

ACOTACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DEL DERECHO

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La debatida cuestión sobre qué es el Derecho ofrece una perspectiva doblemente equívoca, lo que exige para abordarla algunas precisiones previas.

Por un lado, la palabra aludida tiene innumerables acepciones y es necesario determinar de antemano en qué sentido se la emplea al plantear ese interrogante.

Evidentemente, según el uso consagrado por todos los autores, cuando se habla del problema del concepto del Derecho se está entendiendo el Derecho objetivo, el Derecho-norma, vale decir, lo que se llama por antonomasia el Derecho. A primera vista parecería que semejante aclaración envuelve un círculo vicioso, pues ya estaría dando por esclarecida la cuestión; pero la verdad es que lo único que se ha hecho es delimitar con más nitidez la dirección de la pregunta, señalando que lo que se trata de saber es qué es, no el Derecho en cualquiera o en todas sus acepciones, sino en el sentido de Derecho objetivo.

Por otro lado, cabe observar que esta investigación, aun así delimitada, puede desarrollarse desde varios puntos de referencia en muy diversos planos que, lógicamente, admiten también distintos métodos.

Desde luego, es posible plantear el problema en la polifacética esfera de la realidad empíricamente considerada. Se podrá, entonces, preguntar y responder qué es el Derecho como fenómeno social, qué es como sistema de preceptos efectivamente impuestos en la vida colectiva, qué es como cuerpo de instituciones y de normas que ha ido desenvolviéndose a través del tiempo. En el primer caso asumirá la investigación la *sociología general* o la *sociología jurídica* y terminará explicando lo que es el Derecho como producto o forma de la cultura o de la convivencia humana; en el segundo caso entrará en jue-

go la Ciencia del Derecho (dogmática jurídica, Derecho comparado, etcétera) y ofrecerá una descripción objetiva de las estructuras formales del Derecho en todas o algunas de sus ramas; en el tercer caso corresponderá la cuestión a la Historia del Derecho, que sólo podrá revelar, también de un modo meramente descriptivo y externo, cómo ha sido y qué ha llegado a ser un determinado Derecho en el decurso del tiempo.

En todos estos planos se enfoca el Derecho como un objeto real, empírico y, por ende, el método adecuado es asimismo el empírico: la observación, la inducción, etc.

Pero como la realidad no se agota en sus aspectos puramente sensoriales, como más allá de los fenómenos están las causas, las esencias y los fines últimos, que sólo un hondo esfuerzo del espíritu puede desentrañar, cabe aún plantear el problema en una esfera superior, ideal, colocada por encima del espacio y del tiempo. Es posible, en efecto, preguntarse qué es el Derecho en sí, absoluta e incondicionalmente, como *idea* que de uno u otro modo se va encarnando en la vida social a través de las épocas. Se habrá alcanzado entonces el más alto nivel de la interrogación humana, el plano de la Filosofía.

La pregunta ¿qué es el Derecho? significará entonces ¿qué es el Derecho considerado como objeto ideal?

En este punto resulta necesario precisar un poco más las características de esta nueva esfera del saber. Sobre el concepto de la Filosofía, como noción problemática, no es posible detenerse, pues el tema es tan extenso como para merecer una monografía especial (1). Su objeto formal parece estar constituido por nuestras propias facultades cognoscitivas y las esencias, causas, finalidades y valores de todas las cosas. De allí que se pueda definir provisoriamente esta disciplina como *una indagación racional sobre las funciones cognoscitivas del hombre y la esencia, causa, finalidad última y supremo valor de las cosas*.

De esta definición se desprenden los principales tópicos o partes de la Filosofía general, a saber: la *Gnoseología* o *Teoría del conocimiento* (origen, esencia y legitimidad del conocimiento); la *Lógica*, formal o aplicada (concordancia del pensamiento consigo mismo y con su objeto); la *Metafísica*, que comprende la *Ontología*, la *Teodicea* y la *Psicología racional* (esencias, últimas causas y finalidades).

(1) El asunto está tratado con algo más de detalle en el capítulo primero, páginas 17 a 24, de nuestra obra *Manual de Filosofía del Derecho*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1954; 277 págs.

y la *Teoría de los Valores* o *Axiología*, en la que pueden didácticamente incluirse, siempre que se tengan presentes sus hondas y esenciales conexiones con la Ontología, la *Ética* (el Bien) y la *Estética* (la Belleza).

Plantearse el problema del concepto del Derecho desde un ángulo filosófico, dando origen a lo que se ha dado en llamar la «Filosofía del Derecho», equivale a formularse sobre él los mismos interrogantes que suscita cualquier otro objeto propio de esa disciplina, vale decir su cognoscibilidad (gnoseología jurídica), su estructura formal como mero pensamiento (lógica jurídica), su esencia, finalidad y valor (ontología y axiología jurídicas) (2).

Un saber integral, completo, enciclopédico, sobre lo que es el Derecho, exigiría, naturalmente, extender la investigación a todos los planos de su realidad, tanto empírica como racional, coordinando y unificando las conclusiones de la Ciencia y de la Filosofía en todas sus ramas. Tan mutilado, tan insuficiente, es un concepto del Derecho meramente sociológico, histórico o científico-jurídico, como una noción que, por su rigor metafísico pierda de vista el horizonte de la vida, donde los fenómenos jurídicos realmente nacen, evolucionan y fenecen.

No obstante lo dicho, y sólo en virtud de la particular vocación del autor y de la imposibilidad de abarcar todos los aspectos de tan multiforme y complejo objeto, el ámbito de este trabajo quedará circunscrito al plano filosófico y, dentro de él, a las esferas ontológica y axiológica.

2. EL MÉTODO ADECUADO

En este campo, como en todo proceso de investigación, existe un punto de partida esencial y personalísimo: la *intuición*. Es un hecho que todo investigador comienza por captar intuitivamente los problemas, las hipótesis-guía, los medios de trabajo, las posibles soluciones. Esta iluminación preliminar debe ir seguida de una serie de iluminaciones sucesivas que vayan alumbrando y desbrozando el

(2) La ontología, anota acertadamente el boliviano Rafael GARCÍA ROSQUELLAS, responde a la «necesidad de un conocimiento incondicionado y fundante: el *prius de ser*». *Programa general de introducción*. Universidad Mayor de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Imp. Universitaria, Sucre (Bolivia), 1951; pág. 25.

camino como fecundos impulsos para la puesta en marcha de los procesos deductivos.

Debemos empezar por un análisis directo de la *experiencia jurídica*, tal como ella aparece dada en los contenidos de conciencia, para ir elevándose progresivamente al concepto universal y abstracto del Derecho. Nuestro conocimiento comenzará en los contingentes estratos de esta vivencia; pero la sobrepasará, mediante los mecanismos naturales del espíritu, para ascender al plano inespacial e intemporal de las ideas puras. Se trata, pues, de explorar críticamente los mencionados contenidos de la experiencia sensible, en cuanto en ellos encontramos realidades jurídicas —leyes, sentencias, contratos, instituciones, situaciones concretas de justicia o de injusticia, etc.— y abstraer de ellos las notas esenciales, de validez universal, que configuran el concepto del Derecho.

Pero —adivinamos la objeción—, ¿cómo saber que aquellos hechos o fenómenos que nos sirven de punto de partida pueden calificarse como «jurídicos», en circunstancias que parece que aún no tenemos un concepto del Derecho, ya que es esto precisamente lo que estamos buscando?

La respuesta es sencilla. Existen en la vida social una serie de peculiares manifestaciones que nosotros y nuestros semejantes *denominamos* jurídicas por reunir ciertos caracteres específicos, que conocemos en forma más o menos confusa, pero que nos permiten diferenciar tales manifestaciones de los demás hechos y fenómenos de la sociedad y de la cultura. El concepto filosófico que perseguimos supone, pues, haber pasado primero por la noción vulgar de lo jurídico; que es necesario ir depurando de sus elementos superfluos o espúreos para decantar las prístinas esencias que nos interesan.

Esta solución a la dificultad anotada, que propusimos ya en una obra anterior (3), es, fundamentalmente, la misma a que ha llegado el profesor de la Universidad de Chile, don Jorge Millas, quien explica *insuperablemente* al respecto:

«Examinemos con cuidado la muy particular modalidad que presenta toda pregunta sobre el ser de algo. Nótese que al decir «¿qué es el Derecho?» estamos apuntando a una entidad, un algo que es como el blanco del disparo de nuestra pregunta, su objeto: el Derecho. Por eso ha podido decir Heidegger que todo preguntar tiene su

(3) Vid. Jorge I. HÜBNER GALLO: *Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1952; págs. 177-178.

dirección que le viene de lo buscado. Es decir, que paradójicamente, al preguntar sobre el ser del Derecho, tenemos ya un conocimiento previo de la cosa sobre que preguntamos; ésta, el Derecho, tiene que hallarse a la vista y lo que la pregunta se propone es hacerla inteligible, expresándola en conceptos.

Ocurre aquí lo mismo que cuando nos preguntamos «¿qué es la tinta?». El sentido de la pregunta, lo que la hace comprensible, supone que el objeto tinta nos sea dado de algún modo, presentado, conocido, generalmente en forma de percepciones. Nuestra pregunta equivale, pues, a esta otra: «Eso que llamamos tinta, ¿qué es?»

Ahora bien, tratándose de la pregunta sobre el Derecho, la cosa señalada por ella, el «algo» cuya comprensión se busca al formularla, es un conjunto de exigencias de conducta del tipo de las leyes, las sentencias judiciales, las disposiciones administrativas, las costumbres mandatorias, los contratos, las declaraciones unilaterales, etc. La pregunta señala todo eso e interroga «¿qué es?»; se trata, por tanto, de hacer inteligible mediante conceptos adecuados una cierta clase de experiencia» (4).

3. LOS GRANDES SUPUESTOS DEL DERECHO

Antes de penetrar en la esencia de lo jurídico, el examen de los contenidos de nuestra conciencia nos permite advertir que hay una capa de elementos extraños, adheridos indefectiblemente al Derecho, que siempre acompañan a nuestras nociones, pero que no forman parte integrante del Derecho considerado en sí mismo.

Estos elementos constituyen las *condiciones necesarias* para su existencia en la esfera espacio-temporal, supuestos previos que no pueden faltar en su génesis y pervivencia, del mismo modo que la tierra sustenta y nutre al árbol sin formar parte de su ser.

El Derecho, en efecto, no se da sólo en la conciencia, como los objetos de las geometrías, sino, especialmente, en el mundo exterior, en esta particular sección de la realidad que es la vida social. Si no hubiese seres racionales o si éstos pudiesen vivir aislados, como Robinson en su isla, el Derecho no tendría razón de ser, no sería ni siquie-

(4) Jorge MILLAS: Apuntes en mimeógrafo de su curso de *Curso de Filosofía del Derecho*, profesado en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1953; págs. 33-34.

ra concebible. Para que puedan nacer y desenvolverse los fenómenos jurídicos, se requiere, pues, la existencia de una *pluralidad de personas*, de una sociedad, que representa el primero de los grandes supuestos ontológicos y lógicos de que hablábamos. Así como se ha dicho que donde hay sociedad hay Derecho, *ubi societas, ibi jus*, puede también afirmarse, y acaso con más propiedad, la proposición inversa: donde hay Derecho, existe necesariamente una sociedad.

Las normas y decisiones jurídicas implican, por otra parte, referencia a actos humanos, regulación imperativa de la conducta. El Derecho impone un comportamiento, pero no con ciega determinación, sino con razonada obediencia. Esta es la diferencia, sobre la cual tanto se ha insistido, entre las leyes físicas y los mandatos jurídicos.

Las leyes físicas o leyes *explicativas* expresan lo que es, lo que acontece según un orden que se supone de inquebrantable necesidad. Corresponden al mundo del ser. Una sola excepción invalida irrevocablemente la ley física.

Las leyes jurídicas, que son preceptos *normativos*, expresan lo que *debe ser*, imponen una conducta. Representan el mundo del valor. Pero, como van dirigidas a personas, a seres racionales, solicitan el asentimiento de éstos para poder cumplirse. Mientras las relaciones expresadas en las leyes físicas son *necesarias*, los modos de conducta señalados en las prescripciones jurídicas son *contingentes*: existe siempre la posibilidad de observarlos o de transgredirlos. Más aún: la existencia misma de las normas y decisiones jurídicas como tales supone que sean infringidas o, por lo menos, que haya la posibilidad de infringirlas. Si no pudieran ser violadas nunca, ya no serían ordenadoras de lo que *debe ser*, sino explicativas de lo que es. O sea, serían leyes físicas y no prescripciones jurídicas.

La contingencia de las prescripciones jurídicas emana, no propiamente de su estructura misma, sino de la naturaleza específica de los sujetos a que se aplican: las personas.

Para que exista el Derecho, hemos dicho, es necesario que pueda ser observado o infringido. Pero, a su vez, para que esto pueda suceder es indispensable que el sujeto obligado por la ley tenga la facultad de *optar libremente* entre los dos términos de la alternativa que se le ofrece. En otras palabras, el Derecho supone la existencia del *libre arbitrio*, de la libertad humana.

Si bien es cierto que en el campo filosófico el problema del determinismo y del libre albedrío ha sido muy controvertido, en el campo del Derecho no cabe sino aceptar la libertad, como una con-

dición necesaria, *sine qua non*, de todo ordenamiento jurídico. Todos los sistemas legislativos del mundo, por otra parte, involucran tácitamente este principio, sin el cual el Derecho carecería de sentido como instrumento regulador de la convivencia humana.

4. EL DERECHO COMO CONJUNTO DE NORMAS Y DECISIONES

Ahondando más en nuestra vivencia del Derecho, ya despojada de factores condicionantes no constitutivos, una intuición directa sobre los rasgos invariables y constantes de esta vivencia nos hace notar un elemento sustancial de lo jurídico, el primero y el más notorio de todos. *El Derecho es un orden imperativo de la conducta*, es una regulación de nuestro comportamiento que se nos impone o pretende imponérsenos como *obligatoria*. Las prescripciones del Derecho no constituyen ni juicios explicativos de lo real, ni meros consejos, ni súplicas, sino verdaderos *mandatos*, no en el sentido de órdenes impartidas por una *voluntad* psicológica real, sino de proposiciones que estamos obligados a acatar en razón de su obligatoriedad intrínseca o de la coacción externa que a menudo las acompaña.

