

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/294427706>

# FILOSOFÍA del DERECHO de JORGE MILLAS.

Book · May 2012

---

CITATIONS

0

READS

26,792

1 author:



[Juan O. Cofré-Lagos](#)

INSTITUTO de CHILE

147 PUBLICATIONS 50 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Currently, I am also working on a project in the subject of "Democracy and Legitimacy", stating and proving that legitimacy is a consequence of rationality and morality.

[View project](#)



Perfectionism, and New Natural Law Theory [View project](#)



# Filosofía del derecho

**JORGE MILLAS**

Comentarios, notas y edición de Juan O. Cofré

COLECCIÓN PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO



JORGE MILLAS nació en Santiago de Chile en 1917. Fue profesor y director del Departamento Central de Filosofía y Letras de la Facultad de Filosofía y Educación de la Universidad de Chile, institución en la que enseñó gran parte de su vida, hasta 1975 cuando renunció a sus clases de Filosofía del derecho. Desde 1972 y hasta 1980 fue decano de la Facultad de Filosofía y Ciencias Sociales de la Universidad Austral de Chile en Valdivia. Entre sus libros destacan *Idea de la individualidad* (1943, reeditado por Ediciones UDP en 2009), *Goethe y el espíritu de Fausto* (1948), *Idea de la filosofía. El conocimiento* (1969) e *Idea y defensa de la universidad* (1981). Falleció en Santiago el 8 de noviembre de 1982.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Jorge Millas

© Jorge Millas, 2012

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2012

ISBN: 978-956-314-160-3

Universidad Diego Portales

Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 676 2000

Santiago – Chile

[www.edicionesudp.cl](http://www.edicionesudp.cl)

Edición: Juan O. Cofré

Diseño: Juan Guillermo Tejeda + TesisDG

Fotografía de portada: Esteban Scarpa / Colección Archivo del  
Escritor. Biblioteca Nacional de Chile

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.

NOTA A LA EDICIÓN:

**Hemos respetado las formas estilísticas y gramaticales originalmente  
usadas por el autor.**

# Filosofía del derecho

---

Jorge Millas

Estudio preliminar, notas y edición  
de Juan O. Cofré

COLECCIÓN PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO



# FILOSOFÍA DEL DERECHO

Jorge Millas

Introducción, notas y edición de  
Juan O. Cofré-Lagos

## ÍNDICE

### **PRESENTACIÓN**

#### **INTRODUCCIÓN**

Idea de filosofía de Millas  
Kant y Millas  
Husserl y Millas  
Kelsen y Millas  
Ihering y Millas  
Idea de la filosofía del derecho de Millas  
Sobre la esencia del derecho  
De lo ontológico a lo axiológico  
De las normas al derecho

### ***PRIMERA PARTE***

#### **FUNDAMENTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

#### **INTRODUCCION**

##### **Capítulo I: MISION DE LOS ESTUDIOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO**

1. Experiencia y saber
2. Experiencia y racionalidad
3. Racionalidad y racionalismo
4. Saber práctico y saber teórico
5. Grecia y la creación de la ciencia racional
6. Acción y comprensión

##### **Capítulo II: LA FILOSOFÍA Y LA ACTITUD FILOSÓFICA**

1. Filosofía del derecho y filosofía general
2. El prejuicio antifilosófico
3. La filosofía como ejercicio del pensamiento en el límite
4. La filosofía como saber total radicalmente fundado
5. El sistema de las disciplinas filosóficas

### Capítulo III: **CIENCIA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

1. Ciencia del derecho
2. La primera clase de proposiciones científicas en ciencias jurídicas
3. La segunda clase de proposiciones científicas en ciencias jurídicas
4. Los problemas de ciencia jurídica en sentido estricto
5. La ciencia jurídica en sentido lato
6. Sobre el carácter dogmático de las ciencias jurídicas
7. Ciencia del derecho y vida del derecho
8. La posibilidad de la ciencia jurídica
9. Los problemas de la filosofía del derecho
10. El problema de la esencia del derecho
11. El problema de los conceptos y principios formales del derecho
12. El problema de los valores y de los principios materiales del derecho
13. El problema del ser del derecho
14. Conclusiones

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL PROBLEMA DE LA ESENCIA DEL DERECHO**

#### Capítulo IV: **DERECHO Y CONDUCTA**

1. El sentido de la pregunta sobre la esencia del derecho
2. El primer problema relativo a la esencia del derecho
3. Las normas como objeto de la pregunta por el derecho
4. El punto de vista egológico
5. Normas jurídicas y conducta jurídica

#### Capítulo V: **TEORIA DE LA NORMA JURIDICA; EL *DEBER SER* JURIDICO**

1. Norma y lenguaje
2. Normas y proposiciones
3. Los sentidos diversos del *deber ser* normativo
4. Normas prácticas
5. Normas de trato social o de urbanidad
6. Normas éticas
7. El análisis de Husserl
8. Interpretación empirista del *deber ser*
9. Normas técnicas
10. La norma de derecho y el problema del *deber ser* jurídico
11. Normas de derecho y juicio normativo de valor
12. Legalidad e ilegalidad como valores
13. El sentido del *deber ser* jurídico



## Capítulo VI: **TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA: ESTRUCTURA LÓGICA DE LA PROPOSICIÓN JURÍDICA**

1. Norma de derecho y ley de la naturaleza
2. El verdadero sentido de la proposición hipotética en derecho
3. Norma y sistema de normas
4. Norma primaria y norma secundaria
5. La proposición compuesta
6. Proposiciones disyuntivas e hipotéticas
7. Carácter compuesto de la proposición jurídica
8. La norma jurídica como conjunción de dos hipótesis

## Capítulo VII: **EL ORDEN NORMATIVO**

1. Las normas jurídicas y el orden normativo del derecho
2. Juridicidad y validez de las normas jurídicas
3. Validez originaria y validez derivada
4. Ámbitos de validez de las normas jurídicas
5. La unidad del orden normativo
6. La validez de la norma constitucional
7. La eficacia de las normas jurídicas. Eficacia principal y eficacia consecucional. Eficacia normal
8. Validez y eficacia en el derecho consuetudinario
9. La plenitud formal del ordenamiento jurídico
10. La plenitud material del ordenamiento jurídico
11. Afirmación de las lagunas del derecho
12. Negación de las lagunas del derecho
13. Distinción entre lagunas del derecho y lagunas de la ley

## Capítulo VIII: **EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO**

1. El acto antijurídico
2. La conducta antijurídica y la idea del derecho
3. La noción del deber jurídico
4. El problema de la voluntad normativa
5. La tesis psicologista y sus dificultades
6. La respuesta de Kelsen
7. Voluntad psicológica y voluntad jurídica
8. Voluntad jurídicamente significativa
9. Por qué obliga el derecho
10. El orden jurídico como imperativo axiológico

## Capítulo IX: **TEORÍA DE LOS VALORES**

1. La filosofía del derecho y el problema de los valores
2. La filosofía y el problema de los valores
3. Concepto de valor
4. Valores y bienes
5. El ser ideal de los valores

## Capítulo X: **LOS VALORES JURÍDICOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA**

1. Los problemas axiológicos relativos al derecho
2. El derecho como valor
3. Sentido figurado de la expresión “norma justa”
4. La plasticidad axiológica del derecho
5. La especificidad de los valores jurídicos
6. Sobre el carácter no jurídico del orden, la paz y la justicia
7. La seguridad jurídica y su concepto
8. La seguridad jurídica y la aberración axiológica del derecho
9. Seguridad específica y seguridad genérica
10. Los mecanismos institucionales de la seguridad genérica
11. La inexcusabilidad del cumplimiento
12. La prefiguración de lo lícito e ilícito
13. El problema de la preexistencia de la norma y la escuela del derecho libre
14. La seguridad jurídica y la jurisprudencia experimental
15. La irretroactividad de las normas
16. Las normas nomogenéticas o de autorregulación del derecho
17. Diversas especies de normas nomogenéticas
18. La regulación externa del derecho
19. Organismo público al derecho
20. La cosa juzgada y la prescripción

### **BIBLIOGRAFIA GENERAL**

## Presentación

Esta obra se publica casi treinta años después de la muerte de su autor. Está basada esencialmente en los apuntes internos de clases que el Profesor Millas publicó para sus estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, los que datan de 1960. Habrá, pues, de tenerse en cuenta esta circunstancia a la hora de leer y juzgar la obra del autor. Se percibirá inmediatamente la ausencia de referencias y discusiones en torno a la nueva filosofía jurídica anglosajona, surgida de la importante e influyente obra de Hart. Millas no parece haber conocido a Hart o, si lo conoció, hipótesis menos probable, no se interesó por su obra. Los filósofos del derecho con los cuales dialoga Millas, y de los cuales asimila algunas doctrinas, pertenecen más bien a la tradición europea, directa o indirectamente. Los nombres de Del Vecchio, Legaz y Lacambra, Recaséns Siches, Carlos Cossio, y algunos otros, aparecen citados y mencionados a lo largo de su obra. Y las fuentes fundamentales que determinan y orientan su producción iusfilosófica están, substancialmente, en Immanuel Kant, Edmund Husserl, Hans Kelsen y, en menor medida, en Rudolf von Ihering.

Como se ha dicho, este libro surge de los apuntes de clases que Millas usaba para enseñar la filosofía jurídica en su cátedra. De ahí que este material estuviera no sólo imperfectamente dactilografiado sino, también, con errores de forma y de fondo (lagunas, anfibologías, oscuridades conceptuales, redacciones imprecisas), y varias otras falencias características de quien aún está construyendo una obra para ser formalmente publicada. Alguna vez, siendo yo estudiante, propuse al Profesor Millas ponerme a su disposición para avanzar hacia la publicación formal de su obra iusfilosófica. Su respuesta fue categórica: “no -me dijo-, es una obra muy imperfecta que debo revisar y reescribir por completo; quizás en alguna ocasión lo haga, aunque ahora mis intereses y mis tareas y prioridades son especialmente filosóficas”. En efecto, en razón de aquellas circunstancias vividas por aquellos tiempos pretorianos, Millas había abandonado su cátedra en la Universidad de Chile y se había concentrado en la Universidad Austral de Chile. Creo que su intensa agenda académico-administrativa, y su dedicación durante las últimas décadas de su vida a la gnoseología y a la axiología, nunca le permitieron

cumplir con su proyecto. Poco después, en 1982, lo sorprenderá la muerte y su filosofía jurídica quedará definitivamente inconclusa (el lector notará que el libro que presentamos termina abruptamente, como si le faltaran algunos capítulos para su armónica conclusión).

Me he dedicado en los últimos años a buscar y ordenar el *corpus* filosófico de la obra Millas y he tenido que resolver una ecuación complicada. O aceptaba el riesgo que los tiempos terminasen por olvidar la obra iusfilosófica no publicada de Millas -uno de los intelectuales más grandes que ha tenido Chile-, o bien tomaba la decisión de trabajar en esos escritos, que fue lo que finalmente decidí. Todas las personas que conocieron sus enseñanzas las tenían por altamente interesantes, inteligentes, elegantes y originales; me comenzó a parecer necesario tomar la audaz decisión de trabajar en un libro que recogiera sus enseñanzas y doctrinas iusfilosóficas. De lo contrario, pensé, la obra terminará por perderse en el olvido, puesto que olvidada ya bastante está. Después de todo, pensé, muchos grandes autores que han dejado legados culturales invaluable a la humanidad, han ordenado a sus amigos más cercanos o albaceas que eliminen sus escritos que ellos juzgaban sin valor suficiente como para ser publicados. Si Max Brod hubiese obedecido las instrucciones de Kafka, la obra de este maravilloso escritor nunca habría visto la luz. Animado, pues, por estos pensamientos, presenté y comencé a investigar el tema bajo el amparo financiero de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile primero y, posteriormente, ya con el material estudiado y clasificado, presenté un proyecto al Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT); me lo adjudiqué y gracias a esta Institución gubernamental, me obligué formalmente a investigar el pensamiento iusfilosófico de Jorge Millas, difundirlo y hacerlo visible a los ojos de los estudiosos hispanoparlantes. El libro es parte de este proyecto. Gracias, pues, a esta Institución que tanto ha hecho por la ciencia, la tecnología y la cultura nacional.

El trabajo que ahora aparece publicado, probablemente aún adolece de defectos, de responsabilidad del editor, que espero se vayan corrigiendo en futuras ediciones pero, en lo principal, creo que se ha logrado lo fundamental, esto es, sacar del olvido la obra iusfilosófica básica de este gran pensador y ofrecerla a la comunidad de juristas y filósofos del mundo iberoamericano.

Y no fue fácil entrar en los manuscritos de Jorge Millas, “corregir” aspectos formales y de fondo, salvar las lagunas, clarificar las ideas, para ser fiel al espíritu de las enseñanzas de nuestro autor y no a la mera lectura del manuscrito original que no siempre parecía fiel a su pensamiento. Fue necesario fijar y corroborar citas de autores poco conocidos y mencionados de manera general, sin las precisiones que exige una obra formal, comparar textos para extraer el sentido correcto de los argumentos y afirmaciones y dactilografiar una y otra vez el libro hasta llevarlo a su mayor perfección posible. Luego, leer y discutir minuciosamente párrafo por párrafo, capítulo por capítulo -para hacernos con la idea unitaria del pensamiento del autor- y el libro en su totalidad. En esta ardua tarea me prestaron una valiosa ayuda algunas personas que no puedo dejar de mencionar. En primer lugar mis agradecimientos a mi ex alumna, ayudante en mi cátedra de Filosofía del Derecho y asistente en mis proyectos de investigación, Karin Neira Mera, con quien discutí durante mucho tiempo pasajes de la obra y las mejores posibilidades de redacción de fragmentos necesitados de mayor claridad. Igualmente, mi mejor reconocimiento para mi colaboradora, Eugenia Jara Luebert, quien dactilografió las últimas versiones del libro e hizo numerosas y acertadas observaciones de forma y de fondo a los sucesivos manuscritos. El distinguido Profesor Manuel Atienza, de la Universidad de Alicante, conoció uno de los últimos manuscritos y tuvo la generosidad de viajar hasta Valdivia exclusivamente para discutir conmigo la obra. Sus sugerencias y comentarios han sido de enorme importancia para mí y para la buena ejecución del proyecto, para él mis agradecimientos. Luego tuve la ocasión de discutir las tesis principales de la obra con el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante que dirige, precisamente, Manuel Atienza y en otros círculos académicos de Chile y de otros países hispano parlantes. Y, por último, valoro y agradezco también la cooperación de dos de mis mejores y más brillantes ex alumnos y ayudantes en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile -hoy día ya profesionales y académicos-, Carlos Isler, quien además colaboró en la redacción de algunos párrafos de la “Introducción” a la obra, y Donald Bello, con quien también mantuve un interesante diálogo sobre algunas teorías iusfilosóficas propuestas por Millas.

JUAN O. COFRÉ  
Valdivia, marzo de 2011.

## INTRODUCCION

### ***Idea de filosofía de Millas***

La realidad representa un desafío constante para la inteligencia humana. Se puede vivir, naturalmente, en medio de la más compleja realidad sin tomar siquiera nota de ello. Y se suele, también, tomar conciencia más o menos plena de esto y, sin embargo, decidir no hacerse cargo de los problemas que ella suscita. Pero el hombre, como ser inteligente y racional que es, conlleva una fuerte propensión a enfrentar los problemas de la realidad empírica, social, histórica e ideal con afán de esclarecimiento y verdad. Aristóteles pensó que esta tendencia es natural en el hombre y que, además, viene motivada por el asombro.

Millas comparte plenamente este punto de vista, pero a su vez, lo problematiza un poco más y eso porque es precisamente del temple del filósofo el buscar explicaciones a los fenómenos y a todas las cosas, pero no en tanto cosas y fenómenos -que tal es más bien la tarea de las ciencias y disciplinas regionales-, sino a las cosas en tanto *son* cosas y a los problemas en tanto *son* problemas. Todo problema auténtico supone en principio una solución, esto es, una respuesta racionalmente expresada, fundada y argumentada. Otra cosa es que al responder a la interrogante que despierta nuestra curiosidad, el filósofo deje a todos satisfechos. Ocurre más bien lo contrario; los que no ven en una respuesta filosófica una explicación cabal que deje conforme el espíritu, tienen motivo para ensayar sus propias respuestas y ese es precisamente el modo como se ensancha –para no decir progresa- el conocimiento filosófico.

Millas sostiene que es propio del filósofo –aunque también lo es de todo el que cultiva un determinado tipo de saber- llevar la inteligencia al límite. A diferencia del científico, que indaga por esto o aquello, el filósofo se plantea problemas universales que no admiten una solución definitiva, ni para los cuales cabe una respuesta científica. Por ejemplo, nada hay más evidente –y quizá por eso mismo pasa inadvertido para la mayoría de los hombres- que las cosas *son*. Los utensilios, las emociones, las ideas, los números, etc., indudablemente *son*; es decir, tienen un ser, o, si se quiere, *son en* el ser. Pero ahora aislar el ser de la cosa que es e intentar pensar el ser en tanto ser y no esta mesa que es en tanto mesa, constituye un problema de enorme dificultad y complejidad. No se puede –porque nada explica- responder de una manera simplista y despreocupada si nos tomamos la pregunta en serio, según nos exige nuestra

natural tendencia a saber. Si hacemos este ejercicio explicativo de manera rigurosa, tomando todas las precauciones lingüísticas, lógicas, metodológicas e incluso históricas y fijando atentamente la mirada racional en lo que se da a la conciencia de manera cristalina e indubitable, Millas diría que estamos procediendo filosóficamente o, lo que es lo mismo, llevando la inteligencia al límite. Por eso es que la filosofía también puede ayudarnos a comprender los confines del conocimiento, es decir, sus límites y posibilidades. V.gr., ¿podemos conocer racionalmente a Dios? Kant, por citar un caso, fijó en su filosofía los límites y posibilidades que tiene la razón humana de responder a tan grande como compleja cuestión. Aristóteles hizo lo propio con el ser y Kelsen construyó su teoría pura del derecho para fijar rigurosamente -digamos filosófica y científicamente- los límites y posibilidades del conocimiento jurídico. De suerte, pues, que a su modo y en su día, cada uno de estos pensadores ejerció sus facultades racionales y sincronizó su maquinaria cognoscitiva para explicar por qué las cosas son como son y por qué, al saber con evidencia que son precisamente así y no de otra manera, creyeron descubrir la verdad. La verdad, en consecuencia, aparece y probablemente también es el destino final de la indagación filosófica. Y cuando la inteligencia ve con distinción y certeza cómo unas verdades se conectan mediante nexos necesarios -que en absoluto dependen del sujeto que piensa- con otras verdades y de ese modo van constituyendo regiones o reinos (piénsese, por ejemplo, en la matemática) que a su vez se coordinan mediante leyes objetivas con otros reinos de la ciencia hasta constituir doctrinas amplias capaces de explicar vastas regiones de la realidad (o mundo), tenemos a la inteligencia donando todo lo que puede dar de sí o “ejerciendo su tarea en el límite”, según diría Jorge Millas.

Millas acepta la clasificación tradicional de la filosofía en grandes disciplinas, cada una de las cuales tiene su objeto propio y aún una metodología específica. Junto a estas grandes esferas del conocimiento filosófico Millas sitúa a las filosofías regionales, como la filosofía del arte, la filosofía de la ciencia o la filosofía del derecho. A su vez, en cada una de estas disciplinas filosóficas se pueden distinguir subregiones, como lo demuestra la historia de la filosofía, y bien se puede hablar de una ontología jurídica, de una antropología jurídica, de una axiología jurídica e incluso de una lógica jurídica. Naturalmente, entonces, los límites y posibilidades del conocimiento del derecho desde un punto de vista filosófico, vendrán dados por los límites y posibilidades del conocimiento filosófico general. Para Millas -y ésta ya es una tesis que no todos aceptan- la filosofía del derecho es parte integrante de la filosofía y no de la ciencia del derecho. Si así no fuera, por razonamiento analógico, habría que concebir la filosofía del arte como una parte del arte y la

filosofía de la ciencia como una parte o disciplina científica. Y como manifiestamente no es así, parece más justo el argumento que sostiene, sencillamente, que la filosofía del derecho es y sigue siendo una parte y, por tanto, una disciplina filosófica.

Esta tesis ya singulariza la concepción filosófica del derecho de Millas sobre un espacio en cierto modo diferente que produce, también, efectos iusfilosóficos distintos a los que suele producir un enfoque que parte considerando a la filosofía del derecho como una región de los estudios jurídicos.

Millas es, pues, un *filósofo* del derecho, y lo es en sentido amplio porque los conceptos, las categorías, las estrategias y los métodos de estudio de que se vale, son plena y probadamente filosóficos. Obviamente que el objeto general sobre el cual recae el estudio y la meditación es estrictamente jurídico. En esto no hay en Millas pérdida ninguna. Admitiendo que puede existir, y hasta que existe el derecho natural, sostiene firmemente también que el objeto sobre el cual recae su indagación es primera y fundamentalmente el derecho positivo, expresado en normas, en general, tal cual lo estableció Kelsen en su teoría pura.

Millas se ocupará *esencialmente* de las normas, de las normas promulgadas y respaldadas por la coacción del Estado. Y, sin embargo, apenas podríamos ofrecer una idea aproximada de la idea que acuña Millas del derecho sin recurrir a las fuentes filosóficas en las que se inspira y que hacen su pensamiento realmente transparente e inteligible. Las fuentes filosóficas de Millas se encuentran, según nuestro parecer, substancialmente en Kant y Husserl, aunque no siempre lo declare. Y la fuente iusfilosófica fundamental que influye y determina su concepción del derecho reside en Kelsen y, secundariamente, en Ihering.

Con esto no queremos decir que en la obra de Millas no hayan dejado también su impronta otros pensadores; sólo subrayamos que esos cuatro pensadores son esenciales y que sin comprender qué es lo que el pensador chileno tomó de aquellos filósofos y iusfilósofos, no es posible llegar a una intelección y entendimiento pleno de su filosofía jurídica. Para quien no conozca, aunque sea esquemáticamente, lo que Millas asimila de Kant y de Kelsen, y muy especialmente de Edmund Husserl, será de utilidad, nos parece, aportar algunos antecedentes.



## ***Kant y Millas***

Con Kant, como él mismo lo declara, la filosofía sufre un giro copernicano. ¿Qué significa esta metáfora? Veamos. El pensamiento antiguo giró, esencialmente en su etapa más madura y espléndida -Platón y Aristóteles-, en torno del ser. El gran descubrimiento griego fue éste: i) el ser es y el no ser no es; ii) todos los entes son en el ser; iii) a la filosofía le compete propiamente el estudio del *ser en cuanto ser*. No es materia de la filosofía el ser en cuanto ente particular, por ejemplo, el hombre enfermo y la salud, -esa es materia de la medicina-, o la caída de los graves -esa es materia de la física. Y que Aristóteles haya escrito sobre casi todas las cosas no lo hace menos filósofo, aunque sí más sabio. La metafísica viene a ser, entonces, la filosofía primera (*Met.* IV,1) en tanto y en cuanto considera al ente en cuanto ente, esto es, a las cosas en tanto *son* cosas, a diferencia de Platón, que valoró más el ser en cuanto ser, porque para él la idea es la perfección absoluta. Aristóteles, contrariamente a su maestro, valorará y prestará mayor atención al ser en cuanto ente y entre los entes considerará de mayor relevancia filosófica al ente en cuanto sustancia y eso porque la sustancia posee una nota esencial de la que carece la idea: la existencia. Por eso, también, se puede decir que la metafísica es ciencia de la sustancia.

La Edad Media filosófica siguió a los antiguos y no desvió su mirada del ser en tanto *ser*, pero se ocupó preferencialmente del ser en su máxima perfección, el ente perfectísimo: Dios. Todo lo cual igualmente se encuentra en Aristóteles. El Estagirita dice, en efecto, que uno de los sentidos de la metafísica es el de “ciencia divina” o teología, en tanto la metafísica es, en esta versión, ciencia de Dios y, además, si Dios tuviera una ciencia esa misma ciencia sería ciencia de sí mismo.

El Medioevo, pues, no cambia la estrategia del análisis filosófico ni renuncia al ser; por el contrario, persevera en él, tan sólo que supedita el ser en tanto ser al *ser* por excelencia, a Dios, con lo cual la filosofía se hace también, y principalmente, teología.

Los modernos observan que antes de pensar y hablar del ser hay que sortear una etapa previa y fundamental. Lo primero es estudiar la propia facultad cognoscitiva, la razón para los continentales, la mente para los británicos, y considerar si la razón tiene o no las capacidades de poder conocer el ser y a Dios. El objeto moderno de la filosofía será, por antonomasia, la mente humana, la razón, la cual tendrá la difícil tarea de estudiarse a sí misma en primerísimo lugar, hacerse sujeto y objeto de estudio, con las inmensas dificultades que ello conlleva. En términos muy generales se puede decir que el problema principal de la filosofía moderna

se reduce a plantearse y responder correctamente a estas preguntas: ¿cuál es el origen y el fundamento del conocimiento? y, ¿cuáles son los límites y el alcance de la facultad de conocer? Respondidas correctamente estas interrogantes se puede seguir investigando acerca de los objetos planteados por los antiguos; antes no, no hay fundamento gnoseológico para ello. A estas preguntas responde el racionalismo continental -representado paradigmáticamente por Descartes y Leibniz- afirmando que el verdadero conocimiento es el que encuentra su origen y fundamento en la mera razón. Como ejemplo modélico se exhibe el caso de la matemática y la lógica, ciencias precisas, rigurosas, que dejan fuera de juego el verbalismo conceptual y literario de la metafísica tradicional. No es que quede congelada la metafísica, no; ocurre que la nueva metafísica y, por tanto, la filosofía en general, si quiere encontrar la “senda segura de la ciencia” debe investigar al “more geométrico”. No es que el conocimiento empírico no tenga valor; lo tiene, sin duda, pero su valor es auxiliar, constituye el material sobre el cual se aplican los principios de la razón para explicar el mundo de la naturaleza y el mundo social. Este llamado de la filosofía tiene una feliz recepción en el mundo jurídico y da origen a la constitución del racionalismo jurídico.

Muy diferente es la respuesta de los británicos. Los tres grandes pensadores isleños -Locke, Berkeley y Hume- coinciden en un punto esencial: no hay conocimiento alguno que no se origine y no se funde en la experiencia. Incluso los principios lógicos más abstractos y generales derivan de la experiencia. Una mente sin experiencia sería una mente que no ve, no escucha, no siente, no piensa; una mente vacía, una no mente<sup>1</sup>.

Así está el debate cuando irrumpe Kant. En 1781 aparece su obra capital *Kritik der reinen Vernunft* en donde se opera “el giro copernicano”. En efecto, tanto el racionalismo como el empirismo suponían que se puede distinguir nítidamente entre la mente en sí y el mundo en sí, aunque este mundo fuera nada más que un conjunto de representaciones ante la mente. Kant cree que en ambos enfoques hay algo de verdad pero, también, un serio error. La verdad: tanto la razón como los sentidos toman indudablemente parte en los momentos del conocimiento. El error: el conocimiento, tal como se da en la ciencia más acreditada (lógica, matemática, física), no es ni puramente racional (lógico), ni puramente empírico. No hay un sujeto *A* aquí que conoce sin más un objeto *B* que queda allende la mente o la razón. La cosa es de otro modo. Hay que distinguir dos momentos en esa síntesis que es operación de la razón o entendimiento:

---

<sup>1</sup> Cfr. J. Locke. “Libro I: De las nociones innatas”. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Vol. I. Editora Nacional, Madrid, 1980.

- i) lo *dado* de antemano, puesto ahí sin intervención del sujeto cognoscente (el *noumeno* o caos de sensaciones) y,
- ii) lo puesto por el sujeto que conoce.

Este *lo* está compuesto por dos factores, las formas puras de la sensibilidad, es decir, el espacio y el tiempo (que Kant estudia en la “Estética trascendental” de la *Crítica*) y, las categorías de la razón pura (es decir, las meras formas de la racionalidad responsables de la comprensión)<sup>2</sup>. La síntesis entre lo que le es dado al entendimiento (la cosa en sí) y lo que el entendimiento aporta al proceso (el espacio y el tiempo, por un lado, y las categorías de la razón pura, por otro) constituyen el *fenómeno*, es decir, lo realmente conocido. Conocer es, entonces, *transformar y construir*. Las cosas no son conocidas en sí, como pensaba la tradición prekantiana, sino que son conocidas *en mí*. El sujeto cognoscente no es pasivo, sino activo y dinámico y las cosas nunca son -para un ser racional- como creemos que son, según nuestra ingenua mirada crítica, sino que son en sí mismas incognoscibles por principio.

De esta doctrina Kant extrae su conocida teoría de los juicios (analíticos, sintéticos y sintéticos a priori) y supone que la verdadera ciencia, la que algo nos enseña y no se da vueltas en meras tautologías o confía ciegamente en la mera información de los sentidos, es la que construye su saber mediante juicios *sintéticos a priori*. Buenos juicios, porque nos otorgan la certeza de la aprioridad y porque nos informan del mundo.

Ahora sí ya podemos ir al punto que influye tan fuertemente en Kelsen y Millas -y, por cierto, y hasta hoy, casi en todo el mundo científico jurídico. Kant también escribió algunas obras que no tenían que ver con la *razón pura teórica a priori*, sino con otras relativas a la *razón pura práctica a priori* (la *razón pura* es una sola, pero opera en la esfera de lo meramente teórico o bien en el reino de lo puramente práctico, es decir, en el campo de las acciones humanas); más en lo que hacen los hombres -ética, derecho- que en lo que piensan (filosofía, ciencia).

Kant no se preguntó nunca si era posible una ciencia físico-matemática. La mera pregunta habría sido un desconocimiento arbitrario del monumento científico construido especialmente por Newton. Se preguntó, simplemente, ¿cómo es posible la física-matemática? Y su respuesta fue ésta: porque trabaja con juicios sintéticos a priori; juicios garantes de conocimiento seguro. Pero, se

---

<sup>2</sup> No hace falta que distingamos aquí con Kant una separación, que la mayor parte de los filósofos rechaza, entre “Verstand” (entendimiento discursivo) y “Vernunft” (razón, que, además, es *pura*).

puede conjeturar que se preguntó, igualmente, ¿es posible una ética pura y un derecho puro? Nótese el cambio de modalidad de la pregunta. Pasamos del 'cómo' al 'es posible'. Si se mira la historia ¿qué se ha hecho -y tomemos la ética para empezar- respecto de la moral? Veamos algunos casos. Aristóteles, lo mismo que los empiristas ingleses, pensó así: si observamos la ciudad humana y el comportamiento de los hombres que conviven entre sí, descubriremos constantes, relaciones, costumbres, etc.; ésta es la base para abstraer, conceptualizar y formular reglas o principios generales. Bajo este enfoque acuñará su principio ético Simónides: "es justo hacer el bien al amigo y el mal al enemigo", o Sócrates: "justo es dar a cada cual lo suyo según sus méritos", o Aristóteles: "la justicia es un modo específico de compensación o de distribución", o Cristo "ama a tu prójimo como a ti mismo", o Bentham "justo o bueno es maximizar el placer y minimizar el dolor".

Sí, pero estas éticas, según Kant, no funcionan bien. Son extremadamente imperfectas. ¿Por qué? Pues porque infieren sus reglas de la experiencia. Y en la experiencia encontraremos tanta diversidad y desacuerdo que no será posible establecer una ética de universal aceptación y acatamiento, sobre la base de alguna de estas reglas, más allá de las preferencias locales, históricas y personales. Todo ello debido a una razón epistemológica: porque no es posible (por principio) generar una regla universal por inducción. La mera inducción jamás puede elevarse a la categoría de lo universal y eterno; no puede dar de sí para construir juicios (proposiciones, diríamos hoy) sintéticos *a priori*. Una ética empírica, en principio y por principio, está de antemano fracasada. Pero eso no significa que no se pueda construir una ética con alcances universales. Las bases de esta ética Kant las fija en lo que llama "persona humana". Es propio de la persona responder a un puro hecho de conciencia, un "factum" puro, simple, evidente por sí mismo que se autoimpone al sujeto, esto es, la *conciencia del deber*, eso es la *moralidad*. Así como un principio de la razón pura, por ejemplo, el principio de no contradicción  $-(p \rightarrow \neg p)$  fuerza compulsivamente a la razón a aceptarlo, así también en el reino de los fines, de la libertad humana, de la *conciencia moral pura*, hay un "factum" que compulsivamente se impone y exige al sujeto racional sumisión, respeto y acatamiento. Este "factum" es el sentimiento del deber.

¿De dónde, pues, extrae el entendimiento humano estos mandatos universales e imposibles de resistir? Respuesta de Kant: *de la razón práctica pura a priori*, ya que todo ser pensante, por la constitución misma del entendimiento humano, piensa, y piensa racionalmente, es decir, conforme al mismo patrón. Estas leyes o mandatos valen sin restricción (ni de espacio ni de tiempo) para todo ser racional y toda comunidad racional efectiva o posible.

La misma tarea que Kant logra hacer en el terreno moral la intenta, ya tardíamente, en la esfera del derecho. Su idea directriz consiste en formular las leyes puras *a priori* de derecho universal, no de éste o aquel derecho nacional, sino de todo derecho en general, efectivo o presunto. Su definición de derecho<sup>3</sup> constituye la idea marco de ese proyecto y su teoría jurídica expuesta en *Metaphysik der Sitten* de 1797, da cuenta de ello. Lo que es el derecho aquí y allá está bien como punto de partida y como punto de retorno una vez que se ha elevado la reflexión jurídica a verdadera ciencia; está bien, pero ignorar este ascenso a la razón pura práctica de la cual deben extraerse los principios de una teoría pura del derecho, es la ruina. El investigador que ignore esta idea esencial y se deje llevar sólo y por mucho tiempo por principios empíricos y no busque la fuente de aquellos juicios en la mera razón para levantar sobre ellos los verdaderos fundamentos de las leyes positivas, nunca logrará explicar realmente el derecho. “Una teoría del derecho solamente empírica (como la cabeza de madera de la fábula de Fedro) será como una cabeza hermosa, pero lamentablemente sin seso”.<sup>4</sup>

Es notable como esta doctrina kantiana influye en Kelsen y, de manera aún más radical, en Millas, como comprobará el lector a medida que avance en el conocimiento del libro.

### **Husserl y Millas**

Si la actitud filosófica general de Millas encuentra su justa explicación en el kantismo que asume, su modo específico de construir su filosofía se encuentra aún más determinado por la filosofía fenomenológica de Edmund Husserl. Aspiramos a que el lector comprenda plenamente la filosofía de Millas y pudiera ser que aspectos muy relevantes y detalles significativos escapen a su mirada si no tiene presente, aunque sea en lo esencial, la filosofía husserliana. De ahí, entonces, que parezca prudente y oportuno exponer las bases de esta filosofía y, muy especialmente, la doctrina del pensador germano explicada en su *Logische Untersuchungen* de 1900, cuya primera traducción española de 1929<sup>5</sup> causó en Millas un notable impacto e influyó para siempre su modo de hacer y de pensar filosóficamente.

---

<sup>3</sup> Kant define el derecho como “conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad.” “Introducción a la doctrina del derecho”. *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar y traducción de A. Cortina y Jesús Conill. Tecnos, Madrid, 1994, 2ª. ed.; p. 39.

<sup>4</sup> *Ibid.*; p. 38.

<sup>5</sup> *Investigaciones Lógicas*, 2 vols., en versión española de Manuel García Morente y José Gaos. Alianza Editorial, Madrid, 1982.

Históricamente Husserl se da a conocer en el mundo europeo por la polémica que levanta –junto a otros pensadores entre los que hay que contar a Frege- contra el psicologismo. El psicologismo es una filosofía antikantiana y proempirista. Se inspira en el empirismo inglés y, sobre todo, en el famoso *Tratado de lógica* de John St. Mill.<sup>6</sup> En buenas cuentas el psicologismo es un reduccionismo. Sostiene que las leyes de la mente son capaces de explicar las leyes de la lógica (y de la matemática) y que, a su vez, las leyes de la mente se obtienen por inducción, es decir y en definitiva, son enteramente empíricas. Husserl rechaza enérgica y minuciosamente una por una las tesis y los argumentos del psicologismo y logra, en general, restablecer la idea kantiana y neokantiana de acuerdo con la cual la lógica constituye un mundo teórico supremo totalmente independiente de la experiencia. Los sistemas axiomáticos y normativos, a su vez, se derivan por inferencia -relaciones de deducción estrictas y prístinas- de la ciencia teórica más elevada, precisamente la lógica. La tarea fundamental de la teoría, esto es, de la filosofía, consiste entonces en describir esta región del pensamiento y dar cuenta de los principios, leyes y nexos de absoluta necesidad que los vinculan. Toda ciencia que merezca el nombre de tal no puede avanzar en la construcción de su conocimiento sin detenerse a examinar su origen posibilitante. Partir de las cosas o fenómenos tal cual se dan en la experiencia, pero no remontarse desde ellos hacia las leyes y principios que los hacen posible, equivale –como en la parábola bíblica- a construir la ciencia (la casa) sobre la arena y no en tierra firme. Ésta es la actitud ingenua que llama la atención de Husserl, y si bien es inobjetable para el hombre de la calle, tal actitud es imperdonable en el campo del saber riguroso (teoría de la ciencia, filosofía). Así como Kelsen considera que antes de él no hay ciencia jurídica, Husserl estima (hacia 1900) que las ciencias europeas están en crisis por su excesivo servilismo al psicologismo y al positivismo -dos formas de empirismo y, por tanto, de relativismo- y están lejos de erigirse en verdaderas ciencias. He aquí que cada ciencia proclama su verdad y cada “verdad” parece válida únicamente en su mundo acotado, pero si se quiere poner en relación cada rama de la ciencia con otra, aparece un verdadero caos; abundan las contradicciones, los saberes locales y aldeanos y la verdad, o el conjunto ordenado y sistemático de verdades absolutas y universales, queda completamente olvidado. Los conocimientos dispersos y fragmentarios no constituyen ciencia... Es necesario algo más: conexiones sistemáticas en sentido teórico; y esto implica fundamentación del saber y el enlace y orden pertinente en la sucesión de las fundamentaciones, sostiene Husserl.

---

<sup>6</sup> *A System of Logic Ratiocinative and Inductive*, 3 vols. J. M. Robson (ed.). Univ. Of Toronto Press, Routledge & Kegan, Paul, reedición de 1973.

De aquí proviene lo que Husserl considera extremadamente peligroso, esto es, la confusión de esferas, la mezcla, como dice él, de lo heterogéneo en una supuesta unidad y, especialmente, cuando esta mezcla radica en una interpretación errónea de los objetos que la investigación busca fijar,<sup>7</sup> una confusión y mezcla semejante a la que, en las primeras páginas de su *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* de 1933, Kelsen denuncia en los estudios jurídicos.

Las cosas no son así. Lo que ha de salvar la investigación científica, en primer lugar, no son los contenidos sino *las regularidades de la forma*. Las conexiones específicas entre las ideas de una ciencia no se dan de cualquier manera, se dan conforme a una lógica rigurosa y sólo una vez que se logran activar estos mecanismos racionales de conexiones necesarias (lógicamente necesarias, *no empíricamente necesarias*) se puede esperar arribar a las verdades y constituir con ellas unidades que, a su vez, se conectan con otras unidades y, de ese modo, por demostración y raciocinios, van conformando teorías. Esto no tiene nada de extraño, es lo más normal si la ciencia se construye correctamente, ello porque hay cánones de formas de pensamiento y formas de enlace, conjuntos que tipifican formas comunes de razonar y argumentar en cada ciencia. Una vez que el matemático adquiere la destreza suficiente para resolver los problemas de su ciencia, se da cuenta que cada nuevo problema responde al mismo patrón formal y, de este modo, se constituye para cada ciencia un modo característico de pensar. Hay un modo típico de pensar matemáticamente, de pensar biológicamente, de pensar filosóficamente, de pensar históricamente, y se puede agregar que también debería haber un modo característico de pensar jurídicamente. Tal es también la inquietud de Kelsen y, sobre todo, de Millas quien, influido por esta doctrina filosófica, se pregunta si hay un modo específico de pensar jurídicamente. Kelsen creyó que hasta antes de su teoría pura el jurista tomaba prestado el modo de pensar del historiador, del psicólogo, del biólogo, del moralista o del metafísico. Y, sin embargo, todas las verdades, si se ha llegado a ellas mediante métodos justos y apropiados, deberían encontrarse, de acuerdo con Husserl, por decirlo así, en el infinito ideal de una proyección geométrica. Las verdades constituyen redes y si bien se sectorizan por ámbitos o reinos, a fin de cuentas se debería poder transitar de unas a otras mediante métodos lógicos rigurosos y no por meras asociaciones psíquicas. Esto, gracias a que la ciencia de la cual dependen es una sola: la lógica suprema o teoría de la ciencia. Si se despejan los caminos y cada ciencia hace visible sus métodos, entonces sí se pueden

---

<sup>7</sup> Cfr. *Ibid.*; p. 37.

alcanzar las fundamentaciones -fundamentación que Millas considera *conditio sine qua non* para la explicación verdaderamente racional de la ciencia jurídica y la filosofía del derecho. Si se conoce el fundamento de algo, entonces se ve intelectivamente que la cosa debe ser de esta manera y no de cualquier otra. La fundamentación está íntimamente asociada a la forma y en realidad depende de ella. “El hecho, escribe Husserl, de que existan fundamentaciones no basta (...). Si éstas careciesen de forma y de ley; si no fuese verdad fundamental que a todas las fundamentaciones les es inherente cierta forma, la cual no es peculiar al raciocinio presente hic et nunc, sino típica para toda una clase de raciocinios y que al mismo tiempo la justeza de los raciocinios todos de esta clase está garantizada justamente por su forma; si sucediese lo contrario, no habría ciencia.”<sup>8</sup>

Ha de quedar claro, pues, que la fundamentación no puede obtenerse por inducción. La inducción a lo más puede entregar verdades generales, pero, en todo caso, interinas, ya que la universalidad de la verdad le está negada a la inducción por principio. La fundamentación descansa, como se ha visto, en las regularidades de la forma y la forma, a su vez, descansa en la deducción que, contrariamente a lo que ocurre con la inducción, sí es capaz de entregar conclusiones apodícticas, universales. Sólo hay evidencia, por tanto, cuando los raciocinios han partido de premisas justas (verdaderas) y han procedido conforme a las formas típicas de la inferencia correcta, todo lo cual remata en la evidencia de la conclusión. La verdad, dice Husserl, no es otra cosa que una modalidad de la vivencia y por eso es correcto decir que hasta donde alcanza la evidencia, alcanza la verdad. Donde encontramos verdad tenemos, pues, saber, y si este saber se obtuvo mediante las regularidades de la forma que son esenciales al razonamiento, tenemos efectivamente ciencia.

El orden, entonces, del árbol completo de la ciencia sería, según Husserl, el siguiente, partiendo del conocimiento más encumbrado:

- i) conocimiento de la lógica pura o ciencia pura en sus estructuras eidéticas. Ella descubre y pone a la vista las leyes y principios puros y *a priori*, es decir, pone a la vista las esencias;
- ii) los sistemas normativos derivados de ella , por ejemplo, la lógica estándar, la lógica matemática, la lógica deóntica, etc.
- iii) Estas últimas, a su vez, contribuyen a articular los saberes empíricos: la ciencia física, la biología, la dogmática jurídica.

---

<sup>8</sup> *Investigaciones lógicas*. Vol. 1; p. 46.



Aquí resulta clave el principio de transmisión. Este principio permite la transmisión y retransmisión de la verdad. De la verdad de la lógica o teoría de la ciencia se puede derivar, por procedimientos correctos que observan escrupulosamente las regularidades de la forma, la verdad de las lógicas regionales<sup>9</sup> y de este segundo nivel se puede descender hasta la ciencia regional misma, a saber, ciencia física, biológica y, suponemos, jurídica. Por el contrario, también podemos hacer el camino inverso y sin solución de continuidad. Podemos comenzar por el nivel *iii*), de ahí ascender al *ii*) y, finalmente, terminar en el *i*). De ese modo la unidad de la ciencia, y de todo saber humano de carácter científico, queda asegurada. La unidad de la ciencia, vieja aspiración de todos los tiempos, sería teóricamente posible, pues, en la visión de Husserl.

Dicho esto es preciso pasar a responder una pregunta esencialísima, sin esa respuesta el sistema pende en el aire: ¿cómo es posible -mediante qué mecanismos gnoseológicos- llegar a conocer esas leyes y principios primeros de la lógica o teoría de la ciencia y, en general, todo principio o ley de nivel intermedio o regional?

Conocidos son los dos métodos tradicionales de conocimiento: el inductivo y el deductivo. El primero tiene su fundamento en la experiencia de modo que de inmediato podemos prescindir de él. El segundo sí es, también, fundamentalísimo, como hemos visto. Bien, ¿cómo accedemos a esas verdades portadas por esas leyes tan altas, abstractas y egregias? Para Husserl cabe sólo una posibilidad: por *intuición*. Primero alejemos de nuestra mente una intelección vulgar e inadecuada de este concepto. La intuición<sup>10</sup> es un mecanismo último (o primero) y final de la inteligencia humana para acceder a la verdad. La idea fue patentizada por la filosofía clásica griega y desde entonces jamás se ha olvidado en la filosofía y teoría de la ciencia occidental. Intuir, como dice Sartre (un fenomenólogo) es poner de un golpe la verdad de la cosa, en lo que es y cómo es, ante la conciencia cognoscente. Hay una intuición empírica; ella nos permite ver, aquí y ahora, el color verde del árbol que tengo enfrente. No necesito pensar, no necesito deducir ni inducir nada de nada; su color lo veo inmediatamente, es decir, sin que medie nada, absolutamente nada, entre mi conciencia y la cosa. La conciencia cognoscente se hace conciencia de la cosa y la cosa se hace conciencia en la vivencia. Lo mismo ocurre con las emociones: capto inmediatamente mis estados emocionales y mentales; capto, de igual forma, lo que pienso, y

---

<sup>9</sup> Esta concepción no excluiría, al parecer, lógicas divergentes, aunque sí, probablemente, lógicas contradictorias o paraconsistentes.

<sup>10</sup> Cfr. Jorge Millas. "Los momentos intuitivos del conocimiento" en *Idea de la filosofía. El conocimiento*. Vol. II. Editorial Universitaria, Santiago, 1969; pp. 249-275.

aunque pensar y darme cuenta de que estoy pensando pueden ser dos momentos de un mismo complejo, también puede aparecer el objeto de un solo golpe: “pienso, existo”, no “pienso luego existo”, como lo vio nítidamente Descartes. La intuición sería el modo más elevado y perfecto de conocer, por eso los teólogos dicen que es el *modus cognoscendi* de Dios.

Y ¿qué es lo que se conoce cuando se conoce intuitivamente? La explicación requiere de un brevísimo preámbulo. La fenomenología es un método de trabajo filosófico, aparte de que el mismo Husserl quiso consagrarla como la filosofía misma. Como tal es también un proceso y, por tanto, sigue ciertos procedimientos. Abreviando. Todo comienza por las cosas, por los fenómenos o hechos naturales, psíquicos, lógicos o sociales. Husserl dice que él es el verdadero positivista: *parte de la experiencia* pero, jamás se queda en ella. Hace el recorrido tratando de alcanzar la esencia del fenómeno y, mientras tanto, por razones de orden metodológico, deja el mundo en suspenso. La existencia queda entre paréntesis, pero no perdida porque al final del proceso vuelve a las cosas. De ahí su aforismo filosófico: “a las cosas mismas”. La diferencia está en que mantiene una actitud crítica y atenta y no se entrega, como el positivista vulgar, al sueño mundano de las puras cosas.

Lo primero es constatar que el mundo, real, formal, imaginario, emocional, aparece ante la conciencia. “Se da a y en la conciencia” en forma de *vivencia (Erlebniz)*.

Lo segundo es que en esa vivencia la conciencia busca su objeto y al buscar el objeto fija una dirección. Esto es el carácter *intencional* de la conciencia. Toda conciencia es conciencia *de* algo y el sujeto de conciencia busca su objeto, como la flecha al blanco. Tomada conciencia del objeto que se busca, se lo somete a una reducción, y en esta reducción se encuentran dos grupos de ingredientes: la esencia intencional y los contenidos no intencionales que constituyen la situación vivencial, existencial, social o histórica de la vivencia. Todo esto si bien puede modificar el modo de percibir, no modifica *lo* percibido. La esencia permanece inalterable y si la logro aprehender, tomo nota de su idealidad. Ya no es un objeto real, sino ideal. Por ejemplo, si me enfrento a la pregunta de un alumno que me consulta “Profesor ¿cómo interpreta usted la norma ‘XX’?” Bien, yo realizo el siguiente proceso. Integro la norma a mi conciencia, tomo conciencia de ella, distingo la *noesis* del *noema*, es decir, el pensamiento del objeto, del objeto pensado por el pensamiento, y así ya los elementos accidentales quedan marginados,

etc. Finalmente, capto la significación de la norma<sup>11</sup> que es en verdad la proposición normativa y lo que realmente importa; lo que la norma dice, la norma como tal, como la escalera de Wittgenstein, debe y puede quedar de lado. Bien, capté la significación, y ¿qué es la significación? Un objeto ideal, puro, *a priori*.

Este sentido de “a priori”, hay que decirlo, es diferente al de Kant. El “a priori” de Kant depende de una razón no contaminada con la experiencia, de condiciones trascendentales (no trascendentes); en cambio, el “a priori” de Husserl se refiere a lo intuido, al objeto que surge de la intuición, esto es, la idealidad, el objeto ideal puro que en un texto jurídico puede ser la significación en tanto significación y nada más o, en un texto literario, si eso ayuda a entender mejor la idea, Don Quijote *in specie*, puro, como mera ficción y en sus rasgos esenciales.

Como se verá, el pensamiento de Husserl late potente y constante a lo largo del presente libro.

### **Kelsen y Millas**

Millas discute a Kelsen y no le concede que su teoría pura sea realmente una teoría completa del derecho, menos una filosofía del derecho. Sí reconoce que la teoría pura -mucho más que una teoría jurídica- es un potente método de trabajo que por primera vez en la historia realiza con plena conciencia el ideal científico de Ihering, esto es, construir sistemática y rigurosamente una serie orgánica y coordinada de conceptos puramente jurídicos que ya nada deben ni tienen que ver con ciencias privadas o particulares –psicología, sociología, metafísica, política, etc. Su intento ha devenido una limpieza del instrumental y de los conceptos con los que ahora debe trabajar el jurista. De aquí en adelante la ciencia jurídica y la filosofía jurídica se emancipan y no volverán a ser disciplinas ancilares.

---

<sup>11</sup> Aristóteles no consideró necesario estudiar primero las posibilidades del entendimiento para fijar sus objetos metafísicos de estudio. En eso su actitud fue ingenua. No ha de darse, sin más por bueno, que la razón humana puede conocer objetos que están más allá de su experiencia. Los modernos, en cambio, hicieron de esta segunda cuestión el objeto central de sus investigaciones, pero también fueron ingenuos. Es obvio que el intelecto crea conceptos (concibe), pero esos conceptos no nacen independientemente del lenguaje. La filosofía del siglo XX se percató de este vacío y entonces volcó su industria toda a desentrañar este complejo problema. Los ingleses lo hicieron a través de las escuelas de Cambridge y Oxford y dieron vida a la filosofía del lenguaje, y los continentales hicieron lo propio. Prueba de ello es la obra de Frege y de Husserl. En la *Lógica* éste es un tema central. Husserl cita a St. Mill quien sostiene: “Iniciar el estudio de los métodos científicos antes de estar familiarizado con la significación y uso correcto de las distintas especies de palabras, sería no menos erróneo que disponer observaciones astronómicas sin haber aprendido antes a emplear correctamente el telescopio”. Citado por E. Husserl. *Lógica*, p.216. Husserl, pues, tiene aguda conciencia de esta etapa preliminar y debe ser tenido –antes que Russell y Wittgenstein, junto a Frege y otros autores alemanes- como el fundador europeo de la moderna lógica semántica.

Millas comparte plenamente esta idea y su propio trabajo filosófico intenta llevar la idea de Kelsen a su límite. Kelsen postuló e intentó demostrar la independencia jurídica del derecho respecto de la moral. Pero Millas piensa que tal tarea no quedó plenamente desarrollada y demostrada, de ahí su conato de profundizar la idea de Kelsen. Yendo más allá de Kelsen y sin contradecirlo en este respecto, Millas pretende dejar definitivamente una teoría jurídica libre de ataduras pseudocientíficas. Millas aspira a rematar la cuestión, aún abierta, según él, de la relación todavía confusa entre derecho y moral.

Para ello recurre al método propuesto por Husserl en orden a demostrar racionalmente que es posible -en terreno axiológico-moral- eliminar el concepto de *deber*, a favor de la idea de *ser*, practicando una transformación *salva veritate* de los enunciados deónticos a favor de los enunciados descriptivos.

Después de ejercitarse en esta labor, Millas cree haber conseguido resultados exitosos, es decir, haber logrado separar definitivamente la esfera moral de la esfera jurídica. Para Millas, y según los resultados de su filosofía, no hay relaciones necesarias entre derecho y moral, aunque sí admite, como todo positivista, que estas relaciones pueden existir de modo contingente y externo.

Hasta aquí, y sólo hasta aquí, llega la aceptación de Millas del pensamiento kelseniano. Más allá no lo comparte. ¿Qué no comparte?

i) Que la filosofía del derecho quede limitada a la teoría pura o, dicho desde otra perspectiva, que la teoría pura sea una teoría y filosofía completa del derecho. (Comparte, sin embargo, todo lo que implica la teoría, por ejemplo, y en cierto modo, la estructura condicional del enunciado normativo -aunque lo amplía y corrige- y, sobre todo, la fecunda distinción entre la fase primaria y la fase secundaria de la norma de derecho).

ii) Que amplios ámbitos de la realidad jurídica queden al margen del estudio racional y pertinente del derecho. No acepta que la historia de la filosofía del derecho sea un ejercicio retórico débil, sin consecuencias efectivas para el conocimiento del objeto jurídico en todas sus múltiples y polifacéticas dimensiones. Y esto, no por agregación, como pensó Kelsen -es decir, como si la sociología jurídica o antropología jurídica fuesen del todo ajenas, y verdaderos saberes intrusos en la ciencia y filosofía del derecho-, sino porque la filosofía del derecho hunde sus raíces en la filosofía misma, y desde ella arranca y constituye sus disciplinas filosóficas regionales.

