

IV

PENSAR EN EL DERECHO Y EN LA CIENCIA DEL DERECHO

21.	Introducción con Goethe, Soler y Alain	89
22.	El transcurrir del ideario jurídico	91
23.	El derecho y la historia; el relativismo jurídico	94

A) ALGUNAS CARACTERÍSTICAS QUE EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO ASIGNA AL DERECHO

24.	El derecho sin seguridad jurídica	97
25.	El derecho sin ley. Formalismos y realismos	100
26.	Derecho-realidad e idealismo	109
27.	El juez en el derecho sin ley	110
28.	Posible etiología de estas ideas	113
29.	Interpretación creativa y realismos	115
30.	El derecho como ordenamiento y el derecho como atribución	118
31.	Un derecho-acción sin conducta	120

B) LOS MATERIALES "JURÍDICOS", EXTERNOS AL SISTEMA NORMATIVO

32.	El pensamiento sobre la justicia	121
33.	El odio ideológico a las ideologías	126
34.	Los neoiusnaturalismos	129
35.	El derecho, la moral y las aspiraciones éticas del derecho	131

C) LAS FUNCIONES Y LOS FINES DEL DERECHO

36.	Fundamentación y función del derecho	135
37.	Los fines del derecho. Autenticidad y derecho	138

38.	El fatalismo y los fines imposibles	139
39.	El derecho penal como módulo de la reflexión iusfilosófica y la visión negativa del derecho	141

**D) SOBRE CIERTAS UNIDADES CONCEPTUALES
QUE CONDICIONAN LA IDENTIDAD DEL DERECHO
EN LA HISTORIA**

40.	Historia y apariencias	143
41.	El pensamiento sobre la responsabilidad	144
42.	Responsabilidad y libertad (la cuestión del li- bre albedrío)	150
43.	La antijuridicidad	154
44.	Causalidad	160

E) CONOCER EL DERECHO

45.	Las consecuencias filosóficas del derecho	163
46.	Escuelas y ciencias jurídicas	164
47.	Ciencia del derecho y dogmática	166
48.	La ciencia del derecho y el grito de la moda .	170

IV

PENSAR EN EL DERECHO Y EN LA CIENCIA DEL DERECHO

21. INTRODUCCIÓN CON GOETHE, SOLER Y ALAIN

Después que Goethe hizo pasear a Fausto y a Wagner por el campo, donde encontraron al perro de aguas negro –en que estaba encarnado Mefistófeles–, vagando entre trigos y rastrojos, el primero, acompañado del animal, entra en su gabinete de estudio y toma el Nuevo Testamento para traducir al alemán el Evangelio de San Juan.

“Fausto– Escrito está: *En el principio era la Palabra*. Aquí me detengo yo perplejo. ¿Quién me ayuda a proseguir? No puedo en manera alguna dar un valor tan elevado a la palabra; debo traducir esto de otro modo, si estoy bien iluminado por el Espíritu. Escrito está: *En el principio era el Pensamiento*. Medita bien la primera línea; que tu pluma no se precipite. ¿Es el pensamiento el que todo lo obra y lo crea? Debiera estar así: *En el principio era la Fuerza*. Pero también esta vez, en tanto que esto escribo, algo me advierte que no me atenga a ello. El Espíritu acude a mi auxilio. De improviso veo la solución y escribo confiado: *En el principio era la Acción*.

Si he de compartir la estancia contigo, perro, cesa de aullar, cesa de ladrar”.

Los comentaristas de la tragedia de Goethe interpretan esa actitud del mefistofélico animal como una reacción diabólicamente lógica, "cada vez que Fausto eleva sus pensamientos al mundo divino". Sin embargo, ese fino espíritu analítico que fue Sebastián Soler, consignó (en *Las palabras de la ley*) una interpretación distinta del motivo de la agitación diabólicamente canina, ante la particular intelección de Fausto del Evangelio de San Juan:

"Para mi ver —dice Soler— lo hace de contento, porque si se procurare con malicia genial atribuir un sentido perverso y diabólico a esas palabras y, además, a toda la tarea cumplida por los hombres, no se podría dar con una fórmula más certera que la de poner en el principio el hecho y no el *logos*, esto es, la razón de ser de aquél y el verbo que lo nombra antes de ser creado. Primero el hecho, el hecho consumado. Así las acciones humanas no provendrán ya de un pensamiento anterior a ellas; lo mismo que los hechos de la naturaleza ocurrirán con causa, pero sin razón".

Pero también sería nefasto truncar allí la cosa, porque así como el verbo expresivo de nuestro pensamiento es siempre previo a la acción, en el mundo de la conducta, el pensamiento y el verbo que lo expresa no pueden menos de referirse a una acción; "hay que cuidarse de ser observador de pensamientos sin ninguna acción".

Este consejo de Alain (*Elementos de filosofía*), trasladado a lo jurídico, puede glosarse de manera quizás no pensada por él. La ley es verbo expresivo de pensamientos que proyectan acciones. Pero tiene que proyectar acciones posibles dentro de sus planos de proyección, lo que configura los límites *lógicos* del derecho que derivan de la naturaleza misma de lo exigido por la prospección jurídica.

Se presenta en doble versión: la ley es derecho en cuanto tome en cuenta las posibilidades físicas y las

posibilidades espirituales del actuar del hombre como hombre-sociedad; es decir, cuando ha tomado en cuenta los parámetros aceptables de la concreta humanidad a que se refiere la regulación. Y si las primeras posibilidades admiten una mensuración rígidamente aceptable según las relaciones naturales conocidas, las segundas constituyen el contenido histórico del derecho y, como tales, son sensiblemente variables: la medida aceptable como posible hoy, puede no serlo mañana. Aun pueden coexistir distintas medidas dentro del mismo tiempo de una misma sociedad; por ejemplo, la afirmación de que el derecho no puede exigir conductas heroicas puede ser un límite en situaciones de normalidad social, pero puede no serlo en situaciones de anormalidad. Estas consideraciones nos conducen a los problemas de la efectividad y vigencia de la ley.

Pero, en lo que aquí nos interesa, lo dicho permite concluir en que el derecho-ley está formado por palabras expresivas de pensamientos que proyectan, con exigencia, acciones, siempre y cuando éstas tengan la posibilidad de ser físicamente cumplidas y sin que el destinatario de la exigencia deba renunciar a las notas de humanidad.

Esta noción del derecho –creo que muy tradicional– permite describir, con precisión teórica admisible, el límite entre la imposición jurídica que es derecho y la imposición ajurídica, que no lo es, con lo que se completa, un poco más, el tema sobre los límites del poder, ya planteado al hablar del supuesto conflicto hombre-sociedad.

22. *EL TRANSCURRIR DEL IDEARIO JURÍDICO*

Aun a costa de repetir lo que ya está muy dicho, si-gue siendo un prolegómeno indispensable mostrar los

caminos principales que ha seguido el ideario jurídico en la Edad Contemporánea.

Durante parte del siglo xvii y casi la totalidad del xviii, los hombres, ante la constatación de realidades sociales que aunque largamente incubadas, acababan de hacer eclosión, pugnaron por construir un nuevo derecho. Ese fue el norte del pensamiento jurídico del iluminismo y tal derecho se concretó legislativamente durante el siglo xix.

Pero el fenómeno de aceleración de la historia (que puede no ser tan inédito como algunos creen), provocado por la tecnología, facilitada por la liberación *mental* de la experimentación, mostró en seguida (en algunas sociedades casi simultáneamente) la ineficacia de muchos de los principios del nuevo derecho. Y como la vocación de perennidad de éste había sido el germen sentimental más destacado del movimiento codificador, los juristas estaban escasamente preparados para afrontar impávidos el cambio que las estructuras sociales les proponían. No es raro, por consiguiente, que se desembocase en un período de crisis, de contornos bastante confusos.

El derecho legislado fue desconocido en el ejercicio del poder por parte del Estado-gobierno cuando le resultaba difícil encarar con él contingencias de la sociedad política, legislativamente innominadas. A la vez encontraban ecos dentro de la sociedad política una serie de movimientos ideológicos que directamente proponían la aniquilación de aquel derecho, más que por su ineficacia, por considerarlo arbitrariamente opresor del despliegue personal del hombre (era el pensamiento de fondo de los muchos movimientos anarquistas, francos o disimulados); se plantea entonces el ideario de una sociedad sin derecho, unas veces por la negativa de los destinatarios finales de aquél a acomodar sus actividades a las figuras del mismo, pero otras veces por

la exaltación de las voluntades omnímodas de un poder de puro hecho que no quería ser regulado formalmente, aquellas tendencias hallaron ecos políticos prácticos en la primera mitad del siglo xx. Fue aquella crisis y sus agudas consecuencias sobre la vida de las sociedades, la motivación del gran esfuerzo que emprendió el ideario jurídico de nuestra época, encaminado ante todo a salvar la idea del derecho y, por medio de ella, a preservarlo como ingrediente indispensable del hombre-sociedad, aun admitiendo el quebrantamiento de algunas de sus estructuras, a las que tradicionalmente se les ha querido otorgar visos de permanencia. Pero no siempre el éxito se ha encontrado al fin del camino.

El último camino de los enunciados fue el que comenzó abriendo el relativismo histórico en el derecho, intentándose mantener incólume la idea de derecho pese a la admisión de cualquier cambio de su contenido; pero lo que en principio fue algo así como una revolución de contenidos y no de las estructuras, paulatinamente la movilidad de aquéllos, difíciles de coordinar con la relativa rigidez de éstas, condujo a poner en entredicho algunas estructuras, como ocurrió con la figura corriente del legislador ante la proclamación de nuevas instancias de producción del derecho: los procedimientos para *hacer* el derecho, sólo en medida muy escasa respondieron entonces a una voluntad legislativa específicamente nominada dentro de la sociedad; la ley pasó a ser una de las tantas formas de manifestación del derecho, pero ya no la única, ni siquiera la más importante: unas veces la menos importante y otras veces desconocida del todo. Aunque desde plataformas argumentales distintas, en aquello coincidieron los *realismos* con algunas modernas corrientes iusnaturalistas.

Pero, al lado de aquellas corrientes, otro ideario procuraba mantener la idea del derecho, mostrando la perennidad de sus estructuras por medio de la acentua-

ción de su formalidad. Creemos que la lógica kelseniana tuvo ese destino –aunque hoy se lo niega ferozmente– tanto en cuanto redimensionó la figura del legislador originario, como en cuanto reivindicó la operatividad de la normatividad legal como contenedor insustituible del derecho, es decir, como su modo de manifestación. Pero como esas estructuras lógicas nada dicen sobre los contenidos que pueden llenarlas, las posibilidades del relativismo vienen a ser exactamente iguales a las que permiten las corrientes anteriores, por lo cual es difícil comprender las censuras que a esa teorización se le dirigen, imputándosele renuencia a introducir las dimensiones de valores en ellas, o la *libertad* para llenarlas con disvalores, por parte de quienes arrancan de la relatividad de contenidos como principio.

Quizás sea posible describir el mundo de las ideas jurídicas contemporáneas indicando que desgarran al hombre entre dos proposiciones; por un lado no puede sustraerse a la convicción de que el derecho se manifiesta por medio de la ley; por el otro está la conciencia de que el derecho no es la ley. Pero lo que no se alcanza todavía a determinar, con grado plausible de precisión, es cómo tiene que producirse ese derecho, y entonces no es nada raro que todo se reduzca a descubrirlo en el derecho que es según lo ya normativizado.

En el fondo, lo que acucia al actual pensador del derecho es el deseo de proponerse nuevas estructuras que puedan ser llenadas con los contenidos rápidamente cambiantes, sin remordimientos destructivos, como lo veremos en los textos siguientes.

23. EL DERECHO Y LA HISTORIA; EL RELATIVISMO JURÍDICO

Planteando el problema desde otro punto de vista, podríamos decir –en una descripción aproximadamen-

te vaga o genérica— que el pensamiento sobre el derecho ha seguido dos grandes direcciones a partir de los empujes racionalistas del iluminismo: la que procura una identidad a-histórica del derecho y la que acentúa su historicidad, como pueden ser, por ejemplo, el positivismo jurídico en cuanto iusfilosofía o el positivismo historicista propiamente dicho, que para estudiar el derecho, seccionan su tiempo y lo contemplan en visiones casi geológicas, renunciando ambos a medir su deber ser fuera del momento histórico que se puso en el portabobjeto del aparato mental de examen.

Pues, aunque por lo común los historicismos jurídicos reivindican una postura realista, la cosa no es tan clara. Los positivistas jurídicos son historicistas porque sólo consideran el derecho que es ahora, pero al negarse a salir del derecho que encuentran actualmente formalizado, han recibido el mote de formalistas, con su correlato de idealistas, adjetivaciones que, como veremos, siempre se acompañan. Pero también corren el peligro de recibir iguales calificaciones, pese a que huyen desesperadamente de ellas, algunos historicismos de cuño distinto que para estudiar al derecho, como dijimos, deban congelarlo en un punto de la historia, planteándose su deber ser según la descripción de su ser en ese momento. Si toda pretensión de deber ser es algo proyectado al futuro y en el futuro puede no ser exacta la descripción del tiempo pasado, muy difícilmente escapan a proyectar el derecho con un grado de idealismo universalista.

Tratar al derecho como objeto cultural es rigurosamente exacto; pero puede ser incorrecto acudir a un historicismo *histórico* que pretenda dar forma a su metodología, limitándose a describir cómo fue *antes* el derecho. Muchas veces, ese historicismo retrogradante anima la construcción de un derecho para el futuro, recurriendo a las soluciones de un derecho que se ha en-

contrado en una estratificación de la historia por medio de una labor arqueológica (que generalmente se elige por el brillo histórico que posee, como pasa con el derecho romano). Tal actitud sirve para hacer historia del derecho, pero, por sí sola, ni sirve para explicar el ser del derecho, ni para proporcionar medidas que permitan proyectar un derecho que, como todo derecho, sea un deber ser para el futuro, salvo en algunos reducidísimos aspectos sociales en virtud de raras coincidencias históricas. Además, asumirla de manera absoluta, como si ella fuese la única capaz de engendrar un conocimiento válido de lo jurídico, sería tanto como desconocer que “el sujeto cuya vida es regida por un derecho determinado es colocado dentro del mismo movimiento histórico, anulando el movimiento del objeto”, con lo cual “la cara que el derecho presenta a ese sujeto posee rasgos propios... más próximos a un objeto ideal que a la de un objeto cultural” (Soler, *Las palabras de la ley*). En resumen, no todo es culturalismo en el derecho; un ultraculturalismo nos llevaría a desconocer la identidad estructural del derecho, que es, precisamente, la que nos permite historiarlo culturalmente.

Porque lo que ocurre es que en el derecho —como en cualquier otro producto cultural— hay una esencialidad a-histórica que se inserta en la historicidad; es esa esencialidad la que nos permite engarzar su identidad en una historia. Y es el equilibrio entre ambas magnitudes lo que nos conducirá al pensamiento más aproximado sobre el ser instrumental del derecho y, eventualmente, nos brindará materiales más completos y menos comprometidos para proyectarlo, diagramando modelos de deber ser.

Para ver cómo ha sido el derecho, cómo es ahora y pensar —en la máxima medida de proyección compatible con la construcción de una ciencia jurídica— cómo va a seguir siendo, no podemos dejar de partir de aque-

lla identidad atemporal que, además de permitirnos entendernos, nos facilitará dimensionarlo temporalmente. La historia puede hacer descartar o modificar accesorios de las estructuras, pero no dejar de lado las estructuras mismas; puede hacer variar los contenidos del derecho, pero no convertir en derecho lo que nunca fue formalmente derecho. Este equilibrio, tan obvio, que no fue descuidado por los antiguos historicismos, parece habérselo olvidado, o por lo menos querer disimulárselo, en algunas modernas tendencias del pensamiento jurídico.

Sobre cuál sea la composición de esa identidad atemporal del derecho, algo hemos dicho ya; hemos hablado del verbo que proyecta la acción, de la imposición-poder y sus límites, etcétera. En los textos que seguirán nos referiremos a otros elementos que también la integran.

A) ALGUNAS CARACTERÍSTICAS QUE EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO ASIGNA AL DERECHO

24. EL DERECHO SIN SEGURIDAD JURÍDICA

El derecho postiluminista, consagrado legislativamente en el siglo XIX, estuvo inspirado en la necesidad de afirmar la *seguridad jurídica* del individuo. La pretendida rigidez de la normatividad, la conducta referenciada hipotéticamente por las reglas como condición exclusiva de responsabilidad, la inmarcesibilidad de la cosa juzgada, como otras tantas *instituciones*, iban enderezadas a colocar al hombre frente a un panorama claro de lo que debía hacer para obtener determinadas consecuencias o para no tener que soportarlas. Se trataba, pues, de un derecho que respondía a las imposiciones de una sociedad estratificada todavía a nive-

les que presentaban algunas relevancias notables de las individualidades.

Pese a los cambios sociales operados, aquel derecho fue arduamente defendido hasta muy entrado el siglo xx; los positivistas técnicos fueron los que más corrieron detrás de su supervivencia, que poco a poco se le iba tornando un espejismo esfumado. Entre otros factores, el maquinismo y, en general, una tecnología que no podía sufrir las interferencias de la seguridad jurídica individual, fue trasladando al primer plano de la consideración jurídica nuevas formas de seguridad que respondiesen a las necesidades de aquella no interferencia; la cosa juzgada se relativiza, la responsabilidad ya no se condiciona preponderantemente a la conducta del hombre, sino que se va engarzando en conceptos solidaristas de fuertes matices a-individualistas: se procura introducir procedimientos interpretativos que deshagan la rigidez de la normatividad legislada. Esos cambios en las proposiciones son el caldo de cultivo en que se desenvuelve hoy la reflexión sobre el derecho.