El Derecho, en suma, se presenta evidentemente como un conjunto de imperativos, que llamamos *normas* cuando tienen un alcance general, y *decisiones* cuando su contenido se agota en su aplicación a un solo caso individual y concreto.

Las normas y las decisiones son pensamientos puros, vale decir, *objetos ideales*, al igual que las figuras de la geometría, lo que no impide que se exterioricen y se encarnen en las diversas modalidades temporales que asume el Derecho en la vida colectiva, tales como las leyes, las costumbres, los fallos judiciales, los actos administrativos, etc. Si se nos permitiera una metáfora inspirada en la teoría hilemórfica, diríamos que el pensamiento imperativo es la «forma», en tanto que el tenor gramatical y los detalles accidentales de cada texto jurídico constituyen la «materia» del Derecho.

Trataremos en seguida de las normas y decisiones *in genere*, deteniéndonos con mayor amplitud en el problema de la imperatividad, para descender después a los elementos específicos que distinguen a las prescripciones *jurídicas* y permiten diferenciarlas de otros preceptos también imperativos, pero pertenecientes a esferas ajenas al Derecho.

5. LA «REGLA» Y LA «NORMA»

El lenguaje vulgar, y aun el de no pocos juristas, ha hecho sinónimos los términos de «norma» y «regla». Así se habla, indistintamente, de «reglas» o «normas» jurídicas, morales, técnicas, higiénicas, lógicas, etc.

Si consultamos un diccionario encontraremos más o menos lo siguiente:

Norma (del latín «norma») es «escuadra que usan los artífices para arreglar y ajustar los maderos, piedras y otras cosas»; en sentido figurado, «regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las operaciones».

Regla (del latín «regula») es «estatuto, constitución o modo de ejecutar una cosa»; «precepto, principio o máxima en las ciencias o artes»; «razón que debe servir de medida y a que se han de ajustar las acciones para que resulten rectas»; principio o axioma legal de carácter general (acepción que aparece en ciertas legislaciones antiguas, como el Digesto —Ley 1.^a, Tít. 17, Lib. 50— y las Partidas —Partida 7.^a, título 34—, etc.

Ambos términos tienen un importante elemento común: *prescripción de una conducta*.

Pero si se consideran, por un lado, las normas jurídicas, morales y del trato social; y por otro, todo el conjunto de preceptos que pudieran englobarse bajo el nombre común de «reglas técnicas» (lógicas, estéticas, pedagógicas, higiénicas, mecánicas, culinarias, industriales, etc.), se verá que hay tales diferencias entre ambos grupos, que sólo por una impropiedad del lenguaje han podido recibir igual denominación.

El vocabulario filosófico-jurídico ganaría considerablemente en precisión y rigor, evitándose equívocos y pseudoproblemas, si se reservara el término de «norma» para los preceptos de la primera categoría, quedando el de «regla» para los otros (5).

Sólo unas breves consideraciones bastarían para justificar lo dicho.

(5) En el sentido de que las reglas técnicas no son verdaderas normas, han opinado Rudolf LAUN (*Recht und Sittlichkeit*, 2.^a ed. Verlag von C. Boysen, Hamburgo, 1927) y Giorgio DEL VECCHIO (*L'Homo juridicus*, Roma, 1936), citados por Eduardo GARCÍA MAYNES: *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa Hermanos, México, 1944; págs. 10 y 13, respectivamente.

Los estudios de Husserl (6) y Goblots (7) (que tal vez no conocieron la convergencia de sus investigaciones) han logrado poner en claro que mientras las normas se basan en *juicios de valor*, las reglas suponen *juicios de realidad*.

Toda disciplina normativa o práctica «descansa en una o varias disciplinas teóricas, en cuanto que sus reglas han de poseer un contenido teórico» (8) separable de la idea de prescripción.

La proposición normativa «un guerrero debe ser valiente», por ejemplo, puede ser convertida en otra meramente teórica que exprese: «sólo un guerrero valiente es un «buen guerrero». Esta última es un juicio de valor, de cuya verdad depende la validez de la proposición normativa. «En general —escribe Husserl— podemos considerar como iguales, o al menos como equivalentes, estas fórmulas: "un A debe ser B" y "un A que no es B es un mal A" o "sólo un A que es B es un buen A".»

El término de «bueno» nos sirve aquí, naturalmente, en el sentido amplio de valioso en general; en las proposiciones concretas que responden a nuestra fórmula deberá entenderse cada vez en el sentido especial de las valoraciones que les sirven de base; por ejemplo: útil, bello, moral, etc. Hay tantos modos de hablar del deber como distintas clases de valoraciones, esto es, de valores reales o supuestos.

«Vemos, pues; por estos análisis, que toda proposición normativa supone cierta clase de valoración (apreciación estimativa) por obra de la cual surge el concepto de lo «bueno» (valioso) o «malo» (no valioso) en un sentido determinado y con respecto a cierta clase de objetos, los cuales se dividen en buenos y malos con arreglo a ese concepto» (9).

Las reglas, en cambio, no presuponen un juicio de valor, sino un juicio de realidad, como ser, un teorema, una ley natural, una experiencia anterior. Por ejemplo, la regla «para multiplicar una suma por un número, multiplíquese cada uno de los términos por ese nú-

(6) Vid. Edmundo HUSSERL: *Investigaciones lógicas*, tomo I, cap. II; Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1929; págs. 48-64.

(7) Vid. Edmond GOBLOT: *Traité de Logique*, octava edición; Ed. Librairie A. Colin, París, 1947; págs. 3-4.

(8) Edmundo HUSSERL: Ob. cit., tomo I, pág. 57.

(9) Edmundo HUSSERL: Ob. cit., tomo I, cap. II, págs. 58-60. Cfr., por otra parte, la aguda crítica a HUSSERL de Alfonso GARCÍA VALDECASAS en «Juicio y precepto», trabajo incluido en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid, tomo I, año 1953; págs. 277-299.

mero y hágase la suma de los productos obtenidos», es una manera práctica de anunciar el teorema matemático: «El producto de una suma por un número es igual a la suma de los productos de cada uno de los términos por ese número.»

Dentro de otro campo, la regla «si se quiere que un cuerpo flote en la superficie de un líquido, hágase de manera que su peso sea inferior al peso del líquido desplazado», equivale a la ley física «todo cuerpo sumergido en un líquido sufre una presión de abajo hacia arriba igual al peso del líquido desplazado» (10).

Análogos ejemplos podrán extraerse de todas las llamadas «disciplinas prácticas», «técnicas o artes». «Las artes» —agrega Goblot— «en tanto son aplicaciones de la ciencia, no son otra cosa que las verdades mismas de estas ciencias, enunciadas imperativamente, y de ordinario también agrupadas según un orden diferente» (11).

En conclusión, las diferencias entre norma y regla, con sus correspondientes corolarios, podrían resumirse en la siguiente forma:

1. La norma presupone un juicio de valor; la regla, un juicio de realidad;
2. La norma ordena una conducta como intrínsecamente valiosa; la regla prescribe un modo de obrar, como medio para obtener un objetivo práctico, sin encerrar apreciación axiológica alguna;
3. La norma mira al valor de los fines; la regla, a la eficacia de los resultados;
4. La norma impone una obligación; la regla sugiere una conveniencia;
5. La regla puede estar subordinada a la norma; pero jamás ésta a aquélla.

6. LA ESTRUCTURA FORMAL DE LA NORMA

* Atendiendo a su estructura formal, la norma, en general, puede definirse como *un precepto de conducta general e imperativo*. Las consideraciones que siguen están destinadas a discutir y a fundamentar los tres factores constitutivos que aquí se presuponen: a), prescripción de una conducta; b), generalidad; c), imperatividad.

a) *Prescripción de una conducta*.—Este elemento casi no necesita explicaciones. La norma, como tanto se ha dicho, no se refiere a

(10) Vid. Edmond GOBLOT: *Traité de Logique*, págs. 3-4, 6-7 y 368 y sigs.

(11) Edmond GOBLOT: *Ob. cit.*, pág. 4.

lo que es, sino a lo que debe ser. Su característica esencial más visible es la de promover una determinada conducta, tomando este término en su sentido amplio, que incluye tanto las *acciones* como las *abstenciones*.

Sea por una motivación psicológica indirecta producida por la amenaza de la sanción (como resultaría de las equivocadas concepciones de Kelsen o de Cossio), sea por un mandato claro y directamente dirigido (como afirma la doctrina tradicional), la función de la norma aparece como la de regular un comportamiento, meramente subjetivo o exteriorizado en actos; de sólo alcance individual, o vinculatorio con otros seres.

b) *Generalidad*.—La norma es, por su naturaleza misma, un precepto de aplicación general.

La ley —escribe Duguit (lo que, en rigor, sólo podría decirse de la norma) es racionalmente «una regla general y abstracta. Se reconoce que una disposición es una regla general y abstracta cuando ella no se agota por su aplicación en un caso previsto y determinado de antemano, cuando ella sobrevive a esta aplicación, aun cuando de hecho no se aplique más que a un solo caso o a un solo individuo» (12).

La generalidad de la norma consiste, en otras palabras, en que no rige para un caso y una persona determinada, sino para toda una *clase* o *serie* de personas, actuales o futuras, que se encuentren en las situaciones típicas abstractamente previstas (13).

La norma, observa Del Vecchio, «ofrece una especie de promedio, una clase genérica, fundándose sobre los caracteres uniformes y prescindiendo de las singularidades específicas. En cambio, en la realidad

(12) León DUGUIT: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, tomo I; Ed. A. Fontemoing, París, 1901; pág. 503.

(13) Para evitar un frecuente equívoco conviene advertir que la «generalidad» no implica necesariamente la «perpetuidad», o sea la permanencia indefinida de la norma a través del tiempo; o hasta que no sea modificada o derogada, si se trata del caso especial de la ley.

En otras palabras: la generalidad, respecto de personas o situaciones, puede estar limitada por un plazo sin que esto afecte en nada a su esencia, como sería, por ejemplo, el caso de un precepto legal que se dictara sometiendo su vigencia a un término pre-determinado.

Tampoco es lo mismo la «perpetuidad» que la «permanencia». Toda norma debe tener alguna permanencia o duración en el tiempo, ya que pertenece a su naturaleza la posibilidad de no agotarse en un solo acto de aplicación; esto no significa, por cierto, que tal permanencia deba ser forzosamente indefinida, lo que la convertiría en la «perpetuidad» a que se ha aludido más arriba.

concreta todo es diverso, todo hecho nuevo está compuesto de elementos propios que lo distinguen de cualquier otro hecho, aun aparentemente similar» (14). Sobre la inmensa variabilidad de lo real, la norma «pone sus esquemas, sus categorías, que deben comprender de un modo uniforme una serie entera de casos». «La norma se presenta como la premisa mayor del silogismo; el caso particular, como la menor, a la cual debe aplicarse aquélla» (15).

El carácter de generalidad aparece de manifiesto en el hecho de que, si la norma es válida para una persona o para un caso, deberá necesariamente serlo para todas las personas que se encuentren en análogo caso.

«No hay principio normativo que no lo sea de muchas cosas. Lo da a entender Aristóteles cuando dice que «todo lo perteneciente a un orden de cosas se halla regulado por una única regla, que es aquello que en ese orden ocupa el lugar primero.» En efecto, si se dieran tantas reglas y medidas cuantas son las cosas reguladas y medidas, cesaría la utilidad de esa regla y medida, utilidad que consiste en poder apreciar muchas cosas por la apreciación y conocimiento de una sola. Si, pues, la ley (o la norma) se limitara a un solo acto particular, de nada nos serviría, porque para dirigir o encauzar los actos humanos particularmente considerados bastan los preceptos del varón prudente. La ley, por el contrario, es un precepto común, genérico» (16).

Por otra parte, la generalidad es el carácter que diferencia formalmente la norma de otros preceptos, particulares y concretos, aunque también imperativos, tales como:

1. *El mandato privado que emana de una relación de subordinación legítima* (o sea, basada en una norma válida pre-existente) entre dos personas; v. gr., marido y mujer, padre e hijo, patrón y obrero en la relación laboral, etc.; o cuando la ley dispone que se respete y cumpla la voluntad unilateral de una persona (v. gr., testamento);
2. *El mandato privado fundamentado en la sola coacción*; verbigracia, el más fuerte que da una orden arbitraria al más débil; el bandido que impone su voluntad bajo la amenaza de un arma, etc.;
3. *El mandato público*, que puede ser legítimo o ilegítimo, se-

(14) Giorgio DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, con adiciones de L. RECA-SÉNS SICHES. Ed. Bosch, Barcelona, 1929; tomo I, pág. 89.

(15) *Ibidem*, pág. 90.

(16) Santo Tomás DE AQUINO: *Suma Teologica*, I, II, cuestión XCVI, art. I. (La frase entre paréntesis es agregado nuestro.)

gún se base o no en una norma válida preexistente: a), el acto de gobierno o de autoridad en el ejercicio de sus funciones; b), la sentencia judicial, que, a nuestro juicio, no es sino un aspecto particular de la actividad administrativa del Estado (17).

En las convenciones y contratos no nacen normas de aplicación general, pues sus disposiciones se limitan a los contratantes y a las materias particularmente consideradas. La obligación de una de las partes de proceder a una prestación o a una abstención determinada, emana, en último término, del orden jurídico objetivo.

Kelsen y Cossio, que niegan el carácter de generalidad afirmando que la esencia de la norma reside en el mero «deber ser» dirigido aún a regular relaciones particulares, han querido salvar el problema de la sentencia y del contrato hablando de «normas individualizadas». Pero la llamada «norma individualizada» no constituye, en sí, norma particular alguna, sino aplicación del precepto general al caso concreto. Buscar en ella otro sentido es desvirtuar la esencia de las cosas; es esconder la verdad del ser tras un *nombre* que la desfigure.

La tesis de la generalidad, como elemento esencial, ha tenido considerable importancia dentro de un tipo específico de realización temporal de las normas: *la ley* (18).