Millas piensa que si hay una metafísica en general –en el sentido de ciencia del ser en cuanto ser, según la diseñó Aristóteles- es natural que de esta realidad filosófica se deba seguir una metafísica jurídica; de la gnoseología en general, una gnoseología jurídica; de la epistemología, una epistemología del derecho (tarea que quedó bien diseñada, aunque no concluida por Kelsen); de una metodología filosófica, una metodología jurídica, terreno en el cual Kelsen parece haber dejado las cosas en un lugar óptimo, según Millas, algo así como lo que creyó Kant respecto del trabajo lógico de Aristóteles que, según él, había quedado tan perfectamente diseñado que hasta su tiempo la lógica no había dado “ni un paso adelante, ni un paso atrás”; era para él un capítulo cerrado y completo del conocimiento. En estricto sentido, aunque Millas alabe el trabajo de Kelsen, igual lo corrige en este aspecto al revisar –y reformar-, por ejemplo, la estructura lógica de la norma jurídica.

De modo, pues, que Millas no fue, como pudiera pensarse después de una primera lectura, un epígono sumiso de Kelsen. No. Aceptó la teoría pura y de inmediato fijó sus límites.<sup>12</sup> En efecto, lo que más echa de menos Millas en el pensamiento de Kelsen es la falta de una visión panfilosófica del derecho, la ausencia de una concepción amplia del objeto jurídico, de la ciencia del derecho y de la filosofía jurídica. Para Millas, el conocimiento científico y filosófico del derecho requiere de una mirada integral que necesariamente debe abarcar el derecho *situado*; el derecho en su circunstancia, circunstancias con las que el derecho nos enseña y demuestra que el *valor* es una pieza clave y esencial para comprenderlo –como fenómeno y como ciencia- *in toto*. La axiología jurídica, pues, natural desarrollo de la filosofía y, por tanto, de la filosofía jurídica, deviene en axiología jurídica, una disciplina de gran importancia y para Millas fundamental de la filosofía del derecho que, en el esquema kelseniano, no tiene cabida alguna, ya que Kelsen considera que el conocimiento de los valores es racionalmente imposible.

Si se mira, pues, el presente libro desde esta perspectiva se verá, sin dificultad, que Millas dedica toda la Segunda Parte a construir una axiología jurídica, valiéndose, eso sí, rigurosa y sistemáticamente, de los materiales que acopió, ordenó, integró y seleccionó el genial maestro vienés para quien Millas siempre tiene elogios extraordinarios.

---

<sup>12</sup> Tanto en su trabajo “Fundamentos reales del orden lógico-formal del derecho” (*Revista de Filosofía*, Sumario del N° 3. Universidad de Chile, 1956) como en su último trabajo “Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho” (*Teoría pura del derecho. Jornadas Académicas*, Edeval, Valparaíso, 1982), Millas junto con reconocer los importantes avances que Kelsen le imprime a la ciencia jurídica, se desmarca claramente de él en aspectos fundamentales de la teoría y filosofía del derecho. Millas rechaza la idea de Kelsen de que un sistema jurídico posea en sí mismo sus propios fundamentos. El derecho, como acostumbra a decir él, encuentra su fundamento en cosas extra jurídicas (valores).

iii) Millas, pues, sigue a Kelsen, lo intenta corregir en lo que le parece filosóficamente improcedente, pero va más allá de Kelsen, en lo que éste no quiso entrar; su axiología jurídica es una muestra y prueba de ello, como se verá.

Kelsen no llega a tener una mirada, hemos dicho, totalizadora y global del derecho; su afán metodológico -a la vez que le abre grandes perspectivas de análisis y de fundación racional del derecho- se queda en el análisis normativo que demuestra (y Millas lo termina de reafirmar) que el derecho *nada* tiene que ver con la moral. Ahí encuentra su mejor fundamento su controversial afirmación “cualquier contenido puede ser derecho”. Millas parece compartir esta idea también. Sí sostiene que, por ejemplo, la norma penal que reza “el homicidio debe ser castigado” significa, sin lugar a dudas, jurídicamente hablando, que si alguien mata, entonces debe ser castigado; la norma dice eso y nada más. No dice que sea bueno o malo matar, no censura moralmente; dice sólo “si se dio *A*, entonces inevitablemente debe darse *B*”. Claro que esto no quiere decir que no sea reprochable moralmente “matar a otro”. No, no se entienda mal. “Matar a otro” es reprochable moralmente y el sujeto que comete tan indigna acción merece reproche pero, y esto no debe pasar inadvertido, este juicio moral viene desde fuera del derecho. No pertenece esencial e intrínsecamente al derecho. Algunos se suelen confundir, según Millas, y creen que la estructura dialógica de la situación es la siguiente: “la moral prohíbe matar (por ejemplo, quinto mandamiento judeo-cristiano), luego, para quien mate, y contravenga el mandamiento moral, el derecho tiene dispuesta una sanción”. La norma primaria encontraría, entonces, su razón de ser en la norma secundaria que prohíbe matar. Esto puede ser así psicológica y antropológicamente -diría Millas- pero constituye una violentación del sentido jurídico puro.

Pero he aquí que Millas parece, por otro lado, quedar incómodo con tal solución. Y a partir de este momento el lector puede comprobar una constante tensión en el pensamiento de Millas.

Su idea podría ser reinterpretada y expuesta, *grosso modo*, así: es verdad que tomadas las normas una a una, o incluso en “paquetes normativos” (por ejemplo, la ley antidrogas), por más que se busque en las normas mismas, ellas permanecerán mudas e impertérritas frente a la cuestión moral. Son “químicamente puras”, por decirlo así, como el agua destilada que, precisamente por ser “destilada” sólo contiene dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. Si contiene, además, minerales, obviamente ya no es pura y para el químico será agua contaminada. Lo mismo ocurre para el jurista kelseniano y para Millas.

Por eso sorprende notablemente que Millas introduzca poco a poco y cada vez con mayor fuerza y convicción argumentos que, en su doctrina, tienden a probar que si bien es cierto el derecho, tomado por sus normas, no implica ningún valor (moral), sí, en cambio, tomado como un todo (*in toto*, como dice él), resulta un bien, es decir, un conjunto de valores morales -y también políticos- transportados intrínsecamente por el sistema jurídico. No se trata de un derecho que transporta valores (como un tren que transporta bienes valiosos, por ejemplo, alimentos), sino de un derecho que sin dejar de ser derecho es, además y también, esencialmente, valor. Hay dos cosas que conviene no olvidar: i) el derecho es un bien valioso y, ii) el derecho sirve para la persecución y realización de otros fines valiosos, queridos por la sociedad (que la sociedad fija, políticamente, mediante elecciones democráticas, si es el caso). Luego, el derecho mismo y su finalidad se integran en una sola realidad (así como el hidrógeno y el oxígeno se integran en una sola realidad general que es el agua) que es el derecho *in toto*.

No resulta fácil, racionalmente hablando, aceptar esta integración; no resulta un argumento convincente. La tensión entre una y otra determinación es evidente y se ve como un intento inviable. Se verá esto más adelante con mayor detalle y atención.

### ***Ihering y Millas***

También el famoso jurista alemán de la segunda mitad del siglo XIX es objeto de admiración por parte de Millas e influye en su pensamiento jurídico, como se puede entrever en esta obra y se puede comprobar por el artículo que le dedicó en 1976-77<sup>13</sup>.

Lo que le parece genial a Millas es que Ihering, primero que todos, haya tomado conciencia plena de las dificultades metodológicas de la jurisprudencia y de la delicada y complicada tarea que entraña determinar su objeto de estudio. El pensador alemán se adelantó a Kelsen al postular decididamente que el principio de causalidad está fuera de lugar en el saber jurídico y que, en cambio, debe ser reemplazado por principios enteramente lógicos. Con lo cual no está diciendo –ni queriendo decir- que las ciencias jurídicas sean ajenas al acaecer humano. Los conceptos jurídicos sin duda mientan hechos (“obligación”, “sanción”, “sucesión”, “familia”, “delito”, etc.), pero lo que sucede, dice Millas interpretando al jurista alemán, es que su relación con tales cosas no es de índole cognoscitiva, porque ellas no le interesan como *objeto de conocimiento*

---

<sup>13</sup> Cfr. “Ihering y la idea de la ciencia del derecho” en *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso; pp. 285-313.

sino como *objeto del pensamiento normativo*. Para Ihering, las normas en sí mismas no son fenómenos, ni hechos físicos; para él claramente las ciencias jurídicas no son fácticas y, por lo mismo, no pueden ser ubicadas en el mismo plano que las ciencias reales<sup>14</sup>. El jurista alemán ve claro que el problema del método y el objeto revisten especial dificultad ya que estas ciencias ni son ciencias de hechos, aunque tiene que ver con ellos, ni son ciencias puramente formales, al modo de la lógica, aunque otra vez mucho tenga que ver con ella. Se emparenta con esta última en la medida que sí se interesa por la significación y la forma del discurso normativo, ideas éstas que serán entrañables al pensamiento de Millas.

Lo que ocurre es que Rudolf von Ihering tiene una clara visión de la idea de derecho. Se da perfecta cuenta del sentido ambiguo que el término tiene sobre todo en manos de los juristas. Cuando hablamos de *derecho*, ¿de qué hablamos? ¿A qué objeto del mundo cultural o social nos referimos? Acontece que *derecho* se dice al menos de dos maneras muy diferentes que el uso descuidado contribuye a confundir. El derecho es, en primer lugar, un conjunto de conductas sociales reguladas (prohibidas, mandadas o permitidas) por un sistema de normas emanadas del poder estatal. Eso por un lado. Pero derecho también es ciencia, discurso (o metadiscurso, diríamos hoy) acerca de esas normas que rigen el comportamiento social. Este último discurso se corresponde con una teoría de la ciencia, mientras que el primero se corresponde con una teoría del derecho. Y a pesar que Ihering en sus últimas obras parece inclinarse por dar mayor cabida y cobertura al derecho como dogma, como ciencia en el primer sentido<sup>15</sup>, en su monumental trabajo *El espíritu del derecho romano* deja claramente establecida su teoría del derecho como ciencia jurídica de la cual, según Millas, nunca reniega, aunque algunos intérpretes creen que la abandona para asumir una actitud claramente empirista.

Lo importante –y esto es lo que impresiona a Millas- es que para Ihering la ciencia jurídica es una disciplina científica de estructura lógico-formal, de manifiesto origen racional que procede por definiciones, analogías y deducciones<sup>16</sup>. En buenas cuentas, la ciencia jurídica es una explicación racional –con todo lo que ello implica- de una determinada legislación y de toda legislación en general; y, por lo tanto, en cuanto ciencia, debe ser capaz de construir una teoría general, y aún universal del derecho, cuyos principios, métodos, conceptos y técnicas de análisis han de ser, al modo lógico, constantes e invariables.

---

<sup>14</sup> Cfr. *Op.cit.*; p.289.

<sup>15</sup> Cfr. *La lucha por el derecho* (traducción Adolfo Posada). Colección Universal, Buenos Aires, 1946; Cap.

I.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 295.



## ***Idea de la filosofía del derecho de Millas***

Sabemos ya que las posibilidades de la filosofía del derecho están dadas por las posibilidades y límites de la filosofía en general. La filosofía constituye un ideal racional del pensamiento en el que se integra la experiencia bajo categorías, relaciones, conceptos racionales y conexiones universales. Es tarea de la filosofía transformar el saber espontáneo en saber consciente de sus posibilidades y fundamentos; cuando accedemos a un saber de esta especie, dice Millas, somos poseedores de un saber de comprensión. La perplejidad característica del espíritu que se siente sobrepasado y asombrado por los problemas queda superada por la explicación racional, y entonces, y sólo entonces, estaríamos en posesión de la verdad.

El derecho es precisamente uno de esos objetos de pensamiento o de la experiencia (eso ya produce enérgicas controversias) que desafía a la inteligencia<sup>17</sup> y la deja sumida en la perplejidad con preguntas como *¿qué es el derecho?*, *¿qué función cumple?*, *¿por qué obliga?*, *¿cuál es su naturaleza?*, *¿cómo se aplica correctamente?*, *¿cómo se relaciona y distingue de la justicia?*, etc., preguntas todas sencillas de formular pero extremadamente difíciles de contestar y comprender en sus últimas determinaciones. Igualmente es cuestión enteramente filosófica, no sólo preguntarse *qué* y *cómo* son las cosas, sino también *cuál* es su último fundamento, *cómo* se explica su ser y su existencia en último y final extremo. Pero, también es cuestión esencial de la indagación filosófica el preguntar *cómo* conocemos y *cuáles* son las capacidades y competencias de nuestro aparato cognoscitivo; en definitiva, qué es el conocimiento y cómo se articula y organiza para aportar explicaciones y acceder a la verdad. Todo ello, y sin olvidar que, además, en los últimos siglos se han sumado dos nuevas regiones a la investigación filosófica: el lenguaje y los valores. El lenguaje es de gran importancia porque no es posible pensar ni menos vincular lo pensado al mundo real, sea este empírico, ideal, ficticio o emocional, sino por intermedio de él. Aparecen así la sintaxis, la semántica y la pragmática como

---

<sup>17</sup> Millas parece entender, correctamente, en nuestra opinión, que la razón es una función de la inteligencia pero que ésta es mucho más que aquélla. La naturaleza es, sin duda, inteligente ya que consigue sus fines y perpetúa sus entes y sus leyes, pero es dudoso que sea racional. Todo lo racional, pues, es inteligente, pero no todo lo inteligente es racional. Esta idea ha sido bien explicada por el filósofo norteamericano <sup>17</sup> Cfr. "Ihering y la idea de la ciencia del derecho" en *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso; pp. 285-313.

<sup>17</sup> Cfr. *Op.cit.*; p.289.

<sup>17</sup> Cfr. *La lucha por el derecho* (traducción Adolfo Posada). Colección Universal, Buenos Aires, 1946; Cap. I. En estas notas usaremos como sinónimos, sin más, "inteligencia humana", "razón", "racionalidad" y "entendimiento".

genuinas disciplinas filosóficas. Y también los valores. Los valores morales (justicia, bondad, misericordia, solidaridad, etc.), estéticos (belleza, elegancia, armonía, etc.), jurídicos (seguridad) por nombrar sólo algunos. Millas se ocupa y tiene presente en su exposición iusfilosófica todos estos nuevos factores. Describe, también, pues, siguiendo a Husserl, una propedéutica lingüística ya que se da cuenta que antes de armar el discurso hay que entrar en armonía con el lenguaje, conocerlo para dominarlo y sacarle un mejor servicio. Y lo mismo ocurre con la axiología o ciencia de los valores. Los valores son para él –siguiendo probablemente a Meinong y a Hartmann, principalmente- entidades abstractas e independientes que exigen a la inteligencia acatamiento, respeto y realización<sup>18</sup>. Se puede decir que el principal intento iusfilosófico de Millas consiste y va encaminado a construir su propia axiología jurídica. En lo esencial su filosofía del derecho aspira a ser una axiología jurídica objetivista. Veremos esto con más detalle. Por ahora queremos detener la mirada en una distinción muy necesaria para la constitución de la filosofía jurídica de Millas. La filosofía es, hemos dicho, explicación racional e integral de la experiencia mediante relaciones lógicas de validez y alcance universal, pero es también saber del saber mismo. Se refiere, pues, a “esa fundamentación crítica del saber que tanto preocupaba a Kant, ese saber en que la inteligencia, tras el asombro inicial que la lleva a investigar al mundo, se aplica a la búsqueda de los principios en que apoya sus convicciones”<sup>19</sup>. Se trata, pues, de un saber total, radicalmente fundado, relativo al ser de las cosas y al valor de la existencia. De esta suerte el entendimiento ordena la experiencia en su búsqueda de un saber total. La experiencia, anota Millas, se ordena según dos grandes categorías omniabarcadoras y de suprema universalidad: la del *ser* y la del *deber ser*. Y así como no es posible definir el *ser*, tampoco es posible definir el *deber ser*, pero eso no impide comprenderlo y caracterizarlo. El *ser* representa la unidad de todo cuanto puede ser pensado y es el soporte lógico de la predicación. Frente a él el *deber ser*, por de pronto, también es de algún modo, ya que fuera del reino del ser nada puede ser ni intuido ni pensado. Su modo de ser parece no alcanzar la culminación ni la realización completa. Frente al ser,

---

<sup>18</sup> Millas estudió pormenorizadamente a los grandes autores alemanes e ingleses que por primera vez comenzaron a ocuparse sistemáticamente de la teoría de los valores. Ortega y Gasset en un ensayo claro y bien temperado explica y resume, al punto que fija su posición filosófica (objetivismo cognoscitivo), la polémica de principios del siglo XX sobre el carácter objetivo o subjetivo de los valores y pone sobre el tapete las ideas fundamentales de Meinong, Ehrenfels, Scheler y Hartmann. Sobre esta materia también han reflexionado ampliamente pensadores de habla española: Augusto Salazar Bondy en *Irrealidad e idealidad*, Universidad de San Marcos, Lima, 1958; Antonio Millán Puelles. *El problema del ente ideal. Un examen a través de Husserl y Hartmann*. Madrid, 1947. Risieri Frondizi. *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. F.C.E., 5ª. ed., México, D.F., 1972.

<sup>19</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

puro y simple, dice Millas, siguiendo de cerca a Husserl, “el deber ser representa una exigencia de estimación o preferencia, un requerimiento de realidad que fuerza de una manera característica la conducta del hombre”<sup>20</sup>. El *ser*, dicho desde otro ángulo, fundamenta los juicios descriptivos que no se vinculan, al menos inmediatamente, con el enunciador; el *deber ser*, en cambio, está orientado a la acción y tiene mucho más que ver con lo que el enunciador o su interlocutor hace o deja de hacer. “Deberías ir a ver a tu madre” o, “no deberías maltratar a tu perro”, son juicios bien distintos de estos otros: “ésta es tu madre” o “tú maltratas a tu perro”. El *ser* y el *deber ser* devienen categorías del conocimiento, es decir, la conciencia cognoscente aprehende el ser y el deber ser en relación con lo que se dice que es y lo que se dice que *debe ser*, esto es, los pensamientos o conceptos que resultan de aplicar estas categorías a la realidad. De ahí se afirma Millas para sostener que en la búsqueda del conocimiento integral y universal la filosofía ha de proponerse cuatro investigaciones capitales: la del ser, la del deber ser, la del conocer y la de los pensamientos, o, mejor dicho aún, los conceptos y las operaciones racionales del entendimiento. Correlativamente estas investigaciones corresponden a la *metafísica* u ontología; a la *axiología* o teoría del deber ser o de los valores; a la *teoría del conocimiento* y, a la *lógica* o ciencia de la estructura y leyes del pensamiento correcto. A su turno, de aquí se derivan, también correlativamente, la *metafísica jurídica*, la *axiología jurídica*, la *gnoseología* (o teoría del conocimiento) *jurídica* y, la *lógica y metodología jurídicas* en sentido amplio.

Antes de entrar de lleno a explicar su filosofía jurídica, Millas estima necesario fijar filosóficamente la tarea fundamental de la ciencia jurídica o del derecho. Si averiguamos y determinamos con precisión en *qué* consiste el objeto, también podremos saber mejor *cómo* ha de ser la ciencia que lo considera.

Lo primero que destaca Millas es la ambigüedad e incertidumbre de la sencilla pregunta “qué es el derecho”, que suele sumir en la confusión y perplejidad al jurista. Para salir de la dificultad, el pensador chileno primero distingue –como lo hace Ihering– el derecho como sistema de normas respaldadas, según se ha dicho, por la autoridad del Estado; esto es, un instrumento al servicio de una causa general de naturaleza axiológica. Descarta absolutamente las tesis psicologistas y sociológicas, como la de Cossio y las de Hägerström y Olivecrona. Pero, enseguida explica que el objeto propio de la ciencia jurídica son las normas “que no constituyen cosas reales pertenecientes a la trama de las acciones y reacciones entre hechos,

---

<sup>20</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

sino objetos ideales pertenecientes al mundo racional de las significaciones”<sup>21</sup> captados por intuición eidética. Por eso sostiene que la tarea del jurista es análoga a la del matemático o a la del lógico, los cuales tampoco estudian hechos sino estructuras ideales, una concepción enteramente husserliana, pero en la que también resuenan ideas de Ihering.

Si es así, naturalmente a la ciencia jurídica no le compete ninguna tarea explicativa. Porque explicar significa predecir en virtud del conocimiento de leyes y principios qué consecuencias reales habrán de seguirse a partir de tales otros hechos antecedentes. La predicción es una condición propia del conocimiento de las ciencias naturales; casi no tiene aplicación en las ciencias sociales (si no, piénsese en la economía) y es enteramente ajena a las ciencias formales. Descartado lo anterior, Millas se compromete con una tesis fuerte: el saber jurídico es efectivamente conocimiento de normas relativas a hechos de la conducta humana, pero *no explica*, sino *demuestra*, al modo de la lógica y la matemática<sup>22</sup>. Pero, claro, se diferencia de estas últimas por los contenidos de que trata. Esas ciencias son únicamente saberes formales; la ciencia es *saber formal*, pero también saber de conductas efectivas o posibles. Esto es así, dice Millas, “porque si se examinan los problemas a que comúnmente se aplican unas ciencias como las del derecho civil o penal o cualesquiera otras de análoga naturaleza jurídica, se puede concluir que todas, sin excepción, se ocupan de la determinación del sentido y la aplicabilidad de las normas jurídicas, determinaciones que se expresan en dos grandes clases de proposiciones: a) proposiciones que establecen relaciones entre normas generales y, b) normas singulares aplicables a situaciones concretamente individualizadas”.<sup>23</sup>

No es fácil comprender primero el tal carácter *demostrativo* de las ciencias del derecho y tampoco lo es entender cómo operan las demostraciones. Quizá podríamos concebir que las leyes, por ejemplo, de un sistema jurídico, sean equivalentes a los teoremas de un sistema axiomático.

---

<sup>21</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

<sup>22</sup> Para nuestro pensador la proposición de derecho muestra una cierta coordinación de posibilidades de la conducta bajo la categoría del deber ser.

Esta idea de Millas respecto del carácter demostrativo de la ciencia jurídica debió tomarla directamente de la filosofía de Husserl. Efectivamente, el pensador germano en la Introducción a los “Prolegómenos a la lógica pura” de sus *Investigaciones Lógicas*, tratando de construir el camino de la nueva ciencia, escribe: “El resultado de nuestra investigación sobre este punto es la obtención de una ciencia nueva y puramente teórica, que constituye el fundamento más importante de todo arte del conocimiento científico y posee el carácter de una ciencia *a priori* y puramente demostrativa. Es aquella que han buscado Kant y los defensores de una lógica *formal o pura*”. Versión española de Manuel G. Morente y José Gaos, 1ª. ed. de 1929. Alianza Editorial, Madrid, 1982; p. 38.

<sup>23</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

Tal vez cuando Millas habla de ciencias demostrativas quiere significar más bien “ciencias deductivas”, es decir, ciencias que parten de un conjunto de premisas dadas por verdaderas y que mediante estrictas leyes de la razón arriban a conclusiones seguras y firmes. Veamos esto con mayor detalle para tratar de comprender qué quiere decir la declaración de que las ciencias jurídicas sean demostrativas.<sup>24</sup>

Tres rasgos generales caracterizan la filosofía general y la filosofía jurídica de Millas: idealismo, racionalismo y apriorismo. Estas tres propiedades de su filosofía derivan de Kant y de Husserl. Así se explica que nuestro autor defina y caracterice la ciencia del derecho como una disciplina ideal. Ideal, porque su objeto fundamental de estudio son las normas, pero no las normas sólo en su dimensión lingüística, sino más bien, y sobre todo, respecto de su contenido ideal (eidético), es decir, proposicional. A su vez, el contenido proposicional se identifica con las significaciones y, a las significaciones se accede mediante procedimientos intuitivos, todo ello -como se ha dicho en esta Introducción-, conforme a la filosofía de Husserl.

No es extraño, entonces, que Millas niegue carácter descriptivo a las ciencias jurídicas, porque, claro, esa propiedad conviene mucho más a las ciencias empíricas, naturales o sociales. La demostración es, por el contrario, una propiedad esencial y exclusiva de las ciencias formales como la lógica y la matemática. También precisa que el carácter demostrativo de las ciencias jurídicas no es enteramente congruente con tal atributo de las ciencias formales ya que sus esquemas ideales se plenifican con contenidos empíricos, mientras las ciencias analíticas se quedan y se interesan exclusivamente por las formas.

En su pretensión de probar que las ciencias del derecho son, en esencia, demostrativas, Millas trae un ejemplo, que analiza y "explica" minuciosamente, relativo al ámbito hermenéutico del derecho: el tema surge de la lectura de una disposición del *Código Civil* chileno que parece incluir a la herencia yacente entre las personas jurídicas.

Millas demuestra que si se practica una interpretación correcta, se descarta también, aún contra texto expreso, que la herencia yacente pueda ser entendida como persona jurídica.

---

<sup>24</sup> El historicismo del siglo XIX, decepcionado con el cientificismo moderno que fue incapaz de explicar la historia y la vida humana en su íntima naturaleza, distinguió entre “comprender” y “explicar”. “Comprender”, como procedimiento propio de las ciencias del espíritu se opuso al “explicar” fundado en la causalidad e inherente a las ciencias sociales. Cfr. Wilhelm Dilthey. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Versión española de Julián Marías; Prólogo de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, Madrid, 1956.

Claro que para que la prueba quede bien formulada y desarrollada, Millas sostiene que es menester recurrir a diversos principios lógicos generales y específicos, y a determinados principios jurídicos. Entre los generales se vale del principio de no contradicción, entre los específicos, de ciertos principios del derecho general o universalmente aceptados. Con esos elementos en juego, creemos que efectivamente prueba, en el sentido formal del término, la conclusión "la herencia yacente no es una persona jurídica".

Bien, nada que objetar, nos parece. Pero, no sabemos si resulta totalmente correcta la tesis de Millas. ¿Por qué? Pues porque las ciencias formales no excluyen la explicación y las ciencias naturales o sociales tampoco excluyen la demostración. En el fondo toda explicación racional y adecuada es, también, y por lo mismo, una demostración, y toda demostración matemática o geométrica es, igualmente, una explicación.

Supongamos que un astrofísico postula la hipótesis de que una determinada estrella posee un planeta hasta ahora desconocido. Explica por qué postula esa tesis y describe en detalle las razones y los datos que lo llevan a sostener esa hipótesis. Pero, explicar no es necesariamente probar, en sentido estricto. Supongamos también que este científico aspira a demostrar definitivamente que hay tal planeta y se vale de la siguiente técnica, razonando así: "si dirijo mis telescopios o radiotelescopios hacia la estrella K, y examino cuidadosamente su entorno, podría encontrar el supuesto planeta con lo cual mi hipótesis quedaría empíricamente corroborada. En otras palabras, habré demostrado que el planeta N, existe. O, quizá podría usar una técnica demostrativa indirecta. Si un cuerpo de cierta envergadura gira en torno a una estrella, cuando éste pasa cerca de la estrella, ésta se "bambolea" por la fuerza de gravedad". He aquí que el científico se propone una hipótesis, lleva a cabo el ejercicio crucial, observa la estrella y comprueba que efectivamente la estrella bajo determinadas circunstancias se "bambolea"; luego, eso significa que es perturbada por un cuerpo extraño que no puede ser, sino un planeta. Luego, queda demostrado el tal y tal.

Y cuando el lógico quiere demostrar que un determinado enunciado, llamémoslo A, es equivalente a otro, llamémoslo B, recurre, como el astrofísico, a una determinada técnica, las tablas de verdad, por ejemplo, y prueba que efectivamente esos dos enunciados son equivalentes, también lo que ha hecho es explicar por qué la hipótesis "A debe ser equivalente a B", es verdadera. Una vez más se comienza demostrando y se termina explicando.

También el jurista puede demostrar, como bien sostiene Millas, y no sólo en el campo de la teoría sino también en el de la aplicación del derecho,

una determinada relación o consecuencia jurídica recurriendo a procedimientos puramente lógicos<sup>25</sup>.

Naturalmente que aquí la prueba formal, demostración, constituye una explicación científica que revela una conducta humana que importa para el derecho. Más aún, se puede decir que todo razonamiento judicial ciertamente es demostrativo, pero justamente por ello también es explicativo. Y lo es en tal grado que precisamente por ello el tribunal considera probado los hechos, es decir, no sólo demostrados sino también explicados, y conforme a ello pronuncia su sentencia. Incluso cuando el raciocinio es persuasivo y no lógicamente demostrativo, pero logra explicar los hechos y establecer las relaciones que el tribunal estima necesarios y suficientes para dictar sentencia, declarar, “queda probado” equivale a decir “queda explicado”.

Los métodos de la ciencia, cualquier ciencia, tienen un objetivo y una función clara: demostrar las hipótesis en juego o descartarlas. Y eso es explicar, porque explicar significa, como el mismo Millas sostiene, derrotar la perplejidad que perturba la conciencia racional de quien no logra comprender por qué las cosas son como son y no de otra manera.

Este breve análisis pone a la vista al menos dos cosas: una, qué es lo que Millas quiere significar y comunicar cuando sostiene que las ciencias jurídicas son demostrativas y, dos, que tal vez su teoría no es enteramente satisfactoria ni es posible, con ella, demarcar claramente entre ciencias jurídicas y otras ciencias, como las naturales o sociales, por ejemplo. Es probable que la convicción idealista, racionalista y apriorística de nuestro pensador lo llevara a sostener y a dar por cierta una conclusión que no parece tener un alcance universal.

### ***Sobre la esencia del derecho***

Una parte muy importante de la teoría de Jorge Millas está encaminada a demostrar que la filosofía jurídica tiene por tarea determinar en qué consiste la esencia del derecho.<sup>26</sup> Se trata de una pesquisa ontológica y Millas la

---

<sup>25</sup> Irving Copi presenta el siguiente caso que podría ser el alegato de un fiscal ante un tribunal, a propósito de un homicidio en una mansión: “Si el despensero dijo la verdad, entonces la ventana estaba cerrada cuando entró en la habitación, y si el jardinero dijo la verdad, entonces el sistema de riego automático no funcionaba la noche del crimen. Si el despensero y el jardinero mienten ambos, entonces debe existir una conspiración para proteger a alguien de la casa y habría habido un pequeño charco de agua junto a la ventana. Sabemos que la ventana no pudo estar abierta cuando el despensero entró en la habitación. Había un pequeño charco de agua sobre el piso justo al lado de la ventana. Luego, si hay una conspiración para proteger a alguien de la casa, entonces el jardinero no dijo la verdad. *Introducción a la lógica*. Eudeba, Buenos Aires, 3ª. ed. 1977; p. 354.

<sup>26</sup> Esta afirmación de Millas ha sido estudiada más detenidamente en mi artículo “La singularidad del pensamiento jurídico según Jorge Millas” en *Revista de Ciencias Sociales*. N° 49/50, Universidad de Valparaíso, Edeval, 2004-2005.

considera de mucha relevancia para sentar posteriormente las bases de la axiología jurídica, que es la disciplina que más le interesa visualizar e instalar en el centro de las discusiones iusfilosóficas. El punto de partida lo toma de Kelsen. Concuere con él, como se ha dicho, en que la ciencia del derecho tiene por objeto principal abocarse al estudio de la norma jurídica. Estas normas, por cierto, deben, eso sí, pertenecer a un ordenamiento jurídico vigente (existir) y deben gozar de eficacia, esto es, deben ser usadas por los tribunales e invocadas por los operadores del derecho, en unas palabras, producir efectos jurídicos. Las normas, dice Kelsen, interesan al jurista más que por su contenido, por su forma, más bien exclusivamente por la forma (nótese como resuenan en Kelsen las teorías kantianas), con todo lo cual está totalmente de acuerdo nuestro filósofo. Sin embargo, aunque también Kelsen entiende que de la norma en cuanto norma debemos pasar a las proposiciones contenidas en las normas, Millas lleva las cosas mucho más allá. Este “ir más allá” no implica renunciar al avance científico consolidado por Kelsen sino, más bien, continuar abriendo el camino que el maestro trazó.

El pensador vienés, apurado por la lógica interna de su propia teoría, estimó y defendió en todos los frentes la idea de que la norma jurídica está vaciada de todo contenido, especialmente de contenido moral. No hay trazas de moralidad en la norma, aunque, claro está, ello no significa que no se puedan formular juicios de valor sobre las bondades o deficiencias morales de una norma o conjunto de ellas. Pero, ése es otro tema que, por decirlo así, corre paralelo pero por fuera del derecho.

Millas también comparte esta idea, pero estima que la afirmación de Kelsen no es lo suficientemente fundamentada y -agrega- una filosofía que merezca el nombre de tal no puede descuidar la cuestión del fundamento sobre el cual levanta su saber. Lo primero que Millas propone es estudiar las normas, a secas, como dice él, distinguirlas unas de otras según sus fundamentos y después detenerse a probar, o demostrar, que la norma jurídica se puede, gnoseológicamente, separar de la norma moral de manera nítida, sin dejar rastro de contaminación entre lo jurídico y lo moral. Este ejercicio no lo hizo Kelsen, pero él cree que está en condiciones de hacerlo valiéndose de los aportes de una determinada filosofía que Kelsen pareció no conocer. Nos referimos a la fenomenología husserliana. Como se explicó en el apartado dedicado a este pensador germano, Husserl, en su lucha contra el psicologismo relativista, sostuvo que los sistemas normativos tienen su origen en una teoría de la ciencia en cuanto ciencia que él también llama lógica pura. Si es así, las normas deben poder reducirse a enunciados descriptivos. Pues bien, según él, eso es posible. Realiza una demostración bastante acabada en sus *Investigaciones Lógicas* que Millas reproduce en



su estudio, y concluye que efectivamente la categoría del deber ser desaparece en favor de la categoría más potente y original, esto es, la del ser.

Una norma moral cualquiera, por ejemplo, la siguiente, puede ser transformada, *salva veritate*, mediante este procedimiento: (a) "un soldado debe ser valiente" expresa una obligación, una exigencia de tipo *sui generis*, en este caso, que debe poseer la propiedad de la valentía. Pero esa exigencia, en realidad lo que hace es explicitar un valor: la bondad de un ser. Si un hombre, por ejemplo, un soldado, ha de ser un soldado como Dios manda, por decirlo así, ha de ser un buen soldado, esto es, un soldado bueno como soldado. Luego, si se afirma: (b) sólo un soldado valiente es un buen soldado", se está diciendo lo mismo, desde una perspectiva descriptiva, que lo que significa esta proposición normativa: un soldado debe ser valiente. El caso a), entonces, y el caso b), dicen en definitiva lo mismo. En resumen, las constantes normativas han desaparecido para dejar sólo lugar al valor bondad.

Millas piensa que este mismo procedimiento de transformación puede ser aplicado a la norma jurídica. Tomemos un ejemplo de un supuesto código civil cualquiera que contenga una norma que mande lo siguiente: "el hijo menor de edad deberá obediencia a sus padres". ¿Será posible transformar esta norma en una proposición descriptiva?

Veamos, quedaría así: "sólo un hijo menor de edad que obedece a sus padres es un buen hijo". Millas diría que esta proposición descriptiva no conlleva ningún contenido de carácter jurídico y, por tanto, no es equivalente a la enunciada en el párrafo precedente.

Luego, en una norma como la # 217 del *Código Penal* alemán que establece: "la madre que mate a su hijo al nacer, o inmediatamente después, será castigada con pena privativa de libertad no inferior a tres años", ¿hay algún resabio moral? No, contestaría Millas con total seguridad. Esa norma nada dice ni directa ni indirectamente de aspectos morales. Es muda al respecto. Sólo habla jurídicamente, lo que equivale a decir que no hay en ella nada de nada que pueda confundirse con materia moral. De lo cual lógicamente fluye que "la norma de derecho prescribe, genérica o particularmente, el deber ser de un comportamiento, haciendo de la conducta contraria al mismo, el antecedente necesario de una imputación de consecuencia. El elemento determinante, continúa Millas, de este significado normativo es la noción de deber ser la cual, ajena a toda noción de necesidad fáctica (causal), racional o axiológica, sólo tiene un alcance jurídico: expresar la procedencia (no la ocurrencia), de cierto efecto para el caso de

transgresión"<sup>27</sup>. Con esta aserción del año 1982, Millas reafirma y mantiene la idea tal vez más importante de Kelsen, esto es, que una teoría pura del derecho -verdaderamente científica y que quiera pensar con categorías puramente jurídicas-, tiene que marginar absolutamente de su epistemología nociones traídas de otras ciencias muy ajenas a la ciencia del derecho.

Todo esto queda claro, no desde el punto de vista de la ciencia jurídica sino, más bien, desde la perspectiva filosófica. La ciencia jurídica no se piensa a sí misma, como ninguna ciencia; simplemente piensa en su objeto de estudio y en su método de trabajo; pero la filosofía, ya vimos según Husserl y Millas, es saber de fundamentos y su misión aquí ha consistido en determinar con precisión el objeto de estudio de la ciencia jurídica, dotarla de fundamento y avanzar a la determinación del verdadero objeto de estudio de la teoría y filosofía del derecho que, para Millas, ha de ser la esencia del derecho, objeto ideal, que si bien se aparece empíricamente en el fenómeno normativo, no es en la norma donde debe posarse la mirada del científico del derecho, sino en su contenido ideal, a saber, su significación, pura, eidética y *a priori*.

En el próximo apartado veremos cómo a partir de este momento comienza a generarse una tensión interna en el sistema de Millas que termina por hacer inviable, de acuerdo a sus propias coordenadas, la idea kelseniana que sigue defendiendo pero que ya no hay manera, a nuestro modo de ver, de evitar su derrumbe. El mismo se irá inclinando poco a poco por una idea que contradice casi totalmente esta idea primeriza al postular con mucha fuerza y razón que Kelsen se queda corto porque, en definitiva y de verdad, la explicación del derecho como bien, como instrumento o cosa buena, sólo puede encontrar su justificación en "cosas extrajurídicas", como él mismo sostiene, en definitiva, en los valores, primeramente morales y después políticos. Veremos esto con mayor detalle a continuación.

### ***De lo ontológico a lo axiológico***

Para Millas, vale la pena reiterarlo, el conocimiento de la realidad es posible por la ordenación de la experiencia en ciertas categorías del entendimiento. Aunque no cita cuáles serían éstas, sí expresa cuáles serían las supremas: las de "ser" y de "deber ser".

Así, existen "ciertos esquemas básicos con que el propio entendimiento ordena la experiencia en su búsqueda de un saber total. La

---

<sup>27</sup> "Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho" en *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*. Edeval, Valparaíso, 1982; p.52.

experiencia, en efecto, apenas considerada bajo la idea de su integración y unidad, se ordena según dos categorías de suprema generalidad: la del ser y la del deber ser, tan universales, que nada hay intuible o concebible, real o imaginario, actual o posible, fuera de ellas”<sup>28</sup>. Vale decir, la experiencia, de suyo desorganizada, es ordenada por el sujeto según ciertas categorías, de las cuales las dos supremas son las del *deber ser* y el *ser*. Aunque no son susceptibles de definición, por ser conceptos últimos, sin embargo su significado es preciso: “ambos conceptos desempeñan una función tan importante en la organización y en la expresión de nuestro pensamiento que operamos siempre del modo más inequívoco con ellos”, continúa Millas, y al respecto se afirma en Heidegger: “El ‘ser’ es un concepto evidente por sí mismo, dice el metafísico alemán. En todo conocimiento, en todo enunciado, en todo comportamiento respecto de un ente, en todo comportarse respecto de sí mismo, se hace uso del ‘ser’, y esta expresión resulta comprensible ‘sin más’. Cualquiera comprende: ‘el cielo es azul’; ‘soy feliz’, y otras cosas semejantes”<sup>29</sup>. Por todo lo anterior, “ser” y “deber ser” no se abstraen de la realidad: son condiciones *a priori* que el sujeto impone a la realidad para pensarla.

Ahora bien, entre ambos conceptos, el de “ser” tiene cierta prioridad, por cuanto funda al de “deber ser”: “el *deber ser* tiene, por lo pronto, ser; es algo, de otra manera no podría siquiera ser concebido ni nada podríamos decir de él. Se trata, por lo tanto, de un concepto fundado en el concepto de ser, pero a diferencia del ser puro y simple, del ser que *es*, el *deber ser* representa una exigencia de estimación o preferencia, un requerimiento de realidad que fuerza de una manera característica la conducta del hombre”<sup>30</sup>. De suerte que el concepto de deber ser constituye una manera peculiar de pensar y de comprender, por tanto, ciertas estructuras de pensamiento y lenguaje.

Junto a estos conceptos hay otros, como los de “moral”, “derecho”, etc. mediante los cuales pensamos la realidad. “El del derecho, dice Millas, es sólo el primero de todo un complejo sistema de conceptos esenciales o *a priori* que constituyen la estructura real del mundo jurídico y posibilitan lógicamente (no factualmente) su existencia”<sup>31</sup>. El concepto de “derecho” no se infiere de la realidad: por el contrario, lo aporta el sujeto para ordenar los datos de la experiencia. El particular apriorismo de Millas queda claro en el

---

<sup>28</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

<sup>29</sup> *Ser y tiempo*. Editorial XX, ciudad, año; p. 27. (Traducción de Jorge Eduardo Rivera. Millas cita según la traducción de Gaos).

<sup>30</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

<sup>31</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

siguiente párrafo: “la esencia del derecho, como toda esencia, es fija, cerrada, finita: constituye una estructura estática. La experiencia es, en cambio, inestable, abierta, infinita; hay siempre una nueva experiencia posible. Siendo así, la esencia no puede determinarse por la experiencia: es inconmensurable. Mientras que la experiencia del derecho va haciéndose, la idea del derecho ya está hecha, es una misma; es, en este sentido, menos rica que la experiencia. Si hubiéramos de determinar la esencia de lo jurídico según aparece realizada en la experiencia, nunca llegaríamos a conseguirlo, jamás podríamos conferir un sentido al vocablo derecho, porque cabría esperar nuevas experiencias capaces de modificar ese sentido. El método inductivo se halla en este punto excluido de la investigación iusfilosófica”<sup>32</sup>. La esencia del derecho es captada mediante “intuición”: de Kant asume Millas, como se ha explicado, que la experiencia es ordenada por conceptos *a priori*; de Husserl, que algunos de tales conceptos son objeto de una “intuición de esencia”<sup>33</sup>. Esa intuición de esencia se da al captar al menos un caso singular de sistema jurídico, o incluso al imaginar uno, pero no por abstracción desde éstos. Puede decir así que la esencia tiene prioridad lógica sobre la realidad, es la condición de su comprensión y de su posibilidad”<sup>34</sup>.

Si analizamos la esencia del derecho “intuida”, captaremos que el derecho es un sistema de normas. Una norma, para Millas, es una proposición prescriptiva que mienta una cierta *coordinación de posibilidades de conducta bajo la categoría del deber ser*”. Se trata de un pensamiento no asertivo; de ahí que, siguiendo la más estricta ortodoxia kelseniana, sostenga Millas que “la norma expresa un deber ser y, como tal, no es verdadera ni falsa: sólo puede ser justa o injusta, legítima o ilegítima”<sup>35</sup>. Lo que sí puede ser verdadera o falsa es la proposición descriptiva de la norma<sup>36</sup>.

Normas hay de muchos tipos: prácticas, de trato social o de urbanidad, éticas, técnicas y jurídicas. ¿En qué se diferencian? En los valores en los que

---

<sup>32</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

<sup>33</sup> Esto no es kantiano, porque supone la existencia en el hombre de una intuición intelectual y Millas así lo reconoce expresamente. Para Kant, nuestra intuición es sensible. Un ente que conociese mediante intuición intelectual, crearía el objeto. Tal puede ser, dice el filósofo de Königsberg, sólo Dios.

En su tratado de teoría del conocimiento Millas examina detenidamente el concepto de intuición en sus diversas manifestaciones. Cfr. “Los momentos intuitivos del conocimiento”. *Idea de la Filosofía. El conocimiento*. 2 vols. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1970; pp. 249-275.

<sup>34</sup> Esta idea de Millas está directamente inspirada en el # 97 de las *Ideen*, la famosa obra de Husserl. Cfr. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Max Niemeyer, Halle, 1913.

<sup>35</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

<sup>36</sup> En el mismo sentido, Cfr. Alf Ross: “The legal rule is neither true nor false; it is a directive”; mientras que “like all other descriptive propositions those of the doctrinal study of law must be expressions of what ‘is’ and not of what ‘ought to be’- they must be assertions, not directives (norms). When the doctrinal study of law describes certain norms as valid law, it describes certain social realities, a certain content of normative ideas as actually experienced and actually effective”: *On Law and Justice*. University of California Press, Berkeley, 1959; p. 10.

se fundan: las prácticas se fundan en los valores de la utilidad; las de trato social, en los valores de decencia, elegancia, cortesía, galantería, respeto, delicadeza; las éticas, en valores como honradez, lealtad, generosidad, gratitud, sinceridad y compasión, es decir, los valores morales. De ahí que estas normas puedan llamarse “juicios normativos de valor”, porque “fundan su prescripción en la exigibilidad de un valor específico”. Sin valor, no hay norma.

¿Y qué sucede con las normas jurídicas? ¿Cuál es el valor en el que se funda la norma jurídica?

Millas sostendrá que, en este caso, la situación es distinta. La norma jurídica no vale porque valga algún valor, no son juicios normativos de valor, aún cuando ambos declaren una exigencia de ser. Reconoce que como toda norma, de algún modo, la norma jurídica se refiere a valores, en cuanto no hay norma alguna que no se justifique en atención a un fin: “toda norma, en cuanto prescribe modos determinados de comportamiento, es una técnica para la consecución de ciertos fines, para la realización de determinados valores (...) pero independientemente de esto, se plantea la cuestión de si tales normas (las jurídicas) son *en sí mismas* prescriptivas de valores, si lo que las hace normativas es precisamente declarar la validez de un valor”<sup>37</sup>.

La respuesta es negativa: a diferencia de las otras normas, que valen porque vale un valor, las normas jurídicas valen (rigen) con independencia de su realización de cualquier valor concreto. Ello, por cuanto “mientras nos limitemos a considerar únicamente lo que se da en la norma jurídica en cuanto tal, no podemos decir que intuyamos en ella misma ninguna exigencia ideal de preferencia, ninguna forzosidad estimativa; tampoco podemos decir que su carácter prescriptivo se altere o extinga al prescindir del aspecto valorativo. Mientras nos mantengamos dentro de la significación estrictamente jurídica de la norma, será inútil que apuremos su sentido para que salga de él una exigencia de valoración”<sup>38</sup>. No “intuimos” que el comportamiento antijurídico sea, en tanto antijurídico, inmoral o disvalioso de otro modo. Una norma que prescribe una conducta no la declara valiosa; la que prohíbe otra, tampoco la declara disvaliosa. Tampoco las normas del derecho penal imputan valor o disvalor a los actos que prohíben.

Más aún: “si se identifican las normas jurídicas con las otras normas de conducta, habrá de buscarse la diferencia entre ellas en el tipo de valor al cual se orientan, en los fines a que sirven. Y de esta manera se viene a incurrir en el error lógico de definir las cosas no en función de sus esencias,

---

<sup>37</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).

<sup>38</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final). 67

de la estructura lógica que las determina, sino en función de algo exterior a ellas: sus fines”, dice Millas. De ahí que sean fútiles los intentos de definir la ley por su orden al bien común: “si definimos la norma de derecho como ‘Aquella norma que rige las relaciones humanas en orden al bien común’, nos encontramos nuevamente con una fórmula que realmente no define, si por definición hemos de entender la conceptualización del *qué es*; el *quid* de las cosas. Tanto nos enteramos por ella de lo que es la norma jurídica, como nos enteramos de lo que es el ala si decimos simplemente ‘es algo que sirve para volar’”<sup>39</sup>.

Todo lo anterior no significa, por supuesto, que Millas no valore que las normas jurídicas en particular y el orden jurídico en su totalidad, se adecúen a los requerimientos de las normas morales. Es deseable que lo hagan, pero no le es esencial.

¿Qué es una norma jurídica? Kelsen sostenía que era una proposición hipotética, que imputaba una sanción a un acto antijurídico. Su forma lógica sería “si A es, B debe ser”. Su destinatario real es el juez. De tal norma en sentido estricto o “primario”, sostiene el jurista vienés que puede deducirse una norma “secundaria”, dirigida al común de la población, que ordena la conducta contraria a la descrita como supuesto de hecho en el antecedente de la primaria. Así, si una norma primaria afirma “si alguien se apropia de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, debe ser castigado con tal pena”, entonces la secundaria debería decir “no se debe hurtar, bajo tal pena”.

Millas valora el reconocimiento del carácter hipotético de la norma jurídica por parte de Kelsen, pero no acepta su doctrina de que la “verdadera” norma se dirija únicamente al juez, y no al común de la población. Sucede que “dada la norma primaria, con ella, como parte suya, se da también la norma secundaria”<sup>40</sup>. De ahí que, más bien, haya que ver en la norma jurídica “un complejo normativo constituido por la *prescripción de una conducta principal* (norma secundaria) de hacer o no hacer algo y, la *prescripción de una conducta consecucional* que manda realizar ciertos efectos para el caso de transgresión (norma primaria)”<sup>41</sup>. La norma jurídica es, pues, un juicio hipotético conjuntivo, cuya estructura sería la siguiente: “si A es, debe ser B y, si *no-B* es, debe ser S”<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final). 70

<sup>40</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).77

<sup>41</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).77

<sup>42</sup> En términos lógicos, [ O ( A => B ) ( -B => (O) S ) ], que se puede leer de la siguiente manera, tomando una supuesta disposición tributaria:” todo contribuyente debe declarar su renta en abril; y si no la declara, debe ser sancionado”. Equivale a decir en términos lógicos “es obligatorio que en abril el contribuyente declare sus rentas (primer esquema proposicional) y si no las declara, es obligatorio sancionarlo” (segundo esquema

Si la norma jurídica, así entendida, no tiene por qué necesariamente ser justa, se sigue que su obligatoriedad no depende de su capacidad de obligar en conciencia. Por eso, frente a Ivan Hübner<sup>43</sup>, que sostenía tal, Millas expresa que “la obligatoriedad de la norma es autárquica, esto es, existe aunque yo no me sienta en conciencia obligado”. Lo cual no impide, obviamente, que la norma jurídica pueda obligar en conciencia en cuanto realiza o protege ciertos valores.

Y, ¿cuál es, entonces, la fuente de validez de las normas? Otra norma, que regula su producción. Siguiendo a Kelsen, Millas sostiene que la validez de una norma jurídica está dada por haber sido producida de acuerdo al procedimiento establecido por una norma superior<sup>44</sup>. El derecho es, entonces, “una unidad perfectamente cerrada: el derecho crea el derecho, hemos visto; la norma inferior no hace sino aplicar la norma superior, aplicación y creación del derecho son una misma cosa”, concluye nuestro autor. En otras palabras, la validez a una norma le es otorgada por una norma superior. Y en el caso de la Constitución, norma cúspide del sistema, ¿de dónde deriva su validez?

Tres respuestas se han dado, nos dice Millas: las metafísicas o trascendentalistas, las empiristas y, las lógico-formalistas o inmanentistas. Según la primera, propia de los diversos iusnaturalismos, la validez jurídica se funda en la obligatoriedad de conciencia de ciertos preceptos trascendentales al derecho y dotados de valor intrínseco. Debe rechazarse tal tipo de respuesta porque, de acuerdo con Millas, confunde la validez axiológica con la jurídica: la validez de una norma deriva de otra norma anterior; la axiológica, del contenido de lo valorado, el valor.

Deben rechazarse, asimismo, las respuestas empiristas, propias de los diversos realismos jurídicos, porque ilegítimamente concluyen la validez universal de un aspecto de la existencia de hechos, lo cual implica un falacioso tránsito del ser al deber ser: “*Del hecho del poder*, por ejemplo,

---

proposicional) del enunciado molecular. Millas explica su esquema, en esencia correcto, de la norma jurídica como una coordinación conjuntiva de dos esquemas condicionales en términos de lógica estándar; no conoce aún, porque incluso no se ha desarrollado suficientemente a esas alturas, la lógica deóntica.

<sup>43</sup> Cfr. Jorge Iván Hübner Gallo. *Introducción a la teoría de la norma jurídica y la teoría de la institución*. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1951.

<sup>44</sup> Notemos que, de ser así, los principios no puede pertenecer al derecho. Tampoco la costumbre, por cuanto no es “producida” de acuerdo a ninguna norma superior. Hart ya captó esto. Respecto a la costumbre, Millas capta que, dentro de su positivismo kelseniano, no puede ser estándar jurídico con anterioridad a su aplicación por los tribunales, por cuanto no ha sido producida de acuerdo a ningún procedimiento determinado con anterioridad por otra norma superior. De ahí que sostenga que la costumbre pasa a ser derecho sólo al ser aplicada por los tribunales: “la norma del derecho consuetudinario sólo se constituye con las decisiones judiciales”, afirma.

puede resultar *el hecho de la obediencia*, pero no la norma de que se deba obedecer. Las normas no son meros hechos”<sup>45</sup>.

La tercera respuesta es la muy conocida dada por Kelsen: se debe postular una norma fundamental del sistema, que le otorgue validez a la Constitución. Tal norma no es norma positiva, porque no ha sido puesta, sino que es supuesta. Es, en realidad, un “presupuesto gnoseológico”, una hipótesis necesaria para el conocimiento de las relaciones subsecuentes de validez entre las normas positivas del orden jurídico, por ende, una categoría formal del conocimiento jurídico. Un concepto *a priori* en la mente del jurista destinado a producir el conocimiento jurídico. Es, en síntesis, la condición de la posibilidad del pensamiento jurídico. Por ser *a priori* es formal. De ahí que no exija de los órdenes jurídicos particulares ningún contenido concreto.