El concepto de *seguridad jurídica*, como una de las notas distintivas fundamentales del derecho liberal codificado durante el siglo xix, se apoya sobre dos sillares: la ley como módulo exclusivo de juridicidad (el derecho es la ley y la conducta o acción exigida es únicamente la que está tipificada por aquélla) y el derecho como sistema autosuficiente, de plenitud hermética, cuyo tope fundante inicial está en la norma constitucional y cuyo límite final se encuentra en la cosa juzgada. De acuerdo con ello el derecho no admitiría ni *regressus* ni *progressus in infinitum*: el uno se cortará en la Constitución, el otro en la sentencia firme irrecurrible (Soler, *Interpretación de la ley*).

El primero de aquellos sillares se conmovió por las doctrinas que —exacta o no muy exactamente— se inclu-

yen bajo la denominación genérica de *realismos*, que, de una u otra manera, procuran liberar al juez de la ley, sea en forma violenta y destructiva, al modo de Kantorowicz, sea por la equiparación de otras fuentes de conocimiento de la juridicidad a la constituida por la ley, según las proposiciones de Gény y otros, que han ido avanzando hacia una noción de derecho que niega la norma general como esencia de él mismo para hacerlo residir en la sentencia o en otros *hechos*, según ya tendremos oportunidad de exponer.

El segundo sillar ha sido atacado desde varios ángulos, a saber: se ha mostrado la plenitud hermética del sistema jurídico como un concepto falso; se considera que el derecho está plagado de huecos, que está formado por *sectores de legalidad* con soluciones de continuidad entre ellos, que tienen que ser llenados por el juez recurriendo a materiales extralegales. De tal modo el concepto de seguridad jurídica cuando menos se transforma, desapareciendo para aquellos casos en que la teoría tradicional veía la conducta no prevista por la ley como indiferente para el derecho y, por tanto, permitida, puesto que, acudiendo a materiales extra legales, cualquier juez puede decirnos lo contrario. Pero aun yendo más allá, la plenitud hermética es atacada destruyendo los límites del sistema tanto en su regreso a los fundamentos, como en la finitud de su progreso. Lo uno se da presentando la Constitución como mera propuesta programática, quitándole su carácter de conjunto de normas jurídicas, lo que permite abrir enormemente las posibilidades de constitucionalizar cualquier norma general o particular (sentencias) sobre la base de proyectos éticos o genéricamente sociológicos, que puedan considerarse situables en las propuestas programáticas constitucionales (ver, por ejemplo, Nino, *La filosofía de la Constitución Nacional*, en "La Nación", 8/1/84; Bergalli, *Justicia formal y participativa*:

la cuestión de los intereses difusos, en "Doctrina Penal", 1983); lo otro con la nueva tendencia que viene abriéndose paso en la ciencia del proceso de negar los efectos de la cosa juzgada en los casos en que la sentencia pueda considerarse *inexistente*, que, hasta ahora, se hacen coincidir con los de arbitrariedad grosera. Con lo cual, con las mismas armas del sistema, se traspasan sus límites, aunque nada descarta que se lleguen a admitir razones de otro origen para hacerlo: cuando un camino se abre en estos temas, nadie puede prever su fin (sobre el amenguamiento de la seguridad jurídica puede verse Carbonnier, *El derecho flexible*).

25. EL DERECHO SIN LEY. FORMALISMOS Y REALISMOS

Amplíemos algo sobre uno de los temas mencionados anteriormente.

En el siglo XIX y parte del siglo XX, los juristas vivieron preocupados por *hacer* un derecho del que ni los hombres en general, ni los jueces en particular, pudieran apartarse, como garantía de aquella seguridad jurídica que era valor fundante y que, a la vez, requería el presupuesto de la racionalidad cognoscitiva, puesto que siendo el derecho regla de conducta, no se podía exigir imperativamente lo que no se conociese como obligatorio.

Hoy las cosas parecen haber cambiado. El jurista contemporáneo se enfrenta con un derecho que no aspira primordialmente a constituirse en regulador de conductas, sino más bien —en la mayor parte de sus sectores— en pura regla de asignación de responsabilidades, pero sin que se haya logrado todavía proporcionar un procedimiento adecuado para *formalizarlo* (se sigue acudiendo al lento y complejo del anterior), por lo que está viviendo preocupado por sustraerse al *perjuicio de*

la ley, pero sin destruir el derecho; como la cosa no es sencilla, he ahí su agonía.

La nueva visión de la justicia como integrativa del ser del derecho (ya veremos qué sea esto), injertándose en cambios sociales abrumadoramente superadores del procedimiento lento y complicado de *hacer* el derecho, que sigue utilizándose, mueve al jurista a buscar un derecho supralegal que no deje de ser derecho; lo hace buceando en las realidades sociales tras nuevas *formas* del derecho que respondan a las necesidades inéditas y acorazando esas nuevas formas con conceptos de valor (en realidad son conceptos de *validez*) que le permitan considerarlas como derecho.

Esta aspiración de seguir creyendo en el derecho cuando ya se ha dejado de creer en la ley (sobre todo ante un legislador que hace todo lo posible para reafirmar este escepticismo, ocultando las verdaderas motivaciones de la normatividad por medio de la acumulación de reglas oscuras, vaguedades conceptuales, desubicaciones sociológicas y otros muchos vicios), ha logrado que el centro de la reflexión y, en general, de gran parte del quehacer jurídico, se haya ido trasladando de la confección del derecho, a una tarea cognoscitiva implementada con procedimientos que, designados como interpretativos, están potenciándose, no sólo para integrar la ley, sino para detectar (en verdad, crear) una normatividad marginada de la ley.

Pero ya dijimos que éste es un proceso agónico, una lucha en que las nuevas propuestas no han pasado de ese estadio de propuestas. El jurista contemporáneo cree percibir que la ley, al ser insuficiente para atender a las necesidades del hombre en sociedad con rápidas respuestas, es opresora para él y restringe arbitrariamente su libertad; sin embargo, las fórmulas que ha ensayado para lograr esas respuestas de modo inmediato o rápido, han ido abortando una y otra vez, pues siem-

pre, por una u otra vía, lo han llevado de regreso a la ley. Todos los planteamientos extralegales de lo jurídico han terminado reducidos (en el nivel de la práctica) a una normatividad procedente del Estado y por él formalizada, o a una normatividad, que aunque sea de distinta procedencia, se sirve de la misma formalidad de fuerza que sirve a la coerción de las normas procedentes del Estado; es decir, se reducen dentro de una misma manera de darles vigencia.

Casi todos los realismos concluyen depositando su óbolo ante conceptualizaciones valorativas normativizadas con la complicidad formal del Estado: las *normas de cultura* de Mayer entran en el derecho cuando son reconocidas por las legales; la *conducta* obtiene su designación jurídica cuando asume un determinado sentido objetivo, cuya objetividad requiere la conceptualización *legal* de las normas, porque —usando las palabras de quien una y otra vez se proclamó realista entre nosotros, que fue Aftalión—, si bien la “comprensión jurídica” es emocional, “no es libremente emocional”, sino que debe discurrir “por los cauces de los conceptos legales, de los tipos y figuras creados por el legislador”, o cuando menos, encontrar sus límites en los *standards* o en los “ideales históricos” de la juridicidad, puesto que al fin “el legislador, es en tanto que portavoz de la comunidad, la fuente de la que surgen esos conceptos y el ordenamiento jurídico, en su plenitud temática”, que “es el repertorio de posibilidades conceptuales que apresa al juez... que de ellas no puede salirse”. Con mucha razón Laplaza —que, aunque con vehemencia, maneja la filosofía— se dio el lujo de señalar (en pleno auge de la egología a que tales ideas correspondían) que aquel realismo era muy poco realista.

Pienso que el jurista contemporáneo, pese a todos sus esfuerzos, no ha podido escapar de la jaula de la ley o de una normatividad tan estrictamente equiparada a

la ley que al final es la ley con otro nombre. Al fin todo lo que ha logrado es transformar la jaula poniéndole paredes de cristal que le permitan columbrar un raro cielo sin ley, contra las que se estrella una y otra vez (nadie puede prever a dónde irán a volar los pájaros si alguna vez se logra hacer estallar esas paredes).

Disculpándome por la atrevida y volandera imagen precedente, pasemos a la descripción de las tendencias actuales.

Hay bastante confusión en el pensamiento contemporáneo sobre lo que es el derecho, no tanto entre las opiniones tradicionales, que siguen vigentes en muchos autores, cuanto entre los innovadores que se dejan englobados bajo la denominación común de *realistas*, aunque este apelativo no se justifica para muchos de ellos. Trataremos de diagramar aquí las distintas posiciones.

Tenemos, en primer lugar, lo que podemos llamar doctrina tradicional, que, en sus bases fundamentales, al menos en el terreno de la práctica, no parece haber sido conmovida demasiado intensamente, ni siquiera en aquellas culturas en que la tarea del juez se considera eminentemente creadora, como ocurre en la anglosajona (aunque erróneamente, porque el precedente es aún más rígido que la ley), en la que, si bien se nos muestra la opinión contraria de brillantes maestros (regularmente de gabinete universitario), no se tiene en cuenta el grueso de los que no participan de sus ideas.

Dicha doctrina parte de la necesidad de considerar la ley como abstracción, al derecho como conjunto de normas abstractas, formalizado en un sistema inflexible dentro del cual debe moverse el intérprete, que presenta una plenitud hermética (lo que la ley no prefigura carece de interés para el derecho y cae en el ámbito de lo permitido), constituyendo la tarea de dicho intérprete la de subsumir el hecho en el derecho, por medio de

principios instrumentales inducidos del mismo sistema (lo cual coincide con la llamada *jurisprudencia de conceptos*). El derecho pertenece al mundo del *deber ser*: la eficacia de la acción querida (o mejor, la eficacia de la orden normativa con respecto a la acción querida), que es la materia de aquél, depende del *cálculo jurídico*, que sólo puede formularse por medio de una norma abstracta –la orden– que puede no ser obedecida, a diferencia de las *reglas* (normalidad) del mundo físico (o sea, del *ser*), que no pueden dejar de ser observadas (éstas condicionan determinísticamente, en tanto que la norma jurídica condiciona liberal o libremente, es decir, da opciones). Por eso, para esta doctrina la conversión del derecho en hecho –aspiración de algunos realismos– quita la esencia voluntariamente aleatoria de aquél: el hecho es algo que no puede arrancarse del plano de la causalidad y el derecho; en ese plano no va más allá de las posibilidades aleatorias, porque el curso que se desea para la acción tiene que computar también la voluntad del destinatario de la orden.

En esta doctrina la norma tiene que ser necesariamente abstracta, porque el conocimiento necesario para obrar, es sólo el que es el “precedente necesario de la obra” (Croce, *Lógica como ciencia del concepto puro*), por lo cual esa norma únicamente podrá formarse con datos finitos, seleccionados por el legislador entre los infinitos datos posibles (Soler, *Temas antiliberales*). El intérprete, por tanto, no crea derecho; subsume el caso propuesto en la ley de acuerdo con las notas limitadas que ella le proporciona, operando por deducción, desde los principios conceptuales básicos inducidos –ya lo dijimos– del conjunto del sistema normativo, para instrumentar aquella tarea. En principio, puede decirse, pues, que para esta doctrina es un axioma que “todo está en la ley y nada fuera de ella”: el derecho es inferencia inductiva, que extrae sus principios del libro de las

leyes (Russell, *Historia de la filosofía occidental*) y los preceptos del derecho son siempre leyes de deber ser (Jaspers, *Philosophie*, II).

A esta tendencia la denominan —especialmente los juristas que no la comparten— *idealismo* (trataríase, por lo menos, del idealismo kantiano, que distingue el ser del deber ser). También de manera genérica y en parte no del todo exacta —al menos para un sector de ese tradicionalismo—, se moteja la doctrina de *positivismo jurídico* (aunque es preferible reservar tal denominación para corrientes más específicas, que se dan dentro de la doctrina), para significar, con ello, que la obra del hombre sólo atañe al derecho cuando se trata de la que está prefigurada según las notas abstraídas en la norma legal.

Para mí es difícil resumir las numerosas líneas del pensamiento jurídico que se oponen a esta doctrina, un tanto arbitrariamente calificada de tradicional. En todo caso, me parece que sería equívoco dar a todas ellas la denominación de *realismos*, hablando con rigurosa propiedad, aunque todas tienen en común la circunstancia de distinguir el derecho de la ley y, hasta un cierto punto, desechar el carácter de plenitud hermética del sistema normativo. Pero unas asumen la categoría de ser tan idealistas como la doctrina que combaten, aunque lo hagan recurriendo a *normas supralegales*, que condicionan el ser del derecho, limitando su latitud ordenancista. Ciertos neoiusnaturalismos, eticismos y antropologismos extremos podrían situarse aquí; para ellos, si bien la ley integra el derecho, por encima de ella hay componentes más valiosos de él que permiten al intérprete reformar o desconocer aquella cuando no observa los condicionamientos prescriptos por tales componentes. Vimos que algunos se esfuerzan por dar una ubicación a esas superleyes en la normatividad programática de la Constitución, pero den-

tro de esta tendencia no faltan los que prescinden de ese expediente, colocando la normatividad constitucional a la misma altura que la ley común: también la Constitución está condicionada por las superleyes. Ciertas interpretaciones neomarxistas de sociología crítica o convicciones utilitarias fundantes de lo jurídico, parecerían participar de estas ideas, que también están presentes en ciertos desarrollos axiológicos del trialismo de Goldschmidt; sobre todo en estos últimos tiempos se perciben ecos bastante detonantes en algunos de sus seguidores, lo cual no queda muy bien ensamblado con una doctrina cuya base ontológica pretende ser realista.

Después están los que podemos catalogar como verdaderos *realismos*, en los que el derecho deja de ser norma para convertirse en hecho, conducta, experiencia, actos de autoridad; aunque algunos, como lo hicimos notar, no son otra cosa que idealismos disfrazados con lenguaje realista, no son pocas las tendencias en las que el realismo a-formalista impera con toda su potencia de negador de lo que tradicionalmente se considera derecho. En muchas oportunidades se ha explicado lo que el *sociologismo* ha tenido que ver con ello, por lo cual parece inútil volver sobre él. Veamos, pues, otras variedades de esa opinión.

Sin mucho cuidado podemos distinguir un realismo suplantador de la ley y un realismo integrador de ella. En el primero colocaríamos lo que podemos denominar *procesalismo americano*: el derecho está constituido por las decisiones particulares de los tribunales (Gray); es lo que hacen los funcionarios cuando los súbditos disputan sobre las facultades que a cada uno de ellos competen (Llewellyn, *The Bramble Bush*); no hay reglas sino sentencia (Jethro Brown, *Law and Evolution*); la regla como abstracción generalizante, indicadora de un deber ser proyectado al futuro, es, por lo

menos, algo de inusitada puerilidad: "... el deseo de regular el futuro es en parte el deseo de uniformidad, seguridad y certeza imposibles, de una supersimplificación; el deseo de un mundo regulado y controlado como un niño lo tendría regulado y controlado" (Jerome Frank, *Law and Modern Mind*). También participó en la negativa de la norma general Holmes, aunque su tesis del derecho como profecía (de lo que harán los tribunales en un caso dado) es más adecuada para la ciencia del derecho. Asimismo, nuestra egología tuvo sus acercamientos a esta doctrina, pero su arranque kelseniano no le permitió llegar al mismo punto, pese a las grandes deformaciones que introdujo en el pensamiento del maestro vienés.

Se ha incluido a Ross (*Sobre el derecho y la justicia*) en la tendencia, lo que creo que no es del todo exacto porque no veo que niegue la norma como regla de conducta, no invierte la juridicidad para considerarla *ex post facto*, rechazando la consideración de una juridicidad *ex ante*, como lo hacen los autores mencionados en el párrafo anterior (aunque con relación a los destinatarios inmediatos de la norma, es decir a los súbditos, su teoría tendría el mismo efecto), sino que destina la regla a regir la conducta de los tribunales. El orden jurídico es para él el "conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento de la fuerza del Estado", aunque a esto él lo llama *derecho real*: "el contenido real de las proposiciones de la ciencia del derecho se refiere a las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones".

El realismo que hemos calificado de *integrativo*, no se apoya ya sobre el rechazo extremo de la norma como generalización abstracta, sino en la negativa a admitir la plenitud hermética del sistema normativo y, por supuesto, en la negativa a considerar que el derecho sólo está integrado por la ley. Es la opinión de Géný y Car-

dozo, sobre la que volveremos al considerar la función correctora del intérprete, que es propia de ella. Es lógico que en esta tendencia se acentúe una especie de satisfacción por encontrar lagunas en el derecho-ley, porque son ellas las que permiten la "vivificación del derecho", es decir, su puesta a punto para seguir los cambios de la realidad, ingresando en él los materiales semilegales (p.ej., principios generales) o extralegales (p.ej., consideraciones sociológicas) que permiten operar su renovación (ver, Levi, *Introducción al razonamiento jurídico*). En el campo de la instrumentalidad interpretativa esta tendencia encontró en la ciencia germana su correspondencia en la *jurisprudencia de intereses* (a la manera de Heck, por ejemplo), que ha sido endosada a Ihering como precursor.

Quizás sea en esta corriente donde tengamos que colocar, entre nosotros, a Carrió, que no es totalmente un "escéptico ante las reglas", como lo tildó Soler (*Las palabras de la ley*), sino un integrativista al modo de los anteriores. Puesto que si censura el formalismo, porque al tenerse que utilizar en la ley un *lenguaje natural* (que podría llegar a confundirse con el vulgar) —ya que sólo por ese medio el derecho puede esgrimir la pretensión de regir la futura conducta de los hombres—, siempre adolecerá de vaguedades, que tendrán que ser eliminadas (perfiladas) por el intérprete (esta preocupación no es exclusiva de la ciencia germana o sajona, ni muy nueva tampoco, como puede verse en Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*), y además porque si el criterio de selección de las notas con que se forman las figuras del sistema jurídico, necesariamente residen fuera de él —valores políticos, económicos, etc.—, es indudable que aquél no se muestra como autosuficiente, con lo cual en cualquier caso, el derecho es de textura abierta, también censura a los realistas en cuanto reniegan de las normas generales para ver al de-

recho como mero conjunto de decisiones individuales. Para Carrió (*Notas sobre derecho y lenguaje*) no se puede negar la norma general como componente del derecho, pero indica que su sistema se integra con un cúmulo de vaguedades e imprecisiones, que dan origen a “zonas de penumbra”, que el intérprete tiene que clarificar con materiales que no siempre pueden obtenerse en su interior.