(17) Con motivo de las sentencias judiciales en que el juez falla situaciones no legisladas («lagunas legales»), recurriendo a los principios generales del Derecho, a la equidad natural o a su sola prudencia y buen sentido, se ha pretendido que en el ejercicio de la jurisdicción se crean nuevas normas, pues no se está aplicando ningún precepto anterior. En verdad, no hay tal creación de normas, pues, como es sabido, las disposiciones de una sentencia no tienen carácter general; rigen sólo para las partes que intervinieron en el proceso y respecto del caso particular sometido al Tribunal.

Además no es efectivo que el fallo al resolver los puntos no legislados esté prescindiendo de toda norma preexistente, pues en tales circunstancias se basa en el precepto, manifestado explícitamente en casi todas las legislaciones, de que el juez deberá fallar siempre los conflictos que se le presenten, aunque no haya ley positiva que los contemple, caso en el cual se suelen indicar los principios que habrá que seguir para dictar la sentencia.

(18) La mayor parte de los autores clásicos, como PLATÓN, ARISTÓTELES, SAN ISIDORO, SANTO TOMÁS, SUÁREZ, etc., se pronuncian a favor de la generalidad de las leyes. (Véase por ejemplo, SANTO TOMÁS: *Suma Teológica*, I, II, cuestión XCVI, artículo 1.º, y FRANCISCO SUÁREZ (S. J.): *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1918; tomo I, libro I, caps. VI, VII y págs. 105-153.)

Entre los modernos, la mayoría de los tratadistas, no sólo de Filosofía del Derecho, sino también de Derecho positivo, como por ejemplo, VAREILLES-SOMMIÈRES, ESMEIN, PLANIOL y ARTUR entre los franceses, y MOHL, GERBER y G. MEYER entre los alemanes, son del mismo parecer.

La doctrina contemporánea ha solido hacer una distinción entre la ley en *sentido material* (aquella que reúne ciertos requisitos esenciales de fondo, entre los cuales figura la generalidad) y la ley en *sentido formal* (aquella que, cualquiera que sea su contenido, se ha dictado de acuerdo con las disposiciones de procedimiento que establecen las constituciones de cada país).

De esta distinción resultaría que una ley, perfecta desde el punto de vista formal, no sería en doctrina una verdadera ley si sus prescripciones no tuvieran carácter general. Así, por ejemplo, escribe Planiol: «La ley es establecida en permanencia para un número indeterminado de actos y de hechos: toda decisión de la autoridad pública que no deba ser ejecutada más que una vez, no es una ley, es un acto de Administración» (19). No serían leyes, por tanto, las que organizan un servicio público, las que conceden honores o pensiones de gracia, las que disponen la ejecución de determinadas obras públicas, las que establecen el presupuesto anual del Estado, etc.

Llevando hasta extremos realmente increíbles esta tesis, León Duguit llega a afirmar que las «decisiones individuales» que no constituyen simple aplicación de preceptos legales anteriores, aun votadas por el Parlamento y promulgadas por el Jefe del Estado, no son tales leyes: carecen de fuerza obligatoria, son «arbitrarias» y «tiránicas» y «nadie les debe obediencia» (20).

En verdad, como ya se ha expresado, los mandatos individuales no constituyen normas; pero esto no significa que no puedan manifestarse de acuerdo con el mecanismo constitucional previsto por las leyes. Por el contrario, existen muchas materias de tipo particular que son, sin embargo, de tal vital importancia para la comunidad, que todo aconseja que la decisión del Poder Social se adopte revestida de las garantías y solemnidades propias de los preceptos legales.

Toda norma jurídica puede ser expresada en una ley, *pero no toda ley constituye la expresión de una norma jurídica.*

Lo razonable es exigir, para que exista la ley y adquiera positividad y vigencia, el solo cumplimiento de los llamados «requisitos formales» (21). Establecer, posteriormente, si su contenido corresponde

(19) PLANIOL: *Traité élémentaire de droit civil*, tomo I, pág. 54, edición de 1900, citado por León DUGUIT, ob. cit., t. I, pág. 510.

(20) Vid. León DUGUIT: Ob. cit., págs. 520-521.

(21) Podría objetarse que, si no se exige el cumplimiento de requisitos de fondo, la *ley injusta* también sería ley, contra la opinión de SAN AGUSTÍN —y con él, de toda la tradición católica—, que escribió que «la ley que no es justa no es

a una norma jurídica o a un acto gubernativo o administrativo, será tarea privativa de la especulación doctrinaria.

c) *La imperatividad*.—La imperatividad es el tercero de los factores esenciales que configuran la estructura formal de la norma. Sin advertir que se trata de un fenómeno de doble faz, no pocos autores confunden la «imperatividad» con la «obligatoriedad», empleando estos términos como sinónimos. La «imperatividad», como elemento intrínseco de la norma, emana de su consideración objetiva; «la obligatoriedad», como efecto que la norma produce en los sujetos a que va dirigida, representa el punto de vista subjetivo.

Imperar significa ejercer imperio, mandar, ordenar. Es indiferente a este respecto cómo la norma se exprese lógicamente o gramaticalmente (juicio categórico, hipotético o disyuntivo); el ser de las cosas emana de su esencia, no de su forma o estructura.

Lo característico de este elemento es la *exigencia* de una conducta, simplemente tal o subordinada a la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho.

A primera vista, como observa el profesor Legaz y Lacambra, pudiera parecer que los términos «norma» e «imperativo» fueran excluyentes, pues el primero implicaría un juicio intelectual y el segundo un acto de la voluntad (22).

Esta aparente antinomia podría llevar el problema al centro de la apasionada polémica medieval entre *intelectualistas* y *voluntaristas*, revivida hoy día, trasladándola del campo de la psicología al de la lógica, por las doctrinas de la escuela de Viena.

¿Cuál es el elemento que constituye *formalmente* la ley? ¿Es el mero acto del entendimiento del legislador, manifestado en abstracto (como lo creían Cayetano, Conrado y otro) o intimando a los súbditos el cumplimiento (como parece afirmar Santo Tomás de Aqu-

ley» (citado por SANTO TOMÁS: *Suma Teológica*, I, II, cuestión XCVI). La deducción es evidentemente válida: la ley injusta, a nuestro juicio, es ley del Estado. Pero esto no significa, ni mucho menos, que se le deba obediencia.

Esta opinión no se opone a la que se ha expresado en relación con las teorías de DUGUIT, pues si el hecho de que una ley sea injusta es suficiente motivo para resistirla, no lo es ciertamente la circunstancia, señalada por el tratadista francés, de que establezca un precepto individual y no general, lo cual en nada afecta a la bondad (o validez axiológica) de la ley, que es el único punto de vista que hay que tener en cuenta para prestarle acatamiento.

(22) Vid. LUIS LEGAZ y LACAMBRA: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Ed. Bosch, Barcelona, 1947; pág. 166.

no)? ¿Es un acto a la vez de la voluntad y del entendimiento, como sostenía el imperecedero Suárez? (23).

La verdad es que la *teoría de la norma jurídica*, considerada como objeto ideal, puede y debe permanecer al margen de esta controversia que, hay que recalcarlo, no se refiere a ella, sino a la *ley positiva*.

La norma, como ya hemos dicho, es un pensamiento, una idea. No constituye, por tanto, una operación de la voluntad (aunque ésta se siga consecuentemente como una natural inclinación al bien); pero no representa, tampoco, un acto intelectual, si éste se ha de entender en el sentido de *causa formal* suya.

La norma no impera porque emane del entendimiento, sino que, por el contrario, emana del entendimiento porque impera. La inteligencia no *crea* las normas, no las construye arbitraria y artificialmente, sino que las descubre como un deber ser objetivamente necesario o conveniente en razón de las finalidades ontológicas de la persona humana. La imperatividad nace de la naturaleza misma de las cosas: el acto intelectual que las formula no es sino el acto cognoscitivo de la relación entre una esencia y un comportamiento. Esta verdad aparecerá aún más evidente cuando tratemos del *contenido* de los preceptos de conducta.

La *ley positiva*, en cambio —para cerrar estas consideraciones volviendo al problema planteado— significa algo más que la mera constatación de una norma. Representa indiscutiblemente, como ya lo había enseñado Suárez, la expresión de la voluntad social de que el mandato se cumpla y sea acatado por los súbditos. Para asegurar la *eficacia* de este propósito se suele agregar una norma positiva suplementaria, por cierto no esencial, que refuerce la autoridad de la principal con la amenaza de una pena que deberá imponerse en caso de incumplimiento. Se distinguen así claramente en la ley positiva dos aspectos varias veces señalados, con diferentes nombres, por diversos autores: la «norma» y la «ley penal» de Binding; la «parte normativa» y la «parte constructiva» de Duguit; la «norma secundaria» y la «norma primaria» de Kelsen; la «endonorma» y la «perinorma» de Cossio.

Para concluir podría decirse, dentro de la cómoda terminología escolástica, que la *causa formal* de la ley (24) es la norma o decisión

(23) Vid. Gabino MÁRQUEZ (S. J.): *Filosofía del Derecho*. Ed. Studium, Madrid, 1949; págs. 168-171.

(24) Hay que distinguir cuidadosamente la causa formal de la ley de la causa formal de la norma. La causa formal de la ley es la norma, unida al acto

íntimada por la voluntad del legislador; la *causa material*, su expresión verbal; la *causa eficiente*, la voluntad social manifestada del modo prescrito por la Constitución; la *causa final*, el Bien Común.

También en este plano específico del Derecho positivo se ha suscitado una objeción contra el carácter de imperatividad, basado en uno de los términos de la antigua clasificación que divide las leyes en *imperativas, prohibitivas y permisivas*.

Respecto de las primeras no hay ningún problema: en cuanto a las segundas, en el fondo son también imperativas, con la diferencia de que en lugar de ordenar una acción imponen una abstención. La verdadera dificultad se presenta ante las llamadas «leyes permisivas», que aparentemente no ordenan nada, sino que delinean una esfera de libertad para la actividad del sujeto.

El profesor Del Vecchio, siguiendo a Savigny y a Rosmini (25), ha dirimido la cuestión claramente.

El permiso, de por sí, no necesita ser pronunciado por el Derecho; no tiene razón de ser, ni es siquiera pensable jurídicamente. El sentido de la norma permisiva queda de manifiesto cuando se advierte que su función reside generalmente en *restringir* o limitar el campo de aplicación de otras normas de carácter imperativo, a las cuales debe considerarse incorporada. En otros casos, «el legislador ha preferido determinar la obligación de una parte por medio de la atribución de una facultad a la otra: así, por ejemplo, en la fórmula permisiva: «el acreedor *puede* exigir del deudor el cumplimiento de la obligación prometida», la cual sustancialmente dice que el cumplimiento es un deber del deudor» (26).

Estas consideraciones vienen a significar, en el fondo, que no existen tales leyes permisivas como entidades independientes dotadas de vida propia. Pese a la clasificación mencionada, cuyo alcance es meramente formal, por no decir *gramatical*, la verdad ontológica permanece invariable: toda norma es un imperativo.

Las leyes definitorias, interpretativas y dispositivas (o supletorias de la voluntad de las partes) son también imperativas: ordenan cómo deben entenderse los términos legales y establecen qué disposiciones deben regir para subsanar las «lagunas» contractuales.

de voluntad del Poder Social; la causa formal de la norma es la constatación de una relación objetivamente necesaria o conveniente para las finalidades del ser.

(25) Vid. Giorgio DEL VECCHIO: *Concepto del Derecho*. Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914; pág. 87.

(26) Vid. Giorgio DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, tomo I, pág. 98.

Las leyes abrogatorias o derogativas, si bien imperativas, parecen carecer del elemento de generalidad. Se trataría más bien de leyes que expresan, no una norma jurídica, sino un mandato singular, una decisión social concreta.

7. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS. LA REFERENCIA A LOS VALORES

La estructura lógico-formal de toda norma está constituida por los tres elementos ya analizados: prescripción de una conducta, generalidad e imperatividad.

Una investigación realizada desde un ángulo puramente logicista no podría llegar más allá, no obstante la evidencia de que el ser íntimo de la norma está muy lejos de quedar agotado con la determinación de conceptos ciegos, de formas huecas, de moldes sin contenido real alguno.

Pero una actitud ideológica de ese orden, además de equivocada y estéril, sería incomprensible y anacrónica dentro de las grandes corrientes de pensamiento de nuestra época.

El formalismo de raigambre kantiana, en todos sus matices, ha sido irremediablemente invalidado, sobre todo, por la vigorosa crítica de Scheler (27).

Kant, en su teoría ética —algunas de cuyas tesis han sido extendidas más tarde a toda normatividad— identificó lo *formal* con lo *a priori*, y lo material con lo *a posteriori*. El gran filósofo de Königsberg pensaba que los fundamentos de la moral no podían hallarse en la consideración de fines y bienes (y de los valores ínsitos en éstos), por tratarse de objetos «materiales», empíricos, incapaces de proporció-

(27) Vid. Max SCHELER: *Ética (Der formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik)*. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1941-2; dos volúmenes. Citamos a este autor con las debidas reservas, pues, como observa Octavio N. DERISI, la crítica que él y toda la escuela axiológica contemporánea dirigen a KANT, «si bien es valedera, no llega, empero, a la raíz del mal que arruina desde su origen la moral de aquel filósofo. Los valores introducidos por SCHELER, y en que se apoya toda la moral, no son puramente formales, destituídos de contenido como el imperativo categórico de KANT, pero tampoco llegan a ser; no son subjetivos, sino válidos universal e independientemente de la subjetividad, pero no por vía intelectual o de objetos, sino por vía emotiva de simples valencias.» (Octavio Nicolás DERISI: *Los fundamentos metafísicos del orden moral*. Ediciones de la Universidad de Buenos Aires, Imp. López, Buenos Aires, 1941; pág. 21.)

nar una ley práctica (28). Llegó de esta manera a la extraña conclusión de que el deber nace de un mandato *a priori* de la razón práctica —el *imperativo categórico*— en lugar de comprender que el mandato se deriva, *a posteriori*, de la existencia de un deber objetivo anterior.