Al no depender su validez de otro sistema normativo, el orden jurídico es así autárquico. Eso sí, aunque no dependa en su validez de otros órdenes normativos, el sistema jurídico debe, en su conjunto, ser eficaz para ser válido. No se trata de que la eficacia sea sinónimo de validez, sino más bien condición de tal validez. Ello no acontece en el caso de las normas consideradas individualmente: ellas son válidas por el sólo hecho de haber sido producidas de acuerdo a lo prescrito por una norma superior, aún cuando no sean eficaces. La eficacia de una norma consiste en “su grado de cumplimiento, es el grado de correspondencia entre la conducta requerida y la conducta realizada: una norma válida puede o no ser eficaz según que el comportamiento real de las gentes corresponda o no a la conducta por ella prescrita. Representa, de este modo, una conexión entre los dominios del ser y del deber ser”<sup>46</sup>, afirma Millas.

Con todo, podemos preguntarnos por qué debemos obediencia al derecho. El positivismo kelseniano respondería que se le debe obediencia al derecho porque ha sido producido conforme a lo prescrito por una norma superior. Y así, remontándonos, llegaríamos a la constitución histórica, y en ese momento habría que volver a consultarla ¿y por qué debo obedecer esta constitución histórica? Kelsen no podría dar ninguna respuesta a tal pregunta. La única que podría dar sería ésta: “porque así lo expresa la norma fundamental, la cual tiene validez hipotética, no vale por promover ningún valor, y además es una simple condición de posibilidad del conocimiento jurídico”. Demás está decir que tal respuesta parece poco convincente. Millas acepta esta respuesta, pero la considera parcial. Ella permite fundar una epistemología jurídica, pero no es suficiente para constituir un sistema

---

<sup>45</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).97

<sup>46</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).100



normativo que no solamente sea válido sino, también, eficaz. Entonces Millas considera que si bien Kelsen tiene derecho a detener su análisis en este punto, consecuente con los fundamentos de la teoría pura que no pretende sino ser una epistemología del conocimiento jurídico, ve, de acuerdo con su idea de que la filosofía debe llevar la inteligencia al límite, que es necesario seguir preguntando e interrogar ahora: ¿por qué debemos obediencia a la norma fundamental o hipotética fundamental? El análisis teórico debe ceder paso al análisis filosófico porque ésta no es ya una materia de carácter estrictamente científico sino, más bien, de carácter metacientífico. Nada impide la pregunta racional, dice Millas.

Por otro lado, la pregunta, ¿por qué debo obedecer esta norma? es reconducida por Millas a esta otra: ¿y por qué debo obedecer al derecho? Acabamos de ver que la cuestión no puede parar, filosóficamente hablando, en la norma hipotética fundamental porque ésta, a su vez, sigue necesitada de fundamentación.

Su respuesta es clara: se debe obedecer al derecho porque éste es un bien. Como es obvio, esta respuesta es extrajurídica e hinca sus fundamentos de lleno en la axiología. Este desacuerdo con Kelsen llevará a Millas a distinguir entre las partes del derecho y el derecho como un todo.

En efecto, aunque toda norma jurídica, aisladamente considerada, sea axiológicamente neutra, el todo del sistema jurídico no lo es. Tal todo requiere un fundamento: “podemos aceptar que cada norma obligue porque, en última instancia, obliga la totalidad del orden jurídico, pero la razón de la obligatoriedad del orden jurídico mismo ya no puede ser jurídica y lo trasciende: el derecho no puede fundar su propio deber ser”<sup>47</sup>. Así, frente a Kelsen, que cerraba la cadena de fundamentación de las normas jurídicas con la norma fundamental, Millas hará ver la necesidad de recurrir a un imperativo axiológico para justificar la obligatoriedad del derecho. Pero, a diferencia de los iusnaturalistas tradicionales, aceptará que el fundamento de validez de las normas jurídicas sólo puede encontrarse en otra norma jurídica, siendo la última de éstas una norma supuesta que actúa como mediadora entre el imperativo axiológico y las normas jurídicas, transformando al conjunto de éstas en un sistema.

“El derecho es un bien”, dice Millas<sup>48</sup>. ¿Qué es un bien? Un contenido que realiza un valor, la concreción de un valor, una cosa valiosa. Y un valor

---

<sup>47</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).123

<sup>48</sup> Esta idea de fundamentación axiológica del derecho que Millas desarrolla en este libro tiene ya sus orígenes muy claros en un artículo breve de 1956 “Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del derecho”, *Revista de Filosofía*, N° 3, Santiago de Chile.

es, nos dice, un objeto ideal<sup>49</sup>. Los valores, aunque no existentes en el tiempo y espacio –a diferencia de los bienes, que sí existen espaciotemporalmente–, en realidad, aunque su ser es ideal<sup>50</sup>. Por ello, no está sujeto a las relaciones causales a las que están sujetos los entes reales, “existentes”, como dice Millas. Por todo lo cual su ser se nos aparece como extraño. En síntesis, los entes ideales “no duran, no crecen, no nacen ni se extinguen, no tienen cualidades físicas ni psíquicas, no están ligados por relaciones causales, no se engendran ni modifican entre sí y... no obstante, poseen ser, son algo, puesto que pueden ser pensados”<sup>51</sup>. Aunque esto pudiera parecer platonismo puro, es en realidad la fenomenología alemana de los valores la que de modo manifiesto influye en nuestro iusfilósofo. Efectivamente, como se ha recordado, la axiología es una disciplina filosófica nueva surgida especialmente por obra del pensamiento alemán del siglo XIX.

Los valores no son, pues, ni *formas (eide)* platónicas, ni el bien aristotélico ni su sucesor el *bonum* trascendental de los medievales. No son realidades dispuestas por el sujeto valorante. Por el contrario, se le imponen a él desde su autarquía e independencia ontológica. Millas llega a reconocer la posibilidad de su jerarquización aunque rechaza la propuesta de Scheler.

¿Cómo se conocen los valores? La respuesta es la propia de todo fenomenólogo: por intuición, tal como se conocen todos los entes ideales<sup>52</sup>.

El entendimiento humano es la facultad de captación de los valores, los aprehende intuitivamente porque son *a priori*, como todo ente ideal. Todas las esencias poseen cualidades específicas que el entendimiento aprehende con evidencia mediante intuición eidética. Aunque su aprioridad sólo tiene sentido como capacidad de organización de la experiencia. Los valores mismos, dirá Millas, “son las formas ideales que posibilitan la realidad concreta y la hacen inteligible”<sup>53</sup>. La herencia kantiana no se pierde nunca.

Ahora bien: si el derecho es un bien que tiende a concretar un valor, ¿cuál será éste? Preguntar tal cosa es preguntar por el fin del derecho, pregunta prohibida por el positivismo kelseniano que Millas intenta responder por considerarla no sólo existencialmente relevante, sino también de la

---

<sup>49</sup> Millas explicita su teoría de los valores en su artículo “Problemas iniciales de una teoría de un juicio de valor”. *Revista de Filosofía* de la Universidad de Chile, Vol. 11, N° 1-2, 1964, pp. 109-119.

<sup>50</sup> Cfr. Antonio Millán Puelles. *El problema del ente ideal. Un examen a través de Husserl y Hartmann*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1947.

<sup>51</sup> La obra de Meinong parece haber influido en el idealismo de Millas. Meinong distingue entre los objetos existentes, subsistentes e imposibles (como el círculo cuadrado) y a todos les asigna “ser”, aunque no existencia. La existencia pertenece solamente a ciertas entidades que modifican el ser. Cfr. “The Theory of Objects” in *Realism and the Background of Phenomenology*. Chisholm, R. (ed.). The Free Press, New York, 1960.

<sup>52</sup> Millas en “Los momentos intuitivos del conocimiento”. *Op.cit.*, distingue la intuición eidética (p. 256), de la intuición axiológica (p. 262), y de otras formas de intuición.

<sup>53</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final).131

esencia de la filosofía jurídica. Y ello simplemente porque, “si el Derecho es –como Kelsen lo ha reconocido expresamente- ‘una técnica social específica’, sólo puede ser exhaustivamente comprendido en función de su específica finalidad. La de un medio sólo puede comprenderse a la luz de sus fines”<sup>54</sup>.

Es claro que lo que sea la “finalidad específica” del derecho ha sido objeto de discusión a lo largo de la historia de la filosofía jurídica. Multiplicidad de valores han sido propuestos como candidatos al título constitutivo de la finalidad del derecho: justicia, seguridad, orden, prosperidad, colaboración social, paz, por citar sólo los más conocidos. Y Millas reconocerá que el derecho puede servir a todos ellos y, más aún, a todo valor posible, incluso a aquellos aparentemente tan ajenos a él como la belleza o la verdad. Y es que el derecho muestra una “plasticidad axiológica”: sirve para posibilitar la concreción de multiplicidad de valores o, por decirlo con Millas, tal plasticidad consiste en que se halla en conexión con todos los valores y que en cualquiera de ellos podemos reconocer un valor fundamental del derecho. De ahí que el derecho, siendo un medio, no es un medio cualquiera, como podría serlo una máquina, o una herramienta que tenga una particular “dignidad”. Su rango es del más alto abolengo entre los bienes instrumentales humanos.

El derecho puede servir a todos los valores y, sin embargo, expresa Millas, no todos ellos constituyen su finalidad específica. El único valor propiamente jurídico es la seguridad; todos los demás son externos al derecho aunque el derecho tienda a realizarlos en la sociedad para conseguir los más altos fines que ésta, política, religiosa, económica o socialmente, se proponga.

La seguridad jurídica no consiste en una simple tranquilidad o paz social. Consiste en “la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan”<sup>55</sup>. Incluye así dos elementos: conocimiento de las normas jurídicas

---

<sup>54</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final). 132

<sup>55</sup> Cfr. p. xx (se indicará una vez que la imprenta entregue la versión final). La idea de seguridad jurídica que desarrolla Millas tiene un estrecho parentesco con las doctrinas que sobre el mismo punto desarrollan Luis Recaséns Siches en su *Tratado general de filosofía del derecho*. Porrúa, México D.F., 1983. (1ª ed. 1959); pp. 224-226; 618-622 y, Eduardo García Maynes, *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa, México D.F., (2 vols.), 1940-41. Más exhaustivamente desarrolla su doctrina en su *Filosofía del derecho* y, específicamente, en el cap. 7 “los valores jurídicos” en donde escribe “todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores” y agrega “no podríamos llamar *derecho* a un orden no orientado hacia valores”. Porrúa, México, D.F., 1977; p. 413.

y, predictibilidad del comportamiento del resto de los hombres. Esta seguridad es así una dimensión ontológica del derecho, su fin *a priori*, al cual todo otro fin queda funcionalmente supeditado. Esto debe entenderse bien: no como que la seguridad jurídica sea superior a otros valores, como la justicia. Ella misma se orienta a otros valores. Quiere decir que la seguridad jurídica es condición de la realización de otros valores: “el orden jurídico antepone la seguridad a todo otro valor como un medio para favorecer el imperio de todos los valores”<sup>56</sup>. La seguridad jurídica no es un fin en sí mismo. Por ello, la obediencia al derecho no viene prescrita por un imperativo categórico, sino por uno hipotético.

### ***De las normas al derecho***

Como ya se ha explicado, este libro ha emergido de los borradores de clases, publicados internamente para uso de los estudiantes de Derecho de la Universidad de Chile. Seguramente en los proyectos de Jorge Millas estaba la opción de publicarlo para dominio público. Ese proyecto nunca se concretó. Eso explica que el libro constituya, en definitiva, más bien un bosquejo de la obra que el autor tal vez se proponía dar a la luz algún día. Quien lea esta obra en su totalidad se dará cuenta de la incompletitud de que adolece: termina, como se ha dicho, de manera abrupta, lo que no puede significar sino que el libro continuaba en otros borradores que ni siquiera consideraba Millas aptos para ser publicados como material docente. Seguramente estaban en etapa de elaboración. Esto queda corroborado por los cursos que dictó en la Universidad Austral de Chile, algunos de ellos dedicados enteramente a la axiología en general, y a la axiología jurídica en lo específico.

De cualquier manera nos parece que en esta obra -cuyo complemento filosófico está en su obra *Idea de la Filosofía* de 1969- propone algunas tesis, y ofrece argumentos a favor de ellas, de gran rigor filosófico y originalidad. Entre ellas creemos que se pueden distinguir las siguientes.

1. Su idea de la filosofía como investigación racional rigurosa que, específicamente, consiste en esforzarse por llevar la inteligencia a su límite. Esto implica la necesidad de la fundamentación de su propio saber y la fundamentación del saber no filosófico (ciencia y disciplinas particulares). Eso se ve claramente en el intento de nuestro autor de dotar de fundamentos

racionales e inteligibles a los estudios científicos del derecho. La filosofía es, pues, un saber de fundamentos auto y totofundante.<sup>57</sup>

2. Es también de indudable interés su tesis de acuerdo con la cual el saber racional obedece a estrictas leyes formales de la razón que se encuentran íntima e intrínsecamente conectadas en virtud de las regularidades de la forma. Esta idea, enteramente husserliana, es originalmente aplicada por Millas a sus propias investigaciones filosóficas y reclama, a su vez, un lugar central para ellas en las investigaciones jurídicas. El saber científico (en el sentido filosófico de la expresión) es necesariamente saber sistemático. Las verdades fragmentarias, como afirmaba Husserl, que no es posible integrar a sistemas más amplios, son aún saberes larvarios que están lejos de constituirse en disciplina científica.

3. La filosofía, por la índole de su naturaleza, tiende a ser universal, pero, indudablemente, surge siempre de una circunstancia histórica y cultural y socialmente situada. El fondo filosófico de nuestro iusfilósofo lo constituye el kantismo; la metodología filosófica y la elaboración conceptual, la toma de Husserl. Por ello, parece correcto afirmar que la filosofía jurídica de Millas constituye una aproximación fenomenológica al objeto jurídico, lo que representa un intento sistemático y coherente de construcción de una filosofía jurídica con sello original y propio.

4. Como se ha observado, Millas hace suya también la filosofía jurídica de Kelsen y la considera la doctrina más rigurosa y certera del derecho hasta ese momento elaborada. De ahí deriva, probablemente, el positivismo jurídico que Millas acepta y contribuye a desarrollar y fortalecer con sus particulares visiones filosóficas. Pero, como él mismo lo advierte, sólo considera la teoría pura como una metodología eficiente y estricta para el buen estudio del fenómeno jurídico. No acepta Millas que las disciplinas tradicionales de la filosofía jurídica desaparezcan del horizonte filosófico, y que la filosofía del derecho quede reducida meramente a la teoría pura tal cual lo propone Kelsen. Sí acepta la tajante distinción de Kelsen entre derecho y moral y, más aún, contribuye, mediante métodos husserlianos, a

---

<sup>57</sup> Otro fenomenólogo, Martín Heidegger, ha escrito, aunque desde el punto de vista metafísico, sobre el fundamento del fundamento que sería el fondo último a partir del cual la razón humana arranca para pensar. Es el *principium rationis*, como dice él, el *nihil fit sine causa*, el *principium reddendae rationis* que de otro modo también reclama Millas para todo saber filosófico riguroso. Cfr. *Der Satz vom Grund*, versión española *La proposición del fundamento*. Ediciones del Serbal, Barcelona, 2003.

ratificarla y confirmarla. Pero, justamente en este punto comienza la tensión interna en el pensamiento de Millas que lo lleva, en definitiva, a elaborar una teoría no positivista del derecho o, al menos, débilmente positivista.

5. Su construcción axiológica lo conduce a proponer una interesante y novedosa teoría de la seguridad jurídica, emparentada con el objetivismo ético y axiológico de la filosofía alemana, aceptado también por algunos pensadores hispanoparlantes con los cuales Millas mantuvo contactos e intercambios de ideas (Recaséns Siches, García Máynez). Millas sostendrá firmemente que la seguridad jurídica es un valor, cosa que sin duda todo el mundo sabe, pero su contribución consiste en que ofrece argumentos convincentes desde el punto de vista positivista para afianzar la idea de que es el único valor intrínsecamente jurídico y demostrando, consecuentemente (si no se recusan las premisas desde las cuales parte), que la justicia, y otros valores, no son jurídicos, aunque extrínsecamente se relacionen con el derecho.

Por otro lado, Millas preconfigura en su filosofía la idea del Estado de derecho. Su desarrollo sistemático quedó pendiente, según lo que sabemos. Esta idea del Estado de derecho conecta con su teoría de la seguridad, ya que se puede decir que para Millas la seguridad jurídica es una condición necesaria -aunque no suficiente por sí sola- para la constitución del concepto de "Estado de derecho". Hasta donde llega la seguridad jurídica, hasta ahí hay derecho, y hasta donde llega el derecho, hasta ahí hay Estado de derecho.

6. El balance de una lectura atenta de esta obra revela prontamente el rigor y la originalidad de nuestro pensador (en su tiempo y para su tiempo). Erróneo sería juzgar su filosofía de ayer con categorías y conceptos de hoy, aspectos que Millas no conoció. Y así y todo, salta a la vista del lector una suerte de incoherencia interna de su doctrina positivista. Veamos. Millas acepta en lo esencial la teoría pilar de Kelsen y, por tanto, suscribe su positivismo. Este positivismo, como todo positivismo, fija su objeto de estudio, principalmente, en la norma jurídica positiva válidamente promulgada por la autoridad competente. Si la norma pertenece a un sistema normativo, entonces, es válida.

La validez de la norma y del sistema es formal, aunque se sustente en la eficacia. Incluso Millas contribuye con sus propios argumentos a consolidar esta conclusión del positivismo. Asegura que tomadas las normas una por una, como partes de un todo, no encontraremos de ninguna manera residuos

no jurídicos -morales, por ejemplo. Ni siquiera es lícito ver en una norma penal que prohíbe o castiga crímenes aberrantes, huellas de moralidad. "Se prohíbe el homicidio bajo pena de muerte", ley válida y vigente de un imaginario ordenamiento jurídico, sólo dice, explica Millas, "no se acepta el homicidio, y si alguien mata, sufrirá pena de muerte". Eso dice y significa, secamente y nada más.

Aunque uno rechace esta concepción del derecho, tendría que aceptar que hasta aquí Millas es un buen positivista, un pensador fiel a su propia lógica interna que mueve su pensamiento. Claro, pero Millas suscribe otros compromisos filosóficos que también exigen lo suyo. Contra Kelsen postula que hay otras ramas de la filosofía jurídica aparte de la teoría pura e, incluso, más importantes. Una de ellas es la axiología jurídica. He ahí un compromiso. Otro. Se adscribe plena y conscientemente a la filosofía fenomenológica de Husserl y, por tanto, acepta el intuicionismo cognoscitivista y esencialista de este pensador. Y, naturalmente, no está dispuesto a renunciar al apriorismo kantiano. Pero ¿cómo compatibilizar todo esto?

Millas desarrolla una estrategia para intentar superar, según él, esta "aparente" contradicción. Asegura que una cosa son las normas jurídicas consideradas individualmente y, otra, el derecho tomado como un todo. Es decir, aplica la idea de acuerdo con la cual el todo puede ser más que la suma de sus partes. Así, tomemos una imagen deportiva, donde pueden suceder dos cosas a este respecto. Una, que un equipo de fútbol esté compuesto de excelentes jugadores y que, sin embargo, el equipo en su conjunto sea mediocre. Dos, que cada uno de los jugadores sea discreto deportista, pero que todos, en juego, hagan del equipo un excelente cuadro deportivo. Sí, se puede aceptar, al menos teóricamente, que tal ocurre. Pero, siguiendo la misma línea argumental ¿ es correcto o verdadero asegurar que el derecho, tomado parte por parte, no tiene trazas de moralidad, que es axiológicamente neutro, y que, en cambio, tomado como un todo, es un bien, una cosa valiosa, es decir, un bien moral ?

Pues bien, ni más ni menos eso es lo que asegura Millas. Claro que ofrece argumentos pero, hay que reconocerlo, aquí sus argumentos se desdibujan y pierden la proverbial fuerza persuasiva que suele tener su filosofía en general. Su afirmación está clara pero la argumentación es débil y en su conjunto da la impresión de una suerte de contraposición entre la tesis de la neutralidad de las normas y la tesis de la no neutralidad del derecho "in toto", como dice él. Uno podría reforzar la argumentación de Millas y sostener, como se ha sostenido,<sup>58</sup> que una cosa es el ordenamiento

---

<sup>58</sup> Cfr. Robert Alexy. *El concepto de validez del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1994.

normativo de una nación, y otra, algo distinta, el derecho de esa nación. El sistema normativo sería la parte más importante de ese todo que sería el derecho, pero tendría que compartir su lugar con principios jurídicos y no jurídicos, doctrinas ya consagradas y aplicadas por los tribunales y cosas de esa naturaleza.

Bien pudiera ser. Pero en el caso de la teoría bajo examen esto no resulta convincente. Millas tampoco lo explica así. Y como Millas tiene una propensión a considerar el derecho desde un punto de vista apriorista y formal, podríamos, desde ese punto de vista, comparar el derecho como un todo con un sistema científico cualquiera.<sup>59</sup> ¿Sería correcto sostener, bajo esas condiciones, que una teoría científica puede constar de proposiciones que no son verdaderas y que, en cambio, considerado como un todo, la teoría sí lo sea? Naturalmente esto nadie lo podría sostener.

La verdad del todo depende de que sean verdaderas cada una de sus partes. La lógica elemental (cuadro de oposiciones de Aristóteles), nos dice que si *A*, proposición universal afirmativa, es verdadera, entonces por inferencia inmediata debemos concluir que *I*, proposición particular afirmativa, también es verdadera. Claro que, concedemos que decir "X es verdadero" no es parejamente igual a decir "X es moral", pero así y todo, la analogía ayuda.

Millas ensaya también otro argumento. Dice que los enunciados morales son autónomamente correctos, mientras que los jurídicos son heterónomamente correctos. O sea, que un sistema moral, podríamos colegir, tiene una moralidad interna y, además, al aplicarlo, debe tener una moralidad externa. De suerte que el enunciado "has el bien y evita el mal" es en sí mismo moral. Y lo es también si, además, el agente moral hace efectivamente el bien conforme al enunciado. Sería semejante al enunciado sintético *a priori* de la matemática, por ejemplo: " $2 + 2 = 4$ " que es intrínsecamente válido en virtud del significado formal de sus términos y las reglas de la aritmética, y también es válido cuando queremos aplicarlo a una realidad empírica.

En cambio, la norma jurídica, moralmente sería neutra internamente, pero sí cabría un juicio estimativo heterónimo. Se podría decir "esa ley es

---

<sup>59</sup> Curiosamente en su artículo de 1956 ya citado, Millas reprocha a Kelsen que considere al derecho como una cuestión de mero conocimiento teórico y no de razón práctica, como él cree que lo es. "Sus categorías no son del pensar sino del hacer", escribe. Claro que esto también podría entenderse como la necesidad de distinguir entre el derecho como hecho y el derecho como ciencia jurídica que, precisamente, se propone como objeto de estudio ese conjunto de hechos denominados "derecho". Pero tampoco esta idea representa la doctrina que Millas desarrolla en este libro. Aquí fustiga fuertemente a Cossio para quien el derecho no reside en las normas sino en las conductas de la gente. Y considera, por tanto, que ése es el verdadero objeto de estudio de la ciencia jurídica.



injusta”, o “justa”, etc., cosa que, en cambio, no se podría decir de suyo del sistema jurídico *in toto* porque éste sería en sí y por sí un bien, encarnaría valores en sí mismo y, por otro, dado su carácter transitivo e instrumental, estaría dispuesto para la realización de valores. El derecho se propone fines axiológicamente valiosos como la consecución de la justicia, la paz, el orden, la solidaridad, la prosperidad y otros. Y estos valores, dice Millas, no sólo constituyen los fines del derecho sino también su último sustento. El derecho no se funda en la norma hipotética fundamental, como quería Kelsen, ni en mandatos divinos, ni en miedos colectivos ni en la coacción de un grupo organizado, aún bajo la forma del Estado, que detente o ejerza legítimamente el poder, sino en cosas valiosas.

De modo, pues, que a lo largo de esta obra el lector verá a un Millas que parte de posiciones paleopositivistas firmes y muy decididas pero, a medida que avanza y por la fuerza de la compulsión interna de su pensamiento, que no se permite abandonar sus presupuestos filosóficos esenciales, va transformando su doctrina jurídica cada vez más en un no positivismo, en un axiologismo jurídico.<sup>60</sup> Claro, porque absurdo sería decir que el positivismo renuncia a sus bases conceptuales en favor de un axiologismo jurídico. Por eso precisamente Kelsen pronto deja fuera de juego la axiología jurídica y toda filosofía que no sea enteramente compatible con su teoría pura. Millas, en cambio, comienza siendo un decidido kelseniano para terminar en una doctrina que seguramente Kelsen habría rechazado. Comparto, por todo lo dicho, la apreciación de Atienza,<sup>61</sup> quien ha sostenido que si Millas hubiera vivido hasta nuestros días, hoy ya no habría sostenido ese positivismo. La tensión intelectual que palpita en su filosofar y la incompatibilidad objetiva y sistemática que se va observando en su filosofía a lo largo de esta obra, así lo confirma.

**Juan O. Cofré-Lagos**

---

<sup>60</sup> El no positivismo ha objetado a Luigi Ferrajoli su resistencia a considerar una validez material para el derecho. Ferrajoli ha respondido que, en realidad, el derecho queda mejor defendido y caracterizado desde un positivismo jurídico que sostenga que el fundamento moral del derecho no le es interno, sino externo. Sería su fuente ideológica posibilitante. Curiosa tesis que en cierto modo cincuenta años después coincide con las intuiciones filosóficas de Millas. Cfr. el debate sobre la teoría del derecho en el paradigma constitucional entre Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso y Manuel Atienza, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008. Cfr. también algunas obras de Ferrajoli en que defiende esta doctrina: *Derechos y Garantías*. Trotta, Madrid, 1ª. ed., 1999; *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000; y *Democracia y garantismo*. Trotta, Madrid, 2008.

<sup>61</sup> Cfr. Manuel Atienza Rodríguez. “Una filosofía del derecho para el mundo latino” en Discurso pronunciado en la Universidad de Valparaíso en enero de 2011 con motivo de su nombramiento de Doctor Honoris Causa.

## **PRIMERA PARTE**

### **FUNDAMENTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

#### **Capítulo I**

#### **MISIÓN DE LOS ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

##### **1. Experiencia y saber**

El saber se refiere siempre, directa e indirectamente, a sucesos y cosas, actuales o posibles, de la experiencia humana, mas no todo saber consiste en la mera percepción de sucesos y cosas. La experiencia, en el sentido estricto del vocablo, la mera experiencia de fenómenos, por tanto, no es propiamente el saber ni menos lo que llamamos saber racional. La experiencia como conjunto de datos ofrecidos a la conciencia, es la materia del saber; describirla, comprenderla, dominarla, es la finalidad del saber, pero no es el saber mismo. La percepción de una cosa, la imagen visual de un árbol, por ejemplo, no es, por sí sola, verdadero saber. El saber supone la representación de relaciones y, por consiguiente, la integración de la experiencia en unidades que exceden su contenido actual y concreto. El auténtico saber se apoya en la experiencia, pero justamente para rebasarla y alcanzar aquello que se muestra incompletamente en ella, o que no se muestra en absoluto. Por eso, todo saber es, en definitiva, simbólico y consiste en representar mediante signos los sistemas de relaciones en que se hallan o pueden hallarse nuestras experiencias actuales y posibles. La más simple expresión de nuestro saber supone todo un complejo sistema de relaciones entre experiencias reales y posibles. Así, el conocimiento expresado en la proposición “Juan es marino” supone, primero, que hay un individuo con los caracteres de los entes humanos; supone también que es varón; enseguida, que pertenece a una clase particular de hombres, la de los marinos; supone, además, que responde al nombre de Juan, todo lo cual se traduce, al cabo, en la anticipación de posibles experiencias concretas relativas al sujeto Juan de esa proposición y pertenecientes no sólo al mundo subjetivo de quien enuncia esos asertos, sino al mundo común, intersubjetivo, de todos los seres humanos. Saber eso u otra cosa de Juan viene a significar, de esta manera, poseer una representación simbólica, un

esquema sustituto de todo un mundo posible de experiencias y relaciones entre experiencias. Por eso, y sin darnos cuenta de ello muchas veces, nuestro conocimiento de las cosas inmediatas, ese que traducimos en proposiciones descriptivas de lo visto o tocado “aquí” y “ahora”, contiene más, muchísimo más de lo efectivamente expresado. Lo expresado es siempre un corte convencional en el continuo de un saber tácito más vasto y profundo en el cual la experiencia efectiva es rebasada por todas partes.

No hay, entonces, saber alguno limitado al mero recuento de experiencias, al simple inventario de nuestras percepciones. El más sencillo enunciado de esta clase, “vi un incendio”, por ejemplo, o “hace frío”, implica la inserción de la experiencia en una compleja red de relaciones con otras experiencias reales y posibles. Todo saber es, más que experiencia, pensamiento de la experiencia e implica, por lo mismo, sutiles operaciones de comparación, asociación, integración, previsión y generalización. De esta manera, el hombre, lo quiera o no lo quiera, lo sepa o no lo sepa, es un animal inteligente hasta para decir tonterías, y su inteligencia consiste en una peculiar e irrenunciable capacidad para “ver más allá de sus narices”, es decir, para considerar las cosas en función de los nexos que las proyectan allende ellas mismas, en el tiempo y en el espacio y, en ocasiones, también fuera del tiempo y del espacio. En virtud de estos nexos las cosas se convierten de meras representaciones “mías”, subjetivas, en auténticos “objetos”; esto es, en cosas pertenecientes al mundo intersubjetivo de todos los seres humanos.

La historia del pensamiento, desde los primeros atisbos de una concepción mágica del mundo hasta las elaboradas concepciones de la ciencia y la filosofía es, también, la historia de los esfuerzos de la inteligencia para construir una imagen total, orgánica y completa de las cosas y sucesos de la realidad. El fruto de esta historia es el pensamiento racional en que el hombre ha hallado una insuperable herramienta para la integración de la experiencia subjetiva y la constitución del mundo intersubjetivo de la experiencia común.

## **2. Experiencia y racionalidad**

El ideal racional del pensamiento constituye, en verdad, la más efectiva de las formas de integración de la experiencia. Más aún, es el instrumento natural de la inteligencia humana en su intento de comprender las cosas desde el punto de vista de sus conexiones universales. Por eso, en la medida en que el conocimiento aspira a ver lo dado en la unidad de todo lo real y lo posible, ha sido siempre, aunque en ocasiones muy imperfectamente, racional. La

historia del pensamiento viene a ser, de este modo, la historia de su progresiva racionalización y, por lo mismo, la historia de su esfuerzo por ser plena y cabalmente pensamiento.

La intelección de esta idea requiere, por cierto, eliminar más de algún malentendido. El primero aparece con el viejo problema relativo a la unidad histórica del pensamiento. La racionalidad, podríamos preguntar, ¿es una forma universal de mentalidad, reconocible en todos los grupos culturales, o constituye acaso un producto histórico relativo a las condiciones peculiares de la vida, de una o de algunas determinadas culturas? Lévy-Bruhl impuso a comienzos del presente siglo, con la autoridad de sus célebres investigaciones sobre la mentalidad primitiva, un punto de vista que se ha prestado a las más graves y esterilizantes confusiones. La mente humana, sostuvo, no ha funcionado siempre y en todas partes según las leyes que regulan la dinámica de nuestra propia organización mental. En las sociedades inferiores es posible reconocer un tipo de conducta correspondiente a una estructura mental diversa a la del hombre civilizado. Esta mentalidad es “mística” y “prelógica” y, como tal, ignorará el básico principio de contradicción que, en lo esencial, define la racionalidad del pensamiento. Allí donde nosotros establecemos oposiciones, exclusiones, incompatibilidades lógicas, negándonos, por ejemplo, a admitir que *A* y *no-A* puedan ser una misma cosa, el primitivo reconocerá identidad y armonía, simpatía y aproximación, en virtud de su creencia en la “participación” de las cosas y fenómenos del universo.

Esta tesis, sostenida por un cúmulo de observaciones de la vida de los pueblos primitivos -observaciones que, se ha visto después, no siempre tienen el rigor de un buen control científico- es exacta en tanto se limite al mínimo de su enunciado, a saber, que la mentalidad primitiva no funciona *siempre* de una manera racional. Y esto es obvio, como es obvio aún respecto a las propias sociedades civilizadas. ¡Con qué facilidad se suspenden entre nosotros mismos las leyes del pensamiento lógico y recaemos en la conducta “prelógica” del primitivo, por acción del miedo, del odio, del entusiasmo, de la superstición o de la simple indolencia mental, sobre todo cuando actuamos como miembros inertes de una muchedumbre sugestionada!

Pero no sería difícil mostrar que aún en los productos “prelógicos” de las culturas primitivas, en sus más simples representaciones míticas, por ejemplo, operan también las leyes básicas de la lógica más refinada. Es difícil comprender, además, cómo podrían haberse adaptado los pueblos primitivos a su medio natural, estableciendo el discernimiento entre lo nocivo y lo útil, lo causante y lo consecuencial, lo familiar y lo extraño, si su pensamiento no hubiera obedecido también, y en ocasiones del modo más riguroso, a las leyes de identidad y de contradicción de una verdadera mentalidad lógica. En

semejantes condiciones, privadas del único recurso humano para la previsión y dominio del acaecer físico, las sociedades inferiores no habrían tardado en sucumbir.

Es forzoso reconocer, por tanto, sobre la base misma del material antropológico acumulado por la escuela de Lévy-Bruhl, cierta constancia estructural de la inteligencia humana, que no hace sino reflejar una constancia de estructura de la experiencia en general. Pero, se trata de una estructura *fundamental*, de una forma pura de ella y no de su real y pleno funcionamiento. Históricamente se revela sólo como tendencia, que si ha podido afianzarse por modo progresivo, nunca ha constituido la forma exclusiva de la conducta intelectual del hombre, excepción hecha de los estadios superiores de la técnica, la filosofía y las ciencias positivas.

### 3. Racionalidad y racionalismo

También debemos precavernos frente al malentendido del racionalismo. La idea de la condición racional del pensamiento es independiente de la aceptación o rechazo del racionalismo, que es uno de los modos posibles de concebir racionalmente el mundo. Hablamos de racionalidad para referirnos a ese estatuto regulador de todo pensamiento reflexivo cuando afirma, niega, conjetura, duda e intenta hacer valer sus asertos ante cualquier interlocutor posible, construyendo sistemas de proposiciones. Tal estatuto se halla constituido por las llamadas “leyes aristotélicas” del pensamiento lógico - principios de identidad, de no contradicción y del tercero excluido-, y por las leyes (ya no aristotélicas, mas no por eso menos rigurosas, aunque, eso sí, menos estudiadas) que rigen ciertas formas generales de nuestras valoraciones. A este estatuto se refiere André Lalande cuando explica que “creer en la razón en este sentido, es admitir una capacidad fundamental de reconocer ciertas proposiciones como verdaderas o falsas, de apreciar diferencias de probabilidad, de distinguir un mejor y un peor en el orden de la acción o de la producción; y ello no solamente por modo afectivo, como por una suerte de advertencia impresionista sino en forma de ideas generales y de asertos conscientes enunciabiles, sin equívoco, que se imponen a los espíritus en sus relaciones intelectuales en tanto se hallan de buena fe, y que se encuentran para ellos por encima de toda discusión”<sup>62</sup>. Es también en este estatuto en que piensa el mismo empirista Locke cuando invoca “la razón, regla y medida común dada por Dios a la humanidad”<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> André Lalande. *La raison et les normes*. Hachette, Paris, 1948, Cap. I ; p. 5.

<sup>63</sup> John Locke. *Second Treatise of Civil Government*. Cap. II; p. 11.

La racionalidad del pensamiento, así entendida, no puede negarse sin contradicción: quien, en efecto, impugna el carácter universal e incondicionalmente válido de los axiomas lógicos, pretende formular un aserto verdadero; pero éste sólo puede tener sentido y ser enjuiciado dentro del universo del discurso racional, regido, precisamente, por esos axiomas. El racionalismo, en cambio, puede ser objetado sin contradicción, siempre que no se le entienda como el mero reconocimiento de la racionalidad formal de la inteligencia. En este sentido, es cierto, lo toman algunos filósofos: Lalande, por ejemplo, cuando llama “racionalistas” a “los que reconocen en todo espíritu la presencia de un sistema de principios universales, inmutables, que organizan los datos empíricos”<sup>64</sup>. Mas, la verdad es que el término se emplea usualmente en la historia de la filosofía con un alcance más amplio, para designar ora la doctrina metafísica que proclama la racionalidad o inteligibilidad de lo real; ora el sistema epistemológico que ve en la razón no sólo una fuente autónoma de conocimiento, independiente de la experiencia sensorial, sino también la única fuente de conocimientos ciertos y necesarios; ora, en fin, la concepción axiológica de quienes reconocen en el hombre una capacidad universal para determinar su conducta según fines naturales superiores, fundados en el cabal e inequívoco discernimiento entre el bien y el mal.

Ahora bien, el racionalismo, como sistema filosófico, es sólo un modelo posible, entre muchos otros, para la intelección racional del mundo; es uno de los instrumentos conceptuales de que la inteligencia racional puede servirse para integrar la experiencia. La racionalidad del pensamiento implica, pues, únicamente la integración racional del saber y no, por modo necesario, la concepción racionalista de las cosas.

#### **4. Saber práctico y saber teórico**

Pero esta integración racional del saber se da en diversos grados que van desde el mínimo, el que requieren las técnicas, hasta el máximo, exigido por las ciencias propiamente dichas. Aquéllas, interesadas por modo directo en la acción, se limitan al grado de integración y generalización indispensables para la producción de efectos útiles. Éstas, orientadas hacia la comprensión o intelección de las cosas, requieren de una máxima y universal integración. Aquéllas se aplican al hacer mediante reglas; éstas, al comprender mediante conceptos y leyes. Junto al conocimiento práctico, orientado a las relaciones de medio y fin, a los enlaces instrumentales entre las cosas, existe la modalidad teórica del conocimiento, caracterizada por su anhelo de racionalidad. En tanto

---

<sup>64</sup> André Lalande. *Op.cit.*, Cap. I; p. 7.

que al hombre le importa sólo o principalmente la consecución de determinados efectos útiles, su saber se limita a aquellas relaciones susceptibles de usarse como reglas de acción. Dadas tales y cuáles circunstancias, cómo proceder para conseguir tales efectos, es el problema característico del conocimiento práctico del mundo.

No en otra cosa pensaba Bacon cuando, anticipándose por modo sorprendente a la futura modalidad de la lógica científico-técnica, escribía, entre sus célebres aforismos: “Conocimiento humano y poderío humano son una misma cosa; pues donde se ignora la causa no podemos producir el efecto. Para mandar sobre la Naturaleza es menester obedecerla; y lo que para la contemplación es causa, es regla para la acción”<sup>65</sup>.

Pero en cuanto despuntan en el hombre las exigencias del pensamiento teórico, se ensancha infinitamente el dominio de los problemas y el saber práctico se convierte en un mero caso particular del saber posible; la inteligencia no se conforma ya con aprehender las conexiones instrumentales entre las cosas sino que exige su fundamento, es decir, sus enlaces necesarios, su explicación y sentido; y no se limita a aquello que sirva a la acción sino que se extiende, además, a cuanto permite describir las cosas y comprenderlas en función de la totalidad de la experiencia.

Ahora bien, en el dominio del derecho se reproduce una gradación del saber muy semejante a la que en otros campos permite distinguir entre saber teórico y práctico. Hay el saber jurídico de comprensión o de máxima integración racional de los datos de la experiencia jurídica, y hay el saber jurídico de acción o de mínima integración de esa experiencia. La enseñanza del derecho puede acercarse a uno u otro de esos polos, según se oriente en mayor o menor grado al uso práctico o a la comprensión racional de lo jurídico, a la jurisprudencia como profesión o a la jurisprudencia como ciencia. En un extremo se encuentra el aprendizaje directo que procuran la práctica profesional y el conocimiento empírico de las normas; en el otro, la enseñanza de la filosofía jurídica. De esta manera, los cursos de filosofía del derecho cumplen la misión didáctica de elevar el mero conocimiento técnico del derecho al rango de saber teórico, de convertir la información jurídica del estudiante en saber realmente científico; la erudición sobre materias de derecho, en verdadera cultura jurídica. Se trata, por consiguiente, de que el estudiante adquiera una visión integral del conocimiento jurídico, capacitándose para el examen crítico de sus fundamentos, contenido y posibilidades, y para transformar su información sobre el derecho en un verdadero saber jurídico.

---

<sup>65</sup> Francis Bacon. *Novum Organum*. Aphorismus, I.

Es claro que la oposición entre conocimiento teórico y práctico corresponde más a un análisis de los tipos abstractos que a las situaciones reales del saber. Porque, de hecho, en todo conocimiento hay ingredientes teóricos y prácticos y entre unos y otros existe una estrecha relación funcional. Las reglas de acción en que se traduce el conocimiento práctico no son sino aspectos particulares de las leyes en que se expresa el conocimiento teórico de las cosas a que aquél se aplica. Y, a su vez, los conceptos y principios del conocimiento teórico contienen, como consecuencia implícita, las reglas de acción posibles sobre sus objetos. El profundo sentido de estas conexiones es el que, sin duda, inspiró las palabras de Goethe: “Lo más importante sería comprender que todo lo fáctico es de suyo teoría. El azul del cielo nos está revelando ya la ley fundamental de la cromática. No se busque nada por detrás de los fenómenos, que ellos mismos son ya doctrina”<sup>66</sup>.

## **5. Grecia y la creación de la ciencia racional**

Y, no obstante, la conquista del pleno saber racional, la constitución de una verdadera ciencia teórica del universo, ha requerido las más peculiares circunstancias históricas y toda una hazaña espiritual: las circunstancias y la hazaña de la cultura griega. Fue, en efecto, en el mundo griego en donde por primera vez la inteligencia humana consiguió romper las ataduras de la fantasía, de la superstición y del espíritu utilitario, para interrogarse libremente por los principios racionales del universo. Fue allí donde nació la idea clara y distinta del *cosmos*, es decir, de un universo sometido a leyes, idea en que se encuentran el punto de partida y el objeto de la actitud teórica.

No faltaron asomos de esta actitud en las culturas mucho más viejas del Oriente -la mesopotámica, la egipcia y la pérsica, principalmente. Pero lo que en el ámbito espiritual de estos pueblos fuera vaga sospecha o accidental episodio, fue entre los griegos clara conciencia y obra definitiva. Es mucho lo que debe Grecia al mundo oriental. El espíritu curioso, aventurero y mercantil de sus habitantes le aseguró desde muy antiguo un contacto múltiple y prolongado con el Oriente próximo y con el medio. Desde la época de la Guerra de Troya, se les ve ir y venir a través de la cuenca oriental del Mediterráneo, fundando colonias, trayendo y llevando mercancías o viajando “por el placer de ver las cosas”, como atestigua la tradición relativa a Pitágoras. Se dice de Demócrito haber visitado India, Caldea, Egipto, Persia y Etiopía. A Pitágoras, buen conocedor del Egipto, se atribuyen también viajes por la India y el Asia Menor.

---

<sup>66</sup> J. Wolfgang von Goethe. *Máximas y reflexiones*; p. 575.



Nadie pone hoy en duda cuánto han podido servir estos contactos para enriquecer a los griegos con los tesoros de la generosa cantera de las ciencias orientales. Pero ¿qué valor tenían exactamente esos tesoros? No otro mayor que el que tiene el mármol para el escultor que ha de esculpir la estatua, si dispone además de la materia, mucho más rara, del talento. Porque, en efecto, el saber que pudieron recibir los griegos de los astrónomos de Babilonia, de los astrólogos persas, de los arquitectos, agrimensores y calculadores egipcios, se hallaba todavía a gran distancia de la ciencia racional que habría de salir de manos de ellos, los helenos. La ciencia oriental no había superado aún la etapa empírica y práctica: su contenido se agotaba en reglas y procedimientos útiles fundados en la experiencia de siglos de paciente trabajo con las cosas. Los egipcios, magníficos arquitectos, hábiles ingenieros, eficientes calculadores, habían acumulado un vasto saber técnico, base de su potencia histórica. Poseían numerosos conocimientos geométricos y aritméticos como lo prueban algunos de sus escritos; entre otros, el famoso papiro Rhind, que se remonta al siglo XVIII A.C. Pero jamás llegaron a formar el repertorio de proposiciones generales racionalmente fundadas, como la doctrina *demostrativa* de las magnitudes que saldría de la cabeza de un Pitágoras, un Euclides, un Diofanto. El papiro Rhind, por ejemplo, es un simple aunque ingenioso manual de cálculos aritméticos en que se enseña a resolver tales o cuales problemas concretos relativos a las ocupaciones prácticas de los funcionarios y comerciantes egipcios. Representa, en este sentido, la situación general de la ciencia oriental en el mundo antiguo. La distancia entre esas ciencias técnicas y una ciencia demostrativa capaz de brindar una imagen racional del universo, expresando en conceptos y principios generales la explicación de todas las cosas, era enorme, pero fue, precisamente, la que, en el brevísimo lapso de poco más de un siglo, pudo recorrer la inteligencia griega.

## **6. Acción y comprensión**

Esta transformación del saber técnico de Oriente en el saber teórico de Grecia muestra elocuentemente la tendencia natural del pensamiento humano a evolucionar en la dirección de la racionalidad: el saber de hecho tiende a convertirse en saber de derecho; el saber reflejo, en saber consciente de sus posibilidades y fundamentos; el saber operativo, en saber demostrativo. Cuando estamos en posesión de un saber de esa especie, decimos ser también poseedores de un saber de comprensión. En el estadio de la comprensión, las cosas se nos muestran en sus relaciones universales

enlazadas por conexiones de necesidad con sus antecedentes y sus consecuencias. Cuando comprendemos realmente algo, lo vemos en función de las totalidades mayores que lo contienen. El saber de comprensión rebasa de este modo el hecho singular y lo proyecta hacia su pasado y su futuro y en todas las direcciones del presente. Superado el mero *factum* o hecho, la pura representación, nuestra inteligencia se ocupa entonces de los tipos, las leyes, el sentido, el valor de las cosas y situaciones concretas.

El hombre de acción, que puede inducir cambios en torno suyo, manejando cosas o dirigiendo gentes, llega frecuentemente a la ilusión de haber alcanzado el verdadero saber. Pero a la reflexión crítica no le es difícil mostrar que el saber práctico es un saber en extremo precario, limitado a las circunstancias ocasionales del propósito a que sirve, y constitutivo de una zona estrechísima de todo el saber posible.

La perfección del saber se mide no sólo por su potencia operatoria sino, también, por su capacidad para satisfacer las perplejidades de la inteligencia; y la inteligencia humana requiere mucho más que poder hacer las cosas: exige comprenderlas. Marx ha podido decir sarcásticamente que hasta ahora los filósofos se han entretenido en explicar el mundo de diferentes maneras, cuando la verdadera tarea consiste en transformarlo<sup>67</sup>. Pero esto no pasa de ser la ingeniosa expresión de una verdad a medias, hecha a la medida de un genio de la acción que, justamente, se propuso la tarea de transformar el mundo, es decir, sólo una de las tareas con que se enfrenta el hombre que en él vive. Porque la tarea humana no concluye con el hacer de las cosas. Si sólo se tratara de transformar las cosas, el hombre podría ya sentirse satisfecho. Pero precisamente en lo que hacemos -leyes, guerras, revoluciones, ciencia, arte, técnica- se halla frecuentemente el punto de partida de máximas empresas teóricas: ¿por qué hacer esto y no aquello?, ¿por qué hacerlo así y no de otro modo?, ¿es ésta la mejor acción posible?, ¿para qué hacer tal cosa? y, en general, ¿cuál es el sentido de tal y cual conducta o, simplemente, de la acción como tal? Y esta tarea ya no es saber práctico, es saber teórico de los más alquitarados, genuina comprensión.

El que hace, no siempre comprende lo que hace: es frecuente que no lo comprenda en absoluto. Quién sabe si una de las fuentes mayores de desdicha del hombre contemporáneo reside en que puede hacer tantas cosas que no acierta realmente a comprenderlas. Tal es el caso del derecho. Hacerlo y manejarlo no es en todos los casos comprenderlo. Formulado y aplicado, nuestra inteligencia recién comienza su tarea y se pregunta: ¿qué es el derecho?, ¿para qué sirve?, ¿es necesario?, ¿por qué obliga? Es a este

---

<sup>67</sup> Karl Marx. "Thèses sur Feuerbach", en *Études Philosophiques*. Editions Sociales, Paris; p. 64.

esfuerzo de comprensión del derecho al que apunta con mucha exactitud la fórmula de Giovanni Gentile cuando enseña que a la filosofía del derecho incumbe investigar a qué momento de la vida del espíritu corresponde el fenómeno jurídico, cuál es el principio que genera los hechos jurídicos y en virtud del cual estos hechos se distinguen de los hechos humanos.

Bastarían, quizás, las consideraciones anteriores para justipreciar las investigaciones de filosofía del derecho en nuestras universidades. Se tiende, en definitiva, a que los responsables de su creación y manejo puedan también comprenderlo, esto es, conocerlo en su última ratio, en sus fundamentos, naturaleza y fines, y con ello en sus multilaterales conexiones con la totalidad del universo humano en que se produce y al cual sirve, pero estas generalidades necesitan de un análisis más completo a fin de que el concepto y la tarea de la filosofía del derecho se perfilen del modo más inequívoco posible.

## **Capítulo II**

### **LA FILOSOFÍA Y LA ACTITUD FILOSÓFICA**

#### **1. Filosofía del derecho y filosofía general**

No podemos clarificar debidamente el concepto de la filosofía del derecho sino a partir del concepto de la filosofía misma, porque la filosofía del derecho es, antes que ciencia jurídica, disciplina filosófica, lo cual se traduce en dos consecuencias importantes: 1) que sus posibilidades cognoscitivas están dadas con las posibilidades del saber filosófico: esencia, fines, formas, limitaciones y métodos; y, 2) que la filosofía del derecho es miembro del organismo de los conocimientos filosóficos, y que es en el cuadro general de esos conocimientos, como parte del saber filosófico total, donde encuentra ella su propia situación y funciones.

Comenzaremos, por tanto, preguntándonos ¿ qué es la filosofía ?

#### **2. El prejuicio antifilosófico**

La ocupación filosófica ha dado siempre lugar a reacciones excesivas de la gente. Rendidos unos de admiración ante ella, la veneran con respeto casi religioso y consideran al filósofo una suerte de dichosa creatura a la cual toda verdad le hubiera sido revelada. Mal dispuestos otros frente a ella -y son

éstos los más- la desdennan ya por ociosa, ya por oscura, ya por anticientífica, y siempre por inútil. Fascina a los primeros la elevada alcurnia espiritual de sus temas sobre Dios, el ser, la verdad, la existencia, el bien, la justicia. Irrita a los segundos su jerga extraña, sus racionios sutiles, sus difíciles abstracciones, sus discusiones inacabables. La antigüedad griega, que tanta honra concedió a la inteligencia, no pudo menos que considerar creaturas semi-divinas a algunos de sus filósofos: Pitágoras, Empédocles y Platón, entre otros. Pero tampoco vaciló en condenar a muerte al más íntegro de todos ellos y en perseguir con uno u otro pretexto a muchos de sus sucesores.

Los peores denuestos dirigidos contra la filosofía exceptuando, tal vez, los que cayeron sobre ella en los primeros siglos del cristianismo, los pone ya Platón en boca de Calicles, el célebre interlocutor del *Gorgias*: “Porque la Filosofía –dice Calicles a Sócrates- cultivada con moderación y en la edad apropiada, es un elegante desempeño, pero en exceso, constituye la ruina de la vida humana”. En su opinión, debiera azotarse a quienes perduren como adultos en la preocupación filosófica, porque con ella se convierten en “ignorantes de las leyes del Estado y del lenguaje que compete usar tanto en las relaciones públicas como en las privadas entre los hombres, y más ignorantes aún de los placeres y deseos de la humanidad y del carácter humano en general se convierten, en fin, en seres que producen la ridícula impresión de “adultos que balbucean y juegan como los niños”.

Calicles ha expresado así lo que la mayoría de la gente, con menos virulencia pero con auténtico escepticismo, piensa de la filosofía. Para muchos, en efecto, la ocupación filosófica tiene algo de extravagante y antinatural. Por escasos que sean los conocimientos filosóficos del profano, éste se da cuenta de que una de las cosas características de la actitud filosófica es el prurito del análisis, el rechazo de la obvia apariencia de las cosas, la búsqueda del último fundamento. Semejante impresión es, en lo fundamental, exacta. La filosofía consiste, efectivamente, en el esfuerzo de ejercitar el pensamiento en los límites de su posibilidad, de pensar radicalmente las cosas y aún el propio pensamiento humano que las piensa. Y ello no puede menos que aparecer como antinatural al sentido común. Para éste el pensamiento es sobre todo una función práctica, destinada a la modificación del medio próximo; de ahí que tienda a pensar lo cercano e inmediato, proponiéndose los problemas más simples posibles con la mayor economía de esfuerzo intelectual.

Pero, el uso utilitario del pensamiento no agota sus posibilidades ni determina en última instancia los límites de su ejercicio. Éstos están mucho más allá de los requerimientos de la acción inmediata y el pensamiento tiende

a alcanzarlos obedeciendo a una exigencia de su más profunda naturaleza, el pensamiento, quiero decir, que se orienta en virtud de sus propias capacidades y leyes a ejercerse en el límite, esto es, a desempeñarse teóricamente, preguntando por el último fundamento de las cosas. Y así, lo que resulta antinatural desde el punto de vista de los hábitos prácticos de la vida cotidiana, es natural en cuanto a íntima, propia e insobornable condición del pensamiento.

El prejuicio antifilosófico surge -según se ve- cuando no del desconocimiento mismo de la filosofía, de una falta de comprensión de las funciones y leyes superiores de la inteligencia.

