las filosofías que le sucederán reflejan una razón impotente y descreída en sus fuerzas. El siglo XIX será decididamente antimetafísico, los interrogantes propiamente filosóficos que durante dos siglos se intentaron responder desde el racionalismo o el empirismo, quedan suprimidos ante la fuerza arrolladora de la "materia" y de la "ciencia positiva".

En el siglo XIX predominarán en Europa: el materialsimo naturalista (Luis Feuerbach, 1804-1872); el materialsimo histórico (Carlos Marx, 1818-1883); el positivismo francés (Augusto Comte, 1798-1857); el positivismo inglés utilitarista (Jeremías Bentham, 1748-1832); y el evolucionismo (Heriberto Spencer, 1820-1903, y Carlos Darwin, 1809-1882). Lo material absorbe lo humano, y el conocimiento ejemplar lo brindarán la física, la biología y la historia.

En el campo jurídico, en aquel siglo, se computa la aparición de la moderna Ciencia del Derecho por obra del historicismo en Alemania y de la exégesis en Francia. Estos dos intentos de extender y explicar el derecho sistemáticamente, se constituirán en los únicos modos posibles de pensar y actuar jurídicamente, y no obstante que su monopolio como Escuelas languidecerá en ese mismo

(303) Dujovne, León, *La filosofía del Derecho de Hegel a Kant*, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1963, pág. 181.

siglo, es indudable que su influencia sobre la vida práctica jurídica se prolonga en el siglo siguiente.

En opinión de Legaz y Lecambra los supuestos que posibilitarán la aparición de la moderna ciencia del derecho son: "la laicización del ámbito científico-jurídico, la separación de los conceptos de derecho y moral y la lucha de la Escuela histórica contra el Derecho Natural y por la ontologización del derecho positivo" (304); y Karl Larenz afirma que "en el siglo XIX, sobre todo, se intentó, bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales, «elevar» la ciencia del Derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científicos naturales" (305).

Los rasgos definitivos de la nueva ciencia del derecho sólo se pueden explicar si recurrimos a esa lenta pero inexorable destrucción de la metafísica trascendente que iniciada en Descartes se prolongó hasta Hegel, después de éste sólo se hablará de ciencia, y a la filosofía primera ni siquiera se le considerará rango de problema. Durante los siglos XVII y XVIII la filosofía del derecho de los sistemas del jusnaturalismo racionalista se había constituido en el único modo del saber jurídico, y en el siglo siguiente a instancias de las escuelas señaladas y conforme a las exigencias de ese tiempo, la filosofía del derecho será fagocitada por la ciencia del derecho.

Los principios filosóficos conforme a los cuales se elaborará la moderna concepción jurídica, condicionarán el desarrollo de la misma. El concepto y método de la ciencia; criterio de verdad; alcance, funciones y relaciones de la inteligencia y voluntad; estructura metafísica de la realidad y principio de causalidad; presencia de Dios en el mundo y su cognoscibilidad; contenido de la moral; caracterización de la libertad; origen y fines de la sociedad y el Estado; serán algunos de los más importantes elementos que los filósofos modernos suministrarán a los científicos del derecho para que adaptándose a ellos de un modo explícito o im-

(304) Legaz y Lecambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, pág. 76.

(305) Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1966, pág. 19.

plícito, con mayor o menor rigorismo, puedan construir la nueva ciencia jurídica que sea todo lo “positiva” y todo lo “antimetafísica” que aconsejaban las corrientes principales del pensamiento europeo.

2.1. Escuela Histórica

Esta Escuela que nace en Alemania a principios del siglo XIX encuentra como su precursor más importante a Gustavo Hugo (1764-1844), en Federico Carlos von Savigny (1779-1861) su verdadero artífice y máximo exponente, y en Jorge Federico Puchta (1797-1846) el otro representante destacable.

Constituye el romanticismo el clima cultural de Alemania al momento en que irrumpe el historicismo jurídico. Aquel movimiento enfrenta al iluminismo y por oposición a éste, destacará el valor de la historia, de los sentimientos, de los grupos orgánicos configurados en naciones, y además, implicó una afirmación del pueblo alemán frente al expansionismo francés. Debemos recordar también, que por esos tiempos en Alemania se consolidará el idealismo que llegó a ser la expresión filosófica del romanticismo, especialmente a través de Schelling.

Para algunos autores la Escuela Histórica del derecho es la manifestación del romanticismo en el campo jurídico, señalándose que Savigny frecuentó los círculos románticos y trabó amistad con integrantes de los mismos, como por ejemplo: Niebuhr, Eichhorn, Grimm, etcétera. Además de la influencia romántica sobre el historicismo jurídico, puede comprobarse en sus explicaciones, de un modo más claro, elementos aportados por el idealismo alemán, y principalmente por Schelling⁽³⁰⁶⁾, así por ejemplo: a) la concepción espiritualizada de la naturaleza; b) el despliegue evolutivo de la realidad, lo que lleva a privilegiar su historicidad; c) el carácter comunitario de los análisis sociales, políticos o jurídicos, asignán-

(306) Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado*, ob. cit., págs. 337 y sgtes., advierte sobre la necesidad de no exagerar las conexiones entre el romanticismo y la Escuela Histórica, y destaca la influencia del pensamiento de Schelling.

dosele a cada pueblo un alma o espíritu particular; d) la interpretación artística o poética de las realidades humanas, e incluso las naturales; e) la decidida oposición al jusnaturalismo racionalista, que llevará a la Escuela a un firme positivismo jurídico; y f) el sentimiento profundamente nacional, con significación especialmente en el campo cultural.

El *Tratado de Derecho natural como Filosofía del Derecho positivo* de Gustavo Hugo, es considerado uno de los antecedentes inmediatos del historicismo que alcanzará caracteres definitivos con Savigny. Influye sobre Hugo, la corriente del derecho natural histórico de Thomasio y Montesquieu⁽³⁰⁷⁾, pero además se muestra cercano al pensamiento kantiano, y fundamentalmente a la preocupación por describir al derecho como sistema. La filosofía y el derecho natural aparecen como herramientas para la comprensión y sistematización del derecho. Es éste el verdadero derecho, cuya fuente es la historia, y de ese modo llega a adoptar una postura dogmática, de justificación, de todas aquellas instituciones jurídicas efectivamente realizadas, aún de la tortura, esclavitud, etcétera. Es célebre la afirmación de Hugo: "El derecho romano es nuestro derecho natural"⁽³⁰⁸⁾, que pone de relieve su desconfianza al jusnaturalismo de los dos siglos anteriores.

Savigny en su famoso *Sistema del Derecho Romano actual*, se ocupa de precisar el tema de las fuentes del derecho definiéndolas "causas de nacimiento del Derecho general o sea tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas particulares formadas por abstracción de aquéllas"⁽³⁰⁹⁾, y respecto a ese derecho general o positivo el ex Rector de la Universidad de Berlín afirma que "vive en la conciencia común del Pueblo, y por ello habremos de llamarlo también (derecho) del Pueblo... Más bien se trata del espíritu del Pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa,

⁽³⁰⁷⁾ Ver Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, ob. cit., pág. 345.

⁽³⁰⁸⁾ Cit. por Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, pág. 83.

⁽³⁰⁹⁾ Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del Derecho Romano actual*, Ed. Losada, Bs. As., 1949 en *La ciencia del Derecho*, pág. 33.

y que produce el Derecho positivo... La producción del derecho se realiza por el Pueblo como sujeto personal activo" (310). Con Savigny se fija con precisión el tema de las fuentes del derecho (311), tan caro a la ciencia del derecho posterior, y ese problema del nacimiento u origen es resuelto recurriendo al misterioso, activo y multifacético generador cultural del *volksgeist* (espíritu del pueblo).

Para el historicismo jurídico tanto el derecho, como la moral, el arte, el lenguaje, y demás manifestaciones culturales, tienen su origen en esa conciencia propia del pueblo que de un modo espontáneo y no reflexivo los va produciendo. En cuanto al derecho específicamente, se exterioriza o muestra a través de los usos y costumbres; para decirlo más técnicamente, el derecho que vive y se forja en la conciencia jurídica popular se manifiesta y rige como derecho consuetudinario: "Si se contempla los verdaderos fundamentos de todo derecho positivo, el núcleo inmutable del mismo, se llega ... (a que) el fundamento tiene su existencia y realidad en la conciencia del Pueblo... La costumbre es, por tanto, el síntoma del derecho positivo, pero no su causa de nacimiento" (312). Respecto a esa matriz cultural que es el *volksgeist*, Savigny precisa: "Lo que opera en cada Pueblo individual no es sino el espíritu general de la humanidad que se evidencia en el primero de modo individual" (313); y de la relación creadora entre pueblo-Estado dice: "El Pueblo al que tuvimos que atribuir como totalidad natural invisible límites indeterminados, no existe sin embargo en ninguna parte y en ningún tiempo de este modo abstracto. En él opera más bien un instinto insostenible de patentizar la unidad invisible en una aparición visible y orgánica. El Estado es el cuerpo de la comunidad espiritual del Pueblo y con él tenemos a la vez fronteras rigurosamente determinadas de la unidad... la producción del Estado es una clase de producción de Derecho, inclusive la

(310) *Ibidem*, pág. 35.

(311) Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, pág. 9, señala que la cuestión de las "fuentes" recibe tratamiento temático con Savigny.

(312) Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 51.

(313) *Ibidem*, pág. 40.

suprema forma de toda producción de Derecho” (314). Esa combinación paradójica de elementos y criterios, como hemos visto tan comunes al pensamiento moderno, se comprueba en Savigny, y así Reale confirma: “la Escuela Histórica repudia el creacionismo abstracto que caracteriza al contractualismo, pero que no por ello se libera de la religión de la naturaleza, que es el elemento animador y romántico de la obra de Rousseau, explicándose así la combinación de ingredientes empíricos y metaempíricos de su concepción” (315).

Al explicitar el tema de las fuentes jurídicas, Savigny agrega el derecho consuetudinario, el derecho legislado y el derecho científico: “Cuando por el desarrollo progresivo del Pueblo, a la legislación se añade la ciencia jurídica, el Derecho del Pueblo se halla provisto de dos órganos: la ley y la ciencia” (316). La ley en el historicismo no cumple, al menos en teoría e inicialmente, una función de primer orden, sino que su finalidad propia es estar al servicio del derecho del pueblo: “Su contenido (de la ley) es el Derecho del Pueblo ya existente o, lo que es lo mismo, la ley es el órgano del Derecho del Pueblo” (317). Pero sin embargo, Savigny por vía de excepción, llega a reconocerle a la ley carácter productivo jurídico, sirviendo de complemento al derecho popular y posibilitando una mayor clarificación y determinación del mismo.

Con el “desarrollo natural de los Pueblos” aparecen los especialistas o profesionales, y de ese modo también surgen los juristas o peritos en Derecho. “Los juristas despliegan por tanto, una doble actividad; una actividad material por concentrarse en ellos principalmente la producción jurídica del Pueblo, la que practican continuamente como representantes de la totalidad; y una actividad formal, puramente científica por llevar a la conciencia y exponer científicamente el Derecho, no importando el origen que haya tenido. Respecto a esta última función, parece a primera vista la actividad

(314) *Ibidem*, pág. 41.

(315) Reale, Miguel, *Fundamentos del Derecho*, Ed. Depalma, Bs. As., 1976, pág. 42.

(316) Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del Derecho*... , *ob. cit.*, pág. 63.

(317) *Ibidem*, pág. 54.

de los juristas como dependiente al recibir su materia desde fuera. No obstante, produce la forma científica de la materia que tiende a revelar y rematar su unidad inherente, nueva vida orgánica que repercute a su vez sobre la materia, de suerte que la misma ciencia da lugar inconteniblemente a una nueva especie de producción jurídica... En efecto, las formas libres y múltiples en las cuales los juristas se pueden mover, les hace posible exponer las reglas abstractas de la ley en el contexto orgánico de la institución que no se hace directamente visible de la ley, si bien la última partía también de su contemplación. El trabajo científico facilita y asegura a la ley el dominio de las relaciones de la vida" (318); y respecto a los juristas, en otra obra, Savigny insiste en la doble función que ellos ejercen: "la una, creadora y directa, pues reuniendo en sí toda la actividad intelectual de la nación, desenvuelven el derecho como representantes de esta nación; la otra, puramente científica, pues se apoderan del derecho, cualquiera que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo en una forma lógica" (319).

La extensa transcripción precedente del máximo corifeo de la Escuela Histórica permite destacar: en primer lugar, la concepción de ciencia que el mismo pretende para el derecho, la que se aparta de la concepción tradicional como saber práctico y se acomoda a las exigencias planteadas en su tiempo para el conocimiento científico; y en segundo lugar, se verifica sin esfuerzo alguno de qué manera los conceptos de "materia" y "forma" han perdido toda significación metafísica y sólo se comprenden en el marco del idealismo filosófico.

Para Savigny ciencia era sinónimo de unidad lógica del sistema, levantado por medio de una "genealogía de los conceptos" que "consistía en seguir en sentido ascendente y descendente el origen de cada uno de ellos a través de un proceso lógico (lógico, no histórico) que preside su formación, aceptando la tesis de la «escuela filosófica», su inicial adversaria, y recogiendo los argumentos intelectualistas y formalistas compartiendo su abstractis-

(318) *Ibidem*, págs. 60 y 62.

(319) Cit. por Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, T. I, pág. 102.

mo” (320). Esa confianza en la ciencia jurídica lo llevó a Savigny a oponer a la propuesta de codificación de Thibaut, la elaboración de una ciencia jurídica alemana, pues sería ésta para el historicismo y no el código la encargada de dar solución a los innumerables inconvenientes que ofrecía el derecho común. Incluso, de las tres maneras que se manifiesta el derecho: popular, legislativo y científico, era éste el más válido y el que reflejaba el progreso cultural del pueblo.

Zuleta Puceiro señala un desarrollo en el pensamiento de Savigny, distinguiendo tres etapas, situando la última fase en el año 1840 al publicar el primer volumen del *Sistema del Derecho Romano actual*. A partir de esta obra, la aplicación de la perspectiva histórica evolutiva de análisis a los materiales jurídicos, determinará una forma peculiar de investigación, orientada hacia la “historia interior” de los preceptos e instituciones, que tendrá como resultado la conformación de la mayor parte de las categorías conceptuales de la dogmática iusprivatista. Los ingredientes históricos cobrarán el aspecto de los axiomas del sistema científico, y a éste le interesa la determinación en términos de verificación empírica de la génesis y desarrollo de “tipos institucionales”, lo propiamente histórico interesa en cuanto “objetivación” susceptible de una consideración generalizadora. En la ciencia definitivamente propuesta por Savigny, lo sistemático prima sobre lo histórico, la ciencia no construye un sistema u ordenación racional de la materia que considera, sino que reconstruye y recrea un sistema empíricamente verificable en la propia realidad histórica. La visión del científico —según el historicismo— viene del sistema y va al sistema; el orden sistemático de las elaboraciones científicas responde al entramado orgánico de la propia realidad. De este modo, en opinión de Zuleta, el método histórico se reencuentra con la aspiración sistemática proveniente de sus raíces en el iusnaturalismo racionalista (321).

(320) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ob. cit., T. III, pág. 56.

(321) Zuleta Puceiro, Enrique, *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 59 a 96.

Lo realmente original del historicismo consistió en haber recurrido al espíritu del pueblo para explicar el origen del derecho, lo que a su vez implicó privilegiar el derecho consuetudinario frente al derecho legislativo. Pero la caracterización de la ciencia jurídica que lleva a cabo el historicismo, es afín a las posturas racionalistas y formalistas propias del jusnaturalismo moderno. Savigny “admira el rigor matemático y le maravillan los juristas romanos que «calculan con las ideas»” ⁽³²²⁾, y pretende una legislación que pueda reducir la multiplicidad de sus normas a la unidad de los principios de manera que sea capaz de resolver todos los casos, sin necesidad de recurrir a elementos extraños. El saber jurídico para la filosofía realista clásica era un saber práctico, y en consecuencia en los distintos niveles de éste (filosófico, científico y prudencial) se orientan a dirigir el obrar humano; en el historicismo, el saber jurídico es el científico y su objetivo es recomponer y traducir en una forma lógica el derecho con vista al todo orgánico del sistema.

El logicismo, sistematicismo y dogmatismo de la Escuela histórica se fue acrecentando, y así Puchta incurre en un marcado formalismo y cientifismo reconociéndole al jurista docto el monopolio de formación del derecho en la teoría y en la práctica ⁽³²³⁾, y al mismo tiempo el concepto de “espíritu del pueblo” adquiere un papel fundamental en su sistema. La función de la ciencia para Puchta es “reconocer las proposiciones jurídicas en su conexión sistemática, como condicionándose recíprocamente y derivando la una de la otra, para remontarse en la genealogía de cada una de ellas hasta sus principios, y descender después desde los principios hasta sus más extremas ramificaciones” ⁽³²⁴⁾. Esta preocupación conceptualista, tan presente en Puchta, terminará generando y extremándose en la escuela de jurisprudencia de conceptos.

Quizás la clave para comprender en detalle y el fundamento del pensamiento historicista es lo que señala Hernández Gil: “En la

⁽³²²⁾ Hernández Gil, Antonio, *Metodología...*, ob. cit., pág. 105.

⁽³²³⁾ Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, ob. cit., pág. 257.

⁽³²⁴⁾ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ob. cit., T. III, pág. 55.

escuela histórica hace crisis la metafísica jurídica y resurge la lógica jurídica” (325). Es que el historicismo en cuanto al método para conocer lo que es el derecho es decididamente empirista, se trata de la expresión en el campo jurídico de dicha corriente filosófica que modernamente se iniciara también en Descartes. No hay principios *a priori* ni criterios axiológicos, el derecho es un hecho histórico social, externo y dado que se descubre exclusivamente en la experiencia como algo elaborado por el *volksgeist*. El derecho no es creado libremente por el hombre, sino que es resultado de una “ley dotada de necesidad interna” (326) que va transformándolo ininterrumpida y evolutivamente: “estos desenvolvimientos continuos siguen una marcha regular, obedecen a un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de una manera especial con las diversas manifestaciones del espíritu, en el seno del cual el derecho toma su nacimiento” (327). Esta confianza en el desarrollo “orgánico”, necesario y empírico del derecho lleva al historicismo a declararse contrario a cualquier otra manifestación jurídica que no sea el derecho positivo; el irracionalismo historicista niega toda pretensión de descubrir o elaborar racionalmente normas o principios jurídicos universales y eternos, e incluso Savigny reserva la denominación de derecho natural para el derecho popular (328). El antiijusnaturalismo de la Escuela histórica impuesto por su método empirista, irracionalista y relativista, la conduce a negar toda interferencia de la moral y de la filosofía en el campo del derecho; es que éste, repitémoslo una vez más, es un producto irreflexivo, espontáneo y necesario del espíritu del pueblo, y, en consecuencia, no hay posibilidad de plantear un “deber ser” para lo jurídico cuando éste se agota en un “hecho” ciego a todo *telos*. En definitiva y desde el punto de vista metafísico, el historicismo sólo deja en el derecho causas materiales y eficientes, y barre las formales, ejemplares y finales.

(325) Hernández Gil, Antonio, *Metodología...*, ob. cit., T. I, pág. 125.

(326) Welzel, Hanz, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 182.

(327) Hernández Gil, Antonio, *Metodología...*, ob. cit., T. I, pág. 98.

(328) Fassó, Guido, *Historia...*, ob. cit., T. III, pág. 50 y Hernández Gil, Antonio, ob. cit., T. I, pág. 99.

Es indudable que aparecen en la Escuela que analizamos cierta contradicción entre algunos postulados y sus consecuencias. Para esclarecerlas es necesario comprender que “la lucha de Savigny contra el derecho natural no se encaminaba contra la teoría jurídica, sino contra el racionalismo práctico del legislador de la Ilustración en Alemania y del revolucionario en Francia” (329). Es decir, que la confianza del historicismo se traslada del legislador a la comunidad nacional, el derecho sigue siendo un hecho aunque ya no resultado de Dios o la Razón sino algo espontáneo e irracional, “Savigny cree en el *volksgeist*, así como Rousseau en la *volonté générale*” (330). La obsesión racionalista y sistematicista se muestra claramente cuando Savigny o Puchta plantean las exigencias a la Ciencia del Derecho, la actitud del jurista es la dogmática y trasciende definitivamente el campo jurídico la preocupación por la justicia o el bien. Sobre esa coincidencia del historicismo con la escuela que combatía, conviene aludir a las influencias de Kant en el Savigny científico, de quien toma la definición del derecho subjetivo, de autonomía privada y de negocio jurídico (331), así en el marco del voluntarismo consensualista y sin referencia a la justicia dice: “Si contemplamos los hechos jurídicos que en la vida real nos rodean y dominan, nos aparece en primer lugar el poder correspondiente a la persona particular: una esfera en la cual su voluntad reina con nuestro consentimiento. Denominamos este poder un derecho de esta persona” (332). Al respecto, Villey señala que Wolff precisará la idea de sistema externo que a través de Kant pasará a la ciencia jurídica del siglo XIX, a los escritos juveniles de Savigny, a la pandectística alemana, y llegando finalmente a Kelsen y al normativismo contemporáneo (333).

En cuanto a la importancia de la Escuela Histórica, Hernández Gil afirma que “ella sentó las bases de la ciencia jurídica moderna,

(329) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, ob. cit., pág. 341.

(330) Reale, Miguel, *Fundamentos del Derecho*, ob. cit., pág. 42.

(331) Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado...*, ob. cit., pág. 343.

(332) Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del Derecho...*, ob. cit., pág. 29.

(333) Villey, Michel, *Critique de la pensée juridique moderne*, París, 1976, pág. 141.

que, al menos en sus líneas generales, siguió los métodos de Savigny”⁽³³⁴⁾, y de manera coincidente Larenz señala que el ex Rector de la Universidad de Berlín “ha dado comienzo a una época de la ciencia del Derecho en la que todavía nos encontramos”⁽³³⁵⁾. Estos reconocimientos provienen incluso de corrientes alejadas del historicismo, como por ejemplo el neokantiano Stammler que en relación al mundo de los juristas llega a decir: “la ciencia del derecho, desde el punto de vista del historicismo, fue la leche que a todos nos nutrió”⁽³³⁶⁾.

Respecto a la influencia decisiva de la Escuela histórica en la formación de los juristas y en señalar el derecho por el que marchará modernamente gran parte de la ciencia del derecho, es indiscutible, Pero advirtamos, cuan alejada está esa ciencia de la concepción jurídica forjada por Aristóteles y Santo Tomás, en donde el derecho indicaba una realidad analógica cuyo analogado principal era “lo justo”. El historicismo profesa un afilosofismo que le hace permanecer ciego al orden del ser y en consecuencia a la verdad y al bien. El derecho y con él su inescindible justicia o injusticia efluyen románticamente de ese absoluto histórico que es el pueblo y su espíritu. Ya no queda lugar para la prudencia procurando la solución justa en concreto, todo queda circunscripto al hecho empírico sin posibilidad de valoración. El único derecho es el positivo o consuetudinario, que los legisladores escribirán dotándolo de mayor claridad y los jueces aplicarán sin apartarse de las palabras de la ley, y que en definitiva la ciencia construirá el sistema perfecto lógicamente armado y en donde se reduzcan las normas e instituciones jurídicas a la unidad. En definitiva el derecho es descripto como un hecho físico, sometido a una causalidad propia de ese campo y no del orden práctico⁽³³⁷⁾, entregándolo al mundo de

⁽³³⁴⁾ Hernández Gil, Antonio, *Metodología...*, ob. cit., T. I, pág. 115.

⁽³³⁵⁾ Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1966, pág. 22.

⁽³³⁶⁾ Cit. por Antonio Hernández Gil, *Metodología...*, ob. cit., T. I, pág. 91.

⁽³³⁷⁾ Rodríguez, Lino; Arias Bustamante, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, E.J.E.A., Bs. As., 1961, pág. 107, afirma que el derecho para la Escuela Histórica está “sometido a un continuo desarrollo de la ley de causalidad de análoga manera al proceso natural biológico que propugna Darwin”.

la necesidad colectiva. La moderna ciencia jurídica preocupada por los hechos, el sistema lógico-formal y de espaldas al bien y a la justicia, generará el dogmatismo práctico y vivencial tan típico de los juristas reducidos a meros técnicos del derecho.

2.2. Escuela de la Exégesis

En la importante obra que Bonnacase dedicara a esta Escuela nos dice que la misma “dominó la ciencia del Derecho civil en Francia, en el siglo XIX... dominó no sólo en Derecho Civil, en el cual alcanzó su auge, sino que, de una manera general, en todas las ramas de derecho codificadas” (338). Si advertimos que el proceso de codificación que se llevó a cabo en aquel siglo en el Continente europeo y en hispanoamérica, se hizo bajo las enseñanzas del *Códe de Napoleon* y sus comentaristas y tratadistas franceses, y que por otra parte, el método de la Escuela la exégesis se apoderó de la gran mayoría de las cátedras en las Facultades de aquellos países incorporados al llamado sistema continental del derecho, podemos concluir cual es la importancia fundamental que tiene dicha Escuela, principalmente como forjadora de una actitud dogmática y positivista en los profesionales del derecho (jueces, abogados, docentes, legisladores, etc.).

El pensamiento exegético usufructó el éxito que acompañó a los ideales revolucionarios, los que habían sido incorporados al *Códe* “La filosofía de la codificación había sido el iusnaturalismo” (339), este movimiento construyó deductivamente su pormenorizado y completo sistema jurídico a partir de los derechos naturales individuales, y dicha tendencia individualista y liberal se plasma en el Código como lo refleja el principio de la autonomía de la voluntad, la admisión del divorcio, el concepto absoluto del derecho de propiedad, la libre contratación de las condiciones laborales,

(338) Bonnacase, J., *La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil*, México, Cajica, 1944, pág. 30.

(339) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ob. cit., T. III, pág. 27.

etcétera. La Escuela de la exégesis y su antecedente inmediato, el código napoleónico, "son a su vez consecuencia y exponente, versión jurídica, de los dogmas filosóficos y políticos de la Revolución francesa" (340), y de ese modo el método exégetico y su *Códe* acompañan a las triunfantes y extendidas fuerzas revolucionarias.

Es indudable la pobreza filosófica de los principales representantes de la exégesis, incluso no tuvieron el propósito de incursionar en cuestiones que la ciencia aconsejaba dejar de lado por estériles e inútiles, pero sin embargo es inevitable que cualquier posición en torno al concepto de derecho se sustente explícita o implícitamente en una determinada orientación filosófica, y así en el caso de la exégesis "involuntariamente ella misma constituye una teoría filosófica del Derecho, que es ni más ni menos la versión laica del antiguo voluntarismo teológico que reduce el Derecho a la voluntad, más bien que a la de una divinidad, a la del Estado" (341). Los exégetas en sus extensas obras, varias de ellas superaron los treinta volúmenes (Laurent, 33 volúmenes; Demolombe, 31; etc.), se ajustaron al orden de materias impuesto en el Código y procuraron elaborar la ciencia jurídica sobre la base del comentario y análisis sistemático de los distintos artículos, aunque sometiéndose siempre a la palabra de la ley, a la voluntad efectiva o presunta del legislador y al principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Aparte, a esta Escuela francesa le sobró habilidad para monopolizar con sus exigencias la enseñanza del derecho en Francia durante el siglo XIX, y además el proceso codificador que se extendió por el mundo fue acompañado por el modelo de ciencia jurídica que había diagramado la exégesis. Prueba de esta autoritaria actitud asumida por los exégetas en los ámbitos académicos, que alcanzara su máximo apogeo entre 1830 y 1880, es un discurso pronunciado en 1839 por Blondeau, Decano de la Facultad de Derecho de París: "En 1804 y 1805 las Escuelas de Derecho fueron, por fin, organizadas... La misión de los primeros profesores de estas escue-

(340) Hernández Gil, Antonio, *Metodología...*, ob. cit., T. I, pág. 78.

(341) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ob. cit., T. III, pág. 25.

las fue sustituir la vaga enseñanza creada por la ley de brumario, por una enseñanza positiva y práctica... un suplente que servía interinamente la cátedra de Derecho romano, fue reprendido por la autoridad superior, en virtud de que se atrevió a abandonar el camino de Heinneccius y a hablar a sus alumnos de las clasificaciones de Bentahan y de la historia de Hugo..." (342). Pero al margen de estos episodios individuales, se adoptaron medidas de carácter general con el objeto de asegurar el triunfo de la moderna ciencia, y así "en las Escuelas Centrales del Imperio se procuró que fueran suprimidas las enseñanzas del derecho Natural y hasta las de teoría del Derecho, que podían dar ocasión a discusiones y críticas del ordenamiento imperial, procurándose enseñar, por tanto solamente el código de Napoleón. Cualquier tendencia filosófica fue suprimida como peligrosa por la autoridad del Estado..." (343).