26. **DERECHO-REALIDAD E IDEALISMO**

Insisto en un tema que ya traté, pero que me parece que vale la pena volver sobre él.

Podemos señalar, como preocupación general hoy en día entre los pensadores sobre el derecho, la de querer encontrar caminos para apartarse de todo idealismo, haciendo replegar hasta la tarea de *conceptualizar*, que antes era tan cara a la ciencia jurídica (y no faltan algunos extremosos para quienes ello importaría hasta una repulsa nada disimulada del racionalismo, cosa que, confieso, nunca he alcanzado a entender cabalmente).

Las nuevas tendencias iusfilosóficas –con sus repercusiones en la ciencia del derecho– se mueven hacia un eminente realismo: el derecho no es norma, sino fenómeno, experiencia, conducta; el derecho no existe como *realidad* mientras éstos no se hayan dado. La norma no es derecho hasta que no se da ese momento fenoménico, que por ella se adscribe como categoría de lo jurídico.

Insisto, por tanto, en lo que ya dije. Que en el fondo de este realismo muchas veces subyace un idealismo a ultranza: el gato no es un gato hasta que no le piso la cola (el ejemplo es de Balmes, aunque él lo empleó con otro sentido); el traje no es un traje hasta que no me lo

pongo encima para vestirme con él. El objeto cultural llamado derecho no preexistiría antes de la asignación personal de sentido dado por alguien a lo catalogado (o a lo que se puede catalogar) como jurídico. Pero en él, el otorgamiento de sentido depende de una previa *conceptualización*, que es la que permite asignar la adjetivación de jurídico a algo.

Esto lo advierten muchos de esos realismos y entonces juridizan el fenómeno que les presenta la realidad por medio de la referencia a la normatividad preexistente. Así pues, aunque se niegue el derecho como ente de razón y se lo catalogue como experiencia de vida, cuando a ésta se la dimensiona por las conceptualizaciones normativas, se está afirmando lo que se había negado.

27. EL JUEZ EN EL DERECHO SIN LEY

La visión del derecho desconectado de la supremacía de la ley, ha desdibujado la figura del legislador y remarcado la del juez. En ella, declarada o disimuladamente, se piensa en un juez-legislador que asume una interpretación *elaborativa* del derecho, según la ley, al lado de la ley o por encima de la ley.

Esta figura, que la teoría va perfilando, trata de juridizar una conducta que, hasta no hace mucho, se negaba al juez, motejándola de arbitraria. Pese a la permanencia de esta negativa que se mantiene en elencos constitucionales y procesales y en los fallos de tribunales supremos, teóricamente el concepto de *arbitrariedad* ha ido perdiendo su sentido de apartamiento de la sentencia respecto de la ley; hoy más bien se la ve como incoherencia de la decisión con los sentidos de las estructuras culturales, incoherencia que se puede dar hasta cuando se origina en la misma ley que la sentencia aplica.

Es cierto que, dentro de las nuevas corrientes, muchos tratan de imponer límites al contenido de las decisiones jurisdiccionales, recurriendo (como los tradicionalistas) a las prefiguraciones de la normatividad legal, pero se otorga a esa limitación una consistencia tan tenue, que prácticamente no tiene eficacia alguna.

Este lugar es adecuado para completar las noticias sobre el realismo jurídico contemporáneo.

En la teoría jurídica actual la separación del derecho de la ley, la afirmación de que aquél no es ésta, son ya principios comunes, sobradamente repetidos e invocados. Conviene, empero, recordar algunas de las riadas que fueron sedimentándolos, sobre todo porque la mayoría de las fórmulas teóricas que se indican como ultramodernas, no son más que vuelos alrededor de los mismos palomares.

Así, la reafirmación del derecho natural por encima del derecho positivo, que Kirschmann señalaba como tope de la estructura de este último y, por tanto, como razón de negativa de su validez cuando las normas jurídicas desconocían al primero, se renueva en los neoiusnaturalismos (de variados tonos) y en algunos eticismos, que aunque pretenden apartarse del iusnaturalismo, producen el mismo resultado.

Por otra parte, encontramos la suplantación del derecho por la sociología. Ese fue un camino abierto en el siglo pasado; el juez no necesita del derecho (normativizado); no debe decidir en base a conocimientos normativos, sino en base a conocimientos de los hechos sociológicos; no se trata de utilizar la sociología para deducir principios normativos (como puede hacerlo cualquier doctrina tradicional), sino para fundar la decisión (Roscoe Pound). Siguiendo esa dirección, se procuró postular una teoría no normativa, pero ocurrió que la misma sociología, en esa función, fue trastocada: de conocimiento *natural* pasó a ser manejada como co-

nocimiento *normativo*. Aunque no pueda decirse que los hechos sociales se convirtiesen en normas, se terminó adoptando un *término medio*, de ocurrencia sociológica y, en su consecuencia, la señalización de necesidades a proveer por medio de una regularidad de actividades sociales, como razón de ser de las decisiones, lo cual al fin implicaba *prefigurar conductas debidas*; en otras palabras: se *hacía* una ley donde ni siquiera faltaba el legislador, aunque éste tuviese el nombre de sociólogo.

Pero la doctrina que ha suscitado más adeptos —por ejemplo, la mayor parte de los realismos latinoamericanos son variaciones más o menos complicadas de ella— es la de la *libre interpretación* de Gény, de la que no están muy lejos (como lo ha hecho notar Soler) los principios del *crecimiento del derecho* de Benjamín Cardozo. Distingue el derecho de la ley sin descartar ésta como material integrativo de aquél y que, por tanto, debe tener en cuenta el intérprete judicial, aunque en igualdad de condiciones con otros de distinta procedencia, como son los constituidos por la analogía, la costumbre, los principios éticos, las constataciones de la sociología, constitutivos todos ellos del derecho en igualdad de condiciones con la ley. Aunque algunos de esos elementos jamás podrán entrar en contradicción con la ley, otros sí pueden provocar conflictos con ella.

Si en esa contradicción el intérprete tiene que hacerlos prevalecer, es la ley la que pasa a segundo plano. De una u otra forma, el derecho-conducta de nuestra egología, las concepciones trialistas y tridimensionalistas, son manifestaciones de esa dirección del pensamiento jurídico.

Una consecuencia de todo ello es la aparición de un derecho que *es pura interpretación*. Cuando a aquél se lo concebía estructurado en la ley (aunque fuese ésta de carácter consuetudinario o pretoriano), era normal que

la iusfilosofía estuviese preocupada por descubrir su ser para proyectar su deber ser: su reflexión era la base para hacer el derecho.

Mas, cuando se deja de considerar el derecho como pura ley, la preocupación de aquélla se va trasladando a la *interpretación*, ya que la función del intérprete no es ya la de aplicar la ley, la de especificar, dentro del derecho que es, el correspondiente al caso, según lo previsto (pre-escrito) por la normatividad legal, sino la de descubrir el derecho, pero elaborándolo. De ahí a querer adecuar el ser mismo del derecho a los modos de interpretarlo, no hay más que un paso, pero sería un atroz pecado de *formalismo*, mucho más destacado que el de cualquier positivismo jurídico.

28. POSIBLE ETIOLOGÍA DE ESTAS IDEAS

En todas las actitudes de las que venimos dando cuenta como significativas dentro del pensamiento jurídico de hoy, se nota una tenaz renuencia a aceptar, más que leyes concretas, la rigidez de un sistema normativo con la funcionalidad que le otorga la doctrina tradicional; o sea, se percibe en el ideario no tradicional, con tonos muy marcados, la molestia de quedar cortado dentro del sistema.

Sabemos que ninguna idea se confina en un sector determinado de conocimiento. La sociología ha demostrado, hasta la saciedad, que las ideas se transforman en *idearios*, constituyen *sentimientos* generales en los cortes históricos, propagando ondas que alcanzan los confines más remotos de casi todos, si no todos, los sectores de conocimientos.

Y esto es lo que acusa la ciencia del derecho, la que desde hace un largo siglo, viene pagando un pesado diezmo a las ideas que se han suscitado en el laboreo de

las ciencias del ser. Si recorremos algunos de los principios metodológicos que se han hecho carne en éstas durante los últimos tiempos, veremos hasta qué punto la repugnancia a aceptar el sistema normativo, es un sentimiento o un ideario que no ha nacido, ciertamente, dentro de la iusfilosofía.

La nueva *lógica de las ciencias*, el *empirismo analítico*, que ha dado el tono epistemológico durante largos años de nuestro siglo, significó una franca repulsa a toda sistematización. Como procedimiento, se le asigna capacidad suficiente para comprender y resolver problemas concretos, sin necesidad de recurrir a una teoría general de carácter universalista, con lo que, por supuesto, se niega la filosofía como base de la ciencia. Russell (*Historia de la filosofía occidental*) muestra que la filosofía, a lo largo de la historia, ha sido compuesta mediante la falsa unión de dos partes: una teoría relacionada con la naturaleza del mundo y una doctrina política o ética sobre la mejor manera de vivir, y los filósofos trataron a la primera con los métodos aplicables a la segunda: no trataron de conocer lo dado, sino de edificar un sistema para situarlo, algo totalmente contradictorio con las necesidades de aquel conocimiento.

De acuerdo con esto, la metafísica es un "seudoproblema, sin ningún contenido científico", y aunque se admita que la ciencia requiere de ciertos principios o criterios lógicos para manejarse, tales principios no pasan de ser proposiciones de sintaxis lógica del lenguaje (Rudolf Carnap, *El problema de la lógica de la ciencia*).

No sé si otros perciben los ecos de estas ideas en las nuevas ideas de lo jurídico tal como yo las percibo: el sistema es una falsa atadura para los hombres de derecho; la ciencia del derecho puede reducirse a una investigación sintáctica, o, si se quiere, de un modo más

general, de semiótica aplicada, restringidamente, al lenguaje jurídico.

Si se me preguntara si considero correcto aquel ideario, no podría responder sin desembarazarme de las críticas que en su momento le dirigió Ortega y Gasset. Y si se me preguntara si es posible trasladar al derecho esos criterios del empirismo analítico, según las concepciones de Russell, no podría dejar de apuntar que, así como me parece malo investigar en las ciencias del ser con la mordaza de sistemas teóricos que son propios de los proyectos sociales de las doctrinas políticas o éticas, siendo que el derecho pertenece al mundo de esas doctrinas, no me parece bueno que el conocimiento jurídico se pretenda medirlo con el mismo metro que emplea el conocimiento propio de la naturaleza de los seres sensibles.

29. *INTERPRETACIÓN CREATIVA Y REALISMOS*

En cualquier *teoría científica* (aunque la denominación no sea muy propia) del mundo de la naturaleza, puede distinguirse sin esfuerzo el objeto de conocimiento del procedimiento cognoscitivo por medio del cual se lo conoce. Pero eso no ocurre en el mundo de la regulación (necesariamente anticipada) de la conducta, al que pertenece el derecho: el ser del derecho depende de cómo se lo conoce; cuando sus principios se trasladan a la práctica, toda teoría jurídica es una teoría de la interpretación. La mención, un tanto más circunstanciada de las corrientes que se han dado sobre ese tema, servirá, por tanto para completar lo ya dicho sobre el ser del derecho.

Aunque no se necesita insistir mucho en el debate promocionado en torno al carácter declarativo o creativo de la interpretación, suficientemente conocido, sí es

interesante recalcar su trascendencia sobre la ontología del derecho.

Sabemos que el pensamiento que ve en la interpretación una mera declaración del derecho preexistente pertenece a la doctrina que hemos calificado de tradicional, comprendiendo a la escuela de la exégesis, que con su psicologismo se extiende a la jurisprudencia de conceptos, al sistemativismo de Soler, al positivismo tecnicista, etc.; todos ellos, criterios *declarativos*.

Kelsen atribuyó carácter creativo a la interpretación, pero esa atribución procedía para él de la circunstancia de que, en aquélla, lo que había que hacer era elegir una de las varias opciones planteadas por la ley al intérprete. O sea: la interpretación es creativa porque es electiva, no porque permita salir del sistema normativo para declarar el derecho.

El procesalismo de Sander, que tanta repercusión tuvo en Estados Unidos con Gray (*Nature and Source of Law*), Brown y otros que ya hemos citado, es *creativo*, no tanto por tratarse de un realismo, cuanto por las fuentes de conocimiento del derecho que admite. Sin embargo, tiene que hacerse notar que no pocos realistas detienen la creación interpretativa dentro de los límites de la Constitución, con lo cual no escapan del todo al sistema normativo; así, por ejemplo, nos dice Hart que "puede ser que cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas *relativas a las reglas más fundamentales de la Constitución* (el subrayado es mío), ellos obtienen que se acepte su autoridad para decidir las después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada" (*El concepto del derecho*). Realismo pues, no siempre es igual a creativismo interpretativo, al menos si a éste lo tomamos en un sentido absoluto o puro.

Es lo que pasa con la escuela de la libre interpretación, con el crecimiento del derecho de Cardozo y, en

general con todos los realismos integrativistas que, en una actitud más pragmática, reafirman una u otra naturaleza de la interpretación, según que la cuestión planteada esté definitivamente resuelta por la ley (el precedente, la costumbre o la norma expresamente legislada), o tenga que serlo por aplicación de fuentes *no legales* del derecho. Normalmente, quienes aceptan que el derecho presenta lagunas, vaguedades o zonas de penumbra, se colocan aquí: los casos difíciles o dudosos requieren que el intérprete adopte una actitud crítico-valorativa frente a las reglas que puede invocar (para confeccionar la solución jurídica del caso), conjugando en ella conocimientos sociológicos y políticos; cosa que no ocurre cuando el caso está claramente previsto, en cuyo supuesto el intérprete no pasará de una interpretación meramente declarativa (Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*).

En el tomismo actual (que no todo es neotomismo por el solo hecho de darse en nuestro siglo), es también notable el esfuerzo por dotar a la función interpretativa de características creadoras, mediante el empleo de elementos reales no muy diferentes de los de Gény, aunque se la presenta como el camino de regreso al realismo del derecho romano (mejor dicho, a su pragmatismo, que no es lo mismo que realismo, particularidad en la que no se ha puesto mucha atención) como reacción contra el sistema de derecho originado en la Edad Moderna. Este pensamiento, esbozado con mayores o menores fiorituras por Michel Villey en muchas obras (*Lecciones de historia de filosofía del derecho, Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural, Crítica al pensamiento jurídico moderno*, etc.), ha suscitado mucha curiosidad entre nosotros, no sólo entre los iusfilósofos, sino también entre algunos dogmáticos (algo sobre el punto véase en el buen libro "filosófico" de un excelente dogmático: Zannoni, *Crisis de la razón jurídi-*

ca). Yo creo que, en verdad, esta opinión trata de otorgar a la interpretación un carácter creativo con una finalidad destructiva: la de borrar el derecho al que actualmente se le reconoce vigencia.

Pero esa actitud no es patrimonio exclusivo de la mencionada corriente; desde el neomarxismo viene una sugerencia parecida, aunque no precisamente para volver al derecho romano, sino para *formalizar* un derecho pletórico de realismo económico. Se trataría, pues, de resolver, por medio de una interpretación que no salga del sistema jurídico que se quiere reducir a polvo, las "contradicciones que la sociedad capitalista crea y alienta"; la interpretación se guiará "con criterios que formalmente quedan dentro de lo jurídico", pero "terminando por filtrar exigencias de tipo medianamente político", es decir, "se trata de utilizar el derecho burgués para fines que lo superan" (Bergalli).

30. *EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO Y EL DERECHO COMO ATRIBUCIÓN*

Al lado de la asignación al intérprete de una función verdaderamente creadora del derecho, cuyo avance va haciendo replegar cada vez más la *seguridad legal* de lo jurídico, sumado al pensamiento en un derecho en que la norma como regla de conducta va perdiendo importancia para dar preferencia a reglas de puro reparto de responsabilidades apoyadas en el mero hecho de vivir en sociedad (la *responsabilidad social* de Ferri ha obtenido ahora una consagración práctica mucho más extensa que la prevista por sus más ardientes defensores en la época del positivismo científico), se ha incentivado en los teorizadores, como una especie de réplica a la extrema flexibilidad del nuevo derecho, un agudo senti-

miento de simpatía por la reducción de él a lo que se ha dado en denominar *derechos subjetivos*.

Nadie discute que los derechos subjetivos sean parte de la esencia de lo jurídico, pero sostenida con desequilibrio su preponderancia, minimiza la dimensión del derecho como ordenamiento de lo social, que es lo que ahora está ocurriendo, pues, sin negar esta última función, una considerable corriente del ideario contemporáneo sólo ve en ella lo que tiene de dispensadora de facultades de acción para el hombre concreto (diremos más adelante lo que esto tiene que ver con la visión negativa del derecho).

Según ese modo de apreciar las cosas (reduciendo la importancia del derecho como ordenamiento y exaltando la del derecho como atribución de facultades), todo lo atinente al derecho como ordenamiento de lo social que limita la actividad del hombre al proyectarse socialmente, no tendría que pasar de ser considerado como conjunto de necesidades que no valdría la pena acotar normativamente, en tanto que se insiste en juridizar, con los antiguos parámetros de seguridad jurídica, los sectores de libertad de actividad del hombre particular.

