

Esta definición simple es la más correcta. Su sentido preciso resultará de la delimitación que hagamos a continuación respecto de otras disciplinas que se ocupan en alguna medida del Derecho pero que, sin embargo, no lo tienen como objeto propio. La comprensión cabal de ese sentido la alcanzará el estudiante cuando, en años sucesivos, se ponga en contacto directo e inmediato con la ciencia jurídica. Baste, por ahora, lo que hemos adelantado en forma preliminar sobre el conocimiento científico en general y la dirección del interés cognoscitivo del jurista o científico del Derecho, en nuestro ejemplo conductor. Mientras el sociólogo (S), se interesaba por las condiciones determinantes o causas de un hecho de conducta ocurrido entre varios sujetos (intersubjetivo); mientras el historiador (H) atendía a ese hecho en el pasado, a lo que *fué*; mientras el filósofo (F) se ocupaba en general, sin limitación de tiempo ni de espacio, por el sentido absoluto del hecho; el jurista (C) estudia el sentido del hecho aquí y ahora. Este sentido es un deber ser, un deber hacer de un hombre en relación a otro ("no debió hacerle eso, debe Ud. demandarlo"), sentido precisado y fijado en definitiva por la Comunidad, la que no sólo se expresa en términos genéricos (leyes, costumbres), sino que también individualiza sus juicios, por intermedio de órganos adecuados, en los casos particulares recurrentes (jurisdicción, administración).

En relación a ese sentido de conducta, a ese deber ser o deber hacer vigente en una Comunidad determinada, se caracteriza la Ciencia del Derecho como su *investigación intencional y consciente, metódica, racional* (o fundamentada), con pretensión de *verdad objetiva* (y, por lo tanto, de validez intersubjetiva), destinada, pues, a la comunicación y formulada, por lo tanto, en *conceptos* de la mayor exactitud y en juicios ordenados y trabados sistemáticamente.<sup>5</sup>

#### D) Ciencia del Derecho y Filosofía Jurídica

5. — Frente al Derecho —como frente a cualquier otro objeto de conocimiento— puede adoptar el estudioso dos actitudes: la científica y la filosófica. Si se limita a tratar de conocer el Derecho vigente, se desenvuelve dentro de los límites de la Ciencia del Derecho, ya sea que su estudio se circunscriba a una rama del Derecho de la comunidad nacional (Derecho civil, comercial, etc.), abarque en síntesis organica las diversas ramas en vigor en dicha sociedad, se refiera a un Derecho pretérito (pero como

técnica" es la denominación que emplean STAMMLER (*Tratado*, p. 1) y GARCÍA MÁYNEZ (*Introducción*, p. 134) pero que no ha tenido mayor aceptación. En el último la denominación responde a la idea de que existe un aspecto *técnico* o *práctico* en la disciplina.

Entre nosotros se suele emplear también la palabra Derecho, a secas, para aludir a la ciencia dogmática, pero conviene evitar este uso equivoco.

<sup>5</sup> Más que definir, nos limitamos a recopilar los caracteres del conocimiento científico, que señaláramos más arriba, en relación especial a la ciencia del Derecho.

AFTALION, Enrique; GARCIA OLANO, Fernando;  
VILANOVA, José. "Introducción al Derecho". Ed. La Ley, Bs.  
As. 1964. 7° Edición.

#### § 2. — Ciencia del Derecho.

##### a) Denominación y concepto.

4. — La Ciencia del Derecho, Jurisprudencia<sup>7</sup> o Dogmática Jurídica, es la ciencia cuyo objeto es el Derecho.

<sup>5</sup> Es decir que corresponde hacer una importante división en el reino de las investigaciones científicas entre ciencias de la *actitud dogmática*, vueltas hacia las cosas despreocupadas de todo problema epistemológico, e investigaciones de la *actitud epistemológica*, de la actitud específicamente filosófica, que se ocupan de los problemas de la posibilidad del conocimiento. Dada la situación actual, será justo cerrar las fronteras de la investigación dogmática a toda cuestión "crítica" (v. ERNST HUSSERL, *Ideas*, p. 62).

La filosofía moderna —y especialmente a partir de KANT— ha conquistado, en efecto, su objeto y su método propio que, al tiempo que la han constituido como conocimiento riguroso (en todo semejante en esto a la ciencia) la han deslindado de las ciencias particulares, evitando toda superposición reciproca de métodos y objetos. Mientras las ciencias, en actitud dogmática —en todo semejante a la actitud natural del hombre de la calle—, se ocupan de sus objetos propios, la filosofía se ocupa de las ciencias mismas y del conocimiento. Este es el secreto del *escepticismo metódico* de DESCARTES y más tarde del *crítico* de KANT, que llega a plena culminación en la *reflexión fenomenológica* de HUSSERL.

Dice este último autor: "...están encerrados en la fenomenología todos los conocimientos eidéticos (o válidos con absoluta universalidad) con que se responden a los problemas radicales de la "posibilidad" referentes a cualesquiera conocimientos o ciencias que puedan darse. Como fenomenología aplicada ajerce, pues, sobre toda ciencia peculiar en principio la última crítica valorativa y en especial la última determinación del sentido del "ser" de sus objetos y la aclaración en principio de sus métodos. Se comprende, pues, que la fenomenología sea, por decirlo así, el secreto anhelo de toda la filosofía moderna. Hacia ella se tiende ya en la maravillosamente profunda meditación fundamental de DESCARTES, luego... vuelve HUME, a pisar casi en sus dominios, pero a ojos ciegos. Y mucho más la divisa KANT, cuyas máximas intuiciones sólo nos resultan del todo comprensibles cuando nos hemos puesto en claro lo peculiar del dominio fenomenológico". "...ponemos paralelamente en contraste la *actitud dogmática* y la *actitud fenomenológica*, a la primera de las cuales se subordina patentemente como caso particular la actitud natural" (HUSSERL, *Ideas*, p. 142/43).

<sup>6</sup> V. *supra*, Cap. I.

<sup>7</sup> La vez "jurisprudencia" prevalece en los países sajones. "Jurisprudencia

Derecho en vigor, por supuesto) <sup>9</sup> o, caso limite, se investigue el Derecho en vigor en la Comunidad mundial.<sup>10</sup>

No incumbe a la ciencia del Derecho, por el contrario, indagar sus fundamentos y supuestos (la esencia general de lo jurídico, la índole del conocimiento y el estilo de pensamiento que ejercitan los juristas, el último sentido y la justificación metafísica de los datos del Derecho). Según lo expresara certeramente KANT, la ciencia jurídica no responde a la cuestión *¿quid ius?* (qué es lo que debe entenderse *in genere* por Derecho) sino a la pregunta *¿quid iuris?* (qué ha sido establecido como Derecho por un cierto sistema).

### 6. Su carácter dogmático y el llamado carácter "reproductivo".<sup>11</sup>

6. — En el mismo orden de ideas sostiene RECASENS SICHES —siguiendo a STAMMLER— que, siendo la Ciencia del Derecho la llamada a *exponer* el contenido especial de un orden jurídico determinado, su función es meramente *reproductiva* y su carácter *dogmático*: "Para el jurista, es Derecho todo cuanto el oráculo del poder jurídico promulga y reconoce como tal. Por ello se dice que la ciencia del Derecho es dogmática; expone contenidos jurídicos limitados, condicionados por la voluntad del legislador supuesta como válida, reducidos a tiempo y espacio, situados en un tramo de la Historia... Se limita a reproducir, explicándolos y sistematizándolos, los materiales normativos suministrados por la fuente del Derecho vigente".<sup>12</sup>

*Crítica.* — La opinión según la cual la Ciencia del Derecho sería una disciplina meramente "reproductiva" ha alcanzado tal difusión que no puede ser omitida. Ofrece, sin embargo, serios reparos a la luz de los esclarecimientos logrados por la Filosofía

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, podemos estudiar lo que fueron determinadas instituciones en el Derecho Romano, su aparición, evolución, y haremos Historia del Derecho. Pero podemos, en cambio hacer un corte temporal y estudiar las soluciones que surgen del Derecho vigente en ese momento, en cuyo caso haremos Ciencia dogmática. Así, por ejemplo, la Ciencia del Derecho Romano se ha constituido sobre la aceptación dogmática del Derecho recopilado por JUSTINIANO.

<sup>10</sup> Aunque el Derecho internacional, referido a una Comunidad mundial, y la Filosofía del Derecho parecen coincidir, esto no pasa de ser una apariencia, fácil de despatiar. Por de pronto, sólo en lo que se refiere al espacio, el Derecho internacional mundial, tendría una universalidad plena y no en lo que se refiere al tiempo, pues en otras épocas no ha existido una auténtica y universal comunidad internacional que es supuesto indispensable para la existencia de este Derecho. Y en lo que se refiere al espacio, la universalidad del Derecho internacional que abarcase sin excepciones toda la superficie del globo, tiene un fundamento exclusivamente contingente, es la inexistencia de otros mundos. La universalidad de la Filosofía, en cambio, es esencial, de modo que sus verdades valdrían también para un mundo aún no descubierto o aún meramente imaginable.

<sup>11</sup> Cfr. GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, t. I, p. 2.

<sup>12</sup> LUIS RECASENS SICHES, *Los temas de la Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1934, ps. 7 y 5. Cfr. también ROBERTO STAMMLER, *Tratado*, p. 1. THEODOR STERNBERG, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1930, ps. 186 y ss.

del Derecho moderno. En efecto, dicha generalizada opinión sintetiza la misión de la ciencia jurídica según la concepción racionalista dogmática-estatal —que reduce el Derecho a la ley—, propia de las que podemos denominar escuelas clásicas de la ciencia, concepción en contra de la cual se levantan las escuelas modernas.<sup>13</sup> Si el Derecho es la ley, contentiendo ya ésta fórmulas conceptuales y estando expresada en palabras, parece claro que la ciencia no podrá ser otra cosa que una *reproducción* de dichos conceptos y que sólo agregará una mejor formulación, mayor clarificación, una mejor sistematización, etc.<sup>14</sup> La ciencia del Derecho conocería la ley; pero como este conocimiento no sería otra cosa que una reproducción, resultaría de ello —extramando el argumento hasta sus últimas consecuencias— que el alcance de su tarea sería meramente didáctico, expositivo, ordenador, sistematizador; pero no una auténtica *investigación*, por lo cual la disciplina declinaría su carácter de ciencia. Esta concepción confluía en el escepticismo sobre el carácter científico de la Jurisprudencia con el famoso alegato del fiscal VON KIRCHMANN<sup>15</sup> y con la clásica comparación que —en son de crítica a los procedimientos dogmáticos— hiciera KANTOROWICZ entre la ciencia del Derecho y la Teología.<sup>16</sup>

La concepción racionalista de la ciencia jurídica, que acabamos de exponer, es trasunto del racionalismo insufilológico. Aún sin trascender el plano de la ciencia jurídica, la penuria de esta posición se advierte no bien se repara que aunque pueda aparentemente dar cuenta del Derecho que promulgan los legisladores fracasará frente

### 13 V. Cap. XXII.

<sup>14</sup> Tal es también la opinión de HANS Kelsen, jefe de la escuela vienesa, para quien el Derecho es un sistema de normas que a un hecho antecedente imputan una sanción, es decir, un acto coactivo (v. Vap. XXII). Ahora bien; el órgano legislativo puede formular las normas en una forma que no refleje exactamente esa estructura, por ejemplo, expresando la ley con un futuro ("será penado con") o distribuyendo una sola norma en varios artículos de la ley, etc. Expresar correctamente, en forma de juicios imputativos, este sistema de normas sería la tarea de la ciencia jurídica. Para Kelsen, pues, también, la ciencia jurídica tendría una función meramente reproductiva: "Es tarea de la ciencia jurídica la de presentar el derecho de una comunidad, esto es, el material producido por la autoridad legal a través del proceso legislativo, en la forma de juicios que establezcan que así tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse" (HANS Kelsen, *Teoría General*, página 46).

<sup>15</sup> Escogemos un párrafo particularmente llamativo de la conferencia de VON KIRCHMANN: "Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos carcomidos. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papales inútiles" (JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN, *El carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho*, en el volumen *La ciencia del Derecho*, Bs. Aires, 1949, página 267).

<sup>16</sup> "El paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa... salta a la vista. Por un lado se habla de Dios, por el otro del Legislador, ambos seres inasquibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de un modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman que la voluntad de ellos lo que los teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es necesariamente así, ya que la construcción de la voluntad o Derecho. La meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio claramente a todas las cuestiones..." (GERMÁN KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del Derecho*, en el citado volumen *La ciencia del Derecho*, p. 357).

romano. Fruto de esta escuela fué la publicación de una compilación —la *Glosa Grande*, redactada por ACURSIÓ (1182-1260) — la que, al eliminar el estudio directo de las fuentes, inició un momento de decadencia. Merece destacarse, sin embargo, en plena Edad Media, la escuela de los *postglosadores* —BARTOLO DE SAXOFERRATO (1314-1357), BALDO Y CINO—, quienes, bajo el manto del Derecho romano, elaboraron en realidad un Derecho nuevo, pese al abuso de los métodos escolásticos, y prolongaron su influencia en toda Europa hasta los albores del Renacimiento.