Max Scheler ha logrado demostrar en una investigación profunda y completa que la concepción meramente formal de las proposiciones morales es del todo insuficiente y que la identificación de lo material con lo empírico y de lo formal con lo *a priori*, es absolutamente inadecuada. «No tiene *sentido* —escribe— el hablar (como hace Kant) de un «deber» que se cierne en el aire y no tiene a *nadie* frente a sí, ni ha sido tampoco impuesto por una orden de autoridad» (29).

La inteligencia puede intuir, en las relaciones de los seres, la presencia de *contenidos materiales* de validez *a priori* (30). («Deber ser ideal».) Tales contenidos, que el genial filósofo denomina *valores*, deben constituir, a su juicio, el fundamento del «deber ser normativo» de toda Ética verdaderamente fecunda y humana (principio que nos parece aceptable esclareciendo previamente lo que debe entenderse por el equívoco concepto de «valor»).

«Todos los imperativos —dice Scheler—, incluso el imperativo categórico, caso de que lo haya, son en sí mismos tales imperativos *justificados* si vienen a parar al deber-ser ideal e indirectamente al valor que pertenece a ese deber. Son, pues, únicamente *objetos* de las proposiciones de «ser justo» y «ser injusto».

«Hay aquí una relación peculiar de esencia, harto desatendida, entre el ser justo y el ser injusto de mandamientos y prohibiciones para con la voluntad en que recaen. Una orden es «mandamiento» o prohibición —respectivamente— cuando a la vez es dado al que ordena el contenido de la orden como cosa que *debe ser* idealmente. La primera condición del ser justo en un mandamiento es que aquello que en él está dado «como» debiendo ser, sea también algo que *debe ser* objetivamente, es decir, *el deber ser de un bien*» (31).

(28) Vid. Max SCHELER: Ob. cit., tomo I, págs. 37-38.

(29) Max SCHELER: Ob. cit., tomo I, pág. 272.

(30) Sobre el sentido del *a priori* de SCHELER, véase su *Ética*, tomo I, pág. 82.

(31) Max SCHELER: Ob. cit., tomo I, pág. 274.

8. LA ESTRUCTURA FORMAL DE LA DECISIÓN

Hemos denominado *decisiones* a los actos imperativos que sólo rigen en un ámbito individual, sea en relación a una sola persona o a un reducido grupo de personas determinadas, sea con respecto a una situación singular y concreta.

Las decisiones son también pensamientos, ideas puras, que mueven la voluntad generando una conducta propia o se corporeizan en prescripciones objetivas obligatorias para otros.

Los caracteres esenciales de la decisión, desde el punto de vista de su estructura formal, son la *imperatividad* y la *singularidad*. No nos extenderemos sobre el primero de estos elementos porque vale también aquí todo lo dicho al examinar el mismo punto en relación con las normas. En cuanto a la singularidad, que es el factor que diferencia a aquéllas de las decisiones, ya hemos dicho que consiste en que la esfera de aplicación está limitada, en el tiempo y en el espacio, al caso determinado que se ha querido regular.

Son decisiones, por ejemplo, el mandato privado basado en una subordinación legítima, la intimación violenta e injustificada, el acto de gobierno o de autoridad, el fallo judicial, etc.

Hay también decisiones emanadas de la voluntad social que adoptan la forma de una ley, como las que conceden honores o beneficios pecuniarios a personas singulares y, sobre todo, las que disponen la fundación de una *institución* determinada (v. gr., la creación de una Universidad, un Municipio, un Instituto de Previsión, una sociedad o una corporación cualquiera de Derecho público o privado); disponiendo al efecto de los medios y fines necesarios para el objeto previsto. Las grandes instituciones de Derecho político, comenzando por el propio Estado, la organización de los Poderes públicos, la forma de gobierno, etc., no son, a nuestro juicio, sino el producto de decisiones sociales concretas que estuvieron dotadas del poder y del impulso vital necesarios para encarnarse en estructuras más o menos permanentes.

9. LA CONSIDERACIÓN DE LOS FINES

Una investigación sobre el ser de las normas y de las decisiones que se detiene en su estructura formal sólo es capaz de entregar una construcción vana y vacía, un espectro, una sombra de la realidad.

Es de toda evidencia que un imperativo no puede obligar por sí sólo sin un contenido racional y humano que lo justifique.

La norma pierde todo su sentido y se hace ineficaz y estéril si es concebida sólo como una prescripción de conducta general e imperativa, que no exprese materia determinada alguna.

Por otra parte, la diferenciación de los distintos tipos de normas —jurídicas, éticas y de trato social—, como asimismo de las diversas clases de decisiones, se hace punto menos que imposible en el mero plano lógico formal. La estructura ideal de las prescripciones, en que se perfila la norma y la decisión *in genere*, es incapaz de proporcionar la diferencia específica, el elemento peculiar de cada especie normativa o resolutive. Para lograr este fundamental objetivo del conocimiento existe en nuestro concepto un solo camino: *ascender de la simple estructura formal a la consideración de los contenidos materiales*.

La idea de intentar el examen de la materia de las prescripciones puede suscitar de inmediato una grave dificultad. La forma es universal e inmutable, el contenido es singular y variable: lo singular y variable no puede ser objeto de ciencia.

La objeción, sin embargo, pierde toda su fuerza si se considera que no se trata, en modo alguno, de analizar los contenidos concretos de cada una de las infinitas normas y decisiones que en particular existan o puedan existir, sino de ver si hay en ellos determinados elementos generales comunes, cognoscibles por la abstracción inductiva. Y bajo este aspecto se puede presentir que tal indagación está destinada a llegar a resultados satisfactorios.

Dentro de la ilimitada variabilidad de la materia de las normas y decisiones existe una nota común que resalta con luminosa evidencia. Si la conducta humana se desenvuelve de acuerdo con la sucesiva concepción de determinados *finés* (y no al azar como los movimientos de los animales) y, por otra parte, las prescripciones pretenden regular la conducta, es obvio que sólo podrán hacerlo imponiendo también ciertos fines a seguir. El mandato establece un «deber ser» *para algo*, preceptúa un comportamiento, no por el ciego ejercicio de su imperio, sino con la mira de obtener un objetivo claramente predeterminado. La prescripción «mienta» algo «para algo», impone una dirección a la conducta, cualquiera que sea, para alcanzar una finalidad conveniente al ser. El mundo de la normatividad resultaría, pues, ininteligible sin la consideración de su carácter esencialmente *teleológico*.

El contenido de toda norma, como lo ha hecho ver Husserl (32) y, sobre todo, Max Scheler, se caracteriza por el hecho de que pretenda orientar la conducta humana hacia la realización de un fin, de un *valor* (33) (siendo indiferente para su existencia y validez como tal norma, que *de hecho* obtenga o no obtenga este propósito).

El ser-norma representa un tipo especialísimo de objeto ideal que no se comprende como un sistema estático y cerrado sobre sí mismo, sino como un ente dinámicamente proyectado hacia la región de los valores. Sólo la referencia a lo valórico, como meta intencional, comunica a la norma su auténtico sentido y fundamenta en último término su obligatoriedad (34).

10. PERSPECTIVAS DE LA TEORÍA DE LOS VALORES. LA OBLIGATORIEDAD DE LAS PRESCRIPCIONES VALORATIVAS

La tesis expuesta plantea un nuevo y grande interrogante: *¿Qué son los valores?*

La Filosofía jurídica puede y debe exponer *cuáles* son los valores que corresponden al Derecho y a los sistemas normativos afines; pero resulta manifiestamente *incompetente* para responder la pregunta sobre la *quididad*. Esta cuestión pertenece a los dominios de la *axiología* o teoría general de los valores, donde, lejos de haberse ofrecido una solución uniforme, se han manifestado múltiples puntos de vista que no es posible discutir aquí.

Sin embargo, para la debida comprensión de la naturaleza de las normas debemos realizar una breve y somera incursión a aquella novísima rama de la Filosofía general, dejando en claro que se trata de una reseña a título meramente ilustrativo, sin la pretensión de ahondar en los múltiples problemas que el tema suscita.

La teoría de los valores, no obstante haber estado implícita desde antiguo, sobre todo en la Filosofía moral y en la Estética, sólo llega a constituirse plenamente en los siglos XIX y XX, con Nietzsche, Lotze,

(32) Vid. *Supra*, núm. 1, págs. 171-172.

(33) Podemos aceptar provisionalmente el término «valor», en su acepción común, mientras precisamos algo más su significado a la luz de las diversas concepciones filosóficas.

(34) La norma, define brevemente Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, «es un juicio de valor en modo imperativo» (*Lecciones de filosofía del Derecho*, segunda edición, Editorial Jus, México, 1954; pág. 80).

Brentano, Von Ehrenfels, Meinong y, sobre todo, Max Scheler y Nicolai Hartmann, como un anheloso intento de superar el formalismo sobre nuevas bases.

Dentro de la amplia gama de sus problemas (gnoseológicos, metafísicos, éticos, etc.), es de singular importancia fijar la atención sobre el que se refiere a la naturaleza de los valores.

En este punto —prescindiendo de las modalidades de detalle— la especulación filosófica se ha dividido en dos grandes corrientes que guardan un sugerente paralelismo con las dos concepciones antagónicas, del idealismo y el realismo, sustentadas en el campo de la teoría del conocimiento.

Por una parte, los *subjetivistas*, entre los que hay que señalar a Meinong, Ehrenfels, Müller-Freienfels, etc., afirman que el valor es un hecho psíquico —vinculado, sobre todo, a los fenómenos de la vida afectiva, tales como tendencias, apetitos, deseos, necesidades, etc.—, cuyo sentido depende primordialmente de la reacción del sujeto ante las cosas.

Por otra parte, los *objetivistas*, en cuyas filas figuran Rickert, Scheler y Nicolai Hartmann, sostienen que los valores existen independientemente de toda apariencia, como objetos ideales con realidad propia, al modo de las ideas platónicas.

Esta última posición ha predominado sensiblemente en el pensamiento contemporáneo, salvando a la axiología del relativismo, pero manteniendo, en cambio, múltiples problemas e inconsecuencias.

Para los modernos axiólogos, el mundo se ha escindido en dos sectores infranqueables, el *ser* y el *valor*, cuyo punto de enlace no se ha podido establecer. Este fenómeno de partición de la realidad en dos esferas comunicables ha producido, en la Filosofía del Derecho, esa tajante división entre el *ser* y el *deber ser*, que aparece sobre todo de manifiesto en las teorías de la escuela de Viena.

La mayor parte de los autores eluden dar una definición de este tipo de objetos, limitándose a señalar las que creen ser sus características propias.

Comienzan por afirmar, con palabras de una redundancia destituida de todo significado, que las cosas *son* y los valores... *valen* (35).

(35) Incluso un pensador del talento del brasileño Miguel REALE, que aparece tan fuertemente influenciado por la axiología, llega a escribir con LOTZE, que «del valor se puede decir apenas que vale». Su «ser» es su «valer» (?). (Vid. Miguel REALE: *Filosofia do Direito*. Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1953; vol. I, tomo I, página 179.)

¡Como si pudiera predicarse algo donde se empieza por negar el ser!

Luego se figuran haber hecho un prodigioso descubrimiento al explicar, a través de obvias disquisiciones, que los valores tienen la «curiosísima» peculiaridad de ser *inespaciales, intemporales, ajenos a la noción de cantidad* y dotados de *polaridad*; pero olvidan que estos caracteres no sólo pertenecen a ellos, sino a todas las *ideas generales*. Toda idea, en efecto, en tanto pensamiento, es independiente de las coordinadas de espacio y tiempo y, por tanto, no es susceptible de ser mensurada numéricamente. La pretendida «polaridad», por otra parte, no es sino una banal manifestación de un principio lógico tan elemental como es el de «no contradicción». No sólo el valor, sino cualquier concepto, supone la existencia de su término correlativo contradictorio: todo «A» admite, como reverso de la medalla, un «no-A».

Al señalar semejantes características no se consigue, pues, aclarar nada, sino reafirmar, con poco sólidos fundamentos, una peligrosa disociación entre dos ideas que, en el fondo, se implican recíprocamente, como son el *ser* y el *deber ser*.

Algunos pensadores provenientes del neo-tomismo, como el argentino Octavio Nicolás Derisi (36) y los mejicanos Oswaldo Robles y Rafael Preciado Hernández (37), han procurado superar las dificultades elaborando una axiología coherente y unitaria que, inspirándose en algunas de las principales tesis de Santo Tomás de Aquino, considere también el actual estado de las doctrinas. Aunque el Doctor Angélico «no escribió un tratado acerca del valor, hay, sin embargo, en su vastísimo sistema, tesis importantísimas que bien pueden servir de base para la estructuración de un sistema axiológico tal como lo conciben los filósofos contemporáneos» (38).

Se pueden reducir a dos los principios fundamentales que postula el tomismo en esta materia:

1.º «El bien, metafísicamente considerado, es el fundamento del valor» (antecedente).

(36) Vid. Octavio Nicolás DERISI: *Los fundamentos metafísicos del orden moral*. Ed. de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Imp. López, Buenos Aires, 1941; 411 págs.

(37) El primero, en el libro *Propedéutica filosófica*; el segundo, en su cátedra de Filosofía jurídica de la Escuela Libre de Derecho, de 1943, en México, según la referencia de Alfonso RUBIO Y RUBIO en *La Filosofía de los valores y el Derecho*. Ed. Jus, México, 1945; pág. 54.

(38) Alfonso RUBIO Y RUBIO: *Loc. cit.*

2.º «El valor es la relación esencial y necesaria que existe entre el ente en acto y su tendencia natural» (consecuente) (39).

El distinguido jurista mejicano don Alfonso Rubio y Rubio expone en forma clara y profunda la fundamentación de estos principios:

El bien metafísico.—El bien, dice Santo Tomás, es aquello que todas las cosas apetecen («id quod omnia appetunt»), en cuanto que ellas apetecen su perfección. Ahora bien, el fin natural de los seres (aquel al cual tienden por propia naturaleza), representa con plenitud la perfección de todos y cada uno de ellos: de donde se puede concluir que «bien» y «fin» se identifican, y, al identificarse, el bien se nos presenta como la «perfección propia» del ser, y por tanto, como fuente de perfeccionamiento. Pero como la «perfección» denota tránsito de la potencia al acto, es decir, la «actualización» de las «potencialidades del ente», el «ser en acto» implica ya perfección, y la «actualidad del ente», objeto de apetecibilidad. Como objeto de apetecibilidad, en consecuencia, la actualidad del ente se identifica con el bien: «id quod omnia appetunt».