### **3. La filosofía como ejercicio del pensamiento en el límite**

Ahora bien, lo que de modo fundamental caracteriza la actitud filosófica es la prosecución sistemática del natural impulso que lleva al pensamiento a ejercerse en el límite. Claro que esta idea de la filosofía es aún demasiado general para ser satisfactoria, porque el pensamiento humano tiende al límite por modos muy diversos que no son siempre los filosóficos. Cuando los griegos pusieron a Atlas debajo de la esfera celeste para explicar por qué ésta no caía, movieron el pensamiento al límite; cuando el niño responde con un nuevo “¿y por qué?” a cada respuesta del adulto, orienta también su pensamiento al límite; y cuando el hombre de ciencia descompone los cuerpos en elementos, los elementos en moléculas, las moléculas en átomos, los átomos en cargas eléctricas, empuja también el pensamiento al límite. Conviene, por eso, establecer cuál es el modo filosófico de preguntar en el límite.

Comúnmente el hombre circunscribe el horizonte de sus preguntas dentro de límites relativamente próximos, sea porque así lo requiere la expedición y celeridad de la acción, sea porque carece de la destreza necesaria para expandir ese horizonte hasta el último límite posible. Aún tratándose de convicciones en apariencia tan radicales como las que solemos tener dentro de la actitud del sentido común respecto a Dios o al valor de la vida humana, nuestro pensamiento opera con límites todavía cercanos. La lejanía del límite no es el salto repentino a respuestas absolutas, sino la finura y profundidad del proceso intelectual que a ellas conduce. Para la inteligencia racional las cosas, aún las absolutas, son siempre más complejas que lo que el puro contacto vital con ellas pudiera hacérselo creer. Cuando en nosotros nace la sólida conciencia de esa complejidad, ha nacido también la conciencia filosófica. La fórmula de Simmel es, por eso, acertadísima. “Toda filosofía –ha escrito- se basa en que

las cosas son todavía algo más; lo múltiple es además unidad; lo simple, compuesto; lo terrenal, divino; lo material, espiritual; lo espiritual, material; lo inerte, movable y lo movable, inerte”<sup>68</sup>.

Que las cosas sean todavía algo más es, de esta manera, el punto de partida del primer hallazgo de la reflexión filosófica. Desde él se proyecta el pensamiento al límite mismo del esfuerzo intelectual. Normalmente el pensamiento tiende en virtud de su propia dinámica a operar en el límite, a indagar siempre más allá de las cuestiones resueltas, pero aunque así tiende al límite, no se sitúa en el límite mismo, no se ejercita en la plenitud de sus funciones analíticas y sintéticas. Hacerlo operar de este modo es, precisamente, la tarea de la filosofía, lo cual no significa otra cosa sino que la filosofía opera con datos y categorías límites (datos inmediatos de la conciencia, elementos simples de la experiencia, conceptos como existencia, ser, valor, temporalidad, vida, identidad, verificabilidad) y se propone las últimas preguntas posibles, aquéllas que se refieren no sólo al último *qué* de las cosas sino, también, al último fundamento de nuestro saber de ellas. ¿Qué conocemos? y ¿cómo conocemos? serían, en este sentido, dos fundamentales expresiones genéricas del preguntar filosófico.

Esta última es, sobre todo, la pregunta filosófica por antonomasia, la que haciéndose cargo de la máxima exigencia del pensamiento lo sitúa mejor que ninguna otra, en el límite mismo de su capacidad reflexiva, pues no basta saber, es necesario también ese saber del saber mismo, esa fundamentación crítica del saber que tanto preocupaba a Kant, ese saber en que la inteligencia, tras el asombro inicial que la lleva a investigar el mundo, se aplica a la búsqueda de los principios en que apoya sus convicciones.

#### **4. La filosofía como saber total radicalmente fundado**

De esta manera, la actitud filosófica del pensamiento queda caracterizada por cuatro rasgos dominantes:

- a) Por su interés contemplativo o teórico, esto es, por su interés en el ser de las cosas, en el testimonio objetivo que ellas dan de sí a la inteligencia del hombre;
- b) Por su racionalidad, en virtud de la cual aspira no sólo a la experiencia de las cosas sino, además, a su intelección, esto es, a interpretarlas en función de los conceptos y principios del entendimiento racional;

---

<sup>68</sup> Georg Simmel. *Shopenhauer y Nietzsche*. Anaconda, Buenos Aires, 1950; Cap. II.

- c) Por la búsqueda de un saber total en este doble sentido:
1. Saber crítico, a la par radicalmente fundado y radicalmente fundante, saber que ha dilucidado sus propios principios y que sirve a su vez de principio a otros tipos de saber:
  2. Saber integral, cuyo objeto es toda la experiencia, la unidad de cuanto se da al hombre como actual y como posible;
- d) Por su interés antropológico, es decir, su orientación del saber hacia una interpretación valorativa de la existencia humana.

Se trata, en conclusión, de un saber total, radicalmente fundado, relativo al ser de las cosas y al valor de la existencia.

¿Es realmente posible un saber de esta especie? La pregunta, filosófica ella misma, por su universalidad y sesgo crítico, ha sido afirmativa y negativamente contestada no sólo por el sentido común, sino por la propia reflexión racional. Señalando el testimonio de la historia de la filosofía, ven algunos en la existencia de los diversos sistemas filosóficos la prueba de este discutido saber. Para otros, en cambio, ese mismo testimonio descubre la ilusión del programa filosófico porque, en efecto, lo que la historia de la filosofía nos ofrece es un repertorio de doctrinas frecuentemente incompatibles, pero no un conjunto coherente de proposiciones relativas a los problemas filosóficos; habría pues, *controversia*, pero no *saber* filosófico.

En nuestros días, el empirismo lógico surgido de los estudios lógico-matemáticos del Círculo de Viena ha dictado sobre esta materia una sentencia todavía más estricta: la filosofía carece de valor no sólo de hecho sino de derecho. Si hasta ahora las controversias doctrinarias no han logrado producir un cuerpo relativamente estable de proposiciones universalmente aceptadas, al modo de las ciencias positivas, es porque hay una imposibilidad de principio para un saber de esta especie. Las preguntas filosóficas relativas al ser, la existencia, el valor, la substancia, el saber, se resuelven o en cuestiones factuales -que sólo a las ciencias de la naturaleza cabe responder- o en cuestiones formales, de carácter puramente lógico y lingüístico que nada pueden enseñarnos sobre la realidad. Las que no son de este tipo son simplemente cuestiones verbales, carentes de sentido. Esta radical posición del empirismo lógico, para el cual no hay otro conocimiento significativo que el que se traduce en asertos empíricamente verificables, ni otra unificación legítima del conocimiento que la que puede ofrecer una teoría general de las ciencias positivas, implica ella misma aceptaciones particulares y principios cuya adecuada fundamentación sólo sería posible dentro de la propia filosofía que pretende invalidar. El empirismo lógico resulta así entretenido en el juego imposible de quitarse el suelo de debajo de los pies.

De todas maneras, la controversia no afecta a la idea de la filosofía como proyecto intelectual y vital. Tengan o no solución sus problemas, ella puede ser legítimamente caracterizada si no siempre como un saber radicalmente fundado, al menos como un esfuerzo para alcanzar tal tipo de saber; si no siempre como un repertorio de soluciones, siempre al menos como un sistema de problemas.

## **5. El sistema de las disciplinas filosóficas**

Entre estos problemas tiene particular interés metodológico el de la constitución de su objeto porque éste, junto a algunas otras peculiaridades, ofrece la de no ser inmediatamente dado a la intuición. Es imposible hallar en ésta ningún contenido correspondiente al objeto de la reflexión filosófica: la experiencia integral, el universo como totalidad de lo real y lo posible. La organización psicofísica del hombre es de tal naturaleza que nada le puede ser dado como total, exhaustiva presencia. Vuelta su atención a unas cosas, tiene que desatender a las demás; nuestra conciencia renueva incesantemente sus contenidos; es el único modo de aprehender un mundo que rebasa por todas partes los límites del espacio y del tiempo a que se encuentra sometida. No es dado al conocimiento humano sustraerse a su peculiar condición polifásica. Consiste, por eso, en un complejo proceso de integración progresiva de las múltiples fases o momentos que constituyen la experiencia. Así, pues, el objeto propio de la filosofía, la unidad integral de todos los contenidos posibles de la conciencia, sólo puede ser concebido, pero no intuido o inmediatamente visto. Su idea ha de construirse porque la experiencia no se presenta jamás, en cuanto tal experiencia, con los caracteres de una experiencia integral.

Así se explica que no obstante el carácter universal y omnímodo de su objeto, la filosofía consista en un repertorio de problemas y que el saber total radicalmente fundado a que por principio aspira tenga que descomponerse en múltiples campos de investigación, hasta cierto punto independientes.

Esta descomposición corresponde, en líneas generales, a la diversidad de ciertos esquemas básicos con que el propio entendimiento ordena la experiencia en su búsqueda de un saber total. La experiencia, en efecto, apenas considerada bajo la idea de su integración y unidad, se ordena según dos categorías de suprema generalidad: la del *ser* y la del *deber ser*, tan universales, que nada hay intuible o concebible, real o imaginario, actual o posible, fuera de ellas. Como categorías o formas generales del pensamiento no son, claro está, susceptibles de definición, pero su significado es, no obstante, preciso, ya que si es verdad que no podemos decir “el ser es esto”



o “el deber ser es aquéllo”, ambos conceptos desempeñan una función tan importante en la organización y en la expresión de nuestro pensamiento que operamos siempre del modo más inequívoco con ellos. “El *ser* -dice Heidegger- es el más comprensible de todos los conceptos. (...) en todo conocer, enunciar, en todo conducirse relativamente a un ente, en todo conducirse relativamente a sí mismo, se usa el término *ser*, y el término es comprensible *sin más*”<sup>69</sup>. Todo el mundo comprende esto: ‘el cielo es azul’; ‘yo soy una persona de buen humor’, etc.”. El *ser* –se lee en otra parte- se aplica a todo cuanto existe de alguna manera, sea como substancia o accidente, sea en la naturaleza de las cosas o únicamente en nuestros conceptos; y así, aún lo que llamamos entes de razón o ficciones de nuestro entendimiento, como el centauro o la montaña de oro, tienen ser; aún la negación o privación *son* existencia y tanto, que de acuerdo con Aristóteles, podemos decir que la propia *nada* tiene *ser*<sup>70</sup>. En suma, toda vez que podemos usar el verbo *ser*, se trata de alguna clase de ser. De esta manera, el concepto *ser* representa la unidad de todo cuanto puede ser pensado, el soporte lógico de la predicación<sup>71</sup>.

Frente al ser, lo que *es*, el *deber ser* se ofrece con unos caracteres en extremo peculiares, de suyo comprensible y, no obstante, nada fáciles de definir. El *deber ser* tiene, por lo pronto, ser; es algo, de otra manera no podría siquiera ser concebido ni nada podríamos decir de él. Se trata, por lo tanto, de un concepto fundado en el concepto de ser, pero a diferencia del ser puro y simple, del ser que *es*, el *deber ser* representa una exigencia de estimación o preferencia, un requerimiento de realidad que fuerza de una manera característica la conducta del hombre. Y así, por ejemplo, mientras que de ciertas cosas -como los árboles, los astros, las personas, los números, las figuras geométricas, las leyes de la naturaleza- decimos simplemente que *son* algo, de otras -como la bondad, la justicia, la belleza,

---

<sup>69</sup> Martin Heidegger. “*Ser y tiempo*. Trad. de José Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, 1951. Introd., Cap. I, 31; pp. 4 y 5.

<sup>70</sup> Cfr. Charles Krauth, William Fleming & Henry Calderwood. *A Vocabulary of the Philosophical Sciences*, Sheldon and Co. N.Y., 1881.

<sup>71</sup> Para el empirismo lógico éste y otros conceptos análogos de la metafísica tienen una función puramente lingüística, cuando no son puro sinsentido. Todas las proposiciones en que ocurra la idea del “ser”-arguyen-, son equivalentes a proposiciones con sentido empírico o lógico: “el cielo *es* azul” significa sólo que “en tales y cuales circunstancias se *experimenta* la sensación visual azul”; “él *es* el autor de tal libro”, que “él y no otro *escribió* tal libro”; “esa afirmación *es* verdadera”, que “esa proposición se *deduce* de tales otras” o que “esa proposición se *verifica* por tales hechos”, etc. Todo lo cual es cierto, como lo reconocía ya Aristóteles al enseñar que el ser se dice de muchas maneras. Pero, la cuestión en que el empirismo lógico se confunde es en el hecho de que la intención significativa, el objeto idealmente apuntado por las proposiciones de ser cuando se las piensa como tales, es diferente al objeto que mienta sus equivalentes empíricos o lógicos. Y así, cuando yo digo “el cielo *es* azul”, me refiero a una situación objetiva correspondiente a mis estados de conciencia, y no precisamente a dichos estados, al hecho de que en mi campo visual, y en conexión con otras percepciones, haya una sensación de azul; hablo del cielo, no de mí.

la verdad- decimos no sólo que *son* sino también que *deben ser*. Así, pues, todo lo que es dado concebir al hombre aparece como *siendo* de algún modo y en algunos casos, además, como *debiendo ser*, de algún otro modo.

Pero ocurre, además, que cuanto se diga del ser y del deber ser supone su conocimiento o aprehensión por la conciencia humana, es decir, una experiencia cognoscitiva. Ser y deber ser, por una parte, y conocimiento, por la otra, son términos correlativos: el ser es ser pensado y el pensamiento es pensamiento del ser. No sería, pues, completo el esquema de relaciones de la conciencia con su mundo de objetos si no entraran en él, junto al ser y deber ser, objetos aprehendidos en esa relación: el *conocer*, que es el acto de aprehensión del *ser* y *deber ser* por la conciencia, y *los pensamientos*, que son los productos en que remata el conocimiento. De todo lo cual resulta que en la búsqueda del conocimiento integral radicalmente fundado, la filosofía ha de proponerse cuatro investigaciones capitales: *la del ser*, *la del deber ser*, *la del conocer*, y *la de los pensamientos* en que se traduce el acto cognoscitivo.

Y, en efecto, el sistema de las disciplinas filosóficas descansa en cuatro ciencias fundamentales: la metafísica o teoría del ser, la axiología o teoría del deber ser o de los valores, la gnoseología o teoría del conocimiento y, la lógica o teoría de la estructura y leyes del pensamiento. Juntas constituyen lo que pudiéramos llamar filosofía general o filosofía en sentido estricto.

Al lado de ella existe un buen número de disciplinas filosóficas de carácter especial que encuentran su fundamento doctrinario y metodológico en las anteriores. Es el caso de la filosofía del arte, de la filosofía de la historia, de la filosofía del derecho, de la filosofía de la religión, de la filosofía del lenguaje, etc. No se trata, evidentemente, de teorías sobre la totalidad de lo dado o sobre las condiciones generales de todo conocimiento, como pueden serlo la metafísica y la gnoseología, pero son, sin embargo, filosofías. ¿En qué sentido lo son? No es difícil comprenderlo si se considera que, de una manera análoga aunque no idéntica a la filosofía general, las filosofías especiales son también ciencias del fundamento y de la totalidad. En cuanto a lo primero, porque indagan los supuestos primarios en que descansa el conocimiento de sus respectivos campos, los principios y conceptos esenciales que hacen posible comprender las correspondientes realidades. Y en cuanto a lo segundo, porque indagan las conexiones universales del objeto particular que les incumbe (arte, historia, derecho, etc.) con la totalidad de lo dado, es decir, que investigan su objeto en función de una teoría general del universo.

## Capítulo III

### CIENCIA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Las consideraciones anteriores nos permiten delimitar ahora la naturaleza y el campo de la filosofía del derecho, aunque sin análisis previo hubiéramos quizás comprendido desde un principio la sencillísima fórmula de Del Vecchio: “La Filosofía jurídica es el estudio del Derecho en sus ingredientes universales”<sup>72</sup>, pero fórmula tan general requiere, en verdad, algunas aclaraciones y precisiones.

#### 1. Ciencia del derecho

Porque, evidentemente, con el derecho tienen también trato científico esas disciplinas cuyo conjunto llamamos jurisprudencia o ciencias jurídicas. Un examen de su modo particular de relación con el objeto jurídico nos permitirá perfilar con mayor rigor los problemas de la filosofía del derecho. ¿Qué hacen tales ciencias con el objeto jurídico? ¿Acaso lo que las ciencias de la naturaleza hacen con el suyo, a saber, describirlo y explicarlo? No exactamente, y ello por la obvia razón de que las ciencias jurídicas no son ciencias de la naturaleza, es decir, no tratan del acaecer físico al modo de la física, la química o la biología, ni del acaecer humano, al modo de la historia, la sociología o la psicología. El acaecer, sea puramente físico o sea, además, humano, está constituido por hechos o fenómenos. Pero las ciencias jurídicas no estudian hechos o fenómenos, no se plantean preguntas acerca de sucesos o cambios del mundo factual. Su objeto propio son las normas jurídicas, que no constituyen casos reales pertenecientes a la trama de acciones y reacciones entre hechos, sino objetos ideales pertenecientes al mundo racional de las significaciones. Es decir, que la tarea del jurista es análoga a la del matemático o a la del lógico, los cuales tampoco estudian hechos, sino estructuras ideales.

Al jurista no compete, por eso, en cuanto jurista, ninguna tarea de carácter explicativo. Explicar significa predecir en virtud del conocimiento de leyes generales qué hechos habrán de seguir en la experiencia a tales otros hechos, o mostrar qué hechos determinaron la aparición de tales otros. Lo que se explica es siempre un fenómeno, suceso o cambio del mundo de

---

<sup>72</sup> Giorgio Del Vecchio. *Filosofía del Derecho*, corregida y aumentada por Luis Recaséns Siches. Barcelona, 1935., (2 vols.), T. I; p. 2.

nuestras percepciones actuales o posibles, y la explicación consiste en derivar las proposiciones que lo describen de otras proposiciones que representan las leyes lógicas y empíricas de su posibilidad. Así, por ejemplo, decimos explicar el fenómeno “a” cuando mostramos que la proposición “a” que lo describe está implicada por las proposiciones “q1”, “q2”, “q3” que expresan los hechos antecedentes y por las proposiciones “p1”, “p2”, etc., que establecen leyes generales, relativas a la sucesión de hechos en la experiencia. Toda explicación científica se traduce, en última instancia, en relacionar unos hechos con otros hechos por medio de hipótesis o de leyes generales que también expresan relaciones entre hechos. Estos problemas no ocurren jamás en las ciencias jurídicas, como no ocurren tampoco nunca en las matemáticas o en la lógica: la noción de causalidad o implicación entre proposiciones empíricas es por completo ajena al orden de su pensamiento.

Hay, sin embargo, ciertas cuestiones de carácter real o fáctico que pueden suscitarse en conexión con el derecho. Respecto a una norma jurídica, la que establece por ejemplo, el salario mínimo campesino, podría uno preguntarse qué *hechos* económicos y políticos determinaron su adopción y, además, qué efectos sociales ha producido su vigencia, pero la existencia de éstos y otros problemas similares no hace sino ayudar a comprender mejor el carácter de los problemas estrictamente jurídicos, porque es obvio que no se trata aquí de problemas jurídicos en sentido estricto. Cuando uno inquiriere por la génesis social de una norma, el objeto de la investigación no es ya la norma misma, su significación o sentido, sino los hechos que determinaron el hecho de su adopción, y esta cuestión no es jurídica sino sociológica, psicológica o histórica: se ha pasado a un orden de problemas completamente diferentes.

Tampoco son problemas jurídicos, en sentido estricto, los que han de resolverse en conexión con la aplicabilidad de las normas para determinar la realidad de los hechos. Se trata, sin duda, de muy complejas cuestiones de observación, discernimiento y valoración, indisolublemente ligadas a la tarea del jurista. Bien saben de ello los jueces cuyo delicado oficio de conocer hechos reales de conducta y de pronunciar juicios de valor acerca de ellos les fuerza a desempeñarse más con métodos de historiador y psicólogo que de lógico y matemático, pero tarea semejante no es la ciencia del jurista sino su oficio, es decir, el uso pragmático de su ciencia es lo que prevalece, ensanchando el campo y los recursos de ella. El saber jurídico, que es saber de normas relativas a hechos de conducta humana, llama aquí en su auxilio al saber de otros dominios, el psicológico, económico, ético, biológico, sociológico, justamente para fijar ante sí los hechos en su auténtica realidad de tales. Llamemos a este saber ciencia jurídica aplicada, si se quiere o,

mejor, técnica de aplicación jurídica. Más, no nos es posible dejar de reconocer que no son conocimientos de jurista los que sí operan, sino conocimientos de otras ciencias que el jurista emplea para la determinación de los hechos.

Las ciencias jurídicas no son, pues, *explicativas*, como en el estudio de la física o de la sociología, sino *demostrativas*, en el sentido de la matemática o la lógica. Sus asertos no versan jamás sobre conexiones inductivas entre proposiciones empíricas. ¿Sobre qué versan, entonces? Porque es indudable que si por su carácter demostrativo se asimilan a la matemática y a la lógica, se diferencian muchísimo de ellas por la índole de sus enunciados.

Pues bien, si se examinan los problemas a que comúnmente se aplican unas ciencias, como las del derecho civil o penal<sup>73</sup> o cualesquiera otras de análoga naturaleza jurídica, se puede concluir que todas, sin excepción, se ocupan de la determinación del sentido y la aplicabilidad de las normas jurídicas, determinación que se expresa en dos grandes clases de proposiciones:

- a) Propositiones que establecen relaciones lógicas entre normas generales.
- b) Propositiones que establecen relaciones entre normas generales y normas singulares aplicables a situaciones concretamente individualizadas.

## **2. La primera clase de proposiciones científicas en ciencias jurídicas**

Toda proposición científica, cualquiera que sea la ciencia que la formula, es una proposición fundada, es decir, pertenece a un repertorio de proposiciones enlazadas entre sí por nexos lógicos rigurosamente determinables. Un aserto no es científico sino por su relación con otros asertos: axiomas, definiciones, hipótesis, leyes generales. En la medida en que las ciencias jurídicas enuncian proposiciones científicas constituyen,

---

<sup>73</sup> Conviene advertir una vez más que este análisis se refiere a las ciencias jurídicas en sentido estricto, por tanto, al repertorio de proposiciones jurídicas sobre objetos jurídicos, esto es, sobre normas. No se piense, entonces, en los problemas extra-jurídicos de que pueda ocuparse un profesor de derecho penal en sus cursos o manuales con ocasión de los problemas propiamente jurídicos que le conciernen. Así, por ejemplo, cuando el penalista analiza la relación entre el analfabetismo y la delincuencia, o entre la frustración económica y las actitudes antisociales generadoras del delito, no llamaremos jurídicos sus asertos porque entonces pertenecen al campo de la sociología y la psicología, y es en función de conceptos, leyes y métodos de estas ciencias que habrá de juzgarseles.

pues, sistemas proposicionales de miembros sólidamente trabados por nexos lógicos, por principios demostrativos. Si representamos por “q” un aserto cualquiera de la ciencia jurídica, su carácter científico se define por su relación lógica con otros asertos “p1”, “p2”, “p3”, en forma tal que ese carácter sólo existe cuando podemos expresar la proposición de orden más complejo “q” porque “p1”, “p2”, “p3” o, también, “p1”, “p2”, “p3” implican “q” o, lo que es lo mismo: “La verdad de “q” se funda en la verdad del sistema (“p1”, “p2”, “p3”)”. Aquélla es la proposición fundada; éstas, las proposiciones fundantes.

Hay que tener presente que el símbolo “q” -y cualquier otro análogo que pudiéramos emplear aquí- no representa una norma de derecho sino un enunciado del jurista respecto a las normas de derecho; de igual manera que ese símbolo, en el caso de una ciencia de la naturaleza, no representaría los fenómenos estudiados sino un aserto del investigador respecto a esos fenómenos. Lo propio ocurre con los símbolos “p1”, “p2” y “p3”; tampoco son normas de derecho, pero en este caso no podemos decir simplemente que son asertos respecto a las normas, porque esto sólo es verdad con relación a algunos de ellos. El sistema de proposiciones “p1”, “p2”, “p3”, fundante de un aserto “q” cualquiera, puede contener, en efecto, aparte de proposiciones relativas a las normas, otras que expresan principios lógicos generales (el principio de no contradicción, por ejemplo) o principios lógicos del conocimiento jurídico, que son formas especiales de aquellos otros principios.

En definitiva, pues, el sistema fundante de un aserto “q” cualquiera de ciencia jurídica puede contener tres clases de proposiciones: a) proposiciones respecto a normas de derecho; b) principios lógicos generales y, c) principios lógicos de carácter jurídico.

Examinemos, para aclarar este análisis aparentemente complicado, el caso particular de un aserto concreto de ciencia jurídica. Consideremos el siguiente pasaje de un manual de derecho civil<sup>74</sup>.

“Respecto de la herencia yacente se ha presentado la cuestión acerca de si es o no una persona jurídica. Porque hay dos disposiciones, los artículos 2.500 y 2.509, de los cuales parece desprenderse que es una persona jurídica. El artículo 2.500 dice que la posesión principiada por el causante se entiende que continúa en la herencia yacente, la cual se mira que posee a nombre del heredero. Y el artículo 2.509 dice que la prescripción se suspende a favor de las siguientes personas: (...) “3º La herencia yacente”. Pero no puede dársele a ésta el carácter de persona jurídica.

---

<sup>74</sup> Manuel Somarriva. *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*. (Explicaciones de clases. Nacimiento, Santiago, 1938. Cap. VI; p. 143).

Ambas disposiciones son más bien de orden práctico. Se suspende la prescripción porque el heredero aún no ha aceptado la herencia, y continúa la posesión en la herencia yacente, porque el legislador quiere que no haya solución de continuidad entre causante y heredero. Por lo demás, el artículo 2.346 dice que se puede afianzar a las personas jurídicas y a la herencia yacente. Contraponen las ideas de persona jurídica y herencia yacente. Si consideráramos que ésta es una persona jurídica, no tendría para qué haberla mencionado en el artículo citado”.

La doctrina aquí sustentada se traduce en la conclusión de que “la herencia yacente no es una persona jurídica”. Tal enunciado es, realmente, la expresión de una norma jurídica en la medida en que se le haya deducido legítimamente de otras normas. Por su naturaleza no constituye, pues, un aserto científico del autor sino un aserto normativo tácito del legislador del *Código Civil*. El aserto científico propiamente tal, es decir, lo que el jurista afirma, es una proposición un poco más compleja que podría formularse así: “En el *Código Civil* se establece que la herencia yacente no es una persona jurídica” o, también, “Hay una norma válida según la cual la herencia yacente no es una persona jurídica”. A esta proposición, que es la que el investigador intenta demostrar, corresponderá entonces el carácter de fundado del símbolo “q” de nuestro análisis. Los demás asertos contenidos en la cita pertenecen al sistema “p1”, “p2”, “p3” fundante de la proposición “q”. Algunos de ellos se refieren a normas, lo mismo que la proposición “q”; por ejemplo, hay afirmaciones de que “los artículos 2.500 y 2.509 no implican que la herencia yacente sea una persona jurídica”, de que “ambas disposiciones son de orden práctico” y de que “hay un artículo, el 2.346, que distingue entre personas jurídicas y herencia yacente”. Podríamos designar a cada una de estas aseveraciones por “p1”, “p2”, “p3”, respectivamente, pero ellas no agotan el sistema. Es posible todavía reconocer algunos principios lógicos generales “p4”, y “p5”: el principio de identidad, por ejemplo, en virtud del cual se concluye que la distinción hecha por el artículo 2.346 implica la verdad de la proposición “q”; y, el principio de no contradicción por el cual se concluye que “siendo falso que el *Código Civil* establezca que la herencia yacente es persona jurídica” es verdadera su contradictoria, “el *Código Civil* establece que la herencia yacente no es una persona jurídica”; es decir, que se acepta como principio que la herencia yacente no puede ser y no ser al mismo tiempo persona jurídica.

El análisis revela que también operan en este caso, aunque no ya de modo tan significativo como en los anteriores, algunos principios lógicos de carácter específicamente jurídico tales como el axioma según el cual “lo que está jurídicamente mandado, está también jurídicamente permitido” que, en el

presente caso, permite pasar del deber de ceñirse al sentido de la ley al derecho de tomarla en ese sentido.

Ahora bien, si queremos determinar en su básica estructura el pensamiento que opera en los razonamientos jurídicos de esta clase, nos será fácil observar que se trata de inferencias por las cuales se descubren los nexos lógicos de implicaciones entre normas generales y normas relativas a *clases de situaciones*. La tarea del investigador ha consistido en mostrar que una norma general “N” (en nuestro ejemplo, la norma según la cual la herencia yacente no es persona jurídica) es válida, porque otras normas generales, “N2”, “N3”, también son, a su vez, válidas y esto, expresado en un sistema proposicional de la fórmula “p1”, “p2”, “p3” implica “q”, siendo “q” de este modo un aserto científico relativo a la existencia de una norma general o de clases.

### **3. La segunda clase de proposiciones científicas en ciencias jurídicas**

Pero no todos los asertos de una ciencia jurídica versan sobre la relación lógica entre normas de carácter general. Muchos de ellos sólo expresan la deductibilidad de normas singulares, esto es, de reglas de derecho aplicables a una situación definidamente individualizada de la vida jurídica real o imaginaria. El jurista afirma aquí también la validez de una norma, pero esta norma representa ahora la *regla del caso concreto*, no una norma de clases. La estructura lógica del aserto relativo a “N” es, en lo esencial, idéntica en ambos casos. Nuevamente encontramos, en efecto, el complejo proposicional “q” porque (“p1”, “p2”, “p3”) implica “q”, esto es, “q” significa, la norma “N” es válida.

Habíamos visto que en el caso del primer tipo de asertos de ciencia jurídica el sistema fundante se componía de tres clases de proposiciones: normas de derecho, principios lógicos generales y, principios especiales de lógica jurídica. Ocurre aquí lo propio, pero ahora el sistema es un poco más complejo; junto a las señaladas encontramos una cuarta categoría: proposiciones empíricas descriptivas de hechos.

El nuevo elemento es muy importante para la caracterización de esta segunda clase de asertos científicos del derecho. Tal clase, en efecto, se distingue no sólo por la referencia de “q” a una norma “N” de carácter singular sino, también, por la presencia de proposiciones factuales en su sistema “p1”, “p2”, “p3”. Se comprende fácilmente que en virtud de ellas es posible la extracción de la norma individual aplicable al caso concreto. De esta manera, *la aplicación de un sistema de normas generales a un hecho dado consiste en derivar de aquéllas la proposición que se desprende al introducir en el sistema las proposiciones empíricas que describen satisfactoriamente el hecho.*



Las resoluciones judiciales constituyen tal vez el ejemplo más característico de estos asertos de la segunda clase. El juez, en efecto, en cuanto aplica las normas jurídicas, ha de formular la regla particular del caso concreto sometido a su jurisdicción. Debe notarse, eso sí, que a la norma misma por él evacuada, por no tratarse de un aserto científico, no puede aplicársele el análisis anterior. La norma expresa un deber ser y, como tal, no es verdadera ni falsa: sólo puede ser justa o injusta, legítima o ilegítima. Lo que, en cambio, constituye aseveración científica susceptible de ser juzgada desde el punto de vista de la verdad o el error es la proposición casi siempre tácita que, de expresarse, formularía la conclusión del juez respecto a la validez lógica de la resolución normativa que adopta. Es éste el aserto de la estructura “q” del sistema, “p1”, “p2”, “p3” -el cual realmente significa “la norma “N1”-, que es válido, porque se han probado tales hechos, porque existen tales normas positivas, porque operan tales axiomas de lógica jurídica y porque valen tales principios generales de lógica. La resolución misma del juez proveyendo “traslado como se pide”, “téngase presente” o declarando “prescripción”, “sentenciando cárcel”, etc., es decir, la norma propiamente tal por él declarada, sigue a aquel aserto como su natural resultante, pero no puede lógicamente identificarse con él. Una cosa es la proposición “no ha lugar” con que el juez deniega una petición y otra la proposición que expresaría su convencimiento acerca de la procedencia de semejante dictamen. La primera es una norma, la segunda un aserto de ciencia jurídica. Aquélla tiene validez jurídica y jurídicamente obliga al juez, a las partes, a terceros y a los órganos ejecutivos; ésta, sólo tiene validez lógica y, como tal, sólo obliga a la inteligencia.

#### **4. Los problemas de ciencia jurídica en sentido estricto**

Es fácil formular ahora, recapitulando nuestra investigación de las secciones 2 y 3 del presente capítulo, la respuesta al problema que nos planteamos al comienzo. Si las proposiciones científicas de la jurisprudencia no versan jamás sobre conexiones entre proposiciones empíricas ¿sobre qué versan, entonces?, preguntábamos. Versan, diremos, sobre las conexiones lógicas entre normas, ya generales (asertos de la primera clase), ya generales y singulares (asertos de la segunda clase).

A esto vienen a parar, en definitiva, los problemas de las ciencias jurídicas cuando se los considera en su común estructura lógica: se trata siempre de establecer una coordinación racional entre normas de derecho.

Sin embargo, esta común modalidad se traduce -en el pensamiento concreto del juriconsulto- en cuatro específicas cuestiones que pueden describirse muy bien siguiendo, en algunos puntos, el esquema de Recaséns Siches<sup>75</sup> como sigue:

a) Corresponde, en primer lugar, a la ciencia jurídica la determinación de la norma aplicable a una situación singular actual o posible, a un hecho definido. Esto es lo que, en efecto, se trata de hacer cuando, como ocurre con el juez en el tribunal o el abogado en su despacho, y aún con el profesor que imagina situaciones de la experiencia en su cátedra, se tiene a la vista un “caso jurídico”. El problema en última instancia consiste, como ya nos lo mostrara el análisis de la proposición científico-jurídica, en formular la norma singular, es decir, la sentencia del caso. Más, la norma singular no puede ser arbitrariamente creada sino que ha de extraerse racionalmente de sus presupuestos normativos, factuales y lógicos. Se comprende así que antes que otra cosa, sea menester encontrar las normas generales aplicables al caso y, por tanto, determinar el género jurídico a cuya extensión pertenece el caso como especie. Esto es lo que llamaremos la tipificación del caso o *subsunción de la especie jurídica bajo su género*.

b) Corresponde, en segundo lugar, a la ciencia jurídica “extender plenariamente -- como dice Recaséns Siches- el sentido de la norma vigente aplicable”, esto es, deducir las consecuencias implícitas en la relación de subsunción jurídica. Determinadas las normas aplicables, radicada la especie jurídica singular en su género normativo, el problema del caso concreto no se encuentra resuelto sino cuando se ha podido enunciar la regla precisa que le atañe y que resulta lógicamente como consecuencia de los géneros normativos en que se le ha radicado. Puede con propiedad hablarse aquí de la *especificación o determinación del sentido concreto de las normas*.

c) En tercer lugar, atañe a las ciencias del derecho la determinación del sentido genérico de las normas. No sólo cuando se trata de establecer la regla del caso singular sino, también, cuando en relación con las exigencias de claridad, rigor, plena racionalidad que incumben a toda ciencia, nos interesamos por el cabal entendimiento de una norma general, hemos de calcular sus consecuencias implícitas y esclarecer sus fundamentos. ¿Qué consecuencias importa para la institución de la propiedad privada que la Constitución Política de un determinado Estado la declare función social? No se trata ya de aplicar la norma a unos hechos dados, deduciendo la regla del caso concreto latente en ella, sino de extraer las

---

<sup>75</sup> Luis Recaséns Siches. “Estudios de Filosofía del Derecho” en edición conjunta con Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*. Uteha, México, 1946-1948. T. I; p. 33.

normas o consecuencias todavía generales que en ella implícitamente se contienen. Es la modalidad de la investigación que, como complementaria de la anterior, llamaremos la *determinación de sentido genérico de las normas*.

d) Finalmente, toca a la ciencia jurídica la tarea de coordinar las normas vigentes, mostrando la función lógica que les corresponde como partes de las grandes unidades normativas en que se integran, a saber, instituciones y sistemas jurídicos. También en el caso anterior se trataba de una coordinación de normas, la expresa y la tácita, la norma antecedente y la que de ella puede ser deducida como su consecuencia, pero la tarea es aquí de mayor extensión y tiene, en todo caso, otro sentido. Al construir una institución, los elementos coordinables nos son expresamente dados; en la determinación del sentido concreto o genérico de una norma, en cambio, uno de ellos, por lo menos, la norma deducible, está implícita y la tarea reside, justamente, en extraerla. Por otra parte, aunque la determinación del sentido implícito de las normas es también parte significativa de la sistematización jurídica, su aspecto esencial consiste en mostrar la orgánica trabazón de múltiples normas expresas, descubrir la unidad de principio, fin y sentido que las coordina. Es a esta labor de la jurisprudencia a la que llamaremos *integración o construcción normativa*.

## **5. La ciencia jurídica en sentido lato**

La noción restrictiva de ciencia jurídica que el análisis de sus proposiciones y problemas ha dejado implícitamente definida corresponde a la exigencia de fidelidad que, en la dilucidación del concepto de una ciencia, se ha de observar respecto a sus categorías y métodos propios. Sin embargo, es frecuente que la expresión “ciencia del derecho” se tome por modo más amplio y equívoco para designar todo estudio relativo al derecho y no solamente al que se refiere a las relaciones objetivas de implicaciones y sentido entre sus normas.

Y el derecho puede, en efecto, estudiarse de esa manera. Existe un buen número de disciplinas denominadas jurídicas cuyas investigaciones exceden con mucho el concepto más arriba señalado. Tal ocurre, por ejemplo, con la sociología jurídica, la psicología jurídica y la política jurídica, pero ocurre también que, no obstante versar sobre materias que importan muchísimo al jurista, no son -estrictamente hablando- ciencias jurídicas, si es que, con un *mínimum* de consecuencia semántica, hemos de reservar este nombre para las investigaciones que se ocupan del objeto inequívocamente jurídico y no de otro objeto, y que operan con conceptos jurídicos y no con conceptos tomados de otras ciencias.

La sociología del derecho, por ejemplo, no estudia el derecho propiamente tal, las normas que lo constituyen, sino los factores sociales productores del derecho. Como ciencia que atiende a la génesis social de las normas, al complejo de necesidades y de actuaciones humanas que engendran el Estado de derecho en general, o tal Estado de derecho en particular, se ocupa de fenómenos sociales, no de estructuras normativas en cuanto tales estructuras y es por eso capítulo particular de la sociología, como podría serlo una sociología de la medicina, que no sería tampoco ciencia médica<sup>76</sup>.

Consideraciones análogas cabría hacer respecto de la psicología jurídica, pues aquí también se trata de un problema de carácter no jurídico, aunque tenga relación con el derecho: sus objetos son ciertos fenómenos psicológicos relativos a la vida del derecho, pero los problemas planteados y conceptos utilizados pertenecen a la psicología y no a las ciencias del derecho.

Con la política jurídica sucede otro tanto, aunque su peculiar naturaleza contribuya a hacer las cosas algo más confusas. Hablando con rigor, no se trata de una ciencia sino de una técnica y, en todo caso, de un menester de muy poca autonomía y pureza teóricas. Como su misión corriente consiste en la crítica del derecho positivo, en la valoración de las normas vigentes y en la planificación del régimen jurídico en vistas a la consecución de tales y cuales finalidades sociales, la totalidad de sus recursos propiamente científicos pertenecen a otras disciplinas: la historia, la economía, la filosofía, la educación, las ciencias jurídicas, la sociología, la psicología. Y lo que tiene de peculiar y autónomo es, justamente, el problema que caracteriza a una actividad técnica o, si se quiere, a una ciencia aplicada: dados estos y aquellos fines o resultados deseables, cuáles son los medios que permiten alcanzarlos. Se trata de un campo, quizás, mejor asociado a la jurisprudencia que a las ciencias auxiliares anteriormente nombradas. En el hecho, ningún jurista, cuando revisa opiniones críticas sobre las normas de que se ocupa, deja de hacer política jurídica. Mas, no tratándose en rigor de una ciencia, no puede considerársela como ciencia jurídica en sentido estricto.

---

<sup>76</sup> Para una ampliación de este punto de vista Cfr. Luis Recaséns Siches. "Estudios de Filosofía del Derecho" en *Op. cit.* I; pp. 50-52.

## 6. Sobre el carácter dogmático de las ciencias jurídicas

Realmente, pues, las ciencias jurídicas versan sobre “el sentido objetivo del derecho positivo” (Radbruch) y son, por eso, de índole a la par demostrativa y dogmática.

“Dogmático” se opone aquí a crítica y alude al carácter verificativo que tiene la tarea científico-jurídica: el jurista, sea en función de expositor (tratadista, catedrático) o de aplicador (juez, abogado) del derecho, realiza su cometido dilucidando el sentido propio de la norma sin que, en la medida en que se atenga a esa función, pueda desconocerla, sustituyéndola por apreciaciones valorativas o teleológicas de ninguna índole. En el hecho, tales apreciaciones ocurren en los pronunciamientos académicos o judiciales del jurisconsulto. Estamos, entonces, en presencia de una de estas dos situaciones:

- 1) El jurista abandona provisionalmente su labor de exégeta o inquisidor del sentido objetivo de la norma para acometer otra tarea, la política jurídica o la filosofía del derecho, por ejemplo;
- 2) El jurista se sirve de tales formulaciones para esclarecer ese sentido o para expresarlo. Ambas situaciones dejan intacto, como se ve, el carácter “dogmático” de la ciencia jurídica en sentido estricto.

El punto es claro, mas, no obstante, suelen introducirse en él algunas oscuridades de artificio.

Una de ellas es la clásica comparación del dogmatismo jurídico con el teológico, comparación que se funda sólo en el empleo metafórico y tal vez abusivo del término *dogma*<sup>77</sup>, porque otro fundamento no tiene. El que se haya invocado tradicionalmente a la recepción “dogmática” de los materiales legislativos y a la análoga recepción de la palabra divina es un puro equívoco, pues si se quiere señalar la fidelidad de la ciencia jurídica a lo que es dado como objeto –la norma vigente en su plenitud de sentido–, más aclaratorio es compararla con la que *toda ciencia* observa respecto al suyo. En este sentido, cualquier conocimiento es dogmático en cuanto aspira a dar cuenta exacta de las cosas que tiene a la vista, pero entonces sería mejor llamarlo *positivo* en el amplio sentido de la palabra, en el sentido de atención a lo dado. Se obviarían de esa manera algunos problemas inútiles, por ejemplo, el problema de si la norma jurídica es o no un “dogma” para el jurista.

---

<sup>77</sup> Cfr. Luis Recaséns Siches. “Estudios de Filosofía del Derecho” en *Op cit.* Vol. I, p. 34, y Joaquín Ruiz Jiménez, *Introducción elemental a la Filosofía Jurídica Cristiana*. Edic. y Publ. Españolas, Madrid, 1945; p. 82.

Dogma, en sentido teológico, por cierto no lo es. El dogma teológico es una expresión descriptiva, es decir, con pretensión de verdad, en la cual se cree porque se cree y venera la autoridad invocada como su fundamento. La norma jurídica no es, en cambio, una expresión descriptiva sino, precisamente, normativa; en cuanto tal, no requiere creencia, ni dogmática ni crítica, pues no es susceptible ni de verdad ni de error. El teólogo que, como tal, explica racionalmente una proposición de fe, se atiene a ella en la medida en que cree en ella, esto es, en la medida en que acepta por la fe su verdad. El jurista, en cambio, al analizar la norma ni cree en ella ni duda de ella porque la norma, estatuyendo una conducta, no propone un aserto con pretensión de verdad. Y así, mientras tiene sentido que yo crea o no crea en el misterio de la Encarnación, el cual supone un aserto con pretensión de verdad, es ininteligible que yo diga creer o no creer en el artículo 1º del *Código Civil*, que no afirma ni niega sino que dispone, que no pide adhesión intelectual sino activo acatamiento.

Por eso, ni siquiera es posible que el jurista proceda “como si” el ordenamiento normativo fuera un dogma, aunque realmente no vea tal dogma en él. Hay tanto sin sentido en obrar “como si” el orden jurídico fuera un dogma, como en tenerlo efectivamente por tal.

Si conseguimos eliminar esta asociación equívoca entre el dogma teológico y el espíritu positivo de la ciencia jurídica, el carácter “dogmático” de ésta resulta a todas luces obvio y aún más general de lo que pudiera creerse.

Comúnmente se refiere este carácter sólo a la interpretación de las normas y hasta el propio calificativo de “dogmática” ha nacido del carácter proposicional que tienen las normas. La ciencia jurídica sería dogmática en cuanto versa sobre la objetividad normativa pero, en realidad, son dos los planos de objetividad en que opera el pensamiento científico del derecho.

La jurisprudencia, hemos visto, es la ciencia del sentido de las normas jurídicas y se expresa en proposiciones que afirman o niegan determinadas relaciones lógicas entre preceptos, pero la norma como objeto de la ciencia jurídica es, pudiéramos decir, un objeto referencial, pues contiene referencia a hechos de las relaciones humanas y por eso la mirada intelectual del jurisconsulto ha de moverse entre normas y hechos. Más aún, sus asertos, cuando versan sobre la procedencia o improcedencia de normas singulares (la decisión, por ejemplo, de que la transacción entre Cayo y Marcio es compraventa y no permuta), se han de corroborar tanto por la inspección intelectual de las normas en que el aserto se funda como por la consideración de los hechos a que se refiere. Esto significa que la ciencia del derecho se mueve en un doble plano de objetividad, el plano anterior o inmediato del

sentido de las normas jurídicas -sobre qué versan sus asertos-, y el plano posterior o mediato de la conducta humana a que ese sentido se refiere. Éste es, sin duda, un carácter singularísimo de la jurisprudencia compartido, en cierta forma, también por la ética, pues toda otra ciencia sólo tiene un plano único de objetividad: sus proposiciones se corroboran por la inspección de una sola clase de objetos que, por no ser referenciales, no remiten a objetos de otra clase.

Ahora bien, el carácter “dogmático” de las ciencias jurídicas se refiere, antes que nada, al primero de estos planos de objetividad. Como intérprete de las normas, el jurisconsulto ha de atenerse a ellas según lo que dicen o lo que él piensa que efectivamente dicen, siempre que este pensamiento suyo se sostenga por la evidencia objetiva de las propias normas, pero en el otro plano de objetividad, la investigación es no menos positiva que en el primero. Lo que sucede es que aquí el “dogma” o dato no es ya la norma, sino los hechos para los cuales se busca la resolución concreta a que el jurista ha de atenerse con tanto rigor como al sentido de las normas y no podría, en virtud de propósitos o valoraciones personales suyas, prescindir conscientemente de lo que son, de la realidad que constituyen, sin ser infiel a la ciencia jurídica desde el punto de vista intelectual, y sin prevaricar, desde el punto de vista ético.

De todo esto fluye, además, una consecuencia relativa al verdadero carácter del “dogmatismo” jurídico y, por lo mismo, de las ciencias del derecho. Este “dogmatismo” o positivismo no es, como a veces se dice, un método, entre otros posibles, para el tratamiento científico del derecho sino *el* método por el cual se determina la naturaleza científica de las disciplinas concernientes a lo jurídico sin que tenga para nosotros importancia, ya que con nadie disputamos el privilegio de usar la palabra ciencia a la cual, como toda palabra, puede atribuirse el sentido convencional que uno quiera; debemos insistir en que todo conocimiento es tal, sólo en tanto y en cuanto se atiene a lo dado y puede dar cuenta de él en fieles conceptos y proposiciones que por lo dado se convalidan.

Ahora, si conforme al uso general llamamos científicas a esta manera de considerar las cosas, es obvio que las ciencias jurídicas sólo pueden ser científicas en la medida en que son “dogmáticas” (positivas), esto es, en la medida en que se atienen a eso que estudian: la norma de derecho. No disponen de otra manera científica de cumplir su cometido.

Por eso, quien nos dice que un derecho positivo, dogmáticamente tratado, es un derecho reducido todo él a categorías intelectuales y que “el método dogmático se cifra en un pensar lógicamente lo dado como jurídico,

hasta agotar su conocimiento pero sin rebasar la esfera de la norma”<sup>78</sup> pone en fórmula excelente, pero equívoca, lo que es la naturaleza de la ciencia jurídica.

El equívoco reside en el supuesto implícito de que la ciencia del derecho positivo pueda tratarse de otro modo, sin dejar de ser científica. Toda ciencia reduce su objeto a categorías intelectuales: no hay otra manera de hacerlo inteligible. Toda ciencia piensa lógicamente lo dado y la ciencia jurídica sólo puede pensar lo dado como jurídico: si así no lo hiciera, no sería ciencia o lo sería de otra cosa que de *lo* jurídico, pero esto no significa que el jurisconsulto acepte el derecho positivo como “dogma” en qué creer, sino como dato que describir y conceptualizar. Es ininteligible, hemos visto, hablar de las normas como “dogmas” en sentido integrado en el sistema a que pertenece; en buenas cuentas, conocido el orden jurídico vigente, el jurista puede enjuiciarlo valorativamente: lo hallará bueno o malo, justo o injusto, útil o inútil, conservador o revolucionario, débil o vigoroso, claro u oscuro; recomendará suprimirlo, reforzarlo, completarlo, aclararlo, pero todo esto es ya otra cosa, es política jurídica, la cual supone otros problemas, otros conceptos, otros métodos y otros fines, distintos todos ellos de los de la ciencia jurídica en sentido estricto.

## **7. Ciencia del derecho y vida del derecho**

Buena parte de los desacuerdos que aún hoy dividen a los juristas respecto a la naturaleza de su cometido se origina en la torcida inteligencia del mal llamado “dogmatismo” de la ciencia jurídica, pero muchos problemas inútiles han surgido también en la fuente de otro vicio: la confusión entre las normas del derecho y las realidades sociales que ellas regulan y, la confusión entre el conocimiento del orden vigente y la vida social que es el derecho y el conocimiento del proceso de vida que lo genera.

Sorprende lo generalizado de estas confusiones entre los especialistas cuando se considera su rarísima ocurrencia en el sentido común del lego. Para el lego, en efecto, hay una cosa, inmediata y tangible, que es la dimensión social de la vida humana: unos con otros entramos en relaciones de amistad, de coloquio, de vecindad, de intercambio económico, de competencia, de colaboración; somos entre nosotros amigos, contratantes, enemigos, empleados y patrones, colegas, correligionarios, maestros y discípulos. Y si no todos estamos siempre de acuerdo en la metafísica de esta modalidad de la vida, sí lo estamos para reconocer su presencia en la

---

<sup>78</sup> Antonio Hernández Gil. “Metodología del Derecho”. *Rev. de Derecho Privado*. Madrid, 1945; p. 102.



inequívoca realidad de la conducta social, en la aproximación o el aislamiento físico de la gente, en el decirse ciertas cosas de viva voz, en el escribirse otras, en el sentir o pensar de cierta manera, en el maniobrar de este modo o del otro con los instrumentos materiales de que disponemos, etc.

Junto a esta realidad de la conducta social, el lego constata la presencia de otra, cuya esencia no conoce tal vez conceptualmente, pero que en todo caso barrunta pues no confunde con la de aquélla: la realidad de un orden normativo, de unas formas presupuestas de convivencia limitativas del horizonte de nuestra libertad y, al par, ensanchadoras de ese mismo horizonte. A esta realidad le llama leyes, derecho, justicia, orden, garantías, o no le da ningún nombre, sin que por eso pierda para él su existencia: sabe que está ahí, no sólo como pensamiento de su conciencia sino también de la conciencia del amigo, del vecino, del policía, del vendedor, del juez, y aunque no es cosa que pueda ver o tocar, ni cosa que tenga siempre bajo su atención como la vida misma que ella rige, se da perfecta cuenta que ella se traduce en la posibilidad de reclamar “sus derechos” o de que le hagan cumplir “sus obligaciones”.

Si se le preguntara dónde está o qué es ese orden normativo, probablemente diría que se encuentra en las leyes, en las costumbres, o quizás en la cabeza de los jueces, y quién sabe si hasta enunciaría ciertas reglas, como la de la “hay que pagar las deudas”, “hay que respetar las luces del tráfico”, que “los jueces no pueden venderse”, y otras por el estilo. Todo esto puede sospecharlo por modo elemental y equívoco, pero descansa en el conocimiento muy claro de que hay dos cosas que no por íntimamente asociadas se confunden: el mundo de las relaciones humanas, con sus sentimientos y acciones de unas personas para con otras, y el mundo de las normas o del orden jurídico vigente, referido al otro y regulativo de su marcha.

Tampoco el lego confunde corrientemente la realidad del orden normativo vigente con los procesos sociales que lo han engendrado y ahora lo sostienen o, acaso, pugnan por destruirlo. El arrendatario moroso de un bien raíz sabe muy bien que, aunque coexisten, son cosas distintas no sólo teórica sino prácticamente la posibilidad jurídica del lanzamiento y la simpatía pública que le protege en épocas de crisis económica o política. Y no le sería difícil, si se le llevara a pensar sobre todo esto, reconocer que una cosa es la proposición que versa sobre la validez de aquel procedimiento y otra la que expresa la necesidad o conveniencia de reformar las normas que lo permiten.

Lo curioso es que, sin embargo, son éstas precisamente las cosas que más confunden a los juristas. No otro origen tiene el llamamiento a lo concreto, individual y viviente, a lo histórico y mudable, a la realidad de la

conducta y al vago concepto de “realidad jurídica” que hacen los impugnadores del carácter dogmático de la jurisprudencia.

El origen de esta confusión en el pensamiento contemporáneo se remonta a la mala inteligencia de algunos escritos de Ihering. Es un supuesto básico en la obra del gran alemán la distinción entre el derecho como ciencia que investiga la estructura lógica de las normas y el derecho como vida regulada por esa estructura. Y justo porque reconoce esa distinción, sus investigaciones pudieron dar impulso tanto al conocimiento de la dogmática jurídica como al estudio realista de las funciones del derecho. Ambos temas ocuparon, interpenetrándose, su multifacética labor, aunque el segundo haya podido desplazar al primero en los escritos de los últimos años, pero es frecuente que sus comentaristas confundan los dos géneros de problemas y que vean conclusiones contradictorias ahí donde sólo hay respuestas independientes a cuestiones separadamente planteadas.