El Renacimiento se manifestó inicialmente como un vivo interés por todas las expresiones del espíritu clásico, en sus fuentes originales y no a través de la interpretación escolástica que del mismo formuló la Edad Media. La ciencia del Derecho no fué impermeable a estas tendencias. En el siglo XVI los juristas empiezan a dirigir la mirada a los monumentos jurídicos clásicos, pero no ya como los glosadores y prácticos medievales, que sólo veían el texto material de la ley, sino investigando el sentido que tenían originalmente. En suma, en vez de reducir el estudio del Derecho romano al de su forma legal definitiva, trataban de reconstruirlo en su verdad histórica, recurriendo para ello a los datos proporcionados por la historia, la filología, etc. Este movimiento de jurisconsultos *filólogos* tuvo por precursor al italiano ANDRÉS ALCIATO (1492-1540), y se desarrolló sobre todo en Francia con JACOBO CUIACIO (1522-1590) y HUGO DONEAU (1527-1591), cuyas doctrinas suelen citarse como antecedentes de la escuela histórica del Derecho que nace en Alemania a principios del siglo XIX.

#### § 4. — El tema del Derecho natural.

12. — La expresión "Derecho natural" logra definitiva ciudadanía en el vocabulario de los jurisconsultos romanos, quienes formulaban la siguiente *tricotomía*: *ius naturale*, *ius gentium* y *ius civile*. El *Derecho civil*, propio de la ciudad (*ius proprium civium romanorum*) estaba constituido por el conjunto de instituciones jurídicas privativas de los ciudadanos romanos, de las cuales no participaban los extranjeros. Este Derecho derivaba directamente del Derecho quirritario, es decir, el Derecho propio de los quiritas, los varones púberes aptos para portar armas que componían los *comitatus*, autoridad legislativa de la Roma real de los primeros tiempos. El *Derecho de gentes*, en cambio, no era una exclusividad del ciudadano romano. Sus instituciones eran comunes a los diferentes pueblos y regían las relaciones jurídicas entre individuos miembros de diferentes comunidades. El Derecho de gentes aparecía así a los romanos como un Derecho vigente, principalmente consuetudinario, superior y supraordinado a los regímenes jurídicos particulares de cada pueblo. Por fin, el *Derecho natural* estaba constituido por aquellos principios *insitos* en la naturaleza y superiores por lo tanto

21 V. JOSÉ VILANOVA, *Idea y realidad del derecho natural*, en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1952, año VI, n.º 27.

al arbitrio humano (*id quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*).<sup>22</sup> Confundido por este concepto *ius naturalis* suprahumano, ULPIANO llegó a decir que el Derecho natural rige también la conducta de los animales, definiéndolo como aquello que la naturaleza enseña a todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*).<sup>23</sup>

En realidad, el Derecho natural fué un factor importante del progreso de las instituciones jurídicas romanas a través de la obra de los magistrados *pretores*, que tenían la facultad de dictar las normas generales a las que se ajustarían para el juzgamiento de los casos que se presentasen durante su mandato (*ius edicendi*). En estos *edictos* el pretor recogía muchos preceptos que le parecían impuestos por la naturaleza, de acuerdo en general con los principios de la filosofía (particularmente de la escuela estoica, que tanta importancia tuvo entre las clases cultas de Roma). De este modo, a través del edicto del pretor, los principios extraídos filosóficamente de la naturaleza de las cosas, de la equidad y de la justicia, completaban al Derecho civil, con lo que, en esta forma, devinieron en *Roma Derecho positivo*.

Esta explicación de los orígenes de la expresión *Derecho natural*, no tendría mayor importancia si ese origen de la expresión no acuñase simultáneamente la índole del problema que define el tema del Derecho natural. El *Derecho natural nace, en efecto, con la pretensión de ser Derecho vigente*: Los principios del Derecho natural, que el sentimiento o la razón encuentran en la naturaleza de las cosas, *aspiran a regir los casos jurídicos concretos*. Pero ocurre que esta pretensión es compartida por las normas emanadas de los órganos competentes (por ejemplo, el poder legislativo); con ello se abre la posibilidad de una *colisión o contradicción* entre ambos órdenes de normas: el Derecho natural y el denominado Derecho positivo. A partir de este conflicto pueden diseñarse dos posiciones fundamentales, según la solución que suministren al tema: el *iusnaturalismo* y el *positivismo*.

13. — 1) *Iusnaturalismo*. — El *iusnaturalismo* sostiene que el Derecho positivo está subordinado al Derecho natural. En caso de verdadero conflicto entre ambos, debe sacrificarse al primero. A su vez, dentro de esta posición cabe distinguir dos corrientes:

a) *Iusnaturalismo extremado*, afirma la preponderancia completa del Derecho natural. El jurista tiene por tarea el estudio de este Derecho, ya que es el único que podrá darle verdadero conocimiento. El Derecho positivo, *inmutable y transitorio*, es un hecho despreciable como materia de conocimiento y cae junto a los hechos, y como uno de ellos, fuera de la atención del jurista. El estudio del Derecho natural permite al jurista descubrir los principios mas generales y, a partir de ellos, los mas específicos y llegar de esta suerte al esclarecimiento de un verdadero *código de Derecho*

22 PAULO, Digesto, I, I, 1, II, *de ius et de iure*; CICERÓN, *De leg.* II, 4.

23 ULPIANO, Digesto, I, I, 3, § 1, *de iust de iure*; INSTITUTA, I, 2, *pr. de i. nat.*

natural, apto para regir por sí las relaciones entre los hombres. Ésta es la vertiente seguida por la denominada *escuela clásica de Derecho natural*, que estudiaremos más adelante.

b) *Iusnaturalismo atenuado*. — El Derecho natural no basta por sí para regir las relaciones humanas y tiene un *complemento* necesario en el derecho positivo. El conflicto entre el Derecho natural y el positivo se hace sí raro y los casos concretos son juzgados preferentemente por normas de derecho positivo. Ésta es la posición del *comisismo*. Es una posición más alta y mucho más defendible que la primera, pero, en cuanto corriente iusnaturalista, sostiene que, por raro que sea el caso de conflicto entre el Derecho natural y el positivo, en caso de ocurrir debe darse primacía al primero.

14. — 2) *Positivismo*. — El positivismo sostiene la prevalencia del *Derecho positivo*, entendiendo por tal el establecido o "puesto" por los órganos de la comunidad. A su vez, dentro de esta posición, cabe distinguir dos tendencias:

a) *Positivismo extremado*. — Afirma que el Derecho natural no existe: se trata de una hipótesis ideológica, mediante la cual se pretende atribuir existencia objetiva a valoraciones que no existen sino subjetivamente en la mente del autor. Este positivismo crudo va siempre unido a un relativismo y escepticismo en lo que se refiere a la objetividad de la justicia y los valores jurídicos. Podemos mencionar como representante máximo contemporáneo de estas tendencias a HANS Kelsen, llevando al extremo las consecuencias de dicha posición. Kelsen sostiene que la creación normativa está sometida solamente a ciertas estructuras formales, pero que, dentro de ellas, dicha creación es completamente libre y depende por completo del arbitrio del órgano (por ejemplo, del legislador).

b) *Positivismo atenuado*. — Junto a este positivismo extremo o crudo hay un positivismo temperado, que considera como objeto propio de su estudio en primer lugar las creaciones de los órganos de la comunidad (en forma más simple: *la ley*), pero que admite, junto a ella y en forma *complementaria*, la presencia del *Derecho natural*. El Derecho natural sirve de complemento al Derecho positivo. Es la posición que se atribuye a VÉTEZ SÁNSRIBED en el artículo 16 de nuestro Código civil, cuando dice que "Si una cuestión no pudiera resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión *fuere dudosa se resolverá por los principios generales del Derecho*".

c) *Nuestra opinión*. — ¿Qué hemos de decir nosotros frente a este tema del Derecho natural? Intentaremos dar una opinión propia, después de haber diseñado neutralmente las principales posiciones a partir de la idea misma de Derecho natural.

El positivismo extremado no se aliene objetivamente al dato, pues

padece de una ceguera para el momento axiológico que acompaña siempre a la captación de lo jurídico. El iusnaturalismo a ultranza es aun menos satisfactorio, pues, también con desconocimiento de la realidad jurídica, hace una hipóstasis manifiesta de los contenidos valorativos de esta realidad. Las posiciones temperadas —es decir, por una parte el iusnaturalismo tomista y por la otra el positivismo— que admite al Derecho natural como "complemento" del Derecho positivo —son mucho más satisfactorias, pues muestran algo esencial: que *Derecho positivo y Derecho natural se complementan*. Sin embargo, estas posiciones no alcanzan a percibir el verdadero sentido de este dato, que consiste en afirmar que se da una *unidad esencial de ambos*, cosa que fué oscurecida por la aceptación implícita de una *falsa oposición* entre Derecho natural y Derecho positivo. No es posible admitir la existencia de *dos Derechos* —uno natural y otro positivo—, pues si así fuera la ciencia del Derecho tendría dos objetos de estudio, lo que no puede ser: *el concepto de ciencia exige la unidad de su objeto*.

Decir que *Derecho natural y Derecho positivo esencialmente "se complementan"* equivale a decir, en términos más rigurosos, que *componen una unidad superior a ambos: el Derecho a secas, o sea el Derecho vigente*. Este es el verdadero objeto de estudio del jurista. Con la expresión *Derecho positivo* se alude generalmente a una característica del Derecho vigente: la de que se lo crea en ciertos actos de órganos de la comunidad, la de que es puesto, lo que es exacto.<sup>24</sup> Pero si el positivismo pretende por ello que la actitud del jurista debe limitarse al estudio de esas *posiciones* (por ej. al *hecho de la ley*) entonces se advierte la ceguera del positivismo. Con la expresión *Derecho natural* se alude a otra característica del *Derecho*; la de que eso que es "puesto" no consiste en un objeto real neutro al valor, sino de una realidad *valiosa* (bien). Pero si con ello se pretende que toda la tarea que incumbe al jurista consiste en una libre captación del valor, también aquí se advierte una posición unilateral y la imposibilidad, a partir de la misma, de comprender científicamente, dogmáticamente lo jurídico.

El Derecho positivo —el único que es objeto del estudio del jurista— se integra esencialmente por la *copresencia de tres momentos: hecho, norma y valor*.<sup>25</sup> De aquí que no pueda ser reducido en forma exclusiva a ninguno de estos elementos. *La justicia, como valor, integra el dato jurídico, sin que se la pueda desgajar de él con el nombre de Derecho natural* (en oposición al "Derecho positivo") para encontrarnos después frente al problema de componer los miembros previamente despedazados del dato único. *Rechazamos, pues, la expresión Derecho natural* —en la medida que se

<sup>24</sup> En el cap. VII al hablar de la positividad del Derecho ya hemos rechazado esta generalizada doctrina que reduce la positividad al hecho de que ciertas normas son "puestas" por los órganos jurídicos. Allí sostenemos que, al fin de cuentas, la positividad no difiere de la existencia o vigencia del Derecho. No obstante, debemos retomar aquí dicha errónea doctrina para mostrar el punto en que se separa del iusnaturalismo y el sentido de dicha separación.

<sup>25</sup> V. supra, Cap. V, *Los elementos de la experiencia jurídica*.

quiera significar con ella la existencia de otro Derecho, además del positivo— y *aceptamos en su lugar la de Justicia*, que alude claramente a la índole axiológica del tema, sin sustantivarlo. *Rechazamos* también la corriente expresión de ideas según la cual con la expresión *Derecho positivo* se circunscribe la noción de juridicidad al hecho, neutro al valor, de ser "puesta" o dictada una norma. La conducta, o sea, el Derecho vigente propiamente dicho, es un hecho "valioso", de modo que en cada momento de creación normativa, en cada momento de comprensión conceptual de la conducta, juega la intuición del valor jurídico. Este es el verdadero sentido de la mutua complementación de "Derecho natural" y "Derecho positivo".

Como aclaración terminológica digamos que si se acepta, como corresponde, la sinonimia de Derecho positivo y Derecho vigente, entonces se advierte que *el Derecho positivo no se agota en el "hecho" de ser "puesto"* (con su pretendida neutralidad al valor), sino que *se refiere a la conducta efectivamente existente, la que es, siempre, un dato valioso*.