El triunfo político del iusnaturalismo obtenido con la Revolución francesa implicará su derrota filosófica. Durante los siglos XVII y XVIII se había elaborado detallados sistemas jurídicos de derecho natural con la sola ayuda de la razón y partiendo de ciertos principios *a priori* arbitrariamente determinados, y la tarea de transformación de aquellos en derecho positivo sefá ejecutada con el proceso codificador, cuyo mayor éxito será el Código Civil napoleónico sancionado en 1804. Con la convicción de que se había realizado en la ley el derecho natural, ya no cabían preocupaciones iusnaturalistas fuera de la ley y de ese modo los exégetas se aferrarán a los textos legales entregándose "a un empirismo absorbente" (344) y "el instrumento mental que emplean en sus investigaciones es la lógica, mediante la exégesis, la glosa y el comentario, desconociendo todo sentido histórico, toda realidad social" (345) y toda referencia teleológica y valorativa.

La Escuela francesa en cuestión, procura que su ciencia jurídica responda a las exigencias del saber científico por excelencia,

(342) Bonnacese, J., *La Escuela de la Exégesis...*, ob. cit., pág. 41.

(343) Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, ob. cit., T. III, pág. 25.

(344) Rodríguez, Lino; Arias Bustamante, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 102.

(345) *Ibidem*, pág. 98.

que según la filosofía moderna era el físico-matemático. De la llamada "obra maestra" de la exégesis, el *Cours de Droit Civil Français* de Aubry y Rau, se ha destacado: "Lo que constituye el mérito particular de la obra, lo puede asegurar una autoridad cada vez mayor, es la solidez de su doctrina, la sobriedad de su exposición; la deducción inflexible de todas las consecuencias jurídicas de un principio poseído... Todas las soluciones están contenidas en germen, en un conjunto de principios formulados con rigor matemático y, tan íntimamente soldados entre sí, que forman un verdadero edificio jurídico..."⁽³⁴⁶⁾, y en relación a este carácter matemático no está de más recordar que Aubry precisamente estudió matemática y que "cediendo al deseo de sus padres, tomó los cursos de la Facultad de Derecho"⁽³⁴⁷⁾, los que fueron asumidos con el rigor propio de sus estudios iniciales. A Troplong lo llama Bonnecase "el filósofo de la exégesis", y su biógrafo Dufour escribe en 1869: "Portalis, hablando como legislador, decía: interroguemos la historia, ella es la física experimental de la legislación. Troplong, procediendo como jurisconsulto, supo hacer de la historia la física experimental de la jurisprudencia... en la historia de la filosofía del derecho su trabajo señala una época"⁽³⁴⁸⁾. Liard, en su obra *L'enseignement supérieur en France*, de 1893, pensaba que los artículos del Código son teoremas cuyo enlace entre sí hay que mostrar y deducir sus consecuencias, hasta el punto de que el verdadero jurista es un geómetra y la educación puramente jurídica es puramente geométrica⁽³⁴⁹⁾.

Y para completar esta descripción del modelo y actitud científica que animaba a los exégetas franceses, escuchemos a dos de sus representantes confesar la fe en la ciencia revolucionaria y sistemáticamente lógica: "Quiero restituir a la ciencia del Derecho Civil el carácter de pureza que la hace bella... En todas las cosas amo el progreso, pero el progreso racional, reflexivo, sucesivo" (Taulier,

⁽³⁴⁶⁾ Cit. por J. Bonnecase, *La Escuela de Exégesis...*, *ob. cit.*, pág. 90.

⁽³⁴⁷⁾ *Ibidem*, pág. 89.

⁽³⁴⁸⁾ *Ibidem*, pág. 126.

⁽³⁴⁹⁾ Cit. por Antonio Hernández Gil, *Metodología...*, *ob. cit.*, T. I, pág. 82.

Decano y profesor en la Facultad de Derecho de Grenoble)⁽³⁵⁰⁾; y “He emprendido este trabajo, para sustituir la autoridad de las tradiciones por el razonamiento; las ideas convencionales por ideas lógicamente apreciadas” (Marcadé, abogado en el Consejo de Estado y en la Corte de Casación)⁽³⁵¹⁾.

Entrando ya al análisis más ordenado y explícito de los caracteres distintivos de la exégesis, debemos aludir en primer lugar a su positivismo legalista a ultranza: no hay otro derecho que el positivo, el que está contenido totalmente en la ley o en el *Código*. El único y verdadero derecho es el que sale de esa razón todopoderosa y previsoramente del legislador, es éste la fuente única del derecho. La razón del legislador, conforme a la confianza enseñada por el iluminismo, estaba capacitada para construir deductivamente los Códigos que preverán con validez absoluta y universal todos los casos posibles y le brindarán anticipadamente la solución apropiada e indiscutible, y luego será la voluntad soberana e ilimitada de esos mismos legisladores la que impondrá el derecho estableciendo coactivamente las normas jurídicas que regirán la sociedad. Queda patentizado así el extremo racionalismo constructivo, y, al mismo tiempo, el voluntarismo sin límites que caracterizó a la escuela moderna del derecho natural.

La mayoría de los principales representantes de la Escuela exegética fueron destacados profesores y conductores universitarios que pusieron en práctica, públicamente, esa confianza plena en los textos legales; Bugnet, profesor de la Facultad de París, confesaba: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón”; y Demolombe, Decano y profesor de la Facultad de Derecho de Caen, expresaba: “Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente: los textos ante todo”⁽³⁵²⁾. Este endiosamiento tan típico de la Escuela, llegó en algunos pensadores a extremos que de haberse generalizado tales opiniones hubiese podido generar serios problemas,

⁽³⁵⁰⁾ Cit. por J. Bonnacese, *La Escuela de la Exégesis...*, *ob. cit.*, pág. 140.

⁽³⁵¹⁾ *Ibidem*, pág. 179.

⁽³⁵²⁾ Cit. por Francisco Geny, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 27.

así por ejemplo el Decano Blondeau ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas reunida declaraba: “La ley debe ser actualmente la única fuente de las decisiones jurídicas... si el juez se encuentra en presencia de una ley ambigua o de leyes contradictorias, escapándosele el pensamiento del legislador, tendrá motivos tan poderosos para abstenerse como para actuar y considerar esas leyes como no existentes, y, por lo mismo, para rechazar la demanda”⁽³⁵³⁾. En una posición dogmática extrema, el profesor Laurent, de la Universidad de Gante, critica ciertas pretensiones desmedidas e irrespetuosas de los juristas poco fieles a la ley, en los siguientes términos: “Los códigos no dejan la cuestión al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el derecho: el derecho está hecho... Los intérpretes hacen mal en quejarse, pues si el derecho ha llegado a ser un mar de dudas, ellos son los culpables. Si tuvieran más respeto por el texto del código, no habría controversias... Descuidar el texto es terminar necesariamente en la incertidumbre y en el error”⁽³⁵⁴⁾.

En el siglo anterior Montesquieu en su *Del espíritu de las leyes* (1748), había descripto las bases de la organización del Estado cuyo poder había dividido con el propósito de asegurar la libertad, y respecto a la tarea de los jueces indicaba: “Cuanto más se acerca la forma de gobierno a la república, más fija debe ser la manera de juzgar... En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es guía de sí mismo. En los Estados republicanos es de rigor ajustarse a la letra de la ley... Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”⁽³⁵⁵⁾. La Escuela de la exégesis va a poner en funcionamiento este principio de Montesquieu, y en consecuencia desconfiará de los jueces e intérpretes que pretenden cierto margen de creación jurídica, no hay posibilidad teórica para esto y admitirlo implicaría para el pensamiento revolucionario y napoleónico un

⁽³⁵³⁾ Cit. por J. Bonnacase, *La Escuela de la Exégesis. . . , ob. cit.*, pág. 159.

⁽³⁵⁴⁾ *Ibidem*, pág. 149.

⁽³⁵⁵⁾ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Ed. Claridad, Bs. As., 1977, pág. 117.

serio riesgo político. El principio de división de poderes asignaba al poder legislativo la competencia para hacer el derecho o la ley, y a los jueces le estaba encomendada la tarea mecánica y silogística de aplicarla. Pero además, y según las enseñanzas de Rousseau, la ley era expresión de la "voluntad general" y en consecuencia, ella buscaba satisfacer el interés general sin posibilidad de error. El culto al principio de división de poderes y al convencimiento que la única fuente del derecho era la ley, llevó a los revolucionarios franceses a implementar la institución del *référé* legislativo y a la creación del Tribunal de Casación ⁽³⁵⁶⁾.

En ese positivismo legalista extremo de la exégesis resultaba indefectible el reconocer que la función judicial consistía en la mecánica de un silogismo, donde la premisa mayor era algún artículo del Código, la premisa menor el caso planteado, y la consecuencia el fallo estricto y sin otra preocupación que ser reflejo de la ley. Recaséns, al respecto, con claridad sintetiza: "la publicación del Código Civil de Napoleón, la idea de la omnisciencia y de la omnicomprensión de la ley escrita, así como la concepción mecánica de la función judicial, alcanzan un grado de frenética apoteosis. A este resultado contribuyeron varios factores, algunos de tipo político, otros que fincaban en la convicción de que aquel Código era la expresión perfecta del auténtico Derecho natural, y, también y sobre todo, la proyección que se hacía del culto de aplicación de la razón matemática y de la lógica formal deductiva al campo jurídico" ⁽³⁵⁷⁾. El derecho o la ley son el instrumento que permite asegurar a los revolucionarios franceses la destrucción del anciano régimen, y la construcción del nuevo régimen de libertad, igualdad y fraternidad, es por ello que buscarán por diversos medios evitar todo apartamiento de los textos legales; a manera de ejemplo, recordemos el discurso inaugural pronunciado en 1857 por el Decano Aubry en la Facultad de Derecho de Strasbourg: "Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica,

⁽³⁵⁶⁾ Ver Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, págs. 182 y sgtes.

⁽³⁵⁷⁾ *Ibidem*, pág. 184.

tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña... Toda la ley tanto en el espíritu como en su letra... pero sólo la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón" (358).

A pesar de los excesos de un Laurent ciegamente confiado en la previsión del legislador aconsejando al juez el rechazo de los casos no contemplados en la ley, predominó en definitiva en la escuela la admisión de los mecanismos de integración de la ley, aunque sin renunciar a su positivismo legalista. Para solucionar las escasas lagunas de la ley, se termina aconsejando recurrir a la voluntad presunta del legislador resolviendo conforme a la disposición sancionada para casos análogos, y, en su defecto, se invocaba los principios generales del derecho positivo según estaban reconocidos como pilares del edificio levantado por el legislador.

Hernández Gil respecto a la exégesis concluye: "No cabe un positivismo mayor ni un racionalismo más exacerbado que prescinde, para el derecho, de toda consideración sociológica, espiritual, moral o económica, desenvolviéndose en la esfera de las puras nociones" (359). El iusnaturalismo racionalista y el iluminismo recomendaban desprenderse del relativismo de los hechos sociales, y esa razón disociada de la experiencia y de la voluntad, cuando piensa no sabe abstraer lo que las cosas son y sólo está ejercitada para pensar como los matemáticos. Pero ese seguro racionalismo capaz de hacer surgir un derecho perfecto y válido para todo tiempo y lugar, se une a un voluntarismo también extremo confiado en que el legislador era el depositario del poder para crear y decir el derecho frente al cual no cabían las valoraciones ni las críticas. Esa soberbia y la falta de conciencia histórica de la exégesis le hará decir a Duppin que el *Traité des obligations* de Pothier era el más bello libro de derecho salido de manos de los hombres, una obra de todos los tiempos, de todos los países, de todas las naciones (360).

(358) Cit. por J. Bonnetcase, *La Escuela de la Exégesis...*, ob. cit., pág. 146.

(359) Hernández Gil, Antonio, *Metodología...*, ob. cit., T. I, pág. 85.

(360) *Ibidem*, pág. 80.

No hay para el pensamiento exegético en el campo jurídico, ni derecho natural, ni equidad, ni justicia. Aun aquellos exégetas que hablan de estos temas se encargan de precisar su marginamiento de la vida práctica del derecho. Demolombe, sobre el particular, confiesa: “me parece imposible aceptar como jurisconsulto esas tesis abstractas, absolutas, que admiten, *a priori*, entre todos los hombres y entre todos los pueblos, un derecho preexistente, inmutable y universal” (361). Taulier, del que Bonnacase destaca que “ningún autor ha demostrado tanta fe en el derecho natural” afirma: “Divido inmediatamente el derecho, en Derecho natural y en Derecho positivo. El primero es el conjunto de las leyes anteriores a la humanidad y provenientes de Dios mismo. El segundo es el conjunto de las leyes hechas por el hombre y por las necesidades de la vida social. Uno es un tipo primitivo, divino. El otro, un tipo secundario humano...” (362). Por su parte Valette ratifica el positivismo de la Escuela señalando: “El derecho positivo es el conjunto de reglas establecidas en cada sociedad por la autoridad pública, y cuya observancia ella misma garantiza. Estas reglas son el verdadero objeto de la enseñanza del Derecho. . . La equidad es algunas veces el sentimiento de un derecho abrogado y que permanece en las costumbres (antiguo derecho positivo), o el sentimiento de un derecho cuya creación es deseado (derecho positivo del porvenir); a veces, también, es una especie de suplemento del derecho positivo actual, aunque difícilmente se comprenda cómo una legislación un poco avanzada podría olvidar ciertos deberes exteriores y positivos” (363). Finalmente, recurramos al testimonio de un católico, el marqués de Vareilles-Sommieres que confiesa su legalismo y voluntarismo diciendo: “Desde el punto de vista de su origen, las leyes se dividen en divinas y humanas; las primeras son aquellas que vienen inmediatamente de Dios; las segundas, son las dictadas por los hombres, en virtud del poder que Dios les ha dado, natural o sobrenatural-

(361) Cit. por J. Bonnacase, *La Escuela de la Exégesis . . .*, ob. cit., pág. 176.

(362) *Ibidem*, pág. 170.

(363) *Ibidem*, pág. 162.

mente... En el hombre, el derecho de ordenar se funda únicamente en la soberanía misma de Dios" (364).

No obstante la actitud combativa que asumieron entre sí la escuela Histórica con la de la Exégesis, es indudable que existen entre ambas profundas coincidencias. La fundamental y primera es su decidida actitud antimetafísica, ambas escuelas son coincidentes con el siglo en que se desarrollan, y así la preocupación central es científica y no entran en estériles e inútiles disquisiciones iusfilosóficas. La Escuela alemana sostiene que el derecho es un hecho, un hecho histórico y comunitario, que surge espontánea e irreflexivamente; para la Escuela francesa, el derecho también es un hecho, pero un hecho normativo absolutamente racional, deductivamente producido por el poder legislativo del Estado. Para las dos posiciones, el derecho aparece como algo completo cuyo descubrimiento se verifica en la experiencia, y frente al cual sólo cabe aceptarlo sin consideraciones valorativas, filosóficas o ideológicas. La justicia y el fin han desaparecido del derecho y de la preocupación de los juristas, queda indicado definitivamente como método jurídico el dogmático y positivista. El modelo de ciencia jurídica al que aspiran las referidas escuelas, ha sido extraído de las ciencias físico-matemáticas, la obsesión es el sistema hermético, autosuficiente, racionalmente formulado, con estricta coherencia lógica formal de los conceptos, en donde recurriendo a los principios puede encontrarse la solución a cualquier problema, aun cuando las elucubraciones científicas del historicismo tienen un mayor vuelo creativo que la exégesis. Manejan las escuelas en cuestión, un concepto unívoco de derecho y de fuente del derecho; para la exégesis sólo tiene capacidad jurígena el legislador, el derecho es lo que está contenido en la ley; y para el historicismo esa capacidad se le reconoce prácticamente en exclusividad a la comunidad, el derecho sólo se dice a través del derecho consuetudinario. El saber jurídico deja de ser práctico, conforme a las enseñanzas de la filosofía realista, y, en consecuencia, ya no interesa la rectificación de la conducta por la justicia o que

(364) *Ibidem*, pág. 167.

la conducta se dirija a la obtención del bien, sino el interés se centra en la coherencia interna y lógica del sistema. Con las escuelas en análisis el derecho queda revestido de ciertos caracteres casi religiosos, y los juristas aparecen como sus sacerdotes, se endiosa y rinde culto al mundo jurídico al que se le confía totalmente la responsabilidad de regular las relaciones sociales, dado que la ética sólo es un problema de conciencia o de interioridad. La soberbia y autosuficiencia tan típica de los modernos sistemas filosóficos, se expresa jurídicamente a través del principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y al reconocerle al juez un mero papel de aplicar mecánicamente la norma jurídica que inexorablemente podrá encontrar para el caso. No se comprende el funcionamiento armónico de la razón y de la voluntad en el derecho, sino que conforme a la filosofía moderna se incurre en racionalismo o en voluntarismo, y en ambos "ismos" a la vez. Los sistemas jurídicos del historicismo y de la exégesis giran en torno del derecho subjetivo y del individualismo.

El siglo XIX oficia de verdugo de la filosofía del derecho, ejecutando la sentencia que explícita o implícitamente habían dispuesto los filósofos modernos. Al mismo tiempo, ese siglo da origen a la moderna ciencia jurídica que se impondrá a los juristas europeos y se exportará al nuevo mundo. Nuestro país es una prueba del éxito unánime que alcanza el nuevo modelo científico conforme al cual se formarán los más grandes juristas argentinos.

III. CORRIENTES ANTI-IUSPOSITIVISTAS O DEL OBJETIVISMO JURIDICO EN EL SIGLO XX

1. INTRODUCCION

La ciencia jurídica moderna forjada en el siglo XIX tendrá el signo inconfundible y característico de ese siglo: el positivismo. Comte había decretado como “regla fundamental” del saber científico que “toda proposición que no pueda reducirse estrictamente al mero enunciado de un hecho, particular o general no puede ofrecer ningún sentido real e inteligible”⁽³⁶⁵⁾. El positivismo jurídico, fiel a esa consigna, monopoliza la mente y actitud de los juristas y se da a la tarea de desarraigar definitivamente del campo del derecho a esa “hierba nociva” del derecho natural —como lo llamó Bergbohm⁽³⁶⁶⁾. El esfuerzo positivista dio la impresión, sobre todo entre sus seguidores, que el éxito iba acompañando su intento y así en 1856 Winscheid podía afirmar que “el sueño del derecho natural está tocando a su fin”, y hacia 1900 —según Leclercq—⁽³⁶⁷⁾ la impresión generalizada era que el derecho natural había muerto. Sin embargo, ese cadáver luego de la “pausa”

⁽³⁶⁵⁾ Comte, Augusto, *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, Edit. Alianza, 1980, pág. 28.

⁽³⁶⁶⁾ Cfr. Fernández Galiano, Antonio, *Derecho natural*, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1979, pág. 322.

⁽³⁶⁷⁾ Leclercq, Jacques, *Del Derecho Natural a la Sociología*, Madrid, Ed. Morata, 1961, pág. 35.

del siglo XIX —en palabras de Sancho Izquierdo—⁽³⁶⁸⁾ experimenta una vez más en nuestro siglo una nueva vitalidad, por lo que Battifol puede hablar de la “perpetua resurrección del derecho natural”. Pareciera que los fracasos jurídicos de la humanidad plasmados en los diferentes regímenes autoritarios sufridos en el siglo XX y la tremenda experiencia de las dos guerras mundiales, han alertado a los juristas sobre los peligros de creer que el derecho es una especie de receptáculo capaz de juridizar cualquier contenido, todos igualmente válidos, reconociendo en su coercibilidad, garantizada por el poder estatal, la nota esencial y definitoria del derecho.

La advertencia de Cicerón de que “es completamente necio pensar que no hay más derecho que el positivo”⁽³⁶⁹⁾ tiene valor imperecedero; y esa firme y milenaria creencia de que no todos los derechos valen igual y que incluso existen derechos que sólo resultan aparentemente tales, fue prácticamente una constante en la historia del pensamiento jurídico hasta el siglo XIX. Fue en este siglo donde la soberbia cientificista obscureció o negó el derecho natural, argumentando su carencia de rigor científico, su peligrosa imprecisión y primitivismo propio de las eras teológica y metafísica, superadas en beneficio de la felicidad definitiva y total que la ciencia positiva se encargaría de construir.

Las diferentes versiones que a lo largo del siglo XX se han encargado de cuestionar al iuspositivismo, no todas han coincidido en sus supuestos filosóficos ni en su caracterización del derecho, a punto que con acertado criterio, diferentes autores hablan de la

⁽³⁶⁸⁾ Sancho Izquierdo, Miguel - Hervada, Javier, *Compendio de Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1981, t. II, pág. 363, precisan: “A partir del siglo XIX se seguirá escribiendo de derecho natural, pero puede hablarse de una cierta pausa en su historia, en el sentido de que una notable parte del pensamiento jurídico rechazó el derecho natural y sólo progresivamente, y no sin esfuerzo, la doctrina del derecho natural ha ido reconquistando posiciones”. La excepción a esa “pausa” en la historia del pensamiento jurídico, que significó el iuspositivismo reinante durante el siglo XIX, se dio principalmente en el campo católico (Meyer y Hertling en Alemania; Rosmini, Taparelli, Liberatore y Prisco en Italia; Ortí y Lara, Ceferino González, Urráburu, Rodríguez de Cepeda, Mendizábal, en España).

⁽³⁶⁹⁾ Cicerón, *De Legibus*, Lib. I, cap. 15.

incorrección de agrupar a esas distintas corrientes iusfilosóficas contemporáneas antipositivistas bajo el rótulo común de iusnaturalismo, proponiendo en su reemplazo el de "objetivismo jurídico" (370). Las diversas orientaciones a las que aludimos coinciden en negar que el derecho sea aquello que el Estado sanciona como tal, cualquiera sea su contenido; es decir, que admiten que el derecho positivo no es el arbitrio absoluto del legislador sino que por el contrario su capacidad creadora se encuentra objetivamente condicionada o limitada por normas o derechos inscriptos en la naturaleza humana, datos de la realidad, exigencias reveladas por Dios, o criterios axiológicos o estimativos; sobreviniendo en el derecho positivo que violente esas determinaciones: falsedad, ilicitud, injusticia, pérdida de validez o eficacia. Incluso algunas de esas corrientes expresamente rechazan la fórmula derecho natural, es por ello que resulta justificado hablar de objetivismo jurídico y no de iusnaturalismo.

La superación del positivismo jurídico, más allá de la coincidencia apuntada, provino de juristas nutridos por corrientes filosóficas típicas de nuestro siglo tales como la neokantiana, la fenomenología, la existencialista, la axiología y el neotomismo. En esa renovación de la filosofía del derecho corresponde mencionar en sus comienzos a Rudolf Stammler (1856-1938) en Alemania, François Geny (1861-1938) en Francia, Giorgio del Vecchio (1878-1970) en Italia. La situación en España resulta diferente, es que en este país la llama inusnaturalista nunca se apagó, pero también en este siglo ganó en cantidad y calidad de representantes.

2. PRECURSORES

Veamos ahora los tres autores mencionados, en los que al margen de las diferencias filosóficas que nos separan, corresponde reconocerse la tarea cumplida en trascender al iuspositivismo y en revalorizar el saber filosófico sobre el derecho.

(370) Ver Fernández Galiano, Antonio, *ob. cit.*, pág. 332; y Sancho Izquierdo, Miguel - Hervada, Javier, en *ob. cit.*, t. II, págs. 373-374.

2.1. Rudolf Stammler

Miembro de la Escuela neokantiana de Marburgo, junto a Hermann Cohen y Pablo Natorp entre otros, caracterizada por su logicismo y formalismo. La misión de la filosofía del Derecho según el profesor de la Universidad de Berlín tiene una doble misión, por un lado desenvolver el concepto del derecho y por otro la determinación de su idea.

Fiel a Kant, el método para descubrir aquel concepto no recurre a la experiencia, pues él es anterior a ésta y la condición de la misma, se trata en definitiva de una forma pura, a priori, que permite deslindar lo jurídico de los hechos naturales, la moral, los usos sociales y el poder arbitrario. Siguiendo el método crítico se deslinda conceptualmente el derecho al que define como “la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable”⁽³⁷¹⁾.

La idea del derecho es el problema de la justicia, y ésta en cuanto idea resulta ser una noción puramente formal, “como la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar en toda su integridad en la realidad sensible”⁽³⁷²⁾. La voluntad social además de jurídica tiene que ser justa, y “el carácter fundamentalmente justo de una voluntad no reside jamás en la materia concreta del objeto a que se aspira, sino en el modo formal en que se puede juzgar y encauzar, en términos absolutos, toda exigencia y toda aspiración”⁽³⁷³⁾, para concluir: “...una voluntad vinculatoria será fundamentalmente justa cuando sus normas se hallen esencialmente orientadas en el sentido de la comunidad pura”⁽³⁷⁴⁾. Esta comunidad pura expresa una armonía absoluta, es el enlace entre los fines de diversos hombres, no tomando jamás como criterio un propósito con validez sólo subjetiva, sino que quieren la armonía absoluta y permanente, los hombres aparecen ligados en el carácter

⁽³⁷¹⁾ Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Reus, 1930, pág. 117.

⁽³⁷²⁾ *Ibidem*, pág. 4.

⁽³⁷³⁾ *Ibidem*, pág. 244.

⁽³⁷⁴⁾ *Ibidem*, pág. 245.

de fines autónomos ⁽³⁷⁵⁾. Si bien existe una sola idea de justicia, puede hablarse de un número ilimitado de derechos justos; es que un derecho justo es siempre imperfecto y de valor relativo, sin que pueda jamás cumplir, atento su carácter de concreto, con la noción absoluta de la comunidad pura o de hombres librevolentes.

El formalismo stammleriano le permitió sustraerse de las críticas al iusnaturalismo por su falta de historicidad, y sobre todo logró gran difusión su fórmula “derecho natural de contenido variable” que aunque Stammler no volviera a utilizar en sus principales obras sirvió para revitalizar la expresión “derecho natural”. En realidad su idea de justicia tenía poco que ver con lo que tradicionalmente se entendió tanto por el iusnaturalismo clásico como el racionalista, se trata de un mero principio formal que sirve para ordenar de distintos modos, igualmente justos, el material social, pero que no llega a constituir la juricidad y la fuerza obligatoria de la norma positiva.

2.2. François Geny

El profesor de la Universidad de Dijon y Decano de Nancy, se dio principalmente a la tarea de combatir el racionalismo deductivista y legalista de la Escuela de la Exégesis que imperó pacíficamente en Francia hasta 1899, fecha en la que publica su famoso *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Sin embargo, en esa prédica combativa llegó a proponer, sobre todo para el ámbito interpretativo e integrativo, un modo de comprender el derecho positivo superador de su reducción a la ley como única fuente del derecho. Así enriqueció esta teoría de las fuentes incluyendo, además de la ley como la más importante, la costumbre jurídica, la autoridad (jurisprudencia y doctrina modernas) y la tradición (jurisprudencia y doctrina antigua). Pero su mayor originalidad, que incluso dio nombre a su escuela, fue el método de la libre investigación al que recurría el jurista cuando carecía

⁽³⁷⁵⁾ Recaséns Siches, Luis, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*, México, Ed. Porrúa, 1963, t. I, pág. 64.

de fuente positiva en donde encontrar su solución; así afirma el profesor francés: "Por eso el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarle: libre investigación científica; investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar. Ahora bien; lo que acabo de decir del juez, intérprete efectivo oficial del derecho positivo, se aplica necesariamente también, no sólo al práctico, sino al intérprete doctrinal o crítico" (376).

Recurriendo a la fórmula "naturaleza de cosa", de significativa presencia en la Filosofía del Derecho contemporánea, Geny dice: "Así, nosotros hacemos recaer el esfuerzo principal de la libre investigación, perseguida por procedimientos científicos, sobre esta noción tan poco precisa como fecunda de la naturaleza de las cosas" (377), y agrega: "Todo intérprete del derecho positivo, debe contar con las aspiraciones de la razón y de la conciencia para escrutar el misterio de lo justo antes de descender al examen de esta naturaleza de las cosas positivas, que precisará su diagnóstico y pondrá en acción los principios racionales" (378). Geny advierte e insiste que "existen principios de justicia, revelados por la razón o por la conciencia moral, a los cuales los elementos variados y móviles de la vida social darán su carácter positivo, pero cuyo asiento está fuera del mundo de los fenómenos" (379). La preocupación central es la jurisprudencia la que "debe, con ayuda de la verdad, descubrir el bien, (pero) no le pertenece realizar todo el bien, sino solamente esta parte de bien que constituye propiamente lo justo" (380).