La noción de ciencia jurídica como examen de la estructura lógica del sistema normativo vigente es una idea básica de la obra de Ihering y jamás la abandona. “Es en esta conversión de las reglas en definiciones jurídicas - escribe- en lo que se diferencian el desenvolvimiento y la intuición científica del derecho de su exposición en un Código. El legislador puede limitarse a establecer su voluntad en la forma originaria practicable inmediatamente, mientras que la ciencia, por el contrario, no solamente tiene la misión de explicar y de coordinar estas voluntades, sino que debe también reducirlas a elementos lógicos de su sistema. El legislador nos ofrece, por decirlo así, cuerpos compuestos que sólo le interesan por su utilidad inmediata; la ciencia, por el contrario, emprende el análisis y lo convierte en cuerpos simples, por medio de los que puede recomponer cuando le plazca cada una de las reglas del Derecho”<sup>79</sup>.

En vano se citan textos para hacer a Ihering desdecirse de esta precisa idea de la jurisprudencia; es más, no se hace con ello sino confundir las cosas distintas de que se ha ocupado. Cuando escribe, por ejemplo, que “El Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza”<sup>80</sup>, no contraría su concepto de la ciencia jurídica, ni siquiera su idea de la estructura normativa, pues derecho es aquí la acción reguladora de las normas jurídicas, la vida misma en cuanto jurídicamente regulada, y lo que en verdad le ocupa es el problema de los fines del derecho.

---

<sup>79</sup> Rudolf von Ihering. *La lucha por el derecho*. Trad. de Adolfo Posada, reedición. Colección Universal, Buenos Aires, 1946. Cap. I., Título II, 3.

<sup>80</sup> *Ibid.* Cap. I; p. 3.

Las dos concepciones, la de la ciencia, como pensamiento lógico del orden previsto en las normas, y la de la vida social, como espontánea y a veces irracional gestación de la idea práctica del derecho, no se excluyen, pues, y, al contrario, se complementan. No es por eso extraño verlas en algún texto aparejadas, dando cuenta irrecusable de la básica distinción. Así, por ejemplo, cuando escribe: “El Derecho, preciso es concederlo, se desenvuelve sin necesidad de investigaciones, inconscientemente, empleando la palabra que se ha introducido, orgánicamente, intrínsecamente, como el lenguaje. De este desenvolvimiento interno, es del que se derivan todos esos principios de Derecho que los decretos semejantes e igualmente motivados interponen poco a poco en las relaciones jurídicas, así como esas abstracciones, esos corolarios, esas reglas que la ciencia saca del Derecho existente, por medio del razonamiento, y pone luego en evidencia”<sup>81</sup>.

Mas, prescindiendo de esta interpretación de Ihering de que sólo nos valemos aquí como argumento histórico, no se justifica en sí misma, conceptualmente, la socorrida oposición de dogmática jurídica o lógica de la ciencia del derecho y vida o devenir del derecho. Uno es el problema de establecer la unidad y extensión lógica del sentido de las normas en cuanto constituyen una estructura coherente de pensamiento normativo; otro, el de explicar la función práctica y las condiciones de elaboración espontánea y reflexiva del derecho. Tan legítimo es aquél como éste y, en el hecho, ambos forman, como ya lo viéramos, la ciencia del derecho en sentido lato, o mejor, la ciencia propiamente dicha y la política del derecho.

## **8. La posibilidad de la ciencia jurídica**

Es posible que el esclarecimiento de esas dudas auxilie también en la comprensión del clásico problema sobre la posibilidad de la ciencia jurídica. El análisis anterior puede al menos hacernos ver que la pregunta sobre si cabe o no hablar con propiedad de una ciencia del derecho ha de entenderse en esta precisa forma: ¿es posible un conocimiento científico del sentido y de las conexiones lógicas de las normas jurídicas?, pero admite también una interpretación complementaria. Toda ciencia de cosas y fenómenos conduce, generalmente, a una técnica de acción correspondiente: la biología y la farmoquímica llevan a la medicina y a la terapéutica; la física y las matemáticas, a la ingeniería y la electrotecnia; la psicología, a la psiquiatría, etc. ¿ Permite, pues, la jurisprudencia un dominio técnico de la realidad jurídica ?

---

<sup>81</sup> Ibid. Cap. I; p. 9.

Estas son justamente las cuestiones de que trata el célebre escritor Julio von Kirchmann en su obra *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, escrito que a la fecha de su publicación, 1848, conmovió a los especialistas e influyó en más de alguna significativa reforma de las ciencias del derecho.

No hay -proclama von Kirchmann- ciencia propiamente tal del derecho<sup>82</sup>. Lo que con semejante nombre pasa de una mano a otra entre los especialistas es un fárrago de opiniones y conjeturas sobre esa cosa tan mudable, confusa y fortuita que es el derecho positivo. El contraste que esta pseudociencia ofrece con los modelos del auténtico conocimiento científico, la física o la biología, por ejemplo, basta, en su opinión, para acabar con la ilusión de una disciplina que no tiene de ciencia sino el nombre.

Toda ciencia supone la unidad y estabilidad de su objeto: allí donde no haya algo que permanezca, no puede constituirse un cuerpo de conocimientos estables. Nuestros asertos científicos sobre la naturaleza no tendrían valor cognoscitivo si el sol, la luna, las estrellas, no brillaran hoy como hace miles de años: “Los árboles crecen y los animales viven como en tiempos de Plinio”, pero las cosas de que se compone lo jurídico, instituciones como la familia y el Estado, la propiedad y los contratos, pasan de una forma a otra, de uno a otro régimen. La jurisprudencia carece, no digamos ya de certidumbre, sino, lo que es más, de objeto permanente para la radicación del sentido y validez de sus proposiciones. Por eso, mientras que las conclusiones de una ciencia son siempre actuales, pues ahí están las cosas a que ellas se refieren, las de los juristas tienden a ser anacrónicas: en tanto que ellos preparan su saber, el objeto jurídico se transforma, y cuando ha llegado a comprenderse, ya no existe y hay otra cosa en su lugar.

Por otra parte, el objeto de la jurisprudencia que, según ya se ve, es para von Kirchmann la vida social y no, estrictamente hablando, las normas, impide la constitución de un riguroso ideal de verdad. El entendimiento ve entrabado el libre ejercicio de su misión intelectual por las pasiones originadas en la educación, la costumbre y el temperamento. Constitución o ausencia de la misma, libertad o chisme de prensa, sistema bicameral o un diverso régimen, emancipación de los judíos, conservación de la pena corporal o su abolición; el mero enunciado de estos problemas es suficiente para que el corazón de cada uno lata más de prisa<sup>83</sup>. Se introduce así, un nuevo elemento azaroso en el saber jurídico y, con ello, un obstáculo más para su constitución como ciencia verdadera.

---

<sup>82</sup> Cfr. Julio von Kirchmann. “La falta de valor de la Jurisprudencia como ciencia” en el repertorio sobre *La ciencia del Derecho*. Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 1949.

<sup>83</sup> Cfr. Julio von Kirchmann. *Op. cit.*; p. 267.

Pero, hay más y peor. Ninguna ciencia, por falsas que sean sus leyes, puede llegar a deformar su objeto. La realidad de éste es independiente del conocimiento que lo interpreta, pero la ciencia jurídica tiene que arreglárselas con las leyes del derecho que le interceptan el paso hacia su objeto propio, la experiencia jurídica, radicada en las convicciones y la práctica del derecho natural. Esas leyes, sean o no verdaderas, correspondan o no a la naturaleza de las cosas, se les imponen y terminan por violentarlas. “El Derecho natural debe entregar su verdad y capitular ante ella”. Necesariamente se produce así el antagonismo entre la ciencia y la realidad, porque aún cuando la ley positiva sea contenida, da lugar, por lo imperfecto de su forma, a toda suerte de lagunas, contradicciones y dudas; apenas logra con su rigidez, fijeza, generalidad y abstracción seguir el movimiento ágil y sinuoso de la realidad concreta. ¿Cómo no va originarse así una “ciencia” alambicada, formalista, verbalizadora, que vive más de lo oscuro y falso de la ley, que de lo que en ella es claro y verdadero? Haga usted confusos e incompletos los textos legales y ofrecerá el más precioso tema a los juristas que “por culpa de la ley positiva se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida”<sup>84</sup>. Es penoso comprobar el carácter precario de tanta sabiduría e ingenio aplicado a la interpretación de las leyes: “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”, dice el jurista alemán.

Quién sabe si, a la larga, no haya estado mal que alguien dijera alguna vez estas pesadeces a los juristas para que se decidieran al esclarecimiento de la naturaleza y condiciones de su ciencia, pues si había una disciplina a la sazón descuidada en el análisis de sus fundamentos epistemológicos, era la jurisprudencia. Las reflexiones de quienes desde la época de griegos y romanos se habían ocupado de la teoría del derecho, versaban por modo casi exclusivo sobre el derecho mismo –su origen, esencia, fines, funciones–, más no propiamente sobre el conocimiento racional del derecho. La ciencia jurídica requería la doctrina esclarecedora de su menester intelectual, y las acusaciones de von Kirchmann contribuyeron, en no escasa medida, a que juristas y filósofos del derecho se pusieran a buscarla. Y si hoy nos resulta posible rectificar su escéptico pensamiento es, sin duda, porque sabemos mucho más que en su época sobre lo que es la ciencia jurídica.

Una cosa surge, por lo pronto, a la vista: von Kirchmann considera que el carácter científico de una disciplina depende de la estabilidad de su objeto. Porque el sol, la luna, las estrellas brillan hoy como hace milenios –piensamos hablar científicamente de ellos, pero éste es un supuesto

---

<sup>84</sup> Ibid.; p. 267.

equivocado que arranca de una confusión: la confusión entre actualidad y validez de un conocimiento. Si el planeta Marte dejara de existir mañana, es indudable que no tendrían ya *actualidad* los cálculos de su trayectoria, mas no por eso dejarían de ser *válidos*: referidos al pasado, seguirían siendo tan verdaderos como una vez lo fueran. Por eso es que puede haber ciencia histórica, cuyos asertos versan sobre hechos que ya no son. Lo propio ocurre con la jurisprudencia: su objeto –las normas- se modifican o extinguen, pero esta circunstancia no priva a sus proposiciones de validez científica, la cual sólo se determina por los requerimientos lógicos del método. Piénsese lo que ocurre con el derecho romano: no tiene vigencia y muy pocas de sus instituciones se conservan como existieron en la Antigüedad y, no obstante, la dogmática del derecho romano constituye un repertorio de proposiciones tan científicas desde el punto de vista de su validez, como cualquiera otra ciencia. Otra cosa es que esas proposiciones no tengan ya la actualidad o el interés de otro tiempo. La mutabilidad del derecho positivo hace, a no dudar, mudable también el interés práctico de las investigaciones jurídicas.

Pero en este punto von Kirchmann ha exagerado un tanto las cosas, pues si es verdad que el derecho se transforma y con ello caduca la actualidad de su ciencia, siempre tiene ésta *una* actualidad: la de la vigencia de las normas que estudia. Y esta vigencia no es tan precaria. Nunca un régimen jurídico se constituye o desaparece repentinamente y en bloque: las mutaciones son progresivas y parciales. Aún las revoluciones políticas (y revoluciones, en el estricto sentido de la palabra, no habrá habido más de media docena en la historia) dejan subsistentes vastas zonas del edificio jurídico, sobre todo en el orden del derecho privado y de la legislación procesal y penal.

Por otra parte, las normas derogadas no desaparecen del horizonte de la jurisprudencia por el sólo hecho de su derogación: primero, porque dejan tras de sí derechos adquiridos, situaciones subsistentes que han de ser científicamente tratadas por el intérprete; segundo, porque entre la norma antigua y la nueva existen relaciones lógicas de contrariedad, de contradicción, de identidad, o de complementación que toca precisamente al jurista investigar, de la misma manera que investiga análogas relaciones entre las normas vigentes del sistema. El derecho positivo es un continuo dinámico y lógico en medida mucho mayor que lo que acertó a reconocer Julio von Kirchmann.

El crítico alemán parece haber olvidado otra cosa: que el derecho tiene, a pesar de su variabilidad, una estructura de elementos constantes que hace posible un sistema universal de conceptos jurídicos. Por mucho que la historia diversifique las relaciones sociales del hombre, éstas se conforman

a ciertos tipos uniformes de fines y medios. Para cualesquiera épocas del derecho tiene sentido, por ejemplo, hablar de personas y bienes, contrato y convención, acción y proceso, derecho público y privado, ley y costumbre, autoridad y súbdito, actos lícitos e ilícitos, propiedad y posesión. A medida que las sociedades evolucionan, estos tipos de relación jurídica se hacen más numerosos, uniformes y universales, y nociones como las de hipoteca, comodato, matrimonio, usufructo, compraventa, arrendamiento, anticresis, mandato, constituyen un sistema de conceptos cuyo sentido teórico y práctico no tiene ese carácter evasivo y fortuito que von Kirchmann encuentra en los objetos de las ciencias jurídicas.

Tampoco es más sólido el argumento relativo a la “imperfección” de la ley positiva. El concepto es, desde luego, un tanto equívoco porque no se podría oponer -según la fuerza del argumento lo exigiría- la “imperfección” del material normativo a la “perfección” de los fenómenos de la naturaleza. Salta a la vista el sinsentido de semejante enlace. Ahora, que si por “perfección” se entiende, como sin duda lo quiso entender von Kirchmann, la docilidad del objeto a la penetración del conocimiento, su aptitud para ser visto con luminosa claridad, no cabe duda que tan “imperfecta” es la naturaleza como el orbe de las normas jurídicas. Tampoco los fenómenos naturales se rinden fácilmente a los requerimientos de unidad, generalidad, determinabilidad y otros que les hace el pensamiento racional. No por distinta razón las ciencias físico-matemáticas son una de las más estupendas hazañas del hombre sobre la tierra y concitan universal admiración para sus creadores.

Hay, en efecto, una “imperfección” del objeto jurídico en el sentido arriba señalado porque no se trata sólo de las deficiencias de exposición en que suele incurrir el legislador impreparado o distraído sino, además, de esas que son connaturales al pensamiento y lenguaje del hombre. No siempre es posible representarse la totalidad de las consecuencias implícitas en un pensamiento, ni prever todos los nexos de implicación o exclusión entre proposiciones. Tampoco se puede anticipar en su variabilidad y riqueza la multiplicidad de los casos individuales, con lo cual muchas definiciones, principios y reglas, resultan diciendo mucho menos de lo que el legislador quiso o pensó que pudieran decir. Menos aún es posible que las normas salgan de la cabeza de quienes las formulan perfectamente ordenadas, coordinadas, unificadas, como salen las melodías de la cabeza de los músicos. Todo esto –previsión de consecuencias, intelección normativa de los nuevos casos, construcción sistemática del orden jurídico- sólo puede ser resultado de un pensamiento reflexivo técnicamente adiestrado. Ese pensamiento es precisamente la ciencia jurídica, cuya misión estriba en dar forma conceptual acabada al material empírico -“imperfecto” diría von

Kirchmann- del derecho, así como la misión de la ciencia natural es conceptualizar el aserto empírico de los fenómenos. Y las famosas tres palabras rectificadoras del legislador no pueden, en ningún caso, sustituirlas, porque aclarando algunos problemas singulares dejarían subsistentes los demás y con ellas se introduciría un nuevo problema, el de su propia interpretación.

Por eso es en extremo impropio sostener, como recientemente se ha hecho<sup>85</sup> que, así concebida, la disciplina jurídica se reduce a una ciencia de la justeza de las expresiones verbales y que, redactada la norma con propiedad, el jurista se queda sin menester científico. ¿Cómo no ver que la norma, por precisa que sea, plantea los más serios problemas de coordinación lógica con otras normas y de extracción de sus consecuencias implícitas? Pero el equívoco principal de von Kirchmann reside en su concepción del objeto de la jurisprudencia. La materia propia de la ciencia del derecho –piensa- son las prácticas y convicciones espontáneas del pueblo. El objeto de la investigación jurídica es, en definitiva, el derecho natural. Así, se explica que considere a la ley positiva como una cosa interpuesta entre la ciencia y el derecho, “una forma híbrida de ser y saber”<sup>86</sup> y que, comparándola con las leyes científicas, hable de su “verdad” y “falsedad”. Por este camino es fácil que todo se confunda. Si la ley positiva es una forma de saber y el objeto de la ciencia es el derecho natural, es obvio que ella estorba el conocimiento del jurista: porque se trata de un “saber” que compite con el suyo. El problema viene a convertirse así en el de una disputa entre dos ciencias, la del legislador y la del jurista, frente a una sola realidad: la del derecho natural. Que tal conflicto pueda existir y que a menudo exista es cosa fácil de comprender y verificar. Las convicciones de legisladores y juristas no tienen, en efecto, que ser siempre coincidentes por lo que respecta al bien social y la política a seguir. No es ya obvio, sin embargo, que ese desacuerdo sea el de la ley positiva y el saber del jurista. La ley positiva no es conocimiento, aunque se funda en conocimientos. No expresa un aserto del legislador sobre el ser de las relaciones humanas, sino una prescripción para las mismas. Ni afirma ni niega: no es, pues, ni verdadera ni falsa, es sólo obligatoria. Y justo porque no es ciencia, no pretende “conocer” las cosas sociales, sino determinarlas. En este sentido, la oposición de ley positiva y derecho natural es del todo injustificada, pues aunque una y otra puedan estar en desacuerdo, cumplen la misma función normativa, regulativa, y son igualmente datos del jurista, el objeto mismo de su ciencia.

---

<sup>85</sup> Esteban Ymaz. “La actualidad del alegato del fiscal von Kirchmann” en *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*. Arayú, Buenos Aires, 1954; p. 117.

<sup>86</sup> Julio von Kirchmann. *Op.cit.*; p. 264.



Sobre ese objeto –norma- versan los asertos de la ciencia, pero él, como objeto, no se confunde con lo que sobre él se dice. Una cosa es el saber jurídico (conocimiento sobre la legislación, ya positiva, ya natural) y otra el objeto de ese saber (la legislación misma). El error de von Kirchmann es haber confundido ambas cosas<sup>87</sup>.

## 9. Los problemas de la filosofía del derecho

Cabe ahora preguntarse si es posible todavía otro conocimiento del derecho que el estrictamente demostrativo y dogmático que se adquiere en los dominios particulares de la jurisprudencia (ciencia del derecho procesal, del derecho penal, del derecho administrativo, etc.). No es difícil dar con la respuesta; hay innumerables problemas de la mayor importancia teórica, muchos también de la mayor importancia práctica que, versando sobre el derecho propiamente dicho -y no sobre situaciones o hechos relacionados con el derecho, como en el caso de la sociología jurídica- exceden el campo de todas esas disciplinas y cualesquiera otras similares que pudieran constituirse.

En efecto, cuando el jurista reconoce e interpreta el derecho positivo, esto es, el sistema de normas vigentes, regula su conocimiento por un repertorio de supuestos teóricos, nociones y principios sobre cuyo régimen y sentido no se ha hecho problema. Ahí están para mostrarlo la propia noción de derecho, los conceptos de sujeto y objeto del derecho, sanción jurídica, norma, institución, eficacia jurídica, validez, vigencia, relación jurídica, etc.

Pero, además, la aplicación del derecho vigente o positivo lleva en lo teórico y en lo práctico al problema sobre los fines y el progreso del derecho. Claro, y ya lo hemos visto, la tarea del jurisperito es la determinación del

---

<sup>87</sup> En un libro reciente, *Meditaciones sobre la científicidad dogmática del Derecho Procesal*, de Alfonso Ibáñez de Aldecoa, Arayú, Buenos Aires, 1954, los argumentos de von Kirchmann resuenan todavía con eco, aunque distante, fácilmente reconocible. Lo extraño es que en este libro sostiene precisamente la tesis contrapuesta, a saber, la de la científicidad de la dogmática jurídica. Pero, con ligera distorsión se emplea el mismo argumento de la mutabilidad de las normas de derecho para declarar imposible un conocimiento científico de las *normas*, y seguir a Carlos Cossio en su idea de que el objeto de las ciencias jurídicas es la conducta humana misma. “El conocimiento que el jurista tiene de la norma –arguye Ibáñez- puede ser cierto, pero no puede decir ofrezca *validez* universal”. ¿Por qué? Porque el jurista -dice el autor- “nunca podrá dar validez a una norma susceptible de una mutación constante”. La confusión es aquí más grave aún que en von Kirchmann, pues ahora se confunden no la validez y la actualidad del conocimiento, sino el conocimiento con su objeto. El jurista, por lo pronto, no pretende dar universalidad a las normas mismas sino hacer afirmaciones universalmente válidas respecto a ellas –la afirmación, por ejemplo, de que mandan o prohíben, o que disponen esto o lo otro. La validez del conocimiento es una, la de las normas es otra. La validez del conocimiento es la validez lógica que obliga al pensamiento; la validez de la norma es la validez jurídica que obliga jurídicamente al comportamiento de la gente. Por otra parte, y por lo mismo, la mutabilidad de las normas no impiden la constancia y universal validez del conocimiento de las normas. Lo que alguien, como jurista, sostenga respecto a una norma que sólo estuvo vigente un día, es universalmente verdadero o universalmente falso ahora y siempre, cualquiera que sea la suerte de la norma.

sentido objetivo de los preceptos, mas, descubierto el sentido, su inserción como resolución viva en la experiencia concreta que lo requiere plantea la cuestión de si la norma aplicada es realmente justa: si es, en efecto, el valor sumo que debiera ser. En otras palabras, a la cuestión dogmática respecto al *ser* del derecho vigente sigue con necesidad teórica y práctica la cuestión crítica sobre el *deber ser* del derecho ideal.

Examinemos con mayor rigor estos problemas análogos y veamos si es posible integrar con ello una investigación realmente sistemática.

## 10. El problema de la esencia del derecho

A la pregunta ¿qué es el derecho? o ¿cuál es la esencia de lo jurídico? no puede contestar, obviamente, ninguna de las ciencias jurídicas especiales. Para hacerlo tendrían que rebasar los límites precisos de su propio campo y abandonar su objeto propio, el sistema de las normas positivas vigentes, porque de lo que se trata aquí es del problema de lo universal jurídico, del ser del derecho y no del contenido particular de tales o cuales realizaciones empíricas de la idea del derecho. Ello resulta evidente si consideramos que al hablar de derecho civil, penal, consuetudinario, positivo, natural, injusto, eficaz, vigente, operamos con un concepto genérico, soporte común de tales determinaciones: derecho.

Pero, ¿qué es la esencia de algo? *La invariable o constante lógica de todas sus posibles determinaciones*. Su característica principal es la universalidad; su identidad se extiende a través de la serie infinita de todas sus formas posibles de realización concreta<sup>88</sup>. Como ya lo mostró Descartes en las *Meditaciones metafísicas*, “a toda esencia corresponde una serie de individuos en cuanto son sus instancias factuales”. Es decir que en su universalidad misma, toda esencia es una ley objetiva de las posibilidades de algo; es, pues, en definitiva, un *a priori* lo que está primero en el orden lógico. La esencia del derecho representará, entonces, la ley de posibilidad de lo jurídico, aquella constante lógica cuya identidad se extiende a través de todas las instancias posibles del derecho, lo que hace ser derecho a todo lo que se muestra como tal: derecho chileno o etíope, derecho financiero o penal, derecho actual o pretérito, derecho positivo o natural, derecho justo o injusto, etc. Tal será el primero y más fundamental de los problemas que habrá de indagar la filosofía del derecho en la medida en que, por ser filosofía, aspire a la fundamentación radical del saber jurídico.

---

<sup>88</sup> Cfr. Theodor Celms. “El idealismo fenomenológico de Husserl” en *Revista de Occidente*, Madrid, 1931.

## 11. El problema de los conceptos y principios formales del derecho

Pero el del derecho es sólo el primero de todo un complejo sistema de conceptos esenciales o *a priori* que constituyen la estructura real del mundo jurídico y posibilitan lógicamente (no factualmente) su existencia. Sin saberlo, a veces, el especialista del derecho utiliza tales conceptos; los presupone sin una indagación previa de su sentido ni de sus conexiones recíprocas; para él son un punto de partida, la condición fundamental del pensamiento jurídico, cualquiera que sea el contenido particular que éste adopte.

Hemos señalado ya algunos de estos conceptos: relación jurídica, norma de derecho, obligatoriedad, sujeto de derecho, sanción, validez, derecho subjetivo, derecho objetivo, responsabilidad, etc. Junto a estas nociones hay también un repertorio de *principios* formales que no derivan de ninguna legislación o preceptiva *positiva*; más aún, que en su puridad no son realmente normas jurídicas, pero que constituyen el supuesto lógico inviolable de todo orden jurídico. Tales son, por ejemplo, los axiomas “todo lo no prohibido está jurídicamente permitido”; “no hay situaciones (personas, relaciones o cosas) fuera del orden jurídico”, “la conducta humana se halla siempre permitida o prohibida”, “toda facultad implica una obligación correlativa”. Se trata aquí también de ingredientes esenciales *a priori* (universales y necesarios) del orden jurídico, en el sentido de que no es lógicamente concebible un ordenamiento de derecho que no los suponga.

Hay, sin embargo, afinidad muy íntima entre los problemas relativos a la esencia del derecho y éstos que se refieren a los conceptos y principios lógico-formales. Muchos de éstos son, en efecto, presupuestos subentendidos por aquélla y, a veces, inseparables de ella. Tal ocurre, por ejemplo, con las nociones de sujeto jurídico, norma jurídica y responsabilidad.

Por eso, y no sin razón, muchos autores agrupan ambas investigaciones bajo una designación común, sea con el nombre de problema crítico (Vanni)<sup>89</sup>, problema lógico (Del Vecchio)<sup>90</sup> o problema del *a priori* formal (Recaséns)<sup>91</sup>.

En términos generales, coincide también con esa problemática el tema de la teoría pura del derecho, tan victoriosamente impulsada por Hans Kelsen en las últimas décadas. Se ha de tener en cuenta, eso sí, y por eso limitaremos la analogía a unos términos generales, que la teoría pura del

---

<sup>89</sup> Icilio Vanni. *Filosofía del Derecho*. Beltrán, Madrid. 1922; p. 22.

<sup>90</sup> Giorgio Del Vecchio. *Filosofía del Derecho*, 1946. Vol. I; p. 3

<sup>91</sup> Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho*, 1946. Vol. I; p. 62.

derecho es sólo una metodología<sup>92</sup>, una doctrina peculiar para el tratamiento de los problemas anteriormente descritos, mas no *la* ciencia de ellos, porque si se tomara la expresión en el sentido polémico proselitista con que la actualizó Kelsen, identificándola con la filosofía misma del derecho, se encontrarían excluidos de su campo muchos filósofos que se ocupan precisamente de aquellos problemas. Más, como su fundamento consiste en la idea de describir las estructuras esenciales del derecho con conceptos estricta y exclusivamente jurídicos, es la doctrina en que más de relieve se ponen los objetos y problemas propios de la filosofía jurídica en su aspecto crítico o lógico. “La Teoría Pura del Derecho –nos dice, en efecto, Kelsen- es una Teoría del Derecho positivo, del Derecho positivo a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho, no interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Si ella se califica como Teoría “pura” del Derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho”<sup>93</sup>.

## 12. El problema de los valores y de los principios materiales del derecho

Pero la identificación no podría extenderse más allá del campo estrictamente lógico. En un acápite del mismo pasaje citado señala Kelsen un límite preciso que da a su teoría un carácter restrictivo, hasta estrecho, desde el punto de vista de una filosofía jurídica completa. “Como teoría - agrega Kelsen- quiere conocer única y exclusivamente su objeto. Procura responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser y cómo debe elaborárselo. Es Ciencia del Derecho y no política del Derecho”<sup>94</sup>. Y bien, si tal es el sentido de la teoría pura del derecho, la filosofía del derecho no puede asimilarse a ella y habrá de exceder sus límites. Al filósofo atañe el conocimiento no sólo de lo que es sino además de lo que *debe ser*; casi, podríamos decir, le atañe a él por modo exclusivo, toda vez que la investigación racional del *deber ser* no tiene cabida en ninguna otra disciplina. Y, cuando, como en el caso del derecho,

---

<sup>92</sup> Observe el lector que Millas no considera que la teoría pura del derecho de Kelsen sea una *teoría* científica propiamente tal, es decir, una concepción científica del derecho como fenómeno normativo; es más bien para él una *metodología*, eso sí, extraordinariamente potente y eficaz para el tratamiento de problemas jurídicos. Tampoco se trata de una filosofía del derecho en sentido amplio y preciso. Millas considera que para ser tal debería considerar como parte esencial de su objeto de estudio materias que Kelsen metodológicamente aparta por entero del campo de la teoría o filosofía del derecho tal cual él la entiende y la diseña. Sobre este punto insistirá Millas más tarde y a lo largo de su libro. (N. del E.).

<sup>93</sup> Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Losada, Buenos Aires. Segunda edición. 1946; p. 24.

<sup>94</sup> *Ibid.*; p. 24.

el conocimiento versa sobre formas de la cultura, sobre organizaciones espirituales de la vida humana, no se le concibe ajeno a preocupaciones de valor, ni sordo a las preguntas sobre cómo ha de ser el *ser* para ser mejor. La filosofía del derecho no puede dejar de ser por eso -en uno de sus aspectos fundamentales, eso que tan profundamente llamara Stammler una *teoría del derecho justo*-, una axiología jurídica, porque, según veremos después, el derecho es esencialmente pragmático; es una instrumentación práctica determinada según fines, y estos fines son los valores o ideales del derecho sin los cuales no es posible comprender algunos importantes aspectos de las normas jurídicas.

Así, pues, al repertorio de los problemas lógicos relativos a la esencia del derecho y a las estructuras *a priori* de sus conceptos y axiomas fundamentales deberemos agregar los relativos a la justificación del derecho, la crítica valorativa del derecho vigente, y de los modelos ideales del derecho posible.

Es aquí en donde tienen cabida las cuestiones relativas a la justicia. ¿Qué es justicia?, ¿hay un sentido universal y necesario de la justicia o se trata de un ideal histórico, factualmente condicionado?, ¿hay un saber natural, un sentido innato de lo justo, o se trata de un saber adquirido, enseñado, cultivado? La pregunta es, posiblemente, tan antigua como la inteligencia reflexiva del hombre porque, en efecto, cosa significativa, las cuestiones que primero interesaron al hombre con el carácter de preocupación racional, son de naturaleza pragmática y se refieren al orden de la vida humana y a las condiciones de su felicidad.

Los más viejos testimonios escritos del pensamiento humano son reflexiones éticas y jurídicas; preceptos ya de tipo lírico-moral como las máximas de Ptah-Hotep, ya de tipo mágico-moral como las imprecaciones del *Libro de los Muertos*, ya códigos legales como el de Hamurabi. Más aún, el pensamiento racional de los griegos, de donde arrancan las dos más alquitaradas formas de entendimiento humano, la filosofía y la ciencia occidental es, en sus orígenes, pensamiento ético y jurídico. La visión mítica del mundo que nos ofrece la *Ilíada* tiene por base una suerte de proyección del orden social aristocrático de las ciudades griegas al plano cósmico; y, a la *Ilíada* pertenece también la primera expresión de perplejidad racional del hombre europeo frente al carácter utópico del ideal de justicia.

Después de Homero, Hesíodo nos ofrece ya en *Los Trabajos y los Días* una clarísima conciencia de las ideas de justicia y derecho y hasta una concepción de la cultura como régimen justo de convivencia humana. Y nótese que no se trata aquí sólo de un código de preceptos sino de una especie de reflexión, de tratamiento racional del carácter y valor de la justicia,

como aparecerá también con caracteres aún más acusados en la poesía de Solón de Atenas, uno o dos siglos más tarde.

Era, según se ve, viejísima ya la preocupación por el ideal de justicia, cuando Platón y Aristóteles emprenden la primera indagación verdaderamente sistemática de ella en los siglos V y IV A.C., y no puede pasar inadvertida para nosotros esta venerable antigüedad del problema pues si ella, por una parte, señala que se trata de una perplejidad crónica del entendimiento humano, nos muestra, por la otra, la respuesta a una profunda necesidad de la vida y del espíritu.

El derecho, régimen de convivencia para el servicio de la vida, ha de cambiar con ésta, y al jurista le preocupará siempre la correspondencia entre esos cambios. Más aún, también le inquietará siempre la correspondencia entre la situación real del derecho y el ideal del régimen más justo. Todo orden jurídico es un hecho, tiene un ser, pero a este hecho corresponde un ideal, un *deber ser* normativo que le da valor. ¿Cuál es el criterio de ese *deber ser*, si es que tal criterio es posible? He aquí una mayúscula interrogante, la máxima, tal vez, para una conciencia jurídica alerta y sistemática.

De hecho, la interrogante se halla, de uno u otro modo, resuelta por todo ordenamiento jurídico. Un orden jurídico implica siempre la aceptación pragmática de algún sistema de valores. ¿Existe un sistema ideal privilegiado de valoraciones, que pueda servir de patrón estimativo de cualquier posible sistema, presente o futuro? Tal es la cuestión básica debatida en torno a la teoría del derecho natural. Sin embargo, independientemente de la solución del problema, cabe señalar el hecho del imperio más o menos uniforme de ciertas reglas, comúnmente llamadas principios generales del derecho. El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de la Haya se refiere a ellos, aunque no siempre encuentran formulación expresa en los textos positivos: “nadie puede enriquecerse sin causa en detrimento de otro”; “los actos jurídicos no tienen efecto respecto de terceros”; “*ignorantia vel error iuris nos excusat*”; *pacta sunt servanda*”.

Estos principios tienen relación muy íntima con los del derecho natural o ideal de “lo que es siempre justo y bueno”. En muchos casos se trata de principios idénticos, pero, de cualquier modo, unos y otros difieren manifiestamente de los principios formales antes señalados. Los principios formales son axiomas lógicos del *conocimiento* jurídico y no, realmente, reglas de acción. Se trata, por consiguiente, de axiomas primordiales, constitutivos de la posibilidad misma del orden jurídico como tal, de todo orden, cualquiera que sea su contenido. Los principios generales del derecho y las normas naturales, en cambio, no son ya condiciones lógico-formales sino *materiales*,

reglas de conducta pertenecientes al contenido del derecho. Por otra parte, los principios formales se refieren a la totalidad del orden jurídico y su no vigencia implica una contradicción lógica. Es, por tanto, inconcebible un orden formalmente *imperfecto*, es decir, un orden jurídico que subsistiera sólo en parte; como tal, no es contradictorio negar el principio *pacta sunt servanda*. La falta de uno solo de ellos ocasiona la extinción del orden *in toto*. Los principios generales y las normas naturales, en cambio, justo porque son contenidos del orden, valen sólo para determinadas regiones del mismo: la de la conducta regulada en cada caso. Es por eso concebible un orden *materialmente imperfecto*, en que haya excepciones más o menos amplias al imperio de algunos de estos principios. Su no vigencia no implica contradicción, aunque puede implicar menoscabo de valor en el sistema. Así, por ejemplo, por carecer de alguno de esos principios, aunque es claro, un ordenamiento que lo desconociera sería, a no dudar, aunque eficaz, injusto.

### **13. El problema del ser del derecho**

El problema axiológico del derecho, el análisis de su estructura finalista, se halla en estrecha conexión con unos interrogantes finales en que culmina la tarea de integración racional de la experiencia jurídica. Tales interrogantes se refieren al *ser* del derecho, porque el derecho, como toda modalidad, sea natural o cultural, sea real o ideal del ser, pertenece al orden universal en que se dan todas las cosas. Es legítimo, entonces, preguntarse la situación del derecho en ese conjunto universal y completar la investigación sobre su esencia determinando, además, la clase de ser a que pertenece y las relaciones de ese ser suyo con la totalidad de los objetos dados al pensamiento.

Tendremos que insistir varias veces en este libro sobre la necesidad, reivindicada ya por Kelsen, de entender jurídicamente lo jurídico, esto es, de purificar al máximo los conceptos peculiares con que el derecho ha de ser pensado, para ser adecuadamente descrito en su inconfundible estructura. Más, tarea tan necesaria constituye sólo una etapa técnica de otra mucho más amplia, más difícil y quién sabe si también mucho más útil: la de comprender el derecho dentro del orden universal de las cosas con las que se da.

Está bien proponerse el pensamiento puro de las puras formas jurídicas, de aquello que hace ser derecho a lo que se ofrece como tal. Sin embargo, lo que se nos da como derecho se da entre otras cosas, como miembro subordinado del mundo de las relaciones humanas primero y de la totalidad del ser después. Dentro de estas totalidades, la del ser humano y la del ser, en general, y las ligadas al derecho, son algo determinado, identificables por

rasgos singularísimos de que ningún otro objeto de experiencias participa; y, no obstante, por hallarse firmemente afincado en otras cosas, sería imposible comprender su última naturaleza sin una intelección adecuada de eso que técnicamente pudiéramos llamar la “fundamentación metafísica del derecho”.

Si tenemos presente, en esta breve sinopsis, los problemas jurídico-filosóficos del derecho, observaremos que tiene un ámbito que lo envuelve y a la par lo crea, esto es, la vida del hombre, y que dado como creación autorreguladora de la vida se encuentra íntimamente asociado a la moral; y si nos hacemos presente, además, que como parte de la vida se halla determinado en su naturaleza por la condición humana, fácil nos será verificar que el intento de comprender exhaustivamente la esencia del derecho conduce a la exigencia de comprenderlo desde el punto de vista de una cosmovisión, de una teoría general del universo y del hombre.

Esta labor constituye un problema metafísico en el mejor sentido que la saludable reacción antivervalista de la filosofía científica moderna permita darle a esta palabra. La metafísica es el conocimiento del ser en cuanto ser, según clásica definición de Aristóteles, pero en última instancia es, sobre todo, la ciencia del ser real como tal, la búsqueda de una concepción total explicativa y descriptiva de la naturaleza última de los existentes. Los problemas de la metafísica se extienden desde la indagación de lo que existe hasta la otra, la capital y para muchos insoluble cuestión, de qué es lo que necesariamente existe para que legitime y sustente la existencia de todo lo que, como existente, no necesariamente se nos da.

## 14. Conclusiones

De esta manera hemos venido a verificar la existencia de cuatro órdenes de problemas sobre el derecho que rebasan los límites de todos los departamentos particulares de la ciencia jurídica:

- a) ¿Qué es el derecho? *Problemas de la esencia.*
- b) ¿Cuáles son, si los hay, los conceptos y principios *a priori* del conocimiento jurídico? *Problemas del a priori formal o gnoseológico del derecho.*
- c) ¿Cuáles son los fines de las normas ideales y los valores del derecho? *Problemas de la axiología o estimativa jurídica.*
- d) ¿Cuál es la situación, y cuáles son las conexiones fundamentales del derecho en el seno de la realidad universal? *Problemas de la ordenación metafísica del derecho.*

El conjunto de tales cuestiones constituye el campo propio de la filosofía



del derecho que, de esta manera, se nos presenta como la búsqueda de una fundamentación radical de lo jurídico en el cuádruple sentido: lógico, gnoseológico, axiológico y metafísico.

Cualquiera definición adecuada de ella, y la fórmula anterior, podría quizás aspirar a serlo si apunta fundamentalmente a esto: a una comprensión radical del derecho, es decir, a una comprensión llevada al límite mismo de las exigencias racionales de universalidad y certeza. En este sentido es exactísima, y en la sencillez de su expresión resume nuestras anteriores consideraciones, la fórmula de Recaséns Siches, según la cual la filosofía del derecho aspira a un conocimiento primario de lo jurídico en cuanto se funda a sí misma plenamente y, subsecuentemente, sirve de fundamento a las ciencias particulares del derecho.

## SEGUNDA PARTE

### PROBLEMAS ESENCIALES DEL DERECHO

#### Capítulo IV

#### DERECHO Y CONDUCTA

##### 1. El sentido de la pregunta sobre la esencia del derecho

La primera acaso básica labor de la filosofía del derecho consiste en determinar qué es el derecho, esto es, su esencia.

Al punto pudiera parecer que semejante tarea es, por elemental, inapta para justificar todo el capítulo inicial de una disciplina tan elaborada como pretende ser la investigación filosófica del derecho. Es casi inevitable que, enunciado el tema, tienda uno a negarle toda problematicidad y se proponga sin más resolverlo. ¿Es que acaso no se encuentra en la propia experiencia cotidiana el *hecho del derecho* como cosa patente, obvia, nítidamente circunscrita por los criterios pragmáticos de la acción? Las personas están todos los días reclamando derechos o reconociéndolos; de continuo se promulgan y derogan leyes, se pronuncian y se cumplen sentencias, en las universidades se explican minuciosos programas del más exacto contenido de derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, derecho constitucional. ¿Puede realmente constituir problema la determinación de la esencia de hechos tan precisamente conocidos?

Pues bien, lo primero con que nos encontramos al ingresar en los temas de la filosofía jurídica es que, no obstante la pretensión contraria del sentido común, constituye todo un problema la determinación de lo que sea el derecho. Es ésta una sorpresa que, por lo demás, sale al paso en toda disciplina filosófica: la filosofía, en última instancia, consiste en la problematización de lo que parece obvio y, por lo mismo, en descubrir lo que hay de complejo, intrigante, misterioso, bajo la apariencia banal de las cosas. Esto, aunque en otros términos, lo tienen redicho los filósofos hace mucho tiempo; Aristóteles, por ejemplo, en un pasaje famoso de la *Metafísica*, señala que desde que los hombres se asombran empiezan a filosofar<sup>95</sup>, y

---

<sup>95</sup> Aristóteles. *Metafísica*. L. 2º, 982 b I 983 a.

Novalis, en expresión que pudiera ser humorística, si no conociéramos el patetismo de su autor, escribe que “filosofar es perder la tranquilidad”<sup>96</sup> .

Lo que primero hemos de constatar al proponernos la determinación de la esencia del derecho es que para ello no se puede acudir a la experiencia. De la experiencia partimos, sin duda: el hecho de que haya en la vida una cosa llamada derecho, entre otras que se llaman religiones, montañas, artes, matemáticas, seres humanos, nos lleva a preguntarnos por la esencia de *lo* jurídico y, no obstante, por paradójico que resulte, no es la experiencia la que va a informarnos lo que sea la esencia del derecho. La experiencia también va a ejemplarizarnos la esencia encontrada, nos la va a mostrar en cada una de sus posibilidades concretas, pero, repitamos, no va a ofrecérsela como ofrece las propiedades químicas del oxígeno o el comportamiento sexual de las plantas.

El porqué de esta ineficacia de la experiencia para secretar inductivamente la esencia del derecho ha sido explicada por los neokantianos con argumentos rigurosos. Stammler, primero, Del Vecchio y Radbruch después, han hecho ver, en efecto, que para determinar cuál experiencia va a llevarnos a la esencia del derecho sería menester que primero la reconociéramos como jurídica, es decir, que supiéramos previamente qué es el derecho: sólo sabiéndolo podríamos reconocer sus instancias concretas en la experiencia.

Algunos podrían oponer a este argumento una consideración como la del español Ruiz Jiménez<sup>97</sup>. Es posible determinar la esencia del derecho -piensa- describiendo la experiencia señalada como derecho por el empleo vulgar de los vocablos, observando ese sector determinado de la realidad que los hombres llaman comúnmente derecho. Así, claro, aparentemente no se requeriría una noción previa del derecho para determinar dónde reside, en qué experiencia se aloja la esencia del derecho. Más, no se repara en una cosa: en que el sector de la realidad designado como derecho por el uso común de los vocablos no se encuentra tan unívocamente determinado como se cree<sup>98</sup>. Así, por ejemplo, para algunos, son también derechos esas normas ideales de carácter religioso o moral llamadas derecho natural por los juristas, en tanto que otros no creen que sean derecho tales normas, ni que tenga sentido hablar de otro derecho que el positivo. ¿Cómo, entonces,

---

<sup>96</sup> Georg Friedrich Novalis. *Fragmentos*. Nueva Cultura, México, 1942; p. 98.

<sup>97</sup> Joaquín Ruiz-Jiménez. *Introducción elemental a la Filosofía Jurídica Cristiana*. Manuales Universitarios, Madrid, 1945. L. 6; p. 61.

<sup>98</sup> En otra cosa tampoco se repara: en que el lenguaje se funda en un conocimiento y un reconocimiento de esencias. En efecto, si podemos llamar “taza” a todos los ejemplares pasados, presentes posibles reales o imaginarios de ese género, es porque vemos realizada la esencia del género en cada espécimen individual; otro tanto ocurre en el derecho, sólo porque la palabra tiene un sentido previamente constituido.

buscar en la experiencia -que “el vulgar empleo de los vocablos” designa como derecho- la esencia de lo jurídico? Ya se ve que los vocablos no tienen significación unívoca. El argumento neokantiano sigue, pues, pareciendo válido.

Así y todo, creemos posible añadir otro. La esencia del derecho, como toda esencia, es fija, cerrada, finita: constituye una estructura estática. La experiencia es, en cambio, inestable, abierta, infinita; hay siempre una nueva experiencia posible. Siendo así, la esencia no puede determinarse por la experiencia: es inconmensurable. Mientras que la experiencia del derecho va haciéndose, la idea del derecho ya está hecha, es una misma; es, en este sentido, menos rica que la experiencia. Si hubiéramos de determinar la esencia de lo jurídico según parece realizada en la experiencia, nunca llegaríamos a conseguirlo, jamás podríamos conferir un sentido al vocablo derecho, porque cabría esperar nuevas experiencias capaces de modificar ese sentido. El método inductivo se halla en este punto excluido de la investigación iusfilosófica.

Nuestro estudio de la naturaleza de la esencia nos permite comprender este argumento sin equívoco posible. La esencia, hemos visto, es la estructura genérica, fija, de todos los casos concretos. Es, como dice Theodore Celms, la identidad que se extiende a través de la serie infinita de las singularizaciones concretas (fácticas). Así, por esencia del derecho debe entenderse la identidad ideal de todos los casos particulares del derecho, no sólo de los existentes sino también de los posibles, de los que aún no puede ofrecernos la experiencia. El conocimiento de la experiencia jurídica nos presentará, pues, ejemplarizaciones del derecho, modalidades de su existencia, pero no puede agregar ni quitar absolutamente nada a su contenido; éste se da plenamente en un solo caso singular, se deja intuir en una sola instancia. Me bastaría a mí observar el orden jurídico de una sola comunidad para intuir la esencia del derecho. Más aún, yo ni siquiera necesito conocer un orden jurídico real, me basta con una ejemplarización imaginaria para que en ella, a través de su modalidad concreta, intuya el derecho. Supongamos que no hubiera habido derecho alguno en la historia y que los hombres hubieran regulado sus relaciones por otros medios que las normas coactivas del Estado. Pues bien, aún en este caso tendría sentido hablar de derecho, sin que jamás se hubiera dado en la experiencia; sería *concebible la posibilidad del derecho*, y esa posibilidad le daría al vocablo el mismo sentido que tiene para nosotros.

Claro que todo esto vale únicamente para el conocimiento de la esencia, de la posibilidad ideal de lo jurídico, pero no de ninguna realidad jurídica. El conocimiento de la esencia del derecho nos permite saber *a priori*

que cualquiera experiencia jurídica tiene que tener tales y cuales propiedades genéricas, pero nada nos dice respecto al modo particular de darse tales propiedades, a su existencia factual. Por tanto, quedan excluidas de esta zona de problemas cuestiones relativas a tal o cual particular derecho, cómo se engendra el derecho, cómo evoluciona el derecho, legítimas e importantes todas ellas, pero alusivas no a la esencia, sino a la realidad o existencia de lo jurídico.

En cambio, sí habrá que dilucidar, por incumbir a la cuestión de qué sea el derecho, los siguientes problemas:

- a) El problema de la esencia en sentido estricto; qué es el derecho, es decir, qué fórmula lógica o complejo lógico de categorías posibilitan la experiencia jurídica o, mejor, qué conceptos forman la identidad de todos los casos concretos reales o posibles del derecho.
- b) El problema íntimamente asociado al anterior, de la naturaleza metafísica del derecho y que se traduce en la pregunta relativa a qué clase de ser es el del derecho, a qué región de los objetos pensables pertenece, y qué relaciones lógicas (no relaciones reales de acción y reacción, de influencia genética porque estas relaciones incumben a otro tipo de investigación) tiene con otras estructuras tales, por ejemplo, como la moral, las normas de trato social, las normas religiosas, la vida humana, la cultura, etc.<sup>99</sup>

## 2. El primer problema relativo a la esencia del derecho

Conviene comenzar observando que, frecuentemente, las controversias respecto a la esencia de las cosas degeneran en disputas sobre el uso de las palabras. Así, suele ocurrir que al contraponerse juicios aparentemente sustantivos de las formas “A es B” y “S no es A, sino B”, sólo se están contraponiendo reglas semánticas del mismo valor: “llamaremos S, a A” y “llamaremos S, a B”.

Al tratar de definir el derecho vamos a encontrarnos, por eso, con el peligro de incurrir en meros desacuerdos semánticos encubiertos bajo la apariencia de problemas lógicos, que en el fondo resultan ser falsos problemas.

---

<sup>99</sup> Aparentemente Millas en este trabajo no trata el segundo problema (b) relativo a la naturaleza metafísica del derecho, pero en cambio sí le da una importancia gravitante a un tercer problema que no enuncia pero que desarrolla, relativo a lo que él llama “axiología jurídica”. (N. del E.).

El más característico de los falsos problemas de ese tipo es, tal vez, el que debaten el iusnaturalismo y el positivismo jurídico a propósito del derecho natural. En realidad, el problema del derecho natural no es siempre un falso problema; es, en efecto, problema del más estricto veredicto lógico determinar si hay o no identidad esencial entre las normas positivas y las normas naturales, o si existen realmente tales normas, o si la exigibilidad de la norma positiva se funda en una exigibilidad primordial de la norma natural, pero se convierte en falso problema, en puro malentendido, cuando, reconocidas las diferencias esenciales entre uno y otro tipo de normas, se plantea la cuestión de si aquéllas o éstas *representan la esencia* del derecho. Para que tal debate pudiera tener sentido sería preciso introducir un tercer objeto de indagación, una superordenación jurídica que no sería ni el orden natural ni el positivo y cuya naturaleza, previamente determinada y designada como derecho, sirviera para dirimir la disputa sobre si la norma natural o la positiva son o no derecho.

De no ser así, esto es, de no darse la situación absurda de discutir sobre cuál es la esencia del derecho, cuando para responder a esta pregunta se requiere que esa esencia esté determinada, el problema sobre el derecho natural es un puro debate semántico en que unos y otros contendores se disputan el uso de la palabra derecho.

Para evitar caer de esta manera en estériles forcejeos respecto al uso de las palabras, es menester que introduzcamos una nueva precisión en el sentido de nuestra pregunta sobre la esencia del derecho.

Examinemos con cuidado la particular modalidad que presenta toda pregunta sobre el *ser algo*. Nótese que al decir “¿Qué es el derecho?” estamos apuntando a una entidad, un algo que es como el blanco del disparo de nuestra pregunta: el derecho. Por eso ha podido decir Heidegger que todo preguntar tiene su dirección previa que le viene de lo buscado<sup>100</sup>. Es decir, que, paradójicamente, al preguntar por el ser del derecho tenemos ya un conocimiento previo de la cosa sobre la que preguntamos: ésta, el derecho, tiene que hallarse a la vista y lo que la pregunta se propone es hacerla inteligible, expresándola en conceptos.

Ocurre aquí lo mismo que cuando preguntamos “¿Qué es la tinta?”. El sentido de la pregunta exige que el objeto tinta nos sea dado de algún modo, generalmente en forma de percepciones. Nuestra pregunta equivale, pues, a esta otra “Eso que llamamos tinta: ¿qué es?”.

---

<sup>100</sup> Martin Heidegger. *Ser y tiempo*. (Trad. de José Gaos). Fondo de Cultura Económica, México, 1951. Introducción. Cap. 1 y 2; p. 6.

Ahora bien, tratándose de la pregunta sobre el derecho, la cosa señalada por ella -el “algo” cuya comprensión se busca al formularla- es un cierto orden normativo de la conducta humana expresado en leyes, sentencias judiciales, disposiciones administrativas, costumbres mandatorias, contratos, declaraciones unilaterales de voluntad, etc. La pregunta señala todo eso e interroga “¿qué es?”. Se trata, por lo tanto, de hacer inteligible, mediante conceptos adecuados, una cierta o inconfundible clase de objetos de experiencia.

No se debe ver en esto, claro está, una revocación de lo que se ha dicho anteriormente respecto al carácter *a priori* de la esencia. La *experiencia suscita el problema* de determinar su esencia, es decir, su ley lógica de estructura o posibilidad, pero esta estructura o posibilidad lógica no depende de la extensión de la experiencia, es independiente del progreso o estagnación de ella, lo cual equivale a decir que la esencia tiene prioridad lógica sobre la realidad, es la condición de su comprensión y de su posibilidad y que, por eso, ninguna experiencia jurídica, ningún hecho del derecho por novedoso que sea, debe entenderse como tal fuera de las determinaciones propias de la esencia jurídica, pero junto con eso ha de entenderse también que es en lo concreto -en la experiencia de los hechos- en donde se origina la pregunta sobre la esencia y que es tal experiencia la que la justifica. Justamente porque necesitamos comprender en sus radicales fundamentos esa experiencia concreta es porque inquirimos acerca de su esencia y si, como hemos visto, la esencia tiene prioridad lógica sobre la realidad, entonces la realidad tiene prioridad vivencial sobre la esencia.

### **3. Las normas como objeto de la pregunta por el derecho**

Pero importa señalar que esas experiencias rotuladas con la palabra “derecho” sólo pueden convertirse en objeto de nuestra pregunta eidética en la medida en que aparezcan ya antes de nuestra respuesta, identificadas por algunos caracteres comunes. El objeto a que nuestra pregunta se refiere no es ni una ley particular, ni todas las leyes, ni tal o cual sentencia, ni todas las sentencias, sino todo eso junto y otras cosas más de propiedades análogas. Se trata, pues, de toda una zona de la realidad circunscrita por ciertos caracteres analógicos que son ya de por sí una primera aparición de la esencia, aunque insuficiente todavía para satisfacer el sentido radical de la pregunta acerca de ella.