### § 5. — Contenido y fundamento esquemático del Derecho natural según las diversas doctrinas.

15. — La circunstancia de que el Derecho es algo mudable, contingente, ha obsesionado a los pensadores de todos los tiempos, induciéndolos a buscar un criterio absoluto e ideal del Derecho; la cuestión acerca de la idea de justicia ha acompañado siempre a la humanidad. Tal como lo hemos señalado en párrafos anteriores, desde el momento en que esta cuestión es substantivada, desde el momento en que equivocadamente se ve a la justicia como algo diferente al Derecho (positivo), como dos cosas aparte —una de las cuales (el Derecho) sería *medio* para la otra que actuaría como *fin* (la justicia) — desde ese momento surge la oposición entre Derecho positivo y Derecho natural. Pero, como lo acabamos de señalar, esta oposición es falsa, ya que Derecho (vigente) y justicia no están en una relación de medio a fin, sino en la que se encuentran en general un *bien* (cosa valiosa) y el *valor en él realizado*. En otros términos, el *Derecho vigente lleva dentro de sí, en una inherencia esencial, a la justicia*.

En un sentido lato, la expresión "Derecho natural" comprende, en toda su amplitud, el tema de la justicia. Corrientemente se habla así de Derecho natural refiriéndolo a que cada individuo siente en sí la facultad originaria, no deducible de la experiencia, de valorar los hechos existentes y, entre ellos, al Derecho; la facultad de distinguir en general lo justo y lo injusto y de poder ver, por tanto, también al Derecho existente como algo justo o, eventualmente, injusto. Y esta facultad, la han sentido todos los hombres en todos los tiempos. Ya ANISTÓTELES destacó este sentimiento de lo justo y de lo injusto, reputándolo una característica esencial y específica del ser humano, que lo distinguía de las otras especies animales, y ROUSSEAU habló de un *amour de la justice, inné dans tous les coeurs*. Pero la observa-

ción de que existe un sentimiento jurídico o vocación subjetiva por la justicia, no resuelve sino que se limita a abrir el problema del criterio jurídico ideal<sup>26</sup> y así se ha buscado un fundamento objetivo (y no meramente subjetivo) para la justicia o el Derecho natural.

Pero este fundamento objetivo del Derecho natural lo encuentran, las diversas doctrinas, en diversos órdenes de principios y así dan lugar a diversas acepciones de la expresión "Derecho natural". Veamos las más importantes, a modo de esquemática introducción al análisis más detallado de esas doctrinas.

16. — 1) La primera acepción, psicológica e históricamente, es ese ya referido *sentimiento subjetivo de justicia*, esa actitud valorativa que tiene el hombre y de la que surge lo justo y lo injusto.

En realidad, la actitud valorante la tiene el hombre no sólo para la esfera de lo jurídico sino también para lo moral, lo estético, lo religioso, etc. Cabe observar, además, que aunque el hombre accede a las valoraciones mediante su sentimiento, ellas han de tener alguna consistencia *objetiva*, pues si dependieran exclusivamente de las particularidades subjetivas y sentimentales de cada hombre, caeríamos en un subjetivismo y psicologismo axiológico que desembocaría fatalmente en una posición crudamente relativista y escéptica.

2) Una segunda acepción del Derecho natural ya ~~se ha visto~~ *se ha visto*, ~~individual como la~~ *que es objetiva y se halla por encima de la valoración de cada uno*. El Derecho natural no depende de los sentimientos de los hombres, sino que es superior y exterior a ellos; viene de fuera como un rayo de luz y se refleja en la conciencia de cada uno. Tal es la posición del *iusnaturalismo teológico*, sustentado por la escolástica y, particularmente, por la escuela tomista, empezando por el mismo SANTO TOMÁS y siguiendo por numerosas figuras significativas, entre ellas FRANCISCO SUÁREZ, hasta nuestros días en que el neotomismo cuenta con nombres prestigiosos, como el de JACQUES MARIAT. El iusnaturalismo teológico invoca *la inteligencia o la voluntad de Dios* como las fuentes que habrían fijado, *ab eterno*, los principios del bien y de lo justo. Las injusticias y los conflictos de intereses que se dan en la realidad se deberían a que la humana visión de las cosas es frágil, corruptible por el error y por innumerables accidentes.

3) Una tercera concepción es la expuesta por la *escuela clásica de Derecho natural*. GROCIÓ sostuvo la necesidad de dar al Derecho natural un fundamento puramente racional, con independencia de toda explicación providencialista y creyó encontrarlo en el *instinto de sociabilidad propio de la naturaleza humana*, en la necesidad innata de los hombres de vivir en sociedad (*appetitus societatis*). Coincidió en esto con ANISTÓTELES, que afirmaba que el hombre es sociable por naturaleza, y definió al Derecho natural como "aquello que la recta razón demuestra conforme a la natu-

<sup>26</sup> V. Cap. VI (Noción acerca de la justicia).

aleza sociable del hombre". Este Derecho natural sería *invariable y total*, ni la voluntad humana ni la divina podrían modificarlo: existiría aunque Dios no existiese (*etiamsi daremus non esse Deum*).

La concepción fundamental de la escuela clásica de Derecho natural importa, como vemos, afirmar que éste debe coincidir con las exigencias de la naturaleza humana. Pero los autores que militaron en esta corriente discreparon en lo que debe entenderse por naturaleza humana. Mientras Grotius creyó que se resumía en el *instinto de sociabilidad*, Pufendorf la afirmó en el *sentimiento de debilidad (imbecilias)* y Rousseau, por último, dijo que la naturaleza humana se manifiesta en el anhelo de dicha.<sup>27</sup>

4) ROBERTO STAMMELER, orientándose en el criticismo kantiano res-tauró a principios del siglo en curso el problema del elemento ideal en el Derecho, que había sido descartado por el positivismo dominante en el si-glo XIX. Concibe al Derecho natural, a la justicia, como una *idea* en sentido kantiano: como el pensamiento de una armonía permanente y absoluta del querer social, en todas sus posibilidades habidas y por haber, entendiéndola pues como una noción que excede a toda experiencia, *algo que no "es" que no tiene realidad empírica, pero que sirve de norte y de guía para* nuestros conocimientos de la realidad.<sup>28</sup>

5) Los científicos del Derecho suelen considerar al Derecho natural como el conjunto de los "principios generales del Derecho", a que deben recurrir a falta de disposición aplicable (Código civil argentino, art. 16). Pero frecuentemente sólo entienden por tales, con un criterio crudamente positivista, aquellos principios que se pueden obtener por un proceso de generalización creciente, analógica, de las normas ya existentes. Olvidan así que el recurso a los principios generales del Derecho se hace necesario precisamente para aquellos casos que no pueden resolverse mediante la analogía.<sup>29</sup> En cambio ya hemos destacado que egregios filósofos contemporáneos del Derecho —como, por ejemplo STAMMELER, DEL VECCHIO y RE-CASÉNS SICHES— entienden que cuando la ley a falta de disposición apli-cable, confía al juez la determinación de la regla jurídica general —"prin-cipio general del Derecho"— a la que debe individualizar en su sentencia, denota la idea iusnaturalista que ha servido de estrella polar a los legisla-dores para la elaboración del Derecho formulados. Remítase a los principios generales del Derecho, o a otra expresión análoga, significa, en última instancia, recurrir a un juicio de valor, a lo que se ha denominado tradi-cionalmente Derecho natural.

En esta forma, la problemática jurídica moderna ha desembocado en

<sup>27</sup> V. *infra*, "Escuela del derecho natural y racional".

<sup>28</sup> V. *supra*, Cap. VI, e *infra*, Cap. XXIII.

<sup>29</sup> Cfr. GROSIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, T. I, p. 431; ENRIQUE R. ARTALÓN, *Los principios generales del Derecho y la reforma del Código Civil*, en apén-dice al libro *Crítica del saber de los juristas*.

## 16 — La escuela tomista

17. — Hemos hablado en este mismo capítulo de los glosadores y postglosadores, que en la Edad Media renovaron los estudios de Derecho positivo mediante las glosas a los textos romanos, particularmente al *Corpus Iuris Civilis*. En una dirección muy distinta, ya no como estudios de Derecho positivo sino como doctrina sobre el Derecho natural, renacieron hacia la misma época los estudios jurídicos al calor de la filosofía escolástica y por obra de su representante máximo: SANTO TOMÁS DE AQUINO. Mientras la Glosa exhumaba los textos jurídicos romanos, la Escuela mantenía viva la tradición del pensamiento filosófico de la Antigüedad, particularmente el de ARISTÓTELES, que llegó a ser, por antonomasia, *el Filósofo*. La escolástica acomodó la enorme tarea de dar cuenta y razón de todo el saber de su tiempo tratando de conciliar y complementar las verdades descubiertas espe-cialmente por los antiguos con las verdades supremas obtenidas por la revelación divina y afirmadas por el dogma eclesiástico. La filosofía eco-lástica se conformaba, según una difundida expresión, con el lugar de sirvienta de la teología (*ancilla teologie*), pero en verdad su esfuerzo estaba al servicio de un ideal más amplio: dar la razón integral y sistemática de la Creación. La índole altamente especializada de sus estudios, el hecho de que sus cultores se seleccionaban dentro de un estamento social determi-nado (el clero), apartado de los intereses seculares y de las urgencias mate-riales y el empleo exclusivo del latín, hicieron de la Escuela un círculo más o menos cerrado de técnicos eruditos, nada popular, en el cual la sutileza del pensamiento y la precisión de sus "distinciones" llegaron a un desarrollo y una perfección pocas veces igualados. Se acabó frecuentemente a la escolástica su divorcio de la realidad, y no cabe duda de que, si con ello se alude a su inicial apartamiento de los intereses y preocupaciones populares, el reproche era exacto, al punto que ha contribuido a desarrollar, por con-traste, la actual doctrina social de la Iglesia Católica.

### a) El pensamiento de Santo Tomás

SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274) es, indiscutiblemente, el repre-sentante máximo de la Escuela. El doctor Angélico lleva a su cumbre, en su *Suma Teológica*<sup>30</sup> la tarea de dar una visión sistemática e integral del

<sup>30</sup> Las partes referentes a la doctrina jurídica de la *Summa*, que comprenden las cuestiones 90 a 97 inclusive (Q. XC a XCVII) han sido objeto de una traducción con notas explicativas de CONSTANTINO FERNÁNDEZ ALVAR y editadas juntamente con el original latino bajo el título de *La Ley*, Barcelona, 1936. Existe también una ver-sión completa impresa en Madrid en 1880. Nosotros, en lo que sigue, haremos las citas pertinentes con la simple indicación de la cuestión (Q.), en números romanos y el artículo de la *Summa*.

saber de su tiempo. Su importancia es tan grande que hoy, desde nuestra perspectiva, podemos advertir que su obra cierra el período que denominamos *escolástica* para abrir uno nuevo que se prolonga con altos y bajos, hasta nuestros días: *el tomismo*.

18. — Al tratar de la *justicia*, en el capítulo VI, ya hemos tenido oportunidad de exponer las concepciones tomistas al respecto, por lo que nos remitimos a lo allí explicado. De ahí que ahora nos ocuparemos solamente de la doctrina de SANTO TOMÁS en lo que atañe especialmente al Derecho. El fundamento de dicha doctrina lo constituye el concepto de ley y la distinción de diversos órdenes de leyes.

*Leyes, según Santo Tomás, una regla y medida de los actos que induce al hombre a obrar o le retrae de ello, dada por la razón práctica, para ordenar las acciones al bien común o bienestar de la colectividad, promulgada dicha regla por la multitud en su totalidad o por aquel que la representa* (Q. XC, arts. 1 a 4). Define, pues, a la ley, la concurrencia de los siguientes elementos: 1º) una regla de conducta; 2º) dada por la razón práctica; 3º) que induce al hombre a obrar; 4º) ordenando sus actos al bienestar general (*bien común*); 5º) promulgada dicha regla por la colectividad o por quien la representa (la autoridad).

Subordinadas a este concepto genérico de ley, distingue SANTO TOMÁS varias especies de leyes:

1º) La *ley eterna* que es la razón que gobierna todo el universo y preexiste en la mente divina del Hacedor del mundo. Aunque nadie, sino Dios, la conoce en su esencia, toda criatura racional la conoce, en parte, por una especie de irradiación o participación.

2º) La *ley natural* no es otra cosa que esa participación de todas las criaturas en la ley eterna, participación en virtud de la cual todos los seres creados tienen inclinación natural que los impulsa a sus propios actos y fines. El pensamiento de SANTO TOMÁS recuerda la frase de UPLAND según la cual el Derecho natural era aquel que la naturaleza enseña a todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*).

Pero, según SANTO TOMÁS, esta participación en la ley eterna se verifica en modo excelente en el hombre, criatura racional, precisamente porque su carácter racional la hace participar de la razón eterna y de la divina providencia. Esta participación del hombre en la razón y en la ley eterna es lo que se designa con más propiedad como ley natural, ya que, siendo la ley cosa de la razón, sólo por extensión del concepto se aplica a los irracionales.