Esta es la noción metafísica del «bien» que, de acuerdo con la primera tesis, es el fundamento del valor, pero que no es el valor mismo.

Noción del valor.—El bien, como objeto de apetecibilidad, presupone un sujeto que apetece; es decir, un sujeto «para» el cual sea objeto de apetecibilidad la actualidad del ente. En otras palabras —de acuerdo con las afirmaciones anteriores—, se puede decir que el sujeto que apetece es el «ser» en cuanto ser, y que el objeto de apetecibilidad es su perfección, su bien o su fin natural. El ser, en consecuencia, se perfecciona en la medida en que realiza su fin natural.

En las relaciones existentes entre el sujeto que apetece y el objeto de apetecibilidad encontramos la noción del valor: el valor radica —según enunciaba la tesis establecida— en la relación que existe entre el ente en acto y su tendencia natural; es decir, entre el ser en cuanto sujeto que apetece y su perfección en cuanto objeto apetecido. Esta relación en tanto que es conocida por la inteligencia, es llamada por Santo Tomás «bien adecuado». El valor entonces consiste en el «bien adecuado» que implica, por otra parte, siempre, perfeccionamiento; ya que relaciona el ser con su fin —que es perfección—. De todo esto podemos concluir que todo aquello que implique perfeccionamiento vale (tiene valor) para el ser (40).

(39) Alfonso RUBIO Y RUBIO: Ob. cit., pág. 53.

(40) Alfonso RUBIO Y RUBIO: Ob. cit., págs. 55-57.

Con razón escribe, pues, Octavio Nicolás Derisi, que la manida noción de «valor» de la Filosofía Contemporánea «no es sino una minimización fenomenológica de la noción del *bien* (el bien sin el ser), como en el orden intelectual el «objeto» de Husserl (el objeto sin el ser) es una minimización de la noción del verdadero objeto. Como este «objeto» sin el ser se diluye, aun como puro objeto, así el valor sin el ser se deshace, aun como puro valor» (41).

Para el neo-tomismo, en cambio, justo término medio entre los extremos, el valor no es mera experiencia psíquica ni tampoco realidad suprasensible insertada misteriosamente en las cosas. Hay que considerar en él tanto un aspecto subjetivo, en tanto conocimiento, como un aspecto objetivo, en cuanto representativo de una relación real entre el ser y su finalidad ontológica.

Esto último viene a significar, contra la equivocada identificación kantiana de lo material con lo *a posteriori*, que los valores, no obstante ser materiales, son *a priori*, por fundarse en relaciones esenciales y, por tanto, necesarias y universalmente válidas.

El valor, define Paul Siwek, es «aquello que corresponde a la finalidad intrínseca del ser» (42).

Si se nos permite una ligera rectificación o, mejor dicho, un intento de mayor precisión, diremos que el valor es la *idea* que representa esa finalidad intrínseca; o, si se prefiere, la idea arquetípica de un objetivo de perfeccionamiento del ser. Como toda idea, es inespacial, intemporal, refractaria a la noción de cantidad, etc., y reviste los demás caracteres que la moderna axiología atribuye a los valores, sin advertir que son propios de todo concepto considerado como tal.

La pregunta sobre por qué mandan y obligan las decisiones y las normas, el problema acerca de los fundamentos últimos de la *imperatividad* y de la consiguiente razón de ser de la *obligatoriedad* aparece, pues, dentro de esta doctrina bajo una nueva y luminosa faz (43).

Las prescripciones que cumplen los requisitos axiológicos necesarios para ser tales no imperan y obligan por ser expresiones significativas de una voluntad, figurada o real, sino por la esencial relación

(41) Octavio Nicolás DERISI: Ob. cit., pág. 219.

(42) Citado por Alfonso RUBIO Y RUBIO: Ob. cit., pág. 68.

(43) Sobre este vasto y completo tópico, cfr. la excelente monografía de Luis LEGAZ Y LACAMBRA, «La obligatoriedad jurídica», trabajo publicado en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, del Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid, tomo I, año 1953; págs. 5-89.

ontológica que media entre el ser y su finalidad última, que es el bien. Querámoslo o no, nuestra naturaleza racional y humana nos señala, a través de los preceptos normativos, sean morales o jurídicos, cómo debemos regular nuestra conducta individual y social para que ésta se conforme a la razón. La imperatividad objetiva y, correlativamente, la obligatoriedad subjetiva de las prescripciones tendentes a realizar los grandes «valores» de la existencia humana, emana, pues, en último término, de la naturaleza misma de las cosas.

En conclusión, la axiología neo-tomista se alza con clara superioridad sobre las demás concepciones imperantes. Frente al antagonismo de subjetivistas y objetivistas, sostiene un realismo moderado de honda raigambre gnoseológica y metafísica; frente a la escisión del mundo en dos esferas comunicables, el ser y el valor, integra éste en el primero, como en la base natural e incommovible de todo lo que existe; frente a la consecuente desintegración del sistema de la filosofía, incluye la teoría de los valores como un capítulo de la ontología, en la que se encuentra su verdadero sentido.

La doctrina neo-tomista, incorporando los nuevos términos e ideas al inapreciable acervo de los siglos, apoya la axiología en los más sólidos fundamentos, devuelve a la realidad su carácter de todo indivisible y restituye su unidad y su coherencia al disgregado y vacilante pensamiento filosófico del siglo xx.

11. EL CRITERIO DIFERENCIADOR DE LAS DISTINTAS PRESCRIPCIONES

Se ha hablado hasta aquí de la norma *en general*, considerada como un objeto ideal en el que cabe distinguir dos aspectos:

1. Una *estructura formal* invariable, constituida por tres elementos: prescripción de una conducta, generalidad, imperatividad, y
2. Un *contenido o materia*, esencialmente cambiante, pero caracterizado siempre por su tendencia a la realización de un tipo especial de fines, que hemos denominado *valores*, para utilizar un término cómodo, popularizado por la Filosofía contemporánea.

Determinada ya la esencia de la normatividad, como *género*, es menester señalar ahora las notas distintas de cada *especie* de normas. Se trata de responder a la pregunta: ¿qué es lo que hace que una norma sea de tal especie y no de otra?

El problema se presenta, pues, respecto de los tres grandes tipos de normas: jurídicas, éticas y del trato social. (Las mal llamadas

«normas» técnicas han sido descartadas, por no tratarse de *normas*, sino de *reglas*).

Teniendo en cuenta las explicaciones que se han dado a lo largo de los párrafos anteriores, no necesitamos insistir en que el *elemento diferenciador* que se busca ha de encontrarse en el *contenido* o *materia* de las normas. Este contenido o materia, se ha dicho, se caracteriza por su orientación hacia un valor, que no es siempre el mismo: ante las normas se presenta toda una gama de posibilidades.

Una simple intuición eidética bastará, entonces, para formular el siguiente principio, como una verdad axiomática: *la especie de las normas —y todo lo que decimos vale también para las decisiones— se determina por el tipo de valor hacia el cual se orientan.*

12. LOS FINES DEL DERECHO

Las prescripciones jurídicas se caracterizan por tender hacia la realización de un conjunto de valores, que han sido reconocidos y aceptados por la conciencia histórica de todas las épocas (y que el formalismo, en todos sus matices, nunca ha negado abiertamente, aunque rehuse ocuparse de ellos). Tales son el Orden, la Paz, la Justicia, la Igualdad, la Seguridad, en suma, el *Bien Común* (44).

Para evitar frecuentes confusiones, conviene hacer notar, en primer término, que algunos de los valores mencionados son susceptibles de considerarse bajo un doble aspecto, *subjetivo* y *objetivo*. Así, por ejemplo, la Justicia puede ser estudiada, subjetivamente, como una virtud personal; y, objetivamente, como un ideal al que debe aspirar toda colectividad. Del mismo modo, la Seguridad puede ser examinada como un estado interno de los individuos o como una finalidad objetiva que se pretende alcanzar. Evidentemente, los valores a que tiende la norma jurídica sólo pueden ser considerados aquí en su consistencia objetiva; el estudio de los estados o disposiciones internas que produzcan, corresponderán a la Ética, a la Psicología o a cualquiera otra disciplina, pero no a la Filosofía del Derecho.

Por otra parte, es lamentable tener que reconocer las grandes dificultades que se presentan hoy día, en una época convulsionada por

(44) Vid. la excelente monografía de LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, titulada *Los fines del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad*. Ed. Jus, México, 1944; 185 págs.

todas las pasiones, para precisar con verdadera elevación e imparcialidad el contenido de unos valores en cuya apreciación se interfieren tendencias religiosas, políticas, sociológicas, económicas, etc.

En un Estado liberal-individualista, por ejemplo, el Orden, la Paz y la Seguridad se conciben como fines que es posible obtener por la voluntaria cooperación de los particulares, unida a una acción discreta y casi inmanente del Poder Coactivo; la Justicia, como una situación de igualdad y respeto en la atribución de los derechos de cada cual; y el Bien Común, como el hecho resultante de la suma de los bienes individuales.

En un sistema totalitario, en cambio, como el que existe actualmente bajo la tiranía bolchevique en Rusia, el Orden, la Paz y la Seguridad son objetivos que se alcanzan a través de una organización policial que impera por la violencia y el terror; la Justicia se concibe como el asesinato o encarcelamiento de quienes pertenecen a otra clase o raza que la privilegiada o sustentan una ideología diversa de la oficial; y el Bien Común, como un estado de permanente esclavitud colectiva.

En las líneas siguientes trataremos, con todo, de precisar en breves y objetivas fórmulas el concepto de los principales *valores o fines del Derecho*.

El *Orden*, según la conocida definición del Diccionario de la Real Academia Española, es la «colocación de las cosas en el lugar que les corresponde». La afirmación implícita de que a cada cosa corresponde un lugar determinado, supone, para que haya orden, la existencia previa de un criterio o principio ordenador, necesariamente de naturaleza teleológica.

Aplicando estos conceptos al campo del Derecho, podemos decir que el *Orden* consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les corresponden, de acuerdo con ciertas normas preestablecidas.

La *Paz* —que no representa sino una consecuencia o faceta del Orden— es el estado de pública armonía y tranquilidad de una nación, tanto en su situación interna como en sus relaciones exteriores, fundado en la observancia de una ley superior de convivencia mutua. La verdadera Paz, la única íntima, profunda y duradera, no es la que nace de la mera coacción física, sino de la aceptación interior de los supremos ideales de la fraternidad y del amor.

La *Justicia* representa la existencia en la comunidad de un conjunto de condiciones que aseguren que cada uno tenga, dé y reciba

lo que le corresponde, tanto considerado en sí mismo como en sus relaciones con los demás individuos, grupos o instituciones y con la comunidad entera (45).

La Justicia, una en su concepto y en su esencia, admite diversos modos de aplicación, según el tipo de relación concreta en que incide, así como la luz, también una en su esencia, se descompone en diferentes rayos al pasar por un prisma. En todas ellas entra en juego, en forma simple o proporcional, el concepto de Igualdad, tan importante en materia de garantías constitucionales.

La *justicia conmutativa* asegura el respeto a la equivalencia en las prestaciones entre dos personas, garantizando a cada una lo que le corresponde (v. gr., en las relaciones contractuales).

La *justicia distributiva* determina la debida proporción que debe observar la autoridad en el reparto de beneficios y cargas entre los miembros de la sociedad (v. gr., el establecimiento de impuestos) (46).

La *justicia legal* es la que ordena cómo los miembros de la comunidad deben cooperar al Bien Común (v. gr., en el pago de las contribuciones). Se denomina «legal» porque las obligaciones que comprende son fijadas por las leyes del Estado.

Modernamente se ha agregado un cuarto término a esta clasificación, el de justicia social, cuyo sentido, que se perfila vagamente en la conciencia de todos, no ha sido aún precisado en forma unánime por los sociólogos.

(45) El elemento matriz en la idea de la Justicia —*dar a cada uno lo suyo*— ha sido formulado desde las épocas más remotas. Se encuentra ya en ULPIANO, L. 10, pr. D, *De Justit*, I, I. Entre los griegos, PLATÓN refiere que, según SIMÓNIDES, la Justicia consiste en «decir la verdad y volver a cada cual lo que es suyo» (*La República*, libro I). Y en la antigua China, CONFUCIO alude en uno de sus discursos a «la justicia que da a cada individuo lo que es debido, sin favorecer a uno sobre otro». (Citada por Ceferino GONZÁLEZ, *Historia de la Filosofía*. Imprenta Policarpo López, Madrid, 1878-1879; tomo I, pág. 62.)

(46) El *sufragio universal*, implantado en la mayor parte de las modernas democracias liberales, constituye, a nuestro juicio, la más flagrante transgresión de la justicia distributiva, pues se concede a individuos de muy diferentes capacidad, ilustración y sentido moral, exactamente la misma cuota de influencia en actos tan trascendentales como son las elecciones de las autoridades que rigen la comunidad. Es obvio que, así como la justicia distributiva exige una proporción en el reparto de los impuestos y contribuciones de acuerdo con el patrimonio de cada cual, también debiera regular y diferenciar el uso del sufragio según la concurrencia de factores de educación, moralidad, función social desempeñada por cada ciudadano. Pero esta verdad tan evidente no será vista mientras siga prevaleciendo esa desastrosa y casi inevitable enfermedad de la democracia —ya denunciada por ARISTÓTELES— que es la demagogia.

La *Seguridad* es caracterizada por el ilustre catedrático brasileño Paulo Dourado de Gusmao como «la relativa fijeza de un orden positivo, garantizador, por una estabilidad provisoria, de una ideología jurídica». Esta noción comprendería cuatro aspectos: a), protección de los derechos adquiridos; b), aplicación igual y cierta del Derecho; c), garantía de que las modificaciones del orden jurídico no influyen sobre las situaciones jurídicas perfectas; d), posibilidad de todos de conocer el Derecho. De esto se desprenderían, según el mismo autor, tres principios de seguridad: 1.º Anterioridad de la ley al hecho; 2.º Igualdad de todos ante la ley; 3.º Protección de los derechos adquiridos (47).