Su otra gran obra lo constituye *Ciencia y Técnica del Derecho Privado Positivo* (1914-1924), cuyo segundo de los cuatro volúmenes que es *Elaboración científica del Derecho positivo*, lleva por

(376) Geny, François, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Ed Reus, 1925, pág. 524.

(377) *Ibidem*, pág. 534.

(378) *Ibidem*, pág. 548.

(379) *Ibidem*, pág. 533.

(380) *Ibidem*, pág. 556.

subtítulo y entre paréntesis: *El irreductible derecho natural*. La misión de la Ciencia es el conocimiento de lo "dado" (*donné*) o sea esos datos que han de posibilitar a la Técnica que cumpla su esfuerzo profesional de construir (*construit*) los preceptos que han de poner en obra lo dado, transformándolo y ablandándolo para adaptarlo a las necesidades de la vida social. Geny menciona cuatro clases de datos que se presentan en la base de todo sistema jurídico: a) datos reales, las realidades físicas (diferencia de sexo, clima, debilidad de los niños, etc.) y realidades psicológicas (sentimientos religiosos y morales, hábitos, etc.); b) datos históricos, conjunto de tradiciones y reglamentaciones que regulan la comunidad forjadas en el tiempo; c) datos racionales, las reglas de derecho natural universales e inmutables que la razón humana deriva de la naturaleza humana y de su contacto con el mundo; y d) datos ideales, que expresan las aspiraciones humanas cambiantes en el tiempo y en el espacio respecto al progreso del derecho positivo. Recaséns Siches destaca que la elaboración científica del derecho en tanto que obra esencialmente racional, se concentra y gira alrededor del dato racional, en suma del derecho natural ⁽³⁸¹⁾.

Se ha polemizado en cuanto a la filiación del iusnaturalismo de Geny, así Guido Fassó sostiene acertadamente que "no es ni mucho menos un iusnaturalista en el sentido clásico y restringido del término" ⁽³⁸²⁾, aun cuando recurra reiteradamente en sus obras a pensadores fundamentales del realismo tales como Aristóteles y Suárez, es indudable que su reflexión jurídica no está animada por una filosofía estrictamente realista y en consecuencia se verifica con facilidad una intromisión de otras escuelas.

⁽³⁸¹⁾ Recaséns Siches, *Panorama...*, ob. cit., t. I, pág. 41.

⁽³⁸²⁾ Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, 1979, t. III, pág. 173.

2.3. Giorgio Del Vecchio

Corresponderá al profesor y Rector de la Universidad de Roma, Giorgio Del Vecchio (1878-1970), cumplir la tarea de restauración de la filosofía jurídica en Italia, donde el positivismo jurídico era decididamente predominante. Se ha destacado cierto tránsito en el pensamiento del vecchiano desde sus primeras obras nítidamente influidas por el criticismo kantiano, tales como *Los presupuestos filosóficos de la noción del Derecho* (1905), *El concepto del Derecho* (1906), a sus últimos escritos en donde se marca el acercamiento a la filosofía tomista, particularmente después de su bautismo e incorporación a la Iglesia Católica; aunque sin embargo Del Vecchio nunca quedó desprendido del formalismo de Kant.

Su obra más sistemática, que alcanzó una notable difusión en todo el mundo y particularmente en los países de habla castellana, fue su *Filosofía del Derecho* (1930), y en ella le asigna a esta asignatura una triple investigación: a) investigación lógica destinada a señalar la forma lógica, universal y a priori de la juridicidad, la que no puede ser descubierta en la experiencia jurídica sino que requiere “una indagación puramente racional”⁽³⁸³⁾, y esa forma signo de lo jurídico que se verificará en toda posible manifestación del derecho es definida como “la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento”⁽³⁸⁴⁾; b) investigación fenomenológica, que busca describir el origen y la evolución del derecho marcada por un acercamiento progresivo al ideal de justicia; y c) investigación deontológica referida a la justicia o al derecho natural, o sea “aquello que debe o debiera ser en el derecho, frente a aquello que es, contraponiendo una verdad ideal a una realidad empírica (pues deontología equivale a la ciencia de lo que debe ser)”⁽³⁸⁵⁾.

⁽³⁸³⁾ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1960, pág. 282.

⁽³⁸⁴⁾ *Ibidem*, pág. 302.

⁽³⁸⁵⁾ *Ibidem*, pág. XXXI.

Del Vecchio señala que “es una exigencia fundamental de la conciencia el concebir la idea de lo justo como absoluto”, aclarando que la “denominación tradicional del criterio absoluto de lo justo es la de ‘derecho natural’” (386). El derecho positivo es un sentido natural en cuanto dado en la experiencia, y en cuanto tal, puede ser comprendido y explicado como un fenómeno, pero no es natural en el sentido deontológico del término, o sea en cuanto que corresponda a la exigencia categórica fundada en el ser absoluto del sujeto. Aun aquellas instituciones jurídicas manifiestamente injustas, confirman el concepto de derecho pero no la idea, son jurídicas pero no justas, para decirlo con palabras del mismo Del Vecchio: “El derecho natural se distingue por esencia del positivo, cabalmente en que se afirma como principio deontológico: indica lo que debe ser, aunque de hecho no sea. Sólo existe en cuanto tiene una vigencia ideal: e idealmente está en vigor aunque de hecho haya sido violado. La violación se refiere al fenómeno, pero no destruye la norma ideal supraordinada al mismo” (387).

El aporte delvecchiano a la revaloración del derecho natural, se volvió también como una exigencia práctica para el jurista fundamentalmente en la tarea integradora del derecho positivo a través del recurso de los principios generales del derecho, o sea aquellos “principios de la razón jurídica natural, que constituyen los sólidos principios para la definición de toda relación humana y social” (388), aquellos constituían una manifestación de que la juridicidad natural es reclamada y reconocida en ciertos aspectos por las normas como complemento de la juridicidad positiva.

Resumiendo, pensamos que mientras la llamada investigación lógica resulta integralmente kantiana en su formulación y resolución, en lo que refiere a la investigación deontológica se verifica un mayor eclecticismo en donde aparecen elementos provenientes de la filosofía perenne, pero que inevitablemente no logran cambiar el sabor criticista a la elaboración iusnaturalista delvecchiana.

(386) *Ibidem*, pág. 276.

(387) *Ibidem*, pág. 277.

(388) Ver Del Vecchio, Giorgio, *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1933.

3. VERSIONES ANTI-IUSPOSITIVISTAS EN EL SIGLO XX

La superación del positivismo jurídico iniciada a instancias de los tres autores mencionados, va ir adquiriendo paulatinamente una mayor energía y vitalidad, proceso que se acentuará con posterioridad a la segunda guerra mundial.

El intento de clasificar las múltiples y particulares versiones objetivistas jurídicas o anti-iuspositivistas surgidas principalmente con posterioridad al primer tercio del corriente siglo, ofrece no pocas dificultades, pero a los fines de utilizar uno de esos intentos clasificatorios hablaremos de las siguientes corrientes:

- 1) Teorías de la naturaleza de la cosa.
- 2) Valorativistas.
- 3) Iusnaturalismos protestantes.
- 4) Iusnaturalismo clásico o neotomismo.

3.1. Teorías de la naturaleza de la cosa

“La discusión acerca del problema de la naturaleza de las cosas” en la filosofía jurídica alemana de la segunda postguerra, se inicia con la publicación del ensayo de Gustavo Radbruch *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico* (1948), afirma Garzón Valdez⁽³⁸⁹⁾, y esta obra como otras posteriores a 1945 implicaron “la reactualización del tema de la ‘naturaleza de la cosa’ en el pensamiento jurídico de nuestros días”⁽³⁹⁰⁾. Esta teoría que la encontramos en Grecia como *fysei dikaion*, en Roma como *renum natura*, en el pensamiento de Santo Tomás, en el de Montesquieu, nunca llegó a desaparecer en la doctrina jurídica aunque cabe hablar de esa reactualización por obra de Radbruch, alcanzando el tema particular presencia en la literatura jurídica alemana contemporánea. Garzón Valdez, en el exhaustivo estudio dedicado a las teorías jurídicas que utilizan la expresión “naturaleza

(389) Garzón Valdez, Ernesto, *Derecho y Naturaleza de la Cosa*, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, T. I, pág. 33.

(390) Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, Naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, pág. 244.

de las cosas”, señala como las corrientes más importantes: a) los autores como Hanz Welzel, Günter Stratenwerth, Ottmar Ballweg, etcétera, que hablan de las “estructuras lógico-objetivas” con un alcance idéntico o similar a aquella otra; y b) los intentos de fundamentación de una ontología jurídica basada sobre la “naturaleza de las cosas”, ya sea en su versión existencialista como Erich Fechner y Werner Maihofer, o en su versión tomista de Herbert Schambeck ⁽³⁹¹⁾.

Aludiendo Recaséns Siches al vigoroso recibimiento de la estimativa jurídica y del derecho natural con posterioridad a la segunda guerra, destaca: “una cantidad mucho mayor de doctrinas concordantes sobre la «naturaleza de la cosa», algunas de las cuales son especificaciones particulares de Derecho natural, pero otras se presentan como tesis autónomas o independientes, profesadas incluso por algunos pensadores que rechazan una concepción general iusnaturalista” ⁽³⁹²⁾. En definitiva, el recurso a “la naturaleza de la cosa” adquiere muy diversas significaciones en la filosofía jurídica contemporánea, incluso la utilizan pensadores que rechazan una doctrina iusnaturalista como León Duguit, Edmond Cahn, Karl Engisch, Ilmar Tammelo, etcétera; de todas maneras “parece como si esa idea de la «naturaleza de la cosa» se haya convertido en una especie de inevitable *leit-motiv* o *ritornello* en la ciencia y en la filosofía jurídica de nuestro tiempo” ⁽³⁹³⁾.

3.1.1. Gustav Radbruch (1878-1949)

Mucho se ha hablado de la conversión al iusnaturalismo del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Heidelberg, luego de padecer la experiencia del régimen nacionalsocialista ⁽³⁹⁴⁾,

⁽³⁹¹⁾ Garzón Valdez, Ernesto, *Derecho y Naturaleza...*, *ob. cit.*, T. II, pág. 81.

⁽³⁹²⁾ Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica...*, *ob. cit.*, pág. 309.

⁽³⁹³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁴⁾ Mientras que Guido Fassó (en *ob. cit.*, T. III, pág. 271) habla de la “clamorosa conversión al iusnaturalismo de Gustavo Radbruch”, Ernesto Garzón Valdez relativiza ese cambio (*El problema de la naturaleza de la cosa*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963).

llegando a decir Radbruch en su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1948): “vimos como, a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal” sugiriendo que el camino para resolver los probables conflictos entre la justicia y la seguridad lo señala el “Derecho natural” que “tras muchos años de desuso, vuelve a resurgir hoy” (395).

La Filosofía del Derecho trata de “los valores y las metas del Derecho, de la idea del Derecho y del Derecho ideal”, y ella “descansa en parte sobre la “naturaleza del hombre” y en parte sobre la “naturaleza de las cosas” (396).

La idea del Derecho, universal y formal, se funda en la naturaleza del hombre, la esencia de éste es la razón. Aquella “idea del derecho” está integrada por tres “ideas de valor”: 1º) la justicia, 2º) el fin del derecho y 3º) la seguridad jurídica. 1º) La justicia en sentido estricto, es la idea del Derecho anterior y superior a la ley, y su médula tanto en la justicia distributiva como en la conmutativa, es la igualdad. La idea de justicia es un valor absoluto y formal, implica trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales, pero sin que ella pueda decirnos: a) a quién deba considerarse igual y a quién desigual; y b) cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales. La justicia sólo puede determinar la forma de la ley: el que ésta sea igual para todos los considerados como iguales y revista, por tanto, la forma de la generalidad; aclarando Radbruch que el contenido de esa igualdad y desigualdad se resuelve con consideraciones teleológicas anteriores a la justicia. 2º) La idea del fin la toma el derecho de la ética, y según ésta se distinguen las concepciones: individualista, supraindividualista y transpersonal; las que respectivamente reconocen como supremo bien a los valores de la personalidad individual, de las personali-

(395) Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 180.

(396) *Ibidem*, págs. 23-25.

dades colectivas o de la cultura, respectivamente. La opción entre estas posibilidades axiológicas quedan sumidas en Radbruch en su característico relativismo, pero sin embargo afirma a los "derechos del hombre" como exigencias absolutas del Derecho "no porque hayan tomado cuerpo de Derecho positivo, bajo esta o aquella versión sino porque son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales" (397). 39) El relativismo genera, según Radbruch, "la imposibilidad de definir el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con estatuirlo, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para imponer lo estatuido. No es otra la justificación del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho. Surge así, como tercer elemento de la idea del Derecho, un nuevo factor: la seguridad jurídica" (398). La seguridad jurídica requiere el derecho positivo, basado en hechos y no expuesto a cambios frecuentes.

Las tres ideas de valor señaladas, se complementan y se contradicen al mismo tiempo, pues el conflicto más importante es entre justicia y seguridad, y el mismo no puede ser resuelto de manera unívoca, pero "allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el Derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo en cierta medida injusto" (399).

El formalismo, el relativismo y las ideas sintetizadas precedentemente, acompañan toda la obra de Radbruch, quizás le excepción lo constituya esa preferencia condicionada por la justicia; pero lo realmente nuevo en su pensamiento lo ofrece el desarrollo de su teoría de "la naturaleza de la cosa", a la que pasamos a referirnos.

(397) *Ibidem*, pág. 38.

(398) *Ibidem*, pág. 40.

(399) *Ibidem*, pág. 44.

Corresponde a los fines de precisar cabalmente dicha noción, comenzar como lo hace Radbruch, o sea por la expresión "cosa". Esta significa la materia prima, el material del Derecho, la totalidad de las relaciones y de las ordenaciones vitales dentro de la sociedad" (400) a las que el derecho tiene que dar forma. Pero en esta materia corresponde distinguir: a) los hechos naturales, que abarcan desde los fenómenos estrictamente naturales como "las rotaciones del globo terráqueo según las cuales se determinan los términos y plazos judiciales" (401), hasta aquellas cosas generadas por el dominio técnico del hombre sobre la naturaleza, incluyendo además los hechos y relaciones originarias o "formas naturales de la vida del hombre" (402) tales como las relaciones entre los sexos, las de procreación, etcétera; b) "las preformas sociales de las relaciones jurídicas", o sea las relaciones vitales y naturales en cuanto ya arregladas por la tradición, el uso, la ética, la costumbre, etcétera, a las que el legislador encuentra establecidas y contra las que no puede luchar sin advertir que se hallan protegidas por la fuerza de una práctica social reconocida, ejemplo de ello es el duelo; y c) finalmente, Radbruch llama "cosa" a "las relaciones de la vida ya reguladas jurídicamente", comprendiendo aquí el derecho consuetudinario, los derechos llamados de "segundo grado" (derechos procesal, internacional, etc.) y el derecho del pasado.

Analizada lo que Radbruch entiende por "cosa", señalemos lo que dice de su "naturaleza". Por ella entiende "la esencia, el sentido de las cosas, el sentido objetivo, tal como se desprende de la estructura misma de las relaciones de la vida. Es la respuesta a la pregunta de como esta relación de vida así estructurada, puede ser pensada como realización de una determinada idea de valor" (403). La naturaleza de la cosa no es "un sentido arbitrariamente pensado por cualquiera, sino de un sentido objetivo que hay que obtener de

(400) Radbruch, Gustav, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, pág. 71.

(401) *Ibidem*, pág. 71.

(402) *Ibidem*, pág. 72.

(403) Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 28.

las características de las relaciones vitales... sentido de una relación vital referido a una idea del derecho” (404).

Radbruch reconoce en la naturaleza de la cosa diversas funciones, pues si bien ella no es una fuente de derecho y sólo vale en la medida en que una fuente de derecho la admita expresa o tácitamente, es un medio de interpretación y de complementación de lagunas siempre que el sentido de la relación vital que ella proporciona y la idea que le sirve de base, no contradiga el espíritu de la ley. Pero, además, la naturaleza de la cosa es una idea rectora para el legislador con un triple alcance: a) ella marca la posibilidad de convertir en realidad determinadas ideas jurídicas, para la realización de éstas es indispensable que respeten las exigencias indicadas en la naturaleza de la cosa; b) esta naturaleza no sólo es obstáculo para la realización de la idea del Derecho, sino que necesaria e inevitablemente la idea al nacer lleva las huellas del clima histórico y en consecuencia se halla sujeta a la naturaleza de las cosas; y c) la importancia de la naturaleza de las cosas no sólo deriva de ser exigencia de lo realizable y límites históricos que circunscriben la formación de las ideas, sino también a la esencia de la idea misma del Derecho, es que toda idea de valor está destinada a una determinada materia y se halla también, por tanto, determinada por ella, o sea por la naturaleza de las cosas.

En definitiva, concluyamos con el balance que el mismo Radbruch hace del tema: “La naturaleza de las cosas sirve para descargar un poco, sin hacerla desaparecer, la tensión del escueto dualismo entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor. La idea del derecho es también la llamada a decir la última palabra con respecto a la naturaleza de las cosas, que se mueve por el lado del ser como sentido de lo dado. Es cierto que la naturaleza de las cosas se enfrenta a la idea del Derecho con la exigencia de una estructuración sensata —con sentido— de la materia jurídica dada, pero la decisión final incumbe a la idea del Derecho” (405). Es

(404) Radbruch, Gustav, *La naturaleza de la cosa...*, *ob. cit.*, pág. 78.

(405) Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, *ob. cit.*, pág. 30.

decir, que el dualismo kantiano entre ser y deber, no ha desaparecido en Radbruch, sólo se ha atenuado. Sin embargo, esa ruptura entre lo que es y lo que debe ser se mantiene casi intacta, "la naturaleza de la cosa es el resultado de un método estrictamente racional", ella no es algo que descubrimos en las cosas sino que aparece impuesto desde una idea del derecho, no extraemos ninguna naturaleza de las cosas sino que ésta no es nada más y nada menos que el sentido o valor que le atribuimos ⁽⁴⁰⁶⁾.

3.1.2. Hanz Welzel

Garzón Valdez se pregunta de que hasta qué punto admitiría Welzel ser incorporado dentro de los teóricos de la "naturaleza de las cosas", y responde que si bien no utiliza esa expresión sino la de "estructuras lógico-objetivas", asigna a éstas una función similar ⁽⁴⁰⁷⁾ por lo que se justifica su inclusión dentro de las referidas teorías.

El profesor de la Universidad de Bonn admite en un artículo publicado en 1953 que "la relación entre derecho natural y positivismo jurídico, se ha transformado nuevamente en un apasionante acontecimiento. Hace apenas veinte años el positivismo imperaba indiscutiblemente en la ciencia y en la praxis" ⁽⁴⁰⁸⁾, y su intento es procurar superar esa dicotomía e ir "más allá del derecho natural y del positivismo jurídico". Apoyándose en el nominalismo de Duns Scoto y en el voluntarismo de Hobbes, rechazará Welzel toda teoría que pretenda sustentar, al modo griego y escolástico, un derecho natural universal, eterno, inmutable y ahistórico, llegando a decir: "desde el punto de vista de la ética social, no hay ninguna formulación universalmente válida y supratemporal acerca de lo justo; siempre y cuando uno no quiera conformarse con frases formales

⁽⁴⁰⁶⁾ Ver Garzón Valdez, Ernesto, *Derecho y Naturaleza de las Cosas*, ob. cit., T. I, pág. 42.

⁽⁴⁰⁷⁾ *Ibidem*, pág. 47.

⁽⁴⁰⁸⁾ Welzel, Hanz, *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, pág. 11.

y vacías de contenido tales como: haz el bien, evita el mal y otras semejantes" (409), y en otra obra fiel a su concepción relativista histórica y social concluye Welzel: "todas las teorías del derecho natural son ideológicas" (410).

Todo derecho implica "poder" y el jurista reconoce "en el orden positivo el primer valor elemental del derecho: la superación del caos y la seguridad de la existencia de todos" (411). Welzel destaca los dos fundamentos que asignan al derecho positivo un papel principal y necesario en cuanto "presupuestos constitutivos de todo orden real en el mundo humano". El primer fundamento es el de la contingencia de los contenidos éticos descubiertos por Scoto, que hace necesario una decisión positiva que establezca autoritariamente los criterios y normas que deben tener validez en el actuar social y deben ser derecho. El segundo fundamento, tomado de Hobbes, reconoce que el derecho es esencialmente un orden configurador de la realidad que de manera efectiva supera y excluye el caos de la guerra civil. Así a partir de la contingencia del contenido axiológico y la necesidad de asegurar la paz social, se concluye que "todo derecho tiene que ser un orden real, positivo" (412).

Admitido el carácter insustituible que le cabe al derecho positivo se pregunta Welzel: "¿Se deduce de todo esto que el positivismo tiene la sabiduría del último razonamiento?"; y la respuesta es una crítica al positivismo jurídico en cuanto teoría de la omnipotencia del legislador, una especie de teología jurídica en donde el legislador terrenal está investido de propiedades divinas. Para la superación de ese positivismo, entiende Welzel que hay que reconocer que el derecho positivo "está siempre sujeto a determinados límites inmanentes" (413). La primera limitación del legislador se encuentra en las "estructuras lógicas-objetivas" (también llamadas por Welzel "estructuras permanentes" y "estructuras ontológicas")

(409) *Ibidem*, pág. 48.

(410) Welzel, Hanz, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Aguilar, 1971, pág. 256.

(411) Welzel, Hanz, *Más allá del Derecho Natural...*, *ob. cit.*, pág. 33.

(412) *Ibidem*, pág. 34.

(413) *Ibidem*, pág. 35.

que atraviesan íntegramente la materia jurídica, prescribiéndole una regulación de un determinado tipo. Ellas son “objetivas”, porque una vez conocidas existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior, y son “lógicas” porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna, ineficacia, lagunas y falta de unidad en el ordenamiento jurídico (414). La limitación que dichas estructuras implican para el legislador es una limitación sólo relativa, o sea cuando éste quiere lograr una determinada regulación objetiva y sin contradicciones, “sólo lo obligan lógicamente, o sea, cuando quiere que su regulación responde a la realidad de las cosas. La violación de estas estructuras no significa que la regulación no sea válida” (415). Recurriendo a un ejemplo de las referidas estructuras, Welzel señala que el legislador no está obligado a vincular una pena a la actuación dolosa, pero si la realiza queda obligado con respecto a aquello que constituye el contenido objetivo del dolo, de lo contrario incurriría en una regulación contradictoria.

Corresponde a la ciencia del derecho la noble tarea de señalar en la materia jurídica dichas estructuras lógico-objetivas, por eso aquélla se constituye en protectora del derecho frente al legislador. Welzel reconoce en dichas estructuras un tipo de derecho natural, que no se encuentra fuera o por encima del derecho positivo sino como límite inmanente y material del mismo; explícitamente Welzel dice: “No llegamos al derecho natural legítimo cuando proyectamos nuestros deseos en un reino ideal, sino cuando con fatigoso trabajo, investigamos las legalidades lógico-objetivas que como un tejido atraviesan todo el derecho positivo, dándole un punto de apoyo firme, libre de toda arbitrariedad” (416). Si bien Guido Fassó incluye a Welzel entre los representantes del neoiusnaturalismo alemán, se trata en todo caso, de una versión muy especial del derecho natural que carece de contenido axiológico y que se encuentra en el campo del “ser” del derecho y no del “deber ser”.

Pero la posición de Welzel no queda reducida a esas estructuras meramente lógicas cuya violación no invalida la regulación

(414) Recaséns Siches, Luis, *Panorama...*, ob. cit., T. II, pág. 924.

(415) Welzel, Hanz, *Más allá del Derecho Natural...*, ob. cit., pág. 36.

(416) *Ibidem*, pág. 40.

jurídica, y busca además algún principio axiológico material que obligue universalmente a todo legislador. Ayudado por Kant, concluye que la fuerza obligatoria del derecho termina cuando ordena ir contra un bien que éticamente no puede ser afectado bajo ninguna circunstancia, y ese bien “es la autonomía ética del ser humano”.

El derecho no es sólo “poder protector” sino también “valor obligante”, y la capacidad de obligar es lo que distingue al derecho del mero ejercicio del poder, éste sólo puede coaccionar pero no obligar. En la protección que garantiza el orden jurídico en tanto superador de la violencia física recíproca, se encierra el primer y más elemental valor jurídico que obliga a la obediencia del individuo: “porque te protejo puedo ordenarte”. Pero el derecho puede obligar al hombre sólo en tanto lo reconozca como persona. “Un poder fáctico crea derecho sólo cuando en sus regulaciones mantiene el imperativo categórico de no tratar a los hombres nunca como cosas sino siempre y simultáneamente como finalidad” (417).

3.2. Teorías valorativistas

Las corrientes valorativistas aluden a posiciones que admiten la existencia de algo que vale jurídicamente aun contra el derecho positivo, sostienen la existencia de valores propios del mundo jurídico que constituyen una exigencia para la tarea del legislador. Es indudable que la gran mayoría de estos autores aparecen influenciados por las enseñanzas de la escuela axiológica de Max Scheller y Nicolai Hartmann, y además, se observa que normalmente los pensadores que recurren a los valores jurídicos eluden la expresión “derecho natural”.

El prestigioso iusfilósofo García Maynez “ha elaborado una axiología jurídica estimulada en alguna medida por el objetivismo de Scheller y Hartmann” (418). Distingue el catedrático mexicano tres clases de valores del derecho: a) valores jurídicos fundamentales, de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino,

(417) *Ibidem*, pág. 62.

(418) Recaséns Siches, Luis, *Panorama...*, *ob. cit.*, T. I, pág. 363.

son la justicia, la seguridad jurídica y el bien común; b) valores jurídicos consecutivos, son consecuencia inmediata de la armónica realización de los fundamentales, entre los más importantes menciona a la libertad, la igualdad y la paz social; y c) valores jurídicos instrumentales, son aquellos que corresponden a cualquier medio de realización de los valores fundamentales o consecutivos, así por ejemplo, las garantías constitucionales y las de procedimiento ⁽⁴¹⁹⁾.

García Maynez estima que las expresiones derecho natural o derecho justo es fuente de equívocos, y en consecuencia propone su sustitución por el de "derecho intrínsecamente válido". El profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México profundiza el alcance de la validez o fundamento de la obligatoriedad de las normas de derecho, y así distingue entre validez en sentido jurídico-positivo y validez en sentido axiológico, y es en ésta donde se encuentra el problema del derecho natural ⁽⁴²⁰⁾.

En Brasil, la teoría realista de Miguel Reale, incluye una axiología jurídica. Este autor entiende que en el pensamiento jurídico actual aparecen predominando cuatro corrientes: la marxista, el neotomismo, el neopositivismo y el axiologismo. La axiología se nutre de filosofías dispares: desde fenomenólogos a pragmatistas, desde existencialistas a culturalistas, pero "es el ámbito de la Axiología donde sitúa, como uno de sus temas capitales, la teoría de la Justicia" ⁽⁴²¹⁾. Según el catedrático de la Universidad de San Pablo "toda norma jurídica mira a un valor... utilidad, tranquilidad, salud, confort, intimidad e infinitos otros valores fundamentan las normas jurídicas. Estas normas, a su vez, presuponen otros valores como el de la libertad (sin el cual no habría posibilidad de optar entre los valores, ni de actualizar una valoración en concreto), y las de igualdad, de orden y de seguridad (sin los que la libertad se convertiría en arbitrariedad)" ⁽⁴²²⁾.

⁽⁴¹⁹⁾ García Maynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1977, pág. 439.

⁽⁴²⁰⁾ Ver García Maynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 507; e *Introducción al estudio del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1963, pág. 44.

⁽⁴²¹⁾ Reale, Miguel, *Introducción al Derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, 1976, pág. 281.

⁽⁴²²⁾ *Ibidem*, pág. 282.

Según Reale, la justicia no se identifica con uno cualquiera de dichos valores, ni siquiera con aquellos que más dignifican al hombre. Ella es más bien la condición primera de todos ellos, la condición trascendental de su posibilidad como actualización histórica. Vale para que todos los valores valgan. No es una realidad acabada, ni un bien gratuito, sino más bien una intención radical vinculada a las raíces del ser del hombre que es el único ser que de manera originaria es en cuanto debe ser. Es, pues, tanto tentativa renovada e incesante de armonía entre las experiencias axiológicas (necesariamente plurales, distintas y complementarias) como la armonía así obtenida.