No es raro, por ejemplo, que los mismos que atacan un sistema jurídico determinado, apelen a sus normatividades para eliminar los obstáculos que ese mismo sistema opone a su actividad. Aunque esto sea un sentimiento *humanamente lógico* y, dándole media rienda no tiene por qué turbar la construcción de lo jurídico, puede alcanzar ribetes absurdos cuando tal procedimiento se adopta como el único módulo aceptable de interpretación. La incongruencia es tan severa, que casi no necesita ser puesta de manifiesto: olvida que detrás de toda facultad a desarrollar en lo relacional de la sociedad, tiene que figurar un deber de carácter ordenancista.

31. UN DERECHO-ACCIÓN SIN CONDUCTA

En el plano de la práctica ya hemos dicho varias veces que el derecho actual se ha ido alejando de su vocación de ser un ordenamiento de conductas, con atribuciones de consecuencias fundadas en pautas de causalidad medidas con referencia a una voluntad finalista del hombre (que se ha ido enrrocando en el derecho penal, donde también se la ataca), para convertirse en un derecho de *hechos*, de causalidad cosificada, de responsabilidad *por estar en sociedad*, que se parece mucho a la contabilización de un prorrateo de deudas comunes.

Hasta no hace mucho esto era inconcebible. Cuando, por ejemplo, Carrara hablaba de la *responsabilidad penal sin acción*, se refería a una conducta con finalidad tan potente, que no necesitaba del actuar físico *personalmente ejecutivo* del delito, para ser penalizada; cuando los civilistas querían solucionar situaciones límites, acudían a presunciones de finalidad, pero nadie pensaba en atribuir responsabilidad por una no-conducta.

Las tendencias solidaristas y de corresponsabilidad social que, paulatinamente, de constituir soluciones excepcionales han pasado a ser principios generales de asignación de responsabilidad, parecerían desplazar al hombre del centro del derecho para colocar en él las cosas —culturalmente concebidas, eso sí— y así, mientras los fundamentos filosóficos plantean la orgullosa visión del hombre como objetivo del derecho, su *praxis* le hace representar un papel relativamente modesto al responsabilizarlo porque hizo las cosas o las utiliza: muy pocas veces el hombre ha perdido su identidad en magnitudes relativamente impersonales, y no ya en la naturaleza, sino en el mundo de las cosas por él creadas (es la responsabilidad refleja por las *acciones* de sus ro-

bots). En este aspecto, por lo menos, muy pocas veces la ley (el derecho, mejor dicho), ha sido tan *abstracta e impersonal* como ahora; la misma justicia, al fin, en este nuevo mundo, va a tener que dejar de ser un valor referido a conductas para convertirse en valor referido a *cosas en situaciones*.

Lo dicho no significa tildar de bueno o malo a este derecho de hoy; para muchos es el único efectivo en nuestra sociedad; pero es menester indicarlo como el derecho de nuestro momento histórico.

B) LOS MATERIALES "JURÍDICOS", EXTERNOS AL SISTEMA NORMATIVO

32. EL PENSAMIENTO SOBRE LA JUSTICIA

En el pensamiento occidental, la justicia fue siempre un algo perseguido por el derecho; un fin situado más allá de él. Ahora, el mismo ideario que propone la abolición de las simbiosis ley-derecho, hace ingresar a la justicia en el ser del derecho.

Hasta hace relativamente poco tiempo, no había mayores problemas para admitir que el derecho despojado de ciertos ideales de justicia, pudiera seguir siendo considerado derecho; pero esta conclusión ya no resulta tan clara para quienes creen que la justicia es, estructuralmente, algo consustancial al derecho, que dejaría de serlo sino contuviera a aquélla en su ser.

Para los griegos, la justicia era una virtud que el hombre debía conseguir en sí y en sus relaciones con los otros hombres y con el Estado, y que este último, a su vez, debía concretar en sus relaciones con los súbditos. Pero ni a ellos ni a los romanos más adelante, se les ocurrió negar carácter de derecho a las imposicio-

nes normativas que no alcanzaran a operar aquella virtud. En el Medioevo no faltó una idea de lo justo como lo adecuado a la norma: era la *justicia legal* de Santo Tomás, en la que la norma condicionaba la conducta justa del hombre: quien con su acto cumplía la ley, actuaba con justicia legal.

Esta idea de justicia en cuanto fin del derecho, pensable fuera de él como entidad ideal autónomamente propia, no cambió mayormente a lo largo del tiempo. Posiblemente se acentuó durante el imperio del racionalismo iluminista, con la variante de que lo creyó un objetivo al alcance de la mano, por medio de un derecho construido sobre la base de los derechos naturales que el iusnaturalismo proponía. Y como fueron estos últimos los que el legislador pensó haber reconocido y tutelado en el movimiento codificador, en tanto que el jurista, por la misma época, pensó haber llegado al ápice de la perfección del desarrollo racional de los conceptos que permitían su segura aplicación (cualquiera puede recordar el consejo de Carrara después de publicado su *Programa*, de que se abandonara la preocupación por el derecho penal y se la volcara sobre el procesal), no resultó anormal que, durante un tiempo, se viviera con la convicción —apenas amenazada por el historicismo—, de que siendo el derecho legislado un derecho *justo*, la justicia se podía alcanzar, en la mayor medida posible, afirmando la seguridad de la igualitaria aplicación de aquel derecho a todos los hombres que se encontrasen en las circunstancias de hecho hipotetizadas por sus reglas. Aquella idea que amalgamaba justicia y seguridad jurídica, pasó a nuestro siglo teñida de tonalidades escépticas con referencia a una justicia obtenible más allá de tal seguridad, pero tampoco la introdujo dentro de la esencia del derecho.

El pensamiento sobre la justicia y el derecho como relación entre entidades ideales autónomas, no fue con-

movido (todo lo contrario) por la ética kantiana, y terminó siendo afirmado por el neokantismo de Marburgo cuando Stammler fijó la justicia (su *idea del derecho*), como ideal absoluto inalcanzable, superador de toda experiencia y orientador del derecho, distinguiendo la justicia en cuanto dimensión absoluta, del derecho justo en cuanto dimensión relativa de contenidos variables.

No creo que —al menos en sus consecuencias— haya sido otra la posición de Kelsen, cuando decía que “si hay algo que la historia del pensamiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como injusta la conducta opuesta... la justicia humana sólo puede concebir valores relativos... el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional”; cada uno de nosotros puede exponer lo que para cada cual es la justicia, pero de ningún modo alcanzar universales válidos para todos (*¿Qué es la justicia?*).

Pero este pensamiento sí se conmueve cuando irrumpen nuevas reflexiones sobre los valores y se comienza a considerar la vigencia de un derecho no limitado a la normatividad formalmente juridizada. Entonces la justicia es asumida como valor emocional y racionalmente captable, que no tiene que concebirse al margen de su ser de valor, que ya no es una virtud, porque la virtud es sólo atributo del hombre, en tanto la justicia es una “situación objetiva en una determinada coexistencia” y que tampoco es un fin, porque el fin es un punto al que se llega en el tiempo-espacio y, en esas magnitudes, lo justo tiene la relatividad de lo histórico y se metamorfosea en una multiplicidad de fines que no permiten alcanzar *un fin* (Cossio; Vilanova).

Sin embargo, la asignación de esa nota esencial de *valor* a la justicia, no derivó, inmediatamente, en su fusión en el ser del derecho. Tanto para Lask, como para Radbruch —el de la primera época—, la justicia no era inherente al derecho más que como finalidad de él, aunque se particularizase en distintos contenidos, cualquiera de ellos justo, según específicas ideas de lo justo (individualismo, supraindividualismo y transpersonalismo), de algún modo subordinados a la seguridad jurídica del orden constituido por el derecho como regulación de la vida comunitaria.

Mas, a partir de allí, la justicia va convirtiéndose en ingrediente esencial del derecho. En principio a través del carácter creativo que se asigna a la interpretación de las normas: si es que la ley presenta una serie de posibilidades distintas para decidir sobre el caso, la elección que entre ellas realice el juez debe apoyarse en parámetros axiológicos, procurando salvaguardar los valores jurídicos (paz, seguridad, etc.), que se totalizan en el valor justicia; pero si a eso agregamos que el derecho *no es* norma, sino conducta (o hecho, o experiencia), que calificamos de jurídica, a la que sólo podemos conocer como tal en cuanto la valoremos según una de las opciones que presenta la norma (que como norma general *todavía* no es derecho), la justicia deja de constituir un *valor del derecho*, para constituirse en un valor *en el derecho*. No otra cosa ha querido decir, entre nosotros, la egología de Cossio y los suyos.

Y es también posible, que lo que puede ser un salto sin regreso hacia la concepción de la justicia *en el derecho* y no fuera del derecho, se esté dando otra vez en nuestras latitudes americanas. Ya que, si en los desarrollos que hasta ahora hemos visto aquí, el derecho como objeto de reflexión sigue siendo enfocado en cuanto orden formalmente sistematizado o como conducta caracterizada según ese orden, los trialismos y

tridimensionalismos trasladan el enfoque hacia un objeto que puede ser distinto: la experiencia o fenómeno jurídico. El derecho como orden sería inobservable o incaptable (y, por tanto, impensable racionalmente); únicamente podría serlo el fenómeno o la experiencia de lo jurídico, donde encontramos un hecho o acción, captado por la norma y valorado por la justicia. Ésta, en cuanto finalidad necesaria, elabora la norma que refiere la conducta (Goldschmidt), o configura uno de los polos (el otro es el hecho) que originan la tensión que trata de ser superada por la norma en los términos de un proceso dialéctico (Reale). Y aunque no se lo haya dicho con todas las palabras –pero ya apunta en la crítica negativa a leyes concretas–, una experiencia carente del ingrediente axiológico sería cualquier cosa menos una experiencia o fenómeno jurídico. Y es por vía de este nominalismo que la justicia penetra en la estratificación geológica del derecho, que no será derecho si no la contabiliza en su estructura.

A esta corriente teórica que introduce la justicia en el ser del derecho, corresponde una práctica que quiere poner legítimamente a disposición del juez la posibilidad de *hacer justicia* sin atarse al sistema normativo. En general, es el deseo de todo realismo, pero en las meditaciones específicas sobre el tema, se han abierto dos rutas principales para llegar a ese resultado.

En una se distingue una *justicia formal*, que se realiza con los principios y en las instituciones del sistema jurídico, que exige la igualitaria aplicación de aquéllos a todos los que les corresponden según las calificaciones de dicho sistema (no sería más que la *justicia legal* de Santo Tomás) y una *justicia sustantiva*, que se aparta de las clasificaciones del sistema y atiende al reconocimiento de los derechos y libertades (supralegales) de cada uno y a la equitativa participación en las cargas y

beneficios de la cooperación social (Rawls, *Teoría de la justicia*); y se trata de mostrar que la una no coincide con la otra, conduciendo al juez a consumir la última por medio de la detección *científica* de estos derechos, libertades, cargas y beneficios.

También se procura permitirle que utilice un procedimiento de corte intuitivo para determinar la decisión justa del conflicto, con o sin los elementos prefigurados por el sistema normativo. Según Soler (*Interpretación de la ley*) sería la que Max Weber denominó *justicia de cadí*, lo que para algunos constituye una vuelta a conceptos primitivos de derecho y justicia, donde, aunque ésta se encuentre animada *en la ley* (por ejemplo, las reglas programáticas éticas del Corán son elevadas por los intérpretes a un verdadero sistema normativo de carácter jurídico), se trata de una ley que no corresponde al saber general, sino a un saber esotérico y, como tal, totalmente incierto para el súbdito destinatario de ella (ver Jaeger, *Paideia*).

33. *EL ODIIO IDEOLÓGICO A LAS IDEOLOGÍAS*

Una de las características del pensamiento moderno sobre el derecho es la actitud de pánico frente a las ideologías. Uno de los *slogans* del pensamiento jurídico de hoy es el de *ideales sí, ideologías no*: admitamos cualquier ideal (hasta el más arrastradamente destructivo), pero apartémonos de toda ideología (aunque sea la humanamente más optimista). Trataríase, ésta, de una nueva *problemática* que no le hubiese preocupado a un antiguo iusnaturalista (aun cuando hubiese conceptualizado las ideologías tal como lo hacemos ahora), pero sí a los neoiusnaturalistas, que hubiese sido eliminada por un marxista ortodoxo, y hasta llega a angustiar a los neomarxistas.

La cuestión es más complicada y difusa cuando hay que distinguir entre ideales e ideologías, porque en el trasfondo de todo ideal mueve su cola alguna ideología. Las distinciones que se formulan no contienen elementos diferenciativos muy seguros. Por ejemplo, para algunos el ideal es algo objetivo, captable cognoscitivamente como realidad espiritual generada en la experiencia de la vida coexistencial, en tanto que la ideología es una creación autónoma del que la piensa (o siente), marginada de todo conocimiento y que aquél utiliza como parámetro para juzgarlo todo; mas, como la ideología es cosa de la sociedad, es difícilísimo hallar un pensamiento autónomamente creador que no se asiente en aquella experiencia coexistencial.

Además, basta recorrer cualquier ideario jurídico para ver que en él la ideología es presentada como ideales, o que los ideales propuestos terminan formando una ideología, *sin excepción*.

Habría, pues, que meditar seriamente hasta dónde valen la pena los esfuerzos que demanda pretender trabajar en planteamientos de futuro (propios de los proyectos jurídicos), procurando distinguir ambas dimensiones como distintas.

Supongo que algo de lo que he dicho puede causar extrañeza, sobre todo aquello de que estaríamos ante una nueva *problemática* en la reflexión sobre lo jurídico. Procuraré aclarar un tanto el sentido en que empleo esas expresiones.

Por ejemplo, los iusnaturalistas del siglo XVIII convivieron —y hasta se sirvieron de ella a veces— con aquella *ciencia de las ideas* (Barth, *Verdad e ideología*) que, partiendo de Locke y del *Novum organum* de Bacon, elaboraron los franceses (Condillac, entre otros): no había ningún problema para las ideologías; eran magnitudes aceptadas, o, cuando menos, perfectamente soportadas.

Los problemas comienzan con la caracterización de la ideología como algo *malo*, lo cual debemos a Marx: la ideología es producto degradado de la división del trabajo en físico e intelectual, que permite a los que realizan el segundo "imaginarse que es algo más y algo distinto que la conciencia de la práctica existente, que representa realmente algo sin representar algo real" (*La ideología alemana*), y se traduce (prácticamente) en lo que se llama *superestructura ideológica*, o sea, la superestructura política y jurídica correspondiente a una forma de conciencia social construida con falsedad, no adecuada a la realidad, la cual desaparecerá cuando desaparezca el factor motivante de la división del trabajo (la propiedad privada); es decir, con la desaparición de la propiedad privada desaparecerá la ideología de la época histórica en que ella rigió y la superestructura ideológica del Estado-derecho que le responde. En verdad es una solución de acción insertada en el plano del conocimiento, lo que si bien para algunos puede resultar incongruente, daba a los viejos marxistas la sensación de haber resuelto el problema —por ellos mismos creado— de encontrar el modo para abjurar de la *ideología* en cuanto falsa correspondencia del pensamiento con la realidad.

Pero los neomarxistas, sin poder desprender la mano de barro que Marx había dado a la ideología, al avanzar en la especulación filosófica advirtieron dos cosas: que si la ideología es "desintegradora del conocimiento" porque lo da por "acabado" y "corta su avance", no se puede prescindir de ella en los proyectos (Isaacson); es más, se ha llegado a rechazar la negatividad de la ideología respecto del conocimiento, afirmándose que "las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento, sino aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las

relaciones de verdad" (Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*). En segundo lugar, que al tener que proyectar acciones en el mundo político, no se puede menos de echar mano del Estado-derecho, y como esto no ha dejado de considerarse que es una superestructura ideológica, o habrá que acudir a una compleja acomodación reelaboradora de la doctrina del predecesor, o arrojarla por la borda, insuflándole a la superestructura una nueva ideología. Éstos son los problemas que ha encarado Lefevre y, entre nosotros, Cerroni (*Marx y el derecho moderno*), Kohen (*Marxismo, Estado y derecho*) y otros.

Los antiguos marxistas no tenían problemas con la ideología: la cuestión para ellos era aniquilarla. Para los neomarxistas es un problema porque tienen que compaginar su *maldad* con la necesidad de emplearla en los proyectos; censurar la superestructura ideológica del Estado-derecho, pero sin abandonarlo. El neomarxismo está apuntando a Marx que la ideología es un componente necesario de la sociabilidad, que es necesario entrar en el delicado compromiso de sustituir una ideología por otra, sin destruir la superestructura ideológica (destruir el mito de la igualdad, asumir o rechazar la ideología de la defensa social, etc.), con lo cual el marxismo deja de ser *la teoría* de la sociedad, para convertirse en *otra teoría* de la sociedad; modestia que (para mí, claro está) no le queda nada mal, pero que no se les hubiese ocurrido ni a Marx, ni a Engels (sí, por aquella época, al desordenado de Bakunin, pero nadie le hizo caso), ni a Lenin; a lo mejor tampoco a Trotsky (aunque sobre éste sinceramente tengo mis dudas).

34. LOS NEOIUSNATURALISMOS

No se trata de una posición extraordinaria en el pensamiento jurídico contemporáneo, porque aunque

los neoiusnaturalismos no hayan obtenido un éxito *masivo* como doctrina, estamos viviendo dentro de una especie de atmósfera iusnaturalista, producto del realismo.

Reconozcamos que en el fondo de todo iusnaturalismo late el ansia de hacer un derecho *bueno* para el hombre, opuesto a un derecho *malo* para él. También reconozcamos que el historicismo ha demostrado, con argumentos bastante valederos, que no existen derechos buenos o malos en sí, sino que pueden ser lo uno o lo otro según el pináculo histórico al que subamos para contemplarlos.