La *lex naturalis* es, así, una versión imperfecta y parcial de la *lex eterna*: es aquella parte de la luz eterna que se refiere a la *conducta humana*, y que puede ser conocida *racionalmente*.

Pero la ley natural *brinda* al hombre, como regla de conducta, *sino* algunos primeros principios muy generales, evidentes e indemostrables, que

por sí solos son insuficientes para regular los múltiples aspectos de la vida social. Es necesario, por consiguiente, que la razón proceda a *complementar* adecuadamente dichos principios de la luz natural, excesivamente generales, con *aplicaciones particulares*. Este proceso es en un todo semejante al que se produce en el campo de las ciencias en el cual la razón (especulativa) deduce de ciertos principios generales evidentes, conclusiones particulares. Así, en el campo de la razón práctica, de los principios generales evidentes de la ley natural, se pasa a las disposiciones particulares contenidas en el tercer orden de leyes (*leges humanae*) que constituyen lo que denominamos *Derecho positivo* (Q. XCI, 2 y 3).

3º) Las *leges humanas*, son, como queda adelantado, las constituidas por los hombres, y dispositivas en particular de lo contenido en general en la ley natural.

La ley humana deriva, pues, de la natural. Pero ¿cómo se verifica esta derivación, esta disposición en particular de lo contenido en general en la ley natural? Admite SANTO TOMÁS que esta derivación puede efectuarse por dos vías: 1º) Por vía de *conclusión* (como en el silogismo, es decir, cuando el precepto particular se encuentra contenido implícitamente en el general ~~pero~~ constituye, ~~pero~~ como la explicitación del mismo por vía puramente racional-deductiva). Por ejemplo: la ley "no mates" es consecuencia del principio "no hagas mal a nadie"; y 2º) por vía de *determinación*, de la forma en que lo determinado puede derivar de lo indeterminado. Por ejemplo, la ley natural establece que los delinquentes deben ser castigados, pero no establece con cuál pena. Corresponde a la ley humana (Derecho positivo) determinar con qué tipo de pena se castigarán los diversos delitos (Q. XCV, 2).

Junto a estos tres órdenes de leyes que en sus relaciones —especialmente entre las que median entre la ley natural y la positiva— definen el pensamiento jurídico de SANTO TOMÁS, coloca este autor una cuarta especie de ley que no interesa especialmente al Derecho. Se trata de la *ley divina positiva*, que es la dada por Dios inmediatamente a los hombres por signos externos para dirigirlos a su fin sobrenatural y esta constituida por el Viejo y el Nuevo Testamento.

19. — Tal, somera aunque auténticamente expuesto, el pensamiento de SANTO TOMÁS sobre el Derecho. El ápice de la construcción lo ocupa la *ley eterna*, pero el centro de gravedad de la misma lo constituye la *ley natural*. Ella es la que determina —con sus principios absolutos y evidentes— a la ley positiva (*lex humana*). ¿Cuáles son dichos principios de la ley natural? ¿Cómo se concilia su universalidad y autoexistencia con los cambios del Derecho en los diversos pueblos y tiempos?

Así como el *ente* es lo primero que aprehende la razón especulativa, así el *bien* es lo primero que cae bajo la acción de la razón práctica. Y el *primer principio* que surge de dicha aprehensión es el siguiente: "se debe hacer el bien y evitar el mal" (Q. XCIV, 2).

Para dar a dicho principio supremo un *contenido* es menester atender a las *inclinaciones naturales del hombre*. Señala SANTO TOMÁS las siguientes, a las que corresponden, por lo tanto, principios evidentes de la ley natural:

19) Como todo ser el hombre tiende a persistir, apetece su propia conservación. Por lo tanto integran la ley natural los preceptos que se refieren a la conservación de la vida del hombre, a su legítima defensa.

20) Según su ser animal, el hombre tiene una inclinación natural a ciertas actividades como la procreación, la crianza de los hijos, etc.

30) Por último hay inclinaciones del hombre que responden a su naturaleza específica de ser racional: tales el conocimiento de las verdades divinas, la convivencia social. De acuerdo con esto, también serán preceptos de la ley natural aquellos que tienden a que el hombre evite la ignorancia, a que no ofenda a aquellos con quienes debe convivir, etc.

Estos principios generales son universales y válidos para todos los hombres. No obstante, a medida que se particularizan las conclusiones, ellas se hacen más y más defectibles y pueden perder universalidad, ya que la razón práctica se refiere a cosas contingentes, mutables, variables. Así, por ejemplo, si bien en general el depósito debe ser reintegrado a su dueño, esta regla— que constituye una consecuencia de los principios de la ley natural— no vale siempre y en todos los casos, ya que, v. gr., no debe restituirse un arma si su dueño ha perdido la razón y puede cometer actos dañosos contra la comunidad. En esta forma, SANTO TOMÁS concilia el carácter absoluto de la razón con la mutabilidad y variedad de las circunstancias reguladas, insinuando así un planteo luego desarrollado por FRANCISCO SUÁREZ.

20. — *Crítica*. — La fundamentación del Derecho en la mente divina —inteligencia de Dios— constituye una posición *metafísica, teológica*, que excede toda posibilidad de verificación y que, por lo tanto, de poca o ninguna ayuda puede ser para el jurista en tanto que científico o, aún para el filósofo del Derecho que, en estrecha colaboración con la ciencia dogmática, se proponga el esclarecimiento de los presupuestos de la ciencia científica. Se trata, en suma, de una afirmación de metafísica racional, al estilo tradicional, inverificable y, por ello, condenada por la crítica kantiana en cuanto implica llevar nuestra concepción y nuestra facultad de razonamiento más allá de los límites en que su uso es legítimo, límites constituidos por la experiencia. Ello no obstante, cabe destacar que con esta crítica fundamental —que siguiendo las vías del pensamiento kantiano, intenta poner el tema del Derecho en términos puramente racionales— nada se dice ni prejuzga acerca de los planteos y exigencias propios de la religión.

Si dejamos de lado lo que hace al fundamento metafísico, teológico, para aplicar nuestra atención al *contenido mismo de la doctrina* acerca del Derecho natural, habremos de convenir que su principio supremo ("haz el bien y evita el mal"), desligado de su fundamento metafísico, presenta un

carácter puramente *vacío y tautológico*.<sup>31</sup> Se trataría, por consiguiente, de una verdad analítica, de razón, evidente por sí misma, pero sin contenido alguno. Lo que interesa, en verdad, es qué debe hacerse, es decir, en qué consiste ese Bien.

Por otra parte, la vinculación esencial entre el Derecho y el Bien (común) responde a un planteo propio de la Filosofía escolástica —para la cual el Bien es un predicado esencial del Ser— que ha sido superado por los desarrollos de la filosofía contemporánea de los valores. En efecto; según las investigaciones de la mencionada corriente actual, los valores presentan la característica de la bipolaridad y es la noción de valor, en su bipolaridad, la que ilumina el sentido de la cultura. También las estatutas feos son estatutas. De aquí que el interés del jurista se dirige tanto a lo lícito como a lo ilícito, tanto a lo justo como a lo injusto, porque su objeto se le brinda con esa bipolaridad axiológica, sin que deje por ello de ser su objeto. *Es menester distinguir un problema ontológico y uno axiológico*, cosa que el tomismo no alcanza a hacer en forma plena. De aquí que mantenga una tesis decisiva: que la ley injusta no es Derecho, por lo cual "en cuanto tiene de justicia: tanto tiene fuerza de ley" (Q. XCV, 2). Esta tesis hace imposible encerrar el problema de las relaciones entre Derecho y Justicia, y aparece en un divorcio pronunciado con la realidad, que nos señala inequívocamente la existencia de Derecho injusto en numerosas instituciones, en diversos pueblos y tiempos.

En cuanto a la noción de *Bien común* —a la que se atribuye señera importancia en la iusfilosofía tomista—, no resulta del todo claro si se trata de algo propio de los individuos que viven en sociedad, o bien de la sociedad misma, pues los textos dan pie para ambas versiones. Lo cierto es que la iusfilosofía tomista no está centrada sobre la noción del valor absoluto de la personalidad humana y que la subordinación del bien individual al Bien

31 Cfr. HANS Kelsen, *Teoría pura*, p. 40; JEROME HALL, *Teoría jurídica integralista*, en el vol. *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Bs. Aires, 1951, ps. 54 y ss., y 87. Análogos conceptos se encuentran en CARLOS COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica*, p. 154, quien destaca que lo propiamente iusnaturalista del tomismo consiste en el fundamento metafísico con el que se pretende dar un contenido a dicha proposición tautológica. Analizando la proposición "haz el bien y evita el mal", dice este autor: "llamamos Bien a lo que debe hacerse; con lo que la verdad de la enunciación consiste en el mero análisis de la definición así creada y nada más; no hay determinado en ella ningún contenido que sea el Bien y que a partir de allí nos lleve después a realizarlo... Precisamente el problema está en saber qué es lo que debe hacerse; y esto no lo puede resolver aquella enunciación debido a la circunstancia de que en sí misma es una tautología... Pero en rigor, el problema comienza aquí: ¿Cómo fundamentar eso que debe hacerse, aun estando de acuerdo acerca de lo que debe hacerse? El utilitarista, por ejemplo, nos dirá que eso constituye el mayor bien del mayor número; pero el iusnaturalista rechazará semejante fundamento. Y así el historicismo, el relativismo, el evolucionismo, etc., darán sus respectivos fundamentos, a todos los cuales el iusnaturalismo imputa. Incluso no se satisface con fundamentos racionales, por lo demás ni siquiera en KANT tan puramente racionales, como se proclamaba. Se darán, por último, fundamentos metafísicos, sea la naturaleza humana en la Escuela Clásica, sea la voluntad de Dios en el tomismo. Y aquí, sobre la base de un típico fundamento metafísico, recién aparece el Derecho Natural..."

común es peligrosa vía, que puede desembocar en formas políticas repugnantes, por autoritarias.

Para terminar, destacaremos que la ya señalada incapacidad del tomismo para hacerse cargo de las relaciones entre Derecho y Justicia para dar cuenta del problema de los Derechos injustos ha importado un divorcio de la realidad y ha traído como consecuencia que, sin perjuicio de la indudable influencia ejercida por el tomismo en el plano axiológico jurídico, y aun político —especialmente por su noción del Bien común— ha resultado *infecundo para el progreso de la ciencia jurídica moderna*, la que se ha constituido en el siglo XIX en forma totalmente independiente de esta corriente y sustentando tesis diametralmente opuestas a la referida. No cabe ignorar, sin embargo, que el Derecho internacional público nació en conexión estrechísima con el Derecho natural de SANTO TOMÁS en la obra del padre VITORIA, y que modernamente la teoría de la institución de los franceses HADRIEU y RENARD se halla vinculada al pensamiento tomista. También constituyen altos exponentes contemporáneos de esta iusfilosofía MARTIN en Francia, LACHANCE en el Canadá, RUIZ JIMÉNEZ y CORTÉS GRAU en España, TOMÁS CASARES entre nosotros.

Desde el punto de vista de las ideas políticas, se ha señalado que la doctrina tomista es *autoritaria*<sup>32</sup>; pese a que sustenta un elevado concepto de la personalidad humana, no deja por ello de subordinar el individuo al poder público, civil o eclesiástico. A tal punto llega este autoritarismo de la filosofía tomista que, según ella, deben ser obedecidas, para conservar el orden, incluso las leyes humanas que vayan contra el bien común, aunque no las que impliquen una violación de la ley divina (v. gr., una ley que impusiera un culto falso). Por otra parte, el doctor Angélico concibe al Estado como vasallo o medio con relación a la Iglesia, a la cual debe ayudar y obedecer para la consecución de sus fines.

En suma: si bien la doctrina tomista constituye un potente esfuerzo de esclarecimiento y sistematización, de extraordinario valor para su época, sus planteos han sido superados en el plano de la filosofía general y en el de la filosofía jurídica, haciendo crisis tanto el fundamento metafísico con el que se pretende dar razón del Derecho, como su visión unilateral del fenómeno jurídico, derivada de una insuficiente caracterización del valor jurídico.

## 21. — b) Los continuadores.

La influencia de la obra de SANTO TOMÁS fué tan vasta como prolongada. Sin referirnos a la proyección de su obra en el campo de la teología y de la filosofía general, citándonos al aspecto jurídico de su doctrina, diremos que ésta ejerció una considerable influencia en la Filosofía del

Derecho, el Derecho político y el Derecho internacional, influencia que, prolongada hasta nuestros días, define a la escuela *tomista*.