La dialéctica de la justicia está marcada por esta intencionalidad constante de búsqueda de la composición armónica de los valores. Esta es concebida siempre como un momento de un proceso en cuyas directrices participan los diversos ciclos históricos. Cada época histórica tiene su imagen o su idea de justicia, imagen que depende de la escala de valores dominantes en las respectivas sociedades; pero en ninguna de ellas se encuentra toda la justicia, de la misma manera que la más justa de las sentencias no agota todas las virtualidades de lo justo.

Entiende Reale que la comprensión subjetiva de la justicia, o sea como virtud o hábito, y la objetiva, como realización del orden social justo resultante de exigencias transpersonales, son aspectos complementarios y envuelven en su dialéctica al hombre y al orden justo que él instaura.

En nuestro país, Carlos Cossio ha elaborado la internacionalmente conocida teoría egológica del derecho. Uno de los cuatro temas que le corresponde asumir a la Filosofía jurídica es el axiológico. Cossio distingue la "axiología jurídica positiva" que forma parte de la ciencia jurídica, cuyo objeto es indagar los ideales reales dados en una comunidad en un lugar y en un tiempo determinado, y por otro lado, la axiología jurídica pura, que ubica dentro de la filosofía jurídica, y que se encarga de estudiar los ideales verdaderos o valores puros (⁴²³).

(⁴²³) Ver Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando; Vilanova, José, *Introducción al Derecho*, Bs. As., Ed. La Ley, 1967, págs. 958 y sgtes.

El derecho, para el profesor argentino, es un objeto cultural egológico que tiene por sustrato la conducta en interferencia subjetiva, y su sentido, como el sentido de todo objeto cultural, residirá en la referencia a valores. Al mostrar que la intersubjetividad o alteridad define específicamente a lo jurídico, se deriva que no sólo la justicia, sino que todo valor de conducta que tenga estructura bilateral, es un valor jurídico.

Los valores se refieren a la coexistencia, pero esta coexistencia puede ser tanto "circunstancia", en la medida en que los otros con su sola presencia están formando ya mi circunstancia, "personas" en la medida en que los otros se dan siempre con esa calidad espiritual que define a la persona, o bien "sociedad" en la medida que los coexistentes no se encuentran meramente yuxtapuestos sino que el proyecto de cada uno es hacer su vida con los demás. Estas tres formas en que puede ser asumida la coexistencia, dan lugar a tres radios del plexo axiológico presididos por la justicia. En el primero de ellos aparecen los valores seguridad y orden, en el segundo los valores paz y poder, y finalmente, en el tercero, los valores solidaridad y cooperación. En cada uno de estos pares, el primero sería un valor fundante y el segundo fundado. A cada valor fundante le corresponde un desvalor por defecto: seguridad-inseguridad, paz-discordia y solidaridad-extranjería. A cada valor fundado, en cambio, corresponden dos desvalores: uno extrínseco por defecto, y el otro intrínseco por exceso, en la forma siguiente: desorden-orden-ritualismo, impotencia-poder-opresión, y, finalmente, minoración-cooperación-masificación.

El axiologismo de Cossio no le impide a oponerse enérgicamente al iusnaturalismo, y así respecto a las corrientes contemporáneas de esa concepción afirma: "Se habla, así, «del resurgimiento del eterno derecho natural» aunando la estéril ingenuidad de quienes creen que la Historia se ha producido en vano y la claudicación científica de quienes jamás han meditado sobre los fundamentos" (424).

(424) Cossio, Carlos, *La Teoría Egológica del Derecho*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1964, pág. 619.

3.2.1. Helmut Coing

Profesor y rector de la universidad de Francfort, es una de las figuras más representativas del pensamiento iusnaturalista alemán posterior a la segunda guerra mundial. Si bien se lo ubica entre los pensadores inspirados en las enseñanzas de la fenomenología y especialmente en la filosofía de los valores de Scheller y Hartmann, su inserción entre las corrientes anti-iuspositivistas no resulta fácil dado que puede incluirse entre las "valorativistas" y también entre aquellos que recurren a la "naturaleza de la cosa". Sin embargo hemos escogido incorporarlo a los valorativistas dado que en su concepción de la filosofía del derecho la noción de naturaleza de la cosa es limitada y queda absorbida y subordinada al problema de los valores morales ⁽⁴²⁵⁾.

Analizando el pensamiento del profesor alemán a través de una de sus más importantes obras, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, consideramos oportuno aludir a los siguientes temas expuestos en la misma: a) investigación fenomenológica del derecho; b) idea del derecho; c) naturaleza de la cosa y d) derecho natural.

a) *Investigación fenomenológica del derecho*: La Filosofía del Derecho a los efectos de obtener el concepto del derecho que exprese su contenido esencial, debe recurrir a una investigación fenomenológica en la que a partir de los aportes de la ciencia del derecho positivo, historia del derecho, sociología, historia política y económica, etcétera, ponga de manifiesto los rasgos esenciales del derecho tal como se presenta a nuestra experiencia como fenómeno irreducible y sustantivo de la vida social. Para comprender la peculiaridad del derecho como fenómeno social, hay que buscar la específica intencionalidad que persigue el hombre con el mismo,

⁽⁴²⁵⁾ Serrano Villafañe, Emilio, (*Concepciones Iusnaturalistas actuales*, Madrid, Universidad Complutense, 1977, pág. 65) señala: "Coing está claramente ubicado en la filosofía de los valores... Por eso se adhiere al objetivismo de los valores de Scheller y Hartmann"; Luis Recaséns Siches (*Experiencia jurídica...*, ob. cit., pág. 250) coincide con esa opinión, y además concluye: "El fundamento radical de toda la estimativa jurídica es la idea de la dignidad de la persona humana".

y el sentido general del derecho queda determinado por el hecho que es un orden obligatorio en las relaciones sociales que se dan dentro de un grupo humano y por la existencia de éste. En la formación del derecho resultan eficaces factores muy diversos, él se constituye como el fruto de decisiones conscientes y voluntarias cuyo objeto es la ordenación y resolución de los conflictos que amenazan la paz social, pero además aparecen en la determinación del derecho motivos heterogéneos como: deseo de seguridad, robustecimiento del poder y motivos morales como la justicia, la fidelidad y la libertad. La consideración de la realidad jurídica muestra que las distintas tendencias se afirman y se sostienen paralelamente en el derecho vivo, y si bien la justicia puede penetrar en el orden jurídico y organizarlo, éste conserva su carácter terreno de orden de la paz y de los intereses. "El orden pacífico, el orden del poder, que garantiza la seguridad, son los estratos inferiores, recubiertos por el de la justicia, que les da forma al mismo tiempo que resulta ligada por ellos. A pesar de la superior excelencia axiológica de la justicia, existe pues también una dependencia que procede por así decirlo, de abajo a arriba" (426).

El análisis fenomenológico procura desentrañar los fundamentos psicológicos profundos del contenido del derecho. Así se detiene Coing en el análisis del sentimiento y conciencia jurídica, en donde arraigan los deseos de paz, seguridad y justicia, pues esta "conciencia jurídica es una conciencia de valores, un saber acerca de la existencia de determinados valores en la vida social, y una conciencia jerárquica que ordena y articula esos valores, los jerarquiza y fija así cual es el lugar que cada uno debe ocupar en la vida social" (427). En la constitución de esta conciencia jurídica cumple un papel relevante la "conciencia del grupo", y Coing insiste en la necesidad de estudiar la estrecha relación que se comprueba entre derecho y los tipos de sociedad, concluyendo que la

(426) Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1961, pág. 51.

(427) *Ibidem*, pág. 74.

“más favorable para la constitución del derecho es la existencia de una sociedad de miembros iguales e independientes” (428).

b) *Idea del derecho*: El análisis del derecho como fenómeno social ha mostrado que el derecho es una creación humana al servicio de determinadas exigencias éticas, pero lo que corresponde precisar es si existen “leyes, normas o legalidades *a priori* al derecho y que obrarían en la conformación de su contenido” (429). En esta búsqueda Coing comienza por referirse a la pregunta por la “idea del derecho”. El catedrático de Frankfurt enfrentará el relativismo axiológico con las enseñanzas de Scheler, Hartmann y Dilthey, para concluir afirmando la posibilidad de una intelección moral y objetiva. Según Coing llegamos al conocimiento ético por reflexión sobre el contenido de nuestro sentimiento moral, o para decirlo con palabras de Dilthey, mediante un “análisis de la conciencia moral”. Todo conocimiento moral tiene que apoyarse en “la experiencia de los valores que tiene lugar en el sentimiento y en los actos de preferencia” (430), es que según Scheler en nuestra conciencia moral se nos dan determinados hechos espirituales: justicia, veracidad, lealtad, etcétera, los llamados valores que constituyen un reino múltiple y variado. Si bien el acceso de los mismos es a través de nuestro sentimiento moral, Coing comparte el objetivismo axiológico que sostiene que los valores no son meros fenómenos de conciencia, sino que son independientes a la conciencia que los apresa.

“En el centro de los valores morales del derecho se encuentra... la justicia” (431), la que no admite ser llamada “formal” como lo hacen Radbruch y Del Vecchio, dada que la justicia tiene un cierto “contenido positivo” (432). En efecto, la justicia obliga a reconocer al otro como un ser de iguales derechos y excluye el tratamiento arbitrario, pero con esta exigencia de tratamiento igualitario aparece la dificultad de que la justicia no ofrece una escala que permite decidir cuándo hay que tratar de modo igual y cuándo hay que

(428) *Ibidem*, pág. 100.

(429) *Ibidem*, pág. 105 (Coing habla de los “datos prejurídicos” de Husserl).

(430) *Ibidem*, pág. 120.

(431) *Ibidem*, pág. 124.

(432) *Ibidem*, pág. 130.

diferenciar. Por ello, el camino de Coing continúa con “la naturaleza de la cosa” en donde pretenderá descubrir la complementación y una escala de aquella justicia a la que llama abierta” (433).

c) *Naturaleza de la cosa*: Este concepto incluye la naturaleza del hombre, sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetivos volitivos, etcétera, pero además abarca la característica objetiva propia de los diversos ámbitos de actividad y de las diversas comunidades del hombre. De este modo podemos ejemplificar los distintos elementos integrativos de la naturaleza de la cosa: 1) en primer lugar, el hombre, en el que el sentimiento del honor exige una norma jurídica que lo proteja; 2) dentro de la naturaleza de la cosa también está la estructura del mundo que circunda al hombre, ejemplo de ello es la diferencia entre cosas muebles e inmuebles; y 3) por último “la objetividad propia e interna de los diversos ámbitos de la actividad”, lo que puede ejemplificarse con la exigencia de compensación económica para el que presta un servicio.

La “naturaleza de la cosa” nos ofrece elementos de ordenación, pero no un orden como tal. Su consideración nos lleva al conocimiento de que la materia con la que tiene que operar el orden jurídico, la vida social, no es una masa plenamente informe, sino que tiene ya ciertas estructuras propias en las que tiene que basarse el orden jurídico. Pero el reconocimiento de estas estructuras no nos exige de la tarea de intervenir nosotros mismos valorando y ordenando en ese mundo estructurado. Concluye Coing que la naturaleza de la cosa no nos libera de apelar a conceptos morales de valor, y así la idea de la justicia no queda complementada por un orden detallado y concluso sin valoraciones. En definitiva, la naturaleza de la cosa no resuelve el problema de la justificación objetiva de las discriminaciones y diferenciaciones en el derecho, por ello es necesario recurrir a una jerarquía moral donde puede hallar la justicia las escalas o criterios con que poder medir y comparar.

(433) *Ibidem*.

Sintetizando, digamos con Coing: "la idea del derecho, es, según esto, la suma de los contenidos morales (valores) que están esencialmente ligados al desarrollo del derecho. En el centro se encuentran la justicia y la dignidad personal del hombre. La justicia nos remite a la naturaleza de la cosa. De este modo penetra el orden del ser —en la medida en que es cognoscible para el hombre— en la idea del derecho. La naturaleza de la cosa se convierte en norma. También los valores morales del trato entre hombres —fidelidad, lealtad, confianza y veracidad— están ligados con ella del mismo modo... La idea del derecho es el estrato supremo del derecho. Ella da al orden de la paz y el poder su contenido natural. Bajo su influencia se moraliza el derecho; pero no por ello se convierte en una parte de la ética. Los mandamientos jurídicos no se convierten en mandamientos éticos. Siguen subsistiendo las diferencias. La idea del derecho organiza el derecho, mientras que la ética organiza la vida personal. La ética da mandamientos para el comportamiento personal; el derecho sigue siendo orden de paz y organización externa de una comunidad... Ética y derecho se comportan como dos circunferencias que se cortan. El derecho penetra en el ámbito de lo moral por su zona ideal, por la idea del derecho. Pero no reabsorbe totalmente ese ámbito... En la realidad de la vida jurídica la idea del derecho obra como objetivo ideal. Es la idea regulativa y, en su acción anímica, es el motivo moralmente supremo de toda creación jurídica" (434).

d) *Derecho natural*: Frente a la idea del derecho —como puro contenido moral— el derecho natural aparece en Coing, como un sistema de principios jurídicos de determinado contenido en los que la idea del derecho cobra configuración concreta y resulta así aplicable. El derecho natural convierte el contenido general de los valores morales ínsitos en la idea del derecho, en una serie de principios jurídicos determinados que, por aplicables en la vida social, pueden servir como modelos para la legislación y la judicatura. "Lo que importa en el derecho natural no es el comportamiento

(434) *Ibidem*, págs. 158 a 161.

moral del individuo, sino la justa estructura del orden de la comunidad humana. El derecho natural tiene su lugar, por decirlo gráficamente, entre la idea del derecho y el derecho positivo; lleva de aquélla a éste ⁽⁴³⁵⁾. Según Coing son tres ideas las que principalmente se destacan como fundamento del derecho natural: la idea de justicia, la idea de libertad moral y la idea de ciertas regularidades o legalidades de la naturaleza del hombre y de los procesos sociales. Sin embargo, precisa Coing que “el núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre” ⁽⁴³⁶⁾.

El derecho natural debe entenderse como una suma de supremos principios jurídicos que constituyen el fundamento del derecho positivo de cada determinada cultura. Esos principios se derivan del contenido moral de la idea del derecho teniendo en cuenta determinadas situaciones básicas y recurrentes y determinados hechos fundamentales de la vida social. En sus fundamentos éticos a priori contienen momentos empíricos en la medida en que se refieren a situaciones determinadas y parten de datos determinados de la naturaleza de la cosa. “No constituyen para nosotros un sistema concluso ni orden cerrado, pues la idea del derecho no nos es plenamente cognoscible... Como conexión objetiva del reino de lo espiritual, el derecho natural pertenece al mundo del ser (ideal). Como hecho éticamente determinado significa al mismo tiempo una norma. El derecho natural no es accesible, nosotros debemos realizarlo en el orden social; es pues una tarea moral. En este sentido son los principios jurídico-naturales principios regulativos para el legislador, el juez y todo aquel que sea llamado a colaborar en el orden social” ⁽⁴³⁷⁾.

Atento al carácter de fundamento del derecho positivo reconocido al derecho natural, frente al caso de una norma positiva que viola a este último, ella pierda su carácter vinculatorio de la conciencia del hombre moralmente vinculado, el que puede obrar como si la norma, no existiese. La pretensión de vigencia de la nor-

⁽⁴³⁵⁾ *Ibidem*, pág. 162.

⁽⁴³⁶⁾ *Ibidem*, pág. 162.

⁽⁴³⁷⁾ *Ibidem*, pág. 176.

ma choca con la prohibición por una norma de más alto nivel. De esta solución deriva Coing para el juez el deber de decidir siempre según justicia, incluso contra el derecho positivo.

3.2.2. Luis Recaséns Siches

Este profesor español que se radicara desde 1937 en Méjico, donde desde la Universidad Nacional Autónoma desplegara una intensa y prolifera vida intelectual, aparece respecto al problema del objetivismo jurídico, profundamente influido por la filosofía fenomenológica de los valores (principalmente Max Scheler y Nicolai Hartmann) y por el vitalismo de Ortega, aunque fuera incorporando paulatinamente aportes doctrinarios provenientes del usnaturalismo clásico.

Recaséns comienza el desarrollo de lo que llama "estimativa o axiología jurídica" sosteniendo que la posición positivista contiene un absurdo. La norma positiva al elegir una de las varias posibilidades fácticas de comportamiento, supone una preferencia fundada en una valoración, por eso, la norma en cuanto hecho humano tiene un sentido o significación que consiste fundamentalmente en la referencia a valores. Esta justificación de la estimativa es absolutamente neutral, dado que sin adherir a ninguna posición filosófica, sólo apunta a establecer la necesidad de criterios axiológicos, sin lo cuales las normas positivas no podrían existir ni ser entendidas.

El fundamento de la estimativa no es posible descubrirlo desde una posición empirista, sino que "tiene que ser necesariamente una idea *a priori*" (438). Conforme a las enseñanzas de la fenomenología, Recaséns sostiene que "hay un sin número de intuiciones intelectuales, a través de las que captamos de una manera directa seres y conexiones ideales, esencias —como el conjunto de las notas trabadas de manera necesaria en el concepto puro de un objeto—. Y, por cierto, los valores son objetos ideales aprehensibles por intui-

(438) Recaséns Siches, Luis, *Panorama...*, ob. cit., T. I, pág. 521.

ciones puras" (439). Además, admite la posibilidad de "experiencias metafísicas", verdades patentes y evidentes no demostrables por inferencia discursiva, entre las que menciona los postulados de la razón práctica de Kant, la experiencia moral, de Dios y la estructura teleológica del hombre. Ambas "experiencias" de los objetos ideales y las metafísicas, son extrasensoriales o intelectuales, pertenecen al plano de lo *a priori*, es decir, de lo necesario de lo intrínsecamente fundamentado.

Después de haber mostrado que la base para la estimativa es un *a priori*, Recaséns rechaza el subjetivismo psicologista y opta por la validez objetiva de los valores. Estos son significaciones objetivas, pero ellas tienen sentido tan sólo dentro del reino de la vida humana. El hombre no crea los valores, pero el sentido de ellos está esencialmente referido a la existencia humana, se da una íntima e inmanente relación con la circunstancia de la vida individual y con el marco social histórico.

El mismo Recaséns admite que sus recelos por el llamado "derecho natural" fueron desvaneciéndose a partir de las nuevas corrientes iusnaturalistas, llegando a admitir "la reintroducción del término Derecho natural, en el área de la estimativa jurídica". Explícitamente admite que no habría inconveniente en llamar de nuevo Derecho natural a "los criterios estimativos o axiológicos como valores ideales objetivos —dentro de la existencia humana y para ésta, en términos generales de la vida del hombre, y además con referencia a las situaciones particulares de la vida— de los que derivan directrices necesariamente válidas, criterios de inspiración con intrínseca validez" (440). Los valores constituyen fuentes de inspiración normativa de la vida humana, pero a pesar del carácter de ideales de los mismos, Recaséns insiste que el sentido de los valores está condicionado por las estructuras de las realidades humanas, en las cuales, por las cuales y para las cuales esos valores

(439) *Ibídem.*

(440) *Ibídem*, pág. 523.

deben realizarse. El Derecho natural no es natural al modo que lo son las leyes de la física, la química o la biología, sus principios “no expresan modos de la realidad antes bien exigencias ideales y normativas” (441). El hombre carece de un ser completamente dado y determinado, ya hecho, cuya trayectoria se halla pre-configurada y cuyo contenido preestablecido; por el contrario, cada hombre tiene que ir haciendo su propio ser, tiene que ir decidiendo sobre lo que va a hacer, y por lo tanto, lo que va a ser.

La estimativa jurídica abarca como uno de sus problemas más importantes, el de la historicidad de los ideales jurídicos, esto es, el problema de la adaptación histórica de los criterios estimativos o del Derecho natural. Los valores, aunque ideas *a priori* de validez necesaria, deben realizarse, materializarse o corporeizarse en realidades históricas. El problema consiste en articular la encarnación o puesta en práctica de las consecuencias normativas de los valores, con las características concretas y particulares de cada situación histórica en la que aquellas consecuencias deben ser realizadas o cumplidas. La primera fuente de la historicidad de los ideales jurídicos es el hecho de que la realidad social es diversa y cambiante; la segunda fuente consiste en la diversidad de los obstáculos que hay que superar para realizar las exigencias axiológicas en tal situación; la tercera fuente reside en las enseñanzas sacadas de la razón histórica en cuanto la adecuación de los medios para realizar un valor en una situación concreta; la cuarta fuente de historicidad está en los diferentes grados de urgencia de las necesidades sociales que cada momento provoca; y la quinta fuente deriva de la existencia, por un lado, de valores jurídicos universales que suscitan normas ideales válidas para todas las colectividades, y por el otro, de valores jurídicos particulares y sus normas correspondientes cuya validez se relaciona a determinadas colectividades históricas.

En la estimativa jurídica, a la justicia corresponde el “papel presidencial”, pero es necesario efectuar un atento examen de la misma en el que se advertirá la existencia de una “serie de valores

(441) *Ibidem*, pág. 525.

concretos, que necesariamente resultan implicados por la idea de la justicia, aunque no estén contenidos en ella” (442). Lo decisivo no es descubrir que la justicia exige igualdad o proporcionalidad, pues la historia de la Filosofía demuestra la pacífica coincidencia en esta “idea formal” de la justicia, sino en averiguar cuáles sean los criterios de valor que deben ser tenidos en cuenta para promover la equivalencia o la armonía entre los términos de una relación jurídica. De esta manera, la idea de la justicia nos abre la puerta al campo variado y complicado de la valoración jurídica; es que la justicia exige que la realización de los valores sociales —que pueden ser contenidos en normas jurídicas— guarde la armónica proporción que requieren las relaciones objetivas de rango entre éstos y el resultado de sus interferencias. Según Recaséns, “una relación jurídica implica una situación participante en una multitud de valores, que tienen que ver con el Derecho; y la justicia exige que la norma jurídica regule esta situación, de tal manera que entre las concreciones de valores encarnados en cada uno de los términos de la relación se dé la proporcionalidad que existe objetivamente entre esos valores” (443). Consecuentemente con lo apuntado, la primera tarea de la Estimativa jurídica es la de determinar cuáles son los valores que importan al derecho y descartar aquellos otros que son irrelevantes. En efecto, a pesar de la jerarquía axiológica, hay valores como los religiosos y los pura y estrictamente morales, que no pueden ser tomados como inspiradores de normas jurídicas. En cambio, hay una serie de valores de diversa especie que fundan un deber ser para el derecho, por ejemplo: la dignidad ética de la persona individual, la libertad, la seguridad, la paz social, la solidaridad, etcétera. Concluye Recaséns: “Dentro del problema general de la jerarquía entre los valores que deben ser tomados en cuenta para la elaboración de Derecho justo, la cuestión más importante es la determinar cuál sea el valor de la persona

(442) Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1959, pág. 479.

(443) *Ibidem*, pág. 492.

individual en relación con los demás valores que también deben ser considerados por el Derecho” (444).

Consecuente con su tesis humanista, que considera que el derecho, la cultura y todas las instituciones sociales “tienen tan sólo sentido y justificación en la medida en que representa un medio para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona individual” (445), Recaséns afirma que “la doctrina filosófica sobre los derechos fundamentales del hombre es una de las partes básicas y de mayor importancia de la estimativa jurídica” (446).

3.3. Iusnaturalismo y valorativismo protestante

Conforme a las enseñanzas religiosas de la Reforma protestante, la *natura corrupta* provocada por el pecado original, ha quebrado irremediablemente la razón humana y la ha imposibilitado para descubrir y prescribir normas éticas, y de ese modo el fundamento del deber ser reside en la voluntad divina o humana. Ese pesimismo antropológico conlleva a negar un iusnaturalismo al modo del realismo clásico; es que partiendo de la naturaleza humana destruida no queda margen para confiar en la capacidad abstractiva y deductiva de la razón práctica generadora de las reglas del obrar orientadas a la plenificación del hombre y de la sociedad. En el protestantismo aparece esa ruptura entre el mundo divino perfecto y sobrenatural y el mundo humano e irreparablemente corrompido; y así todo el derecho propuesto por el hombre queda sumido en la imperfección y relativismo de lo humano. La consecuencia forzosa de los supuestos protestantes, es el de entregar la fundamentación de la realidad jurídica a la determinación de la autoridad pública o a Dios.

Sin embargo, desde el protestantismo y a partir principalmente de la segunda guerra mundial, se han generado —especialmente en Alemania— corrientes de pensadores que respaldándose en las fi-

(444) Recaséns Siches, Luis, *Panorama...*, *ob. cit.*, T. I, pág. 531.

(445) *Ibidem*.

(446) *Ibidem*, pág. 535.

lososfías existencialistas y valorativistas han intentado propuestas iusnaturalistas, derivando normas de conductas a partir de las Sagradas Escrituras (J. Ellul, K. Barth, O. Dibelius, Niebuhr, etc.) o por la determinación que Cristo opera en el hombre, creen en la posibilidad de definir algunos caracteres ontológicos del derecho (E. Brunner, E. Wolf, Schönfeld, etc.).

El activismo voluntarista divino de Ellul lo lleva a afirmar: "No hay Derecho profano: todo lo que el hombre construye bajo el nombre de Dios es exactamente el No-Derecho". El derecho no es obra de la razón, sino de la voluntad de Dios, eternamente presente. Esta voluntad de Dios, la entiende Ellul, no como una decisión tomada y revelada en acto único, sino como una voluntad dinámica en constante renovación (⁴⁴⁷).

El dualismo radical entre Dios y el mundo se visualiza claramente en el sistema de Barth. La tesis del derecho natural supone que el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios, lo que según Ellul "está desmentido por la realidad del pecado", por eso sólo en el "encuentro existencial" con Cristo experimenta el hombre algo de la esencia del Derecho, y es en el Evangelio y en los Mandamientos donde deben buscarse las reglas éticas del obrar humano (⁴⁴⁸).

Dibelius distingue entre el "derecho justo absoluto", que no es dado nunca, y el "mero derecho justo" que se construye sobre lo que Dios ha revelado al hombre como voluntad. No ya la razón humana, repudiada por incapaz, ni tampoco la razón de Dios en la que nos dicta los eternos principios del obrar jurídico, sino que la voluntad divina es la base sobre la que se reconstruye y a la que ha de reconducirse el derecho (⁴⁴⁹).

(⁴⁴⁷) Serrano Villafañe, Emilio, *Concepciones Iusnaturalistas...*, *ob. cit.*, pág. 210.

(⁴⁴⁸) *Ibidem*, pág. 215.

(⁴⁴⁹) *Ibidem*, pág. 218.

3.3.1. Erik Wolf

Al decir de Serrano Villafañe, Wolf parece fundamentar el derecho en la revelación de la voluntad divina tal como se nos muestra en las “instrucciones bíblicas”. “La comprensión evangélica —dice el autor en consideración— exige la adecuación radical del conocimiento jurídico natural-racional a las palabras de acuerdo con las instrucciones de la Sagrada Escritura” (450), por eso, sólo a los creyentes les sería asequible por la fe las “instrucciones bíblicas” y la “palabra” y por tanto el conocimiento de las verdades vinculatorias. Sin embargo, Wolf aclara que también el “hombre natural”, no creyente, puede conocer la idea de la justicia absoluta y los rasgos fundamentales del orden divino primario, con lo que resultaría una “coincidencia entre verdades de fe y conocimiento racional”, pero la diferencia es que el conocimiento racional no nos ofrece nunca el contenido claro y vinculante de las instrucciones bíblicas.

Y ¿en qué consisten —se pregunta Wolf— estas indicaciones (*weisungen*) contenidas en la Sagrada Escritura? Las indicaciones de la Biblia que deben ser seguidas por los cristianos no pueden ser juridizadas en un modelo de constitución de un Estado ideal. El derecho es, por el contrario, un punto de llegada debido a la aplicación de las *weinsugen* en la experiencia concreta, que es la que únicamente será jurídica. Los mandamientos del Decálogo “no son un código de proposiciones jurídicas a las que se deben atener los hombres en el caso concreto”, sino que representan sólo criterios de valoración para todo el ordenamiento social, en cuanto que no son proposiciones jurídicas, sino los fundamentos de los que pueden deducirse las proposiciones mismas.

El hombre en su obrar se inspira directamente en la Biblia, y la relación que se establece entre los hombres por el derecho, es una relación sucesiva o posterior a la que se instaura entre el hombre y Dios que es la fundamental y fundante. Por eso la conclusión

(450) *Ibidem*, pág. 207.

de Serrano Villafañe: "llega Wolf a un concepto fundamental en su problemática: el de teología del derecho" (451).