Estos mismos conceptos están magistralmente sintetizados por Delos, quien define la Seguridad como «la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán el objeto de ataques violentos y que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas, por la sociedad, protección y reparación». «En otros términos —continúa— está en seguridad aquel (individuo en el Estado, Estado en la comunidad internacional) que tiene la garantía de que su situación no será modificada, sino por procedimientos societarios y por consecuencia «regulares» —conforme a la «regula»—, legítimos —conformes a la «lex»— (48).

El *Bien Común*, por último, —anota magistralmente Rafael Preciado Hernández—, «es una especie del bien en general, un criterio racional de la conducta que se refiere en primer término a la sociedad como entidad «relacional», como la unidad de un todo ordenado que responde a lo que podíamos llamar la dimensión social de la naturaleza humana. Se trata de una noción compleja: como bien, casi se identifica con el bien de la naturaleza humana; como común, alude ante todo al acervo acumulado de valores humanos, por una sociedad determinada, objeto perpetuo de conquista y discusión, dada su aptitud o capacidad para ser distribuido, y condición al mismo tiempo del desarrollo y perfeccionamiento de los hombres; también significa lo común que los individuos no poseen ese bien antes de su integración en el organismo social y que no sólo aprovecha a todos, sino que a la vez requiere el esfuerzo coordinado de todos los miembros que integran la comunidad; lo cual implica que no

(47) PAULO DOURADO DE GUSMAO: *Curso de Filosofia do Direito*. Livraria Freitas Bastos, S. A., Río de Janeiro-Sao Paulo, 1950; pág. 32.

(48) J. T. DELOS, en la obra de LEFUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, *Los fines del Derecho. Bien común, Justicia, Seguridad*. Ed. Jus, México, 1944; pág. 77.

está constituido por la suma de bienes individuales, sino que es un bien específico que comprende valores que no pueden ser realizados por un solo individuo, tales como el orden o estructura de la propia actividad social, el Derecho, la autoridad, el régimen político, la unidad nacional de un pueblo, la paz social» (49).

El Bien Común es, pues, el bien material y moral de la colectividad entera, considerada como un todo intercomunicable y solidario, donde se han realizado ya el Orden, la Paz, la Justicia y la Seguridad. Mirando esta misma realidad desde el punto de vista individual, puede decirse, con Delos, que es «el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual», integrada jerárquicamente a la ciudad como la parte al todo (50).

Dentro de la concepción que hemos expuesto, no cabe ni siquiera plantear la posibilidad —aceptada por autores del prestigio de Radbruch (51)— de que los valores que tiene por fin el Derecho, en lugar de conjugarse armónicamente, implicarán exigencias contrarias y aun contradictorias.

Es posible que *de hecho*, en una organización social concreta (y por causa de sus imperfecciones), tales antinomias se produzcan, por ejemplo, entre la Justicia y el Bien Común o entre la Seguridad y la Justicia.

Se puede concebir que, en un *Estado de Derecho*, la aplicación indiscriminada de la ley, como exigencia del Bien Común —el «*dura lex, sed lex*» de los viejos romanos— provoque situaciones individuales de injusticia, que no sería fácil evitar, sin cambiar a la vez todo el sistema de la legislación (52). No es necesario evocar a este respecto

(49) Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, segunda edición. Editorial Jus, México, 1954; pág. 207.

(50) J. T. DELOS: *Ob. cit.*, pág. 73. La parte final, después de las comillas, es agregado nuestro, tendiente a desvirtuar la inclinación liberal-personalista que parece advertirse en la definición de este autor.

(51) Véase sobre este tópico, LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, obra citada, y Gustavo RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, 1.^a ed. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933; cap. IX, (*Las antinomias de la idea del Derecho*, páginas 95-101).

(52) Más aún, parece pertenecer a la *esencia* misma de la ley el permitir, por su generalidad abstracta, un margen inevitable de injusticia en su aplicación concreta. ARISTÓTELES quiso remediar este inconveniente atribuyendo al magistrado un papel correctivo, a través de la «equidad», que atempera el rigor del texto legal; pero la mayoría de los sistemas legislativos modernos niegan al juez toda facultad discrecional en este sentido.

la muerte heroica de Sócrates, que se inmoló sacrificando la Justicia, que debía absolverlo, en aras del Bien Común, que exigía el respeto a la ley y a la sentencia. Piénsese solamente en el caso, tan común en la vida profesional, del individuo que pierde un litigio, a pesar de haber adquirido el juez la convicción de que está en la razón, por no poder dar testimonio objetivo de su derecho de acuerdo con las normas reguladoras de la prueba.

Las necesidades de la Seguridad, por otra parte, pueden también exigir que en muchas ocasiones sea pospuesta la Justicia, como en las detenciones preventivas, en épocas de trastornos, de individuos sospechosos, que más tarde resultan inofensivos o inocentes. «Prefiero la injusticia al desorden», expresó una vez Goethe en una frase que ha quedado célebre.

En el *plano ideal*, en cambio, tales conflictos no pueden concebirse. La misión del Bien Común consiste, precisamente, en integrar el Orden, la Justicia, la Paz y la Seguridad en su superior unidad, dentro de la debida armonía y correspondencia que debe existir entre cada una de estas finalidades. El Bien Común es la suprema síntesis de todos los valores de la vida colectiva, que resplandecen en él como la espléndida gama de colores de un espectro de luz.

Se llega así, por fin, a la caracterización precisa de las prescripciones jurídicas.

Considerando el género próximo y la diferencia específica, podemos decir que *éstas son las normas y decisiones que rigen la conducta humana en orden al Bien Común.*

Concurriendo todos estos factores, poco importa, para que un precepto tenga la naturaleza de norma o decisión jurídica, su *modo de existencia*: sea que aparezca como mero pensamiento (lo que constituye su ser elemental y primario), o exteriorizado en la palabra verbal o escrita, o encarnado en la costumbre o en la ley, vigente o derogada.

12. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL DERECHO

El camino recorrido hasta aquí nos permite formular ahora un intento de definición.

El Derecho, en general, en su acepción objetiva, sería, pues, *el conjunto de normas y decisiones destinadas a regir la conducta hu-*

mana en orden al Bien Común (53). Esta definición reuniría, a nuestro juicio, como un ángulo cuyos lados se prolongan hasta el infinito encerrando un área precisa, pero ilimitada, todo Derecho, sea actual, pretérito o futuro; escrito o consuetudinario; real o posible; natural o positivo; vigente o derogado.

El *Derecho Positivo*, concepto de menor extensión en su amplitud, es de mayor connotación en cuanto a los elementos que lo configuran. El Derecho Positivo no posee sólo una dimensión ideal, no está constituido sólo por normas o decisiones puras orientadas hacia el Bien Común, sino que tiene también una dimensión real y técnica. Lo esencial para que un Derecho tome el carácter de positivo es, a nuestro juicio, que él sea impuesto (y, por consiguiente, tutelado) por el Poder Social, entendiendo por tal no sólo la autoridad en cuanto ésta dicta preceptos imperativos, sino también la conciencia y la voluntad colectivas manifestadas en los usos y costumbres jurídicos, de tanta importancia en el Derecho anglo-norteamericano.

(53) El distinguido profesor de la Universidad de Chile, don Jorge MILLAS, criticando una definición análoga que dimos en nuestra *Introducción a la teoría de la norma jurídica y la teoría de la institución* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1951), expresa que constituye un «error lógico» definir las cosas, «no en función de las esencias, de la estructura lógica que las determine, sino en función de algo exterior a ellas: sus funciones o fines». «En este mismo género de dificultad incurrir —agrega más adelante— quienes como Jorge Iván Hübner entre nosotros, intentan definir la norma jurídica partiendo del principio de que no puede determinársela sino en función de los valores que tiende a realizar.» «Y en efecto, si definimos la norma de Derecho como «aquella norma que rige las relaciones humanas en orden al Bien Común», nos encontramos nuevamente con una fórmula que realmente no define, si por definición hemos de entender la conceptualidad del *qué es*, el *quid* de las cosas. Tanto nos enteramos por ella de lo que es la norma jurídica como nos enteramos de lo que es el ala si decimos simplemente «es el órgano hecho para volar», etc. Jorge MILLAS: Apuntes en mimeógrafo de su *Curso de Filosofía del Derecho*, Santiago de Chile, 1953; pág. 43).

Por nuestra parte consideramos que la objeción formulada por el profesor MILLAS carece de fundamento. La lógica formal admite diversos tipos de definición igualmente legítimos y claros, tales como la nominal, la real, la intrínseca (esencial o descriptiva) y la extrínseca (por el fin, como la nuestra, por la causa o por el modo de producción, también llamada «genética»). Así, v. gr., el famoso tratadista francés E. COLLIN, en la parte de su *Manual de Filosofía tomista*, destinada a la Lógica formal, se refiere expresamente a las definiciones por el fin, poniendo el siguiente ejemplo: «El reloj es un instrumento fabricado para marcar las horas.» ¿Podría sostenerse que esta u otras definiciones fundadas en el mismo criterio no son claras o pecan contra alguna de las reglas de la definición? No lo creemos así.

El Derecho Positivo comprende, por otra parte, una serie de reglas técnicas, indiferentes desde el punto de vista valorativo, pero indispensables para la debida aplicación en la realidad social concreta de las prescripciones jurídicas puras (v. gr., la maquinaria estatal que sirve al Derecho, las solemnidades, los requisitos de los actos jurídicos, la determinación precisa de los plazos procesales, etc.). Más adelante, al tratar de las relaciones entre la Moral y el Derecho, quedará más en claro la existencia de un vasto sector de lo jurídico que, formado por prescripciones que sólo tienen una referencia indirecta y derivada hacia los valores, constituye, ante todo, una *técnica social*.

Podemos definir, entonces, el Derecho Positivo como el *conjunto de normas, decisiones y reglas técnicas impuestas y tuteladas por el Poder Social para regir la conducta humana en orden al Bien Común*.

El Derecho Positivo, en conclusión, no es sólo forma, entelequia, espíritu (como lo son las normas y decisiones que constituyen el Derecho «in genere», universalmente considerado); sino también realidad objetiva, materia, historia. Por una parte, surge de los hechos y por otra los domina. Surge de los hechos, en cuanto es «la regla de la vida del hombre en sociedad y la existencia misma del hombre tal como podemos comprobarla, como ser racional, social y moral»; pero la esencia misma del Derecho, que descansa en valores, sobrepasa y «trasciende los hechos materiales». «Se puede decir que no hay nada en el Derecho que no venga de los hechos, salvo el Derecho mismo, exactamente como ocurría con la célebre máxima escolástica *nihil est in intellectu quod non prius fuerit in sensu*, que no es exacta, sino con la adición de Leibnitz, *nisi ipse intellectus*, adición que, por otra parte, estaba ya en el espíritu de los escolásticos» (54).

La misión del Derecho es la de subordinar las relaciones sociales a un principio superior, tratando de «encarnar lo Espiritual en lo Temporal» (55). Sólo considerando al Derecho Positivo en su raíz última —como obra social humana— y tomando «al hombre tal como es, simultáneamente cuerpo y espíritu», será posible comprender su íntima entraña (56).

(54) Luis LE FUR: Ob. cit., págs. 29-30.

(55) Jean LACROIX: *Les éléments constitutifs de la notion de civilisation*, Semaine Social de Versailles, 1936; págs. 91 y ss., cit. por Luis LE FUR, ob. cit., página 20.

(56) Vid. Luis LE FUR: Ob. cit., pág. 32.

14. EL DERECHO SUBJETIVO

El concepto de derecho subjetivo fluye directamente, a nuestro juicio, de la consideración del orden jurídico objetivo (sea éste natural o positivo).

Las normas y decisiones imponen una conducta obligatoria que coloca a los individuos en situación de ejecutar o no ejecutar determinados actos en beneficio del Estado, de la comunidad en general o de las personas jurídicas o naturales singularmente consideradas.

Los sujetos de derecho, es decir, las personas, tienen la facultad, como miembros de la comunidad regida por el sistema jurídico, de exigir que se respeten y cumplan las prescripciones que las favorecen. Esta facultad es la que ha tomado el nombre de *derecho subjetivo*, vale decir, derecho del sujeto, exigibilidad de parte del sujeto de que se aplique en beneficio suyo algún precepto del Derecho.

La vasta trama de las relaciones jurídicas comprende dos tipos fundamentales de derechos subjetivos: aquellos que permiten exigir algo del resto de la comunidad considerada como sujeto pasivo de la obligación correlativa (v. gr., exigir el respeto y protección de los atributos esenciales de la persona, como la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad, etc.); y los que facultan para reclamar una conducta que nos favorezca de parte de personas determinadas que han adquirido las obligaciones correspondientes a través de cualquiera de las diversas formas de obligarse, todas las cuales hallan su último fundamento de obligatoriedad en las prescripciones del Derecho, Positivo o Natural, que imponen su cumplimiento.

El problema de la *naturaleza* de los derechos subjetivos constituye, pues, un pseudo problema, ya que éstos no son sino las atribuciones que las normas y decisiones conceden, para exigir su observancia, a las personas a quienes benefician. Tampoco representa, a nuestro juicio, un problema real, el de establecer la precedencia ontológica o lógica del Derecho objetivo sobre el subjetivo o viceversa, pues es evidente que en cuanto a lo que diga en relación con los principios básicos de la Ética Social (Derecho Natural) existe simultaneidad entre la prescripción, que nace de la existencia misma de las personas, y las facultades que éstas puedan ejercer; y, en lo tocante a las prescripciones que constituyen la parte meramente técnica del Derecho Positivo, el derecho subjetivo nace con posterioridad y como una mera derivación de aquél.

15. PRESCRIPCIONES JURÍDICAS Y NORMAS DEL TRATO SOCIAL

«En el horizonte de la vida humana —escribe Recaséns Siches— encontramos una serie de normas reguladoras de la conducta, que ni son Derecho ni tampoco son moral. Se trata de un enorme y variado repertorio de normas que, en su conjunto, constituyen una categoría especial, que denominaré *reglas del trato social* (57). He aquí algunos ejemplos de tales reglas: la decencia, el decoro, la buena crianza, la corrección de maneras, la cortesía, la urbanidad, el respeto social, la gentileza, las normas del estilo verbal, del estilo epistolar, las exigencias sobre el traje, el compañerismo, la caballerosidad, la galantería, el tacto social, la finura, etc.» (58).