En España, la escuela tomista tuvo un despliegue excepcionalmente brillante con el llamado "renacimiento escolástico español" de los siglos XVI y XVII. Sin la pretensión de ser exhaustivos, mencionaremos los nombres de los principales autores que enriquecieron la doctrina jurídica en ese movimiento iusnaturalista. He aquí su nómina: FRANCISCO DE VITORIA (fallecido en 1546) a quien se considera por sus *Relecciones teológicas* fundador del Derecho internacional público. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, quien también se ocupó del Derecho de gentes en su *Controuersiarum illustrum aliarumque usu frequentium libri tres* (1572), donde proclamó el principio de la libertad de los mares, adelantándose en esto a GROCIO. EL P. JUAN DE MARIANA (1536-1623), escritor político famoso por su obra *De Rege et Regis institutione*, donde expuso teorías democráticas sobre el régimen de gobierno, llegando a justificar el tiranicidio. FOX MORCULLO, PEDRO RIVADENEYRA y GINÉS DE SEPÚLVEDA escribieron también sobre temas de Derecho político. Pero sobre todos ellos se destaca la figura del P. FRANCISCO SUÁREZ (1548-1617), autor de un monumental tratado *De legibus ac Deo legislatore*, que data de 1612.

Según RECASÉNS SICHES, esta obra constituye "el más alto exponente y la más madura elaboración del iusnaturalismo escolástico clásico"<sup>33</sup> SUÁREZ desarrolla con gran agudeza la idea que ya estaba claramente planteada en SANTO TOMÁS: *la invariabilidad fundamental de los primeros principios de Derecho natural, y la mutabilidad y flexibilidad de su aplicación* en preceptos más concretos. El precepto de Derecho natural exige que al variar la materia social sobre la que se aplica, varíe correlativamente el contenido del mismo. Y esta variación está contenida en el sentido del precepto mismo, de modo que éste sigue siendo aplicación de un principio único: "Así como la Medicina da unos preceptos para los enfermos y otros para los sanos... y no obstante no varían por esto las reglas de la Medicina..."<sup>34</sup>

Distingue SUÁREZ dentro del Derecho natural aquel cuyos preceptos rigen directamente las relaciones humanas con el nombre de *Derecho natural preceptivo* y con el nombre de *Derecho natural dominativo* aquel cuyos preceptos están condicionados en su validez por una libre decisión humana. El "Derecho natural preceptivo" permite a los hombres cierta libertad de arbitrio y decisión, pero una vez que ésta se ha verificado en un sentido, nuevamente el Derecho natural actúa, ahora como "Derecho natural dominativo" para exigir el cumplimiento y el respeto de la institución así establecida por el Derecho positivo dentro del marco permitido por el Derecho natural.

Así por ejemplo, el "Derecho natural preceptivo" prohíbe la calumnia o exige el

<sup>33</sup> LUIS RECASÉNS SICHES, en "Adiciones" a la *Filosofía del Derecho*, de DEL VECCHIO, t. I, Barcelona, 1935, p. 141. RECASÉNS SICHES ha estudiado con dedicación el pensamiento jurídico español y en particular la obra de FRANCISCO SUÁREZ. A este último ha dedicado un trabajo excelente. *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, Madrid, 1927, al que seguimos en nuestra exposición.

<sup>34</sup> SUÁREZ, II, 14, 9. Cit. por RECASÉNS, op. cit., p. 153.

<sup>32</sup> Puede verse, en el sentido indicado, GROCIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, t. II (*Historia de las doctrinas*): § El cristianismo y la filosofía del Derecho en la Edad Media, y § La escolástica.

respeto a los padres. No se pronuncia en cambio sobre la organización del régimen de la propiedad, dejando en esta materia la decisión al arbitrio humano; pero ya organizada la propiedad de acuerdo con ciertos principios (por ej. la propiedad privada), aparece nuevamente el Derecho natural (dominativo) para prohibir por ej., el robo, etc., y en general para defender la organización adoptada. Otra cosa sucedería si se hubiese adoptado el régimen de propiedad común ya que, en ese caso, los preceptos de Derecho natural que defenderían esa organización serían evidentemente otros.

Las ideas de Suárez son igualmente fecundas cuando se refieren al titular del poder público, materia que interesa tanto a la Filosofía del Derecho como al Derecho político. En este punto Suárez desarrolla nuevamente ideas que ya se encontraban en Santo Tomás. Hemos visto, en efecto, que éste atribuye la promulgación de la ley a la "totalidad de la multitud" o a quien hace sus veces. Suárez afirma que: "por la naturaleza todos los hombres nacen libres y, por tanto ninguno tiene jurisdicción política sobre otro...". Concluye de allí que dicho poder ha de encontrarse en la comunidad, en el todo social. Esta constituye una relación social total o perfecta ya que en ella el hombre puede satisfacer todas las necesidades y fines de su naturaleza social. La autoridad es connatural a esta sociedad política y la coactividad aparece como una nota racionalmente necesaria debido a la imperfección humana. Aparece ya en Suárez la idea del *contrato social*, debido al libre consentimiento de los miembros, como la idea que permite la justificación de cada sociedad concreta, aunque mezclada con la idea del real origen histórico de cada Estado en un pacto semejante.

Después de este gran florecimiento jurídico-filosófico en que España jugó el papel más importante, la influencia del pensamiento tomista, si bien no excluyente, ha sido siempre considerable, sobre todo en los países latinos. Ha contribuido a ello, seguramente, la importancia que a dicho pensamiento ha asignado, en general, la Iglesia Católica, sobre todo a partir de la encíclica "*Aeternis patris*", en la que León XIII hizo la alabanza del Aquinense y recomendó a los fieles el estudio de su doctrina, en cierta medida como respuesta de la tradición grecolatina a los problemas sociales, cuya tensión se hacía cada día más manifiesta.

## § 7.—La escuela clásica del Derecho natural.

22. — Se distingue con este nombre a la corriente doctrinaria que florece en toda Europa durante el siglo XVII, a partir de la obra de Grocio *De iure belli ac pacis*. Se la denomina también corrientemente "escuela del Derecho natural", aunque este nombre es bastante equivoco pues, como ya hemos visto, no es la única escuela iusnaturalista.

La escuela tomista española, si bien se desarrolla en el Renacimiento y alcanza su culminación en plena Edad Moderna (el tratado de Suárez es de 1612) tiene sus verdaderas raíces en la Edad Media. Su verdadero fundador es Santo Tomás (fallecido en 1274, es decir en plena Edad Media) y de él brota, como de la madre tierra, la savia que nutre todas las ramas de la Escuela española. De aquí que, pese a las fechas de sus obras, el pensamiento de los citados juristas-filósofos españoles es *medieval* porque: 1º) acepta el primado indiscutible de los dogmas religiosos y la Teología; 2º) es sustentado por individuos pertenecientes al estamento del clero; 3º) utiliza el método discursivo y expositivo escolástico.

La escuela clásica del Derecho natural, fundada por Grocio, es, por el contrario, una típica representante de la *Edad Moderna*. El pensamiento se desenvuelve ahora con independencia de todo dogma religioso o posición teológica, independencia concientemente buscada por los autores. A la actitud *heterónoma* del pensamiento medieval, substituye una posición de *autonomía*. Además el método discursivo y expositivo de la Escolástica se ha dejado en gran parte de lado y, si bien se escribe en latín —lengua de una minoría— la difusión del humanismo renacentista hace que esa minoría no se reduzca ya al clero.

### a) Grocio.

El holandés HUGO GROCIUS (1583-1645), más conocido por GROCIO, adaptación de su nombre latino GROTIUS, en su libro *De iure belli ac pacis* (1625) funda la nueva corriente iusnaturalista, simultáneamente con el Derecho internacional y, al decir de DEL VECCHIO, la moderna filosofía del Derecho.<sup>35</sup>

Durante todo el curso de la Edad Media, los príncipes y señores gobernantes habían reconocido, al menos teóricamente, dos autoridades "supranacionales": la Iglesia y el Imperio Romano Germánico. Pero las disputas entre el Papa y el Emperador por la primacía— con los grandes partidos de los gibelinos y los gibelinos y la polémica teórica ampliamente difundida sobre el tema— arruinaron esa concepción. Frente a ella, en la Edad Moderna se vino a descubrir y sustentar un principio opuesto: el de la *soberanía* de los Estados, desuelto claramente ya por JUAN BOBÍN (1530-1596) en su libro *De la República* (1576), según el cual cada nación tenía dentro de sí un poder soberano absoluto. Pero, si esto era así, el comportamiento internacional de una nación o sus miembros no podía derivarse de principios jurídicos emanados de un régimen superestatal, ya fuese éste la Iglesia o el Imperio. Por eso cuando GROCIO acomete la empresa de escribir un libro sobre el Derecho en la guerra y la paz, es decir, un libro de Derecho de gentes (Derecho internacional), recurre, para fundamentar sus preceptos al *Derecho natural*, inaugurando así las especulaciones iusfilosóficas modernas.

23. — Grocio distingue un *Derecho voluntario* (*ius voluntarium*), derivado de la voluntad de Dios o de los hombres y, por consiguiente, variable según la voluntad creadora (divina o humana), y un *Derecho natural* (*ius naturale*), producto de la naturaleza de los hombres considerados como seres racionales, y especialmente de su necesidad innata de vivir en sociedad.

<sup>35</sup> GROCIO ocupa tradicionalmente este lugar privilegiado. Sin embargo, como ya hemos advertido en el Cap. XV al tratar el Derecho internacional público, hoy se considera a FRANCISCO DE VITORIA, del que ya hemos hablado, el fundador de dicha rama del Derecho. No obstante, la difusión alcanzada por el libro de Grocio en su tiempo lo destaca, de todos modos y aunque se puedan señalar sus predecesores, como el iniciador de una nueva época en el pensamiento jurídico-filosófico.

hipótesis, un conflicto de intereses y la adecuada solución de la creación normativa consistirá en el adecuado ajuste de los intereses en conflicto. Pero los intereses, que siempre son en última instancia de los seres humanos, pueden ser invocados en nombre del individuo o en nombre de la sociedad, es decir, como intereses individuales o sociales. En realidad, cualquier demanda puede hacerse invocando el interés individual o el social, así por ejemplo, hay un interés individual de la personalidad en la libertad de palabra, pero en relación a la misma existe también un interés social en la difusión de las ideas y el progreso. A efectos de lograr un adecuado ajuste de los intereses en conflicto es necesario, por lo tanto, colocar a los intereses en conflicto en el mismo nivel y por motivos de comodidad, como intereses sociales.

En su revista de los intereses sociales encuentra Pound: I. — Interés social en la seguridad general que comprende: 1º) la paz, el orden y la salud pública; 2º) la seguridad de adquisiciones y transacciones; II. — Seguridad de las instituciones sociales (familia, sucesiones); III. — Seguridad de las instituciones políticas, religiosas, culturales y económicas; IV. — Interés social en el progreso general (económico, político, cultural); V. — Interés en standards mínimos de vida; VI. — Interés en la moral general; VII. — Interés en la conservación de los recursos naturales.<sup>52</sup>

25. — El punto de partida para una teoría general sobre la justicia lo encuentra Pound nuevamente en la afirmación pragmática del derecho en principio a reconocimiento que tiene todo interés o reclamo. El método que preconiza comprende los siguientes pasos: 1º) Observación de los intereses o demandas efectivamente existentes en una sociedad y en un tiempo determinados; 2º) extracción de los "postulados jurídicos" que se encuentran presupuestos en el conjunto de intereses; 3º) Confección de una tabla general de los intereses que pueden reclamar protección por no encontrarse en colisión con los postulados jurídicos; 4º) análisis de los intereses en conflicto y referencia de los mismos a la tabla de intereses confeccionada; 5º) escoger como solución correcta del conflicto aquel ajuste de intereses que importe una menor perturbación en la tabla considerada como un todo.<sup>53</sup>

d) *El realismo jurídico norteamericano.*

26. — La escuela más importante en los EE. UU. en los últimos tiempos, se caracteriza por su extremismo en la empresa de atenerse a los hechos en los estudios jurídicos. El antecedente aceptado es HOLMES con su sentencia de que interesa lo que los tribunales realmente *hacen*. Según uno de los miembros mas destacados de la escuela, el realismo parte de la base de que: 1º) el Derecho se encuentra en cambio constante; 2º) es un medio para

<sup>52</sup> ROSCOE POUND, *A survey of social interests*, 57 *Harv. Law Rev.*, 17.  
<sup>53</sup> STONE, ob. cit., ps. 359 y ss.

fines sociales; 3º) la sociedad cambia, a su vez, aún más rápidamente de lo que lo hace el Derecho; 4º) el jurista debe observar lo que hacen los tribunales y ciudadanos con prescindencia de lo que deberían hacer; 5º) el jurista debe revelar del supuesto o creencia de que las reglas jurídicas tal como aparecen en los libros representan lo que los tribunales y la gente hacen; 6º) debe serle sospechoso igualmente el supuesto de que las reglas tal como son enunciadas producen las decisiones que pretenden fundarse en ellas.<sup>54</sup>

§ 6. — La escuela de Viena. Hans Kelsen y la teoría pura del Derecho.\*

27. — HANS KELSEN, nacido en Praga en 1881, estudió en las universidades de Viena, Heidelberg y Berlín, doctorándose en la primera en 1906, y profesó Derecho público en la misma universidad a partir de 1911. En este mismo año publicó una obra en la que se exponían por primera vez las doctrinas que constituyen la teoría pura del Derecho, doctrinas destinadas a tener una enorme repercusión y a abrir un nuevo período en la historia del pensamiento jurídico contemporáneo. *Los problemas capitales de la teoría del Derecho político, desplegados por la teoría de la proposición jurídica* era el título completo de esta primera obra —conocida usualmente como *Hauptprobleme*. . . — con la que iniciaba su marcha ascendente la fusión de las nuevas ideas y se fundaba la importante escuela de Viena.