Pero la tendencia que con arbitraria generalidad podemos denominar *valorismo*, tal como se ha ido desarrollando, con una teoría axiológica insertada en el ser del derecho, puede terminar —si es estrictamente coherente en la determinación de sus consecuencias— en un nuevo iusnaturalismo, mucho más inflexible que los hasta ahora conocidos. Y esto porque al concepto de valor corresponde, necesariamente, el de disvalor; no se puede pensar el uno sin el otro, y por más esfuerzos mentales que se realicen para quebrar el círculo, el valor viene equiparado a lo bueno y el disvalor a lo malo: la seguridad, el orden, la justicia, son *valores buenos*, sus negaciones son *disvalores malos*; el derecho que trate de realizar los valores será bueno, el que sólo alcance a perpetrar disvalores será malo. Más aún, desde el punto de vista práctico, en el mundo de los valores se ha colocado todo aquello que el hombre consideró *siempre* bueno, en el de los disvalores, todo lo que consideró malo.

Aunque es cierto que este iusnaturalismo de hoy procura quebrar el círculo antes dicho empleando un relativismo de enormes repercusiones: lo bueno de hoy puede ser lo malo de mañana, allí ha dejado de ser iusnaturalismo y puede acarrear la demostración de la inutilidad de luchar ahora por un derecho futuro ade-

cuado a un plan de lo bueno; paradójica consecuencia a que no llegaban los antiguos iusnaturalismos universalistas y antihistoricistas.

Existe la costumbre escolar de referir el iusnaturalismo a determinados iusnaturalismos históricos. Esto puede parcializar la doctrina.

El iusnaturalismo –y por tanto, el neoiusnaturalismo– es multiforme; hay una gran cantidad de iusnaturalismos, puesto que siempre encontramos esa doctrina allí donde encontramos la pretensión –o la tentación– de construir el derecho según principios *a priori* y supra o extrajurídicos, que se dan por aceptados por considerarlos buenos o como útiles por considerarlos beneficiosos, o sea, sin poner en tela de juicio su bondad o su utilidad, pero empleándolos como medida de la bondad y de la utilidad.

Eso explica, por ejemplo, que Soler haya incluido entre los iusnaturalismos los realismos, especialmente los realismos integrativistas, como el de Gény. O que Zaffaroni (*Tratado de derecho penal*, II) haya hecho lo mismo con la teoría crítica de la sociedad trasladada a la ciencia del derecho. Claro está que esta amplia comprensión de la idea iusnaturalista tiene que ser limitada, pues de lo contrario nos colocaría siempre ante la posibilidad de considerar toda teoría jurídica como doctrina iusnaturalista, en tanto se remita a cualquier instancia superior de bondad o utilidad, y dudo que exista alguna que no lo haga.

35. *EL DERECHO, LA MORAL Y LAS ASPIRACIONES ÉTICAS DEL DERECHO*

Es muy común oír anatemas contra el derecho que se mete con la moral, con lo cual todos podemos estar de acuerdo, siempre que lo que se caracterice como mo-

ral sea eso y no algo que se haya transformado en necesidad del hombre en sociedad.

Tendremos, por tanto, que estar muy alertas, porque la tendencia a la preservación del puro hombre puede indicarnos como cuestión de moral lo que está más allá de la moral y hacer que las limitaciones del poder-derecho sean anacrónicas para el hombre en sociedad.

Imaginemos un ejemplo extremo: que en una determinada sociedad histórica, en que sea imposible la gestación artificial, se haya impuesto la homosexualidad como costumbre excluyente de las relaciones sexuales normales: ¿habrá de renunciar el derecho a impedir esa tendencia invocando el límite de no inmiscuirse en la moral? Sin pretender llegar a las exageraciones de Devlin (*The Enforcement of Morals*), según las citas de Nino (en *Los límites de la responsabilidad penal*), de que "no es posible establecer límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la inmoralidad", puede tener visos de verosimilitud lo que él dice sobre que "también el bienestar de la sociedad depende tanto de una moralidad estable, como de un buen gobierno. Las sociedades se desintegran desde dentro más frecuentemente que por presiones externas. Hay desintegración cuando no se observa una moralidad común y la historia muestra que el relajamiento de los vínculos morales es frecuentemente el primer paso hacia la desintegración; de modo que la sociedad está justificada para adoptar medidas para preservar su código moral, así como lo hace para preservar su gobierno y sus instituciones esenciales", con la aclaración, eso sí, de que allí la moral ha dejado de ser moral.

Otra cuestión relacionada con ésta es la insistencia actual en las *aspiraciones éticas del derecho*, con lo que, al fin, se trata de aseverar que el derecho tiene que asentar su deber ser sobre una determinada ética.

Si entendemos la ética según parámetros de satisfacción de necesidades (al menos de algunas) del hombre en sociedad, no estaremos, como vimos, ante ninguna novedad, pero si la consideramos dentro de los límites de internidad en la elección de actividades que el hombre proyecta (su sentido corriente), aquello nos puede llevar a una especie de transpersonalismo (nada hay menos personal que las ideas morales institucionalizadas), no aceptado por todos.

Por ejemplo, pretender imponer en lo jurídico la aspiración de una ética cristiana, dará como resultado algo muy diferente de lo que puede ser la aspiración ética de un derecho musulmán; lo cual, siendo obvio, demuestra que cualquier derecho consustanciado con *una* aspiración ética, nos transportará siempre a un iusnaturalismo, como dijimos, estrictamente transpersonalista, del que podemos participar o no, pero sin dejar de tener presente que en él nos movemos.

El otro tema que aquí debemos tratar es el de las dificultades —al margen de la distinción teórica de tipo kantiano— de un derecho puramente *moralista* o preponderantemente moralista, que más de una vez han sido puestas de manifiesto.

Comencemos por lo más extremo: la bella utopía anarquista de una moral sin derecho. Es la moral la que tiene que regular la conducta del hombre, sin necesitar la imposición, ulteriormente coactiva, del derecho. Poco tiene en cuenta ella la sociabilidad en que siempre está fundado el cálculo jurídico, ya que en la regulación moral todo queda librado a la conciencia individual, puesto que “aunque la ética supone la existencia de relaciones interhumanas... en esa relación el elemento de convivencia, en definitiva, se repliega sobre sí mismo y se refugia en una instancia subjetiva, interna” (Scler, *Las palabras de la ley*).

En segundo lugar, una acentuación descuidada de las aspiraciones éticas del derecho, puede incorporar doctrinas extremas al pensamiento jurídico, las más de las veces difícilmente compatibles con las notas de humanidad propias del hombre-sociedad. Son ellas las *concepciones inquisitoriales* de cualquier extremismo que —para seguir con la cita de Soler— produce “una monstruosa deformación jurídica de la moral, al dotar a las normas de ésta de sanciones externas, punto en el cual el moralismo, en vez de conducir a vagos paraísos de convivencia... conduce precisamente a la imposición despótica. La moralización del derecho concluye así en la juridificación de la moral”.

Un sentimiento de simpatía por esta moral impuesta a golpes de coerción, no deja de estar presente en algunos pensadores contemporáneos. Así me hace pensar, por ejemplo, Max Scheler (*El resentimiento en la moral*), cuando reivindica la moral revelada como superadora de la moral moderna (laica, democrática e igualitaria), que para él es una negación de la moral, porque tiende a lograr normas morales comunitariamente conocidas, lo que implica que la moral válida tiene que ser la del más bajo de los hombres, en tanto que “el concepto de revelación, cualesquiera que sea su sentido y alcance en las religiones positivas, significa, ante todo, que ciertas verdades y ciertos valores objetivos, pueden ser *comunicados* a los hombres... por seres de ciencia o de sensibilidad más ricas”, y entonces “aquéllos deberán creer lo que éstos ven”; de ahí a juridizar la imposición de la moral de estos pocos a los todos, sancionando externamente a los disidentes, hay un pequeño tramo.

Pero si estas ideas son graves por las consecuencias que pueden acarrear, más dificultades plantea para la aspiración ética del derecho ese sentimiento de la absoluta intransferibilidad de la ética personal, mejor di-

cho, de liberación de toda ética, que abrumba a la intelectualidad contemporánea. Porque es indudable que cuando se pretende imponer límites éticos al derecho, los mismos sólo pueden operar esa función en cuanto alcancen cierto grado de *normalidad* comunitaria y eso es, precisamente, lo que aquel sentimiento rechaza. Al contrario de lo que se daba en la idea expuesta en el párrafo anterior, la idea de una ética de absoluta libertad es algo que está muy presente en los pensamientos contemporáneos sobre el hombre; el camino fue iniciado por el surrealismo, aunque aquel movimiento no alcanzó a negar del todo la posibilidad de una ética comunitaria, pero esa negativa no tardó en consolidarse: "Obra sin juzgar si la acción es buena o mala... Amad sin que os preocupe si es el bien o el mal lo que amáis..." (Gide). Entonces, ¿qué límites éticos se pueden pretender para el derecho en esta ética sin límite?

C) LAS FUNCIONES Y LOS FINES DEL DERECHO

36. FUNDAMENTACIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO

Cuando nos preguntamos sobre la tarea de la filosofía jurídica, nos parece que ella siempre ha tratado de resolver el qué y el para qué del derecho, lo cual podría ser una respuesta muy engañosa, que algunas veces ha confundido al historiador de las ideas, llevándolo a hacerles decir a los autores cosas que nunca dijeron porque habían respondido a preocupaciones distintas.

El hombre de Occidente, al empezar a razonar sobre el derecho, lo asumió como un dato objetivo que halló en la observación de lo social y que se le presentó como una estructura de funcionalidad, no como algo

que podía *paralizar* para estudiarlo: el derecho era su funcionalidad. Por supuesto que dentro de aquella perspectiva, lo primero que necesitó indagar fue el *cómo* de dicha funcionalidad; esa indagación tuvo que abarcar el *cómo* lograr que el derecho funcionara de acuerdo con las finalidades que aquella otra reflexión asignaba a la funcionalidad.

Este orden de razonamiento se trastornó desde los albores de la Edad Media (en realidad, para ser más concretos, de San Agustín en adelante). La filosofía, ya influida por la teología de procedencia oriental, hizo traspasar al hombre de su destino en y con la *polis*, poniendo sobre el tapete el *para qué* de la funcionalidad del derecho y las respuestas que se propusieron para ese interrogante fueron reacondicionando el *cómo* del derecho: ¿cómo debía ser el derecho para permitirle al hombre cumplir aquellas finalidades suyas, trascendentes de la *polis*, que antes no habían sido tenidas en cuenta? Se dio entonces un período casi tan largo como el anterior, donde la tarea fundamental fue de poner de manifiesto determinadas condiciones del derecho para adecuarlo a aquellas finalidades, aunque, claro está, fueron ellas variando a lo largo del tiempo. Tal labor la consolidó el iusnaturalismo del siglo XVIII, cuando estaba cercana la crisis de la idea.

Desde entonces, según ya lo hemos esbozado, se vino suscitando una absorbente preocupación metodológica, que en lo jurídico fue haciendo olvidar la necesidad de adecuar el derecho a las respuestas del *para qué*, aunque —quizás un tanto contradictoriamente— al mismo tiempo acentuaba el interés por la interrogación ontológica; el *qué es* el derecho se fue convirtiendo en el eje de la reflexión jurídica, hasta casi ganar la exclusividad en ella. Aquello facilitó la presentación de un ser del derecho casi desprendido de sus necesidades de funcionalidad. Pero últimamente (estemos o no de

acuerdo con las conclusiones), se nota una reacción contra esta tendencia, un dejar de lado el desprecio reflexivo sobre los para qué y los cómo del derecho.

Encarando desde otro ángulo la cuestión, admitamos que los esfuerzos de fundamentación del derecho se mueven —una vez que se supera la pregunta ontológica— en una doble dirección: delinear cómo tiene que ser y determinar cómo se lo debe interpretar para que al ser aplicado no deje de ser lo que es, según lo que debe ser.

El primer objetivo se intenta lograr, en la práctica, dentro de la estructuración normativo-institucional del derecho; la relación de este producto con la ideas fundamentadoras es de relativa sencillez: el derecho será derecho según su fundamentación cuando el ordenamiento normativo se adecue a ella.

Es en el segundo objetivo donde la relación se vuelve más complicada, y se advertirá inmediatamente la razón de todas las páginas que precedentemente hemos dedicado al tema. Porque cuando la tarea interpretativa se refiera a la aplicación del ordenamiento, no ofrecerá dificultades cuando él coincida con la fundamentación propuesta, pero sí se suscitarán cuando surjan contradicciones entre las ideas que fundamentan el ordenamiento y las consecuencias de su aplicación, pues entonces se dará la necesidad de decidir ante opciones: reconocer la *vigencia* del ordenamiento desajustado de la fundamentación, aplicándolo coercitivamente de acuerdo con sus pautas de imposición; o corregirlo para coordinarlo con dicha fundamentación en la medida compatible con su estructura, o directamente negar su vigencia y desechar su aplicación, como hemos dicho.

Aunque veremos que para la práctica no es indispensable ser tan extremosos, lo que aquí se pretende indicar es que toda teoría de lo jurídico tiene que aspirar a cumplir los dos objetivos para no ser incompleta: no

se puede limitar a revelar el ser del derecho para determinar su deber ser, sin proporcionar una metodología interpretativa adecuada como guía de cotejo entre el derecho tal como se aplica y el derecho que tiene que ser, pues si se libera o despreocupa de la vigencia del modelo que propone, se convertirá en mero juego sin racionalidad finalista.

37. LOS FINES DEL DERECHO. AUTENTICIDAD Y DERECHO

En estos años la filosofía existencialista se ha volcado pujantemente sobre el derecho. Y si bien en ocasiones lo ha hecho con criterio metodológico, en otras lo ha hecho planteando premisas como razón de ser del derecho.

Se me ocurre que pretender edificar un derecho cuya finalidad principal (más bien exclusiva), sea la de posibilitar la angustia existencial como vía que permita al hombre *ser en sí mismo*, frente al límite de su propia vida, procurando obtener ese estado de autenticidad en que los entes alcancen su significación (irreproducible en otro individuo), arrastra las rémoras que todo espiritualismo trascendente de lo social tiene para el derecho, que se mueve en la dimensión de lo social. *Mutatis mutandis* causaría el mismo efecto que el convencimiento de que, como el hombre no vive en este mundo más que para llegar a la vida ultraterrena, el derecho tiene que preservar a cada individuo las posibilidades de que su vida alcance esa significación en su existencia mundana. En cualquier caso terminaríamos en una organización social parecida a una gran Tebaida, donde el derecho, prácticamente, sobraría.

Además, por un lado, si se llega a la extrema coherencia del derecho con ese espiritualismo trascendente, aquél tendría que ser una regulación de interrelaciones

para que el hombre alcance, en su existir, su determinada autenticidad existencial, intransferible a los demás en cuanto experiencia, con lo cual llegaríamos a un derecho que, al fin, le permitiría *usar* a los demás hombres —es decir, a la sociedad— en aras de su destino individual, lo que puede resultar una concepción bastante “inigualitaria” del derecho.

Por otro lado, esta consecuencia repugna al reconocimiento de que, en lo concerniente a las relaciones jurídicas, el hombre es puro hombre en un mundo natural, con relaciones mecánicas aun a niveles de psiquismo, porque en el mundo del espíritu el hombre es hombre en sociedad. Si esto es reconocido por el existencialismo jurídico, el sistema teórico tendría que completarse reconociendo que la sociabilidad del hombre requiere, necesariamente, su *alienación*, porque el escape hacia la autenticidad solamente podría emprenderlo negándose a ser hombre en sociedad. Con lo cual, a partir del mismo existencialismo, podríamos optar también por un derecho que diera oportunidades al hombre para ser *inauténtico*, finalidad totalmente contradictoria respecto de la anterior.

(Si alguno cree que esto es exagerado, puede leer las explicaciones de algunos existencialistas sobre el *trabajo*, indispensable para la vida del hombre en sociedad, pero que le entorpece enormemente acabar los esquemas de autenticidad.)

38. *EL FATALISMO Y LOS FINES IMPOSIBLES*

En algunas visiones existencialistas de lo jurídico se hallarían gérmenes que pueden ser peligrosos: el fatalismo de un derecho bueno para algunos, pero que, correlativamente, no puede dejar de ser malo para otros y la asignación de finalidades imposibles, lo cual

podría hacer iniciar un franco galope hacia un nuevo anarquismo, mucho más *pensado* y por tanto más cautelador, que los que hasta ahora hemos conocido.

Si llegamos a la conclusión de que el derecho sólo puede posibilitar la autenticidad de algunos (aunque se trate del mayor número), siempre habrá de determinar la caída de algunos otros, porque no pueden coexistir todas las autenticidades ("todas las Antígonas", dice Zaffaroni) en una misma sociedad. Estaríamos dividiendo al mundo del hombre-sociedad en réprobos y elegidos *a priori*: sería esto una especie de fe calvinista, pero en la que la razón de ser de la salvación de unos sería la razón de ser de la condena de otros. Una cosa es que no se pueda imaginar el cielo sin la existencia del infierno, pero es algo muy diferente que inevitablemente yo tenga que ir al infierno para que otro pueda ir al cielo.

Cuando una fundamentación asigna al derecho fines imposibles, hilando su trama total, sólo nos queda esperar la desaparición del derecho. Y creo que el existencialismo jurídico ha llenado al derecho de fines socialmente imposibles.

Quizás esta forma de ver las cosas procede de una visualización parcializada del derecho, encarándolo únicamente desde el punto de vista de quien sufre las consecuencias de la coacción, y entonces la preocupación casi excluyente es lograr que el derecho vulnere en la menor medida posible las posibilidades de que quien soportara la coacción, alcance su autenticidad sin impedimentos. Se piensa poco en el reverso: que es la coacción jurídica la que tendría que facilitar a *todos* los hombres su autenticidad. No debemos conformarnos con señalar las negaciones del derecho que imposibiliten el desarrollo de la vida auténtica, sino subrayar que son los pensamientos y acciones que él deja en la zona de libertad los que posibilitarían la autenticidad.