Ahora bien, no es difícil determinar cuáles son esos caracteres que dan forma unificada a la experiencia llamada derecho convirtiendo su variedad en el objeto único de la pregunta ¿qué es el derecho? Se ve de inmediato, en

efecto, que todos los contenidos llamados derecho (leyes, reglamentos, sentencias judiciales, negocios jurídicos, etc.) son *regulaciones coactivas del comportamiento social*, esto es, normas de conducta aparejadas por el imperio ejecutivo de la autoridad pública.

Es cierto que para muchos la palabra “derecho” designa todavía otra cosa: un orden de conducta requerido por la razón humana y anterior a toda prescripción estatal; una especie de conciencia normativa universal, *a priori*, de la cual derivarían las experiencias generalmente reconocidas como jurídicas. Principios como los que reclaman el valor absoluto de la personalidad humana, el derecho del hombre a la vida y a la libertad, la obligación de reparar el daño dolosamente causado, de atenerse a los pactos, de no privar a otros de sus legítimas pretensiones, serían ejemplos de tales normas cuyo conjunto constituiría un verdadero “derecho natural”; según Del Vecchio, un sistema de exigencias jurídicas imprescindibles de la naturaleza humana y, por tanto, no definible por la acción coercitiva del Estado.

Ya hemos visto lo que hay de sentido y de contrasentido en el problema sobre la esencia jurídica de tales normas. No nos corresponde considerar ahora la cuestión; sólo interesa señalar que, cualquiera sea nuestra conclusión, hemos de reconocer que se trata de otras normas que las que comúnmente se llaman “derecho”, esto es, que las normas del derecho positivo no pueden, pues, incorporarse a ese conjunto de experiencias al que apunta nuestra pregunta. Y si se reclama el uso del nombre “derecho” también para las normas naturales, evitaremos la cuestión por considerar que una disputa puramente semántica carece de importancia para los problemas relativos a la esencia.

Diremos, por consiguiente, que preguntándonos qué es el derecho tenemos a la vista, como objeto a que la pregunta se refiere, las normas de convivencia prescritas por la autoridad pública, en buenas cuentas, las normas del derecho positivo.

#### **4. El punto de vista egológico**

Esto puede, quizás, parecernos obvio, pero no todos los filósofos del derecho son de este parecer. Se ha afirmado, también, que el objeto de la pregunta por el ser del derecho no son las normas sino la conducta humana y que todo preguntar por el derecho supone preguntar por ese objeto real, concreto, sensible, que es el comportamiento. Tal es una de las concepciones básicas de la conocida teoría egológica de Carlos Cossio y su escuela.



No es ésta la ocasión oportuna para hacernos cargo de los interesantes problemas planteados por tal singular doctrina, mas no podemos dejar de considerarla aquí en uno de sus aspectos, ya que no cabe duda que nuestra búsqueda de la esencia del derecho va a llevarnos a resultados completamente distintos, según que pesquemos en la conducta o en la norma, aunque sólo sea por el hecho de que aquélla pertenece al orden del acaecer, del mundo fáctico y es, por ello, en cuanto ser real, accesible a la intuición del tiempo y del espacio, en tanto que las normas pertenecen al mundo de los objetos ideales, de lo meramente posible y son, en cuanto ideales, accesibles sólo a la intuición intelectual.

¿Qué significa, pues, que el derecho sea conducta y no norma? Conviene esclarecer el aserto con el mayor rigor posible; veamos si antes de juzgarlo analíticamente eliminamos su desconcertante apariencia.

La conducta humana es, en su pura realidad de tal, un tejido de actividades síquicas y biológicas de los entes humanos: alguien que se acerca a alguien, uno que pasa un objeto a otro, éste que ojea un libro, aquél que enciende un cigarrillo, los demás allá que pasan cantando, fulano que duerme en el balcón, los vecinos que se saludan o cambian improperios.

Claro que la pregunta sobre si todo eso es o no derecho, es una cuestión puramente semántica y, por consiguiente, no constituye pregunta en absoluto –si no disponemos de un criterio ya clarificado respecto de lo que sea derecho. Arbitrariamente podríamos llamarle derecho, religión, moral, agonía, o lo que nos viniere en gana, mas, ese criterio verdaderamente existe para la doctrina egológica. Cossio no lo señala expresamente, pero se da implícito en todos sus análisis: aquello cuya esencia busca, eso se llama, según él, “*ser del Derecho*”<sup>101</sup> y es el objeto de que se ocupa la dogmática jurídica, la ciencia del derecho positivo. La conducta humana será, pues, derecho en tanto y en cuanto constituye el objeto de la ciencia jurídica. Bien podríamos, pues, hacerlo plantear el problema de la esencia del derecho en esta forma: “¿Cuáles son las notas peculiares, el consistir propio del objeto que indagan los juristas como juristas?”.

La doctrina egológica tiene, pues, que mostrarnos cuál es el aspecto del comportamiento humano que incumbe a la ciencia jurídica y sólo a ella. Y, en efecto, trata de mostrárnoslo, y nos dice con Del Vecchio<sup>102</sup> que toda conducta consiste no sólo en los actos psico-físicos que la constituyen sino, también, en todo lo que, para realizar aquellos actos, ha sido preciso omitir. No se trata, pues, únicamente del hacerse efectivo de mis actos sino,

---

<sup>101</sup> Carlos Cossio. *Teoría de la verdad jurídica*. Losada, Buenos Aires, 1954. Cap. II.

<sup>102</sup> Giorgio Del Vecchio. *El concepto del Derecho*. Reus, Madrid, 1914.

además, del *poder hacer* que de aquellos actos broten: toda conducta supone, entonces, un *ego* que opera libremente, y se resuelve en una interferencia de acciones posibles. Más aún, esta interferencia puede considerarse de dos maneras: como concurrencia de acciones y omisiones de un mismo ego -lo que yo, por ejemplo, hago y omito, en virtud de la espontaneidad de mi propia y personal existencia-; trátase, entonces, de una *interferencia subjetiva*; o, como concurrencia de mis acciones y omisiones con las acciones y omisiones de otro sujeto que con ellas impide o no impide mi hacer u omitir; trátase, entonces, de una *interferencia intersubjetiva*. En el primer caso, al hacerse, lo comprende en su oposición al omitir; en el segundo, en su oposición al impedir<sup>103</sup>. Aquélla es la conducta en cuanto que, referida solamente a la existencia del sujeto, es conducta no compartida; ésta, es la conducta en cuanto que, referida a la coexistencia del sujeto de los demás, es conducta compartida<sup>104</sup>.

Pues bien, lo que la doctrina egológica enseña es que el objeto del saber jurídico, el derecho, por tanto, es la conducta humana enfocada en su dimensión intersubjetiva, en su realidad de acción permitida o impedida por la conducta ajena, en el ámbito coexistencial de todas las vidas humanas.

De esto resulta, entre otras cosas, la consecuencia inequívocamente proclamada por Cossio en todos sus escritos de que la ciencia jurídica es ciencia de objetos reales, de hechos, y que sus datos son empírica y sensorialmente intuibles, pero aquí mismo surge una dificultad y no es, por cierto, la más grave de cuantas pueden suscitarse. Si la ciencia jurídica fuera ciencia de la conducta humana como cosa real, del hecho real de su interferencia intersubjetiva, tendría que constituir una ciencia descriptiva y explicativa del *ser* de esa conducta, de la realidad de ese hecho. Sus asertos serían, pues, proposiciones inductivas capaces de predecir fenómenos de interferencia intersubjetiva y, como tales, pertenecerían al dominio de la sociología, la economía y demás ciencias de la conducta humana en su interferencia coexistencial, pero es patente que un jurista no formula, en cuanto jurista, ningún aserto de ese tipo. Sus enunciados no nos dicen que tales o cuales fenómenos ocurren, ni nos predice que en estas o aquellas condiciones vayan tales o cuales otros a producirse. Es claro desde todo punto de vista que la ciencia jurídica no es ciencia fenoménica.

Cossio ha previsto, sin duda, esta objeción en su intento de diferenciar desde el punto de vista egológico entre la sociología y la ciencia del derecho, pero ese oscuro concepto de *deber ser existencial* no resuelve nada y, al

---

<sup>103</sup> Carlos Cossio. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Segunda edición, Losada, Buenos Aires, 1947; p. 84.

<sup>104</sup> Carlos Cossio. *Teoría de la verdad jurídica*. Losada, Buenos Aires, 1954; p. 81.

contrario, introduce en sus ideas mayor equivocidad. “El hecho de la conducta humana –nos dice-, queda mejor descrito denominándolo un deber ser existencial”<sup>105</sup> porque, explica, apelando a los conceptos existencialistas de Heidegger, el comportamiento del hombre no sólo es, en cuanto libre, una posibilidad sino, además, una posibilidad que se realiza en esa peculiar modalidad del existir humano que consiste en “preocuparse” consigo mismo, proyectarse desde su pasado a su futuro, verse a sí mismo hecho ya en parte, más, al mismo tiempo, haciéndose, diciéndose en vistas a un futuro que ya se anticipa como proyecto de vida en el presente, pero, entonces -concluye Cossio- nos hallamos obligados por ese futuro que se nos anticipa; la libertad es un *deber ser* existencial y es esto, según él, lo que atañe a la ciencia jurídica. La ciencia jurídica –arguye- se hace cargo de todo lo que el hombre puede hacer en una determinada circunstancia, de tal manera que el atenerse a lo hecho, el dato a conocer es aquella franquía como tal en cuanto se ha corporizado en lo acaecido; por el contrario, la ciencia sociológica no atiende al hecho de lo que pueda hacerse, sino simplemente a lo que ocurre, considerándolo en las conexiones que lo facilitan o lo dificultan<sup>106</sup>.

Prescindamos ahora de todas las cuestiones metafísicas aquí involucradas: del concepto, realmente opaco, de “deber ser existencial”; de si tiene o no sentido que el hombre esté obligado al futuro que elige; que, en fin, si está así obligado, se pueda llamar a eso *deber ser* y no simplemente, *necesidad de ser* -cosa por cierto distinta.

Aceptemos todo eso y limitémonos a observar que por este camino no hemos conseguido deslindar satisfactoriamente los campos de la ciencia jurídica, de la psicología y de la sociología ya que, ciencias como éstas aspiran a dar cuenta del acaecer del comportamiento humano y han de operar con todos los datos constitutivos de la realidad de ese acaecer: yo, libertad, tiempo existencial, deber ser existencial, interferencias intersubjetivas, y todo lo que Cossio quiere entregar al jurista. Si así no lo hace es, o porque no ha hallado tales cosas en su exploración de la conducta o, porque ateniéndose a sus métodos abandona tales temas a la metafísica o, porque, en fin, insuficientemente desarrolladas todavía, se halla aún en trance de expandir su penetración en la realidad que estudia, más en ningún caso se ve que en tales conceptos y temas relativos a la conducta humana hubieran de quedar por principio fuera de las ciencias que aspiran a una

---

<sup>105</sup> Carlos Cossio. *Ibid.*; p. 72.

<sup>106</sup> Carlos Cossio. *Ibid.*; p. 50.

exhaustiva comprensión del comportamiento humano: la psicología, la sociología, la historia, y otras ciencias análogas.

He aquí, por ejemplo, que Juan -empleado público- se apropia de dineros fiscales confiados a su custodia: un hecho de conducta. El estudio de este suceso como *fenómeno del acaecer*, como objeto real, no ofrece otros problemas teóricos fundamentales que los que puede plantear ese comportamiento en la medida en que sea factualmente verificable; puede quedar por principio excluido de la descripción explicativa de aquél y de éste, de motivaciones conscientes, reflejos, impulsos inconscientes, factores económicos y sociales, obsesiones, frustraciones, resentimientos. El problema puede ser tratado según los más diversos métodos: el analítico de una psicología empirista, o el sintético de una psicología estructural. Se pueden eliminar o introducir problemas metafísicos: se afirmará o negará que esta conducta pueda ser interpretada como creación libre de la personalidad frente a sus circunstancias internas y exteriores, que tenga o no sentido interpretarla como compromiso existencial, como resolución que se entrega a un programa vital entre muchos otros posibles, etc. Adóptese el punto de vista que se quiera y siempre tendremos el mismo resultado: el problema del ser de esa conducta es un problema que queda, en principio y en su totalidad, dentro de las clásicas ciencias de la conducta humana. Puede ocurrir que, de hecho, éstas no consigan describirlo ni explicarlo exhaustivamente, pero el problema por su índole les pertenece tanto como pertenecía ya a la teoría física de la luz el problema de la polarización cuando no se encontraba aun satisfactoriamente explicado. El jurista ¿qué puede decirnos de la conducta como conducta, y en tanto que se atenga a la pura intuición de ella, nada que no nos haya dicho ya -y con más autoridad- el psicólogo o el biólogo? Sus asertos todos versarán sobre normas relativas a esa conducta, mas no sobre la conducta misma. Dirá, por ejemplo, que el acto del sujeto es un delito, lo cual sólo significa que hay normas válidas que establecen sanción penal para actos de esta clase; dirá, también, que el sujeto es criminalmente responsable, lo que equivale a decir que hay normas de imputación que le son aplicables. Estas expresiones mientan, es claro, la conducta, pero sólo indirectamente, porque el objeto directamente mentado es objeto ideal: *la relación* de esa conducta con unas normas jurídicas vigentes.

## **5. Normas jurídicas y conducta jurídica**

Sería, quizás, innecesario insistir en todo esto si no fuera porque la escuela egológica ha querido llevar resueltamente la doctrina a sus últimas consecuencias, introduciendo bizarras nociones en cosas que sin aceptar

sus premisas resultan más claras y menos problemáticas, como tendremos ocasión de verlo más adelante, pero el problema del que según parece arrancan sus construcciones teóricas es inteligible y legítimo sólo que la escuela ha propuesto una solución inadecuada. ¿Qué relación hay entre norma y conducta? Si aquélla es una estructura ideal de sentido y ésta, como parte del acaecer fenoménico, un objeto real ¿de qué manera se enlazan para el conocimiento jurídico? Si, por otra parte, la gente vive relaciones intersubjetivas de derecho celebrando contratos, cumpliendo deberes y ejerciendo derechos: ¿qué representan exactamente las normas respecto a esas experiencias concretas?

Se trata de preguntas que en una forma u otra se han formulado todos los filósofos del derecho, aunque no siempre con el rigor analítico necesario para separar de ella otras que, como ocurre con la cuestión de las relaciones entre derecho y vida, tienden a asociársele parasitariamente.

Cossio las ha recogido también y, en realidad, su sistema constituye un intento de darle solución. “La relación entre norma y conducta -escribe- ha sido hasta ahora, en la ciencia jurídica, una cuestión no resuelta. Alf Ross, en su recordada antinomia, la ha proclamado irresoluble. La dificultad se refiere, por cierto, a una norma con normatividad y a una conducta con efectividad. Todas las tentativas empiristas para ver entre norma y conducta una relación causal, han fracasado. Por su parte, el racionalismo optó por abandonar la conducta y quedarse sólo con las normas como objeto de conocimiento”<sup>107</sup>.

Cossio cree haber resuelto el problema cuando enseña que la relación entre norma y conducta es una relación de tipo cognoscitivo. Mediante la norma se conoce la conducta; la conducta es gnoseológicamente mentada por la norma, al modo como es mentado un objeto por su concepto<sup>108</sup>. Más aún, siendo la propia actividad dadora de normas conducta ella misma, la norma viene a resultar una suerte de autoconocimiento de la conducta de una sociedad, es decir, el conocimiento de sí misma que tiene la conducta humana en cuanto interferencia intersubjetiva. Allí, en el orden jurídico, en donde uno tendería naturalmente a ver el esquema de autorregulación de la conducta social -el modelo a seguir generado por la comunidad misma en una conducta disciplinante de su propia conducta-, la escuela egológica ve una representación cognoscitiva. “La comunidad se conoce a sí misma a

---

<sup>107</sup> Carlos Cossio. *Teoría de la verdad jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1954; p. 185.

<sup>108</sup> “La norma es el pensamiento con que pensamos una conducta, tal como los conceptos de triángulo y sol son pensamientos con los que el geómetra y el astrónomo piensan su objeto geométrico y su objeto astronómico. Carlos Cossio y Eduardo García Máynez. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Losada, Buenos Aires, 1944; p. 96.

través del orden jurídico”<sup>109</sup> -explica un discípulo de Cossio- y no en el sentido de que sería legítimo que el orden jurídico ofrezca él mismo un dato para el conocimiento de la comunidad, el conocimiento de lo que ella quiere, de cómo valora, de cómo se organiza, sino en el sentido de que las propias normas son ese conocimiento.

No nos cabe duda que esta desconcertante concepción tiene su origen, en primer lugar, en el paralelismo de estructura que hay entre el pensamiento cognoscitivo y el normativo. Uno y otro, expresándose en proposiciones, mientan objetos mediante conceptos, y si el pensamiento cognoscitivo se refiere a la conducta humana, el paralelismo es aún más completo. En un acto cognoscitivo el psicólogo dirá: “Es conveniente poner bajo custodia al paranoico”; en un acto normativo, el legislador dirá: “El paranoico debe ser puesto bajo custodia”. Uno y otro pensamiento mientan conductas humanas mediante conceptos, pero el paralelismo cesa en este punto, pues aquél la mienta descriptivamente: “es conveniente”, nos dice, y este aserto pretende ser verdadero, o sea, representa lo que es; en tanto que el otro mienta la conducta prescriptivamente: “debe ser”, nos dice; no la mienta cognoscitivamente en su ser sino pragmáticamente en su exigibilidad jurídica.

Por otra parte, tampoco nos cabe duda que tras esta concepción se manifiesta el esfuerzo, muy común entre los juristas, por escapar a una segregación del derecho como orden normativo y la realidad concreta de la vida a que ese orden normativo se refiere. El pensamiento técnico-formal de la norma con todo lo que tiene de riguroso, les parece impotente para conocimiento exhaustivo, pleno de la rica y cambiante realidad de la vida jurídica. Aquí, como en otros dominios del saber, se reproduce también la pugna pascaliana entre *l'esprit de geometrie* y *l'esprit de finesse*, entre el conocimiento impresionista de lo vario, mudable e imprevisto, y el conocimiento constructivista de lo idéntico, permanente y determinado, pero lo más común es que esta controversia -comprensible como oposición, temperamentos y actitudes, y como lucha de direcciones espirituales del alma- sea un puro malentendido en el dominio del saber científico. En este dominio es irremediable “dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César” y, además, “no pedirle peras al olmo”. En él no puede haber conflicto posible con tal que tengamos siempre a la vista qué es lo que según su naturaleza nos ofrece y nosotros podemos pedirle.

---

<sup>109</sup> José Vilanova. “Vigencia y validez en el Derecho” en *El hecho del Derecho*, de L. Cabral de Moncada et al. Losada, Buenos Aires, 1956; p. 144.

El hombre de ciencia –el biólogo, el físico, el matemático, el lógico-sonreirá siempre, y con razón, ante todo embate intuitivista, existencialista, vitalista, impresionista que pretenda aprehender con su saber las “vivencias” y “existencias concretas”. “Las vivencias y existencias –contestará legítimamente a su contradictor- están ahí, ante usted, más aún, en usted, que es existencia y tejido de vivencias; lo que yo me propongo en mi física, mi lógica, mi matemática, es sacarlo del embotamiento de sus impresiones concretas, conceptualizándoselas, llevándole a verlas de nuevo en función de principios generales y haciendo, de esta manera, posible que usted pueda compartir con otros sujetos el universo del discurso racional”.

Tratándose del derecho, la cuestión resulta más obvia todavía. También aquí se trata de “no pedir peras al olmo”. El interés por comprender la vida social, las condiciones reales que engendran el derecho y la vida efectiva del derecho por las gentes, es importante y legítimo; ahí está el trabajo de las ciencias reales del hombre -la psicología, la sociología, la historia, la economía, la ciencia política- para darle satisfacción, pero está también el interés por conocer la estructura del orden normativo y ello es ya otra cosa porque es otro su objeto, otros sus recursos técnicos. Junto a las ciencias de la conducta humana se constituye, así, una ciencia de las normas jurídicas lo cual no implica, por cierto, segregar el derecho de la vida ni las normas de la conducta porque, en primer lugar, el derecho es producido por la vida social que lo requiere para su autorregulación. La vida misma se encarga de que esa segregación no exista y para conseguirlo se sirve de todo, hasta de los propios filósofos del derecho.

Por otra parte, norma y conducta constituyen un continuo ininterrumpido; *las normas expresan conductas posibles bajo la forma de una coordinación de facultades y deberes*. Nos atrevemos a pensar que no hay en esto mayores complejidades ni misterios. La norma se refiere a posibilidades del comportamiento humano; el de quien pide prestado, el de quien tiene un agravio, el de quien no ha cumplido 18 años y vende su casa, el de quien mata a otro.

Cuando el *Código Civil* define la hipoteca o la patria potestad, cuando la *Constitución Política* habla de los derechos fundamentales, cuando el *Código Penal* señala las penas que han de imponer los jueces en tales o cuales casos, prevén formas posibles de conducta.

Que esto no basta para definir inequívocamente el sentido de una norma es algo que concedemos sin vacilación -y de lo cual nos ocuparemos en la próxima sección de este capítulo- pero, es suficiente para comprender la relación entre la norma y los hechos: la norma es un esquema anticipatorio (aunque no predictivo) de modos posibles de relación entre personas. Puede o

no cumplirse la norma; más aún, puede o no cumplirse en la generalidad de los casos. Su relación lógica con los hechos es siempre la misma porque su sentido está dado de antemano y consiste en enunciar unas ciertas modalidades de entrelazamiento posible de conductas, pero este enunciado no es en ningún caso conocimiento, pues no expresa ni lo que es, ni lo que ha sido, ni lo que será; no describe, no recuerda, no predica; la norma simplemente prescribe. Lo que prescribir significa vamos a verlo luego, pero ya podemos comprender que no significa “pensamiento de sí misma con que la conducta se integra”.

Mas, si la norma mienta conducta posible ¿acaso podría describírsela como conocimiento de las posibilidades de la conducta? La norma no sería, entonces, descripción de comportamiento actual, mas sí de comportamiento posible “en cuanto lo espejea o representa en su libertad”<sup>110</sup>. Tampoco nos parece aceptable este sesgo que pudiera adoptar la doctrina egológica, pues una norma en cuanto tal, así como no es juicio teórico sobre realidades no lo es tampoco sobre virtualidades. La norma no se ocupa en declarar, como para gozarse en la contemplación intelectual del ser humano, lo que sea posible hacer: lo que hace la norma es enunciar pragmáticamente a cuál de sus posibilidades debe atenerse la conducta de tales o cuales personas en unas circunstancias dadas.

Sería un conocimiento harto precario de la conducta del hombre el que nos darían las normas jurídicas si las interpretáramos como lo hace la teoría egológica, porque las posibilidades de esa conducta son, aún genéricamente hablando, casi infinitas, y las normas se refieren siempre a un género bien determinado. Que alguien, por ejemplo, promete entregar una cosa a otro: la norma le dice, “entreguela”; que el promitente no la entrega: la norma le dice al juez “hágala entregar usted por la fuerza si el agraviado se lo pide en forma”. Evidentemente, las normas no están aquí expresando *las* posibilidades del comportamiento, porque hay que ver cuántas cosas podría hacer el juez, por ejemplo, ante la petición del demandante: aconsejar al transgresor, amenazarlo, retarlo a duelo, felicitarlo, meterlo en la cárcel; pero no, la norma mienta una sola posibilidad genérica de reacción suya: dictar mandamiento ejecutivo. Es verdad que todo lo demás queda *por exclusión* admitido en las posibilidades pero, eso no lo sabemos por la norma sino porque conocemos la vida humana y la norma se *funda* también en ese conocimiento, se funda en el conocimiento de la libertad y la arbitrariedad del hombre, pero ella, en cuanto norma, no lo declara. La función del pensamiento que expresa no está en decir *cómo es real o virtualmente* la conducta, sino *cómo debe ser* en tal caso y ante tales o cuales posibilidades.

---

<sup>110</sup> Carlos Cossio. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Arayú, Buenos Aires, 1954; p. 106.



De todo esto resulta, en definitiva, que el derecho es pensamiento normativo de conducta, o norma a secas, si se prefiere, pero no de conducta sin más. La conducta como conducta no tiene estructura jurídica sino en cuanto hay regulaciones previsoras que permiten interpretarlas como tal. Hay conducta jurídica, porque hay unos patrones normativos que la definen como tal. Elimínese todo patrón, todo principio, todo esquema anticipatorio, toda norma, en suma, y se queda uno ante puros hechos de acción y reacción intersubjetivos de los cuales podrá hablarse psicológicamente, sociológica o históricamente, mas no jurídicamente. Alguien, por ejemplo, intenta cortar un árbol en la calle; otro se lo impide. Aquí hay conducta en interferencia intersubjetiva y libertad, lo que a Cossio basta para reconocer lo jurídico, pero ¿qué concepto de lo jurídico es éste que no permite distinguir entre derecho y entuerto, entre lo prohibido y lo permitido? Porque, evidentemente, al prescindir de la norma, empeñándonos en ver en la conducta una suerte de estructura “jurídica” absoluta y en sí (como podríamos ver su temporalidad, su libertad o su carácter social), lo único que podemos constatar es que alguien intenta hacer algo y otro impedirselo; no tenemos medio de conocer lo lícito ni lo ilícito, ni de saber cómo orientar lícitamente el desarrollo futuro de esta relación intersubjetiva así iniciada.

El jurista argentino ha puesto su pensamiento sobre esto en fórmulas tan inequívocas que no hay riesgo de injusticia en nuestra apreciación de su contrasentido. “Para saber qué es Derecho y qué no lo es –escribe- no necesitamos recurrir a ninguna norma jurídica. Al jurista le basta encontrarse con una conducta en interferencia intersubjetiva, para tener la certeza apodíctica de que se ha encontrado con el objeto propio de su interés teórico; le basta que a la conducta haya de considerarla en cuanto a su impedibilidad, para saber *a priori* que esa conducta es o bien permitida o bien prohibida y que su juicio acerca de la licitud o ilicitud de la misma ha de proceder”<sup>111</sup>. Agrega sensatamente enseguida que, no obstante, el jurista necesita la norma para saber si esa conducta, con ser derecho, es facultad, prestación, entuerto o sanción, pero con este reconocimiento invalida todo lo anterior pues una forma de conducta no es nunca abstractamente jurídica; lo es en concreto, como facultad o deber, como entuerto o sanción. Por eso, porque sepamos *a priori* que toda conducta puede hallarse o permitida o prohibida, no vamos a decir que estamos ante un objeto jurídico. Sólo hay objeto jurídico cuando tenemos a la vista una conducta concreta puesta en relación con un orden normativo también concreto.

---

<sup>111</sup> Carlos Cossio. *Teoría de la verdad jurídica*. Losada, Buenos Aires, 1954; p. 138.

Concedamos, sin embargo, a la egología este punto y admitamos con ella que basta considerar una conducta en cuanto a su impedibilidad abstracta para tener a la vista el objeto jurídico. ¿Es que acaso no opera aquí la norma? En esto reside el error fundamental de Cossio. El concepto de “impedibilidad” es un concepto normativo, si es concepto de jurista. El mero hecho de que alguien impida, sin norma facultativa, la conducta de otro, tiene interés psicológico, sociológico o histórico, mas no jurídico; *sólo tiene carácter jurídico la impedibilidad de una conducta prevista como facultad o como entuerto por una norma*. Y así, cuando Cossio explica que basta al jurista considerar una conducta en cuanto a su impedibilidad para saber *a priori* que esa conducta es o bien permitida o bien prohibida, pasa de contrabando la idea de norma en la idea de impedibilidad, porque impedibilidad jurídica quiere decir simplemente “susceptible de ser impedido por una norma”.

Será, por consiguiente, en el mundo del pensamiento normativo en donde habremos de aprehender la esencia del derecho. La pregunta por el ser del derecho tiene que partir de la pregunta por el ser de las normas jurídicas

## Capítulo V

### TEORIA DE LA NORMA JURIDICA: EL *DEBER SER* JURIDICO

#### 1. Norma y lenguaje

La exigencia de entender el derecho a partir de la intelección de lo normativo es una banalidad metodológica por lo común desatendida. Acabamos de ver las dificultades que encuentra la doctrina egológica en su empeño de intuir la esencia jurídica en la estructura existencial de los hechos de conducta. No sería difícil verificar análogos tropiezos en el intento de esclarecer el concepto de derecho con el puro auxilio de las relaciones empíricas entre los hechos sociales o psíquicos, definiendo lo jurídico como protección de intereses, coacción del Estado, voluntad social, poder de clase, limitación de esferas de poder, porque si es cierto que todo eso incumbe a la explicación de lo jurídico, resulta siempre insatisfactorio para determinar rigurosamente su ser propio. Todo régimen jurídico puede comprenderse, por ejemplo, como protección de intereses y acción coactiva del poder público; y esto, a la postre, equivale a decir que se resuelve en un instrumento de

dominio y una limitación de las esferas de poder, pero nada hemos así esclarecido en lo tocante a conocer la esencia del derecho: la cuestión estriba, precisamente en determinar en qué consiste esta peculiar manera jurídica de proteger intereses, de actuar el Estado coactivamente, de limitarse las esferas del poder. Solamente el análisis de las normas puede darnos la respuesta.

Ahora bien, resulta obvio que toda norma es, antes que nada, una forma peculiar de pensar y de expresarse y que, por lo mismo, es en la estructura de esos peculiares objetos -pensamiento y lenguaje- en donde hemos de hallar la esencia de lo normativo.

Todo lenguaje es un sistema de signos o símbolos<sup>112</sup>. A su vez, todo signo es un objeto vicario: sustituye la presencia de otro objeto haciéndose presente ante el entendimiento como sustituto de aquél. El signo, por consiguiente, es siempre un objeto en función referencial o designativa y se compone, obviamente, de dos partes:

- a) Su materialidad (sonidos de la palabra hablada, rasgos de la palabra escrita);
- b) Su relación con el objeto designado, su significación.

Pero es claro que ningún signo puede ser tal sino para un sujeto consciente que lo usa como signo, sea en cuanto se comunica con otro sujeto (y también consigo mismo) o en cuanto él mismo recibe una comunicación. Todo lo cual equivale a decir dos cosas en que hoy día es muy necesario insistir: que el lenguaje, como sistema de símbolos, se halla en relación directa con esas cosas que suceden “dentro” de la conciencia humana y que llamamos emociones, deseos y pensamientos; y, que el lenguaje supone el mundo de las relaciones intersubjetivas de la intención comunicativa, de sujetos conscientes que dialogan.

No pueden, pues, considerarse los signos del lenguaje -según se inclinan a hacerlo las generalizadas doctrinas del positivismo lógico- como simples sistemas de cosas que sustituyen a otras que a ellas hacen referencia, sin que haya contenidos de conciencia expresados por los signos.

El lenguaje –una proposición como “el sol ilumina”, por ejemplo- designa, indudablemente, situaciones objetivas. Pero, esta designación o referencia objetiva sólo es posible en tanto y en cuanto esos mismos signos

---

<sup>112</sup> La distinción entre signos y símbolos que suelen hacer algunos lógicos –Reichenbach, por ejemplo- para designar con la primera palabra a cada signo individualmente considerado (ej. mesa) y con la segunda a toda clase de signos similares (la palabra ‘mesa’ escrita y hablada, escrita con diferentes tipos, usada en oraciones diversas, etc.), no cumple ninguna función importante. Usaremos, pues, ambos términos como equivalentes.

son pensados referencialmente por alguien que mediante ellos expresa un contenido psicológico determinado. De esta manera, entonces, los signos del lenguaje cumplen realmente doble función: *designan algo*, en cuanto se hallan en relación con una situación objetiva y, *expresan algo*, en cuanto comunican una situación subjetiva del que habla (o escribe). Y así, por ejemplo, el aserto escrito “Lutero fue un reformador religioso”, junto con *significar* la realidad objetiva de un acaecer histórico *expresa* mi pensamiento de esa realidad, y lo comunico.

Es obvio, sin embargo, que esta doble función designativa y expresiva de los signos -el *sentido*, por tanto del lenguaje- sólo puede constituirse en el mundo intersubjetivo de las relaciones de comunicación, lo cual supone que los símbolos se emplean conforme a un código de reglas comunes, por todos conocido y entendido. Algunas de esas reglas definen la función referencial o significado de ciertos signos y permiten determinar el objeto designado en cada caso: mesa, cielo, triángulo, novedad, derecho y estrella. Otras establecen el modo como se combinan entre sí los signos aislados y definen ciertas relaciones de los signos entre sí. Las primeras son las *reglas semánticas* del lenguaje; las segundas, las *reglas sintácticas*. El conjunto de estas reglas determina la estructura propia del lenguaje y permite que los signos operen en su doble función designativa y expresiva.

Cuando un signo o grupo de signos opera de este modo, esto es, regulado por las leyes semánticas y sintácticas de un lenguaje dado, constituye lo que por modo genérico llamaremos “expresiones”. Una expresión es, entonces, una estructura lingüística, sintáctica y semánticamente organizada, que comunica una emoción o pensamiento. Estructuras verbales como “¡socorro!”, “¿qué hora es?”, “¡ojalá que llueva!”, “venga temprano”, “el sol alumbra”, “la compraventa es un contrato”, son, pues, expresiones. No son expresiones, en cambio, los recursos puramente individuales de comunicación oral como “arp”, “trim” y otros análogos de que yo pudiera incidentalmente valerme para expresar algún estado mío de conciencia, sin atenerme a las reglas sintácticas y semánticas de algún lenguaje intersubjetivo. También habría que excluir de la clase de las expresiones muchas estructuras verbales que, perteneciendo al sistema de símbolos vigentes, no cumplen actualmente una función expresiva conforme a las reglas del sistema. Si yo, por ejemplo, digo “el día que...”, “ya nos...”, “el elefante”, o si digo “verde a rápidamente”, “ahí por corre”, no comunico en realidad cosa alguna conforme a las leyes sintácticas de nuestro idioma. Tales conjuntos de palabras son o estructuras lingüísticas incompletas (como “ya nos...”) o grupos anárquicos de signos verbales que no expresan inteligiblemente ningún contenido de conciencia. No son, pues, expresiones en el sentido riguroso del término.

## 2. Normas y proposiciones

Sin embargo, no todas las expresiones son de la misma naturaleza ni cumplen su función de idéntica manera. Hay, indudablemente, diferencia entre una simple exclamación “¡cáspita!” y una expresión como “la densidad del agua destilada es igual a 1”. La primera y todas las de su género son *simples expresiones*, la segunda es una *proposición*.

La proposición es una expresión que mienta *relaciones* entre términos, propone una situación relacional entre dos o más entes u objetos. Aún expresiones de tan simple apariencia como “llueve” o “venga” son, en este sentido, proposiciones. La expresión “llueve” significa, en efecto, “cae la lluvia” y la expresión “venga” significa “le ordeno que venga” y, en todo caso, “venga usted”. La proposición supone siempre una relación.

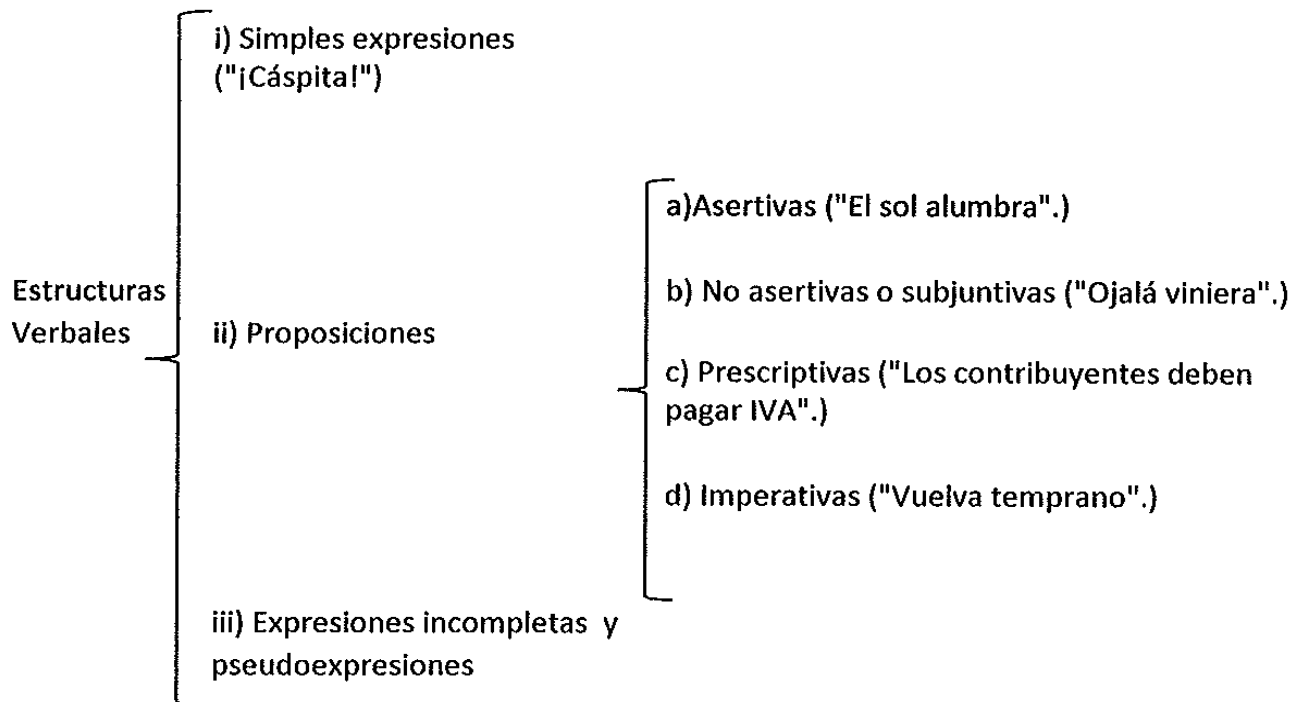
Y, no obstante, hay una diferencia importante entre proposiciones como “llueve” y “venga”. La primera afirma un hecho, declara la efectiva realidad de algo; la segunda no afirma cosa alguna, tampoco niega nada, no muestra una realidad sino que urge o conmina. Aquélla propone la realidad como objeto de conocimiento; ésta, propone la relación como plan de conducta. La primera tiene la propiedad de ser verdadera o falsa; carece de sentido, en cambio, hablar de verdad o falsedad de la segunda. Este contraste nos permite distinguir entre dos grandes clases de proposiciones:

- a) Las que indican relaciones de ser o de realidad y que comúnmente se llaman *asertivas o descriptivas*: su propiedad fundamental consiste en afirmar o negar una determinada relación y son, por consiguiente, verdaderas o falsas.
- b) Las que no indican relaciones de ser o de realidad y que pueden, por lo mismo, llamarse *no asertivas o prescriptivas*. Su propiedad fundamental consiste en no poder considerarse desde el punto de vista de la verdad y del error. Les corresponde, en cambio, consideración respecto de una dimensión que llamaremos del cumplimiento e incumplimiento, en algunos casos, y de la validez, en otros.

Ahora bien, dentro de este último género de proposiciones es posible reconocer varias clases. Las subjuntivas, de sentido por demás complejo, proponen invocativamente la realización de un estado no actual de cosas, ejemplo: “ojalá viniera”, “pueda ser que llueva”. Las imperativas proponen una situación no actual como requerimiento o exigencia de conducta, ejemplo: “ven mañana”, “cumpla cada cual su deber”. Las normativas

proponen una situación actual como exigencia de conducta que *debe ser*, ejemplo: “debemos ser veraces”.

El siguiente cuadro resume esta nomenclatura.



Toda una serie de problemas puede plantearse a propósito de este esquema, pero nosotros lo tendremos por prácticamente válido en la medida que nos sirva para movernos con cierto orden en el complejísimo laberinto de las expresiones lingüísticas.

Ya, por lo pronto, nos permite algo importante: descubrir el lugar propio de las normas en el mundo de las significaciones. Las normas son proposiciones y, como tales, contienen una mención de relaciones entre entes u objetos, dibujan, por así decirlo, y de la manera simbólica que es propia del lenguaje, ciertas situaciones objetivas de conducta humana. Estas situaciones objetivas no son, sin embargo, situaciones actuales sino meramente posibles: la norma mienta sólo posibilidades del comportamiento humano. Más aún, las posibilidades así mentadas no lo son en su ser de posibilidades, como cuando se dice “es posible ir a la luna” o “la democracia es posible”. En estos casos se mienta la *posibilidad* de ciertas cosas; de ellas se habla, eso es lo que se declara como verdadero, pero la norma no mienta

la posibilidad misma aunque se refiera a conductas posibles; lo que en realidad mienta es una cierta *coordinación de posibilidades bajo la categoría del deber ser*. No dice, pues, que tales o cuales conductas sean o no posibles, sino que tales o cuales posibilidades deben ser realizadas en tales y cuales posibles circunstancias. Se trata de un pensamiento no asertivo: no declara el ser, no descubre una entidad real o ideal previamente constituida que pudiera permitirnos verificar su verdad o su error. Carece de todo sentido decir que una norma es verdadera o falsa; que es, por ejemplo, verdadera o falsa “debemos ser veraces”, o que es verdadera o falsa la regla según la cual “el juez no debe fallar *ultra petita*”.

Y no es un argumento contrario, a este modo de ver, la circunstancia de que frecuentemente tengan sentido expresiones de la forma “es verdad (o es falso) que *A* debe ser *B*”, como cuando decimos: “es falso que el juez deba fallar en conciencia”, porque la verdad o falsedad a que estos juicios se refieren versa sobre la existencia de la norma, pero no sobre el deber ser que ésta, de existir, declarararía. Lo que en el ejemplo anterior se significa realmente es que “no existe una norma según la cual el juez debe fallar en conciencia”; la verdad o falsedad es relativa a la proposición que versa sobre la existencia de la norma, pero no a la norma misma. Si la norma existe, declara un deber ser, y esta declaración suya no es verdadera ni falsa.

### **3. Los sentidos diversos del *deber ser* normativo**

Las consideraciones anteriores nos han conducido así al problema capital: es evidente que la esencia del pensamiento normativo radica en el *deber ser*. Sólo una adecuada dilucidación de esta categoría del pensar nos permitirá entender satisfactoriamente qué pensamos y cómo pensamos cuando pensamos mediante normas.

Pero ¿qué es el *deber ser*? Una simple contraposición con el concepto de *ser* no basta para esclarecer su concepto.

Es cierto que, atendiéndonos a la mera forma de nuestro lenguaje, el ser y el deber ser parecen constituir dos categorías independientes, dos estructuras autónomas de nuestros juicios. Es evidente que una proposición de la forma “*A* es *B*” expresa un sentido, en general, diferente a un proposición de la forma “*A* debe ser *B*”: aquella mienta, opone el descubrimiento del ser efectivo previamente constituido de algo. Aún en el caso que lo mentado sea un estado futuro del objeto (como cuando se dice “*A* será *B*”) o una posibilidad del mismo (como al decir “*A* es posible”), la proposición expresa *el ente en su ser*, el ser de su realidad futura o el ser de su posibilidad.

La proposición “A debe ser B”, en cambio, expresa algo *sui generis*: cierta exigencia de que algo sea. Lo que aquí se descubre no es ni la realidad ni posibilidad de una cosa sino un requerimiento de ser que deja totalmente encubierto el ser actual, futuro o posible del objeto. El contraste de las categorías del ser es, hasta este punto del análisis, manifiesto, pero ocurre también que, como toda cosa pensable, el deber ser es algo y no puede escapar a la universal exclusividad, al imperialismo metafísico del concepto de ser que, de esta manera, sigue siendo el más universal de los conceptos. Por otra parte, cuando decimos que algo debe ser, por ejemplo, que “un juez debe ser justo”, se enuncia una exigencia respecto al ser del objeto: éste se encuentra, en virtud de ser lo que es, obligado al deber ser que se enuncia: el *deber* de hacer justicia es una condición propia del ser juez; no se puede ser juez sin hallarse obligado a proceder justicieramente.

La independencia de las categorías del ser y del deber ser resulta así menos absoluta de lo que al principio nos parecía. No obstante, subsiste siempre la inequívoca diferencia de sentido que hay entre los enunciados relativos al ser y los que expresan una exigencia normativa.

Todo conduce a la conclusión de que el concepto del deber ser sólo puede ser comprendido a partir de la propia idea del ser, pero que, puesto que no se identifica con ella, constituye una manera peculiar de pensarla. ¿En qué consiste, entonces?

Todo intento para responder abstractamente en términos genéricos a la pregunta se halla condenado al fracaso; y el expediente, invocado por algunos filósofos, de considerar irreductible, simple e indefinible la noción de *deber ser* tiene su origen en esta dificultad. Y es que la categoría de *deber ser* corresponde a varios tipos diversos de significación de las proposiciones normativas. Una idea abstracta del deber ser no puede intuirse por sí misma: no hay un deber ser a secas. *Deber ser* es, en este sentido, sólo el nombre común de ciertas maneras de referirse a las cosas y que tiene su modalidad propia en cada caso concreto. A cada una de estas modalidades corresponde una especie particular de normas, y es del análisis de estas especies de donde surge la significación concreta de deber ser en cada caso.

Examinaremos los siguientes ejemplos:

- a) Un mecánico *debe ser* diestro.
- b) *Debemos* sacarnos el sombrero dentro de las habitaciones.
- c) *Debemos* ser leales.
- d) Para conservar la memoria, *debe ser* ejercitada de continuo.
- e) Interpuesta la demanda conforme a la ley, el juez *debe* proveer traslado.



Basta la simple inspección gramatical de estas expresiones para reconocer en todas ellas el factor lógico que les da carácter de proposiciones normativas; todas enuncian una relación bajo la forma del *deber ser*, pero si llevamos nuestro examen a un plano más profundo y junto con la forma gramatical consideramos el sentido, comprobaremos también que el deber ser expresado no es el mismo en todos los casos y que estamos en presencia de cinco especies diferentes de normas: prácticas, de trato social, éticas, técnicas y jurídicas.

Examinaremos cada uno de estos casos limitando, por ahora, nuestro interés únicamente al sentido lógico de la categoría del *deber ser*.

#### **4. Normas prácticas**

Aunque este nombre no es el más apropiado, ya que siempre, cualquiera que sea su clase, una norma es práctica en cuanto regula la acción (*praxis*), convendremos en reservarlo para aquellas proposiciones normativas cuyo “deber ser” se funda en los valores de utilidad. Las normas de este tipo expresan siempre el requerimiento de que algo sea en forma tal que haga posible un efecto de práctico provecho. En el caso de nuestro ejemplo (a), el valor en que el correspondiente deber ser se funda es la destreza. Se trata, entonces, de un juicio de carácter axiológico que involucra en su sentido una idea de preferencia, la forzosidad estimativa de un ideal de utilidad.

#### **5. Normas de trato social o de urbanidad**

Muy similares características ofrecen estas normas que, como la del ejemplo considerado (b), constituyen el orden social tan complejo y variado de la cortesía, la moda, el decoro, colindantes con los regímenes de la moral y del derecho y, empero, diferente de ellos en más de algún respecto. Aquí también estamos en presencia de un deber ser que implica exigencia axiológica, esto es, forzosidad de valores, mas no se trata ahora de los valores de utilidad que fundan el deber ser de las normas “prácticas” sino de otros de específico carácter: decencia, elegancia, cortesía, galantería, respeto, delicadeza, etc. Justamente la especificidad, la particularísima condición de estos valores, es una de las condiciones que exigen separar las correspondientes normas de las otras análogas de la moral y del derecho.

## 6. Normas éticas

El tercero de nuestros ejemplos (c), nos coloca otra vez ante un tipo de normas fundadas en la exigibilidad de un valor pero, se hace nuevamente necesario considerarlas como una especie distinta. Aquí también, en efecto, encontramos unos valores de índole peculiar, diferentes a los anteriores; no son los de la utilidad ni los de la urbanidad los que fundan en este caso el deber ser normativo, sino otros de naturaleza muy distinta: los valores morales. No nos corresponde examinar en la presente ocasión la índole esencial de cada una de estas especies diferentes de valor, pero se comprende a primera vista por simple familiaridad con sus nociones comunes, que valores como amabilidad, compostura, caballerosidad, señorío, elegancia, forman una categoría axiológica distinta a honradez, lealtad, generosidad, gratitud, sinceridad y compasión. Son las de esta última especie, justamente, las que sirven de fundamento al *deber ser* ético, el cual expresa la forzosidad propia de los valores morales.

De manera, entonces, que en estas tres primeras clases de proposiciones normativas “prácticas”, de trato social y éticas, la categoría del *deber ser* se traduce en el requerimiento de un valor: algo *debe ser* en tanto y en cuanto hay un valor que vale, esto es, en cuanto hay un ideal de ser que exige por sí mismo acatamiento y preferencia. El mecánico *debe ser* diestro, *debemos* descubrirnos en un recinto cerrado y *debemos* ser leales en la medida en que la destreza, la urbanidad y la lealtad nos parecen preferibles a sus contrarios. En estos tres casos la expresión “*debe ser*” es equivalente a “*hay un valor*”.

## 7. El análisis de Husserl

Debemos a Edmund Husserl el análisis lógico de las proposiciones normativas de este tipo y una investigación peculiar de la forma precisa de su relación con los valores. No cabe ya duda, por lo tanto, que estas normas declaran el *deber ser* de algo y que este *deber ser* se funda en la forzosidad estimativa propia de los valores. Así, en el caso del juicio “un mecánico debe ser diestro”, el *deber ser* del mecánico se funda en la estimación de la destreza; siendo así, no es difícil mostrar -y es justamente el aporte de Husserl<sup>113</sup>- que lo expresado por esta proposición es que, para ser verdadero

---

<sup>113</sup> Todo el análisis que Millas hace respecto de la naturaleza lógico-semántica del *deber ser*, en relación con el *ser*, se inspira directamente en los “Prolegómenos a la lógica pura” del famoso libro que causó un enorme impacto en la filosofía europea continental. Millas, en otra parte, ha declarado expresamente que Husserl ha sido uno de los grandes pensadores que influyó notablemente en su concepción de la filosofía (Cfr. Edmund

mecánico, buen mecánico, se ha de ser diestro o, mejor, que la destreza es una condición del buen mecánico, lo cual sólo puede fundarse en la validez de una proposición como ésta: “sólo un mecánico diestro es un buen mecánico”. Ambas proposiciones serían, pues, lógicamente equivalentes. Y, en general, valdría esta equivalencia para todos los juicios normativos *de las clases que hemos considerado*: las proposiciones de la forma “un *A* debe ser *B*” podrían convertirse lógicamente a la forma “sólo un *A* que es *B* es un buen *A*”.

La importancia de este análisis radica en dos resultados: el primero se refiere a la relación específica del valor con el sentido de estas proposiciones. Se ve, en efecto, que el valor en que el respectivo *deber ser* se funda es una condición para la valoración positiva del sujeto de la proposición, lo cual lleva a la conclusión que *deber ser algo* significa, en todos estos casos, “algo es condición necesaria para ser bueno” (*bueno* en sentido práctico, ético, etc.). El segundo resultado de este análisis es todavía más sorprendente. Por él descubrimos, en efecto, que estas proposiciones normativas serían, en realidad, juicios enunciativos, descriptivos, puesto que declaran el ser de una situación: al operar el paso de la forma “un *A* debe ser *B*” a la forma “sólo un *A* que es *B* es un buen *A*”, desaparece la categoría del deber ser.

Y así –para tomar un nuevo ejemplo–, si consideramos la norma “un juez *debe ser* justo”, comprobamos al transformarla que pierde su índole normativa; en la proposición “sólo un juez justo es un buen juez” no opera ya la categoría del deber ser: ahora no se trata de una norma sino de un juicio enunciativo.

Y, sin embargo, no deben confundirse estas proposiciones de la forma “sólo un *A* que es *B* es un buen *A*” con proposiciones meramente enunciativas de la forma “*A* es *B*” (“el perro es un mamífero”, “el juez es un funcionario público”, “la compraventa de bienes raíces es un contrato solemne”), pues si es verdad que ambas son enunciativas, les distingue una diferencia muy importante: mientras que los juicios normativos expresan con el deber ser su valor positivo o negativo, los otros, los juicios simplemente enunciativos (“el perro es mamífero”, etc.), expresan sólo el ser, son axiológicamente neutros.

Con todo, el análisis de Husserl deja intacta una cuestión, a nuestro entender, insuficientemente estudiada. La equivalencia entre la forma normativa “*A* debe ser *B*” y su correspondiente enunciativo “sólo un *A* que es *B* es un buen *A*” no es, en realidad, completa. La proposición “debes ser leal”

---

Husserl. *Investigaciones Lógicas*, 2 vols., en la versión española de Manuel García Morente y José Gaos. Alianza Editorial, Madrid, 1982). (N. del E.).

dice, a no dudar, algo más que la expresión “sólo siendo leal eres bueno” pues, mientras esta última sólo enuncia una relación hipotética exponiendo bajo qué condiciones se realiza un determinado valor, la primera declara la exigencia de que ese valor sea efectivamente realizado. Es cierto -y en esto consiste el importante descubrimiento lógico de Husserl- que la expresión normativa se funda en la expresión puramente enunciativa “*debes ser leal*” justamente porque “sólo si eres leal eres bueno”, pero ¿qué es, entonces, lo que agrega o mienta por modo específico la categoría del *deber ser*? Por lo visto, una cosa muy importante: la imperatividad del bien. El bien es aquello que visto como tal –conocido- y no como posibilidad abstracta sino en concreto -como lealtad, honestidad, sinceridad, destreza, belleza, elegancia, dignidad, etc.- se conoce en su ser preferible, en su valer, en su obligar. Por eso *deber ser* y *bien* son, realmente, términos sinónimos. Toda norma, en cuanto expresa un deber ser, resulta así un verdadero pleonismo. El deber ser implica, pues, la mención proposicional del ser del bien como posibilidad valiosa. *Algo se piensa como deber ser cuando su posibilidad es puesta como un valor ante la conciencia.*

La diferencia que por eso -no obstante la propiedad del análisis de Husserl- subsiste entre la proposición normativa “*A debe ser B*” y el aserto “Sólo un *A* que es *B* es un buen *A*”, radica en que ésta mienta sólo las condiciones necesarias para que *A* valga, en tanto que aquélla pone directamente como objeto valioso -como bien- la posibilidad de *B*, y la pone de un modo peculiar: mentando el valer o el bien en su ser forzoso, en su carácter imperativo. El valor es así expresado como requerimiento o mandato, como prescripción de conducta.