KELSEN continúa fundamentalmente la trayectoria del iuspositivismo dogmático y estatal y, más especialmente, la idea de constituir sobre dichas bases una Teoría general del Derecho, tal como ya lo había intentado Austin en Inglaterra y diversos autores en Alemania. Pero el maestro de Viena se destaca por encima de todos esos intentos anteriores porque realiza un análisis crítico de la ciencia jurídica reflexionando sobre las formas propias del pensamiento de los juristas, de suerte que sus indagaciones no tienen un carácter meramente empírico sino lógico o metodológico, fundamental. A la escuela de Viena, juntamente con KELSEN, cabe adscribir a otros destacados autores, tales como ADOLF MERKL, ALFRED VON VERDROSS, FÉLIX KAUFMANN, JOSEPH KUNZ, FRITZ SCHREIER, etc.

La influencia de Kelsen —aparte de lo que debe considerarse estrictamente su escuela— ha sido extraordinaria, abarcando todo el orbe, ya que sus obras han sido traducidas prácticamente a todos los idiomas. Su obra ocupa un lugar señero en el pensamiento jurídico contemporáneo y puede decirse, sin lugar a dudas, que ha sido un aporte decisivo para la Teoría general del Derecho, es decir, para ese intento de desentrañar los

<sup>54</sup> KARL N. LLEWELLYN, *Some realism about realism*, 44 *Harv. Law Rev.*, 1292; STONE, ob. cit., 415, 382.  
\* JOSÉ VILANOVA, *Exposición de la teoría pura del Derecho*, en *Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales*, Bs. Aires, n° 40, 1954, *passim*.

conceptos fundamentales que se dan necesariamente en cualquier ordenamiento jurídico y la estructura propia de este último. Ese lugar señalado que ocupa la doctrina kelseniana y el hecho de que la mencionada Teoría general del Derecho constituya el núcleo mismo de la introducción al Derecho, nos llevan a dedicar a la exposición de la teoría pura kelseniana una atención especial en esta reseña del pensamiento jurídico.

Para proceder a esta exposición hemos reducido la bibliografía, de intento, prácticamente a dos obras originales de Kelsen: *La teoría pura del Derecho, introducción a la problemática científica del Derecho* (1934) y *Teoría general del Derecho y del Estado* (1945).<sup>53</sup> La primera constituye aun la versión sintética insuperada dada por el mismo maestro de sus ideas fundamentales; la segunda, el tratado completo en el que esas ideas adquieren acabada explicación. La remisión continua a dichas obras básicas permitirá al lector confrontar y explayar a gusto, en ellas, los conceptos necesariamente esquemáticos de nuestra exposición. Debemos, por último, advertir que en un determinado punto (a saber: la asimilación de la norma, ya a un juicio, ya a un imperativo "despsicologizado") en el que Kelsen ha variado sensiblemente su doctrina primitiva, hemos preferido conservar la estructura de la exposición y el pensamiento del que nos animáramos a llamar Kelsen clásico.

# I.—La pureza metódica.

28.—La exigencia metodológica de pureza constituye por definición el punto de partida de la teoría pura. Sostiene Kelsen que la ciencia jurídica se halla envuelta en múltiples confusiones y oscuridades, derivadas todas del hecho de que sus afirmaciones e indagaciones se encuentran confundidas con las que son propias de otras disciplinas, a saber, la Moral, la Política, la Sociología, la Psicología, etc. Kelsen propone terminar con esta confusión de límites depurando a la ciencia jurídica de todo material espurio y obteniendo, así, una *teoría jurídica pura*, esto es, que se refiere *exclusivamente al Derecho positivo*. Esta exigencia metodológica de pureza se cumple mediante dos purificaciones<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> En lo que sigue estas obras se citarán en el texto y entre paréntesis, en forma abreviada, indicando el número de página a que se refiere la cita. Se han consultado también con alguna frecuencia *La teoría pura del Derecho* y *la jurisprudencia analítica y la idea del Derecho natural*, dos excelentes trabajos de Kelsen incluidos en el volumen *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Bs. Aires, 1946, ps. 209 a 237 y 15 a 52, respectivamente.

<sup>54</sup> Las dos purificaciones son independientes, por lo que, en rigor, el orden de su exposición es indiferente. Nosotros preferimos comenzar, aquí, por la purificación positivista y antinaturalista y continuar por la distinción de *ser* y *deber ser*, es decir, por la purificación antisociológica. Más adelante resumiremos las dos purificaciones en el orden contrario, que es el más usual en las exposiciones.

a) 1ª purificación: de la Política, la Moral, la Justicia y toda ideología (purificación positivista, antinaturalista).

29.—La teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo. Quiere conocer su objeto, decir qué es y cómo es, pero no responde a la cuestión de cómo debe ser (*T. pura*, p. 25), su propósito exclusivo es el conocimiento del Derecho, no la formación del mismo (*T. general*, p. VI). Se mantiene alejada de toda ideología política; y, al advertir que el Derecho es siempre positivo<sup>55</sup>, se mantiene también alejada de toda especulación sobre la pura Justicia. Esta última indagación es científicamente imposible porque la Justicia es un ideal irracional que no se deja teorizar (*T. pura*, p. 41).

b) 2ª purificación: de la ciencia natural y en particular de la sociología jurídica (purificación antisociológica o antinaturalista).

30.—"Si es necesario separar la ciencia jurídica de la política, no es menos necesario separarla de la ciencia natural" (*T. general*, p. VI). Esto es bien difícil: los "estados de cosas" que se tienen por Derecho son siempre, también hechos de la naturaleza. Así, por ejemplo, un hombre vestido de toga pronuncia ciertas palabras (lo que significa: se ha dictado una sentencia); un hombre estrangula a otro (lo que significa: delito de homicidio); unos hombres reunidos en una sala pronuncian discursos y luego unos permanecen sentados mientras otros se ponen de pie (lo que significa: se ha votado una ley).

31.—*Hecho natural (acto) y significación*.—En cada uno de los ejemplos precedentes podemos diferenciar, analíticamente, dos elementos: 1º) un *hecho perceptible* por los sentidos, un suceso exterior constituido generalmente por hechos de conducta humana; 2º) un *sentido*, una significación específica adherida a ese acto (*T. pura*, ps. 26-7).

El suceso exterior, que se desenvuelve en el tiempo y en el espacio, es un trozo de naturaleza y puede investigarse, como tal, en forma científico-natural. Pero ese suceso exterior, en cuanto tal *hecho natural*, no interesa al jurista, no es objeto de la ciencia jurídica ni es, por tanto, nada jurídico. Lo que hace de ese mero hecho algo "jurídico" es su sentido o significación. Este sentido específicamente jurídico lo recibe el hecho de una *norma que se refiere a él mediante su contenido*. "Que una situación de hecho sea ejecución de una sentencia de muerte y no un asesinato... resulta... por la confrontación con el código penal y con la ley de enjuiciamiento criminal" (*T. pura*, p. 30).

<sup>55</sup> La expresión Derecho positivo es, pues, según Kelsen, pleonástica. Hablaríamos, por lo tanto, simplemente de Derecho, o aun, para evitar toda confusión, de "Derecho (positivo)" expresión en la que la colocación del adjetivo entre paréntesis hace resaltar su carácter superfluo o pleonástico.

32. — *Ser y deber ser. Causalidad e imputación.* — El estudio del real comportamiento de los hombres tal como éstos efectivamente se conducen (en forma determinada por leyes causales) constituye la tarea de la sociología (*T. general*, ps. VI/VII) y, en particular, de la sociología jurídica que estudia causalmente aquellos hechos a los que las normas jurídicas otorgan un sentido jurídico (*T. pura*, p. 35). El estudio de las normas, del orden jurídico positivo como sistema de normas que están dando efectivamente su sentido jurídico a la conducta de los hombres<sup>58</sup>, constituye, en cambio, la tarea de la ciencia jurídica.

No debe, pues, confundirse el problema de cómo los hombres se conducen en realidad y habrán probablemente de conducirse (sociología) con el problema de cómo *deben* ellos conducirse jurídicamente (ciencia del Derecho). Importa depurar a la teoría jurídica de todo elemento científico-natural y, en particular, de la sociología del Derecho. A la teoría jurídica pura no le interesan los motivos que determinaron al legislador a dictar cierta ley, ni los *hechos económicos* que pueden influir en la sentencia de un tribunal, ni el *temperamento* o el *carácter del juez*, que puede decidir, quizá, la suerte del litigio, ni los *efectos* reales que puedan resultar de la aplicación de una norma. Todo ello cae en el plano causal y es, por lo tanto, ajeno a su interés específico. La teoría pura se coloca, por lo tanto, en la misma dirección que la "jurisprudencia analítica" de AUSTIN —aplicando con mayor rigor su punto de partida— y en una dirección opuesta a la denominada "escuela sociológica".<sup>59</sup>

33. — Esta separación entre la ciencia causal-explicativa y la normativa, referida la primera al comportamiento real de los hombres tal como *es* o *será* y la segunda al comportamiento tal como *debe ser*, se obtiene acudiendo a estas dos categorías últimas e irreductibles: *ser y deber ser* (*sein und sollen*) (*T. general*, p. 38. *T. pura*, p. 46 y ss.). Las normas no atribuyen a la conducta el sentido de que algo efectivamente *es* o *será* sino el sentido de que algo *debe ser*.<sup>60</sup> La ley natural enlaza a un *hecho antecedente* como *causa*

<sup>58</sup> Esta expresión "que están dando efectivamente su sentido jurídico a la conducta de los hombres" no es típica de Kelsen para aludir a la nota de positividad propia del orden normativo. La empleamos, no obstante, porque nos parece exacta y casi un mero corolario de lo adelantado por el mismo Kelsen sobre *hecho natural* (acto) y *sentido* (significación) que se ha explicado en este mismo párrafo.

<sup>59</sup> HANS KELSEN, *La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica*, cit., p. 217.

<sup>60</sup> Esta definición del Derecho como deber ser ya había sido ganada, en cierto modo, por la ciencia jurídica tradicional, especialmente en el siglo XIX. Pero pese a los alardes positivistas de las direcciones científicas imperantes en ese siglo, ese deber ser no había sido aún limpiamente desprendido de conexiones insnaturalistas y arrastraba consigo, aunque oscuramente, la pretensión de ser algo intusnece o absolutamente justo, valioso, recto o bueno. Este deber ser no debe entenderse, empero, en un sentido moral o insnaturalista: a ello se opone la purificación de sentido positivista o antideológico ya tratada.

(que efectivamente *es*) un *hecho consecuente* como *efecto* (que *debería* o probablemente *será*); la norma jurídica enlaza a un *hecho antecedente* (o *condición*) un *hecho consecuente* que *debe ser*. En un caso la forma de enlace de los hechos es la *causalidad* (tener que ser); en el otro, la *imputación* (deber ser) (*T. pura*, p. 48). La imputación no refleja ni pretende reflejar algo que efectivamente ocurra en el orden de la naturaleza; es, meramente, el sentido de las normas jurídicas.<sup>61</sup> En el sentido de la filosofía kantiana: así como la *causalidad* es categoría gnoseológico-trascendental del conocimiento científico-natural y no categoría trascendente de la "cosa en sí", del mismo modo la *imputación* es categoría gnoseológico-trascendental del conocimiento científico-jurídico que resulta necesaria para la aprehensión del material jurídico empírico (*T. pura*, ps. 49 a 51).