En un libro ya clásico de Wolf: *El problema del derecho natural*, afirma que el concepto de derecho natural es multívoco, pero la función del pensamiento iusnaturalista es unívoca, y dicha función se expresa como fundamento legitimador de todo derecho positivo y como orientación normativa (reguladora) de todo derecho empírico. Esta doble función lo hace aparecer al derecho natural con la función ambigua que por una parte aparece como conservador y por otra parte se ofrece como revolucionario. El derecho natural, según Wolf, no puede ser jamás "ahistórico", pero con esta alusión al derecho natural como derecho adecuado a los tiempos no se consigue aún nada —o nada vinculante— para la solución del problema mientras nos limitemos a hablar de una trascendencia, de un absoluto en general ante el cual el hombre puede describirse como camino entre dos mundos. Pero otro mundo, un mundo absoluto no puede ser más que el mundo de Dios, no hay otro; una verdadera (absoluta) trascendencia no tiene lugar más que por la vertical irrupción de la Gracia que se revela y por la disposición vertical que ella provoca en el orden existencial horizontal del hombre mediante un impulso trascendente. Si eso no ocurre no hay nada que pueda documentar una historicidad de carácter absoluto o trascendental. Sin esa auténtica separación carece de sentido todo discurso sobre el hecho de que sólo puede ser tiempo lo que es eternidad. "Así vemos finalmente que la idea de derecho no debe ni puede ser pensada en el fondo sino teológicamente. Con ello la idea de derecho natural resulta un problema específicamente teológico y toda forma ética de su doctrina es una teología del derecho" (452).

La cuestión del concepto y de la función del derecho natural resulta formulable de cuatro modos:

1) Se pregunta por el derecho natural real, como ente real, como elemento básico de la existencia jurídica. Lo mentado es en-

(451) *Ibidem*, pág. 209.

(452) Wolf, Erik, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ed. Ariel, 1960, pág. 216.

tonces, o bien un duradero repertorio de inmutables principios jurídicos (instituciones, usos, órdenes) inherentes a todo "derecho" sido (o futuro), que constituyen la "sustancia fundamental" de ese derecho, el cual queda justificado como tal precisamente por su participación en ese sustancial y esencial ser-justo; o bien una totalidad significativa y una conexión (correspondencias) de tipo lógico-objetivo que permiten decidir si algo que se presenta como derecho lo es esencialmente.

La respuesta a este planteamiento se encuentra en la teoría de las estructuras fundamentales del derecho.

La capacidad legitimadora del derecho natural ontológicamente entendido reside en su ser-real (por ejemplo, en la realidad del matrimonio o de la propiedad como instituciones permanentes). Su función normativa consiste en el examen de las afirmaciones jurídicas según la escala de aquellos hechos fundamentales: sólo son derecho en la medida en que coinciden con aquel acervo jurídico fundamental.

2) Frecuentemente se pregunta también por el derecho natural verdadero como algo debido, como orden fundamental de indicaciones o principios rectores de todo derecho "meramente" empírico o "entitativo", "óptico". Lo mentado es en este caso un acervo permanente de principios éticos inmutables (postulados jurídicos, ideas del derecho, fines del derecho, ideales jurídicos) que sirven de regla a todo derecho "positivo", ofrecen una escala válida para la determinación del derecho "justo" que permite decidir si algo que se presenta como derecho lo es como debe serlo el "verdadero" derecho.

La respuesta a esta cuestión se encuentra en la teoría de los principios fundamentales del derecho.

La capacidad legitimadora del derecho natural éticamente concebido es su ser-debido (por ejemplo, el deber-ser del matrimonio y de la propiedad como instituciones que constituyen moralmente la "persona" humana). La función normativa del mismo consiste en el juicio que ofrece de toda tesis y de todo hecho jurídico según

aquella escala de valores ética: sólo deben ser derecho en cuanto coincidan con aquellos principios éticos.

3) Mas rara vez se pregunta por el derecho natural como conciencia del derecho en sentido lógico. Derecho natural es en este caso el fundamento lógicamente necesario de la existencia del derecho positivo, consecuencia de él. "Derecho natural" significa el contenido esencial de los axiomas o las categorías lógicas que hacen necesaria y conceptualmente "derecho" de algo que se afirme como tal. Se llama "derecho natural" todo lo que tenga que pensarse necesariamente antes de cualquier experiencia jurídica concreta para que en realidad sea posible tal experiencia jurídica y para que sea posible una valoración del derecho. El derecho natural se convierte en un catálogo de formas lógicas imprescindibles para pensar el "derecho", en un sistema de conceptos formales fundamentales, en modelo mental de la "corrección" de la elaboración del derecho.

[La capacidad legitimadora del derecho natural entendido lógicamente es la demostración de lo que "puede" ser derecho y de lo que "tiene que ser necesariamente" derecho (por ejemplo, del matrimonio o de la propiedad como relaciones de derecho). Su función normativa consiste en la verificación de un dato que se pretende jurídico, buscando su "evidencia jurídica".

4) Finalmente, la pregunta más profunda sobre el derecho natural es la que inquiere el ser-justo del derecho en el sentido de una última justificación del mismo que rebasa —"y trasciende"— todas las experiencias, valoraciones y posibilidades cismundanas. El derecho natural se presenta entonces como orden existencial no dimanante del hombre, pero sí dirigido a él, ya sea (filosóficamente) como parte del orden cósmico, ya sea (teológicamente) como parte del orden divino de la Creación. Es entonces el derecho natural esencia de las leyes (exigencias) de un sentido oculto e inmanente del mundo que se manifiesta en la razón universal; o la esencia de los mandamientos y de las instrucciones de Dios que,

como expresión de Su Voluntad (que se realiza en el Juicio y la Gracia), determinan las fronteras y los límites de todo derecho "positivo" y de todo principio moral.

La respuesta a esta problemática se encuentra en la teoría de los fundamentos del derecho.

La capacidad legitimadora del derecho natural entendido metafísicamente es la de una autoridad sobrehumana, ya la de una ley cósmica, ya la de la ley de Dios (por ejemplo, la del matrimonio o la propiedad como "sumas necesidades racionales" o como "instituciones" divinas). La función normativa consiste en la corrección de todo mundo jurídico (provisional), interpretado óntica, ética o lógicamente, ya sea por la represalia inmanente (*poena naturalis*), ya sea por la real imposición del verdadero derecho en el trascendente Juicio Final.

El derecho natural puede ser, pues, fundamentado ontológicamente, éticamente, lógicamente y metafísicamente, y tiene que serlo de todos esos modos. En este cuádruple desarrollo de su doble función cumple su tarea. Esa tarea tiene que ser pensada y realizada de nuevo por cada generación, si es que el hombre quiere realmente hacerse consigo mismo en su existencia jurídica, cumpliendo así su destinación esencial (⁴⁵³).

3.3.2. Emil Brunner

Este importante teólogo, Rector de la Universidad de Zurich, es autor de un significativo libro, *La justicia*, subtítulo *Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, de 1943, en el que intenta "construir una doctrina de la justicia sobre la base de la interpretación de la fe reformada". Si bien el protestantismo de Brunner aparece bastante aminorado por momentos, a punto que se ha calificado su teoría de tomismo reformado, en definitiva el papel reconocido a la razón natural no alcanza los límites admitidos en la gnoseología realista, y así llega a decir: "la doctrina aristo-

(⁴⁵³) *Ibidem*.

télica no basta ni con mucho para concebir la esencia de la justicia de un modo suficientemente fundamental y claro. Sólo partiendo del pensamiento bíblico de la Creación podemos cobrar acceso a la solución de los problemas que Aristóteles tuvo que dejar abiertos a menudo, problemas que en la Edad Moderna fueron resueltos erróneamente de un modo unilateral sobre la base de un pensamiento puramente racionalista. En ninguna parte se muestra de un modo más claro, que en la historia del derecho natural moderno racionalista, el hecho de cuán acertado estuvo el sobrio enjuiciamiento crítico de los reformadores en el punto de la facultad de conocimiento racional en los problemas de la justicia terrena” (454).

La alternativa para Brunner no admite términos medios: “o bien hay una justicia absoluta, divina; o bien la justicia es meramente otra palabra para designar algo que conviene a un hombre y no conviene a otro, aquello que al uno le parece adecuado y al otro no. O bien la palabra justicia contiene una referencia a una legislación primaria sentada por Dios, contiene la resonancia de lo sagrado y de lo incondicionalmente válido; o bien es una cáscara vacía” (455). Existe una relación de causa a efecto entre el positivismo jurídico y el Estado totalitario, es que si no “no hay ninguna norma divina de justicia” (456), entonces el arbitrio del Estado no tiene más límite que el de su poder efectivo para ejecutar su voluntad con criterio alguno. Aunque Brunner afirma decididamente la necesidad de partir de un concepto absoluto o divino de la justicia, el libro que estamos analizando no trata propiamente de la justicia bíblica sino de la justicia terrena, aunque existen entre ambas una íntima conexión. Para precisar esta distinción clave en el pensamiento de Brunner, la que no alcanza a ser desvinculación, recurramos a su palabra: “Un cristiano nunca podrá aceptar, cuando se le proponga una división tal, que en las cosas espirituales tenga que mandar Dios y en las cosas mundanales un señor terreno. Pero

(454) Brunner, Emil, *La justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961, pág. 115.

(455) *Ibidem*, pág. 59.

(456) *Ibidem*, pág. 13.

aquí no se trata en modo alguno de un dualismo tal. Es uno y el mismo Dios quien nos da la ley de la justicia para la estructuración de los órdenes terrenales, y la ley del amor para la formación de las relaciones con el prójimo, para las relaciones entre hombre y hombre” (457). El motivo más profundo por el cual los cristianos deben cumplir los deberes de los órdenes de la justicia y del amor, es pura y simplemente el amor que les es regalado por Cristo, por eso aun cuando los cristianos cumplen sus deberes de justicia dentro del orden del Estado, “no cesan de ser servidores de su Señor Jesucristo” (458).

La idea originaria por detrás de la idea de la justicia es la idea del “pertenecer”, en el *suum cuique* está la esencia misma de la justicia. El amor, a diferencia de la justicia, no se pregunta por lo que pertenece a mí y lo que le pertenece al otro. Cuando se exige justicia o se protesta contra una injusticia estamos aludiendo a un orden originario de pertenencia que se halla por encima de toda disposición humana. Destaca Brunner, que fue Aristóteles el que estableció la íntima conexión entre la justicia y la igualdad, pero para descubrir lo esencial o lo inesencial común a todo hombre no podemos recurrir a la percepción sino el camino es la fe: “Es sobre un cimiento de creencia sobre el cual se edifica no sólo la igualdad jurídica, sino también mucho más comprensiva, la idea de la justicia que exige que se atribuya lo mismo, lo igual, a todo sujeto con figura humana, porque al hombre en tanto que hombre le corresponde lo mismo. La doctrina de la *imago Dei* es específicamente el principio formal de la doctrina sobre la justicia según la Reforma” (459). No sólo encontramos en la fe el fundamento de la igualdad humana, sino que es aquella la que nos brinda el fundamento de la desigualdad. Con la igualdad de la dignidad se combina la desigualdad de la especie y de la función, por obra de la Creación los hombres diversos están destinados a complementarse y buscarse en la comunidad. “La religión cristiana revelada —dice

(457) *Ibidem*, pág. 147.

(458) *Ibidem*.

(459) *Ibidem*, pág. 47.

Brunner— es la única que contiene en su seno esta idea de la justicia; es la única que asocia con el reconocimiento de la dignidad personal, igual e incondicionada, el reconocimiento de la responsabilidad para con la sociedad, como deber y derecho de recíproca dependencia y servicialidad; es la única que acentúa tanto la igualdad como la desigualdad de los hombres, y sabe también que la dependencia del individuo con su subordinación a un todo social está anclada en la voluntad de Dios. Por eso, sólo la religión cristiana puede proteger al hombre tanto frente a las pretensiones de un individualismo unilateral, como frente a las demandas de un colectivismo unilateral” (460).

Todos los hombres son titulares de los llamados “derechos originarios o primarios de libertad” (libertad de conciencia y de culto, libertad física, derecho de propiedad, etc.) sin los cuales el hombre se encuentra impedido de cumplir aquello para lo cual el Creador lo ha creado. Pero además de esos derechos individuales, Brunner señala con igual fundamento divino los derechos de la comunidad. Es que el Creador al crear diversos a los hombres, los ha destinado a distintas comunidades de servicio (familia, empresa, Estado) las que tienen derechos frente al individuo; y hablando del Estado —forma de la comunidad que abarca a todas las demás— concluye Brunner que es una necesidad ética cuya independencia y límites han sido fijados por el mismo Dios: “El Estado debe servir para la realización de tales derechos (originarios del individuo); y estará justificado tan sólo en la medida en que sirve a ese fin” (461). Brunner se opone con vehemencia a los errores del individualismo y a los del colectivismo, sosteniendo que “la visión cristiana de la relación entre individuo y comunidad puede resumirse en la forma siguiente: comunidad en la libertad, libertad en la comunidad. La configuración concreta de una tal comunidad libertaria es la federativa. Es la comunidad de los libres” (462); este federalismo cristiano liberal, no se identifica con el democratismo moderno

(460) *Ibidem*, pág. 58.

(461) *Ibidem*, pág. 97.

(462) *Ibidem*, pág. 104-105.

racionalista rousseauiano constituido sobre el contrato social y la soberanía del pueblo y desconocedora de las vinculaciones originarias establecidas por Dios.

Enfrenta Brunner el problema de la "relatividad histórica", y su solución fundada en la fe reformada, será la distinción entre justicia estática o absoluta y justicia diámica o relativa. El hombre por el pecado se ha desviado del orden de la Creación, o de la justicia absoluta, lo que ha generado la necesidad de un orden estatal de justicia o de lo justo en la forma de derecho coercitivo. Este derecho positivo no puede contener lo justo absoluto sino que requiere adaptarse a las circunstancias históricas. Recurramos a ejemplificar este doble tipo de justicia; para ello Brunner recurre al pasaje evangélico en que Jesús explica a los fariseos que Moisés legitimó el divorcio "por la dureza de vuestro corazón", y aquí se verifica que el derecho positivo no puede establecer simplemente como ley el orden divino de la Creación que mandaba el no divorcio, "para la conciencia cristiana no hay divorcio, pero, en cambio, para el Estado tiene que haber una posibilidad de divorcio —bien que normada y limitada estrictamente—, puesto que tiene que contar con seres humanos que poseen un "corazón duro" (463). El orden jurídico positivo es un compromiso entre lo verdadero y absolutamente justo y lo posible o históricamente justo.

Analiza Brunner explícitamente el tema y denominación de "derecho natural". Llega a la conclusión que esta expresión es desaconsejable, en razón de que el hombre actual la asocia a las fuerzas e impulsos de la naturaleza, y porque la experiencia enseña que los intentos de la razón natural sobre el derecho a lo justo, corren el riesgo de incurrir en racionalismo e individualismo. Otro argumento esgrimido por Brunner para desechar el nombre de derecho natural, es "la incerteza e inseguridad jurídica que todo derecho natural parece llevar consigo... como sucede según la concepción medieval, se liga con el derecho natural la idea de que no se debe obedecer una ley estatal que esté en contradicción con

(463) *Ibidem*, pág. 125.

el derecho natural... El derecho natural no puede pretender por sí solo ninguna obligatoriedad jurídica” (464). La conclusión final de Brunner es “edificar de nuevo la idea europea de justicia, que durante dos mil años estuvo incorporada al concepto de derecho natural, prescindiendo del uso de esta denominación” (465).

3.4. Realismo jurídico clásico

Con esta denominación incluimos a un conjunto heterogéneo de autores cuyo denominador común es partir, con mayor o menor fidelidad, de las enseñanzas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino en su esfuerzo por dilucidar el campo del derecho. Si bien es la corriente iusnaturalista más importante del siglo XX, su campo de reflexión y dilucidación se extiende a la totalidad de los problemas que afronta el saber jurídico en sus distintos niveles epistemológicos. Además, no es una mera reiteración de las verdades del pensamiento aristotélico-tomista sino una explicitación y desarrollo de principios eternamente válidos, una iluminación desde ellos de las nuevas cuestiones que se le presentan al jurista y también una actualización del lenguaje y soluciones a las exigencias de nuestro tiempo. Fabro, con acierto, habla de un “tomismo esencial” que “trasciende cualquier sistema cerrado o figura histórica particular, comprendiendo también la de Santo Tomás en los puntos en lo que ésta está sometida a los límites de la cultura de su tiempo”, en definitiva se trata “de un tomismo de profundización en los principios, presente en las situaciones de la historia y abierto básicamente a todas las conquistas válidas de análisis y de método de la ciencia y de la cultura moderna” (466).

Francisco Olgiati está considerado como uno de los máximos representantes del pensamiento clásico en Italia. Sus dos principales obras de contenido filosófico-jurídico fueron publicadas en 1943;

(464) *Ibidem*, págs. 116-117.

(465) *Ibidem*, pág. 110.

(466) Fabro, Cornelio, en volumen colectivo: *Las razones del Tomismo*, Pamplona, EUNSA, 1980, págs. 41 a 45.

en una de ellas, *El Concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, se propone “alcanzar el concepto de derecho a la luz de los demás conceptos de la filosofía del ser, y, en última instancia, a la luz del resplandeciente rayo del concepto de ente” (467). Una de las tesis más polémica de su obra es el de “la politicidad del derecho”, la que explicita en los siguientes términos: “La politicidad del derecho, en suma, no implica el hecho de la existencia anterior del Estado, como condición para que exista el derecho. No significa en modo alguno que el derecho no puede darse más que en la *societas* perfecta ya existente, y que no haya derecho más que cuando el Estado crea sus normas; ni que los derechos subjetivos dependan del reconocimiento de la sociedad y del Estado. Quiere decir tan sólo que el derecho —cuyo concepto se reduce al concepto de justicia— expresa, inmediata o mediatamente, una ordenación al *bonum commune*, es decir, posee una orientación finalista intrínseca hacia la *societas* perfecta. Por esa razón, Santo Tomás sintetizaba de este modo sus ideas sobre la juridicidad: *jus politicum est jus simpliciter*; y no puede hablarse de derecho más que en cuanto se da *similitudinem quandam politici juris*” (468). La politicidad no es un sinónimo de estatalidad, sino, señala que el derecho está en función de la sociedad política y de su fin o bien común.

En Alemania, Enrique Rommen hablaba de “signos numerosos y concordantes ponen de manifiesto un renacimiento del derecho natural, pero no del derecho natural individualista, sino del derecho natural metafísico, del *jus naturale* perenne, así como en la Ética asistimos, con la teoría de los valores, a una rehabilitación del contenido, y, en filosofía, a una rehabilitación de la metafísica. Presenciamos, pues, una nueva aparición del derecho natural, lo cual constituye una nueva prueba de su eterna capacidad de resurrección” (469). Rommen fiel a las enseñanzas de la filosofía clásica parte de la primacía de lo real, del ser sobre el conocimiento, y del conocimiento sobre la voluntad; así dice “el ser es realidad

(467) Olgiati, Francesco, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, pág. 135.

(468) *Ibidem*, pág. 237.

(469) Rommen, Enrique, *Derecho Natural*, México, Ed. Jus, 1950, pág. 126.

ante la razón, es verdad en la razón, y es bien ante la razón práctica y en la voluntad” (470). La filosofía del derecho es una prolongación de la metafísica social, es una parte de la moral en tanto está basada, como deber y como regla, en la esencia y la naturaleza de *ens sociale* (ser social). El derecho natural de la filosofía aristotélica-tomista no incurre ni en el exceso del racionalismo deductivo, que atribuye al derecho natural una amplitud regulativa desmedida, ni en el exceso contrario del pragmatismo que sólo tiene en cuenta los hechos exteriores. El derecho natural *perennis* parte de dos normas evidentes: “hay que hacer lo que es justo” y “hay que evitar lo injusto”, y será obra de la razón práctica, en una referencia permanente a la experiencia, el ir derivando otras normas o conclusiones subsecuentes y remotas, cuya certeza y necesidad va disminuyendo a medida que se desciende de lo general a lo particular y de lo abstracto a lo concreto. El hombre, con su naturaleza social-racional, es la base necesaria de todo orden jurídico y el fundamento de la libertad personal, la cual se manifiesta en el derecho positivo por medio de la garantía que este último asegura a los derechos de la libertad.

Otro pensador que estimamos de interés aludir es Giuseppe Graneris, en especial a su *Contribución tomista a la filosofía del derecho* de 1949 (471). Los problemas que le asigna el profesor de la Universidad Pontificia Lateranense a la filosofía del derecho, son tres: a) la búsqueda del concepto del derecho, es el problema lógico; b) la búsqueda del fundamento, del puro deber ser o ideal del derecho, corresponde al problema ontológico; y c) el problema deontológico que indica el camino concreto para actuar aquel ideal del derecho en los límites de los posibles. Una tesis original en Graneris lo constituye “la amoralidad del derecho”, en el sentido de que el derecho no es la cosa justa en toda su perfección sino un justo imperfecto dado que puede darse independiente de las disposiciones de ánimo del agente. El derecho entendido como la conducta

(470) *Ibidem*, pág. 148.

(471) Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Bs. As., EUDEBA, 1973.

justa, tiene por contenido un débito saturado de moralidad, pero el sujeto puede cumplir la conducta con ánimo injusto o sea con una intención que no se adecua a la moralidad objetiva del acto. El mundo jurídico que según Graneris puede representarse como una esfera, es obra de dos artífices: la naturaleza y el arbitrio humano, mientras que aquella trabaja desde el centro a la superficie. el arbitrio del legislador avanza de la superficie al centro. La acción de la naturaleza, aun disminuida y casi imperceptible, se extiende necesariamente a todos los puntos de la esfera jurídica, incluso a los más superficiales, en cambio la acción del arbitrio legislativo se detiene frente al núcleo central.

Finalmente consideremos a un pensador polaco, actualmente residente en Francia, cuyos trabajos de mayor notoriedad han sido los de lógica jurídica; nos referimos a Georges Kalinowski. Critica este pensador la desconfianza que despierta en ciertos tomistas las investigaciones modernas de lógica, a la que califica de "traición" al espíritu del Aquinate. Con fidelidad a dicho espíritu y en el convencimiento que las cuestiones de lógica jurídica "abren perspectivas sobre los problemas más metafísicos de la filosofía del derecho", ha contribuido al esclarecimiento de la semiótica jurídica o del lenguaje jurídico, de la lógica deóntica o lógica normativa y de la lógica jurídica entendida como "la parte de la lógica que examina desde el punto de vista formal las operaciones intelectuales del jurista, así como los productos mentales de esas operaciones: conceptos, divisiones, definiciones, juicios y raciocinios jurídicos" (472). En cuanto al pensamiento iusfilosófico del ex Decano de las Facultades de Lublin y Lyon podemos destacar dos aspectos en los que se ha contrapuesto con ese otro gran pensador francés de nuestros días: Michel Villey; nos referimos en primer lugar, a la defensa de la existencia de los derechos subjetivos, utilizando en la demostración a las normas jurídicas permisivas y alcanzando su fundamento en la naturaleza racional, libre y ética del hombre, o para decirlo con las palabras de Kalinowski: "la llave del problema del derecho

(472) Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Bs. As., EUDEBA, 1973, pág. XVII.

subjetivo se encuentra, en la filosofía teísta y creacionista por lo cual el ente es el bien y el hombre una persona" (473); y en segundo lugar, el pensador polaco ha destacado el papel fundamental e insustituible que le compete a la norma en el derecho: "nadie puede pronunciarse sobre lo justo y lo injusto sin referirse a la ley, a la regla divina o humana, natural o positiva, escrita o consuetudinaria, la cual establece el derecho" (474).

La nómina de autores con filiación realista clásica podría extenderse significativamente en países europeos, americanos y en nuestro país, pero atento a las características del presente trabajo nos limitaremos a tratar seguidamente con mayor detalle a dos pensadores: Louis Lachance y Michel Villey. El primero un verdadero maestro que contribuyó decididamente a clarificar detalladamente, con rigor filosófico, el concepto de derecho para el sistema aristotélico-tomista. El segundo, desde la cátedra en la Universidad de París y desde la dirección de *Archives de Philosophie du Droit*, ha desplegado una viva polémica contra los errores de la llamada concepción moderna del derecho, buceando en la historia del derecho argumentos para defender su tesis.

3.4.1. Louis Lachance

En su obra fundamental, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, intenta una dilucidación del derecho a través del estudio de sus causas intrínsecas y extrínsecas.

El aludido análisis comienza por las causas extrínsecas del derecho: el bien común y la ley. En cuanto al bien común, el profesor del Angélico y de la Universidad de Montreal, parte del individuo humano y de su inclinación natural a su perfección; a imitación de todo lo que germina, vive, respira y siente, el hombre aspira a su plenitud. El vivir se vincula al bien-vivir, como lo imperfecto a lo perfecto, como lo inacabado a lo acabado, pero

(473) Kalinowski, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1982, pág. 35.

(474) *Ibidem*, pág. 23.

ese bien-vivir está condicionado a una actividad solidaria, su obtención requiere una acción concertada. Por consecuencia, el bien-vivir es el motivo de la unión del hombre con el hombre, en él reside la causa radical de la solidaridad, el fin determinante de la actividad común. El bien-vivir reviste entonces el carácter de un fin de interés general, de un bien común, "el bien que encarna el fin integral del hombre, aquel que se precia apto para hacerlo un hombre completo, no es el bien particular sino el bien común, se ve que este bien es aquel en el cual el derecho encuentra su justificación, su razón de ser. El derecho no es para sí mismo, sino que está ordenado para hacer posible y conveniente la vida en sociedad, y también para hacerla efectiva, aportando todo para realizar el bien común" (475).

Lachance, conforme a las enseñanzas de Santo Tomás, precisa que todos los bienes contenidos en la serie completa de las criaturas, no son más que una participación, una parcelación, la pálida copia de un aspecto de la Bondad Divina. El fin particular de un ser cualquiera será un bien particular, mientras que el fin universal de todas las criaturas será un bien universal. La Suprema Bondad es el centro hacia el cual convergen los elementos de la creación, es la bondad de todos los bienes, la deseada de todos los deseos, la amada de todos los amores. La perfección del conjunto de los seres es superior a la que poseen como partes, el orden universal que las contiene y las rige, es mejor que el orden particular que cada uno encarna, imita y traduce mejor la bondad divina, "esa es la razón precisa, formal, por lo cual Dios es, sin dejar de ser un bien propio, su bien común". El derecho no escapa a este principio orientador trascendente, la bondad divina en cuanto fin del universo, es tanto fin de las realidades que comprende cuanto del orden que las encierra. Dicha bondad sin límites dirige todas las reglas que rigen su funcionamiento, por lo menos de una manera alejada, la orientación de todos los movimientos, "de lo que se puede concluir que todo lo que no se opone a la Bondad, concurre, por

(475) Lachance, Louis, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Bs. As., 1953, pág. 97.

este hecho mismo, al gobierno eterno. Luego, la disposición de la obra de Dios es tal, que los fines intermedios se refieren, por sí solos al fin último. Mientras que, por el contrario, todo lo que va contra el fin supremo, es más bien violencia que derecho... todo derecho por el hecho de ser racional, concurre al ajuste del obrar humano con la Suprema Bondad" (476).

Por debajo del bien común supremo o sobrenatural, Santo Tomás que no confunde el orden de la gracia y de la fe con el orden de la naturaleza y de la razón, distingue el bien común natural que conviene a todas las sociedades políticas humanas. Hay entonces una jerarquía de grados en el bien común, la que persigue la ciudad terrena es el coronamiento último del esfuerzo humano, este es conveniente para asegurar a la vida de aquí abajo, el pleno rendimiento del que es susceptible, pero con relación al bien común supremo es un comienzo, un bosquejo, un prólogo. El bien común del hombre está hecho a imagen de su naturaleza, así existe un triple bien del hombre: del alma, del cuerpo y de las cosas exteriores. La operación según la sabiduría es el último coronamiento de nuestras tendencias naturales, el elemento intelectual prima sobre los otros, y los somete, para decirlo con palabras de Aquinate: "Para que el hombre viva conforme a la honestidad natural, se requieren dos condiciones: una es la principal, es la de obrar según la virtud (la virtud es aquello por lo que se vive bien, es decir, honestamente), la otra es secundaria y como instrumental: tal es la suficiencia de bienes corporales, el uso de los cuales es necesario para la práctica de la virtud" (477).

Se plantea el profesor de la Universidad de Montreal, las vinculaciones entre el bien individual y el bien común, sosteniendo que hay un acuerdo natural entre los dos, y si es cierto que se distinguen, debe advertirse que no hay realización plena del primero sin el segundo. La primacía del bien común sobre el bien individual rige cuando se trata de bienes pertenecientes al mismo género, pues puede ocurrir que el bien individual sea de un género su-

(476) *Ibidem*, pág. 74.