La distinción puede ser sutil, pero permitiría obviar el fatalismo y seguir asignando al derecho fines alcanzables, evitando esa visión *penalista* que hace insistir en el *infractor* como si fuese el único sujeto actuante del derecho.

39. *EL DERECHO PENAL COMO MÓDULO DE LA REFLEXIÓN IUSFILOSÓFICA Y LA VISIÓN NEGATIVA DEL DERECHO*

Es interesante descubrir la razón por la que la filosofía jurídica normalmente acude a las estructuras del derecho penal para alzar vuelo. Especialmente ha dependido de ellas en la indagación sobre los límites del poder-imposición y hasta ahora ha hecho muy poco por desprenderse de las ejemplificaciones penales.

Es de suponer que ello se debe a que el derecho penal es el instrumento más directo (porque es todo coacción) que posee el hombre en sociedad para poner de relieve sus necesidades más urgentes y procurar que las actividades en la sociedad se desarrollen tratando de solventarlas y no de agravarlas.

El *no hagas* –tono dominante del derecho penal– tuvo que ir acompañado en la mente del legislador, desde el principio, de una motivante explicación del para qué y del descubrimiento de qué consecuencias, asignables a la inobservancia de la prohibición, podían imponer *ex ante* (por medio de la coacción amenazante) la actividad deseada, o sea, del cómo más efectivo para que las conductas en sociedad respondiesen a sus necesidades. Históricamente, la pena comenzó funcionando como *castigo preventor* (aun en los regímenes más arcaicos, como el de las prohibiciones tabúes); su carácter retributivo no se pensó hasta la posterior evolución moralizadora del derecho penal.

La permanencia en aquella visión –que en sí misma nada tiene de vituperable y ha fructificado en gran-

des adelantos de la filosofía jurídica—, si se la exagera, puede llegar a sectorizar indebidamente el pensamiento sobre el derecho.

El *penalismo* de la reflexión iusfilosófica y la concepción negativa del derecho van, pues, juntos. Si el uno se motiva en la contundencia ejemplificativa, la otra tiene una etiología ideológica mucho más cercana en el tiempo y no muy difícil de determinar: el contractualismo.

Cuando lo que se considera originario es la sociedad (la *polis*), el derecho, consustanciado con ella, es la forma proyectada de cooperación sin la cual el hombre no puede ser lo que es, o sea, hombre-sociedad. Pero cuando lo que se considera originario es el hombre individual (a-social, a-político) y a la *polis* o sociedad como producto de su libre determinación, el derecho no puede ser más que la forma de proyectar restricciones, la negativa para el futuro de las libertades que el hombre tuvo que sacrificar para *instituir*la.

Por supuesto que esta visión negativa —que hoy día pesa demasiado en el sentimiento del derecho como molestia o cortapisa del hombre auténticamente libre—, no es un descubrimiento de nuestra época; ya Hegel hacía notar que la definición kantiana del derecho implicaba una visión negativa de él; Savigny, en su *Sistema de derecho romano actual*, censuraba la elaboración del concepto de derecho a partir del concepto de entuerto en cuanto “perturbación de la libertad ajena que obstaculiza el desarrollo humano” y que “debe ser rechazado como mal”, considerando que sería algo así como investigar las leyes de la vida “a partir del concepto de enfermedad”.

Para la visión *positiva* del derecho “la juridicidad no es un agregado lujoso de la acción, sino un atributo inherente a ella, sin la cual no hay acción humana posible” (Soler, *Las palabras de la ley*).

Quizás una de las contradicciones del pensamiento jurídico actual resida en que, aun los que rechazan como falaz al contractualismo, explican el derecho a través de una visión negativa, poniendo de relieve una de las notas particulares del derecho penal: la sanción por el deber incumplido, sin tener del todo presente que el derecho es, antes que eso, señalización del deber a cumplir.

**D) SOBRE CIERTAS UNIDADES CONCEPTUALES
QUE CONDICIONAN LA IDENTIDAD DEL DERECHO
EN LA HISTORIA**

40. HISTORIA Y APARIENCIAS

A lo largo del tiempo, tres conceptos se han destacado como fundamentales en la idea del derecho: el de *causalidad* y el de *juridicidad-antijuridicidad* como factores de atribución y el de *responsabilidad* como consecuencia atribuible a alguien.

Los afanes iluministas de claridad, sencillez y unidad condujeron a elaborarlos como conceptos intercambiables en todas las ramas del derecho, lo cual parece estar hoy en crisis, aunque los antiguos pensamientos siguen gravitando, en algunos casos casi como supervivencias mitológicas.

Pero la crisis de ellos puede ir un poco más allá.

En general los conceptos jurídicos son históricos, pero básicamente lo son en cuanto a su contenido o, si se quiere, a su extensión, o sea, en su transferencia a principios. Por ejemplo, nadie puede negar que el principio de legalidad es una construcción relativamente moderna que se inserta en el tema juridicidad-antijuridicidad. Sin embargo, esos contenidos se fijan

sobre estructuras lógicas pensadas como necesarias para mentar al derecho: largamente hemos hablado del mandato normativo que proyecta la acción pretendida, pero, avanzando en su examen, advertimos que el mandato permite introducir una diferencia teórica entre lo que es jurídico por estar de acuerdo con él y lo que es antijurídico por no coincidir con él, o sea, nos provee de un criterio clasificatorio de las acciones, que permite atribuir las consecuencias de esas acciones a alguien (el que las realiza o un tercero), según los esquemas (históricamente) variables de determinación de esas consecuencias como propias de las acciones (que constituye los problemas de atribución planteados por la causalidad y la responsabilidad). Pero estas estructuras, aunque aparentemente han venido invariablemente soldadas al concepto de derecho, hoy nos plantean dudas sobre ellas mismas como notas de lo jurídico. Es hora de preguntarnos hasta dónde siguen integrando la noción de derecho, y, en su caso, con qué contenidos, claro está.

41. EL PENSAMIENTO SOBRE LA RESPONSABILIDAD

A lo largo de estas páginas hemos repetido varias veces, que lo que era un *derecho de conducta* se ha ido circunscribiendo a ser un *derecho de responsabilidad*, lo cual requiere una explicación, porque la impresión que a primera vista acude a nosotros, es que la responsabilidad es un derivado de la conducta. Y hasta no hace mucho, efectivamente, toda responsabilidad jurídica se fundaba en la conducta; pero ahora la conducta se ha convertido en uno de los tantos factores de responsabilidad, junto con otros, que sólo muy indirectamente, podrían referirse a ella.

Sin embargo, esta transformación no ha seguido un ritmo sincronizado en todo el derecho; la responsabili-

dad penal se ha distinguido de la civil, incluyendo contenidos diferentes.

En materia de responsabilidad civil contestar por qué se responde es relativamente fácil: se responde por el daño en cuanto él importa una disminución del bien, interés, o derecho subjetivo de otro, quebrantando de ese modo el equilibrio que el derecho-ordenamiento procura preservar en la sociedad.

Aunque en última instancia el porqué de la responsabilidad penal podría recibir una respuesta parecida, su sentido no es exactamente igual, puesto que no se trataría ya de proteger el equilibrio de lo que se tiene en sociedad, sino el equilibrio de cómo se vive en la sociedad. Y es precisamente allí donde se asientan las dudas de la fundamentación del derecho penal: ¿ese equilibrio se intenta mantener para que el hombre viva bien, para que la sociedad viva bien, o para que aquél viva bien a través del buen vivir de ésta? La elección de una de estas razones nos colocará en alguna de las grandes líneas que ha seguido la fundamentación del *ius puniendi*.

Lo que parece una incongruencia inaceptable en la fijación de los límites de la responsabilidad penal y, por ende, del alcance de la coerción del derecho penal, es considerar que al perjuicio reparable, sufrido por un individuo exclusivamente, no se lo haga funcionar para determinar el límite cuando la reparación fuese suficiente para restablecer el equilibrio, ya que entonces la severidad de la pena resultaría una maldad inútil. Sólo cuando esa reparación no sea posible, o no pueda alcanzarse de modo más o menos perfecto su objetivo, podríamos considerar justo y conveniente colocarnos en la zona del derecho penal. En estos casos ocurrirá que el perjuicio no se podrá mensurar en términos de hombre-individuo —donde siempre es reparable—, sino con relación a las formas de vida en sociedad, cuyo

quebrantamiento no puede ser *reparado*, sino que tiene que ser *sancionado* para que cada uno atienda a la observancia de esas formas y el quebrantador vuelva a ellas. Lo que, por supuesto, nada dice contra la exigencia de que el delito se revele objetivamente en un daño, lo cual es otra cosa.

De lo dicho se infiere que si ahora la responsabilidad civil es básicamente *determinista y legal*: se responde porque se vive en sociedad (ya vimos que viene bien aquí la idea positivista), la responsabilidad penal no puede serlo, porque en ella el determinismo, "si quiere permanecer consecuente consigo mismo, tiene que negar toda culpa... y echar por tierra el muro de separación entre el crimen y la locura" (Cathrein).

Sin embargo, hoy como ayer, los juristas han intentado unirlos; pero si el legislador del siglo XIX —ahuyentando el fantasma del objetivismo— trató de equiparar ambas responsabilidades sobre la base de los criterios de la penal, hoy parece ocurrir lo contrario y la búsqueda de los criterios unitivos se ha trasladado a la civil.

Hagamos historia. Puede decirse que la reflexión sobre la responsabilidad penal ha girado alrededor de intentar saber si hay un delito, y por tanto un delincuente que deba responder por él. Pero el delito siempre fue un dato objetivo, constatado por la observación y asumido conceptualmente como una violación o desvío que la vida en sociedad no puede asimilar; entonces, lo que sobre él se plantea, es cómo determinar su existencia: si considerando valores (que responden a satisfacer necesidades) preexistentes a la normatividad, o valores creados por el hombre en sociedad por medio de la misma normatividad, o si tiene que tomarse como respuesta de un mecanismo biológico a determinados estímulos que asumen carácter patológico en la fisiología de la sociedad, etcétera. La fijación de las condiciones de la responsabilidad penal

depende de las posiciones que se adopten sobre esos términos.

La responsabilidad civil —salvo en períodos muy cortos de la evolución del pensamiento jurídico— se hizo arrancar siempre de un hecho puramente natural y experimentalmente constatable: el daño. La única complejidad que se introduce en ella es la referente a la determinación de quién responde por ese daño, pero siempre alguien tiene que responder. En materia de responsabilidad penal, por el contrario, según acabamos de ver, siempre se contestó a dos interrogantes, aunque relacionados entre sí, distintos y connotados con una serie de dudas a las que la responsabilidad civil puede ser perfectamente insensible.

El delito aunque observable, nunca puede ser más que lo objetiva y sensiblemente captable, siempre se completará con la característica (ideal) de ser negación de lo que se ha designado como obligatorio y con la característica (subjetiva) de la voluntariedad de la negación; y si en principio tenemos que preguntarnos y responder primero sobre qué es el delito, para poder descubrir después quién responde por él, previamente se da un problema que nunca lo suscitó la responsabilidad civil: ¿es que en realidad el hombre debe responder por el delito? Cuando recordamos el pensamiento de Dorado Montero sobre la eliminación de la responsabilidad penal, veremos que la contestación no es nada uniforme.

Si en la trama de la moral, a quien es incapaz de querer por carecer de capacidad para conocer se lo considera incapacitado para elegir entre el bien y el mal y, por tanto, sus acciones no pueden ser consideradas ni buenas ni malas, en la trama de la responsabilidad civil esto no es un problema, no importa en ella lo bueno o lo malo de la acción causante del daño, según las pautas valoradoras de las direcciones del querer del sujeto

eventualmente responsable, sino la secuencia de causalidad, que muchas veces no estará referida a una propia conducta, sino a una *situación* (casos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad de los incapaces).

Aunque la construcción de la responsabilidad penal no ha dejado de fluctuar entre la externidad del hecho delictivo y la internidad del autor del delito, corriendo el centro de gravedad de uno a otro lado según las épocas, en general sus condiciones han sido asignadas por igual a ambos sectores; requiere la causación de un daño, que es respuesta mecánica de una acción (aunque ya veremos que algunas tesis ponen esto en tela de juicio) como exteriorización (el daño en derecho penal puede estar constituido por un peligro explícito o concreto o por un peligro implícito en la acción misma o abstracto, además de la lesión) de una voluntad de actuar (o no actuar), a partir de un conocimiento o posibilidad de conocimiento de lo predeterminado sociológicamente como lo bueno o lo malo. En derecho penal, mientras la exterioridad de la acción se plantea en la dimensión de la atribución causal referenciada normativamente, la interioridad autoral es la que brinda su matiz a una consecuencia desconocida en lo civil: la pena, que tiene una textura muy parecida a la de la sanción moral, pero con diferencias en las características de la coerción y, claro está, en su finalidad.

Resumamos: en el derecho civil la responsabilidad, con su finalidad reparatoria, está normalmente acotada por la causalidad o, a lo sumo, por la especificación normativa de la atribución causal; en el derecho penal, si bien en su exterioridad la atribución causal como condición de responsabilidad está acotada por el mismo medio, en su interioridad los límites están fijados por las posibilidades de conocimiento y de impulsión voluntaria selectiva del proceso causal, por parte del autor, apartándose de toda finalidad reparatoria, para

responder al complejo estructural de la pena como consecuencia. Mientras el derecho civil se ha ido sustrayendo a la consideración absorbente del factor conducta como condición de responsabilidad, revirtiendo la equiparación que durante el siglo XIX se introdujo en materia de responsabilidad extracontractual con el derecho penal, éste sigue girando en torno a la conducta: el derecho penal no es moral, pero funciona como moral en sus parámetros de atribución.

Pese a los denodados esfuerzos que se hicieron para unificarlas, como dijimos, midiendo ambas responsabilidades con el rasero común de la culpabilidad, considerando la responsabilidad extracontractual en lo civil exclusivamente como responsabilidad por *hechos ilícitos*, ambas están separadas por el distinto desenvolvimiento de sus funcionalidades.

La teoría de la responsabilidad penal se construye desde la noción de delito en cuanto conducta antijurídica y desemboca en la pena como medida de coacción necesaria para solucionar el conflicto que aquél inserta en la sociedad, tanto respecto del hombre que ha delinquido, como respecto de los demás hombres cuya vida en sociedad les exige marginarse del temor de verse nuevamente sometidos por el delito. La teoría de la responsabilidad civil se construye a partir de la producción del daño y desemboca en medidas que tienen como finalidad compensarlo y que no indispensablemente habrán de poseer un inmediato carácter coactivo (no lo tendrán, por ejemplo, en los casos en que el Estado-gobierno haga asumir al Estado-sociedad política la responsabilidad reparatoria, aplicando medidas solidaristas). En la responsabilidad penal es la conducta condición fundante exclusiva; en la civil lo es el daño, y la conducta uno de los tantos factores que hay que tener en cuenta como origen del mismo. Ésta se concreta en medidas reparatorias que, como vimos, pueden o

no ser inmediatamente coactivas; aquélla lo hace en una específica medida inmediatamente coactiva, que siempre es una respuesta normativa a una conducta antijurídica (antinormativa).

Y no debe confundirnos el hecho de que muchas veces el mismo delito opere como presupuesto fáctico de la responsabilidad civil, pues allí en realidad no es el delito como conducta antijurídica lo que inicialmente se toma en cuenta, sino el daño producido por él, lo cual indica que aunque esa conducta no pueda catalogarse como punible, ello no empece la aplicación de la medida reparatoria.

42. RESPONSABILIDAD Y LIBERTAD **(LA CUESTIÓN DEL LIBRE ALBEDRÍO)**

Las ideas sobre la responsabilidad están condicionadas (no sé decir exactamente desde cuándo) por los sentimientos de las épocas sobre la libertad del hombre para elegir las acciones que realiza, es decir, para convertir su actuar en conducta. Es la cuestión del libre arbitrio o libre albedrío.

Creo que en el mundo del derecho la opción entre la libertad y el determinismo ha estado siempre lastrada por el peso de una creencia que puede turbar la reflexión: creer que el derecho se hace, no tanto para ordenar las acciones cuanto para *juzgarlas*. No es raro, pues, que el derecho sea mirado con cierta desconfianza (no se me ocurre otra expresión) por algunas tendencias del humanismo contemporáneo; al grito de que nuestras acciones *no son para juzgar, sino para prever y describir*, no sólo concluye en lo innecesario de todo juicio moral con pretensiones de objetividad, sino también del derecho, que se ve como puro criterio de juzgamiento, cuanto éste es para él un paso posterior, una

consecuencia de lo que en realidad es, como ocurre con cualquier actividad humana que haya merecido la formación de un proyecto, o sea, que haya sido prevista antes de su realización. El derecho es también previsión de actividad, y si requiere el juzgamiento, es a consecuencia de esa previsión, con la diferencia de que en él ese juzgamiento conlleva la finalidad de resolverse en una nueva actividad que tiene que insertarse en lo social (la pena, la reparación, la destrucción de los efectos de la acción juzgada). En otras palabras, el juzgamiento en el derecho ofrece dos partes: una común a toda normatividad (jurídica o no), la otra propia de la normatividad jurídica; aquélla está constituida por la decisión sobre si la actividad realizada se adecua o no a la descripción de la proyectada, lo cual depende de una comparación que no es más que una toma de conocimiento; la otra es la decisión, por lo general cuando la actividad no se ajusta al proyecto, de atribuirle determinadas consecuencias, lo que a la vez importa una actividad voluntaria de alguien que está también reglamentada, o sea, proyectada. Pero esta particularidad no convierte el derecho en un puro orden de *juzgamiento*, sin consideración de su función de ordenamiento social.