#### c) La teoría jurídica pura como residuo.

34. — Practicadas las dos purificaciones a que nos hemos referido precedentemente, el residuo, liberado así de ingredientes espurios, constituye la idea de la ciencia jurídica —más o menos realizada en la obra de los juristas— a cuyo desentrañamiento final se aplica la obra kelseniana. Repasemos, entre tanto, las dos purificaciones —aunque invirtiendo ahora el orden anterior—:

Por una parte, es necesario separar el *ser* del *deber ser*; lo que los hombres efectivamente hacen en virtud de una causalidad múltiple (cuyo estudio corresponde a la Sociología, la Psicología, etc.), de lo que deben hacer. Por otra parte, es necesario separar, dentro ahora del reino del *deber ser*, aquello que debe ser por su intrínseco valor (que no interesa a la ciencia jurídica positiva sino a la Moral, el Derecho natural o la Política). El residuo, es decir, aquello que *debe ser*, no por su intrínseco valor, sino por que constituye el contenido de las normas jurídicas, es el objeto de la ciencia jurídica pura.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Se acostumbra a designar al hecho imputado al antecedente, es decir, al consecuente con el nombre de "efecto jurídico". Se habla, en este sentido, de los efectos jurídicos de los contratos, del matrimonio, del nacimiento, etc. Pese a que dicha denominación se encuentra muy generalizada, debe tenerse siempre presente que es impropia y que lo que en verdad ocurre es que en ciertas normas aparecen dichas consecuencias imputadas a tales antecedentes.

<sup>62</sup> La ciencia jurídica propiamente dicha se ocuparía, pues, del deber ser establecido, que forma el contenido propio de un orden jurídico dado (por ejemplo: el Derecho argentino, el francés, el internacional, etc.).

Pero la teoría pura del Derecho expuesta por Kelsen, que no se ocupa del contenido de esta o aquella norma u ordenamiento sino que se limita a estudiar ese deber ser, vacío de todo contenido, es decir, *formalizado*, en sus estructuras necesarias, ¿qué sería? Según la profunda observación de CARLOS COSSIO, ese estudio de la norma y el ordenamiento en cuanto tales, sin contenido alguno, en sus estructuras puramente formales —a partir de la categoría fundamental de *deber ser*— sería una *lógica jurídica formal*. Correlativamente, para COSSIO, ese deber ser que resulta de la doble purificación kelseniana no sería otra cosa que una *cópula lógica* que funciona uniendo an-

## La norma jurídica

## a) La norma como imputación hipotética.

35. — Las dos purificaciones estudiadas en el párrafo anterior sirven para precisar el concepto central de la jurisprudencia (ciencia del Derecho): <sup>53</sup>Según el corifeo máximo de la *escuela analítica*, AUSTIN, las normas (emplea la expresión *leyes o reglas*) son órdenes o mandatos del soberano. Pero esta afirmación debe ser sometida al principio de la doble purificación, liberada de impurezas psicológicas, sociológicas y/o insnaturalistas, y sólo así se obtendrá el concepto de *norma* propio de la teoría jurídica.

36. — 1°) *La norma no es una orden o mandato.* — Una orden es la expresión de *voluntad* de un individuo dirigida a otro individuo, determinando la conducta de este último. No hay orden sin voluntad real, pero este elemento de real ser —que interesa a la Psicología— es indiferente a la ciencia jurídica: las normas jurídicas no sustentan su validez en la existencia de ese fenómeno real de voluntad que constituye la orden y sin la cual esta última es impensable. Contra la equiparación de norma y orden, se advierte, en efecto, que: 1°) hay normas vigentes que nunca han sido enunciadas en la forma que es esencial al mandato (v. gr., las normas consuetudinarias); 2°) las normas subsisten pese a que haya desaparecido la “voluntad” que les dió origen (así, por ejemplo, un testamento entra a regir cuando el otorgante ha fallecido); 3°) es una ficción pensar que una ley es la “voluntad” del parlamento, ya que el parlamento carece de voluntad real-psicológica y no puede, por consiguiente, dar órdenes; 4°) cabe, en fin, destacar que es esencial a la existencia de la voluntad psicológica real la representación de aquello que se quiere y que esta representación puede faltar en absoluto en los órganos de los que emana la norma jurídica (los legisladores, v. gr, pueden no estar enterados del contenido del proyecto de ley pese a lo cual su voto concurre a formar la “voluntad” del cuerpo; las partes otorgantes de un contrato no están, frecuentemente, al tanto de las últimas consecuencias precedente y consecuente del mismo modo que la fórmula tradicional “es” une en la Lógica del ser el sujeto con el predicado. Purificado el *deber ser* del ser, la segunda purificación que elimina el *deber ser* axiológico nos deja frente a un *puro deber ser* lógico (V. CARLOS CÓSIO *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, Santa Fe, 1941, y B. Aires, 1954, Cap. II; *La teoría egológica*, ps. 134 y ss., especialmente y, 184; *Teoría de la realidad jurídica*, ps. 97 a 102).

Sobre el sentido de la obra kelseniana nos explayamos aún en la parte final de este trabajo, punto 7°, aceptando su sentido metodológico y, por lo tanto, en buena medida, lógico-formal.

<sup>53</sup> HANS Kelsen, *Teoría pura y jurisprudencia analítica*, cit., p. 220; id., *Teoría general*, p. 51: “El concepto de regla jurídica en sus dos aspectos —la regla de derecho como norma creada por una autoridad jurídica para regular la conducta humana, y como instrumento empleado por la ciencia jurídica para descubrir el derecho positivo— es el concepto central de la jurisprudencia” (en el sentido de ciencia del Derecho).

del acuerdo —que pueden escapar también a un profesional del Derecho—, no obstante lo cual ellas aparecen como consecuencias “queridas” como la “voluntad de las partes” al celebrar el acuerdo de voluntades).

37. — No hay, pues, en la norma jurídica, nada de voluntad en sentido propio que permita su asimilación a una orden. Si, no obstante, se insiste en concebir el Derecho como un mandato, entonces será forzoso aclarar que se trata de un mandato *sui generis* abstraído de todo fenómeno psicológico real; de una orden “despsicologizada”. Al definir la norma como “voluntad” u orden del Estado o del soberano se comete, todavía, otra hipóstasis (trasgresión de lo ideal hacia lo real) pues no sólo se atribuye existencia como voluntad real psicológica a lo que no es más que una abstracción (el deber contenido en la norma) sino que, tomando en préstamo conceptos a la Política o a la Sociología, se inventa también un sujeto hipotático de esa “voluntad”: el Estado o el soberano. Así como la “voluntad” del Derecho o de la ley, no pasa de ser una analogía y no una auténtica voluntad, así tampoco este sujeto hipotático es un verdadero sujeto. El Estado no existe —ni es capaz de voluntad— de la misma forma que existe el sujeto individual. Como veremos aún, más adelante, el Estado no es otra cosa que una expresión para la unidad del ordenamiento jurídico y la teoría jurídica pura debe concebirlo así, sin acudir a conceptos tomados de la Política o la Sociología.

38. — 1°) *La norma como juicio o proposición hipotética.* Depurada de los fenómenos de voluntad intersubjetiva (órdenes) en los que puede, o no, generarse, se impone estudiar la norma en sí misma. Aparece ésta, entonces, como un juicio o proposición en el que se establece un deber. Pero este deber no se encuentra establecido pura y simplemente —como puede quizá suceder con el deber moral o imperativo de conciencia— sino establecido bajo la condición de que ciertos hechos sucedan efectivamente. La norma jurídica no dice, por ejemplo, “paga tu alquiler”, “no matarás” (debes pagar, no debes matar) sino “si has alquilado una cosa, paga su alquiler (debes pagar su alquiler) o, mejor aún, “si el inquilino no paga su alquiler debe ser el cobro compulsivo del mismo”; “si alguien matare a otro, deberá sufrir prisión de tantos años”, etc.

La norma, en suma, no es un juicio categórico, sino un *juicio hipotético*.<sup>64</sup> El juicio hipotético que expresa el enlace específico (imputación) de

<sup>64</sup> Según los esquemas de la lógica tradicional los juicios se clasifican, por su relación en *categorías*, *hipotéticos* y *disyuntivos*. La verdad de un juicio categórico no está condicionada por la de ningún otro juicio. Por ejemplo: “2 + 3 = 5”; o “Este líquido hierve a los 100°”. La fórmula de estos juicios puede reducirse al esquema formal “S es P”. Son, en cambio, juicios hipotéticos, aquellos cuya verdad está subordinada a la de otro juicio. La verdad del juicio hipotético se encuentra relacionada con la de otro juicio ya que se encuentra puesta *bajo la condición* de que el otro juicio sea verdadero. Por ejemplo: “Si A es mayor que B y B es mayor que C (condición), entonces A es mayor que C (juicio hipotético)” o “Si este líquido es agua, entonces hervirá a los 100°”. La fórmula de estos juicios puede reducirse al esquema

una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada (T. pura, p. 47). También la ley natural se expresa en un juicio hipotético, pero, como ya lo hemos advertido al distinguir ser y deber ser, el sentido del enlace que establece la norma es diferente al sentido del enlace que establece la ley natural. El juicio hipotético que constituye la norma jurídica se expresa en el esquema: "Si A es, B debe ser", siendo A la situación de hecho condicionante y B la consecuencia jurídica condicionada que se imputa a la primera. El juicio hipotético que constituye la ley natural se expresa en la fórmula: "Si A es, B tiene que ser", siendo A la causa y B el efecto necesario (o probablemente) determinado por la primera. En ambas, la consecuencia B se encuentra subordinada lógicamente a la hipótesis A, pero el sentido del enlace es diverso ya que en un caso la causalidad (categoría del conocimiento natural) nos refiere a una experiencia de necesidad, y en el otro, la imputación (categoría del conocimiento jurídico) nos refiere a una experiencia de libertad.<sup>33</sup>

b) La norma jurídica, norma coactiva.

39. — Con la imputación se ha logrado el género próximo de norma, pero no la diferencia específica de la norma jurídica. Lo específico de la norma jurídica es ser una norma coactiva. La consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición es el acto coactivo estatal, esto es, la pena o la ejecución civil o administrativa" (T. pura, p. 52).

40. — 'Purificación de la idea de coacción. — El exacto sentido de la afirmación precedente de que la norma jurídica es una norma coactiva se obtiene depurando de elementos extraños la misma aserción contenida ya en la ciencia dogmática del siglo XIX, especialmente en la escuela de Austin. Este entendía que el orden jurídico no solamente "manda" al individuo comportarse de cierta manera, sino que dicho mandato se encuentra reforzado, ya que la autoridad "compele" a obedecerlo con la amenaza de una sanción formal "Si Q es R, S es P", siendo S es P el juicio condicionado o hipotético y Q es R la condición o hipótesis. Debe tenerse presente que si bien en el lenguaje diario sólo se emplean expresiones hipotéticas para el caso en que la situación en concreto sea desconocida (v. gr. "si hace buen tiempo iremos de paseo"), desde el punto de vista lógico la relación hipotética sigue siendo la misma aun cuando se sepa a ciencia cierta el valor de verdad o falsedad de la hipótesis.<sup>34</sup> Kelsen es consciente de esta relación, pero, según él, en esta relación se agota el sentido mismo del tema de la libertad, pero, según él, en esta relación se agota el sentido mismo del tema de la libertad. La libertad es el término final de una imputación. No es que se puedan imputar ciertos actos a los hombres por ser éstos libres, sino que éstos "son libres" en tanto y en cuanto son imputados normativamente. Esta es, según Kelsen, una solución puramente racional y no metafísica del tema de la libertad, ya que racionalmente los actos humanos que se reputan "libres" no pueden escapar a la ley de causalidad y se encuentran sometidos a ella. Nosotros entendemos que la posición de Kelsen lleva implícita una metafísica determinista y naturalista y que el intento de eludir el tema metafísico y ontológico de la libertad está condenado al fracaso. Pero no podemos explayar aquí los fundamentos de esta opinión.

para el caso de desobediencia. La obediencia a los mandatos del Derecho se obtendría por medio del miedo a la sanción (Teoría pura y jurisprudencia analítica, cit., p. 223).

Pero es menester depurar dicha afirmación de elementos psicológicos (miedo) y sociológicos (compulsión, poder, etc.). Puede ocurrir, efectivamente, que la "obediencia" al "mandato", es decir, el cumplimiento de la norma, no sea determinado por el miedo a la sanción sino por otro motivo psicológico cualquiera. La afirmación impura, es, por consiguiente, inexacta. Por otra parte, no esclarece el menester del científico ya que al jurista poco le importa si el cumplimiento de la norma ocurre por miedo, por interés, por respeto, etc. La afirmación llevada al rango de pureza por Kelsen es, en cambio, absolutamente exacta, no admite grados ni excepciones: es norma jurídica la que enlaza a un hecho condicionante una consecuencia coactiva, un daño infligido por un órgano del Estado (privación de la vida, libertad o bienes), consecuencia que recibe el nombre de sanción.