(477) *Ibidem*, pág. 85.

perior. La conclusión a la que arriba Lachance, según el pensamiento de Aquinate, es el siguiente: "El bien común depende del bien individual en el orden de la causalidad material, el bien individual es tributario del bien común en el orden de la perfección" (478).

Luego de analizar el bien común como causa extrínseca final del derecho, pasa a analizar a la ley a la que le reconocerá el carácter de causa extrínseca ejemplar y eficiente. El punto de partida será la definición tomista: "La ley no es otra cosa que una orden de la razón, hecha y promulgada en vista del bien común, por quien preside los destinos de la comunidad" (479). La ley es un orden y la constitución esencial del universo no es otra cosa que el orden. Naturaleza y sobrenaturaleza están contenidas en la Sabiduría eterna de donde ellas proceden, y lo propio de la Sabiduría es disponer todo en el orden. Por encima de nuestro concepto de ley, y excediéndolo como lo infinito excede a lo finito está la ley eterna, el orden de ésta se extiende a todo, rige tanto los seres más mínimos como los movimientos más imperceptibles, Dios imprime en la naturaleza entera los principios de sus actos. En el interior del orden universal, existe la naturaleza racional, que lo participa de una manera absolutamente excelente. La ley eterna, se manifiesta en la ley natural bajo formas de principios evidentes, imperiosos y moralmente necesarios que son el fundamento de las reglas, particulares o comunes, de la acción. Todas las legislaciones humanas —sean cuales fueren las diferencias que existan en razón de la diversidad de tiempos, lugares o razas— no tienen vigor de ley sino cuando se conforman a aquellos.

Analiza Lachance la relación de la ley con el derecho, sosteniendo que aquélla es la causa de éste, y lo es en un doble orden: como causa formal extrínseca y como causa eficiente moral del derecho. Es que la función propia de la ley es dirigir los actos humanos, y haciendo esto, engendra el derecho; en consecuencia, el derecho sería una modalidad derivada de la ley e inherente al

(478) *Ibidem*, pág. 158.

(479) *Ibidem*, pág. 105.

acto humano. El derecho está hecho a imagen de la ley, encuentra en ella la medida, lo ejemplar o el diseño de los trazos que posee. La ley no es propiamente el derecho sino cierta noción del derecho, es un ideal mientras que el derecho es la determinación de un acto concreto. El modo de ser que posee el ejemplar en el espíritu y aquel que reviste cuando se encarna en el obrar, difieren esencialmente; en el espíritu es representación, es verdad formal, mientras que en el acto es forma, verdad ontológica. La ley es llamada derecho en razón del vínculo que mantiene con lo que es propiamente y por sí el derecho, cuya dilucidación corresponderá al tratamiento de las causas intrínsecas. Atento a que el derecho es acto u orden vivido, Lachance considera el proceso psicológico por el cual la ley causa formalmente el derecho. Es que la ley como causa ejemplar traza el orden jurídico a establecer, pero su luz pasa al acto a través de las virtudes de la prudencia política e individual y de la virtud de la justicia. Pero además las leyes, en segundo lugar, son un imperativo, una orden de conducción que presiona los resortes del querer individual. La ley sugiere la idea de disposición reguladora y de principio motor, y esta prerrogativa la recibe de la razón práctica cuyo carácter propio es el ser realizador; por ello mover a modo de imitación —como mueve la ley a la conducta que propiamente es derecho— es hacerse causa moral eficiente de la obra jurídica a cumplir. “La ley es un principio de obligación. Ella coacciona al obrar individual para que se conforme a sus prescripciones; restringe las voluntades a producir actos y a producirlos según las condiciones que requiere la solidaridad. Ella mueve moralmente a la ejecución de ciertos actos, que concretamente, se tornan el derecho. Como principio formal, hace que el obrar lleve tal o cual determinación; como principio eficiente, la ley hace que el derecho se realice. La causalidad eficiente, sirve de soporte a la causalidad formal” (460).

Descritas las causas extrínsecas del derecho, Lachance afronta la tarea de brindar el concepto de derecho a través de sus causas intrínsecas. Su conclusión es que el Derecho es específicamente una

(460) *Ibidem*, pág.191.

relación de igualdad. La determinación o forma propia del derecho es la igualdad del obrar en relación a otro, pero como esta igualdad resulta el orden que promueve el bien común, se sigue que ella es un débito, y como este orden es la forma de un todo colectivo, resulta que ella es un todo relativo a otro. El derecho está en el género de la relación, "la igualdad, es por tanto, la equivalencia de cantidades; y la relación realizada por el derecho, debe estar fundada sobre la cantidad", y como la cantidad puede ser discontinua o continua, en otros términos, numérica o dimensiva; establece Lachance que "por estar la igualdad que concierne al derecho asimilada a una conmemoración, debe seguirse que ella reposa sobre la cantidad continua, cuando tienen una medida común, cuando se recubren perfectamente al replegarse una medida común" (481). La cantidad de la que se trata en el derecho, es moral, y la relación que le sigue es una relación de igualdad moral que debemos introducir en nuestras relaciones con otros. El derecho siempre es un débito legal a otro, la materia sobre la que actúa el derecho "No está proporcionada a otro porque le es debida, sino que, inversamente, ella le es debida porque le es igual, porque se ajusta a sus títulos, por ser la perfección que le corresponde, el coronamiento que requiere" (482). La demarcación o determinación de la medida corresponde a la ley y a la prudencia, pero el derecho específicamente es la igualdad del obrar exterior cuyo término es el otro. Luego de haber estudiado aquello que constituye el derecho en sentido estricto, Lachance destina un capítulo para considerar los llamados "derechos imperfectos" que son de tres tipos: a) derechos en los que la distinción de las personas adolece de defecto; b) derechos en los que la igualdad es irrealizable; y c) derechos en los que la razón de débito está disminuida.

3.4.2. Michel Villey

El actual Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de París si bien se define como un historiador, su prolífica tarea bibliográfica está marcada fundamentalmente por la polémica con-

(481) *Ibidem*, pág. 221.

(482) *Ibidem*, pág. 215.

tra la concepción “moderna” del derecho y la revalorización de la concepción “clásica” elaborada por Aristóteles, el derecho romano clásico y Santo Tomás de Aquino.

Villey caracteriza el pensamiento jurídico moderno por considerar al derecho como un producto del espíritu exclusivamente humano. El derecho estaría formado por normas, mediante las cuales el espíritu humano ordena los hechos de la naturaleza. El sustento de esta concepción es el dualismo esencial de la filosofía moderna que con Descartes separa, como dos mundos distintos, el mundo del espíritu y el de los cuerpos extenso; con Kant, el ser y el fenómeno, y también el ser y el deber ser. El derecho así es definido como un conjunto de normas producto de la razón humana (Grocio, Kant, etc.) o de la voluntad humana (Hobbes). El método jurídico correspondiente al pensamiento moderno será el deductivo, la solución jurídica deberá encontrarse por inferencia, a partir de normas que residen en el pensamiento del hombre. La solución jurídica no puede ser fundada como tal, ni su validez demostrada, sino se la vincula deductivamente a una norma jurídica dada, y la propia norma no puede obtener otro fundamento válido sino es en función de su vinculación con un principio abstracto. En esta filosofía ya no queda lugar para la naturaleza de la cosa como fuente del derecho, por eso Villey afirma: “La tendencia del normativismo moderno ha sido sobre todo expulsar del arte jurídico toda referencia a la naturaleza. La lógica del positivismo, como también la del racionalismo conduce al jurista a cerrar los ojos sobre las cosas, a vivir en el mundo cerrado de las normas” (463).

La exigencia doctrinaria de Villey es volver a la concepción clásica de que definía al derecho como lo justo: *dikaion* en Aristóteles o *ius* en Santo Tomás. El derecho no es identificado con las normas abstractas y generales inventadas por el espíritu humano del legislador o del pueblo, sino con la solución justa y concreta que está encontrada en cada caso. Ese sistema de la filosofía clásica del derecho natural reconocía la existencia de normas, incluso

(463) Villey, Michel, *Método, Fuentes y Lenguaje Jurídico*, Bs. As., Ed. Ghersi, 1978, pág. 23.

de leyes positivas, pero sobre todo cumplen un importantísimo papel las normas doctrinales. Pero estas normas no son el derecho, pues ante todo ellas son falibles; cada uno de los autores no tienen, sobre la justicia de los modelos sociales naturales implicados en ellas, más que visiones parciales; se trata de opiniones particulares, aparentemente contradictorias, las que será necesario confrontar. Para aplicarse a los nuevos casos concretos y para responder exactamente a las condiciones de cada especie, cada solución debe adaptarse a la "naturaleza de la cosa", a la naturaleza de cada caso. A esa concepción clásica le corresponde otro método, otra forma de discurso que nada tiene que ver con la creencia moderna de extraer la solución buscada analíticamente y mediante un proceso deductivo a partir de una norma preexistente que contemple el caso. En esa búsqueda —para la concepción clásica— se contaba con normas jurídicas, pero éstas no sólo eran sumamente variadas en su origen, sino contradictorias, por lo que la luz surgirá en el ámbito controversial del proceso en donde el juez, que presidía la confrontación de las indiferentes normas alegadas por los litigantes, elegía aquélla que se adaptaba a la justicia del caso. "Las normas han servido de trampolín para aproximarse mediante tanteos a la solución definitiva; de trampolines más que de premisas. Tal es su función principal según esta filosofía porque la solución nace no de la norma, sino de otra cosa; de la naturaleza del caso" (484).

El derecho para la filosofía jurídica de Aristóteles y Santo Tomás no surgía de la razón ni se deducía de ciertos principios racionales *a priori*, sino era "sacado de la naturaleza, de la observación de la naturaleza y de ningún modo de la razón. Tampoco de la naturaleza del hombre considerado aisladamente, de una definición abstracta de la esencia del individuo... La doctrina del derecho natural antigua, clásica, auténtica, es que el derecho debe ser extraído de la observación de toda la naturaleza y diría, precisamente de la naturaleza de las cosas... las cosas del universo social,

(484) *Ibidem*, pág. 82.

las instituciones sociales, las formas de estados o de ciudades (Aristóteles en su Liceo había estudiado las constituciones comparadas de una centena de ciudades o imperios), los grupos sociales existentes, las relaciones de intereses, sociedades, contratos, acciones. Las cosas en su diversidad: Aristóteles sabía perfectamente bien, antes que Montesquieu, que el mismo régimen no convenía a Grecia y a los países orientales. Las cosas en su movilidad: Aristóteles sabe que esas realidades sociales son obra humana, histórica y que el hombre, el ser libre, no deja de crear situaciones nuevas. Santo Tomás, al tratar sobre el derecho (en el *De Justitia et Jure*) no deja de advertir, concluyendo como su maestro, que el conocimiento del derecho no puede ser objeto de una ciencia inmutable, ni asunto de teóricos de gabinete, sino que ella surge día a día de la prudencia de los prácticos (o jurisprudentes) que siguen el curso móvil de las cosas sociales” (485).

En el lenguaje de Aristóteles, de Santo Tomás y en el de la mayor parte de los juristas hasta el siglo XVI, el término derecho significaba lo justo (*dikaïon* en Aristóteles, el *id quod justum est* en el juriconsulto romano Paulo y la *ipsa res iusta* en Sto. Tomás) que debemos buscar en cada caso y que no está dicha definitivamente ni totalmente en ninguna norma, sino que dicha solución justa “es el resultado de la naturaleza de las cosas cambiantes” (486). Villey ha destacado la distancia que media entre el concepto de naturaleza de la cosa que se maneja contemporáneamente (Radbruch, Coing, Welzel, Mahiofer, etc.) y la naturaleza de los clásicos que engloba no sólo los objetos físicos y materiales (como la naturaleza post-cartesiana), sino la integridad del hombre: espíritu y cuerpo, las instituciones humanas y las instituciones sociales: la ciudad, los grupos familiares, los grupos de intereses. Observando los grupos sociales naturales se procura discernir aquellas instituciones que se revelan con una mayor conformidad a las finalidades naturales y que servirán de modelos, por eso puede concluir el profesor parisino que en la concepción clásica jurídica “la naturaleza de las cosas cons-

(485) *Ibidem*, pág. 46.

(486) *Ibidem*, pág. 48.

tituye la fuente fundamental del derecho”, advirtiendo que al lado del derecho natural extraído inmediatamente de la naturaleza por los juristas, se reconocía el lugar al derecho positivo emanado de la potestad legislativa, que también se funda en aquella naturaleza de las cosas puesto que la naturaleza quiere las ciudades y encarga a los dirigentes de las mismas llenar las incertidumbres mediante normas precisas. La naturaleza de la cosa en los clásicos resulta un término medio, entre la pretensión estrecha que la confina a un papel puramente técnico y reconocen a la norma jurídica como un producto de la razón o de la voluntad, y la pretensión excesiva que estructura el orden jurídico sometido a la eficiencia de los hechos, cualesquiera que ellos sean.

Villey ha insistido en la necesidad de recurrir a la filosofía a los efectos de que no se confunda el derecho con la moral, la política, la economía o la investigación sociológica, y para señalar los límites de cada una es necesario distinguir los fines respectivos. El derecho no busca la verdad ni la utilidad sino que mira a la partición de los bienes, su misión es dar, asignar a cada uno lo suyo. Su materia son los bienes exteriores y su campo de aplicación es un grupo social. Pero una obsesión del profesor de la Sorbona, es no confundir al derecho con la moral, y para ello recurre a Aristóteles donde el *dikaïos* es la justicia subjetiva o la virtud de la justicia, o sea campo de la moral, mientras que el *dikaion* es la justicia objetiva, en la realidad, fuera de mí, y es éste *medium in re* del que se ocupa el derecho. El arte moral atañe a la virtud subjetiva del individuo, prescribiéndole conductas, incluso conductas justas; en cambio el derecho no tiene por misión que el individuo sea justo, ni vigilar la virtud del individuo ni siquiera regular su conducta, pues sólo le importa “definir” la parte o lo suyo de cada uno. Este carácter de normas indicativas y no imperativas es uno de los aspectos que ha generado polémica entre autores tomistas; según Villey el trabajo de la ciencia jurídica se limita a definir lo justo o describir la parte que le corresponde a cada uno según su derecho, y de los conocimientos sobre la justicia enunciados en el indicativo nacerán

imperativos y normas que no son ya productos de la ciencia sino de la autoridad.

Otro aspecto original en el pensamiento de Villey, que se aparta del que tradicionalmente se reconoce como tomista, es marginar del campo jurídico el tema de la justicia general. Es que ésta consiste en la observancia de la ley moral, y si se reconoce a Aristóteles el carácter de fundador de la filosofía del derecho es por haber visualizado como campo específico del derecho la justicia particular; dejemos hablar a Villey: "El *dikaion* no se concibe en el sentido riguroso de este término más que en la justicia particular, sobre la cual versa principalmente el estudio de Aristóteles. Sólo la justicia particular, presenta esta singularidad, buscar un fin objetivo, la igualdad o la armonía en la repartición de los bienes inherentes al cuerpo político, significado por el término neutro *to dikaion* (para nosotros, lo derecho, puesto que así fue entendido durante largo tiempo el término Derecho" (487). Además, y conforme a las enseñanzas del Estagirita, distingue Villey dos tipos de derecho, o sea las llamadas tradicionalmente justicia distributiva y conmutativa; y como el derecho es lo igual (*ison*) corresponde distinguir qué tipo de igualdad busca el jurista en aquellos dos sectores. En el caso de las distribuciones no se busca la igualdad simple o aritmética, sino más bien una igualdad proporcional entre las personas y los bienes o cargas distribuidas. El otro sector del derecho, referido a las conmutaciones o intercambios motivados por un contrato o por un delito, busca una igualdad aritmética entre lo dado y lo recibido. El arte jurídico consiste en buscar y declarar esa igualdad proporcional en las distribuciones y esa equivalencia en los intercambios, por lo que el jurista no se ocupa como el moralista de dirigir o imperar conductas. Así queda claro que la dialéctica es el arte del jurista dado que tiene como base opiniones verosímiles, múltiples y contradictorias, resultando la *Suma Teológica* de Santo Tomás un modelo del género dialéctico.

(487) Villey, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979, t. I, pág. 89.

Villey ha defendido con vehemencia “la laicidad del derecho” (488) en Santo Tomás, contra los intentos de ciertos tomistas de clericalizar la doctrina jurídica del Adunato. Por eso declara: “No seremos, sino insuficientemente ayudados por los estudios contemporáneos de doctrina tomista, por más que sean muy numerosos: es que la mayoría de ellos han emanado de teólogos, menos deseosos de establecer el auténtico pensamiento de Santo Tomás que de atribuirle aquello que consideran, hoy en día, que debe ser enseñado; es bien frecuentemente que ciertos *tomismos* sostengan lo contrario de Santo Tomás. Además, la mayoría de los teólogos han sido educados en nuestros días —a diferencia de Santo Tomás— con gran ignorancia del derecho; ellos estudian —o creen estudiar— el derecho natural, en cuanto moralistas, sin darse cuenta de que difiere de la ley natural, ni presentir el carácter específico de los problemas jurídicos. Más que las obras de Lachance, Dom Lottin, Olgiati o Di Carlo, en las que corremos el riesgo de perder el tiempo y el buen humor, recomendamos a Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, 1949, que nos parece realizar un sensible progreso por sobre la interpretación corriente”.

La conclusión del profesor de la Sorbona es terminante: “Es inmenso el servicio rendido por la filosofía tomista a la historia del Derecho” (489).

Aludamos finalmente a los estudios realizados por Villey en torno a la noción de derecho subjetivo, en los que ha intentado demostrar que su origen se remonta a la Escolástica tardía, franciscana de comienzos del siglo XIV, más precisamente a Guillermo de Occam, y rápidamente, por obra del iusnaturalismo racionalista e individualista de los siglos XVIII y XVIII, quedará constituida como la noción central de la ciencia jurídica moderna. Una vez más contrapone Villey el modo objetivista de concebir el derecho de los clásicos, y el modo subjetivista de hacerlo de los modernos. Mientras el

(488) Villey, Michel, *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Bs. As., Ed. Chersi, 1981, pág. 69.

(489) *Ibidem*, pág. 87.

jus para los romanos y Santo Tomás era la determinación objetiva de las ventajas y desventajas que le corresponden a cada uno, la ciencia jurídica moderna considera como el dato primordial los derechos o poderes ilimitados de usar, disponer y gozar que tienen los individuos en su exclusivo beneficio (⁴⁹⁰).

(⁴⁹⁰) Ver Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

IV. CRITICAS PRINCIPALES AL IUSNATURALISMO REALISTA CLASICO Y SUS RESPUESTAS ACTUALES

Nos proponemos considerar en esta cuarta y última parte de la presente obra, las objeciones que en la doctrina jurídica contemporánea se han levantado contra aquel iusnaturalismo que iniciado por Aristóteles, continuado y completado por Santo Tomás de Aquino, se expresa en la actualidad a través de innumerables figuras que han ido precisando, ampliando y corrigiendo las ideas maestras que le sirven de fundamento. Incluso, en esta corriente a la que adherimos del iusnaturalismo realista clásico o iusnaturalismo metafísico, no siempre se coincide acerca del tratamiento y solución de diversos problemas, es decir, que no se trata de una línea de pensamiento absolutamente uniforme.

En los párrafos que siguen, intentaremos demostrar cómo muchas veces aquellas críticas son expresión de una información deficiente, errónea o desactualizada, por lo que se incurre en posturas poco rigurosas científicamente. No nos alienta una intención dogmática ni tampoco reivindicativa de cadáveres o de épocas históricas irremediabilmente superadas, tampoco padecemos la "idolatría cronológica" de que habla Maritain, sino que sólo nos guía la orientación del Aquinate de que "el estudio de la filosofía no tiene como finalidad saber lo que dicen los filósofos, sino saber cómo son las cosas en sí mismas" (491) y la exigencia aristotélica de *sed magis amica veritas*. Persuadidos estamos que no hay otro criterio filosó-

(491) Santo Tomás de Aquino, *De Coelo et Mundo*, I, Lect. 22, Nº 228.

fico de verdad que las mismas cosas y que la fidelidad exigida no es a un autor sino a la realidad.

En definitiva, y con el objeto de sincerarnos filosóficamente para así poder confrontar nuestras afirmaciones con otros puntos de vista, reiteremos que compartimos la tesis de Fabro acerca de la conveniencia de un "tomismo esencial" que como tal "trasciende cualquier sistema cerrado o figura histórica particular, comprendiendo también la de Santo Tomás en los puntos en los que está sometido a los límites de su cultura y su tiempo... No se trata tanto —si se quiere lograr una confrontación dinámica y constructiva con el pensamiento moderno— de un tomismo de tesis estáticas y rígidas que imponen un sistema, cuanto de un tomismo de profundización en los principios, presente en las situaciones de la historia y abierto básicamente a todas las conquistas válidas de análisis y de método de la ciencia y de la cultura moderna" (492).

1. TEOLOGISMO.

Se ha pretendido hacer aparecer al sistema filosófico tomista como carente de autonomía frente a la teología, como si este saber ejerciera un control inhibitor y despótico sobre la razón natural suministrándole principios e indicándole temas, límites y soluciones. Frente al agustinismo fideísta, al racionalismo gnóstico de Avicena y al averroísmo latino, la originalidad del Aquinate "consiste en el equilibrio interior que logra entre la supremacía de la teología y la autonomía de la filosofía" (493). El ámbito de la filosofía es el de la razón, y el de la teología es el de la fe y la revelación; ambas procuran en cuanto saberes la verdad pero emplean puntos de partida, caminos y criterios diferentes. El saber natural filosófico parte del conocimiento sensible, y es a esas cosas a las que la razón buscará conformarse para así obtener un juicio verdadero. En la teología se recurre a las verdades reveladas y la

(492) Fabro, Cornelio, *Santo Tomás frente al desafío del pensamiento moderno*, en *Las razones del tomismo*, EUNSA, Pamplona, 1980, pgs. 41-45.

(493) Rassam, Joseph, *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Ed. Rialp, Madrid, 1980, pg. 27.

razón se constituye en un auxilio para el entendimiento pleno y armónico de las mismas, pues el criterio de verdad no es como en la filosofía la evidencia de su objeto sino la autoridad de Dios que revela. La filosofía y la teología coinciden en su objeto material pero se diferencian en su objeto formal, por eso Tomás de Aquino afirma: “de las mismas cosas que estudian las disciplinas filosóficas, en cuanto asequibles con la luz de la razón natural, se ocupa también otra ciencia en cuanto que son conocidas con la luz de la revelación” (494). La teología goza de una certeza absoluta fundada en Dios que es la verdad plena, pero si en esto supera a la filosofía tiene la dificultad de “ser imperfecta como conocimiento” (495), atento a que le falta la evidencia de la ciencia que conoce con certeza por las causas.

Confesaba Spinoza que mientras los escolásticos partían de las cosas, Descartes lo hacía desde el sujeto, y él lo tomaba a Dios como punto de partida. No se equivocaba el autor de la *Ethica ordine geometrico*, al menos en cuanto al Aquinate, dado que cualquier sobrenaturalidad del objeto de la filosofía es ajena al discurso filosófico; y esta peculiaridad del tomismo frente al agustinismo lo lleva a Muñoz Alonso a afirmar: “Tomás de Aquino y Agustín son dos pensadores teológicamente idénticos, pero filosóficamente irreconciliables” (496). Destaca Sciacca que en las enseñanzas del Aquinate “no hay género alguno de servidumbre de la filosofía respecto de la teología”, y agrega: “La autonomía que Santo Tomás reconoce al saber humano en general y a la filosofía, saber fundamental, es completa, tiene en sí misma sus principios, no acepta nada dogmáticamente por autoridad, admite sólo lo que es evidente o está lógicamente probado; es decir, es conocimiento crítico y comuni-

(494) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I, c. 1, a. 1.

(495) *Ibidem*, I - II, c. 67, a. 3.

(496) Muñoz Alonso, Adolfo, *El hombre en el pensamiento de Agustín y Tomás de Aquino*, Atti del Congresso Internazionale Tommaso d'Aquino nel suo settimo centenario, T. 7, pg. 313.

able" (497), de donde concluye que Santo Tomás contribuye "al nacimiento de la conciencia laica" (498).

Ese supuesto teologismo filosófico del tomismo se proyecta al campo del saber jurídico, y así Alf Ross señala: "La médula de todo el derecho natural cristiano es la voluntad revelada —y en este sentido positiva— de Dios: la ley mosaica y el Evangelio" (499). Stammler refiriéndose a la Edad Media sostiene que "todo respondía a un pensamiento único: el de contribuir a realizar la voluntad divina conforme a los preceptos de la religión cristiana" (500). El profesor español Elías Díaz insiste que "en el iusnaturalismo escolástico-medieval, el Derecho natural posee necesariamente un carácter religioso trascendente" (501).

Uno de los pensadores que en nuestros días ha adherido con mayor fervor al realismo clásico es Michel Villey, aunque sosteniendo la necesidad de no incurrir en interpretaciones o agregados teológicos al pensamiento del Aquinate. En opinión del profesor de la Sorbona la doctrina tomista es: "maravillosamente equilibrada, es laica pero no laicista: Santo Tomás reconstruyó los fundamentos de un orden temporal autónomo, de la justicia del orden jurídico, necesaria para el vigor del arte del derecho, que San Agustín dejó perder, pero todo ello sin sacrificar los fines espirituales del hombre, de ese modo frente a la opinión agustiniana de que lo verdaderamente justo era sólo lo que surgía del Evangelio, la teología de Santo Tomás ha liberado a los juristas de la Europa cristiana de la dictadura de las fuentes bíblicas y destruido el clericalismo jurídico" (502).

Es absolutamente extraño al Aquinate vincular la ley natural a la fe o a la Iglesia Católica, ella no es propia de los creyentes,

(497) Sciacca, Michele Federico, *Perspectiva de la metafísica en Santo Tomás*, Speiro, Madrid, 1976, pg. 37.

(498) *Ibidem*, pg. 27.

(499) Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1977, pg. 236.

(500) Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 1930, pg. 32.

(501) Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus, 1971, pg. 280.

(502) Villey, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, pg. 136.

sino común a los hombres de todo tiempo y lugar, dado que se funda y expresa la misma naturaleza humana. La razón natural está posibilitada de captar las exigencias ontológicas del hombre y formularlas como prescripciones o mandatos, ello sin perjuicio del condicionamiento que ejercen las circunstancias personales o sociales en medida diversa. Si bien es cierto que la ley natural es "la participación racional del hombre en la ley eterna" (⁵⁰³), se trata de dos leyes diferentes aunque vinculadas intrínsecamente: la ley eterna abarca la actividad de todas las cosas y por ser la razón misma de Dios es algo infinito y eterno; la ley natural sólo se extiende a la actividad humana moral de orden natural, y por ser participación intrínseca en la razón del hombre, es necesariamente temporal y finita; además, la ley eterna en sí misma sólo es conocida por Dios, en cambio la ley natural es captada en sí misma por el hombre de un modo natural (⁵⁰⁴).

El derecho natural del tomismo no es para creyentes ni emplea verdades dogmáticas, a lo sumo puede decirse con Graneris que no es ateo pero tampoco confesional. La religiosidad incluida en aquel derecho es desde la perspectiva de la teología natural, o sea que se trata de una "religiosidad primera y genérica, en la cual pueden y deben convenir no sólo todas las denominaciones cristianas, sino todas las formas de religión en tanto no sean completamente absurdas" (⁵⁰⁵).

Un conocedor profundo de la filosofía del derecho realista clásica, Vallet de Goytisolo, insiste en la necesidad de cotejar y distinguir entre justicia humana y justicia divina y entre derecho natural humano y derecho natural divino, pues las exigencias y medios de uno y otro ámbito se diferencian sin incurrir en absorciones ni divorcios, por eso afirma el pensador español: "el derecho natural no es deducible de los preceptos religiosos (o de la revela-

(⁵⁰³) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c. 91, a. 2.

(⁵⁰⁴) Ver Soria, Carlos, *Introducción a la cuestión 94 de la I-II de la "Suma Teológica"*, BAC, Madrid, 1956, pg. 112.

(⁵⁰⁵) Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, pg. 96.

ción)" (506). En el fundamento de esta afirmación está presente una vez más aquella novedad del Aquinate: la gracia y la fe no destruyen ni atentan contra la naturaleza y la razón, sino que la elevan y perfeccionan. Sobre esto mismo, opina Gallego Salvadores: "Santo Tomás quería abandonar la perspectiva patristica... intentó desacralizar la antigua noción de derecho natural, reduciéndolo a un nivel metafísico, haciéndolo más profano" (507).

Concluyamos esta respuesta a la acusación de teologismo que contemporáneamente se le endilga al iusnaturalismo clásico, con la declaración del Director de *Archives de Philosophie du Droit*: "He aquí lo que, a mi entender, me enseña la Suma (Teológica): que los partidarios actuales del clericalismo jurídico estarían equivocados al invocar el patronato de Santo Tomás" (508).