La determinación de la naturaleza de estos preceptos y su consiguiente paralelo con las normas morales y, en especial, con las jurídicas, ha sido un problema arduo, aunque francamente fútil.

Algunos autores, como Del Vecchio y Radbruch, han terminado por abandonar la empresa, declarando que no existe un *tercer grupo* de normas o que no es posible trazar ante ellas una línea divisoria. «La vanidad de todos los intentos hasta aquí realizados —escribe Radbruch— obliga a sospechar en la imposibilidad de una delimitación entre Derecho y convencionalismos, y, en efecto, puede demostrarse tal imposibilidad» (59).

Otros tratadistas, más preocupados siempre de precisar diferencias que de establecer la verdadera naturaleza de cada tipo de normas, han formulado diversas opiniones.

Para Stammler, la distinción entre las normas jurídicas y las del trato social radica «en la diversa modalidad que separa de un modo *absoluto* las varias categorías de la voluntad *autárquicamente* vinculadora, en cuanto sustrae la vinculación a la voluntad de los individuos vinculados», en tanto que las segundas sólo formulan «una invitación

(57) Estos preceptos han sido también llamados «convencionalismos sociales», «usos sociales», «decoro social», «normas convencionales», etc. Preferimos la denominación del profesor RECASÉNS SICHES, aunque reemplazando el término de «reglas» por el de «normas».

(58) Luis RECASÉNS SICHES: *Vida humana, Sociedad y Derecho*, 2.^a edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1945; pág. 183.

(59) Gustavo RADBRUCH: *Ob. cit.*, pág. 66.

a los individuos que se han de vincular y de los cuales depende el vincularse o no» (60).

Este punto de vista, no obstante la reconocida autoridad de quien lo sustenta, no vale casi la pena de considerarse. Se basa en la negación de un hecho notorio e indiscutible: el carácter imperativo, «autárquicamente vinculatorio» —para emplear el lenguaje del maestro germano— de las normas del trato social.

Según Recaséns Siches, habría «una diferencia fundamental entre la forma de imperio de unas y otras y, consiguientemente, también (en) una diferencia entre el tipo de sanción de unas y otras». La sanción de los preceptos del trato social es la censura, la reprobación, aun la exclusión de determinados círculos; en tanto que la de las normas jurídicas es la imposición forzada de la conducta prevista por la norma o de una sucedánea, también predeterminada (61).

El criterio del distinguido profesor español tampoco parece aceptable. Su paralelo no se refiere a *las normas mismas*, sino a los *efectos o reacciones* que su infracción produce en el grupo social.

Pero, aun admitiendo la legitimidad de este punto de mira, lo que se observa no es exacto.

La norma jurídica no obtiene siempre un acatamiento forzoso en cuanto a la conducta que prescribe, pues en muchos casos su aplicación no puede tener otro efecto que la aplicación de una pena (lo que tampoco es un comportamiento sucedáneo del obligado, sino una reacción social). Así sucede, por ejemplo, en la totalidad de los preceptos del Derecho Penal. Y la norma del trato social, por su parte, una vez infringida, exige con frecuencia una «conducta sucedánea» en calidad de reparación, bajo la amenaza de una nueva censura.

Para el eminente jurista mejicano Eduardo García Maynez, las normas jurídicas tienen carácter *bilateral*, o sea postulan, frente a un deber, la facultad de exigir su cumplimiento; en tanto que los preceptos del trato social serían *unilaterales*, impondrían también un deber, pero no permitirían reclamar compulsivamente su observancia. De esta diversa estructura se seguiría, también, una diferencia relativa a la sanción (62).

Hay que observar, en primer lugar, que esta doctrina no toma

(60) Vid. R. STAMLER: *Tratado de Filosofía del Derecho*, 1.^a edición. Ed. Reus, Madrid, 1930; págs. 108-109.

(61) Vid. Luis RECASÉNS SICHES: *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, pág. 195.

(62) Vid. Eduardo GARCÍA MAYNEZ: *Introducción al Estudio del Derecho*, páginas 32-33.

como uno de los términos de la comparación al Derecho en general, sino al Derecho Positivo. Colocándose dentro de este plano, la tesis de García Maynez —en el fondo, de raigambre kantiana— tampoco podría considerarse acertada.

Existen muchas disposiciones legales que imponen un deber, pero no confieren medio alguno para exigir su cumplimiento. Es el caso, por ejemplo, de las llamadas «obligaciones naturales», de ciertas normas del Derecho de Familia y de no pocas prescripciones del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional Público. Por otra parte, no son raros los preceptos del trato social cuya observancia se exige, en la misma forma que en el Derecho, bajo la amenaza de una sanción, por ejemplo, expulsando del círculo a un individuo que no acate determinadas prescripciones; impidiendo la entrada a una recepción social a quien no se presente con la indumentaria requerida, etc.

También se ocupan de esta sutil cuestión Austin, Ihering, Hatschek, Somló, Max Weber, Legaz y Lacambra y muchos otros (63).

Para iniciar el esclarecimiento del problema, en la medida de lo posible, hay que observar primero que, bajo una denominación unívoca, se reúnen un conjunto de preceptos del más variado carácter. Es un hecho evidente que las llamadas «normas del trato social» no constituyen una sola entidad, sino una heterogénea y confusa amalgama de las más dispares prescripciones.

No sería difícil distinguir en ellas, abriendo el camino para exámenes posteriores de mayor finura, por lo menos cuatro tipos distintos de preceptos:

1.º Normas propiamente éticas ínsitas en ciertos usos o costumbres.

2.º Normas propiamente jurídicas, que se presentan, por lo común, bajo formas de Derecho consuetudinario incipientes o imprecisables.

3.º Mandatos arbitrarios, que en ningún caso alcanzan la categoría de normas, por faltar en ellas toda referencia valorativa, pero que están sancionadas por la conciencia social. Tales son, por ejemplo, las exigencias de la moda, las costumbres relativas al duelo, etc.

4.º Auténticas «normas del trato social», que constituyen preceptos generales y obligatorios no comprendidos dentro de la Moral ni

(63) Para un breve resumen de las teorías de estos autores, véase Eduardo GARCÍA MAYNEZ: *Ob. cit.*, cap. III, págs. 25-36, y Luis LEGAZ LACAMBRA: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 2.ª parte, cap. II, 2, págs. 226-241.

del Derecho y cuya naturaleza es necesario determinar. Entre ellas cabe señalar, especialmente, a la mayor parte de las prescripciones de urbanidad, cortesía y buenas maneras.

Entre los preceptos jurídicos y los del trato social, existen todas las semejanzas que provienen de la pertenencia a un mismo *género común*, la norma. Ambos son pensamientos (objetos ideales); ambos prescriben una conducta con carácter general e imperativo; ambos se orientan hacia la realización de un fin (valor).

Pero la distinción aparece de manifiesto si se examinan las finalidades propias de cada tipo de norma, único punto que revela las *diferencias específicas*.

Se ha observado ya que la nota que caracteriza a la norma jurídica es su referencia al Bien Común.

La norma del trato social, en cambio, apunta un poco más abajo en la *escala axiológica*. Su objetivo no es el de procurar el bien de la Comunidad como tal, sino el de hacer más agradable la convivencia humana, procurando conformar el trato entre los hombres al concepto de cada época y cada sociedad tienen sobre la consideración o diferencia debida entre ellos.

Esta idea representa un valor *sui-generis*, que acaso pudiera denominarse «respeto a la personalidad ajena».

La consideración hacia la persona del prójimo deslinda con una de las más eminentes virtudes cristianas: *la Caridad*.

Cuando un precepto del trato social incide en materias de suyo graves, es absorbido por la Ética, de la que toma su fuerza obligatoria. Pero, por lo común, siendo las materias regidas de escasa importancia, las exigencias de la Caridad, desde el punto de vista ético, no tienen carácter estrictamente imperativo, sino de *mero perfeccionamiento espiritual*. La imperatividad de esas normas nace, entonces, no de su interferencia con una idea Ética (que normalmente permanece en la penumbra), sino del peculiar valor que encarnan, en tanto valor de la convivencia colectiva.

16. PRESCRIPCIONES JURÍDICAS Y NORMAS MORALES

Para terminar este paralelo debemos referirnos ahora al controvertido problema de las relaciones entre la norma jurídica y la norma moral, entre el Derecho y la Ética. Antes de expresar nuestros puntos de vista sobre el particular, debemos referirnos a las posicio-

nes de las diversas escuelas que se han ocupado de este tema, las que pueden explicarse gráficamente con la comparación de los círculos ideada por Bentham. (Si tomamos dos círculos y suponemos que uno de ellos representa el campo del Derecho y el otro el dominio de la Ética, sus distintas posiciones recíprocas pueden simbolizar las diferentes opiniones manifestadas en torno a este problema.)

a) *Identidad o dependencia del Derecho con respecto a la moral.* El Derecho y la moral serían *dos círculos de igual centro* :

1. Del mismo radio (identidad), o
2. De distinto radio (relación de dependencia).

En la primera suposición, que fué la que prevaleció en la antigüedad, se identificaba el Derecho con la Ética. Griegos y romanos confundían ambos tipos de normas, por faltar aún una verdadera elaboración crítica del problema. Así, por ejemplo, Celso define el Derecho como «el arte de lo que es bueno y de lo que es justo», y Ulpiano, en una fórmula célebre, escribe: «Los preceptos del Derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo». Como puede advertirse, ambas definiciones confunden elementos propiamente morales con elementos jurídicos.

De más está decir que en las civilizaciones anteriores a la greco-romana, todas las ramas del saber estaban entremezcladas en confusa amalgama, generalmente expresadas en los grandes libros religiosos, donde los preceptos morales no eran distinguidos de los jurídicos ni de los propiamente religiosos.

Desde los primeros siglos de la Edad Media prevaleció la segunda hipótesis: el Derecho y la Moral son círculos de igual centro, pero de distinto radio. La moral es el género, el Derecho, la especie. O sea, el campo de la primera sería mucho más amplio que el campo del segundo. Para Santo Tomás de Aquino la Ética trata de la bondad en general de los actos libres del hombre, que resulta de su conformidad con los dictámenes de la razón. «Son moralmente buenas para el hombre —escribe el neo-tomista Cathrein— todas aquellas acciones que, conforme a su naturaleza racional, se acomodan a todas sus relaciones para consigo mismo, para con los demás hombres y para con Dios, su creador y fin último» (64).

El Derecho tiene por objeto una de las diversas virtudes que están englobadas en la idea de bondad, la justicia.

(64) VÍCTOR CATHREIN (S. J.): *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945; pág. 273.

La moral es más amplia que el Derecho, pues comprende las obligaciones del hombre consigo mismo, con respecto a sus semejantes y con respecto a Dios; en tanto que el Derecho sólo rige las relaciones entre los hombres.

El Doctor Angélico señala, por otra parte, que las cuestiones morales no pueden ser materia de ley, a menos que lleguen a comprometer el interés colectivo. No se puede legislar sobre la práctica de las virtudes, salvo que incidan directamente en el Bien Común; ni sobre el cumplimiento de los deberes de conciencia, a menos que se trate de impedir aquellos males que perjudican a los demás en tal medida que, sin su prohibición, «la sociedad humana caminaría necesariamente hacia su desaparición completa: tales son el homicidio, el robo, etc.»

La escuela del Derecho natural español de los siglos XVI y XVII, en la que se destacan Suárez, Vitoria, Domingo de Soto, Molina, etc., sustentan las mismas tesis, como todos los autores de la tradición escolástica. Estas ideas prevalecen sin contrapeso hasta fines del siglo XVIII, época en que se hace sentir la influencia adversa de Kant. Los neoescolásticos y, en general, los continuadores del pensamiento cristiano en el campo de la Filosofía del Derecho en los siglos XIX y XX, sostienen también la dependencia del Derecho con respecto a la moral. Es característica, a este respecto, la posición del eminente teólogo y jurista Víctor Cathrein, S. J., que escribe: «La ley moral natural prescribe al hombre todo lo que es necesario para que su obrar, en relación a Dios, a sí mismo y a los demás hombres, sea bueno y bien ordenado o adecuado a su naturaleza racional. A ese orden pertenece también como elemento necesario el orden jurídico, pues el hombre es, conforme a su naturaleza, un ser social. Consecuentemente le es a él adecuado y bueno lo que es necesario para la conservación de la sociedad humana, y, por el contrario, le es inadecuado y malo lo que no se concilia con la existencia de la sociedad. A eso pertenece que se dé a cada uno lo suyo, que no se cause injusticia a nadie, que no se mate, robe, mienta; que se observen los contratos concluidos y otras cosas semejantes. ¿Quién podría dudar que todos esos son propios deberes del Derecho y que aquel que los atropella obra injustamente y viola el Derecho?» (65).

«El Derecho —expresa el mismo autor— es una parte esencial del orden moral» (66).

(65) Ob. cit., pág. 273.

(66) Ob. cit., pág. 272.

No podemos negar que esta posición está apoyada en los más serios y profundos fundamentos filosóficos. Aún más, podemos decir que el progreso del Derecho consiste precisamente en ampliar su radio incorporando deberes morales al campo de lo jurídico. Por ejemplo, los deberes de asistencia y socorro, el justo salario, la protección al trabajador y otros deberes que antaño se consideraban meramente morales, han sido fecundamente incorporados a la esfera del Derecho del Trabajo.

b) *Independencia del Derecho con respecto a la moral.*—La observación de las diferencias que indiscutiblemente existen entre el Derecho y la moral han llevado a ciertos autores, desde el siglo XVIII en adelante, al extremo de considerarlos como dos disciplinas independientes, como dos círculos totalmente separados el uno del otro. Los autores escolásticos ya habían advertido tales diferencias, pero nunca les dieron el alcance de una separación esencial.

Cristián Tomasio, a fines del siglo XVII, es el precursor de la idea, que más tarde iba a adquirir extraordinario desarrollo, de que la Moral y el Derecho se diferencian en que la primera no es susceptible de coacción y el segundo sí. Tomasio divide los deberes en perfectos (que serían los jurídicos, por estar protegidos por la coerción) e imperfectos (que constituirían los preceptos morales), desprovistos de la fuerza necesaria para hacer exigible su cumplimiento, como si ambos tipos de deberes no fueran igualmente perfectos en sus respectivas esferas de aplicación.