III. — Conceptos jurídicos fundamentales implicados en la estructura de la norma jurídica.

41. — Del concepto central de la ciencia jurídica, esto es, la norma, surgen mediante un puro análisis todos los conceptos jurídicos fundamentales con los cuales dicha ciencia conceptúa necesariamente el material empírico que le ofrece el Derecho positivo. Veamos, a continuación cada uno de los conceptos que encuentra Kelsen:

a) Sanción. — Como ya hemos mostrado en el número anterior, la sanción es la consecuencia que se encuentra imputada en la norma jurídica: un daño infligido por un órgano del Estado al que ha incurrido en la hipótesis condicionante o hecho antecedente de la norma.

b) Transgresión, hecho antijurídico (ilícito) o entuerto. — Es el hecho antecedente al que se encuentra imputada la sanción, es decir, la hipótesis que condiciona la reacción específica (coactiva) del Derecho.

La teoría tradicional ve las cosas a la inversa, es decir, no define lo antijurídico (ilícito) como el antecedente de la sanción sino que entiende que un hecho se sanciona precisamente porque es antijurídico. Pero esta concepción tradicional, pese a sus pretensiones positivistas, recae aquí en iusnaturalismo. Para la teoría positivista pura del Derecho no hay acciones "malas in se" sino sólo "malas prohibidas" (T. general, p. 52). De este modo lo antijurídico abandona su posición extrastemática de "violación al Derecho". Necesariamente el jurista y la ciencia jurídica deben conocer y concebir lo antijurídico (piénsese, por ejemplo, en un penalista) y, puesto que es objeto del conocimiento jurídico, lo "antijurídico" es Derecho. Con terminología puesta de relieve por Cassio: se evita toda confusión entre lo antijurídico (ilícito) y lo ajurídico.

42. — c) El deber jurídico y la "norma secundaria". — El deber jurídico es lo opuesto contradictoriamente a la trasgresión. Si lo físico es matar, el deber es no matar; si la trasgresión es no restituir un préstamo, el deber es restituirlo; si el enjuerto es apoderarse de lo ajeno, el deber es no apoderarse, etc. (*T. general*, p. 60; *T. pura*, p. 57).

Esta formulación negativa del deber jurídico, a partir de la trasgresión, es, por cierto, novedosa. La teoría tradicional, gravada siempre por impurezas sociológicas y/o iusnaturalistas, entiende que el deber jurídico es el estado social deseable perseguido por el legislador y mandado por ésta en la expresión de su voluntad que es la norma. De modo que norma para la teoría tradicional, es el "mandato" que establece el deber jurídico. La violación de dicha norma acarrea la sanción. Para Kelsen, en cambio, norma jurídica es la que establece la sanción pues en ella se encuentra el momento de concepción definitiva de lo específicamente jurídico.

Sin embargo, Kelsen admite, como mero expediente técnico o expositivo, que se exprese en forma normativa el deber jurídico, diciendo, v. gr., "dada la locación debe ser el pago del alquiler". Esta "norma" con la que puede enunciarse el deber no es sino un epifenómeno de la auténtica norma en la que aparece imputada la sanción. Para la primera puede reservarse el nombre de "norma secundaria" (*T. pura*, p. 57; *T. general*, p. 62). La norma secundaria no es, en verdad —según Kelsen— norma jurídica; es sólo un medio técnico para expresar en forma más breve y accesible lo que sólo una norma "enuncia cabal y correctamente: que bajo condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo" (*T. pura*, p. 58 y p. 77).

#### d) El derecho subjetivo. Su reducción al objetivo

43. — La teoría pura señala el significado ideológico iusnaturalista que está tras la difundida oposición entre Derecho objetivo (norma) y derecho subjetivo como algo propio del individuo e independiente de aquél. Muestra Kelsen que dicho dualismo es insostenible y que la noción de derecho subjetivo —así como la de persona o sujeto de derecho que le está estrechamente ligada— son perfectamente reducibles a la noción central de norma jurídica.

44. — Sentido ideológico de la doctrina tradicional. — Se define tradicionalmente el derecho subjetivo como interés (IHERING) o voluntad (WINDSCHEID) jurídicamente protegidos. Se ha objetado certeramente a dichas doctrinas que lo decisivo es la protección jurídica (es decir, la presencia de una norma) y no el interés o la voluntad. No obstante, la doctrina tradicional subsiste pese a la objeción teórica, persistencia en la que se pone de manifiesto un papel ideológico tanto o más importante que el puramente teórico.

Al definir el derecho subjetivo como interés o voluntad se le atribuye una naturaleza esencialmente diversa al derecho objetivo (norma o conjunto de normas). El sentido ideológico de este violento dualismo consiste en la

tesis de que el derecho subjetivo precede lógica o temporalmente al objetivo. El derecho subjetivo —y en particular la propiedad, su representante más caracterizado— aparece como una categoría trascendente al Derecho objetivo. Este último no hace sino "proteger" estos derechos subjetivos que encuentra, ya constituidos, ante sí. De este modo, se ponen subrepticamente, otra vez vallas infranqueables (iusnaturalistas) al contenido del Derecho objetivo positivo: se trata de proteger al individuo y sus "derechos" (naturales) frente al orden jurídico positivo; especialmente se trata de proteger la institución de la propiedad privada de su abolición por el orden jurídico.

En estrecha conexión con ese pensamiento tradicional se encuentra la idea de persona concebida como el portador del derecho subjetivo y también la división de los derechos subjetivos en personales (con relación a una persona) y reales (sobre la cosa). Con esta última categoría se encubre la decisiva función económico-social de la propiedad —que la teoría socialista, con razón o sin ella, designa como explotación—. Se pretende adjudicar a la propiedad, paradigma de todo derecho real (sobre la cosa) un papel diferente a todos los derechos (personales) que se tienen en relación a cierta persona, cuando en verdad el derecho real consiste en el deber que tienen los demás de no perturbarlo.

#### 45. — El derecho en sentido subjetivo. Preeminencia del deber jurídico.

— El derecho en sentido subjetivo no es sino la norma en su referencia a la conducta concreta de un individuo determinado (*T. pura*, p. 77). En primer término la norma hace referencia a un sujeto en el establecimiento del deber, concepto que ya hemos estudiado (*Supra*, n.º 42). El deber es siempre, en efecto, el deber de alguien, el sujeto obligado, y constituye el concepto básico o fundamental de la relación jurídica al que hace referencia directa la norma.

46. — El derecho subjetivo. Derecho subjetivo en sentido amplio y en sentido técnico o estricto. — Pero el establecimiento de un deber para un sujeto determinado implica siempre la delimitación de una zona de libertad para otro sujeto frente al cual se encuentra obligado el primero. "Tengo el derecho subjetivo de hacer algo, sólo en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga" (*T. general*, p. 77). Se establece así la relación jurídica entre dos sujetos, uno facultado y otro obligado, sobre la base del deber del último directamente establecido por la norma jurídica (secundaria). El derecho subjetivo (facultad) aparece como un mero reverso del deber jurídico de otro o, en general, de los demás. Tengo derecho a la vida porque los demás están obligados a no violarla, a un crédito, porque alguno está obligado a pagármelo, etc.

66 Aunque la expresión "derecho en sentido subjetivo" no es muy típica de Kelsen se ha impuesto como la más adecuada para designar la situación del individuo ante la norma jurídica, situación comprensiva tanto del deber jurídico como del derecho subjetivo o facultad.

pero en algunos casos la norma se encuentra puesta a disposición del facultado y entonces se habla de derecho subjetivo en un sentido estricto o técnico. Ello ocurre cuando "entre las condiciones de la consecuencia jurídica (sanción) se incluye una manifestación de voluntad dirigida a ella y emitida en forma de acción procesal o querrela" (T. pura, p. 78). El derecho subjetivo en sentido estricto constituye la técnica específica del orden jurídico capitalista en el dominio del denominado Derecho privado. Así, no basta que mi deudor no me abone su deuda para que el órgano del Estado (juez) disponga contra él el pago compulsivo (sanción). Es necesario, además, que yo, el facultado, entable la correspondiente acción, es decir, exija al órgano jurisdiccional que aplique la consecuencia jurídica contra el infractor. Pero también el derecho subjetivo en sentido estricto es reducible a la norma ya que es ésta misma la que establece la necesidad de la acción. Es el mismo Derecho objetivo u ordenamiento jurídico el que coloca ciertas normas a disposición de los particulares afectados.

47. — *La persona. Persona natural y persona jurídica.* — La palabra persona corresponde a un lenguaje jurídico antropomórfico que oculta, también, un tema puramente normativo. La reducción anterior del derecho en sentido subjetivo (deber y facultad) al Derecho objetivo o norma, allana el camino para esta otra reducción de la idea de persona a la de conjunto o haz de normas.

El "nombre" es "persona" (jurídicamente hablando) en la medida en que su conducta se encuentra prevista, como facultad o deber, por el orden jurídico. "La persona es sólo una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas" (T. pura, p. 83). Si tomamos nosotros el conjunto de normas en las que aparece el elemento común "Fulano de tal", ya sea como obligado o como facultado, tendremos un haz de normas unificadas por ese elemento común. Este haz constituye la esencia de la "persona" ya que al científico del Derecho no le interesa ese fulano en cuanto ente biopsíquico sino en tanto en cuanto es sujeto de derecho, es decir, en la medida en que se encuentra previsto por las normas jurídicas.

El mismo mecanismo normativo explica perfectamente el zarandeado tema de las llamadas *personas jurídicas* (o colectivas). Aquí aparece como obligada o facultada una "persona jurídica". Ello quiere decir que la norma determina el contenido material de la obligación o el facultamiento, el que

67 Advértase que en la exposición nos colocamos —como con plena propiedad corresponde hacerlo— en el plano de las normas individuales, pero que una situación similar se reproduce en el de las normas generales con los conceptos genéricos que hacen referencia a una situación personal (ciudadano, padre, cónyuge, propietario, etc.). Advirtamos, también, que la palabra "facultado" tiene ya dos sentidos: uno amplio que hace una mera referencia al reverso correlativo a un deber jurídico de otro u otros; otro más estrecho que se limita a los casos en que la norma jurídica se encuentra puesta a disposición de un sujeto que recibe, por ello, la denominación técnica de facultado o titular de un derecho subjetivo.

(pagar una suma de dinero, responder por los daños, construir un edificio) dejando indeterminado *quién* (qué individuo concreto, fulano, mengano) debe cumplir el acto o está facultado para ejercer la acción. La "persona jurídica" es un ordenamiento jurídico parcial en el cual el orden jurídico general delega la determinación concreta del individuo obligado o facultado. De este modo, los individuos componentes de la persona jurídica son facultados u obligados por el orden jurídico general de un modo mediato. Así, por ejemplo, si una sociedad anónima aumenta su patrimonio ello quiere decir que, de acuerdo con lo que establecen los estatutos o las disposiciones tomadas válidamente por el Directorio o la Asamblea, oportunamente dicha ganancia debe ser distribuida entre los accionistas. Si dos Estados firman un acuerdo comercial, ello quiere decir que ciertos individuos han firmado dicho acuerdo: la determinación de qué individuo concreto deba otorgar el acto queda librada al ordenamiento interno de cada Estado. Esta imputación de un acto a un orden jurídico parcial puede ser designada como *imputación central*, para diferenciarla de la imputación de antecedente a conse-  
cuente en la proposición jurídica (T. pura, p. 89).

#### IV. — El orden jurídico y su gradación.

48. — Las normas jurídicas no se encuentran aisladas unas de otras ni formando un mero agregado de normas sin orden ni concierto. Por el contrario, las normas se encuentran relacionadas unas con otras según un orden que establece entre las mismas una subordinación y una jerarquía. Las normas aparecen mutuamente relacionadas en tal forma que el conjunto de ellas deviene, en fin, un todo unitario, un sistema de normas —que recibe el nombre de *orden u ordenamiento jurídico*— en el cual cada una tiene su lugar. ¿Cuál es el principio que determina la unidad sistemática de un conjunto de normas? Este problema se encuentra estrechamente ligado al de la razón o fundamento de validez de una norma (T. general, p. 113) ya que, como veremos más adelante, la pertenencia de una norma a un ordenamiento (o sea, la forma de inserción de la norma en el todo), es el fundamento de validez de dicha norma (la parte).

a) *La validez de una norma y su fundamentación. La "primera cons- titución".*

49. — Si preguntamos por el sentido jurídico de un hecho cualquiera de conducta humana, como ya hemos visto, encontraremos la respuesta adecuada en una norma que se refiere a ese hecho mediante su contenido. Así, por ejemplo, si preguntamos por qué la muerte de un hombre por otro es una ejecución (lícita) y no un asesinato (ilícito), obtendremos del jurista la siguiente respuesta: porque dicha muerte es la ejecución de una sentencia, es decir, de una norma jurídica individual.

Pero ahora podemos formularnos esta otra pregunta: ¿por qué esa sen-