2. MORALISMO.

Son conocidos los argumentos esgrimidos en nuestro tiempo para justificar que el iusnaturalismo incurre en confundir el derecho con la moral, principalmente por su noción de la justicia como virtud y por su caracterización de la ley natural.

Los autores iusnaturalistas clásicos se han encargado de distinguir claramente en relación a la justicia, la consideración de ésta como virtud, lo que implica una perspectiva moral, y la consideración de la justicia en cuanto calidad objetiva rectificadora del acto justo, siendo éste el punto de vista jurídico de la justicia. La justicia moral supone el hábito de dar a cada uno lo suyo y además la intención justa, mientras que a la justicia jurídica le basta con la operación que objetiva y anteriormente da al otro lo suyo. El interés del jurista es procurar que cada uno conserve lo que le

(506) Ver Vallet de Goytisolo, Juan, *En torno al Derecho Natural*, Sala, Madrid, 1973, pgs. 9 y 26; y *La ley natural según Santo Tomás de Aquino*, en *Santo Tomás de Aquino, hoy*, Speiro, pg. 148.

(507) Gallego Salvadores, Juan José, *Aproximaciones a la historia del derecho natural*, Atti del Congresso Internazionale Tommaso d'Aquino nel suo settimo centenario, T. 8, pg. 291.

(508) Villey, Michel, *El pensamiento ius-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Ghersi, Buenos Aires, T. VIII, pg. 142.

corresponde, y en la medida que no se exterioricen conductas que resten a alguien lo suyo, y en tanto cada uno cumpla exteriormente con sus débitos jurídicos, aquél no tiene motivo de queja. El moralista no se conforma con ello y pide más, pretende buenos hombres y no simplemente buenos ciudadanos, por ello quiere que los actos justos vayan acompañados de intenciones justas, que se genere el hábito o virtud de la justicia y que se satisfaga para con el otro no sólo los débitos jurídicos sino también los morales.

La aludida prescindencia en el derecho de la intención del agente, le ha llevado a Graneris hablar de la "amoralidad del derecho" dado que "para Santo Tomás el derecho no es la cosa justa en toda su perfección, sino un *iustum imperfectum*, en cuanto puede darse independientemente de las disposiciones del agente" (509). La interioridad y exterioridad como notas distintivas del derecho y la moral de la que hablaron Thomasio y Kant "reducida a sus justos límites, es —según Urdanoz— muy verdadera y ha sido puesta antes que nadie por Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles" (510). Esta posibilidad de disociación entre la obra buena y la bondad del que obra, es una particularidad de la justicia que no encontramos en las otras virtudes.

La ley natural no es sinónimo de derecho natural, aquélla es la *lex ethica naturalis* y abarca la totalidad de las exigencias personales y sociales que ordenan al hombre a su plenitud o perfección, en cambio el derecho natural prescinde de la ética personal y dentro de la ética social se ocupa de los débitos estrictos o legales o jurídicos dejando de lado aquellos deberes morales que no llegan a alcanzar la razón de justicia, los que constituyen el objeto de las llamadas virtudes anejas a la justicia. El derecho para el tomismo se constituye formalmente en la conducta que iguala la deuda estricta o legal o jurídica, por eso sus notas esenciales son: alteridad, igualdad y deuda estricta. Queremos detenernos en estos dos últimos elementos, dado que ellos están ausentes en las menciona-

(509) Graneris, Giuseppe, *ob. cit.*, pg. 45.

(510) Urdanoz, Teófilo, *Introducción a la cuestión 57 de la II de la "Suma Teológica"*, BAC, Madrid, 1956, pg. 221.

das virtudes anejas a la justicia. El ámbito de dichas virtudes coincide con los dos modos por los que una virtud que se refiere a otro no llega a alcanzar la razón de justicia: a) porque se apartan de la razón de igualdad, se trata de deudas que resulta imposible saldar totalmente (ejemplo: deuda para con los padres); y b) porque se trata de deudas que no corresponde imponer coercitivamente sino que su satisfacción debe ser voluntariamente (ejemplo: deuda de amistad). En síntesis, la justicia alude a deudas que se pueden saldar y cuyo cumplimiento puede imponerse coercitivamente; y sin perjuicio de haber señalado que la virtud de la justicia es tema moral; puede agregarse con Raffo Magnasco que el estudio de las virtudes anejas o partes potenciales de la justicia han “de ayudarnos mucho para ver en qué reside fundamentalmente la diferencia específica de lo justo respecto del género moralidad” (511).

La ley natural abarca todo el campo del bien humano o sea el de la ética natural, por lo que incluye normas que prescriben deberes sociales jurídicos y no jurídicos. Lo jurídico dentro de la ley natural es el “derecho natural”, o sea el campo de lo justo, de aquellos deberes estrictos “naturales” que pesan sobre el hombre o la comunidad para con otro. Sin embargo, no todo el derecho natural debe ser contemplado por la ley humana, atento a que lo mejor a veces es enemigo de lo bueno; Santo Tomás concluye que razones históricas de oportunidad y convivencia en orden al bien común político, determinarán cuáles de los deberes jurídicos naturales hay que omitir en el derecho positivo, pues éste exige las conductas buenas y prohíbe las conductas malas más graves en relación a la vida social según las características de “la mayor parte de la multitud”, “las costumbres del país” y “lo conveniente al lugar y al tiempo” (512). El legislador humano no es un moralista sino su responsabilidad es alcanzar el bien de la sociedad política.

(511) Raffo Magnasco, Benito, *Comentarios al Libro V de la Etica a Nicómaco de Aristóteles por Santo Tomás de Aquino*, Curso de Cultura Católica, Buenos Aires, 1946, pg. 59.

(512) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c. 95, a. 3 y c. 96, a. 2.

3. INMOVILISMO.

No se equivoca Bobbio al sostener que frente al derecho natural, "el positivismo jurídico se ha valido de la crítica historicista" (513). En buena medida sus ataques se han centrado en esa supuesta falta de vinculación con el espacio y el tiempo; así Kelsen observa: "el dualismo de los derechos positivo y natural... se asemeja al dualismo entre realidad e idea, entre el mundo imperfecto de nuestros sentidos y otro mundo perfecto inaccesible a la experiencia de los mismos sentidos, es decir, el dualismo, entre naturaleza y supernaturaleza, entre lo natural y lo sobrenatural, lo empírico y lo trascendente, el más acá y el más allá" (514).

Entre los realistas jurídicos clásicos de nuestro tiempo encontramos opiniones no totalmente coincidentes acerca de este problema de la historicidad o movilidad del derecho. Villey es terminante: "Si el primer principio abstracto de la razón práctica es universal (*bonum faciendum, malum vitandum est*), desde el momento en que se arriba a las « conclusiones », provistas de un contenido jurídico, los preceptos dejan de ser inmutables y universales. Porque la naturaleza humana es mutable, es menester que el derecho también lo sea homogénea con respecto al objeto medido... Santo Tomás repite constantemente que el derecho es mutable; y que ninguna regla jurídica es estable, ni del todo justa, ni perfectamente adaptada al objeto que pretende regular... el derecho es obra humana, profana, imperfecta, histórica" (515).

En España, Vallet de Goytisolo sostiene: "Nada tiene, pues, de estático el derecho natural en su concepción clásica, ni por razón de las mutaciones operadas en el mundo en que vive el hombre, ni por los cambios sufridos en la propia moral de éste" (516). Un importante pensador italiano contemporáneo neotomista, Graneris, escribe: "las naturalezas creadas están sujetas a depravaciones y son

(513) Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, pg. 72.

(514) Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, pg. 14.

(515) Villey, Michel, *El pensamiento... ob. cit.*, pg. 140.

(516) Vallet de Goytisolo, Juan, *En torno... ob. cit.*, pg. 32.

susceptibles de ser mejores; depravaciones y mejoramientos que crean la posibilidad de tumbos en todas las prerrogativas surgidas de la naturaleza; y entre éstas prerrogativas están también las relaciones de justicia que son nuestro derecho natural... El Código eterno e inflacionista está fuera de nuestro pensamiento tradicional" (517).

En cuanto al contenido de la ley natural, y tras las enseñanzas del Aquinate, se distingue entre los primeros principios que expresan los fines esenciales o constitutivos de la naturaleza humana, en donde la verdad o validez de los mismos se extiende a todo hombre en virtud de derivarse de la única e idéntica naturaleza que posee todo hombre y por otro lado, los preceptos derivados, cuyo objeto son fines no esenciales al hombre, y a medida que se alejan de los primeros principios se resiente la universalidad y conocimiento de los mismos. Con acierto señala Hervada que "la facilidad del conocimiento de los distintos niveles de la ley natural está en proporción inversa a la especificidad de la naturaleza humana: cuanto más responde a lo específicamente humano una regla de la ley natural, mayor penetración intelectual se requiere y más fácilmente cabe el error" (518), por eso en las inclinaciones más primarias y no específicamente humanas resulta más inmediato e infalible su conocimiento, pero en los requerimientos propiamente espirituales hay mayor riesgo de error y se exige mayor sabiduría práctica y nobleza moral.

Otro elemento para entender de qué modo influye la historicidad en la ley natural aparte de la referida distinción entre primeros principios y preceptos derivados, es el comprender que el orden de la ley natural corresponde al orden de la razón práctica, y en consecuencia, las verdades aprehendidas por ésta no resultan necesarias, invariables y sin excepciones. Marginando los principios originarios, que con facilidad todo hombre puede captar al contacto de la realidad y que le indican que debe obrar el bien o sea

(517) Graneris, Giuseppe, *Contribución...*, ob. cit., pg. 99.

(518) Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1981.

procurar su felicidad o plenitud, y evitar el mal o sea lo que frustra su realización como hombre, nos encontramos con todo el campo de la proyección práctica de estos principios, es decir, la aplicación concreta que hace cada hombre a su intransferible e irreplicable circunstancia. El ejemplo clásico revelador de cómo puede fallar un precepto de derecho natural, lo enseña el Aquinate al afirmar que el depósito debe devolverse al depositante, pero cuando se va a utilizar la cosa en depósito para ocasionarnos daño, se exceptúa el cumplimiento de aquella regla. Igualmente el Aquinate ha considerado expresamente la mutación de la ley natural por adición: "pues muchas cosas cosas han sido añadidas a la ley natural, muy útiles a la vida humana" (519). Es que en definitiva, el pensamiento realista clásico no confunde el orden ontológico con el orden gnoseológico, y la razón de la que habla es razón encarnada en un hombre históricamente situado y cargado de virtudes y defectos.

El realismo mantiene una posición de equilibrio frente a las opciones extremas de inmutabilidad y mutabilidad, distinguiendo lo esencial de lo accidental, la dimensión ontológica de la gnoseológica, la firmeza y debilidad humana frente a los condicionamientos sociales, la formulación abstracta de la ley natural y la inevitable proyección práctica, los principios originarios y los preceptos derivados. En la inmutabilidad total se pierde la existencia, y en la mutabilidad absoluta se pierde la esencia; por eso, en ambas posiciones se mutila el hombre y su derecho.

4. RACIONALISMO.

Los críticos al iusnaturalismo realista clásico le adosan falta de realismo e incurrir en un idealismo al sostener la existencia de una "esfera empírica y (otra) esfera trascendente" (520). Analizando distintas corrientes iusnaturalistas, Kelsen alude a "una de las más relevantes tendencias de la teoría del Derecho natural es la que se

(519) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c. 94, a. 5.

(520) Kelsen, Hans, *Justicia y Derecho Natural*, en *Crítica del Derecho Natural*, Taurus, Madrid, 1966, pg. 100.

acostumbra a denominar «racionalista», sus representantes buscan la naturaleza del hombre en la razón, y en consecuencia, intentan deducir de la razón las normas de un derecho justo”, y al precisar ejemplos de dicha corriente racionalista menciona el maestro vienés al Aquinate: “Partiendo de la naturaleza racional de la cual una teoría del Derecho natural puede deducir sus normas eternas e inmutables, enseña expresamente Santo Tomás de Aquino que la razón humana es la razón de Dios en el hombre” (521).

Poco costará demostrar la falsedad de la imputación al tomismo de racionalismo, es que él está obsesionado por la fidelidad a las cosas y a la realidad, su método está determinado por el objeto, o para decirlo con palabras de Gilson: “mientras el idealismo va del pensar al ser, el realismo recorre el trayecto inverso” es decir toma como punto de partida el *actus essendi* especificado por una naturaleza sensible (522). Mientras para el racionalismo el conocimiento empieza y termina en la razón, y el empirismo lo comienza y lo concluye en los sentidos, el realismo parte de los sentidos y finaliza en la razón. El método a seguir enseña Tomás de Aquino: “El estudio de las ciencias morales debe estar versado en el conocimiento de las costumbres humanas... porque en el dominio de la moral hay que partir como principio de lo que es (de la acción, del comportamiento). Se debe, por tanto, interrogar a la experiencia y a la costumbre” (523); por eso fiel a esa metodología que cree con Aristóteles que “nada hay en la razón que no haya pasado por los sentidos”, un realista contemporáneo, Olgiati, afirma: “Partir de la experiencia jurídica para elaborar el concepto de juridicidad: he aquí el método y el programa de la filosofía del ser” (524).

El realismo parte de los hechos jurídicos pero no se queda en ellos, sino que busca penetrarlos y obtener aquello que lo califica

(521) *Ibidem*, pg. 121.

(522) Ver Gilson, Etienne, *El realismo metódico*, Rialp, Madrid, 1963.

(523) Santo Tomás de Aquino, *Comentario de la Ética a Nicómaco*, Lib. I, lección 4.

(524) Olgiati, Francesco, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1977, pg. 45.

como jurídico; confía en la experiencia de donde parte, pero al trascenderla no incurre en empirismo; acude a la razón pero al encarnarla y vincularla a las demás facultades humanas y al forzarla a partir del conocimiento sensible, no lleva al racionalismo; afirma la mutabilidad del derecho que los pueblos van creando, pero al mismo tiempo destaca los principios inmutables que fundan y posibilitan la mutabilidad.

Recordemos la formulación de la ley natural que hace Santo Tomás: “el orden de los preceptos de la ley natural coincide con el orden de las inclinaciones naturales” (525). Es decir, que para conocer el contenido de dicha ley no hay otro método que el estudio del hombre, pero de todo el hombre que constituye una “unidad sustancial” y que vive en una realidad social y material determinada. La razón práctica a partir del dictamen de la *sindéresis*, que tiene un valor equivalente al principio de identidad en la razón especulativa, va derivando el resto de los preceptos de la ley natural, pero para llevar a cabo esa derivación es necesario conocer “tanto los principios universales de la razón (práctica) como los hechos singulares en los cuales se da la acción moral” (526); o dicho de otro modo: estos preceptos secundarios no son el resultado de contemplar la cosa absolutamente en sí misma, sino comparativamente “en relación a sus consecuencias” (527). Aquellos primeros principios no son *a priori* sino *a posteriori*, su conocimiento requiere del contacto sensible con el ser; no hay apriorismo ni innatismo en el realismo, pues lo único innato o constitutivo en la razón práctica es la ordenación a la verdad práctica que es el bien o felicidad del ser humano.

El campo del saber jurídico es el del saber práctico donde las verdades pueden fallar, porque “en las cosas morales no se busca lo que siempre se hace, sino lo que se hace las más de las veces” (528) o “en las cosas contingentes, como son las cosas humanas, basta una certeza tal como para que algo sea verdadero la

(525) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I - II, c. 94, a. 2.

(526) *Ibidem*, c. 47, a. 3.

(527) *Ibidem*, II - II, c. 57, a. 3.

(528) *Ibidem*, I - II, c. 84, a. 1.

más de las veces, aunque en cambio falle en las menos" (⁵²⁹). Y además, el obrar jurídico es donde para el tomismo se encuentra propiamente lo que es el derecho; o sea el analogado principal, no es fruto de una razón desencarnada, sino que en la estructura de la acción voluntaria jurídica se da una sucesión de actos intelectuales y volitivos; y por otra parte, en la dirección de la concreta operación humana intervienen el conocimiento por connaturalidad o afectivo y la cogitativa (⁵³⁰). La antropología tomista ha insistido y proyectado acabadamente el carácter sustancial de la unión de cuerpo y del alma, ésta está presente entera en cada parte y en todo el cuerpo: *Quia anima unitur corpori ut forma, necesse est quod sit in toto et in qualibet parte corporis* (⁵³¹).

Permítasenos responder la acusación de racionalismo con un texto esclarecedor de Hervada: "Los modos de captar la ley natural no son el raciocinio y la argumentación —como pretendía el iusnaturalismo moderno, especialmente el racionalista y como en parte sostuvo Suárez y con él algunos neotomistas modernos— sino el conocimiento por evidencia, según sostuvo la doctrina clásica desde Guillermo de Auxerre hasta Santo Tomás de Aquino y sus posteriores seguidores. La razón transforma en precepto la inclinación natural; su forma de operar es la de presentar como ley —prescripción obligatoria o enunciado deóntico— el deber ser natural, las exigencias de la naturaleza humana. De ahí que para conocer la ley natural, no es camino acertado el de razonar desde unos preceptos para concluir con otros; el camino es profundizar en el conocimiento de la naturaleza humana, del que la razón deduce los

(⁵²⁹) *Ibidem*, c. 96, a. 1.

(⁵³⁰) La gnoseología neotomista quizás no ha insistido lo suficiente acerca de dichos conocimientos de significativa presencia en el orden práctico. Ver Fabro, Cornelio, *Percesione e Pensiere*, Morcelliano, Brescia, 1962, pgs. 208 y sgts.; Hayen, A., *L'intentionnel selon Saint Thomas*, Desclee, Paris, 1954, pg. 154 y sgts.; Ubeda Purkiss, M., *Los sentidos internos*, en *Suma Teológica*, T. III, BAC, Madrid, 1949, pg. 54 y sgts.; Verneaux, Roger, *Filosofía del Hombre*, Herder, Barcelona, 1967; Casaubon, Juan A., *Estudio crítico sobre la lógica del ser y lógica del deber ser en la Teoría Ecológica*, *Ethos*, Rev. de Filosofía Práctica, Buenos Aires, Nros. 2-3.

(⁵³¹) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I, c. 76, a. 8.

preceptos de la ley natural” (532). Este mismo autor español, ha observado que los preceptos de la ley natural no son abstractos sino concretos, lo abstracto puede ser el modo científico o vulgar de enunciarlos, pero ellos son prescripciones para un determinado sujeto o grupo social individualizado.

Acerca del método utilizado por Aristóteles y Tomás de Aquino en las ciencias prácticas, Lachance destaca que “sin ser partidarios de un empirismo excesivo, tienen, sin embargo, cuidado de basar siempre el punto de partida de sus deducciones, sobre los hechos de la historia o sobre los datos brutos de la sensación. Los principios que les sirven de punto de apoyo, los formulan por medio del *experimentum*, respetando los derechos de lo real... la rigidez geométrica que los modernos reprochan a los antiguos, sólo tienen fundamento en la imaginación de aquéllos” (533). De idéntica manera ha señalado Villey: “para Santo Tomás, como para Aristóteles, el método del derecho natural y del saber práctico en general partirá de la observación de los hechos y se tratará de un método experimental” (534).

Vallet ha marcado la “antítesis entre la concepción racionalista y la concepción clásica del derecho” (535); y es por ello también que Graneris frente a la propuesta de Rosmini de sustituir el viejo nombre de “derecho natural” por el de “derecho racional” advierte sobre el riesgo de creer erróneamente que se trataría de un derecho ideal y opta por la nominación tradicional (536).

5. DEDUCTIVISMO.

Kelsen ha aludido insistentemente al intento tomista de “deducir sus normas eternas e inmutables” partiendo de la naturaleza racional (537). Gregorio Robles acusa al derecho natural el intentar

(532) Hervada, Javier, *Introducción...* *ob. cit.*, pg. 152.

(533) Lachance, Louis, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1953, pgs. 23 y 26.

(534) Villey, Michel, *El pensamiento...* *ob. cit.*, pg. 75.

(535) Vallet de Goytisolo, Juan, *En torno...* *ob. cit.*, pg. 190.

(536) Graneris, Giuseppe, *Contribución...* *ob. cit.*, pg. 90.

(537) Kelsen, Hans, *Justicia y Derecho Natural*, *ob. cit.*, pg. 121.

“comprender el mundo, incluida la realidad humana, *more geometrico*, a través de un simple deductivismo” (538).

En más de una oportunidad, habla el Aquinate del silogismo con el que procede la razón práctica, pero ese silogismo es de naturaleza distinta al teórico propio de las ciencias exactas. El silogismo propio del mundo jurídico, que ha sido llamado prudencial, deliberativo, tópico, controversial, deóntico, o cuasi-dialéctico, ofrece según Kalinowski “grandes dificultades” que “se hallan vinculadas, por una parte, con la elección de la (premisa) mayor, es decir de la norma que se debe aplicar, y por otra, con la de la (premisa) menor, o sea, en el establecimiento de los hechos que deciden la aplicación de tal o cual norma” (539). El jurista, según las enseñanzas del realismo, no empleará esas premisas —mayor y menor— al modo en que lo hacen los matemáticos o los lógicos formales, sino que su tarea consiste en concluir con lo justo o lo suyo de cada una de las partes implicadas en el problema.

Martínez Doral, que ha estudiado en profundidad la estructura del saber jurídico según las orientaciones del Aquinate, ha destacado del razonamiento jurídico que “la resolución prudencial no podrá interpretarse de este modo como una deducción puramente lógica a partir de unos principios —así es imposible llegar al mundo de la acción, ni captar la singularidad de las situaciones en la que ha de introducirse una norma nueva—, pero tampoco se convierte en una elección irracional, cuya justificación ante la inteligencia se hubiera hecho rigurosamente imposible” (540).

Para el neotomismo es legítimo hablar de silogismo jurídico en la medida que se lo entienda dentro de la modalidad del silogismo práctico o prudencial o deóntico o normativo, y cuyas características principales serían: a) la premisa mayor es normativa,

(538) Robles, Gregorio, *El fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural*, en Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº 54, pg. 80.

(539) Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, pg. 185.

(540) Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1963, pg. 90.

con lo que se garantiza que la conclusión también lo sea; b) la premisa menor incluye las circunstancias singulares, concretas e históricas a las que se accede por los sentidos externos e internos; c) la conclusión obtenida no resulta la única posible, sino que supone una elección que efectúa el jurista entre las distintas alternativas válidas; d) la certeza de la decisión prudencial obtenida o deducida es del tipo práctica, o sea que carece de un valor absoluto, necesario y universal; e) el criterio de elección y de interpretación que constitutivamente aparece a lo largo del silogismo, es el de la justicia, es decir, la preocupación medular y orientadora es determinar lo suyo de cada uno de los sujetos comprometidos en el caso; f) la razón práctica que armará el silogismo jurídico requiere de una voluntad o querer racional dispuesto a brindar el derecho al que le corresponde; y g) si bien hemos hablado de una premisa mayor y otra menor, debemos advertir con Ghirardi que el razonamiento del jurista “presupone una enorme cantidad de micro-decisiones y una decisión final o macro-decisión”, por eso, más que un silogismo hay una “cadena de silogismos” (541).

En un estudio acerca de la propuesta metodológica tomista, Vallançon concluye que “no es un método deductivo que, a partir de un axioma os lleva a una evidencia, que permitiría a cualquiera sacar todas las consecuencias lógicas. Este es el método de Descartes... El suyo (de Santo Tomás) es un método dialéctico, pues, que permite recoger y ordenar una pluralidad de puntos de vistas para llegar a conocer la pluralidad de dimensiones que manifiesta toda realidad concreta” (542).

Vallet ha insistido diciendo que el instrumento adecuado para los juristas no es el silogismo lineal y matemático, sino “la balanza”, y reivindica que el método del derecho natural clásico no es el de inversión que incurre en tautologismo, aun cuando algunas formu-

(541) Ghirardi, Olsen A., *Lecciones de Lógica del Derecho*, Córdoba, 1982, pgs. 132 y 136.

(542) Vallançon, François, *El método del derecho en Santo Tomás de Aquino*, en *Santo Tomás de Aquino: hoy*, Speiro, Madrid, pg. 175.

laciones modernas hayan incurrido en ese error, sino el de ponderación o confrontación de las opiniones vertidas y de atención minuciosa a los hechos enjuiciados (⁵⁴³).

6. FALACIA NATURALISTA.

Esta crítica es una de las que contemporáneamente más ha sido empleada. Aparece formulada en Kelsen: "Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral y jurídico" (⁵⁴⁴); en Klug: "Desde el «ser» sólo podemos inferir «ser» y no «debe ser»" (⁵⁴⁵); también en Bobbio y en tantos otros críticos del iusnaturalismo.

El problema planteado, reviste —como lo ha sostenido con precisión Massini— una dimensión ontológica y otra lógica. Respecto al cuestionamiento lógico, la respuesta puede ser encontrada en los estudios realizados por un lógico de nota como lo es Kalinowski, quien ha admitido con el pensamiento lógico tradicional la ilegitimidad de obtener una conclusión que contenga aquello que las premisas no contienen, y la necesidad de que la misma no sea más fuerte. Es decir, que a criterio de las enseñanzas clásicas, de proposiciones acerca de lo que "es" no se puede inferir proposiciones acerca de lo que "debe ser", por lo que agrega el filósofo polaco, que a los fines de derivar legítimamente normas tenemos la posibilidad de partir de una norma aceptada por convención, al modo en que lo hace Kelsen, y en este caso el valor de la inferencia reside en un acuerdo y tiene toda la relatividad del mismo; y el otro camino, es partir de normas justificadas racionalmente por evidencia, y es ésta la propuesta de la filosofía jurídica realista, precisando Kalinowski: "Las proposiciones analíticamente evidentes deben su nombre al hecho de que su admisión en nuestro saber aparece como racionalmente justificada como consecuencia de un aná-

(⁵⁴³) Vallet de Goytisolo, Juan, *En torno...*, *ob. cit.*, pgs. 45 y 46.

(⁵⁴⁴) Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1968, pg. 103.

(⁵⁴⁵) Klug, Hans, *Problemas de filosofía del derecho*, Sur, Buenos Aires, 1966, pg. 11.

lisis, es decir, del análisis de esas proposiciones y de los términos que la componen... el hombre aprehende intelectualmente la evidencia de una proposición general, en razón del conocimiento que le permite comprender sus términos" (546).

Coincide Fagothey con Kalinowski al afirmar: "Hume y Santo Tomás de Aquino tienen poca cosa en común en su perspectiva filosófica general, pero están de acuerdo, sin embargo, aunque por razones diferentes, en el carácter inderivable del deber ser a partir del es" (547)

Es indudable que para la filosofía que estamos exponiendo, legítimamente llamada filosofía del ser, la respuesta principal al cuestionamiento de la falacia naturalista la encontraremos en la metafísica, y más concretamente, en la antropología. En efecto, aconsejaba Cicerón: "la naturaleza del Derecho hay que buscarla en la naturaleza misma del hombre" (548). Por ello, en la medida que se comprenda integralmente la persona humana y el teleologismo incorporado constitutivamente a su dinamismo, se podrá afirmar con Serrano Villafañe: "La ética presupone la metafísica, porque el deber, objeto de la Moral y del Derecho, no es sino un aspecto del ser, objeto de la Metafísica" (549). La naturaleza humana es "felicitante", dice Zubiri, y como el hombre está ligado a la felicidad, a su plenitud o actualización de su ser, está obligado al deber. El hombre no escapa al orden teleológico universal, pues cada naturaleza tras su *telos* procura su *entelequia*, por eso obra siempre por un fin, y éste tiene razón de bien. Lo que es bueno atrae a conseguirlo y sólo tenderemos a perseguir aquellas cosas que son o nos parecen buenas, aunque realmente no lo sean. El deseo de felicidad es natural y necesario en el hombre, la libertad y en

(546) Kalinowski, Georges, *Note sur le rapport entre le fait et le droit*, en *Rev. Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, 1966, pg. 418; y *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, pgs. 133 y sgts.

(547) Fagothey, Agustín, *Ética*, México, Interamericana, 1973, pg. 88.

(548) Cicerón, *Tratado de las leyes*, Lib. I.

(549) Serrano Villafañe, Emilio E., *Naturaleza - Naturaleza humana - Derecho natural*, en *Atti del Congresso Internazionale Tommaso d' Aquino nel suo settimo centenario*, T. 8, pg. 3611.

consecuencia la moral, aparecen cuando escoge el bien: con su posesión espera obtener aquella felicidad.