Sin embargo, no basta decir que el deber ser -y, por tanto, la norma- es un mandato, ya que no todo mandato constituye un deber ser. Así, por ejemplo, expresiones como “venga mañana”, “le ordeno obedecerme”, “pórtese correctamente” son imperativas, y, en cambio, carecen del sentido propio del deber ser normativo porque el mandato expresado en el deber ser deriva su fuerza exhortativa de la naturaleza del bien. El simple mandato compele o fuerza *de hecho* y desde fuera, heterónomamente; el mandato del *deber ser* señala el bien de lo mandado y de esta manera obliga de derecho, por la fuerza de la intuición de lo bueno, desde dentro de la conciencia, autónomamente. El *deber ser* es, sin duda, un mandato, pero un mandato fundado en el ser de un valor. Por eso es que, en última instancia, las normas que consideramos -prácticas, de trato y éticas- mientan una objetividad: lo valioso de una conducta posible.

## 8. Interpretación empirista del deber ser

La falta de una distinción adecuada entre el simple mandato y el deber ser es el punto de partida de todas las confusiones en que incurren las doctrinas psicologistas y empiristas del deber ser. La versión más reciente y mejor elaborada de estas doctrinas nos la ofrece, quizás, la célebre Escuela de Upsala, cuyos miembros, bajo la inspiración de Axel Hagerström, y en una línea de pensamiento muy similar a la del empirismo lógico, comparten el principio de que aparte de las proposiciones puramente formales de la matemática o de la lógica sólo tienen sentido y son, por ende, científicas, las proposiciones verificables por directa o indirecta inspección de fenómenos espacio temporales. Naturalmente que para ellos una norma sólo podría significar algo en la medida en que designara un estado factual de las cosas, mas como evidentemente no es ese el caso, ya que la norma no describe sino que prescribe el *deber ser* que la caracteriza, no dice nada, nada mienta, no tiene significación alguna, constituye simplemente un estímulo psicológico para la acción, “una simple expresión sin nada tras de ella”<sup>114</sup>. En su origen hay un mandato, que concebimos dado por Dios, nuestros padres o cualesquiera otras personas dotadas de poder, pero ulteriormente independizamos las fórmulas imperativas así originadas separándolas de su fuente: tales fórmulas (“tú debes”, “tú no debes”) operan entonces sugestivamente en nuestra imaginación, como si expresaran cualidades intrínsecas de la acción y, por tanto, imperativos autónomos, cuando en realidad son solamente expresiones estimulantes que nada significan. Se trata de un verdadero reflejo condicionado: entre la idea de cierta acción y un cierto estímulo verbal se ha establecido una firme conexión psicológica. El *deber ser* –enseña Olivecrona- expresa un estado mental que consta de tres elementos:

- a) La idea de una acción.
- b) La idea de una expresión imperativa asociada a la acción: “tú debes” o “tú no debes”.
- c) El sentimiento de hallarse ligado, de no ser libre en presencia del imperativo.

Todo esto es, en realidad, muy ingenioso, pero en extremo insatisfactorio para quien vea en toda su complejidad el sentido del

---

<sup>114</sup> Karl Olivecrona. “Law as Fact” en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, edited by Paul Sayre, Oxford University Press, New York, 1947; p. 545.

pensamiento normativo. Que por acción mecánica de quienes me rodearon desde niño y tenían poder sobre mí yo haya desarrollado una acción refleja ante el estímulo “no debes traicionar” es una simple hipótesis para explicar *mi aprendizaje* de la norma, pero no da cuenta de la naturaleza de su contenido.

Aún como hipótesis no es del todo convincente. La hipótesis haría prever un sentimiento de obligación mucho más intenso frente a mandatos más enérgica y frecuentemente expresados. No es esto, sin embargo, lo que ocurre. Padres, parientes, maestros y usos sociales, se confabulan para imponer al niño con tesonera insistencia algunas prácticas como las de lustrarse los zapatos, ser estudioso, no ofender el pudor. Esta última llega a convertirse para algunos en exigencia verdaderamente aterradora, por la general repulsa ligada a su transgresión. Mucho menos, en cambio, se insiste ante el niño en que debe cumplir sus promesas o en que debe ser generoso y, no obstante, el deber ser ligado a estos requerimientos es mucho más enérgico que el de aquéllos: sabemos que vale más, infinitamente más, la generosidad que el aseo de los zapatos, a la par que consideramos posible la bondad de un mundo de nudistas y no, en cambio, la de un mundo de truhanes.

Mas, poniendo aparte el valor explicativo de esta hipótesis que, como toda hipótesis factual, sólo puede ser empíricamente validada, conviene observar que la doctrina no da cuenta del sentido del *deber ser*, de su contenido objetivo. Los tres elementos a que Olivecrona intenta reducir su noción son del todo insuficientes para caracterizarlo. Si alguien, poniéndome una pistola al pecho, me dice: “debes entregarme tu cartera”, no cabe duda que se constituye en mí el estado mental previsto por la teoría: la idea de una acción, de una expresión imperativa y el sentimiento de no ser libre frente a ella. La consecuencia de semejante condición psicológica es que yo obedezca la orden y rinda mi dinero al asaltante. Lo que, en cambio, no ocurre, ni puede ocurrir, es que por la sola concurrencia de esos elementos yo me sienta ligado por un deber, y que la exigencia tenga para mí la respetabilidad intrínseca de una norma. La norma contiene mucho más que todo eso, contiene el valor objetivo de lo que prescribe, fuerza mi convicción y no mi acción.

Por eso, al revés de lo que pretenden los empiristas, frente al *deber ser* no experimentamos jamás el sentimiento de hallarnos privados de libertad; al contrario, el deber ser supone la libertad del obligado. La norma “debes hacer el bien a tus semejantes” se limita a expresar el valor que objetivamente se ve en ciertas formas de conducta que llamamos “hacer el bien”; mas, yo permanezco libre ante la norma y podré hacer o no el bien, aún en el caso de

que me sienta éticamente obligado por su mandato. Más aún, sólo en cuanto soy libre puedo reconocer deberes: el deber se constituye como imperativo de una acción meramente posible que pudiera no ser realizada. “Tú puedes, por tanto, tú debes”, dejó dicho Kant en axioma famoso que constituye un verdadero “pienso, luego existo” del mundo moral. El *deber ser* de la conducta valiosa implica la posibilidad de su no-ser en virtud de la libertad del obligado.

## 9. Normas técnicas

Con las normas técnicas, llamadas también reglas, entramos al estudio de un tipo de proposiciones normativas muy diferentes de las anteriores. También aquí la relación de términos se expresa bajo la forma de un *deber ser*, pero este deber ser es de otra naturaleza que el de las normas “prácticas”, de trato y éticas. La transformación de Husserl ya no es aplicable a este cuarto tipo.

¿Qué significa, entonces, específicamente, la noción de “deber ser” en una proposición como la del ejemplo propuesto? (d)

Es evidente que ya no se trata aquí de la forzosidad de un valor, del intrínseco imperativo de un ideal, sino de la necesidad de una relación natural entre hechos, es decir, de una ley científica. La “norma” es aquí sólo una reexposición de la ley según la cual la fijación de los recuerdos es una función de la repetición de nuestras experiencias. En la base de toda regla técnica se encuentra siempre un juicio enunciativo, teórico y, por eso -no obstante su forma prescriptiva-, estas proposiciones son, según su sentido, más que normas, pseudo-normas<sup>115</sup>.

Si se trata, por ejemplo, de la proposición “para obtener el hidrógeno del ácido clorhídrico *debe* hacerse actuar sobre el zinc u otro metal apropiado”, se está, en realidad, traduciendo bajo forma normativa el juicio enunciativo dado en la ecuación “ $Zn + 2 H Cl - Zn Cl_2 + H_2$ ”, la cual afirma que cuando actúa el ácido clorhídrico sobre el zinc, se forma el cloruro de zinc con desprendimiento de hidrógeno.

## 10. La norma de derecho y el problema del *deber ser* jurídico

Los análisis anteriores nos permiten constatar que las diversas clases de normas difieren claramente entre sí por el sentido del *deber ser* que expresan.

---

<sup>115</sup> Debemos a Henri Poincaré y a Edmond Goblot la dilucidación de esta importante materia. Véase, del primero, el ensayo “La morale et la science” recogido en sus *Dernières Pensées*, París, 1913; y, del segundo, su *Traité de logique*, Armand Colin, París, 1947, Huitième Edit.; pp. 3-5.

Siempre la proposición normativa declara la forzosidad de una conducta, pero esta forzosidad no tiene el mismo sentido ni idéntico fundamento. Las normas “prácticas”, de urbanidad y de moral, fundan su prescripción en la exigibilidad de un valor específico. Podríamos llamarlas, por esa razón, *juicios normativos de valor*. Porque la destreza vale, porque vale la cortesía y porque es valiosa la lealtad, el mecánico debe ser diestro, debemos descubrirnos dentro una habitación y debemos ser leales. Las normas técnicas, en cambio, fundan su “prescripción” en la necesidad de una ley natural; más aún, y considerándolas en rigor, no prescriben cual las otras: se limitan a expresar, sin referencia a valor, que dadas tales condiciones se seguirán tales y cuales resultados.

No son, pues, proposiciones normativas de valor.

Es, pues, de básica importancia para la comprensión de la norma de derecho que nos preguntemos por el sentido de su *deber ser*. ¿Tiene la forzosidad jurídica igual significación que la forzosidad de las otras clases de normas?, ¿es también la norma jurídica un juicio normativo de valor, como las normas “prácticas”, las de trato social y las éticas? o, ¿es la norma jurídica una norma que se funda en la validez de una ley científica, al modo de las reglas técnicas?, ¿qué quiere decirse cuando se declara en una proposición de derecho que algo *debe ser*?

Salta a la vista el gran interés, a la par teórico y práctico, de semejantes cuestiones. De su resolución depende, en primer lugar, la comprensión de la naturaleza del derecho porque no basta, para entender plenamente lo que el derecho es, reconocer que es un régimen de conducta; importa saber, además, en qué difieren sus prescripciones de las que no son jurídicas. En segundo lugar, se halla también ligada a la resolución de estos problemas la cuestión acerca de las funciones del derecho, de la cual a su vez dependen las actitudes de las personas frente a él y muchos fundamentales puntos de la política jurídica. En tercer lugar, algunas clásicas controversias de filosofía jurídica -tales, como por ejemplo, la del derecho natural y la de las relaciones entre la moral y el derecho- suponen también la aclaración previa del sentido de la propia noción del deber ser jurídico. Y, justamente, porque no siempre se parte de esa aclaración, resultan con frecuencia artificiales y confusas muchas de las posiciones en debate.

Sobran, pues, razones para que nosotros consideremos el problema con el mayor cuidado posible.



## 11. Normas de derecho y juicio normativo de valor

Consideremos, en primer lugar, la cuestión de si las proposiciones jurídicas son o no juicios normativos de valor. Los juicios normativos de valor, dijimos antes, fundan la prescripción de una conducta en la validez de un valor y, lógicamente, equivalen a juicios que declaran la realización de un valor de un tipo determinado de conducta. Así -agregábamos-, el juicio “un juez debe ser justo” significa que “sólo el juez justo es un buen juez”, es decir, que sólo en la conducta de un juez que hace justicia se realiza el valor ideal de un juez.

Aparece, desde luego, una cosa muy clara que puede servirnos como punto de partida: tanto los juicios normativos de valor como las normas jurídicas declaran un deber ser, una exigencia de ser. En este sentido, tanto unos como otros se contraponen a los juicios meramente enunciativos que expresan la existencia o el ser de algo. Hay, en efecto, cierta correspondencia de sentido entre el carácter de la proposición “una novela *debe ser* amena” (juicio normativo de valor) y una norma jurídica como el artículo 11 de la *Constitución Política* que dice “nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre el que recae el juicio”<sup>116</sup>.

La correspondencia de sentido entre ambas proposiciones no resulta patente a primera vista por la particular conformación literaria que tiene el texto legal, pero es fácil constatar que esa disposición establece, según su significado, que “toda condena *debe ser* precedida por un juicio legal sujeto a una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”. Se trata, pues, de proposiciones que en ambos casos, y cada una en el suyo, expresan la exigencia de que algo sea, esto es, un *deber ser*, pero la cuestión estriba en determinar si esta forzosidad de ser tiene en ambos casos el mismo alcance o sentido.

¿ Implican ambas normas un juicio de valor coincidente con su carácter normativo ? Es decir, ¿ involucran en su mandato o prescripción de conducta una exigencia de estimación o desestimación, de adhesión o vituperio ? Se ve de inmediato que, planteada rigurosamente la cuestión, no se refiere a la *mera referencia de valores*, a los fines que las normas tienden a realizar porque, en este sentido, no hay problema alguno. Toda norma, en cuanto prescribe modos determinados de comportamiento, es una técnica para la consecución de ciertos fines, para la realización de determinados valores. La

---

<sup>116</sup> Nota: Recuérdese que Millas está citando la Constitución Chilena de 1925; la actual Constitución vigente en su Art. 19 número 3 inc.5, recoge la misma idea de la siguiente forma: “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. (N. del E.).

norma jurídica no hace, en este sentido, excepción a las demás. Como todas, cumple una función práctica, supone una referencia a determinados valores pero independientemente de esto, se plantea la cuestión de si tales normas son en *sí mismas* prescriptivas de valores, si lo que las hace normativas es precisamente declarar la validez de un valor.

No es, sin embargo, difícil constatar que en este respecto (como en otros que examinaremos después) hay profunda diferencia entre las normas éticas y de trato social, por una parte, y las normas jurídicas, por la otra.

La cuestión fundamental aquí involucrada se remite a dos cosas, las únicas que pueden darnos el criterio para resolver el problema:

- a) ¿Hasta qué punto la prescripción del valor puede ser realmente vista, es decir, eidéticamente intuida, en la norma misma? ¿Hasta qué punto la referencia al valor es parte constitutiva de la estructura lógica de la norma, y es patentemente declarada por ella?
- b) ¿Hasta qué punto desaparece la normatividad -y por tanto la esencia de la prescripción se altera- cuando se elimina la exigencia axiológica?

Ahora bien, mientras nos limitemos a considerar únicamente lo que se da en la norma jurídica en cuanto tal, no podemos decir que intuyamos en ella misma ninguna exigencia ideal de preferencia, ninguna forzosidad estimativa; tampoco podemos decir que su carácter prescriptivo se altere o se extinga al prescindir del aspecto valorativo. Mientras nos mantengamos dentro de la significación estrictamente jurídica de la norma, será inútil que apuremos su sentido para que salga de él una exigencia de valoración.

Es propio del valor hacer valer las cosas en que recae, y este valer lo expresa el juicio normativo de valor (el juicio ético, por ejemplo) declarando la forzosidad de que el valor sea preferido o estimado. Así, la proposición “una novela debe ser amena”, equivale a “sólo una novela que es amena es una *buen novela*”, y esta última proposición implica una referencia al estimar, preferir o aquilatar de la bondad literaria. En el mismo sentido pueden interpretarse las normas éticas y de trato social. La proposición “el hijo debe ser obediente con sus padres” significa “sólo el hijo obediente es un *buen hijo*”, y la proposición “debemos sacarnos el sombrero dentro de una habitación” significa “sólo quien se saca el sombrero dentro de una habitación *obra correctamente*” (observa una buena conducta). También en estos casos (normas éticas y de trato social) la exigencia de hacer es idéntica a una exigencia de estimar: hacer lo que se manda, dice la norma, es bueno; no hacerlo, es malo.

¿Es éste el caso de la norma jurídica? No, evidentemente. La norma de derecho no contiene exigencia alguna de ideal estimación o de ideal preferencia. La disposición del artículo 11 de la *Constitución Política* no

declara forzoso preferir axiológicamente la condena legal a la contraria, estimarla más valiosa, sino realizar aquélla y no ésta, bajo apereamiento de ciertas consecuencias. De igual manera, el artículo 5 del *Código del Trabajo*, al disponer que “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables (...)”, se limita a declarar nula la renuncia de esos derechos, pero nada expresa respecto al valor, preferir o estimar de los actos de renuncia. Tampoco las normas del derecho penal imputan valor o desvalor a los actos que prohíben. La norma que castiga el homicidio no declara malo quitar la vida al prójimo; simplemente lo prohíbe, imponiendo un castigo. Para valorar negativamente el asesinato, como para valorar cualquiera conducta de las que son materia de regulación jurídica, es menester apelar a otras normas que las del derecho: a instancias morales, económicas, religiosas o sociales, por ejemplo. Por eso, lo mandado por el derecho puede juzgarse siempre con criterio extrajurídico, y lo permitido por él no es siempre bueno, aunque permitido, ni lo prohibido es siempre malo, aunque prohibido.

El sentido de la norma jurídica, en cuanto jurídica, se agota, y en esta formulación no hacemos sino concluir con el aserto principal de la doctrina de Kelsen, esto es, en la imputación de una consecuencia a un antecedente.

Y nótese que lo contrario sucede con otras normas de conducta humana: *las normas éticas y las normas de trato social no imputan consecuencias*. No quiero decir que de su transgresión no se deriven consecuencias, sino que *la imputación de sanciones no es parte del contenido de la norma*; la deslealtad es mala, vituperable, despreciable, declara la moral y nada más, pero no nos compele a despreciar al traidor ni a castigarlo; al contrario, en un sentido estrictamente ético, Cristo lo perdonaría. Tampoco la norma de trato que obliga a contestar el saludo que se nos dirige cortésmente nos exige sancionar al que nos deja con el saludo; la sanción no es impuesta por la norma: es una consecuencia exterior a ella.

De modo, pues, que mientras las normas no jurídicas imputan valores y no consecuencias, las normas jurídicas imputan consecuencias y no valores. El artículo 5 del *Código del Trabajo* no expresa que sea bueno o malo renunciar los derechos que él confiere, sino que la renuncia es nula.

## **12. Legalidad e ilegalidad como valores**

Podría, tal vez, argüirse con aparente fundamento que si es cierto que la norma jurídica no declara ni bueno ni malo el acto que prohíbe o permite, lo declara legal o ilegal, jurídico o antijurídico. Así, el artículo 11 de la *Constitución Política de 1925* declarararía “jurídica” la condena precedida por un proceso legal y “antijurídica” la que no lo es. Legalidad e ilegalidad son

indudablemente valores, exigencias de ideal preferencia; toda conducta legal, esto es, toda conducta concordante con la norma de derecho, es un bien jurídico, mientras que, por el contrario, toda conducta ilegal (opuesta a la norma) constituye un mal jurídico, pues entonces, se diría, la norma jurídica es un juicio de valor, ya que imputa legalidad o ilegalidad a una conducta.

El argumento no es, sin embargo, válido, y su aparente corrección proviene del doble sentido de los conceptos de legalidad o ilegalidad (juridicidad y antijuridicidad). Cuando se dice que las normas jurídicas declaran la “ilegalidad” de ciertas formas de conducta, no se repara en que el concepto de “ilegalidad” tiene un sentido distinto al que adquiere en un juicio de valor. Supongamos una norma que diga “se prohíbe internar automóviles”. Podría argüirse que la norma declara ilegal “la internación de automóviles”, ya que bien pudo el legislador haberse expresado en una fórmula equivalente que dijera “declárase ilegal la internación de automóviles”, pero no es difícil notar que “ilegal” sólo significa aquí “prohibido”, “no permitido”. El concepto, como elemento de la norma, tiene sólo un carácter *prescriptivo* y, en este sentido, ser ilegal una conducta sólo significa que tales o cuales normas del derecho positivo la prohíben. Su función es constituir el valor negativo respecto a la conducta de que se trata. Sólo al juicio de valor compete declarar ese valor constituido lógicamente por la norma, pero este juicio ya no es norma jurídica, no expresa, por tanto, la prohibición, sino que declara que, en cuanto prohibida, la conducta en referencia tiene un valor negativo, es “ilegal” y este concepto ha pasado a usarse en un segundo sentido, un sentido axiológico (valorativo), diferente del sentido prescriptivo que antes señaláramos.

Y no pueden entenderse las cosas de otro modo, porque la norma es sólo el origen de la legalidad o ilegalidad de una conducta; mejor aún, la norma constituye el patrón ideal con respecto al cual hay que comparar la conducta para determinar su valor jurídico, pero la norma misma no pasa el juicio correspondiente. Juzgar si una conducta es legal o ilegal (en el sentido axiológico, no en el sentido prescriptivo de estos términos) es función de una proposición distinta a la norma jurídica y que habrá de versar sobre la relación en que está la conducta valorada y la norma que a ella se refiere. La norma misma no juzga, no valora: simplemente prescribe. Para juzgar y valorar se requiere una proposición distinta, externa a la norma, proposición que, a la inversa, no prescribe sino que valora.

Por ejemplo, cuando el *Código Civil* chileno declara ilícita la enajenación de especies sobre cuya propiedad se litiga, quiere decir solamente que *prohíbe* la enajenación de esas especies. Ahora bien, si yo, tomando en consideración esa norma del *Código Civil*, formulo la proposición

“la enajenación de cosas litigiosas es ilícita”, quiero decir, a menos que me proponga sólo repetir la norma legal, que el acto es un mal jurídico *porque* transgrede una norma y esta proposición sí que es, en estricto sentido, un juicio de valor.

Estas consideraciones tienen importancia para la determinación de la esencia del derecho porque si se identifican las normas jurídicas con las otras normas de conducta, habrá de buscarse la diferencia entre ellas en el tipo de valor al cual se orientan, en los fines a que sirven. Y de esta manera se viene a incurrir en el error lógico de definir las cosas no en función de sus esencias, de la estructura lógica que las determina, sino en función de algo exterior a ellas: sus fines.

Del Vecchio ha criticado por eso con razón la definición kantiana del derecho según la cual “el Derecho es el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de todos los demás, según una ley universal de libertad”. “Esta definición –comenta Del Vecchio- se refiere en verdad al derecho natural, o sea al ideal jurídico, pero no da en modo alguno el concepto o noción del género lógico del derecho. Tomada en este sentido la definición kantiana, nos llevaría a tener que afirmar que el derecho acaso no ha existido nunca, porque los sistemas jurídicos que reconocemos como tales están más o menos lejanos de aquellas máximas”<sup>117</sup>.

En este mismo género de dificultad incurren quienes intentan definir la norma jurídica partiendo del principio de que no puede determinársela sino en función de los valores que tiende a realizar. Y, en efecto, si definimos la norma de derecho como “aquella norma que rige las relaciones humanas en orden al bien común”, nos encontramos nuevamente con una fórmula que realmente no define, si por definición hemos de entender la conceptualización del *qué es*, el *quid* de las cosas. Tanto nos enteramos por ella de lo que es la norma jurídica, como nos enteramos de lo que es el ala si decimos simplemente “es algo que sirve para volar”. Y ello, aparte de todo lo que hay de borroso en la expresión “bien común” y del hecho que, conforme a semejante definición, toda proposición normativa se convierte en norma jurídica, desde las más elementales reglas de cortesía hasta las normas éticas, a menos que se niegue a las de este tipo su adscripción al “bien común”. A todo lo cual habría que agregar todavía los problemas de si las normas no establecidas para el bien común, torcidas desde su origen e instituidas en beneficio de una determinada clase de individuos (como sucede con tan gran número de normas), son o no jurídicas; de si las normas

---

<sup>117</sup> Giorgio Del Vecchio. *Filosofía del Derecho*. Uteha, México, 1946. T. I; p. 95.

equivocadas o anacrónicas que no pueden servir al bien común son o no jurídicas, y en fin, de si son o no jurídicas, normas como las leyes resistidas por una minoría que ve el bien común en fines contrarios a los de la mayoría.

### 13. El sentido del *deber ser* jurídico

Podríamos resumir todo lo anterior en una conclusión muy importante que ya habíamos previsto: el juicio normativo de valor y la norma jurídica son proposiciones de orden normativo, formulan el deber ser; pero el *deber ser* en aquél y en ésta formulados, no son la misma cosa. En un caso se trata del “*deber ser* axiológico” y en el otro, del “*deber ser* jurídico”. Esto quiere decir que, con inscribir la esencia de la norma jurídica en el área lógica de la proposición normativa no hemos delimitado suficientemente su estructura; junto a las jurídicas hay, según se ha visto, otras proposiciones normativas de muy diverso carácter. El paso que ha de darse ahora tiene que consistir en establecer la esencia de ese tipo de *deber ser* que es el jurídico, y sus diferencias con el *deber ser* axiológico.

No obstante la identidad de su forma, proposiciones como éstas expresan una significación por completo diferente: a) “El testamento *deberá* estar escrito o a lo menos firmado por el testador” (Art. 1.023, *Código Civil* sobre testamento cerrado), b) “*Debe* decirse siempre la verdad”, y c) “*Debe* cederse la vereda a la persona mayor”. En las discusiones precedentes llevamos nuestro análisis al punto crítico mostrando que el *deber ser* de la norma jurídica consiste únicamente en la exigencia de que alguien obre o deje de obrar de alguna manera, bajo apercibimiento de una determinada consecuencia o sanción. Cuando, por ejemplo, la ley establece que el contratante *debe* cumplir la prestación, el deber ser del cumplimiento consiste en que el no cumplimiento lleva aparejada una cierta consecuencia. Lo cual es lo mismo que decir que el no cumplimiento es la condición para que sea imputable una sanción. El sujeto del deber jurídico es siempre el sujeto potencial de una sanción (Kelsen).

La proposición jurídica es, pues, en última instancia, un enlace hipotético de términos. Esta es la conclusión formulada ya por Ihering a fines del siglo XIX<sup>118</sup>, y esclarecida decisivamente por la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, quien ha podido realizar así su principal idea metodológica:

---

<sup>118</sup> Rudolf von Ihering. *El espíritu del Derecho Romano*. Título II. Cap. I, 4. “Toda regla de Derecho...establece una hipótesis (“si alguno ha hecho esto o aquello”) y deduce una consecuencia (le sucederá esto o aquello). Aplicar la regla equivale, por lo tanto: 1º, a inquirir si la hipótesis se realiza en la especie concreta, y 2º a expresar de una manera *concreta* la deducción puramente *abstracta*; v.gr. valuar en dinero el daño reparable que se causó”.

eliminar de la descripción de la norma de derecho todo el elemento extra-jurídico (ético, social, económico, religioso, político) y mostrar la estructura de pensamiento que se revela cuando se examina la proposición jurídica en sí misma, sin respecto a los fines a que pueda servir.

Ahora bien, mientras siguiendo ese método nos atengamos a la sola norma, a lo en ella expresado, no encontraremos otra cosa que una proposición de la forma “si A es, B debe ser”, esto es, “si ocurre la conducta prohibida, debe ser aplicada una sanción”. En una proposición de esta clase no hay elemento axiológico alguno, ningún enunciado relativo al bien o al mal, a la justicia o a la injusticia, a la propiedad o impropiedad de la conducta. Mientras que la norma ética (ejemplo b) nos compele a hacer lo que por compelido es *bueno* y la urbanidad (ejemplo c) lo que por exigido es *correcto*, la norma de derecho nos compele a hacer algo independientemente de toda determinación intrínseca de su valor positivo o negativo, lo que equivale a decir que, siendo el derecho una forma de prescripción o, como dice Kelsen, una técnica social específica, destinada a conseguir ciertos fines, no es, sin embargo, un fin en sí mismo. Lo cual, es claro, no significa que sea ajeno a fines: como consiste en una técnica, supone propósitos que se trata de alcanzar por su intermedio. La neutralidad axiológica del deber ser jurídico no es, pues, una neutralidad funcional. La norma jurídica se halla teleológicamente determinada y esta determinación proviene de valores. Pero ella misma, como pensamiento, no declara valores, no expresa el deber ser intrínseco de las formas de conducta que prescribe. Así, ante la norma penal que castiga el homicidio no puede cabernos duda que se trata de un medio para realizar una finalidad valiosa: el respeto a la vida humana. Otra cosa es, sin embargo, el pensamiento expresado por la norma. Esta, realmente, no declara que se *deba* respetar la vida humana, ni siquiera que no se *deba* matar, en el sentido de que sea bueno lo primero y vituperable lo segundo.

Estrictamente hablando no *hay deber ser* jurídico, sino prescripciones y consecuencias. “No se debe matar” es en derecho una proposición imperativa compuesta, que significa simplemente “nadie mate y quien mate sufra tales consecuencias”.

Lo que en este punto suele confundir el pensamiento de algunos filósofos es la circunstancia de que, como ya hemos visto, la norma jurídica es una técnica, un medio de acción para la consecución de ciertos fines y de que, entre estos fines, se halla a menudo el deber ser de otras normas. Ahí donde pareciere haber identidad del pensamiento normativo sólo hay, realmente, coordinación de medios y fines. Tómese, por ejemplo, el típico deber ser del “debemos cumplir lo pactado”. Esta expresión común

representa, en verdad, varias significaciones normativas: la de la norma práctica, que asevera lo útil y que dispone “cumplir lo pactado es conveniente”; la de la norma ética que declara el bien y que afirma “cumplir lo pactado es bueno”; la de la norma de trato, fundada en la cortesía y que proclama “cumplir lo pactado es correcto”; la de la norma jurídica que para realizar esos u otros valores se limita a estatuir “cúmplase lo pactado y si no, soplórtese tales consecuencias”.

Regularmente, pues, existe continuidad entre el orden jurídico y los otros órdenes normativos, y podemos hablar del continuo ético-jurídico, del continuo práctico-jurídico, del continuo religioso-jurídico, en la medida en que podemos pasar de los otros órdenes al orden jurídico siguiendo conexiones de finalidad a medio, pero ninguno de estos continuos específicos es necesario para la existencia del derecho como tal. Derecho existe ahí donde hay observancia de un régimen normativo universal, que prevé tales y cuales consecuencias para tales y cuales formas de conducta, y eso basta. Por eso, hay, teóricamente siempre, y en la práctica a veces, derecho justo e injusto, moral e inmoral, eficiente e ineficiente; por eso también el derecho no es jamás cosa perfecta y puede siempre mejorarse para lo cual, precisamente, existen la política jurídica y la filosofía crítica de los fines del derecho.

## Capítulo VI

### TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA: ESTRUCTURA LÓGICA DE LA PROPOSICIÓN JURÍDICA

#### 1. Norma de derecho y ley de la naturaleza

Puesto que toda norma jurídica expresa una relación hipotética, siempre será posible distinguir en ella *un antecedente*, o término condicionante, y *un consecuente* o término condicionado. Esta circunstancia pudiera llevar a la conclusión de que la norma jurídica declara un enlace entre *hechos* y de que, por tanto, las normas jurídicas y las leyes de la naturaleza tienen la misma significación lógica. Estas últimas son, en efecto, proposiciones que expresan una relación hipotética de carácter general y constante entre fenómenos, según el esquema “si ocurre A, ocurrirá B” (o si “A es, B es”). Se trata, no obstante, de significaciones esencialmente diferentes.



Mientras que el alcance de la ley natural pertenece al orden de la *causalidad*, es decir de la sucesión real de fenómenos, el enlace del hecho y de la consecuencia jurídica pertenecen al orden *sui generis* de la *imputabilidad*. Lo que distingue a uno y otro es que la causalidad es una categoría del *ser*, en tanto que la imputabilidad es una categoría del *deber\_ser*. Explicemos esto en la ley causal que expresa “si A es, B es”, la conexión establecida entre el antecedente “A” y el consecuente “B” es de tal naturaleza que sus *existencias* respectivas son correlativamente determinables: la existencia de “B” requiere la de “A” y ésta última determina la de “B”. La ley natural expresa una relación inmediata entre hechos y permite, por eso, la predicción del acaecer natural. Conocida, en efecto, la ley de una serie fenoménica, estamos en situación de prever el curso de cualquiera de sus partes a partir de un conjunto de condiciones dadas.

En la norma jurídica no hay esa determinación recíproca entre existentes o realidades. “Si A es, B debe ser”, no significa que dado el *hecho* condicionante (A) se produzca efectivamente el *hecho* o consecuencia (B), ni que, producido el hecho consecucional, podamos colegir la existencia del hecho condicionante.

Tómese, por ejemplo, el artículo 1.842 del *Código Civil* según el cual “es nulo todo pacto en que se exima al vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en ese pacto haya habido mala fe de parte suya”. Lo que esta norma expresa es, en realidad, la relación entre un antecedente, la mala fe del vendedor en un convenio eximente del saneamiento de evicción, y una consecuencia jurídica: la nulidad del pacto, y su pleno sentido es el de una proposición hipotética como ésta: “Si hay mala fe del vendedor en el pacto que le exime de la obligación de saneamiento, el pacto debe ser nulo”, mas esto no significa que el hecho de la mala fe y los hechos aparejados por la nulidad estén existencialmente codeterminados. Bien puede ocurrir que el hecho condicionante exista y no se produzca la consecuencia, como en el caso de no probarse la mala fe que realmente existió; y puede también ocurrir que la consecuencia se produzca sin que el hecho condicionante exista, como si se prueba judicialmente mala fe que no existió en realidad.

## **2. El verdadero sentido de la proposición hipotética en derecho**

Por eso, en rigor, no puede decirse que la norma jurídica sea, como la ley natural, un enlace entre *hechos*. Esta descripción, sin ser inexacta, es incompleta, no obstante reconocerse, como lo hace Legaz y Lacambra, que en un caso se trata de una vinculación de deber ser y en el otro de una vinculación de *facto*<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1953, Segunda parte, Cap. 1.2; p. 206.

Los *hechos* que son materia de la proposición jurídica –por ejemplo, el acto de matar y la sentencia judicial que impone castigo al asesino- se encuentran a ella sólo mediatamente vinculados. El enlace directo existe entre el antecedente jurídico (la transgresión) y un *deber ser* (el deber ser de la conducta exigida al órgano público a quién compete aplicar la sanción). La consecuencia *jurídica* del asesinato, tal como lo expresa la proposición que lo castiga, no es precisamente el *hecho* del *castigo*, ni siquiera el hecho de que se dicte la sentencia, sino el *deber ser* de la conducta del juez.

El *deber ser* jurídico tiene, según se ve, una muy peculiar naturaleza, y consiste en que la conducta contraria a la conducta debida engendra jurídicamente otro deber ser. Que yo deba abstenerme de robar significa que *si robo*, el juez *debe* castigarme.

Pero en otro punto es todavía imperfecta la fórmula que describe la norma jurídica como enlace hipotético de *hechos*. Acabamos de ver que uno de los términos enlazados, el consecuente, es un término indirecto de la relación, y que el término directamente enlazado no es un hecho, sino un deber ser. ¿Cuál es, preguntémosnos ahora, la naturaleza del otro término, del antecedente?

Comúnmente se habla del *hecho* de la transgresión y algunos ven en él hasta un hecho de la naturaleza<sup>120</sup>. En la norma que prohíbe el robo, el antecedente sería el acto de robar; en la que obliga a cumplir lo pactado, la no prestación; etc.

Como en el caso anterior, esta descripción no es errónea, pero es también incompleta.

En estricto sentido, los meros hechos constitutivos de la transgresión, el entuerto en cuanto acaecer natural, no son condición suficiente de la imputabilidad; para que el deber ser de la sanción sea consecuencia del entuerto, es menester que éste tenga existencia, aparte de real o natural, jurídica, y los hechos reales sólo tienen existencia jurídica en tanto y en cuanto han sido reconocidos en juicio. Del hecho real, como tal, sólo puede resultar otro hecho real, y entre ellos operan relaciones de causalidad, que son objeto de las ciencias naturales. Para que surja la consecuencia jurídica, la imputabilidad o *deber ser* de la sanción, se necesita que haya un antecedente de índole jurídica y este antecedente es el hecho jurídicamente establecido, y un hecho no está jurídicamente establecido sino en dos casos: a) cuando la ley lo presume, y b) cuando se ha probado según las reglas del procedimiento que corresponde. Así, por ejemplo, si alguien mata a otro, su acto físico, el asesinato en cuanto hecho real, no engendra por sí sólo una consecuencia jurídica; el

---

<sup>120</sup> Por ejemplo, Luis Legaz y Lacambra. *Ibid.*; p. 198.

deber ser consecuencial sólo resulta del asesinato como hecho jurídico, y éste, a su vez existe únicamente en cuanto la conducta punible ha sido establecida en juicio según lo previsto por las normas procesales correspondientes.

Ahora bien, si nuestro análisis es exacto, se hace necesario interpretar el carácter hipotético de la proposición jurídica de una manera un tanto diferente a la acostumbrada. Tendremos, entonces, que establecer, a modo de conclusión, lo siguiente:

- 1) Que la proposición jurídica es un enlace hipotético directo entre un hecho *jurídico* condicionante y una consecuencia *jurídica*: el *deber ser* de la sanción. Si el antecedente de toda norma, cualquiera que sea el modo de su exposición, es un hecho *jurídico*, el consecuente directo no es ni siquiera un *hecho*, sino un deber ser. Por tanto, en la fórmula “si A es, debe ser C”, “A” significa la conducta ilícita probada en juicio, pero su consecuencia no es “C”, sino el “deber ser C”. En toda imputación de consecuencia debe sobreentenderse la condición de que la transgresión sea procesalmente establecida. Y así, por ejemplo, la norma según la cual “La provocación a duelo será castigada con reclusión menor en su grado mínimo” (Art. 404 del *Código Penal*) es equivalente, no a la proposición: “Si alguien provocare a duelo deberá ser castigado”, etc., sino, más exactamente, a la proposición “Si se probare según tales y cuales normas que alguien provocó a duelo, deberá ser castigado”.
- 2) Que la proposición jurídica sólo indirectamente enlaza hechos reales, pues entre el hecho real del entuerto (por ejemplo, asesinato) y el hecho real de la sanción (sentencia condenatoria, por ejemplo) se encuentra el hecho jurídico propiamente tal (el asesinato probado en juicio) y el *deber ser* de la sanción (la obligación que el juez tiene de imponer la sanción).

Todo parece indicar, entonces, que, no obstante el común carácter hipotético de las leyes naturales y las proposiciones jurídicas, la estructura de éstas tiene una modalidad especial que no nos permite asimilarlas, sin más, a las primeras. Las leyes naturales constituyen *estructuras hipotéticas cerradas*, lo cual significa que, dada la hipótesis y afirmada asertóricamente la condición, se afirma apodóticamente la consecuencia. Y así, en la medida en que valga la hipótesis “si un metal se calienta, se dilata”, vale apodóticamente la afirmación “un metal se dilata” si asertóricamente establezco que se calienta.

Las proposiciones jurídicas constituyen, en cambio, *estructuras hipotéticas abiertas* en el sentido de que, cumplida la condición, la proposición que afirma la consecuencia bajo la forma de un deber ser es, en realidad, una

nueva hipótesis: la que imputa la sanción para el caso de la transgresión. Así, por ejemplo, la norma positiva de que “todo contrato de compraventa de bienes raíces *debe* constar por escritura pública”, se resuelve, en última instancia, en la hipótesis de que “si no consta por escritura pública, el juez debe declarar su nulidad”.

### 3. Norma y sistema de normas

Estas conclusiones y las que antes hiciéramos notar, relativas a la significación *sui generis* del *deber ser* jurídico, señalan convincentemente la índole peculiar de la proposición de derecho y justifican el esfuerzo de la investigación iusfilosófica contemporánea por constituir una teoría independiente, pura, del pensamiento jurídico, y el formalismo de que frecuentemente se la acusa, resulta ser, precisamente, su virtud, en la medida en que gracias a él ha sido posible descubrir el carácter específico de las categorías y juicios del derecho.

Debe tenerse presente, sin embargo, que cuando se habla de la norma o proposición jurídica se alude no tanto a su forma externa, al modo de su exposición, como a su sentido lógico. Ocurre, en efecto, que, por lo común, se trata de cosas diferentes. El sentido lógico de una norma jurídica rebasa, a menudo, los límites de su simple exposición y sólo se manifiesta cuando se toma la norma no materialmente aislada, en su estricta unidad proposicional, sino en conexión con las otras normas del orden jurídico a que pertenece. En rigor, no hay normas jurídicas aisladas, esto es, proposiciones que tengan sentido jurídico por sí mismas: lo jurídico de una norma resulta de su pertenencia a un orden o sistema de normas jurídicas. Lo cual nos lleva a entrever una propiedad importante del derecho, y es que él sólo puede darse como orden total de la conducta humana, como *sistema u orden normativo*. No hay ninguna proposición que tenga plenitud normativa originaria, es decir, que instituya por sí sola el *deber ser* jurídico que le caracteriza. Este *deber ser* es parte integrante del orden total del derecho vigente. Por eso, la imputación de una consecuencia al hecho jurídico condicionante no se halla siempre en la norma tomada como unidad material de expresión, sino en la norma como miembro de un sistema de derecho y, por tanto, en su nexo con otras normas.

Frecuentemente el antecedente y la consecuencia jurídica se enlazan en el cuerpo de la misma norma; es decir, en una sola expresión se hace depender la consecuencia del hecho condicionante, como ocurre cuando el *Código Penal* dispone que “el marido que tuviera manceba será castigado con reclusión

menor en su grado mínimo” (artículo 381)<sup>121</sup>, pero frecuentemente también la imputación da origen a un antecedente y, por tanto, el deber ser jurídico estatuido por la norma se constituye por la unidad del sentido de dos o más normas materialmente diferentes. Así ocurre, por ejemplo, con el Art. 1.798 del *Código Civil*: la prohibición que impone al empleado público de “comprar bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio” sólo puede entenderse como *deber ser* al relacionarla con el artículo 10 del mismo *Código*, que declara nulos y de ningún valor los actos que prohíbe la ley; entonces, el hecho condicionante es la conducta señalada por el artículo 1.798, y la consecuencia es la nulidad prevista por el Art. 10, pero sea que la imputación se contenga en una sola norma o en varias normas conexas, siempre toda norma se remite, por su sentido, indefectiblemente a otra: a la norma que obliga a un órgano determinado a realizar la consecuencia imputada al hecho condicionante.

#### 4. Norma primaria y norma secundaria

Por eso enseña Kelsen que la norma jurídica se encuentra dividida en dos normas separadas, en dos expresiones del deber: una tendiente a lograr que cierto individuo observe la conducta *debida*, y otra según la cual un segundo individuo debe ejecutar una sanción, en el caso de que la primera norma sea violada. A la primera, esto es, a la norma que estipula la conducta requerida, la llama Kelsen *norma secundaria*; a la otra, es decir, a la que impone al órgano el requerimiento de aplicar una sanción, la llama *norma primaria*.

Estas designaciones de norma primaria y secundaria tienen la ventaja de ayudarnos a discernir en la estructura de la proposición jurídica su carácter compuesto. La norma secundaria contiene la estipulación de una conducta determinada que al orden jurídico interesa conseguir, por ejemplo, que ciertos actos sean solemnes, que tales y cuales personas hagan aquello o dejen de hacer esto o lo otro. En toda norma jurídica se hallará, tácita o expresamente, una estipulación de esta especie.

Así, cuando el artículo 1.464 del *Código Civil* chileno expresa que “hay objeto ilícito en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio”, intenta inducir a una abstención y supone la norma “no se deben enajenar las cosas litigiosas”, y cuando el *Código Penal* dispone que “el empleado público que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio será penado con inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio” (Art.252),

---

<sup>121</sup> Derogado hoy por Ley N° 19.335. (N. del E.).

intenta inducir a los funcionarios a la obediencia e involucra, por lo mismo, la norma “los funcionarios públicos deben obedecer las órdenes legítimas de sus superiores”.

“No se deben enajenar las cosas litigiosas” y “los funcionarios públicos deben obedecer las órdenes legítimas de sus superiores” son las *normas secundarias* de las citadas normas jurídicas chilenas. Frente a ellas, las normas primarias estipulan, en cambio, que un órgano ejecutivo determinado debe aplicar una sanción en caso que la norma secundaria sea transgredida. En tanto que la primera impone un deber al sujeto de la conducta deseada, la segunda lo impone a la autoridad pública.

La razón de esta terminología aparece justificada por la relación de subordinación que liga a los dos componentes de la norma total. La norma secundaria, esto es, la norma inductiva de la conducta requerida, está supeditada en su juridicidad a la existencia de la norma que estipula una consecuencia para el caso de transgresión; ella no es en sí completa; su sentido jurídico dimana de la existencia de la norma primaria: se trata, en verdad, de una norma fundada. La norma primaria es, en cambio, fundante; en ella alcanza la anterior su plenitud jurídica.

Más aún, mientras la norma primaria trasciende a la secundaria, la secundaria está involucrada, contenida implícitamente en la norma primaria. En otras palabras, dada la norma secundaria, no sólo no queda por su mero enunciado constituido su carácter jurídico sino, además, no queda definida la norma primaria. Así, por ejemplo, estipulado que no se deben enajenar las cosas litigiosas –norma secundaria- nada se sobreentiende respecto a lo que sucede si se venden tales cosas. En cambio, dada la norma primaria, con ella, como parte suya, se da también la norma secundaria, y ello por modo tal que, como lo señala Kelsen, la norma secundaria resulta superflua en una exposición estricta del derecho.

La norma, por ejemplo, que establece castigo para el homicida subentiende implícitamente en su enunciado la norma secundaria “no se debe matar”, con lo cual ella sola expresa la prescripción jurídica completa.

Todo esto lleva a uno a preguntarse hasta qué punto es realmente legítimo hablar de la existencia de dos normas en la estructura de la proposición jurídica. Claro que si tomamos el término de norma en su muy general acepción de *prescripción de conducta*, la norma jurídica es, efectivamente, un complejo normativo constituido por la *prescripción de una conducta principal* (norma secundaria) de hacer o no hacer algo y, la *prescripción de una conducta consecucional* que manda realizar ciertos efectos para el caso de transgresión (norma primaria), pero desde el punto de vista jurídico hay sólo una norma, ya que la norma secundaria no es

realmente norma jurídica, sino en la medida en que integra el complejo estructural en que una sanción se imputa al caso de incumplimiento o entuerto.

Por eso creemos más apropiado describir la proposición jurídica como norma de sentido bifásico: una fase de sentido expreso -norma primaria o imputación de la sanción de antecedente- y una fase de sentido implícito -norma secundaria o estipulación de la conducta principal-, pero el análisis lógico de la proposición jurídica plantea todavía otros problemas y conduce a hallazgos que también importan a la inteligencia de la esencia del derecho. La proposición jurídica pertenece, según sabemos, a la clase de las proposiciones no asertivas de tipo normativo y ocupa dentro de ella una posición singularísima, determinada por la peculiar significación del deber ser que expresa. Queremos señalar ahora, sin embargo, una nueva cuestión.

## 5. La proposición compuesta

Toda proposición, sea o no asertiva (“el fuego quema”, “amarás a Dios sobre todas las cosas”), puede ser más o menos compleja y revestir la forma de proposición simple o compuesta. La proposición simple, sea o no asertiva, mienta una sola relación y se reconoce porque contiene sólo un verbo. Expresiones como “hace frío”, “la densidad del mercurio es 13,6”, “vámonos pronto”, “el matrimonio debe celebrarse ante oficial civil competente”, son proposiciones simples. La proposición compuesta, en cambio, mienta más de una relación y establece, además, una relación entre relaciones. Esto último tiene mucha importancia en la descripción de su estructura porque apunta al hecho de que la proposición compuesta es, en realidad, una relación entre proposiciones y de que se reconoce no sólo por tener más de un verbo entre sus términos, sino también por tener ciertos términos conectivos: “y”, “o”, “si”. Examinemos, por ejemplo, la proposición “si un metal se calienta, se dilata”. Esta expresión enuncia, por lo pronto, dos relaciones:

- a) “un metal se calienta” y
- b) “un metal se dilata”. Pero enuncia también una tercera relación, al afirmar que el fenómeno de la dilatación sigue a la acción de calentarse, esto es, que la primera relación es el antecedente de la segunda. Se trata, como se ve, de una relación entre relaciones<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> La nomenclatura técnica relativa a estos problemas no es aún del todo uniforme. Bertrand Russell, por ejemplo, llama *molecular* a esta proposición total que enlaza relaciones, y *atómicas* a cada una de las proposiciones componentes. Cfr. su *Investigación sobre el significado y la verdad*. Losada, Buenos Aires, 1946, Cap. II; p. 36.

Esta relación puede ser, a su vez, de diversas especies y da lugar a la distinción entre proposiciones *conjuntivas*, *hipotéticas* y *disyuntivas*.

*Las proposiciones conjuntivas* tienen la forma general “p” y “q” (en que “p” y “q” representan proposiciones) y expresan la concurrencia o compatibilidad de dos relaciones, por eso, si son no asertivas (prescriptivas), sólo son cumplidas cuando se cumple cada uno de sus componentes. No se cumple, pues, la prescripción “p” y “q” en caso de incumplimiento de cualquiera de sus dos términos. Así ocurre, por ejemplo, con la expresión “venga y traiga su libro”. Si la proposición es asertiva (descriptiva), sólo es verdadera cuando todas sus cláusulas son verdaderas, y falsa en cualquier otro caso.

## 6. Proposiciones disyuntivas e hipotéticas

Las proposiciones disyuntivas son de la forma general “p” o “q”, y expresan exclusión o incompatibilidad de dos o más relaciones. Tal ocurre, por ejemplo, en la expresión “los elementos químicos son metales o son no metales”, que significa que un elemento químico no puede tener ambas propiedades al mismo tiempo. De idéntica manera la proposición “venga con su padre o no venga”, expresa la exigencia de someter la acción de venir a una y sólo a una de esas alternativas. De este modo, las proposiciones disyuntivas asertivas son verdaderas únicamente cuando una y sólo una de sus cláusulas lo es, “p” o “q”, por consiguiente, es falsa si son falsas tanto “p” como “q”, y si tanto “p” como “q” son verdaderas<sup>123</sup>. Paralelamente, las proposiciones disyuntivas prescriptivas se cumplen sólo cuando se cumple *una* de sus cláusulas, “p” o “q”, por tanto, no se cumple si no se cumplen ni “p” ni “q”, y si se cumplen ambas. Se halla, sin embargo, muy generalizada entre los lógicos contemporáneos la idea de que este concepto de la disyunción se aplique sólo a un tipo especial de proposiciones disyuntivas, pero no a todas ellas<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Como se observa, Millas intenta tratar las proposiciones prescriptivas mediante la lógica estándar que está diseñada para las proposiciones descriptivas. A las alturas que Millas escribe parece no conocer aún la lógica deóntica que nace hacia 1950 por obra de von Wright, Kalinowsky y otros lógicos contemporáneos. La lógica deóntica es mucho más versátil y reconoce la cópula *deber ser* que no aparece representada en la lógica estándar de Quine y otros lógicos que no se ocupan expresamente de las proposiciones deónticas (N. del E.).

<sup>124</sup> Cfr., por ejemplo, Willard von Orman Quine, *Methods of Logic*, Routledge and Kegan, London, 1952, y Hans Reichenbach, *Elements of Symbolic Logic*, Mac Millan Co., New York, 1948.



Comúnmente distinguen entre dos clases de disyunción: exclusiva y no exclusiva. La primera correspondería a la definición anteriormente propuesta y expresaría que las cláusulas no pueden tener el mismo valor de verdad o de falsedad, de tal manera que la disyunción es verdadera sólo en el caso de que una de sus cláusulas lo sea. Esto ocurre, otro ejemplo, en la proposición “A es mayor que B”, o “A es menor que B” o “A es igual a B”<sup>125</sup>.

La segunda clase de disyunción estaría representada por una proposición como “Juan es marino o es médico”. En este caso, se afirma, la disyunción no sólo es verdadera cuando Juan es marino y no es médico, o cuando Juan es médico y no es marino, sino también cuando es médico y marino a la vez. Se trataría entonces, de una disyunción que puede ser verdadera en dos casos: a) cuando son verdaderas sólo algunas de sus cláusulas, y b) cuando todas sus cláusulas son verdaderas. O, como lo expresa más brevemente Quine, “una alternativa (disyunción no exclusiva) es verdadera si a lo menos una de sus cláusulas es verdadera”. En general, los lógicos que reconocen esta distinción consideran que la disyunción no exclusiva tiene mayor aplicación en el lenguaje cotidiano, pues sólo excepcionalmente pensaríamos disyunciones exclusivas. A nosotros nos parece lo contrario y pensamos que, al revés, la función de la expresión disyuntiva es mostrar la incompatibilidad de la negación y de la afirmación simultánea de dos o más proposiciones, y que cuando decimos “Juan veraneó este año en Viña del Mar o en Algarrobo”, queremos decir que fue sólo en uno de esos sitios en donde pasó el verano y no en ambos. Tratándose de las disyunciones normativas del derecho, esto es más evidente todavía, pero es ésta una cuestión de hecho que el puro análisis no puede resolver.

Lo que sí puede mostrar el análisis, en cambio, es la falta de fundamento de la distinción y el carácter uniformemente exclusivo que tiene *toda* disyunción. Atendamos, para comprobarlo, al ejemplo de “Juan es médico o es marino”. Tomada la expresión en el sentido exclusivo, ya sabemos que significa que Juan es una de esas cosas, pero no ambas. Es evidente, sin embargo, que, violentando un poco la función habitual de la conjunción “o”, podríamos interpretar la proposición en el sentido no exclusivo y admitir que su verdad se cumple no sólo cuando Juan es médico únicamente y cuando es únicamente marino, sino también cuando es médico y marino al mismo tiempo. Pero si de tal manera podemos interpretar la disyuntiva, es porque implícitamente admitimos que la disyunción consta de

---

<sup>125</sup> Millas llama “disyunción no exclusiva” a lo que los lógicos llaman en general “alternación”. Entonces, es mejor distinguir simplemente entre “disyunción” (disyunción exclusiva para Millas) y “alternación” (disyunción no exclusiva para Millas). (N. del E.).

tres términos y no de dos, en forma tal que debiéramos formularla así: “Juan es sólo médico o es sólo marino o es médico y marino a la vez”, y la ley de esta estructura es justamente la de las disyunciones que los lógicos llaman exclusivas: la estructura total es verdadera sólo cuando es verdadera una de sus cláusulas. La diferencia entre las disyunciones exclusivas e inclusivas se reduce, pues, a algo de orden secundario: aquellas enuncian expresamente todos los términos a que se aplica la disyunción; éstos, en cambio, contienen un término implícito o sobreentendido, pero desde el punto de vista de su estructura lógica, toda proposición disyuntiva es exclusiva y su concepto queda definido para todos los casos posibles según la ley: “p” o “q” es verdadera cuando es verdadero uno y sólo uno de sus términos, y es falsa cuando todos sus términos son falsos y también cuando son verdaderos todos ellos.