Kant, que ejerce decisiva influencia, aborda con profundidad y detenimiento el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral, emitiendo algunas ideas que Fichte va a llevar más tarde a sus más extremas consecuencias y que constituyen la base del pensamiento positivista en torno a este punto.

El filósofo de Königsberg enseñó que la razón tiene dos modos de aplicarse: en el campo *teórico* (*razón pura*) y en el campo *práctico* (*razón práctica*).

La *razón práctica* da origen a la *metáfisica de las costumbres*, que se divide en dos grandes disciplinas: la *Moral* y el *Derecho*.

Entre ambas cabe destacar las siguientes diferencias:

1. El Derecho rige actos exteriores, sin atender a los motivos; la Moral se dirige directamente a nuestra libertad, exigiendo que la intención del acto sea buena;

2. El Derecho procede de un orden jurídico exterior a nosotros, es «heterónomo»; el legislador y el obligado por la norma son dos

personas distintas. La moral, en cambio, proviene de un imperativo categórico de la conciencia de cada cual, o sea de un mandato interior en el que somos a la vez legisladores y obligados por la norma. La moral sería «autónoma»;

3. El Derecho puede ser cumplido con la coerción; la Moral, no. Estas diferencias son más aparentes que reales.

No es efectivo que el Derecho no atiende a los motivos, ni tampoco que a la Moral le sea indiferente la conducta externa. Sin necesidad de recurrir al Derecho penal, en que los conceptos meramente subjetivos de voluntariedad, de culpa y de dolo son fundamentales, podemos encontrar no pocos ejemplos en el Derecho civil en que se contemplan primordialmente consideraciones internas, v. gr., la buena y mala fe en el cumplimiento de los contratos, en la posesión y en la prescripción, en las reglas sobre percepción de los frutos, la moderna teoría de la causa, el matrimonio putativo, la calificación de los inmuebles por destinación, etc. La moral, por otra parte, no se contenta con la buena intención; exige una conducta objetivamente buena. Por algo se ha dicho que «el infierno está empedrado de buenas intenciones»...

En segundo lugar es absolutamente insostenible que el Derecho sea heterónimo y la Moral autónoma. Ambos son heterónomos, en cuanto ambos emanan de un orden objetivo exterior. Aunque nosotros *percibamos* en nuestra conciencia las normas morales, a la luz de la pura razón, sin necesidad de que se nos manifiesten desde fuera, no podemos por eso decir que las *creamos*. Nadie tendría, por ejemplo, la pretensión de darse una «legislación» moral propia, personal y de hacer lícito para sí lo que objetivamente es y será siempre ilícito, verbigracia, matar, robar, cometer adulterio, levantar falso testimonio, etc.

Por último, tampoco puede fundarse la diferencia entre el Derecho y la Moral en la *coacción*, pues ésta no es esencial de aquél, como creemos haberlo demostrado, indirectamente, en el capítulo sobre el concepto del Derecho.

El pensamiento de Kant encuentra su expresión extrema en Fichte (1762-1814), uno de sus más próximos continuadores, para quien el Derecho y la Moral no sólo son «separados por la razón», sino «completamente opuestos».

Fichte, partiendo de la observación de que la ley moral prohíbe ciertos actos que el Derecho permite, concluye que ambas disciplinas son, no sólo distintas, sino *contradictorias*.

Pero, como observa el profesor Del Vecchio con perfecto rigor lógico, habría contradicción si el Derecho *mandara* lo que la ética *prohíbe*, pero no si solamente lo permite. Para Suárez, que en pleno siglo XVI ya había observado esta curiosa, pero aparente antinomia, este aspecto de prescindencia de la ley en el campo meramente moral es incluso una perfección suya, pues entrega el cumplimiento de los deberes morales a la conciencia del individuo, dejando un justo margen de libertad que en ningún caso debiera ser llenado por la acción coercitiva del Estado. Al no pronunciarse sobre deberes morales, el Derecho no los contradice ni los confirma; simplemente respeta la esencial libertad espiritual del hombre.

Para el *Positivismo jurídico*, en boga en el siglo XIX y con algunos repuntes hoy día, Moral y Derecho son también círculos absolutamente independientes. Para esta corriente, Derecho es todo lo que el Estado establece como tal, sea cual sea su contenido desde el punto de vista axiológico o ético. Los preceptos más inmorales, más inicuos, más monstruosos, constituyen ley del Estado si han sido aprobados y promulgados debidamente por la autoridad social.

Una atrasada derivación del positivismo, disfrazada bajo el ropaje logicista, es la llamada «teoría pura del Derecho» de Hans Kelsen.

Para Kelsen el Derecho es sólo *norma coactiva*, «orden coactivo exterior» (67). Las normas jurídicas, llega a escribir sin reparar en la aberración, «no valen en virtud de su contenido. Cualquier contenido puede ser Derecho» (68). La Justicia es indicada como un «ideal irracional» (69), el Derecho Natural, como una concepción política (70) y la moralidad, como «teoría minimizada» del Derecho Natural» (71).

Kelsen confunde el orden jurídico con la fuerza bruta. Si se considera Derecho todo lo que reúna la *forma* de tal y cuenta con la fuerza necesaria para imponerse, sin referirlo a ningún criterio valorativo superior, abrimos el camino al maquiavelismo y a la tiranía. Si es Derecho todo lo que como tal imponen la voluntad del príncipe o la autoridad social, cualquiera que sea, será Derecho la arbitrariedad, la injusticia y el despotismo cuando adoptan formas jurídicas.

(67) Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*. Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1942; pág. 56.

(68) Ob. cit., pág. 96.

(69) Ob. cit., pág. 41.

(70) Ob. cit., pág. 113.

(71) Ob. cit., pág. 46.

Se olvida, al confundir el orden físico con el orden moral, que el Derecho está muy por encima de la fuerza bruta y que la ley se basa en último término en su necesidad ética y no en el bastón del policía, en las cárceles o en los pelotones de fusilamiento. Antes que el Derecho de la Fuerza, escarnio de toda verdadera concepción jurídica, debemos proclamar la Fuerza del Derecho, fundamentada en la justicia y en los grandes valores ético-sociales.

c) *El Derecho depende parcialmente de la moral.* Difiriendo de las dos posiciones anteriores, creemos que la solución del problema está en una opinión intermedia: el Derecho y la moral serían círculos secantes. O sea, hay una zona en que ambas disciplinas se confunden, pero existen también vastos sectores en que moral y Derecho se separan.

Esta tesis emana lógicamente de un principio que nos parece necesario dejar establecido desde luego con la mayor precisión y firmeza: la norma moral tiende hacia el Bien en general; la prescripción jurídica, hacia el llamado Bien Común. Pero en este último, hay que subrayarlo, *la palabra Bien no está tomada en sentido unívoco, sino analógico.* El «Bien de la Comunidad» comprende, a la vez, un aspecto que se identifica con el Bien moral y otro que sólo se refiere al Bien útil o al Bien deleitable. Por lo tanto, la relación entre el Derecho y la Moral, que vamos a explayar después de una somera crítica a otras doctrinas, no es de dependencia ni de separación, sino de *compenetración recíproca.*

En lo que se refiere a la primera doctrina, la que señala la identidad o dependencia del orden jurídico con respecto a la moral, la rechazamos también por las razones que indicaremos a continuación.

Se ha argumentado que la ética rige todos los actos humanos y que, por lo tanto, al referirse el Derecho a la conducta, también caería bajo el dominio de la moral. Pero las normas técnicas, por ejemplo, las reglas higiénicas, las reglas estéticas, aun la mecánica, también se refieren al comportamiento y, por consiguiente, deberían considerarse subsumidas en el orden moral. No cabe duda que es absurdo considerar ciertas disciplinas normativas, como las señaladas, como dependientes de la moral. Lo que hay es que un mismo acto puede tener diversas facetas y ser regido por diversas disciplinas, atendiendo a la intencionalidad del agente. Así, por ejemplo, el acto de preparar un compuesto químico está regido, a la vez, por las reglas técnicas de la química, en lo que se refiere a la obtención de la finalidad práctica perseguida, y por las normas de la ética en lo que concierne a la

intención moral del agente, sin que esta duplicidad y aun la interferencia que puede producirse (v. gr., cuando la moral impide una actividad práctica de fines ilícitos), obste a la peculiar naturaleza y a una relativa independencia, dentro de sus respectivos campos de aplicación, de cada uno de los dos sistemas normativos en juego.

Podría contraargumentarse que hemos dado un concepto incompleto de la ética, que no es simplemente la disciplina que se refiere a la conducta humana, sino la ciencia que ordena los actos en relación con su licitud o ilicitud. Se diría, entonces, que las normas jurídicas también deben ser encaradas con este criterio y que, por consiguiente, el Derecho sería parte de la ética en cuanto en él también cabe la calificación mencionada.

Sin embargo, es indiscutible que existen no pocas materias en el Derecho que no tienen relación alguna con la licitud o ilicitud de los actos y en que la intención del legislador ha sido meramente práctica e indiferente desde el punto de vista ético. Se trata de «zonas de libertad», de «zonas neutras», donde impera «lo contingente moral». Por ejemplo, las leyes sobre construcción de obras públicas, las normas sobre los requisitos de forma de los actos, los plazos procesales, etcétera, son materias indiferentes desde el punto de vista moral. La ética, pongamos por caso, exige que al demandante se le dé un tiempo prudencial para que se defienda; pero el término concreto que se le conceda, dentro de ciertos márgenes, es una cuestión meramente práctica. Así, el artículo 258 de nuestro Código de Procedimiento Civil establece que el término para contestar la demanda «será de quince días, si el demandado es notificado en el lugar donde funciona el tribunal», plazo que pudiera perfectamente haber sido de diez, de trece, de diecisiete o de veinte días, por ejemplo. En el Derecho Penal, la ética nos dice que todo delito debe ser sancionado de una manera proporcional a su gravedad y al grado de responsabilidad del agente. Al Derecho positivo le corresponde fijar la pena concreta en cada caso, dentro de los límites razonables. Cuando el Código civil chileno, en su art. 1.021, expresa que: «El testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un escribano y tres testigos», está fijando el número de los testigos con verdadera independencia con respecto a la ética. Pues ésta sólo exige que el acto de testar esté revestido de suficientes garantías para asegurar su autenticidad y el respeto a la voluntad del testador, pero no exige que los testigos sean tres en vez de siete o de dos o que se emplee ese medio en vez de otro que garantice igualmente las finalidades señaladas.

Como se ve, el Derecho depende de la moral en sus materias sustantivas, en sus principios fundamentales, pero no en sus aspectos adjetivos, en que goza de entera independencia para disponer los medios técnicos más apropiados a sus objetivos.

Por consiguiente, si es falsa la primera doctrina, por haber aspectos del Derecho que no están regidos por la moral, también es falsa la segunda posición, pues hay muchas otras materias que están sometidas a la ética.

Por lo tanto, podemos decir que el Derecho es parte de la ética cuando incide en materias propias suyas y es una simple técnica cuando reglamenta aspectos indiferentes desde el punto de vista moral. En otras palabras, el Derecho depende de la moral en cuanto a los principios básicos que le son comunes con ella (v. gr., no matar, no hurtar, no cometer adulterio, respetar los contratos justa y legalmente celebrados, no inferir daño a nadie, etc.); pero no en lo que se refiere a sus reglamentaciones prácticas, indiferentes para la moral, que sólo competen a la técnica jurídica.

En conclusión, podemos afirmar, aunque parezca paradójica, que el Derecho es a la vez más amplio y menos amplio que la ética. Es más amplio en cuanto ordena y prohíbe muchos actos que para la moral son indiferentes; es menos amplio, en cuanto permite muchos hechos que la moral prohíbe y no impone otros que ésta ordena.

Según una gráfica fórmula del profesor Joaquín Ruiz Giménez, el Derecho sería una «provincia descentralizada de la ética». El Derecho depende de la autoridad central, que es la ética, en lo que se refiere a aquellas materias de importancia que digan relación con la licitud o ilicitud de los actos. Pero, en el vasto campo de lo moralmente indiferente, la «administración local» es enteramente autónoma, con la sola salvedad, perfectamente lógica por lo demás, de no incurrir en actos contrarios a los principios básicos de la autoridad suprema.

En otros términos, podríamos resumir lo dicho expresando que el Derecho es un sistema normativo subalternado a la Ética.

De todo lo expuesto emana una conclusión capital.

Si el Derecho sólo comprende dos partes, una envoltura técnica y una armazón moral, los principios éticos internos que irradian sobre la periferia legal no pueden constituir otra cosa que lo que se ha denominado tradicionalmente el *Derecho Natural*.

Simbolizadas estas ideas en la figura de dos círculos secantes, la zona común en que se confunde lo moral y lo jurídico, sería el De-

recho Natural (o *moral social*, según desde qué lado se le considere); el sector exclusivamente jurídico coincidiría con el dominio de la técnica jurídica; el sector exclusivamente moral representaría la ética individual.

De esta *compenetración* íntima del Derecho con la Moral, resulta que aquél sea a la vez necesario y contingente, inmutable y cambiante.

El Derecho, en sus primeros principios (Derecho Natural o moral social), tiene el mismo carácter universal, necesario e inmutable de las regiones éticas de donde emana; pero, en sus consecuencias más lejanas y en sus últimas especificaciones, la *técnica jurídica* lo condiciona históricamente y le imprime el sello de lo particular, contingente y variable.

Es acaso esta doble condición, a la vez perecedera y eterna del Derecho, la que hizo escribir al ilustre Georges Renard aquella frase magnífica, aunque a menudo mal comprendida: «*Derecho Natural de contenido progresivo*: progresivo por asimilación de los datos históricos variables a una substancia racional inmutable» (72).

JORGE I. HÜBNER GALLO

Profesor de Filosofía del Derecho e Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho en la Universidad Central de Madrid

(72) Georges RENARD: *La Théorie juridique de l'Institution*. Essai d'Ontologie juridique, tomo I. Ed. Rec. Sirey, París, 1930; págs. 70-71.