Los primeros principios de la ley natural, el juicio de *sindéresis*, no es un conjunto de ideas innatas, procede en parte de la naturaleza humana y en parte de la experiencia, pues se trata de una disposición natural de la razón práctica, en íntima vinculación con la voluntad, a elegir siempre bajo la razón de bien, y éste según Aristóteles es “hacia lo que todo tiende”, o sea la plenitud del ser o actualización de todas sus potencias. El bien no es otra cosa, dice Pieper, que la meta y el fin del movimiento natural: el ser en acto de la esencia; por lo que en definitiva, el dictamen de la *sindéresis* puede ser formulado: “hacia lo que el hombre naturalmente tiende, hacia eso debe dirigirse”⁽⁵⁵⁰⁾. Dicho de otro modo, el mandato inviscerado en la naturaleza humana es “debes ser todo lo que puedes ser” o “debes actualizar todas las potencias de tu ser”. La ley natural consiste en ese conjunto de normas racionales evidentes e inferidas del orden de las tendencias o inclinaciones naturales, que dirigen al hombre a sus fines propios; por eso escribe Hervada: “La ley natural o prescripción de la razón es la expresión racional de un deber-ser, de una exigencia ontológica, que la razón capta y, en consecuencia, prescribe como deber. Sin duda la ley natural es un acto de imperio de la razón, pero la razón impera porque capta la exigencia ontológica, que es la obligatoriedad del fin”⁽⁵⁵¹⁾.

El *traí-d'unión* que Kelsen y los analíticos no encuentran entre el ser y el deber ser, es precisamente el hombre plenariamente concebido. Como el hombre es un ser dotado de inteligencia y voluntad libre, ese desarrollo hacia su perfección ontológica no es —llama la atención Casaubon— un proceso que sea simplemente como en los vegetales y animales, sino que es un proceso que debe ser, y en ese paso del bien ontológico al bien moral o humano está el paso del ser al deber ser⁽⁵⁵²⁾.

⁽⁵⁵⁰⁾ Ver Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974, pg. 73.

⁽⁵⁵¹⁾ Hervada, Javier, *Introducción...*, *ob. cit.*, pg. 147.

⁽⁵⁵²⁾ Casaubon, Juan A., *Estudio crítico...*, *ob. cit.*, pg. 51.

Fiel al desprecio de Bacon por los fines, a los que acusa de ser como vírgenes que nada engendran, la ciencia moderna ha perdido la noción de aquéllos y eso la ha condenado a la esterilidad en el orden de deber. Es que sin fin no hay camino que recorrer y el trayecto recorrido se justifica por sí mismo.

7. AUTOCRACIA FEUDAL.

No obstante el relativismo axiológico al que adhiere Kelsen, llega a sostener: "A la concepción metafísico absolutista del mundo se ordena la actitud teocrática... Santo Tomás constituye un testimonio en este sentido", para luego precisar dicho pensador neopositivista lógico que en aquella concepción "el Estado es una realidad diversa por naturaleza de la masa o suma de los individuos, una realidad supraindividual, colectiva, un organismo místico y, en cuanto tal, una especie de ser supremo, la realidad de un valor absoluto. El concepto de soberanía eleva al Estado a la categoría de absoluto, y le diviniza, pero por Estado se entiende aquí el soberano, la expresión simbólica de esta teoría es la frase célebre «el Estado soy yo»" (553).

Resulta inconcebible teóricamente para el pensamiento clásico la idea de sustancializar a la comunidad política o al Estado. La sociedad es un ser accidental que como tal necesita de una sustancia —el hombre— como portador. Dicha sociedad es "un todo relacional de orden", pues se constituye a través de las relaciones de los sujetos que la componen; y es un "todo práctico" dado que la unión se realiza en la línea del obrar. La unidad de la sociedad no es la de la simplicidad, sino la unidad de composición o de orden, y ésta al decir del Aquinate "es la menor de las unidades" (554). La filosofía social del realismo se aleja del individualismo, que sólo ve individuos, y del colectivismo, que sustancializa la sociedad.

(553) Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la Democracia*, Labor, Barcelona, 1934, pgs. 150 y 154.

(554) Santo Tomás de Aquino, *Suma contra los Gentiles*, II, c. 58.

Pasando al análisis de las formas de gobierno auspiciadas por el pensamiento clásico, resulta otro notable error sostener que éste opta por la autocracia. Tomás de Aquino sigue la vieja clasificación de la filosofía política griega que distinguía tres formas buenas, en las que se procuraba el bien de la sociedad a través de medios distintos: monarquía, aristocracia y democracia o república. Dicha división atiende al número de los que ejercen el poder y también a los valores que predominan en cada una de ellas: sentido de unidad, sentido de virtud y sentido de libertad y participación, respectivamente.

El pensamiento político maduro del Aquinate expresado en sus *Comentarios a la Política de Aristóteles* y en la *Suma Teológica*, implica una opción por una forma de gobierno mixto: “pues cuanto más mixto sea tanto mejor será, al tomar más ciudadanos parte en el gobierno de la ciudad” (555), y agrega “si el pueblo no tomara parte en la elección de sus autoridades ni pudiera enmendar sus entuertos, sería un verdadero esclavo” (556). En su obra mayor podemos informarnos de la opinión del Aquinate acerca de la mejor forma de gobierno: “Para la buena constitución del poder supremo en una ciudad o nación es preciso mirar a dos cosas: la primera, que todos participen en el ejercicio del poder, pues así se logra la paz del pueblo, y que todos amen esa constitución y la guarden. La segunda, es atender a la especie de régimen o de constitución del poder... pues, la mejor constitución en una ciudad o nación es aquella en que uno obtenga por su bondad la presidencia sobre todos, de tal suerte que algunos participen de ese poder y, sin embargo, ese poder sea de todos, en cuanto que todos puedan ser elegidos y todos toman parte en la elección” (557).

Es conocida la teoría tomista reconociéndole al pueblo el derecho a la resistencia activa contra el tirano: “si un pueblo tiene derecho a darse un rey, el mismo pueblo puede justamente deponearlo o refrenar su autoridad, si abusa tiránicamente del poder

(555) Santo Tomás de Aquino, *In II politicorum*, Lect. 7, h. 247.

(556) *Ibidem*, Lect. 17, n. 344.

(557) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c. 105, a. 1.

real... no comportándose fielmente en el gobierno del pueblo tal como exige su deber, los gobernados no guardan el pacto con él contraído" (558); y con un profundo conocimiento de la psicología humana destaca: "No queda, por tanto, más base al régimen tiránico que el temor, de ahí que procuren con toda su fuerza ser temidos por los súbditos. Mas el temor es fundamento débil, pues quienes se someten por temor, si se presenta ocasión de poder salir impunes, se levantan contra los gobernantes, y con tanto más ardor cuanto mayor era el tembr que cohibía su voluntad" (559).

Este explícito reconocimiento del pueblo como sujeto del poder político se refleja en el campo de las fuentes del derecho, cuando admite Tomás de Aquino la fuerza derogatoria de la costumbre jurídica sobre la ley: "El consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes sólo en cuanto representante de la multitud" (560).

8. PRE-CIENTIFICO.

Desde perspectivas distintas se ha calificado al iusnaturalismo de "carente de un contenido científico atendible respecto al problema jurídico" desde que se encierra en un mundo perfecto e ideal que nada tiene que ver con la realidad. Alf Ross es terminante: "la doctrina del derecho natural, a través de todas sus variaciones, se ha conservado esencialmente la misma. Su característica principal es un modo de pensamiento, que en todas sus fases —mágica, religiosa y filosófica-metafísica— difiere radicalmente del punto de vista científico" (561); en síntesis, para el pensador escandinavo el iusnaturalismo es sinónimo de magia, religión o metafísica carente de todo valor científico, y sirve de refugio para espíritus temerosos y ansiosos de lo absoluto e inmóvil.

(558) Santo Tomás de Aquino, *El Régimen Político*, Lib. 1, Cap. 7.

(559) *Ibidem*, Lib. 1, Cap. 11.

(560) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c. 97, a. 3.

(561) Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, *ob. cit.*, pg. 221.

A partir del pensamiento del Aquinate se ha ido perfilando una auténtica filosofía del derecho, y mejor aún, un modo de entender el derecho y sus diversas realidades analógicas. Dicha posición, más allá de adeptos o críticos, constituye un aporte y un hito más en la variada y dinámica historia de las doctrinas jurídicas.

Así no caben dudas que hay una ontología jurídica neotomista, que incluso admite matices pronunciados o suaves entre los distintos autores que se enrolan en dicha corriente, pero de todas maneras se procura aportar un concepto del derecho precisando sus notas esenciales y accidentales. La célebre c. 57 de la II-II de la *Suma Teológica* advierte sobre el carácter analógico del derecho, es decir, que es posible aplicar dicho término a diversas realidades que en algo coinciden y en algo difieren. El carácter analógico reconocido al derecho implica la necesidad de distinguir aquella realidad o analogado principal a la que propiamente se le puede atribuir el nombre en cuestión, y además, individualizar aquellas otras realidades o analogados derivados o secundarios que pueden ser nominados con el mismo término en virtud de su vinculación con aquella realidad a la que propia y formalmente le corresponde la denominación en cuestión. Para Santo Tomás el derecho es un término y realidad análogo, cuya primera y principal significación es "la cosa justa" (la *ipsa res iusta*), o sea la conducta que objetivamente iguala las deudas estrictas para con otros; y dado la íntima referencia de otras realidades con la cosa justa nos encontramos con otras realidades o significaciones (norma, facultad, saber, etc.) que legítimamente merecen el nombre de jurídicas. Una vez más pueden verificarse las posibilidades que ofrece esa piedra angular de la filosofía realista, que es la analogía del ser.

La ontología jurídica realista permite distinguir lo específicamente jurídico del campo de la moral y de los llamados modernamente usos sociales.

Dicha ontología que admite que el derecho propiamente es lo justo, da pie a la crítica positivista de que el jurista de ese modo queda de espaldas a la realidad que muchas veces aparece como injusta. La respuesta a esta objeción podemos leerla en Casaubon:

“es posible también que la filosofía y ciencias jurídicas se extiendan a la consideración de las formas relativas e inferiores de la justicia y de lo justo —o sea el derecho—; e incluso a las formas de evidente injusticia (siempre que no den a su objeto o resultado el nombre de derecho en sentido propio, ni siquiera analógicamente tal), porque, como enseña también el Aquinate, los contrarios pertenecen a un mismo género, y lo perteneciente a un mismo género es objeto de una misma ciencia. De esta manera la filosofía y ciencia del derecho, no necesitan descartar de su tratamiento, ni los ordenamientos relativamente injustos, ni siquiera los absolutamente injustos; y pueden hacerlo siempre que no den al nombre derecho exactamente la misma acepción en los tres diversos casos. Por ello, no es necesario descartar el derecho natural, ni la nota de justicia como esencial al derecho, para que las disciplinas jurídicas, filosóficas o positivas, tengan una amplitud objetal tan grande como la tienen en las posiciones en que niegan lo uno o lo otro. Más aún: su amplitud es mayor, porque estudian también el derecho natural y lo justo *simpliciter*. Y tienen aun otra ventaja: jerarquizan debidamente los «objetos materiales» que entran dentro de su especificante «objeto formal», sin igualarlos en una gris e indiferente descripción de todos los órdenes normativos dotados de coactividad, o de «legitimidad» positiva y coactividad. La jerarquía es: 1) derecho justo, o sea *simpliciter*; 2) derecho relativamente justo, o *secundum quid*; y 3) derecho injusto” (562).

La opinión transcrita de Casaubon no es aislada, sino que otros pensadores del iusnaturalismo clásico han precisado en qué sentido lo injusto pertenece al mundo jurídico. En base a estas enseñanzas podemos concluir que lo propiamente jurídico es lo justo. y en consecuencia la juridicidad de las diferentes realidades dependerá de esto que constituye lo formalmente jurídico. Esta juridicidad, positiva y negativa, admite grados diversos según lo justo o lo injusto comprendido en las realidades, pero desde aquella que es la propiamente jurídica a aquella que es injusta son objeto del saber y la actuación del jurista. En el libro V de la *Ética nicoma-*

(562) Casaubon, Juan A., *Estudio crítico...*, *ob. cit.*, pg. 46.

quea puede verse de qué modo al estudiar la justicia se incluye la injusticia, porque según el Aquinate “las cosas contrarias pertenecen a la misma facultad, como lo blanco y lo negro a la vista, y a la misma ciencia, como lo sano y lo enfermo a la medicina” (563).

También tenemos que hablar en esta reseña del aporte neotomista al mundo jurídico, de una gnoseología y epistemología jurídica. El saber jurídico es saber práctico, o sea su objeto no es contemplar esencias puramente especulables sino un “operable”, una realidad generada o a realizarse por el hombre, la que es estudiada en orden a dirigirla o regularla. Este saber jurídico admite modalidades distintas: filosofía jurídica, ciencia jurídica y prudencia jurídica. Sin afectar la unidad y jerarquía de estos modos del saber jurídico, se observa que a medida que descendemos en el mismo al campo de las conductas, pierde universalidad y gana singularidad y practicidad.

Encontramos igualmente en las enseñanzas del Aquinate consideraciones acerca de lo que modernamente se llaman fuentes formales del Derecho; en este tema puede consultarse los trabajos de Vallet de Goytisolo. También a partir de Santo Tomás, se ha intentado precisar el perfil de una lógica jurídica y de un modo particular del razonamiento del jurista; para ello me remito a las obras de Kalinowski.

En síntesis, y con el ánimo de no abundar en detalles, podemos concluir con la afirmación de un historiador del derecho, Villey: “Es inmenso el servicio rendido por la filosofía tomista a la historia del derecho” (564).

9. TAUTOLOGISMO.

Una vez más podemos encontrar en Kelsen el vigor crítico que ejerce contra el iusnaturalismo, en este caso contra la antigua fórmula de “dar a cada uno lo suyo”, de la que afirma: “Dado que lo debido a cada uno es precisamente lo que se le debe dar, la

(563) Santo Tomás de Aquino, *Comentario al Libro V de la Etica a Nicómaco*, *ob. cit.*, Lección 1.

(564) Villey, Michel, *El pensamiento...*, *ob. cit.*, pg. 87.

fórmula del *suum cuique* resulta no ser sino una vana tautología: debe darse a cada uno lo que se le debe dar" (⁵⁶⁵).

Uno de los estudios más detenidos realizados contemporáneamente sobre la fórmula en cuestión, es el de Javier Hervada, al que recurriremos en más de una oportunidad para responder al supuesto tautologismo del *suum cuique*.

La vida social nos permite comprobar fácilmente que las cosas están repartidas, que están atribuidas a distintos sujetos que ejercen su capacidad de señorío sobre las mismas, administrándolas, transfiriéndolas y consumiéndolas. La exigencia de que se "dé a cada uno lo suyo", supone que "lo suyo" está en poder de otro o que puede ser atacado o dañado por otro. Para que haya un acto de justicia es necesario que la cosa de uno esté o pueda estar en poder de otro; sólo así ese otro —al que se dirige el requerimiento de la justicia— podrá dar al titular lo que es de él. La mala atribución de las cosas, la alteración o el riesgo de alteración de la buena distribución de las cosas, hace aparecer la exigencia de justicia.

Entrando al análisis del *ius suum cuique tribuere*, tan repetido en la historia de las doctrinas jurídicas, corresponde señalar:

a) *Dar*: equivale^a a entregar, respetar o devolver; o sea significa toda acción u omisión a consecuencia de la cual una cosa pasa o permanece en el efectivo señorío de aquel a quien le corresponde en razón de un determinado título jurídico. Los títulos son la fuente o el origen de los derechos; aquello en cuya virtud la cosa es mía, tuya o nuestra. Más, dichos títulos son de variada naturaleza y características, pero la clasificación principal distingue entre aquellos conferidos por la naturaleza y aquellos títulos que provienen del acuerdo entre los hombres; en el primer caso tenemos atribuidas por la sola condición de persona y se trata de derechos naturales, mientras que en el segundo las cosas se atribuyen porque así lo han acordado los hombres y se trata de los derechos positivos. La materia inmediata o próxima del derecho son las conductas (⁵⁶⁶).

(⁵⁶⁵) Kelsen, Hans, *Justicia y derecho natural*, ob. cit., pg. 43.

(⁵⁶⁶) Ver Vigo (h.), Rodolfo L., *Las causas del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pg. 53.

b) *A cada uno*: este cada uno, al que el acto justo busca satisfacer lo que le corresponde, puede ser un sujeto individual o un grupo infrapolítico (empresa, familia, sindicato, etc.) o la comunidad política toda. Precisamente, cuando se trata de relaciones entre las partes de la sociedad política, estamos frente a la justicia conmutativa; mientras que si la relación es de parte a todo tenemos la justicia social (distributiva cuando el deudor es la comunidad y lo suyo es de la parte, y justicia general en la hipótesis inversa). Ello no supone que se dé exactamente y siempre lo mismo a todos; hay cosas que pertenecen igualmente a todos: los derechos naturales del hombre, porque se basan en aquello en que todos los hombres son iguales; pero hay otras cosas que están diversamente repartidas y además hay cosas que los hombres se intercambian. Corresponde advertir la jerarquía superior de la justicia social sobre la conmutativa, pues ésta funciona inserta en el marco establecido por aquélla, es que la misión de la justicia social es diseñar en la comunidad el orden social justo, el que debe ser mantenido internamente por la justicia conmutativa. Destaca A. Rossi que frente a este equilibrio del pensamiento clásico, el individualismo confía exclusivamente en la conmutativa, y el colectivismo sólo en la justicia social (⁵⁶⁷).

c) *Lo suyo*: el *ius suum* o “su derecho” o “la cosa mía, tuya o nuestra”, debe ser entendida en un sentido amplio comprensivo de: bienes o males (una indemnización o la pena a causa de un delito), cosas corporales e incorpóreas (una suma de dinero o el honor personal), acciones u omisiones (una agresión física o el no cumplimiento del pago); en definitiva, lo suyo comprende todo aquello que puede ser objeto o contenido de relaciones interhumanas y exteriores. La cosa que le está atribuida a alguien por algún título recibe el nombre de lo suyo, *ius* o derecho; en virtud de una cualidad que la sitúa en el mundo de lo jurídico, esa cosa es debida o sea constituye una deuda estricta dado que se puede saldar y puede exigirse su cumplimiento coercitivo. Si el derecho, la cosa atribuida a alguien, es algo debido por otro u otros, es por tanto exi-

(⁵⁶⁷) Rossi, Abelardo, *La justicia distributiva: su importancia en los tiempos de crisis*, en *La justicia y el Orden Social*, Idearium, Mendoza, 1977, pg. 50.

gible por el titular o acreedor. En el plano jurídico se da esta prioridad de la deuda, la exigencia de justicia se dirige al deudor, y como existe la deuda aparece la facultad de exigir la satisfacción de la misma, de devolver lo suyo al titular o de no privarlo o molestarlo en lo suyo. El *ius suum* de la justicia social tiene en cuenta las personas comprometidas en las relaciones jurídicas y a todas las personas que integran la comunidad política, mientras que en las conmutaciones se privilegia la igualdad *rei ad rem*. Leemos en Aristóteles: “justo es el que no comete injusticia y el que no padece injusticia”⁽⁵⁶⁸⁾, o sea es aquel que cumple con las deudas que tiene y conserva todo lo que es suyo.

Para aquellos que valoren los aportes de la filosofía del derecho con las categorías de las ciencias físico-matemáticas, es probable que la fórmula en cuestión los deje insatisfechos por no decir en concreto y visiblemente qué es lo suyo de cada uno. De todas maneras con ella se dice: a) que lo jurídico en sentido estricto tiene que ver con un suyo de alguien; b) que la raíz de ese suyo es un título que hay que precisar; c) que existiendo el *ius suum* se da la facultad o derecho subjetivo; d) que todo hombre por ser tal tiene derechos naturales irrenunciables; e) que hay suyos personales y comunitarios, y e) que la razón práctica debe determinar histórica y prudencialmente los derechos en cada comunidad.

10. INEFICAZ.

Bobbio de manera particular ha insistido en esta crítica: “lo que falta a la ley natural es precisamente el elemento característico del derecho, es decir, la eficacia. El derecho natural es un derecho desarmado... mientras no encuentre la fuerza para hacerse valer no es derecho en el sentido corriente de la palabra, es derecho en un sentido equívoco o incluso incorrecto. Alrededor de la ley natural no hay ya sino reuniones de eruditos en academias y congresos, reuniones similares a las de estudiosos en anatomía en torno a

⁽⁵⁶⁸⁾ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Lib. V, cap. 5.

un cadáver” (569). En síntesis, el derecho natural está fuera de la realidad, es absolutamente ineficaz y tiene la vigencia e interés de un cadáver, y la historia muestra la falta total de coincidencias respecto a su contenido.

Podemos hablar, en la terminología de Zubiri, de una naturaleza humana constitutivamente ética y social, de modo que el hombre necesita del “convivir” y su existencia se despliega en permanentes e inevitables opciones acerca de acciones que estima buenas. Las facultades propiamente humanas lo inclinan a buscar la verdad y el bien, aunque en concreto elija como bueno aquello que en realidad lo aleja de su felicidad o perfección. Siendo el hombre un animal social y ético, se puede agregar que es constitutivamente jurídico; él nace y se desenvuelve inevitablemente procurando obtener o que se le respete aquellos derechos que se fundan en su misma esencia, y además, reclamando contras las normas jurídicas positivas que son injustas porque no se ordenan al bien común, porque su autor carece de facultades para dictarla o porque impone cargas o deberes sin respetar una igualdad proporcional (570).

— Decía Aristóteles que el hombre apartado de la ley y la justicia es el peor de los animales; y precisamente, la historia de la humanidad refleja que cuando la des-humanidad de los regímenes jurídicos se manifiesta de manera grave aparece en forma explícita y vital la conciencia jurídica natural. Así se ha hablado del “eterno retorno del derecho natural”, el que ha experimentado a partir de la segunda guerra mundial y luego de la experiencia nazi, un nuevo empuje por carriles filosóficos divergentes pero coincidentes en señalar que más allá del derecho positivo existe algo jurídico que orienta, mide y critica al mismo.

El campo en donde quizás con mayor energía se verifica esa presencia del derecho natural, es el de los derechos fundamentales del hombre, por eso afirma un pensador influido por el realismo clásico, Fernández Galiano: “La doctrina iusnaturalista culmi-

(569) Bobbio, Norberto, *Algunos argumentos contra el derecho natural*, en *Crítica del derecho natural*, *ob. cit.*, pg. 222.

(570) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I - II, c. 96, a. 4.

na su desarrollo y llega a sus últimas consecuencias, de carácter eminentemente práctico, con la teoría de los derechos fundamentales que en la actualidad recaba una especialísima atención”, y agrega el profesor español: “Apelando a la pura lógica, es simplemente impensable la existencia de derechos naturales sin la previa afirmación de un ordenamiento jurídico-natural que les sirva de fundamento” (571).

Si bien el campo de los derechos humanos es una de las proyecciones prácticas y actuales del derecho natural, no es menos cierto que la vitalidad y vigencia de éste se observa a través de otras manifestaciones, así por ejemplo: la superación del consensualismo en los contratos exigiéndose para la validez de los mismos equivalencias en lo intercambiado; la importancia creciente del poder judicial retomando ese concepto aristotélico de “justicia animada”; el recurso a la equidad y a los principios generales del derecho entre las fuentes del derecho; la presencia de mil maneras de la justicia social: responsabilidad objetiva, seguridad social, intereses difusos, etc.; la superación de la rigidez formalista en la interpretación de las normas jurídicas buscando acercar éstas a la realidad, etc., etc.

Para el realismo jurídico clásico el derecho positivo es algo útil y necesario, y él cumple la misión de historizar, clarificar y garantizar con su fuerza al derecho natural. Pero no es mera repetición ni proyección a un tiempo y espacio determinado de las exigencias jurídicas naturales, dado que hay deberes jurídicos positivos que valen porque así lo han decidido los hombres. Es decir, que la eficacia del derecho natural también se ejerce a través de las normas jurídicas positivas cuyo contenido y fuerza obligatoria les provee, e incluso es en razón del mayor valor de aquél que a veces son dejadas sin efecto esas normas positivas que lo contradicen.

Conocía bien Santo Tomás que “a propósito de acciones virtuosas... existe una diferencia entre los diversos juicios que se emiten con respecto a ellas. Algunas, que unos consideran justas y

(571) Fernández Galiano, Antonio, *Derecho natural*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, pg. 141.

honestas, son consideradas por otros como injustas y deshonestas, según las circunstancias de tiempo, de lugar, de personas. Determinadas costumbres, que en una época y una región se consideran viciosas, en otra época y otra región no se consideran así" (572). Pero no implica negar que exista cierto justo natural que en su esencial e invariable verdad, asuma formas históricas mutables. No obstante las afirmaciones de relativismo ético y jurídico, la experiencia histórica enseña que no es posible que un régimen jurídico perdure si niega sistemática y permanentemente el derecho natural. Es más teórica que práctica la negación total del derecho natural, porque al margen de ciertas zonas grises en donde se torna difícil la opinión uniforme, es indudable que no hay mayores divergencias respecto a una serie de débitos jurídicos naturales.

La historia permanente de la humanidad, se encarga de demostrar que la eficacia del derecho natural es, a la larga, mayor que la eficacia que logran los violentos y los poderosos con su fuerza, y que los juristas estamos "condenados" a seguir buscando nuevas proyecciones más perfectas de lo justo natural y que lo justo positivo complete el cuadro del derecho.

(572) Santo Tomás de Aquino, *Comentario a la Ética a Nicómaco*, Lib. V,

INDICE GENERAL

PROLOGO	9
I. EL DERECHO Y EL SABER JURIDICO EN EL REALISMO CLASICO	13
1. El derecho como "lo justo" analógicamente entendido	14
1.1. Alteridad	16
1.2. Igualdad	17
1.3. Debido legalmente	18
2. El derecho o lo justo y su relación con la virtud de la justicia	19
3. Lo justo natural y lo justo positivo	20
4. Relaciones entre la ley o normas y lo justo o derecho	23
5. Lo justo general, distributivo y conmutativo	26
6. Las causas del derecho	28
7. El saber jurídico	30
8. El derecho en el campo de la Etica	34
9. Los presupuestos filosóficos del realismo jurídico clásico	36
9.1: Metafísica	37
9.2. Gnoseología o Crítica del Conocimiento	39
9.3. Antropología	42
II. DESDE LA FILOSOFIA MODERNA A LA CIENCIA JURIDICA MODERNA	47
1. Precursores de la filosofía moderna	47
1.1. Renato Descartes	55
1.2. Hugo Grocio	60
1.3. Tomás Hobbes	64
1.4. John Locke	69
1.5. Nicolás Malebranche	73

1.6.	Baruch Spinoza	77
1.7.	Samuel Pufendorf	81
1.8.	Godofredo Guillermo Leibniz	86
1.9.	Christian Thomasio	91
1.10.	Christian Wolff	94
1.11.	Juan Jacobo Rousseau	98
1.12.	Jorge Berkeley	105
1.13.	David Hume	107
1.14.	Manuel Kant	114
1.15.	Idealismo alemán	128
	1.15.1. Juan Amadeo Fichte	129
	1.15.2. Federico Guillermo Schelling	132
	1.15.3. Jorge Guillermo Hegel	136
2.	La moderna Ciencia del Derecho	143
	2.1. Escuela Histórica	145
	2.2. Escuela de la Exégesis	155
III.	CORRIENTES ANTI-IUSPOSITIVISTAS O EL OBJETIVISMO JURIDICO EN EL SIGLO XX	167
1.	Introducción	167
2.	Precursores	169
	2.1. Rudolf Stammler	170
	2.2. François Geny	171
	2.3. Giorgio del Vecchio	174
3.	Versiones anti-iuspositivistas en el siglo XX	176
	3.1. Teorías de la naturaleza de la cosa	176
	3.1.1. Gustav Radbruch	177
	3.1.2. Hanz Welzel	182
	3.2. Teorías valorativistas	185
	3.2.1. Helmut Coing	189
	3.2.2. Luis Recaséns Siches	195
	3.3. Iusnaturalismo y valorativismo protestante	199
	3.3.1. Erik Wolf	201

3 3 2	Emil Brunner	205
3 4	Realismo jurídico clásico	210
3 4 1	Louis Lachance	214
3 4 2	Michel Villey	219

IV	CRITICAS PRINCIPALES AL IUSNATURALISMO REALISTA CLASICO Y SUS RESPUESTAS ACTUALES	227
1	Teologismo	228
2	Moralismo	232
3	Inmovilismo	235
4	Racionalismo	237
5	Deductivismo	241
6	Falacia naturalista	244
7	Autocracia feudal	247
8	Pre científica	249
9	Tautologismo	252
10	Ineficaz	255