Además, ha gravitado sobre el tema ese mirar permanentemente la atribución de consecuencias jurídicas a las acciones a través del cristal de la sanción, de la pena, del castigo. La conclusión en pro del libre arbitrio, de parte de una doctrina que podemos calificar de ortodoxa, es entonces obvia: así como la salvación depende de la voluntad del hombre, el castigo también depende de ella, pero tal dependencia se da en cuanto el hombre pueda elegir, es decir, pueda optar por actuar de manera distinta de aquella que merece castigo o abre las puertas de la salvación; la libertad de elección es la razón de ser de la responsabilidad que lo

hace merecedor de premio o de pena; el hombre es responsable porque es libre. Este concepto —tal vez un tanto grosero— del libre arbitrio como presupuesto de la responsabilidad, es el que fue ganando terreno en el derecho hasta coronar el principio de que no hay responsabilidad sin culpabilidad, o sea, sin la posibilidad de que el hombre realice voluntariamente algo distinto de lo que realizó voluntariamente; el que no puede elegir, no puede ser castigado.

Pero no es ése el sentir que vive el mundo contemporáneo.

El determinismo se introdujo en lo jurídico a través de una incoherencia: se desechó la realidad de la libertad del hombre, pero sin renunciar a la sanción. El hombre dejó de ser considerado libre para elegir su acción, o sea, para asumir una conducta, pero si la que realiza no coincide con la normalidad (la normalidad sólo puede indicarse por medio de un proyecto, por más base sociológica que tenga), tiene que ser sancionado, lo cual no se disimula cambiando de nombre a la sanción. Es decir, el determinismo jurídico siguió manejando ambos pasos del juzgamiento, cuando sólo el primero podía coincidir con la ausencia de libertad.

No obstante, reconozcamos que hoy se vive con el sentimiento del determinismo: el hombre no actúa libremente, sino condicionado por factores que lo mueven y que no puede superar volitivamente: las acciones nos vienen impuestas por nuestra naturaleza; lo consciente está dominado por lo inconsciente. Por lo tanto, no respondemos de nuestros actos porque los podemos elegir, sino porque al actuar hemos introducido variables en la normalidad, que tienen que ser eliminadas para que ésta siga su curso.

Claro está que admitida la idea determinista como guía ineludible de nuestras acciones y, por ende, como apoyo de nuestra responsabilidad, la cuestión no puede

quedar terminada sin contestar a la siguiente pregunta: ¿implica realmente la idea determinista desechar totalmente la libertad del hombre? Muchos creen que sí: dentro del determinismo "para salvar la noción de responsabilidad individual (basada en la libertad individual) habría que llegar... a admitir que se es responsable por los cromosomas", dice Rostand. Otros, como lo hace Bernard, sostienen que el determinismo científico nada dice contra la libertad del hombre en el plano filosófico, que el naturalista más determinista puede ser un acérrimo librearbitrista, ya que lo que elimina la libertad del hombre es el determinismo filosófico, no el científico. Pero esa separación de *consideraciones* (o planos) no convence a todos y no faltan, por tanto, quienes aspiran a un compromiso entre libre arbitrio y determinismo sin acudir a esa bifocalidad; el hombre puede estar determinado en cuanto está sujeto a innumerables determinismos (psicológicos, biológicos, etc.), pero "existe libertad de escoger entre los determinismos, el que es humano", y por medio de este criterio de la libertad como posibilidad de elegir entre acciones determinísticamente condicionadas (Chauchard), se mantiene la idea de libertad dentro del sentimiento de que el actuar humano está determinado.

Pero estos planteamientos no son del todo útiles en el derecho, puesto que, mientras la proyección jurídica de la acción dependa tanto de un criterio de posibilidad *moral*, como de un criterio de posibilidad *física* y a éste se le otorgue un sentido más o menos amplio, el derecho no puede conformarse con un puro criterio filosófico de libre arbitrio, ya que su cálculo incluye también, como dijimos, las posibilidades físicas o naturales.

Por otro lado, de lo que hemos expuesto en los párrafos anteriores, se sigue que la cuestión del libre arbitrio no es un problema para todo el derecho, sino para una parte de él: aquel que tiene una estructura pa-

recida a la del orden normativo moral. Sigue siendo problema para el derecho penal (de pena) que, en el fondo, como hemos visto, en algún aspecto tiene el carácter de una moral juridizada, y como la moral sin libertad deja de ser moral, tampoco ese derecho se puede pensar sin ella. Pero ni es un problema para el derecho que sólo por extensión solemos llamar penal, en que la sanción no es tal, sino una medida de otro carácter, ni lo es para el derecho civil, en el que la responsabilidad es perfectamente conformable dentro del determinismo más estricto.

43. LA ANTIJURIDICIDAD

De lo que hemos dicho se infiere lo mucho que tienen que ver, en la consideración de la responsabilidad, las designaciones normativas. Pero, mientras en el derecho civil, en principio es suficiente que esas designaciones proporcionen los datos de selección de los procesos o factores causales condicionantes, en el derecho penal esas designaciones tienen que atender, además, a la interioridad del sujeto que realiza la acción.

Pero también aquí se ha querido acuñar un concepto de antijuridicidad (como lo contrario a derecho), que fuese común a lo penal y a lo civil. No ha dejado de influir para ello la gran dosis de claridad instrumental que introdujo en el tratamiento del delito la teoría jurídica estructural (a partir de Beling, aproximadamente) y que los alemanes primero y después en otras latitudes (entre nosotros Orgaz y luego Mosset, asumieron el papel de precursores) transportaron al derecho civil en materia de responsabilidad extracontractual, lo que si bien tiene mucho de positivo (por ejemplo, permitir el empleo de un lenguaje común), pudo haber ocultado o deformado las diferencias entre las distintas teo-

rías. Y si alguna vez se forzaron los esquemas penales para acomodarlos a los civiles (piénsese, por ejemplo, en la presunción de dolo), hoy casi se puede decir que ocurre lo contrario.

Es indudable que para que una conducta funcione como presupuesto de la pena tiene que ser antijurídica, es decir, contraria al derecho, conformarse en desacuerdo con su proyecto. Por supuesto que tal concepto de antijuridicidad puede ser llenado con los más variados contenidos, y en realidad, toda discusión sobre el carácter y los límites de la antijuridicidad implica un debate sobre los contenidos del derecho, pero eso es otra cuestión. Lo que aquí nos importa es destacar que es imposible pensar en una antijuridicidad no referida a una conducta, que no constituya una caracterización o adjetivación de ella.

Sin embargo, en el derecho civil este criterio de antijuridicidad se ha ido desdibujando al mismo ritmo con que se ha ido desplazando a la conducta como factor exclusivo de responsabilidad. La responsabilidad por el daño no siempre se asigna ya a una conducta antijurídica, sino muchas veces a una conducta en sí perfectamente jurídica o a situaciones que muy indirectamente tienen que ver con conductas —como ocurre en la teoría del riesgo—, y aunque en estos últimos casos algunos civilistas hablan de *antijuridicidad del daño*, emplean entonces un concepto de antijuridicidad que nada tiene que ver con el propio, es decir, con el concerniente al derecho como proyecto de conductas obligatoriamente debidas. El concepto de daño es un concepto prejurídico que no se puede valorar normativamente (Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, III) y que, por lo tanto, no puede ser calificado de jurídico o antijurídico.

Lo cierto es que en el derecho civil el concepto de antijuridicidad ha entrado en quiebra. Y en unión con

principios que dan tono a la actual reglamentación reparatoria, lanzada en pos del equilibrio de intereses, sin mayores referencias (o sin ninguna referencia) subjetivas de los factores productores del desequilibrio (por ejemplo, extensión del concepto de lesión grave, abuso, etc.), produce consecuencias de enorme importancia práctica.

Precisamente ha sido esa quiebra del concepto unitario de antijuridicidad –no siempre advertida– una de las razones facilitadoras de la amplia recepción de la llamada responsabilidad objetiva en el derecho civil, como ocurre en las tantas veces mencionada teoría del riesgo, donde la razón de ser de la reparación se apoya, precisamente, en la actividad lícita, en el uso normal de las cosas, puesto que cuando se trata de su uso anormal, salimos de los fundamentos objetivos para reducirnos a resolver el caso con los subjetivos.

Por otro lado, en el terreno de la práctica, se nos aparece como axioma ya superado aquello de la *unidad de la antijuridicidad en la totalidad del ordenamiento jurídico*, que lleva a negar, en todos los casos, la procedencia de la reparación del daño cuando se lo había producido mediante una actividad realizada en una situación justificada. Con la conformación actual de las condiciones de la responsabilidad civil y la inoperabilidad (aunque sea relativa) del concepto tradicional de antijuridicidad en ella, es absurdo que quien haya sufrido el daño, tenga siempre que conformarse con soportarlo, a fin de que otro no lo sufra. Por ejemplo, ¿por qué el que sufre un daño que le produce un tercero que actúa en estado de necesidad, tiene que admitir pasivamente el detrimento de sus bienes, si es que el dañador, al perpetrar aquel daño, ha podido preservar la integridad de los suyos? Aunque no haya mediado ni abuso ni enriquecimiento de parte del agente del daño, la solución no parece correcta.

Insistamos un poco más en la inoperabilidad del concepto tradicional de antijuridicidad en algunos sectores del derecho.

Como lo adelantamos, de una acción realizada se dice que es antijurídica cuando no corresponde a la acción proyectada por el derecho.

Por consiguiente, en un derecho de puro hecho, que no acepte la ley como proyecto de acciones futuras, no se puede incluir la relación juridicidad-antijuridicidad como principio clasificatorio, no tendría ella ni sustento ni finalidad alguna. Ocurre lo mismo que en una *moral sin dogmas*: si faltan conceptos morales objetivos, no pueden existir conductas morales o inmorales.

Pero aun en el derecho-ley la antijuridicidad está dejando de ser, como dijimos, un concepto estructural común a todo el derecho. La antijuridicidad no puede ser pensada, como vimos, al margen de una referencia a conductas, y no se la puede construir teóricamente más que como presupuesto de la sanción-pena; si la sanción-pena no puede ser otra cosa que la consecuencia de una conducta antijurídica, la antijuridicidad no tendrá objeto más que como presupuesto de esa consecuencia. Y como la sanción-pena no es consecuencia común a todo lo jurídico, he ahí nuevamente por qué la antijuridicidad es concepto sustancial para un sector de lo jurídico, para aquel cuya normatividad remite la última parte del juzgamiento de la acción realizada a la imposición de la sanción-pena, o sea, el que para proyectar la conducta debida proyecta la sanción para las conductas que discrepen en un futuro de aquélla, o sea, para el derecho penal en sentido propio; pero nada tendrá que ver, en principio, con los sectores en que el derecho no opere de esa manera.

Agreguemos algo sobre las razones por las que la antijuridicidad carecerá de finalidad si no se la adscribe al concepto de sanción-pena. En realidad, el con-

cepto de antijuridicidad ha sido concebido como uno de los extremos de la justificación teórica de aquel otro concepto. Lo explica Soler en *Las palabras de la ley*: el individuo, frente a la norma, puede adoptar una actitud de acatamiento o una actitud de negación; en un caso adecua su acción al proyecto normativo, en el otro acciona apartándose del proyecto, es decir, por medio de la realización de su acción niega el contenido *político* de la norma; por lo tanto, en este segundo caso, produce la afirmación de su voluntad individual contra lo que la sociedad quiere y que, en tal carácter, ha significado normativamente. La acción desplazada del proyecto normativo no es, en consecuencia, la acción del hombre-sociedad, sino la acción de un hombre-individuo; es la acción de "un solitario", de un hombre sin las notas de humanidad; es, pues, "por necesidad una acción defectuosa... carece de un componente del cual nada externo e interhumano puede carecer, esto es, carece de sociabilidad". Por lo tanto, "el derecho cumple su función integradora, agregando a la acción el elemento que faltaba bajo la forma de sanción", puesto que "si la acción es social por necesidad, si ésta es la naturaleza particular y propia de la acción, el elemento de *polis* tiene allí que aparecer para integrarla", y lo hace "bajo la forma de sanción, esto es de reafirmación del elemento colectivo, social y político, cuya negación hace del crimen una acción mutilada", y por esa vía, agrego yo, insufla al autor solitario la nota de humanidad que le ha faltado al actuar.

Pero, aceptemos o no esta idea kantiana y hegeliana de sanción, u optemos por mirar a ésta como el medio de reeducación en la *libertad de elegir el determinismo más humano*, dentro de todos los determinismos que condicionan las acciones humanas, no podemos dejar de lado el amplísimo sector del derecho que hoy se construye sin apelar al concepto de antijuridicidad,

que está compuesto de mandatos que son adscripciones de responsabilidad que no requieren la necesidad del juzgamiento *para imponer sanciones*. Y que en ellos ya no podemos pensar que se trunca el derecho porque el mandato sin sanción nada tiene de jurídico —es la “campana sin badajo”—, en cuanto tenemos allí normas proyectivas que no son propiamente un proyecto de acciones, sino de asignación de efectos en situaciones y que, por tanto, no requieren la calificación de jurídica o antijurídica de aquéllas. Quizás sintamos emocionalmente esos efectos como sanciones, porque nos pesan como cargas, pero carecen totalmente de ese carácter.

En estos últimos supuestos, como lo adelantamos, puede ocurrir que realicemos una acción perfectamente coincidente con normas proyectivas, o acciones en nada contrarias a ellas por ausencia de proyecto, y, sin embargo, la inserción en aquélla de circunstancias extrañas a nuestra conducta, nos hagan cargar con determinadas consecuencias. Cuando hemos practicado nuestra acción, ella pudo ser social o políticamente *perfecta*, pero en virtud de esas circunstancias exteriores, que se han entremezclado en su desarrollo, se pudo tornar políticamente *imperfecta*; entonces, para perfeccionarla, el derecho no acude a la sanción, sino que me hace completar la acción con la que llegó a faltarle para perfeccionarla. Ésta es la característica de la responsabilidad objetiva, por razones de equidad, de cargas laborales, etcétera.

Volviendo a algo ya dicho: sin duda que un derecho de responsabilidad sin antijuridicidad no dejará de producirnos una ruda sensación de *injusticia* en cuanto nos toque personalmente, puesto que nos será muy difícil aceptar la carga de responder por efectos de una acción que asumimos jurídicamente; pero lo que ocurre es que allí la norma opera proyectando *condiciones* de

responsabilidad, según las cuales nos arriesgamos a que nuestra acción perfecta se torne imperfecta; todos los casos de responsabilidad objetiva son casos de responsabilidad *condicionada*: se hace efectiva si se dan ciertas condiciones extrañas a la acción en sí.

44. CAUSALIDAD

Desde el momento en que se comenzó a individualizar la responsabilidad, tuvo el hombre que preocuparse de la causalidad en el derecho.

Durante un tiempo debió de bastar un concepto físico de causalidad que se hizo coincidir con su idea filosófica; en virtud de aquel concepto y de esta idea se elaboró un concepto jurídico, válido para todo el derecho, y que se concretó en el criterio o teoría de la *equivalencia de condiciones*.

Pero la evolución del derecho fue mostrando que aquel criterio bloqueaba el principio de subjetividad y de voluntad final que se proponía como fundamento de la responsabilidad. Entonces comenzó a pensarse en términos de *causalidad jurídica*, no tanto como en un concepto distinto, sino como limitación de la comprensión físico-filosófica antes expresada, con el objeto de proporcionar un proceso causal que se detuviese formalmente dentro de un marco de sentido común, aunque sin extraerlo del plano objetivo. Pero al ser impuesta esa nueva actitud por el avance de la subjetividad en el derecho, las limitaciones a la causalidad se determinaron teniendo en cuenta las posibilidades interiores del sujeto (el alcance de su conocimiento, sus facilidades de previsión, etcétera). Se produjo entonces una aguda confusión de planos que, entre nosotros, pone de manifiesto Zaffaroni, obviándose distinguir la causalidad como fenómeno físico, el conocimiento de la causa-

lidad por el sujeto y el relevamiento jurídico de la causalidad.

Así, por ejemplo, teorías como la de la *causalidad adecuada*, a lo que en resumidas cuentas tienden es a restringir jurídicamente el proceso causal, teniendo en cuenta el alcance de la previsión del hombre, con lo cual se ve que sólo refieren a una causalidad *de conducta*. Por lo que es bastante raro que algunas legislaciones civiles, como la argentina, llegue a consagrar el contenido de una de esas teorías, precisamente cuando la responsabilidad civil se distancia de la conducta como factor ineludible o preponderante.

En el derecho civil, en el que la responsabilidad se objetiviza cada vez más, es innecesario acudir a imponer límites estrictos a las nociones físicas de causalidad; en principio, el que causa responde. Pero en derecho penal, donde la responsabilidad sigue siendo eminentemente subjetiva, sólo debe responder el que causó a sabiendas de que causaba o que podía causar, aspecto este último que no pertenece al plano de la causalidad física.

Eso explica por qué la doctrina penal pugna hoy por distinguir entre causalidad e *imputación objetiva del resultado*, puesto que no toda relación entre acción y resultado debe ser “siempre de naturaleza causal” y la relación causal no basta “siempre para poder afirmar la responsabilidad jurídico penal del autor”, motivo por el cual “la doctrina actual subraya... con razón, la independencia y, en su caso, incluso preferencia del baremo jurídico que representa la imputación objetiva frente a la categoría científico-naturalista de la causalidad” (Jeschek, *Tratado de derecho penal*, I), pero, aunque para algunos, éstos son supuestos excepcionales, para otros es posible considerar la causalidad como concepto que viene sobrando en el derecho penal (muy cerca de esto está Roxin).

Es algo que produce cierta perplejidad advertir cómo mientras en materia de responsabilidad la ciencia del derecho tiende a la aceptación de un sentimiento determinista, en materia de causalidad se da una fuerte tendencia a liberarse de sus imposiciones físicas.

Ya hemos señalado que en el panorama de las ideas se producen movimientos masivos, se engendran sentimientos que llegan a imperar con abrumador absolutismo en toda una época y que, paulatinamente, se van extendiendo por todos los horizontes del conocimiento; también hemos señalado que —al contrario de lo que ha ocurrido en otro tiempo— hoy las ideas directrices tienen su principal origen en el campo de las ciencias físicas y naturales, y desde allí se han pasado al de los objetos culturales.

Y entre otras crisis, nuestro siglo está signado por la crisis del principio de causalidad, en la que se debate el concepto de causalidad *natural* que gobernaba al mundo físico de Galileo y Newton. Aunque sea difícil afirmar con certidumbre que esa crisis haya comenzado en los dominios de la física cuántica, por lo menos en ellos es donde ha encontrado sus definiciones más precisas, sobre todo a través de los pensamientos de Bohr y Heisenberg, que no sólo reducen “toda la física a la probabilidad”, sino que otorgan “a esta noción un sentido completamente nuevo en la ciencia”, ya que “mientras todos los grandes maestros, desde Laplace hasta Henri Poincaré, proclamaron siempre que los fenómenos naturales están determinados y que la probabilidad, cuando se introduce en las teorías científicas, resulta de nuestra ignorancia o de nuestra incapacidad para seguir un determinismo demasiado complicado, en la interpretación actualmente admitida de la física cuántica se trata de la *probabilidad pura*, que no resultaría de un determinismo oculto... (sino que) sería la contingencia pura” (Lois de Broglie). En general, son

muchas las adhesiones a estas ideas, pese a la desconfianza de sabios de la importancia de un Einstein.

La idea de la probabilidad pura como suplantadora de la causalidad se ha extendido a las ciencias humanas, incluyendo el cálculo físico del derecho, pese a los matices que aquí adquiriera por los particulares fines de dicho cálculo.

E) CONOCER EL DERECHO

45. LAS CONGRUENCIAS FILOSÓFICAS DEL DERECHO

Es muy difícil que encontremos un sistema normativo positivo que se muestre totalmente coherente con una determinada fundamentación filosófica, sobre todo en cada una de sus consecuencias prácticas. Porque una cosa es pensar el derecho teóricamente y otra proyectarlo para actuarlo; la acción proyectada no siempre puede corresponder completamente a la teoría. En el pensamiento, teóricamente planteado, las consecuencias son sagradas, pero la realidad de todos los días, a la que debe atender el derecho, jamás se conforma con *un* sistema de pensamiento, por más perfecto que se presente. Nos guste o no, tenemos que aceptar que el legislador tiene un cierto derecho a la incongruencia: cualquier principio general teórico puede verse negado por las necesidades que plantea la realidad.

Si el mundo jurídico es un mundo de pensamiento que formula proyectos para insertarse en la realidad, para que su proyección resulte medianamente operativa no podrá dejar de considerarse aquella posibilidad. En verdad los pueblos con genialidad jurídica fueron los que aprendieron a mirar con cierta incredulidad la posición contraria; en otras palabras, los que

admitieron que no todas las soluciones de los conflictos de los hombres en sociedad pueden responder vertebralmente a principios teóricos mantenidos a todo trance. Las variables sociales se transforman en variables políticas y el teórico del derecho tiene que tener la suficiente capacidad para comprender este historicismo.

Un moderado escepticismo sobre las posibilidades de supervivencia de los principios es, por otra parte, la actitud más apta para que en el terreno de la práctica, ni el legislador ni el juez se quiebren la cabeza tratando de conseguir compaginaciones imposibles, corriendo tras de soluciones que les exigen las necesidades imperiosamente inmediatas que no pueden alcanzar con los instrumentos que les brindan los principios a que intentan responder.

46. ESCUELAS Y CIENCIAS JURÍDICAS

Algo de lo anterior, aunque más limitadamente, podemos aplicar a la ciencia del derecho. No sería, en principio, una exigencia absoluta de ella atarse estrictamente a sistemas escolares rígidos. Hacerlo podría redundar, muchas veces, en una infecunda obsolescencia de los criterios de aplicación del derecho que proporcione.

Por supuesto que las bases del ideario jurídico que da pábulo a una escuela, tienen que influir decisivamente en la estructura de la teoría científica, pero ello no significa que siempre se imponga seleccionar una determinada estructura rechazando toda otra. Por lo común los idearios tienen suficiente capacidad para recepcionar en su seno distintas direcciones científicas, sin mengua de sus fundamentos. Por ejemplo, el *culturalismo penal* puede admitir en su seno al *normativismo*

y al *finalismo*, cada uno de los cuales promueven una distinta estructura científica para el estudio del delito. Y nada digamos si el ejemplo que se propone es el del iusnaturalismo, a cuya inmensa prole ya hemos hecho referencia.

Un sistema filosófico entraña la necesaria exclusión de cualquier otro, pero dos sistemas científicos pueden arrancar de un mismo sistema filosófico y un mismo sistema científico puede recibir aportes de dos o más sistemas filosóficos sin devenir incoherente. Si en derecho no admitimos esto, muchos de los conceptos que empleamos para manejarnos en él, pueden quedar truncos.

Así, por ejemplo, no es del todo inteligible la razón por la que la teoría científica de la pena tenga que pagar tributo a una opción de hierro entre el utilitarismo y el retribucionismo, fundando el uno en un completo desprecio del concepto de culpabilidad y partiendo en el otro exclusivamente de ese principio; la pena puede ser perfectamente utilitaria desde el punto de vista de la sociedad, pero puede ser retributiva respecto del sujeto a quien se la impone; así como el principio de culpabilidad no es por sí solo suficiente para justificar la aplicación de la pena, el utilitarismo, por sí solo, podrá justificar una larga serie de medidas coactivas, pero no la pena en cuanto ésta, en el orden social práctico, no es reparación de lo que fue, sino evitación de lo que será. A ello ha respondido la moderna distinción entre el fin de la pena y el fin de la ejecución penal como respuestas a la necesidad de descomprimir los diagramas científicos, extrayéndolos de envases escolares rígidos.

En lo que hay que tener cuidado es en no llevar a la ciencia la contradicción de dos sistemas incompatibles. Yo no creo por ejemplo, que sea posible compatibilizar una ontología realista con un procedimiento interpretativo engendrado dentro de los límites forma-

listas, como puede ser el de la jurisprudencia de conceptos; o la ética kantiana con una gnoseología fenomenológica.

47. CIENCIA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA

Para quien no cree en el derecho como conjunto de normas abstractas, sino que lo quiere ver como un puro hecho, la ciencia del derecho no tendría por qué plantear problemas epistemológicos graves: bastaría con aplicarle los procedimientos de las ciencias humanas de hechos, de la sociología, de la psicología, etcétera. Esos problemas serán gravemente acuciadores para los que conciben el derecho como norma general abstracta, prefigurativa de acciones y, por supuesto, también para los que creen que además de otras cosas, es norma. ¿Cómo habrá que tratar *científicamente* esas normas para que el intérprete pueda interpretarlas, es decir, aplicarlas a las acciones realizadas?

Cuando nos referimos a la interpretación indicamos ya algunos de los hitos de este problema; especificaremos ahora algunas cuestiones más particulares de la ciencia del derecho en cuanto *dogmática*, es decir, en cuanto ciencia que trata de las normas jurídicas, ciencia que, al igual que la teología, no puede desprenderse del *libro de la ley*, para emplear la expresión de Russell.

Es que, en realidad, esas cuestiones no se alejan mucho de las de la interpretación: la ciencia del derecho, sin ser una interpretación en sentido propio (interpretación particularizadamente aplicadora), es un paso preparatorio para ella; aunque sus finalidades no sean exactamente las mismas (la ciencia del derecho es *teoría*, la interpretación es *práctica*, mejor dicho, *arte*), sus procedimientos se asemejan mucho (no en vano se habla, aunque impropriamente, de una *interpretación doctrinaria*).

Pero el problema epistemológico inicial corre dentro de los mismos cauces: los que arrancan del derecho-ley, o sea del derecho considerado como sistema normativo, no pueden concebir que la ciencia del derecho sea conocida del mismo modo por los que parten de un derecho que no es ley, o que puede ser más amplio que la ley, porque el objeto de conocimiento es distinto para unos y otros.

Para los primeros el conocimiento propio de la ciencia del derecho no es un conocimiento *predicativo* (la expresión la tomé de Soler) o *descriptivo*. En éste el sujeto está separado del objeto que se mueve frente a él, mostrándole sucesivamente nuevos aspectos: ese conocimiento tiene, pues, una secuencia posible de aumento teóricamente infinita. En el conocimiento jurídico se advierten dos características: en el plano de la práctica el sujeto se va moviendo junto con el objeto, en cuanto éste está formado por el proyecto de las acciones de aquél; en el plano de la teoría trátase de un conocimiento determinadamente finito: termina con la captación de las notas que califican la figura abstractizada por la norma. En tanto que la ciencia del derecho como *dogmática* sólo opera con dicho conocimiento, los que ven el derecho compuesto por otros ingredientes distintos de las normas, admiten que esa ciencia integre ambos conocimientos: el jurídico y el predicativo o descriptivo.

A la vez, tenemos que considerar otra distinción respecto del método de la ciencia del derecho, que aunque a veces se corresponde con la anterior, no siempre coincide con ella: mientras unos la elaboran con un método que comienza siendo inductivo y termina siendo deductivo, otros sólo plantean como posible el método deductivo.

El positivismo jurídico, el formalismo, la jurisprudencia de conceptos, el sistemativismo soleriano, etc., conciben una ciencia jurídica inductiva que, sin salir

del sistema normativo, vuelve críticamente después sobre él, empleando la deducción. Los preceptos legales son el material desde el cual se inducen los principios o conceptos generales (que no pueden superar las notas finitas prefijadas en las abstracciones de aquéllos), los que, a su vez, delinean el marco y la trama del sistema, es desde el que se vuelve sobre los preceptos para poder captar el sentido práctico de ellos.

Por supuesto que los realismos integrativistas recurren a ambos métodos: con el inductivo trabajan también sobre *hechos* que pueden estar fuera de la ley para formular con ellos los principios, a partir de los cuales, aplican la crítica deductiva para dar las soluciones de los casos particulares.

Por el contrario, todos los iusnaturalismos (aun los que se precian de ser realistas), son puramente deductivistas: los principios vienen dados, son recibidos y aceptados, y es en base a ellos como se realiza la tarea crítica de los preceptos que regulan los casos particulares, que, como vimos, es la labor específica de la ciencia jurídica.

Pero tanto los neiusnaturalismos como los realismos actuales de cualquier cuño, coinciden en lo que puede señalarse como la tendencia de hoy de asignar un amplísimo espectro al objeto de la ciencia del derecho, ya no concibiéndola como dogmática, sino también como ciencia de hechos (sociológicos, psicológicos) y de doctrinas axiológicas (fines políticos extrasistemáticos). Mucho ha tenido que ver en la preeminencia de esta tendencia la amarga experiencia de una dogmática ciega que aceptó la ley de regímenes no jurídicos, es decir, que transigió con la elaboración científica de los no-derechos, lo cual sensibilizó demasiado a los juristas, haciéndoles ver sombras negras en toda dogmática.

El ejemplo más claro de cómo aquélla es respuesta, a veces desmesurada, a esa dura experiencia, lo tene-

mos en la hoy llamada *ciencia política*, que aunque no ha expulsado de su seno a la teoría jurídica del Estado, corre ahora en busca de principios trascendentes a los sistemas jurídicos, que nada tienen de *normativos*, en sentido jurídico (pese a que esa expresión la emplean algunos para designarlos), sino que son principios éticos o, en general axiológicos, que operan como límites de la juridicidad, y que, además, no renuncia a conocer descriptivamente los fenómenos sociológicos del poder, sus desarrollos y proyecciones prácticas (ver p.ej., Sonthheimer, *Ciencia política y teoría jurídica del Estado*).

Y si en esta ciencia jurídica de hoy no deja de hacerse dogmática, se trata de una dogmática *interesada* (la expresión es utilizada por las modernas corrientes), no aséptica (intrasistemática), sino con finalidades críticas, eventualmente correctora de la ley sobre la base de conocimientos extrasistemáticos. El giro más franco en este sentido lo muestran las repercusiones que en la ciencia jurídica asume la denominada *teoría crítica de la sociedad* (Adorno, Marcuse etc.): si en la sociología la teoría pretende conmover las *leyes sociales* para provocar cambios voluntariamente proyectados, en derecho se trata de hacer una *dogmática política*, interpretando la norma de modo que sirva al cambio social. Reconozcamos, sin embargo, que son corrientes *escolares*, porque el grueso de la ciencia jurídica continúa elaborándose acudiendo a los expedientes dogmáticos sin salir del sistema normativo.

Por eso la crítica más certera que se formula a la ciencia del derecho (aunque antes también la merecía), es la relativa a su pretensión (declarada u oculta) de constituirse en guía del legislador, cuando su función es la de servir de guía al juez.

Por lo menos la ciencia del derecho como dogmática, cuando se plantea como criterio *de lege ferenda*, propugna una ley que sirva a sus conceptos, cuando, en

verdad, todos ellos son conceptos *dogmáticos* que tienen que operar sólo como instrumentos para la aplicación de la ley, que deben servir, no ser servidos. La ciencia del derecho deja de serlo cuando pretende superar su condición de ser criterio *de sententia ferenda*.

Cuando el que hace ciencia del derecho como dogmática confunde los planos, hace ingresar en la misma teoría jurídica principios filosóficos que sólo pueden funcionar como criterio *de lege ferenda*, que, evidentemente, condicionan indebidamente las soluciones.

48. LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL GRITO DE LA MODA

Quizás tomando un sector de la ciencia del derecho podamos visualizar estas evoluciones. Seleccionamos la del derecho penal, tanto porque ya hemos visto que ese derecho ha servido de ejemplificación asidua a la reflexión jurídica, como porque es la que se mueve con mayor rapidez por su cercanía a necesidades sociales de gran urgencia.

Un poco arbitrariamente —porque no se trata de una evolución lineal muy clara—, podemos decir que la ciencia del derecho penal, desde el siglo XIX, ha pasado por las etapas de un iusnaturalismo bastante *dogmático* (como fue, por ejemplo, el de Carrara), de un *cientificismo naturalista* (el positivismo) que, en verdad, renunciaba a ser ciencia del derecho para sustituirla por una ciencia de la ocurrencia anómica (en lo que fracasó rotundamente, porque nunca salió de la calificación delictual con origen normativo), más tarde de una dogmática estrictamente formalista con gran despliegue de positivismo jurídico (que, por supuesto, agotaba la indagación de la ciencia en el sistema jurídico), que trató de ser corregida por corrientes autodenominadas *normativistas*, relativamente proclives a la admisión de

ciertos criterios de la jurisprudencia de intereses, poniendo atención sobre la preponderancia interpretativa de los bienes jurídicamente protegidos, pero que no alcanzó a quebrar la férrea estructura de aquel positivismo, como tampoco lo consiguió el realismo de base filosófica asumido por el *finalismo* (teoría de la acción finalista).

Sin embargo, poco a poco la corriente realista fue ampliando la base extrajurídica de la ciencia del derecho penal, hasta llegar a conseguir la proposición de una ciencia ultrapolitizada, que es la obra que está realizando la denominada *criminología crítica*, como desprendimiento de la teoría crítica de la sociedad o sociología crítica, de la cual es menester dar una noticia más circunstanciada por la curiosidad que ha despertado últimamente en la literatura latinoamericana.

La *criminología crítica* es concebida (por los que la propugnan) como superación del magro realismo que se introdujera en la dogmática por medio de la unificación del concepto filosófico de acción con el concepto jurídico-penal de ella (Welzel, Maurach, etcétera). Así la piensa Roxin. También es vista como concreción de una ampliación del objeto de la ciencia penal, siendo ésta la dirección que se ha propuesto seguir la *escuela italiana*, representada por Baratta y, en general, por el grupo de Bologna y que realiza una activa labor de difusión por medio de publicaciones periódicas como *La Questione Penale* y ahora *Dei Delitti e Delle Pene*.

Pero una y otra dirección politizan al máximo la ciencia del derecho penal. La reconstrucción sistemática de la ley sigue siendo objeto de ella, pero el sistema normativo se examina desde fuera de él; justamente, la crítica proporcionada por ese examen externo es la que aporta los elementos para construir la nueva teoría jurídica del delito; los caracteres de éste ya no dependen de las inducciones basadas en las abstracciones

normativas, sino de las necesidades políticas que se le planteen al sistema (por ejemplo, el tipo es un *accidente* que sólo sirve para operar el principio de legalidad, históricamente contingente; la antijuridicidad es la versión teórica de la decisión político-sociológica por medio de la cual se resuelven los choques sociales; los límites de la culpabilidad no son *per se*, sino que dependen de la oportunidad política de aplicación de la pena, etcétera).

La criminología crítica no desecha el empleo del procedimiento técnico-jurídico de la ciencia penal dogmática tradicional, pero lo hace con una finalidad política, partiendo de los lineamientos, sociológicamente abiertos de la Constitución, para construir un nuevo "método de entender las categorías del derecho penal" (Bricola), aunque reivindica la tarea de prefijación de principios políticos que tienen que condicionar la misma accessis de conocimiento; en este sentido se menciona el principio de protección de las clases subalternas, o de la política criminal del movimiento obrero, con lo cual permite la acusación de que es un iusnaturalismo más y también algunas críticas, políticamente más duras, como la que muestra su acercamiento metodológico a la "forma de razonar de la escuela de Kiel" (Zaffaroni).

Las nociones epistemológicas de esta criminología crítica no son, en realidad, muy novedosas. Como muchos *realismos iusnaturalistas*, propugna una ciencia del derecho que no se limite a ser guía del juzgador-interpreté, sino del legislador o del juzgador-legislador, pero, por distintas circunstancias —entre otras, las formas literarias con que hace su exposición— se presenta como algo nuevo, que, como toda novedad, cautiva a muchos.