Menos controversial es, sin duda, la interpretación de las *proposiciones hipotéticas o estructuras implicativas*. Corresponden a la forma general ‘si “p”, entonces “q”’ (o también “p” implica “q”) y expresan relaciones inferenciales, de principio a consecuencia: una relación llamada consecuencia o condicionada subordina su validez a otra llamada antecedente o condición. Es lo que ocurre con proposiciones como “si un metal se calienta, se dilata”, “si viene mañana, tráigame el libro”. El valor de esta estructura implicativa es también función del valor de sus proposiciones componentes en forma tal que una proposición hipotética es siempre verdadera, excepto cuando siendo verdadero el antecedente, es falso el consecuente. Así, por ejemplo, es falsa la implicación: “si la luna carece de luz propia, todas las rosas son blancas”, pues el antecedente es verdadero (la luna carece, en efecto, de luz propia), pero es falsa la consecuencia (ya que no todas las rosas son blancas)<sup>126</sup>.

## 7. Carácter compuesto de la proposición jurídica

¿Qué clase de proposiciones son, desde el punto de vista de su composición o estructura, las normas jurídicas?

Esta pregunta no puede ser satisfactoriamente contestada si primero no reparamos en la diferencia que existe entre exposición y sentido de una norma. La manera como una norma se expone no siempre coincide con la estructura del pensamiento que expresa. Hemos dicho, por ejemplo, que las proposiciones jurídicas pertenecen a la clase de las proposiciones normativas

---

<sup>126</sup> Consideramos innecesario exponer y discutir aquí la distinción entre la implicación material y formal. El concepto explicado es realmente el de la implicación material, al único que incumbe el análisis de la proposición jurídica. Por otra parte, el tema se simplifica mucho para el lógico del derecho pues, como intentaremos demostrar más adelante, es imposible un consecuente *falso* en una norma jurídica.

y que son, por tanto, no asertivas, pero alguien podría señalar buen número de normas jurídicas de carácter asertivo: el Art.1 del *Código Civil*, según el cual “la ley es una declaración de la voluntad soberana (...)” o el Art. 54, según el cual “las personas *son* naturales o jurídicas” o el Art. 1.438, conforme al cual “el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. En estos casos, se diría, y en muchísimos otros, la proposición jurídica afirma o niega expresando el ser de algo: ¿cómo negarle entonces, *in genere*, su carácter asertivo?

No es difícil constatar, sin embargo, que tales disposiciones y cuantas otras de la misma especie pudiéramos citar, son definiciones legales, normas que no describen las propiedades de una situación o cosa, ni la esencia de un ser, ni la existencia o no existencia de algo, sino que se limitan a señalar el sentido en que va a emplearse un término. No afirman ni niegan nada y no son, por tanto, susceptibles de verdad o de error. La proposición en que nuestro *Código Civil* define la ley no es ni verdadera ni falsa: se limita a anexar convencionalmente un significado a una palabra. Ya en este sentido, es normativa, pero es normativa en otro sentido todavía. Toda definición legal es una norma que obliga a tomar las palabras, para todos los efectos jurídicos, en el sentido que la misma definición indica y ha de entenderse en relación con la norma de exégesis contenida en el artículo 20 del *Código Civil*. Toda definición legal es una norma en sentido lógico y jurídico y quiere en realidad decir: “tal palabra deberá entenderse de tal o cual manera”.

Pues bien, la misma diferencia entre exposición y sentido ha de tomarse en cuenta al abordar el problema de la composición de las proposiciones jurídicas.

Si nos atuviéramos a su mera forma de exposición, no habría duda alguna. Las proposiciones jurídicas tienen, se diría, los más diversos caracteres estructurales: las hay simples o compuestas, conjuntivas, disyuntivas e hipotéticas. Y se señalarían, tal vez, algunos ejemplos como los siguientes:

- a) *Proposición jurídica simple*: “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. (Art. 1.452 C.C.).
- b) *Proposición jurídica conjuntiva*: “el marido debe protección a la mujer y la mujer, obediencia al marido”<sup>127</sup>. (Art. 131 C.C.).
- c) *Proposición jurídica hipotética*: “el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la

---

<sup>127</sup> Hoy el *Código Civil* en su Art.131 dispone: “el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”, modificación de ley N° 18.802. (N. del E.).

persona”. (Art. 1.057 del C.C.). “Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos”. (Art. 2.442 sobre contratos de anticresis).

- d) *Proposición jurídica disyuntiva*: “el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase”. (Art. 2.177 C.C.).

Más, para clasificar así tales proposiciones no se ha atendido a su significado, sino a su forma gramatical. La clasificación se altera por completo si, desentendiéndonos de ésta, atendemos a aquél, según ha de hacerse en un análisis iusfilosófico.

Consideremos, por ejemplo, la norma que prohíbe el robo, y supongamos la expresión: “declárase ilícita la apropiación indebida de bienes ajenos”. Desde el punto de vista puramente externo, se trata de una proposición simple: mienta una sola relación y contiene un solo verbo, pero sabemos que una norma no es verdaderamente jurídica sino en cuanto expresa un deber ser jurídico, y sabemos también que *deber ser* significa en derecho que a una determinada forma de conducta se imputa una consecuencia también determinada, por consiguiente la anterior expresión sólo es jurídica si por su contexto o por su conexión expresa o tácita con otras expresiones puede transformársela en una proposición como ésta: “cuando alguien se apropia indebidamente de bienes ajenos, se le castigará de tal y cual manera”. Si por su exposición la norma en referencia era una proposición simple, por su sentido, es, como vemos, compuesta.

Ahora bien, si toda norma jurídica es, por su sentido, una proposición compuesta ¿qué clase de relación es la que expresa: conjuntiva, disyuntiva o hipotética?

Ya vimos que para Kelsen se trata de una relación hipotética, sin más. Toda norma podría, pues, subsumirse bajo la forma general 'si “p” es, entonces “q” (si “A” es, debe ser “S”)', en que “p” expresa la conducta ilícita y “q” la imputación de consecuencias.

La existencia en el elemento hipotético de la proposición jurídica es una de las grandes contribuciones de Kelsen a la lógica jurídica contemporánea, pero su esquema no parece describir satisfactoriamente la naturaleza asaz compleja de la estructura normativa. Para él es superflua, en una exposición estricta del derecho, la fase secundaria, porque ella va implícita en el sentido de la primaria, lo cual es cierto en tanto nos limitemos a considerar la mera exposición del derecho, mas, lo es ya menos cuando nos proponemos el análisis del pensamiento mismo ínsito en la norma, porque entonces, lo que

era superfluo desde el punto de vista de la *exposición*, es fundamental desde el punto de vista del *sentido*. Desde un punto de vista lógico estricto, lo implícito no es superfluo, pues lo implícito es justamente lo que sostiene lo expreso en cuanto pensamiento. Legítimamente puede uno preguntarse, entonces, cuál sería el esquema de la proposición jurídica en sus dos fases, primaria y secundaria, y cómo se enlazarían lógicamente entre sí.

Se justifica, por eso, el intento realizado por Carlos Cossio de perfeccionarlo, mostrando que cuando se considera conjuntamente el aspecto primario y secundario de la norma no se trata ya de una simple relación hipotética, sino de un complejo proporcional de carácter disyuntivo, constituido por dos proposiciones hipotéticas. La fórmula general de esta estructura sería: 'si "A" es, "B" debe ser o, si no "B" es, debe ser "S"'. O mejor quizás, en el lenguaje simbólico del propio Cossio: 'dado *H t* (un hecho con su determinación temporal), debe ser "P" (la prestación) o dado "no P" (la no prestación) debe ser "S" (la sanción)'<sup>128</sup>.

Así, por ejemplo, una norma como el artículo 575<sup>129</sup> del *Código del Trabajo* -que declara irrenunciables los derechos conferidos por las leyes del trabajo- se resolvería analíticamente en el siguiente complejo proposicional. 'Si se tiene un derecho (Si "A" es) no debe renunciarse ("B" debe ser) o, si se renuncia el derecho (Si no "no B" es) tal renuncia debe ser nula (debe ser "S")'. La conjunción disyuntiva "o" (que, según hemos visto, implica siempre una relación de exclusión, una alternativa) separa los dos términos de la relación; el primero correspondería a la norma secundaria de Kelsen, el segundo, a la primaria.

Como sistema expositivo del alcance de la proposición jurídica este esquema de Cossio es excelente. Tiene, sobre todo, la ventaja de mostrar su estructura bifásica sin romper la unidad de sentido de la proposición jurídica. La *fase reguladora* o normativa (norma secundaria) de la proposición aparece claramente delimitada frente a la *fase coactiva* (norma primaria) y ambas integradas formalmente por el enlace disyuntivo que asegura su incorporación a la misma estructura de sentido<sup>130</sup>.

Sin embargo, desde el punto de vista de su valor lógico, el esquema no nos parece igualmente feliz.

---

<sup>128</sup> Carlos Cossio. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. *Op.cit.*; p. 301.

<sup>129</sup> Hoy, el inciso segundo del artículo 5 del *Código del Trabajo* dispone: "los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo". (N. del E.).

<sup>130</sup> En Chile ha adherido a este punto de vista del filósofo argentino, José R. Echeverría. Véase su artículo "Norma jurídica y derecho subjetivo". Sobretiro de la *Revista Jurídica*, México, Número 7, 4, Tomo XXV; pp. 35, 43.

Toda proposición disyuntiva, hemos dicho, implica la exclusión o incompatibilidad de dos relaciones: los miembros de la disyuntiva no pueden ser al mismo tiempo válidos, ni siquiera en el caso de la disyunción no exclusiva. Ahora bien, ¿cómo interpretar el esquema de Cossio a la luz de este sentido de la proposición disyuntiva? La disyuntiva es entre dos posibilidades de deber; dados sus respectivos antecedentes -dice la fórmula- 'debe ser "B"', o 'debe ser "C"', es decir, que ambas relaciones de *deber ser* se excluyen: si es debido lo primero, no es ya debido lo segundo, pero resulta que esto destruye totalmente el sentido y, por lo tanto, la existencia de la norma jurídica, pues, en efecto, si por tener validez el primer miembro de la disyuntiva (norma secundaria) dejara de tener validez el segundo (la norma primaria), nos encontraríamos con un *deber ser* sin sanción, esto es, no habría norma jurídica. Por otra parte, si es el segundo miembro de la estructura disyuntiva (norma primaria) el que realiza, eso significa que el primero (norma secundaria) no es válido, lo cual supone el absurdo que la conducta principal no es ya debida.

En realidad, para que la norma jurídica sea tal se requiere la *conurrencia* de sus dos fases: el *deber ser* de la conducta exigida al súbdito supone o, mejor, consiste en el *deber ser* de la norma primaria, en tanto que el deber ser de la norma primaria implica el deber ser de la conducta principal. Por el hecho de que el juez *deba* castigar al ladrón queda determinado el *deber* de actuar honradamente, y el *deber* de actuar honradamente significa que, en caso contrario, el juez *debe* castigar. Como se ve, no puede haber disyuntiva posible: el deber ser de la norma primaria y el deber ser de la norma secundaria concurren, se implican; el esquema de Cossio constituye una falsa estructura disyuntiva.

Pudiera, quizás, tratarse de interpretar la fórmula disyuntiva de Cossio en sentido no exclusivo: de esta manera su 'si "A" es, debe ser "B" o, si "no B" es, debe ser "S"', admitiría la validez conjunta de ambos términos de la disyunción, pero el intento sería inútil por una razón muy simple: toda disyunción no exclusiva es, según sabemos, una exclusiva con un término implícito; y así, interpretada no exclusivamente la proposición "p" o "q", significa sólo "p", o sólo "q" o tanto "q" como "p", pero ocurre que no es posible aplicar esta interpretación a la norma jurídica porque su sentido es incompatible con el de aquella fórmula disyuntiva. Desde el momento mismo que pensamos 'sólo "p"' (norma secundaria) y 'sólo "q"' (norma primaria), es decir, con sólo admitir la posibilidad de que aquella o ésta puedan existir (valer) separadamente, con exclusión de la otra, pensamos en algo ajeno a la naturaleza de la norma de derecho cuyo carácter bifásico consiste precisamente en la coexistencia de las normas primaria y secundaria.

Piénsese, por ejemplo, en la norma según la cual “los actos que prohíbe la ley son nulos”. Si, favoreciendo la doctrina de Cossio, intentáramos descubrir en ella una disyunción no exclusiva, debiéramos darle esta forma: “prohibido un acto, no debe celebrarse” (p) o “si se celebra, es nulo” (q) o “prohibido un acto, no debe celebrarse y si se celebra es nulo” (p y q), pero esta disyunción no traduce la forma del pensamiento normativo, porque desde la partida sabemos que el primero y el segundo término necesariamente han de existir (valer) para que haya norma; y esto es, justamente lo que expresa el tercer término, que es una proposición conjuntiva. La disyunción es, pues, del todo inútil y falsifica la estructura lógica de la norma<sup>131</sup>.

## 8. La norma jurídica como conjunción de dos hipótesis

Todo parece indicar la conveniencia de reconocer en la norma jurídica un complejo proposicional de carácter conjuntivo según la fórmula general ‘si “A” es, debe ser “B” y si “no B” es, debe ser “S”’. Este esquema, siguiendo el de Cossio en su descripción de la complejidad de tercer grado que tiene la norma jurídica, lo aventaja en que expresa la coexistencia de las dos fases, es decir, el carácter conjuntivo de su coordinación. La *norma jurídica*, diremos pues, *constituye desde el punto de vista de su estructura lógica, una coordinación conjuntiva de dos proposiciones hipotéticas*. Esta interpretación permite ver la norma en una función de conocimiento jurídico muy importante: la de definir lógicamente el deber ser jurídico en un sentido análogo al que ha mostrado Kelsen. En la expresión ‘si “A” es, debe ser “B” y si “no B” es, debe ser “S”’, aparece, en efecto, gracias al símbolo conjuntivo, que indica la concurrencia de las dos proposiciones hipotéticas, el alcance exacto del *deber ser* de la conducta principal: que “B” debe ser, significa que si “no B” es (es decir, si ocurre la conducta contraria) debe ser “S” (esto es, debe ocurrir la sanción).

Carlos Cossio ha objetado este punto de vista con un argumento, a nuestro entender, insuficiente<sup>132</sup>. El ser del derecho -explica-, es decir, la conducta con interferencia intersubjetiva, supone, con la libertad que le es esencial, la alternativa de lo lícito e ilícito. Esta alternativa es la que mienta la norma. La norma viene a ser así una mención unitaria de partes contrapuestas y, por consiguiente, una proposición disyuntiva. La fórmula

---

<sup>131</sup> Todo esto puede demostrarse formalmente por medio del cálculo de matrices, previsto por la lógica simbólica para problemas de esta especie. El cálculo –cuyo carácter técnico y fea aridez nos obliga a desplazarlo a un apéndice de esta obra, conduce a un inequívoco resultado: la estructura disyuntiva de una proposición jurídica es siempre falsa (inválida), cualesquiera que sean los valores asignados a sus términos.

<sup>132</sup> En sus comentarios críticos a la Comunicación del autor en el Congreso Internacional de Filosofía de Sao Paulo, Agosto de 1954.

disyuntiva es la única que mienta el derecho en su realidad de alternativa, de conducta libre que puede encauzarse por los caminos opuestos de lo lícito o ilícito, lo permitido y lo prohibido. La propia fórmula conjuntiva -agregatraduce este contenido, pues al decir "...y si no..." está diciéndose realmente "o"; se trata, así, de una disyunción encubierta.

Ahora bien, nosotros no podemos convenir con el ilustre pensador argentino en que la norma jurídica contenga referencia a la alternativa de lo lícito y lo ilícito ¿Qué *alternativa*? Esto sólo podría hacerlo una proposición teórica que intentara describir la situación en que el hombre se halla cuando actúa, pero la proposición jurídica no es descripción, sino prescripción de conducta. Por eso, aunque considera las posibilidades del cumplimiento y del incumplimiento, lo que realmente mienta es lo que se *debe hacer* en un caso y lo que se debe hacer en el otro. Es la mención de un deber ser dual, cuyos miembros son de validez coexistente aunque no coexisten las condiciones reales a que cada uno de ellos se refiere. Ambas fases del deber existen simultáneamente. Promulgada, por ejemplo, una ley que prohíbe a todos los "X", bajo sanción "S", la conducta "C", se constituyen dos imperativos concurrentes y no excluyentes, dos exigencias simultáneas: 'todos los "X" deben abstenerse de "C" y 'el órgano público debe aplicar la sanción "S" dado el caso de transgresión'.

Por otra parte, no es efectivo que haya equivalencia entre la alternación "o" y una expresión del tipo "y si no". No existe, por lo pronto, en lógica, una expresión de esa forma, como no existe tampoco una expresión "y / o". Se trata realmente de dos expresiones que concurren en una misma proposición compuesta con funciones diferentes: "y", para *ligar* los valores positivos o los valores negativos de las *dos* proposiciones componentes; "si no", para subordinar los valores parciales de *una* de las componentes.

Sea, por ejemplo, la fórmula de la norma jurídica: 'si "A" es, debe ser "B" y si "no B" es, debe ser "C"'. La conjunción "y" es aquí el elemento conectivo de la superestructura formada por las dos proposiciones hipotéticas componentes: 1) 'si "A" es, debe ser "B"'; 'si "no B" es, debe ser "C"'. La expresión "si no" opera en otro plano estructural: el de la subestructura de la segunda proposición hipotética. Como se ve, no hay lógicamente tal expresión "y si no", se trata de una pura yuxtaposición gramatical de símbolos.

Tanto es así, que muchas veces puede evitarse semejante construcción sin alteración lógica de la norma, como ocurre en todos los casos en que la norma secundaria es prohibitiva. "Se prohíbe enajenar las cosas litigiosas y si se enajenan, la enajenación es nula". "No enajenar" es aquí la norma secundaria, la negación se ha desplazado a ésta, rompiéndose



la falsa estructura “y si no”. Es que, en realidad, tal negación pertenece al concepto de una de las conductas en juego, y no es un elemento de conexión proposicional (conectiva) como “y”, “no”, “si”, por eso puede faltar enteramente en la norma. Basta para ello con que en la norma primaria se mencione positivamente la conducta contraria a la conducta estatuida por la norma secundaria, como al decir “Después de la medianoche los menores de edad permanecerán en sus domicilios, y si salen serán arrestados” (si “A” es, debe ser “B”, y si “M” es, debe ser “C”).

En el lenguaje ordinario, sin embargo, la yuxtaposición material de las expresiones “y”, “si no” permite usar la forma “y si no” como disyuntiva. Así, decimos “traiga su libro y si no, su cuaderno”, queriendo decir “traiga su libro o su cuaderno”. El valor semántico de todo símbolo es convencional, y en el habla cotidiana hacemos siempre un uso muy amplio de esta libertad de convención. No sin razón ha podido, por eso, advertir Goblots que “hablamos para darnos a entender y no para producir un objeto de estudio a los lógicos”, mas, por lo mismo, tampoco puede el lógico invocar, sin más, los usos comunes del lenguaje para su teoría de las significaciones. También ha observado Goblots que “el lenguaje rara vez se construye como el pensamiento que expresa”, por eso el lógico, a quien incumbe la teoría de los modos posibles del pensamiento, ha de fijar un lenguaje que corresponda a esas posibilidades. Sólo entonces puede librarse uno de algunas malas pasadas de las apariencias lingüísticas.

## Capítulo VII

### EL ORDEN NORMATIVO

#### 1. Las normas jurídicas y el orden normativo del derecho

Al examinar el mecanismo lógico de la proposición jurídica se pone también de manifiesto otra condición característica del derecho: la de que no hay verdaderamente *norma* jurídica, sino *normas*. Hemos visto, desde luego, que toda prescripción de derecho implica por su sentido tres proposiciones: dos proposiciones hipotéticas (norma primaria y norma secundaria) y la unidad conjuntiva que ellas constituyen, pero esta unidad conjuntiva, la norma propiamente dicha, no tiene por sí sola pleno carácter jurídico; para que lo tenga debe estar enlazada a otras normas, es decir, debe pertenecer a un orden normativo. En la expresión ‘si “A” es, “B” debe ser, y si “no B” es,

debe ser “C”, el deber ser de “B” (la conducta estipulada para el caso “A”) consiste en que si ocurre “no B” (la conducta contraria a la estipulada) debe ser “C” (la consecuencia). Es decir, que el deber ser de la conducta requerida remite al deber ser de la consecuencia. Cabe preguntarse, sin embargo, ¿en qué consiste el deber ser de la consecuencia?, ¿qué significa que la sanción *deba* aplicarse? Sólo una cosa: que existe otra norma que imputa una nueva consecuencia para el caso en que aquélla no sea aplicada. Consideremos nuestro conocido ejemplo del Art. 575<sup>133</sup> del *Código del Trabajo*. Según su sentido, esta disposición significa “si se tiene derecho no debe renunciarse y si se renuncia, tal renuncia debe ser nula”. Ahora bien, que la renuncia deba ser nula significa, realmente, que el juez no podría reconocer derechos ni obligaciones fundados en ella porque, de hacerlo, sobrevendría una consecuencia, por ejemplo, la revocación de su sentencia por un tribunal superior. La norma que declara irrenunciables los derechos de las leyes laborales queda así enlazada con las normas que obligan a los jueces, por eso, anticipándonos a estos problemas, decíamos en el capítulo anterior que, en sentido estricto, no hay norma jurídica que lo sea por sí misma; la plenitud de existencia de una norma resulta de su inserción en un orden normativo total. En esta ocasión nos proponemos estudiar, justamente, las propiedades estructurales de ese orden.

## 2. Juridicidad y validez de las normas jurídicas

Cuando se consideran las normas en plenitud de su ser jurídico, es posible reconocer en ellas tres cualidades fundamentales: juridicidad, validez y eficacia.

La juridicidad consiste en la forma lógica de la norma, en la estructura propia de la proposición jurídica. Podría llamársele también sentido jurídico. Nosotros hemos estudiado ya los problemas concernientes a la estructura lógica del juicio jurídico. Hemos podido establecer que la proposición de derecho o norma jurídica se determina lógicamente por la expresión de un deber ser *sui generis*, consistente en la imputación de una conducta consecuente a una situación antecedente. Mostramos también que la forma de esta expresión correspondería a un complejo proposicional de carácter conjuntivo, formado por dos proposiciones hipotéticas. Todo esto se refería, verdaderamente, a lo que ahora llamamos juridicidad de las normas.

---

<sup>133</sup> Hoy el inciso segundo del artículo 5 del *Código del Trabajo* dispone: “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo” (N. del E.).

La juridicidad es la mínima condición para que una norma pueda llamarse jurídica, pero es claro que, en rigor, no basta la mera estructura lógica para constituir esta primera propiedad de las normas jurídicas. Así, por ejemplo, si yo enuncio un complejo proposicional como este: “si salgo bien en el examen, iré a Valparaíso, y si salgo mal, iré al Sur”, es indudable que no enuncio una norma jurídica, aunque la forma de este juicio sea el de las normas de esta clase: faltaría aquí la expresión de un deber ser referente al comportamiento humano. Así, pues, en la juridicidad debemos distinguir dos elementos, a saber:

- a) Una forma o estructura lógica *sui generis*, caracterizada por la imputación de una consecuencia a un antecedente, bajo la forma de un complejo conjuntivo de juicios hipotéticos;
- b) Un contenido específico o significación normativa: la exigencia de una conducta bajo la forma del deber ser.

Ahora bien, toda proposición que reúna estas características tiene juridicidad o sentido jurídico, aún cuando por no pertenecer a un orden jurídico vigente no pueda, en estricto sentido, considerarse norma jurídica. Si yo, por ejemplo, formulo la proposición “todo padre o madre de familia deberá proporcionar a sus hijos educación secundaria completa, bajo pena de multa”, enuncio en realidad una proposición con sentido jurídico, distinta de todo otro tipo de proposición por su forma y su contenido, distinta tanto de las proposiciones enunciativas como de las normas morales, religiosas y de trato social.

A esto alude, con mucha propiedad, Del Vecchio cuando escribe: “Siempre que una proposición determina idealmente una relación tal entre personas, que una pueda pretender a la otra algo a lo cual se halle obligada, tiene carácter jurídico, esto es, una proposición tal pertenece lógicamente al campo del derecho. Podrá o no alcanzar un reconocimiento positivo, y habiéndolo tenido podrá perderlo, pues tal es la suerte de todos los sistemas sujetos al flujo de la historia, pero la juridicidad de la proposición no depende de este hecho temporal, sino de su esencia lógica. Así, podemos reconocer la naturaleza jurídica de una proposición, aún sin saber si fue o no fue nunca aplicada realmente. Por ejemplo, si entre las excavaciones de los restos de una civilización remota, encontramos un texto que exprese una facultad de pretender alguna cosa de otros, podemos y debemos comprender su sentido jurídico, sin confundirlo con las máximas morales, religiosas, etc., aún si se

trata de un mero proyecto o de un precepto realmente observado durante mucho o poco tiempo”<sup>134</sup>.

Toda norma de derecho posee, naturalmente, juridicidad o sentido jurídico, más no toda proposición con sentido jurídico es norma de derecho: para serlo requiere pertenecer a un orden jurídico vigente, requiere entonces, ser positiva. Ahora bien, la pertenencia de una proposición con sentido jurídico a un orden vigente, confiere por sí sola a la proposición la cualidad que le faltaba para ser norma de derecho en sentido estricto: *validez*.

La validez es la segunda cualidad de una norma de derecho; cualidad también esencial, cuya ausencia, hemos visto, priva a la proposición del carácter de norma positiva. Es fácil ver que no puede haber normas de derecho inválidas; la validez es una propiedad esencial *a priori* del derecho que, como se sabe, convierte en juicio analítico la proposición “el derecho es válido”. El concepto de validez se refiere a la obligatoriedad actual de las normas, por eso, aunque son afines los conceptos de validez y deber ser, no llegan a confundirse: la validez representa el deber ser jurídico vigente u operante; el deber ser, en cambio, puede carecer de validez y constituir entonces una pura cualidad lógica, o de sentido de la proposición normativa. Es el caso de un precepto imaginario como el que anteriormente considerábamos: se podría hablar entonces de juridicidad sin validez, de deber ser no vigente, es decir, meramente posible. Todo lo cual quiere decir que el concepto de validez designa, en definitiva, la existencia de la norma jurídica. Con razón apunta Kelsen que “La existencia de un deber ser jurídico no es sino la validez de una norma de derecho, que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico”<sup>135</sup>. En igual sentido debe interpretarse la expresión de que una norma “vale”; “vale”, “es válida” y “tiene validez”, son términos sinónimos y todos ellos indican la misma cosa: hay una norma obligatoria, existe una norma de derecho, pero estas expresiones tienen también un sentido filosófico especial que puede inducir a confusiones: valor de los valores y de los bienes. Y así se dice que “vale” un acto generoso, que “vale” la justicia. Ya hemos examinado nosotros este valor de las cosas y acciones humanas y sabemos que el concepto designa, entonces, la presencia de un valor. Decir, con tal significación, que algo “vale” es como decir que es asiento del deber ser ideal de un valor. No debiera, pues, confundirse el “valer” como deber ser jurídico vigente y el valer como deber ser axiológico: que una norma tiene validez o vale, jurídicamente hablando, no significa que sea buena, ni noble, ni útil, ni justa, ni injusta, ni

---

<sup>134</sup> Giorgio Del Vecchio y Luis Recaséns Siches. *Filosofía del derecho*. Uteha, México, T. I; p. 248.

<sup>135</sup> Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria, México, 1950; p. 41.

hermosa, sino simplemente que obliga, en tanto y en cuanto se ha previsto una acción del órgano público para el caso de transgresión.

Esto no impide, sin embargo, que una norma con validez jurídica tenga también validez axiológica, lo cual ocurrirá si la norma es útil, justa, precisa, progresista, etc. Si la norma es, en cambio, injusta, confusa o inútil, estaremos en presencia de un deber ser jurídico que carece de validez moral, lógica o práctica, por ser contrario a estos específicos valores.

Todo lo cual parece muy obvio, si no fuera que los propios especialistas incurren, a veces, en confusión de ambos sentidos. Es lo que sucede, por ejemplo, con Hübner, cuando escribe: “La validez consiste en que la norma reúna las condiciones necesarias de forma y de fondo, para ser de tal norma, o sea, para obligar en conciencia genéricamente. La norma es válida cuando, además de ser correcta su estructura, ‘vale’ efectivamente, es decir, sin temor a la aparente tautología, se orienta hacia el valor”<sup>136</sup>.

Independientemente de la reserva que nos merece la identificación de la obligatoriedad jurídica con la obligatoriedad “en conciencia” a que alude el tratadista chileno -ya que la obligatoriedad de la norma es autárquica, esto es, existe aunque yo no me sienta en conciencia obligado-, queremos señalar la identificación inadmisibles de los conceptos jurídicos y axiológicos del valer. La misma identificación lleva a Legaz y Lacambra a afirmar, después de definida correctamente la validez del derecho, como la “exigibilidad del mismo” y, de reconocer su autarquía, que “la exigibilidad pertenece al Derecho porque éste, por su misma esencia, realiza en la existencia humana aquella justicia posible y aquel orden que son necesarios para la misma subsistencia de una existencia”<sup>137</sup>. Indudablemente despistado el autor por la ambivalencia semántica del término exigibilidad, ha concluido hablando de algo diferente a lo que aludía al comienzo porque primero, en efecto, se refería a la exigibilidad jurídica de la norma, consistente en que el órgano público puede hacer efectiva la consecuencia prevista para el caso del entuerto; pero, enseguida, al invocar la función del derecho como órgano de la justicia, está ya hablando de la exigibilidad metajurídica, de lo que hace exigible a la conciencia estimativa en función de su valor, pero una norma jurídica es válida, es decir, obliga, aunque no valga axiológicamente hablando, aunque no se oriente a valor alguno. Tal es el otro aspecto de la autarquía del derecho. Su validez significa otra cosa: que alguien debe comportarse de cierta manera y ello en cuanto a que la conducta contraria trae aparejada una consecuencia. Lo cual no es óbice, como acabamos de

---

<sup>136</sup> Jorge I. Hübner. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1951, Cap. IV; p. 10.

<sup>137</sup> Luís Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1953; p. 246.

ver, para que una norma válida en sentido jurídico valga también en sentido axiológico y sea asiento de un valor moral, religioso, práctico, etc. Así, por ejemplo, la norma que estatuye que la enajenación de los bienes del menor no habilitado de edad requiere la autorización judicial, aparte de ser válida - porque obliga al guardador, al juez y a terceros-, es también buena, útil y justa; vale jurídicamente, porque pertenece al orden jurídico vigente, y vale también axiológicamente en cuanto es asiento de valores positivos. Pero esta concurrencia de las dos cualidades, la jurídica y la axiológica, no es requisito esencial de las normas; las normas no necesitan ser buenas para ser jurídicas; basta con que sean válidas, con que pertenezcan a un orden de derecho. Otra cosa es que nosotros nos sintamos obligados “en conciencia” a cumplir las normas jurídicas válidas, sólo porque son jurídicas.

### 3. Validez originaria y validez derivada

Estas consideraciones conducen a la importante consecuencia de que las normas jurídicas, a diferencia de otras especies de normas –como ciertas normas morales- tienen, por ejemplo, validez *derivada* y no validez originaria.

Comparemos las dos normas siguientes:

- a. “Es nulo el contrato de compraventa entre el padre y el hijo de familia” (Art. 1.796<sup>138</sup> del C.C.).
- b. “No se debe calumniar”.

Se trata de dos preceptos para el comportamiento humano, pero que ofrecen, entre otras, esta importante diferencia: el primero no es válido por sí, esto es, no implica, por su sola representación, la obligatoriedad o deber ser jurídico que lo caracteriza. El segundo, en cambio, lleva en sí mismo su validez: que no se debe calumniar nos parece éticamente obligatorio con una suerte de inmediatez o evidencia axiológica. Hay una especie de necesidad moral *a priori*, moral en la sola representación de la norma, que se convierte así en un verdadero axioma ético para la conciencia. Alguien dirá que esta descripción sólo puede ser adecuada para nuestra conciencia de cristianos occidentales y para las conciencias de algunos otros círculos culturales, pero que, posiblemente, ha habido o hay culturas cuyos miembros no han reconocido o no reconocen validez apriorística, ni a eso ni a muchos otros preceptos morales. Esto es posible que sea cierto, sin invalidar, no obstante,

---

<sup>138</sup> El Art. 1.796 del C.C., hoy reza: “Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”. Modificación de ley N° 19.947. (N. del E.).

lo que hemos dicho, a saber, que pensada esta norma por quien perciba su sentido ético (nosotros los cristianos, por ejemplo), la percibe como necesaria, evidente y originariamente obligatoria. Más aún, la percibe como universal e incondicionalmente obligatoria: “No se debe calumniar” significa, para quien efectivamente vea que es así, que nadie, nunca y en ningún lugar puede sin transgresión al *deber ser* ético de la norma, esto es, realizar el comportamiento que ella prohíbe.

La norma jurídica, en cambio, no es de suyo obligatoria en cuanto jurídica, es decir, su validez no dimana de su pura significación lógica, de su puro contenido. Su fuerza obligatoria proviene de sus relaciones externas con otras normas del propio sistema a que pertenece. Y estas relaciones son de dos clases: las que la ligan a las normas que la declaran formalmente válida, y las que prevén una consecuencia para el caso de transgresión. De aquéllas y de ésta *deriva* la validez u obligatoriedad de la norma. Así, la norma del artículo 1.796 no nos parece que sea de por sí válida, que su deber ser exista obviamente. No podemos concebir que sea bueno calumniar, pero sí, en cambio, que la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad, pueda ser válida. La norma jurídica, no tiene, por así decirlo, fuerza interior.

#### **4. Ámbitos de validez de las normas jurídicas**

Pero hay más. Constituida la validez de una norma jurídica, esta validez se halla esencialmente circunscrita en el espacio y en el tiempo: tiene lo que los juristas llaman ámbito temporal y ámbito territorial de validez. Así, la norma del Art. 1.796 C.C., a diferencia de las normas morales, sólo es válida dentro del territorio de la soberanía chilena y esto significa que sólo obliga en su ámbito propio, que su deber ser es relativo a un espacio determinado. Así también, esa misma norma sólo obliga, su deber ser sólo existe, dentro de un tiempo limitado o limitable, cuyos límites (que pueden ser, sin embargo, indeterminados) son el momento en que se perfecciona su existencia jurídica con la promulgación o cualquier otro aspecto jurídico que la ponga en evidencia y el momento en que esa existencia cesa, por derogación, caducidad o cualquier evento que la extinga. Ni antes ni después tiene validez, aunque siempre tenga, como hemos señalado, significación jurídica.

Mediante la norma jurídica no podemos juzgar el pasado, entendiendo por pasado no el tiempo anterior a nuestro juicio, sino el tiempo anterior a la existencia de la norma. Mediante la norma moral, en cambio, lo hacemos de hecho y por principio. Se dirá, sin embargo, que conforme a las

prescripciones sobre efecto retroactivo del derecho, éste alcanza frecuentemente al pasado, pero se trata, realmente, de una manera figurada de decir, inaceptable en un sentido filosófico estricto; el derecho no rige jamás el pasado, ni en el hecho, ni en principio.

Primero, por la obvia razón ontológica que una prescripción no puede determinar una conducta que existió, pero que ya no existe, y, segundo, por la razón lógica de que el sentido de la norma es imputar consecuencias a ciertos actos desde el momento en que ella misma existe; la norma imputa, por tanto, la imputación sólo existe con la norma, y esto es, precisamente, lo que sucede con las prescripciones respecto al efecto retroactivo de las leyes, estas prescripciones son las mismas normas, por eso, desde que se promulgan hacen que otras normas tengan determinados efectos en relación con el pasado, pero esto sólo puede ocurrir en virtud de que otra norma así lo dispone actualmente, y sólo respecto de efectos o situaciones actualmente existentes.

Examinemos, por ejemplo, estas clásicas situaciones:

- a. “Las servidumbres naturales y voluntarias constituidas válidamente bajo el imperio de una antigua ley, se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que estableciere otra nueva” (Art. 16 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes).
- b. “Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción” (Art. 26 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes).

La retroactividad de las normas a que aluden estas disposiciones se refiere no realmente al pasado, sino a situaciones presentes generadas jurídicamente por normas anteriores. Sólo metafóricamente puede hablarse aquí de retroactividad. La regla relativa a las servidumbres, por ejemplo, legisla sobre el ejercicio y conservación de esos derechos, es decir, sobre conducta actual, no pretérita, de sus titulares. A su vez, la norma sobre prescripción regula la operación presente de un modo de adquirir el dominio: se refiere al efecto actual de una situación jurídica engendrada en el pasado.

Así, pues, tanto en lo concerniente a su ámbito temporal como a su ámbito espacial, las normas jurídicas tienen validez limitada, a diferencia de otras normas, las morales, por ejemplo, que tienen un ámbito ilimitado de validez.



La extensión del ámbito de validez jurídica puede hallarse tácita o expresamente determinada por la norma misma, pero no es necesario que así ocurra siempre. Los límites del ámbito temporal y territorial pueden fijarse también cuando se trata de determinación expresa por otras normas. “No es preciso - escribe a este propósito Legaz y Lacambra- ni es lo frecuente, que cada precepto fije en concreto límites; esta fijación se hace en una norma común a varios preceptos o, a falta de ella, se presume en todo ordenamiento una pretensión de validez temporal y espacial ilimitada, dentro de las fronteras geográficas del Estado”<sup>139</sup>. La ilimitación a que aquí alude el autor ha de entenderse, sin embargo, conforme a nuestra anterior discusión, sólo como ilimitación concerniente al futuro, ya que la norma no podría pretender validez en el tiempo anterior a su existencia. El Art. 14 de nuestro *Código Civil*, al disponer que “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”, constituye un ejemplo de determinación general, expresa, del ámbito territorial de validez.

Pero volvamos a la distinción hecha anteriormente respecto a la fuente de validez; la norma jurídica, dijimos, no es intrínsecamente válida en cuanto a mera representación de conducta. Otras normas, en cambio, las normas éticas, por ejemplo, son, en su pura concebibilidad, obligatorias: concebirlas como posible es ya concebirlas como vigentes.

Hay, no obstante, algunas normas jurídicas que parecieran constituir excepción a esa característica. En nuestro derecho, por ejemplo, se prohíbe matar, robar, calumniar, falsificar, incendiar, etc. ¿Y es que acaso todas estas prohibiciones no nos parecen en su concebibilidad misma obligatoria, constitutivas de un deber ser jurídico? De ninguna manera; y si así lo creemos es porque, fundándonos en la identidad del contenido de conducta, tendemos a confundir cosas distintas: norma jurídica y norma moral.

Éticamente, es *a priori* prohibido matar. El homicidio es en su mera concebibilidad, inmoral; pero, jurídicamente, no se halla *a priori* prohibido. La norma “el parricidio será castigado con pena de muerte” no es válida de por sí, como no es de suyo válida, en su pura concebibilidad, ninguna estipulación jurídica de conducta específica. Para que una norma jurídica tenga validez, tiene que ser validada, tiene que recibir validez porque, en cuanto jurídica, carece de obligatoriedad *a priori*.

Ahora bien, el fundamento de validez de una norma jurídica se encuentra siempre en otras normas que le confieren validez. Las normas valen, porque valen otras normas: una norma jurídica obliga (en sentido jurídico, entiéndase bien) porque otras normas le prestan fuerza obligatoria. Esto significa varias cosas importantes.

---

<sup>139</sup> Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1953, Cap. V; p. 483.

Significa, en primer término, que, por lo que al común de las normas jurídicas respecta, el concepto de validez es un concepto relacional; es un modo de subsunción lógica de una norma jurídica en otra. Significa, en segundo término, que una norma jurídica alcanza la plenitud de su naturaleza jurídica sólo en cuanto miembro de un sistema de normas, en cuanto parte de un orden jurídico total, y que ninguna proposición con sentido jurídico (juridicidad) tiene por sí sola el carácter de norma de derecho. Significa, en fin, que el derecho es, en su esencia, una estructura relacional, orgánica, de normas enlazadas no sólo por conexiones lógicas de implicación sino, además, por conexiones jurídicas de validación.

## 5. La unidad del orden normativo

Es fácil ver, entonces, que el derecho es un orden jerárquico de normas constituido por varios niveles que, en orden ascendente, van fundándose o validándose hasta llegar al nivel de la norma más alta de que arranca la validación total del sistema. Los niveles más altos contienen los preceptos más generales; los más bajos, los niveles más particulares. Es lo que se ha llamado “la construcción escalonada del orden jurídico”.

No hay que confundir este orden de validación con un orden lógico de carácter deductivo. En un orden deductivo, como el de las matemáticas o el de la lógica pura, las proposiciones se derivan por simple extracción o explicitación de las de mayor generalidad: aquéllas contienen implícitas a éstas. Ello ocurre también en el sistema jerárquico de las normas jurídicas: las normas inferiores son, en cierto aspecto, deducibles de las superiores; así, por ejemplo, la sentencia que ordena al deudor el pago de lo debido, se deduce de las reglas generales del *Código Civil* y de los principios generales del derecho, ni más ni menos que en el silogismo se deduce la conclusión de las premisas.

Pero hay una diferencia importante entre el orden meramente lógico de las proposiciones de un razonamiento (incluyendo los razonamientos jurídicos) y el orden normativo de las proposiciones jurídicas. Mientras que en la deducción basta el puro desarrollo dialéctico, la simple operación intelectual para extraer la conclusión, en el sistema de las normas jurídicas es insuficiente: las puras conexiones lógicas, la simple deducción, no engendran normas. Aunque el contenido de una ley, por ejemplo, coincida con la *Constitución Política*, no es ley por el sólo hecho de ser deducible de ésta, o mejor, no por el hecho de fundarse lógicamente en ella, es válida. De la misma manera, la norma individual formulada en una sentencia judicial no es válida porque se deduzca de las leyes vigentes; una simple deducción lógica de los preceptos legales no tiene el carácter de sentencia judicial.

¿ Qué es, entonces, lo que confiere validez a las normas ? ¿ En qué consiste el enlace de validación que hace de las normas del derecho un sistema jerárquicamente estructurado de normas? Una norma es válida en cuanto ha sido creada conforme a las prescripciones de otra norma válida, en cuanto su elaboración ha tenido lugar de acuerdo con el precepto superior que regula su existencia jurídica. Por eso, hemos dicho, validez y existencia jurídica son conceptos sinónimos: decir que una norma es válida viene a significar que ha sido correctamente establecida, que ha adquirido existencia en el orden del derecho. La norma existe en él o pertenece a él en cuanto se ha generado según las prescripciones de otras normas a él pertenecientes. Tal es el principio de legitimidad de las normas.

De esta manera, la expresión “validez de una norma” resulta tener las siguientes significaciones equivalentes:

- a. Que la norma obliga a un determinado comportamiento a ciertas personas en determinadas circunstancias.
- b. Que la norma existe.
- c. Que la norma pertenece a un orden jurídico dado.
- d. Que la norma se ha generado en conformidad a los preceptos de otra norma válida.

Estas conexiones de validación que enlazan entre sí las normas de un orden jurídico (conexiones consistentes en que las normas inferiores se engendran según procedimientos previstos por las normas superiores), son las que dan realidad a una de las más significativas características del derecho: regular su propia creación. El derecho nace del derecho, puede decir el jurista o, como se expresa Kelsen, sólo el derecho puede ser fuente del derecho.

Ahora podemos ver con más claridad en qué sentido es el derecho un sistema o estructura de normas integradas, una totalidad presidida por una unidad funcional. Esta unidad tiene realmente cuatro aspectos.

El primero es la *unidad de validación*: las normas se enlazan por el encadenamiento validativo que remite las partes todas del sistema a la validez de una norma superior, de la cual arranca el proceso de derivación.

El segundo es la *unidad de implicación o comunidad de contenido*: las normas van enlazándose de la general a la particular, según la relación de género a especie o de principio general a “caso especial”. La norma de más alta jerarquía (la *Constitución* con respecto a las leyes, la ley con respecto a los reglamentos o a las sentencias judiciales) determina de una manera genérica el contenido del precepto inferior y éste, por su parte, aplica, particulariza o especifica la norma general del precepto superior.

El tercero es la *unidad de coordinación*, que enlaza las normas que prescriben la conducta del súbdito con las normas que prescriben la conducta del órgano sancionador. Entre las normas que castigan el robo, por ejemplo, y las normas que prescriben al juez su conducta funcionaria, hay cierta correspondencia. Esta correspondencia -como lo ha señalado Cossio- consiste en la identidad de contenido de la norma primaria (consecuencia), relativa a la conducta del juez, y la norma secundaria (acción o abstención), relativa a la conducta del súbdito. Es decir, que para el juez debe ser como conducta lo mismo que para el ladrón debe ser sanción: el juez está obligado a aplicar la pena.

Y, en fin, el cuarto aspecto de la unidad del orden normativo es la *unidad teleológica de ideales o principios filosóficos* que determinan el contenido particular de la norma. Mediante el derecho se trata de realizar una determinada modalidad de convivencia, convertida como aspiración de la comunidad social entera o de sus grupos dominantes, en objeto de valoración positiva. El derecho es, por esencia, un mecanismo de acción puesto al servicio de un ideal de vida. Este ideal es un complejo repertorio de valores y la justicia no es, como suele predicarse, el valor en él dominante. Es sólo uno, aunque importante, por su función reguladora, entre muchos otros: el orden, la utilidad, la seguridad, el poder, la libertad. Todo esto a que se aspira como forma de convivencia ideal penetra en un sistema entero del orden jurídico, coordinando orgánicamente las funciones de sus partes, al modo como los órganos de un cuerpo vivo o las piezas de una máquina adquieren sentido funcional en virtud de la idea finalista del conjunto. La unidad teleológica del orden jurídico se resuelve así, en una concepción central del mundo, del hombre, de la vida.

He ahí la cuádruple conexión que enlaza las normas distintas de un orden jurídico y da a este orden la unidad de un todo funcional. Desde el punto de vista formal, esta unidad parece ser una unidad perfectamente cerrada: el derecho crea el derecho, hemos visto; la norma inferior no hace sino aplicar la norma superior, aplicación y creación del derecho son una misma cosa. Para que el derecho sea aplicado se necesita que se creen normas. Por ejemplo, para que se ejecute la Constitución es menester que se engendren reglamentos, negocios jurídicos, sentencias, esto es, otras normas.

Es esto lo que ha llevado recientemente a los filósofos del derecho a representarse el orden jurídico como una especie de pirámide cuya cúspide es la norma constitucional suprema, origen del sentido y de la validez de todas las normas -cada vez más particulares y numerosas- que de ellas derivan. Mientras no salgamos del límite de esta cúspide es evidente que el

derecho constituye una unidad cerrada, pero ¿por qué no salir de ese límite? Es legítimo preguntarse que si el derecho crea el derecho ¿cuál es la fuente jurídica de la validez de la norma constitucional? Sabemos que una norma es válida porque otras normas lo son. ¿Cuál es, entonces, el origen de validez de la *Constitución*, que es la primera de las normas?

## 6. La validez de la norma constitucional

Este problema ha generado tres tipos de respuestas que corresponden a otras tantas doctrinas del derecho: las respuestas metafísicas o trascendentalistas, las respuestas empíricas y, la respuesta lógico-formal o inmanentista.

a) Las respuestas trascendentalistas son características de las diversas modalidades del iusnaturalismo o doctrina del derecho natural. Conforme a esta doctrina, la validez jurídica se funda en la obligatoriedad de conciencia de ciertos preceptos trascendentales al derecho y dotados del valor intrínseco. Por encima del orden del derecho positivo existiría una ordenación superior de las relaciones humanas, absolutamente válida y justa, fundada en la propia naturaleza de las cosas, en la razón humana o en los designios divinos. La respuesta iusnaturalista a la pregunta por el fundamento último de validez del orden jurídico es una consecuencia de esa posición: apelará siempre a la forzosidad intrínseca de algún valor supremo extrajurídico, ya teleológico, ya racional. Dirá, por ejemplo, que la norma constitucional es válida porque el Estado ha sido instituido por Dios para la realización de la justicia, o porque la condición social del hombre ha impuesto la necesidad del Estado, o porque los contenidos de la Constitución tal o cual, consagran derechos inalienables de la personalidad humana, etc.

La aceptación de este punto de vista se halla ligada, es claro, al valor mismo de las doctrinas iusnaturalistas como interpretaciones generales del derecho; de este problema no podemos ocuparnos ahora. Pero puede siquiera señalarse la dificultad que en lo tocante a la validez de la primera norma positiva ofrece la invocación de la validez de las normas naturales. Porque no es difícil descubrir, aquí, otra vez, la confusión ya señalada entre la validez axiológica y la validez jurídica. Se trata de conceptos no homogéneos y es, por tanto, una falacia pasar del uno al otro por identificación. Puedo comprender que la resolución administrativa que me obliga a pagar un impuesto en cierta forma sea válida porque la hace válida un reglamento, el cual es válido en virtud de una ley que, a su vez, es válida por el precepto de una Constitución. Porque “válido” significa aquí, por su

concepto, “perteneciente a un orden normativo de estructura derivativa” y, por los efectos, “generador de obligación”; lo primero apunta a la existencia de normas superiores que estatuyen cómo han de formarse las normas y, lo segundo, a la determinación de consecuencias para la conducta contraria a la conducta requerida. Así, se explica que yo pueda invocar la validez de la ley como fundamento de la validez del reglamento, y la validez del reglamento como fundamento de la validez de la resolución administrativa, pero no es ya igualmente admisible que, preguntándome por la validez de la Constitución en cuya virtud es válida la ley, invoque, por ejemplo, la *validez* de una norma moral porque la validez significa aquí otra cosa: forzosidad ética o imperativo de conciencia. Éste, indudablemente existe, pero como fundamento del *valor* de mi acción o del *valor* de la norma constitucional, pero la pregunta por la fuente de validez de tal norma no es pregunta acerca de su valor, sino del modo como se deriva su obligatoriedad en sentido jurídico, dentro de un sistema de estructura derivativa.

No se puede, pues, pasar de la obligatoriedad moral a la obligatoriedad jurídica. La imperatividad del orden natural puede servir de fundamento para la valoración del orden jurídico positivo, mas no para la obligatoriedad jurídica que a éste le constituye. La norma constitucional se hace exigible, es jurídicamente válida, en virtud de algo diferente, mejor aún, independiente de su valor. No basta con que sea justa para operar jurídicamente; y en el límite, puede operar de este modo aún siendo injusta. ¿Cómo se constituye, pues, su validez? La interpretación iusnaturalista deja el problema intacto.

b) Las respuestas empiristas señalan hechos reales, generalmente de carácter psicológico, como fundamento de validez de la norma constitucional: ésta vale en cuanto, por ejemplo, expresa la voluntad colectiva de los miembros del Estado; en cuanto expresa el poder de quienes están en situación física y moral de hacerse obedecer; o, en cuanto representa una necesidad o conveniencia vital para la existencia del grupo. En última instancia, esta doctrina remite la validez jurídica de las normas (no de su valor axiológico, que es algo distinto) al hecho del poder: la norma fundamental vale, se dice, porque se la hace válida mediante un acto originario de coacción; sin este hecho de que alguien mande y se encuentre en situación de hacerse obedecer, no sería posible que hubiera norma fundamental válida, esto es, generadora de consecuencias para el acto transgresor.

c) La tercera doctrina -la doctrina lógico-formal de Kelsen- coincide con la anterior en su carácter antimetafísico y en el reconocimiento de la índole positiva del origen del derecho, pero difiere fundamentalmente de ella por su manera de plantear el problema. Es necesario, enseña, distinguir del modo más riguroso entre la pregunta acerca del origen y la pregunta acerca de la validez del derecho. El empirismo, en realidad, ofrece una respuesta a la pregunta sobre la génesis del derecho, pero la pregunta que aquí se trata de contestar es la que se refiere a su validez. La voluntad colectiva, el poder, las necesidades vitales y demás circunstancias señaladas por los empiristas son meros hechos. De algo que es (de un hecho), sólo es posible derivar que otra cosa es o que otra cosa puede ser (otro hecho), pero no que algo *debe ser*. Del *hecho del poder*, por ejemplo, puede resultar el *hecho de la obediencia*, pero no la norma de que se deba obedecer. Las normas no son meros hechos. Es un hecho, en verdad, que el derecho me dice por medio de sus normas positivas “paga impuestos en proporción a tus haberes”, pero no se trata de un simple desnudo hecho; porque es norma expresa no sólo el *hecho* de ser yo mandado, sino, además, que yo debo, que se trata de un mandato válido. Puro hecho es, en cambio, la orden que me da un asaltante de entregarle mi cartera; como la propia ley me dice “entrégame lo que tienes”, y como la ley, me compele bajo *sanción* o amenaza. Como hecho, tiene caracteres análogos a la norma del derecho, pero no es norma porque no exprese un deber ser, porque carece de validez: yo me veo forzado a cumplir el requerimiento de la violencia, sin que *deba cumplirlo*.

En realidad el *deber ser* sólo puede emanar de una norma o, como lo dice Kelsen, “la razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otro norma, nunca en un hecho”<sup>140</sup>. Ya se ve en qué sentido lógico-formal habrá de resolver Kelsen el problema del último fundamento de validez de las normas jurídicas: si el deber ser no puede ser extraído del ser, del hecho de que algo es de tal o cual manera -llamémosle poder, necesidad, conveniencia, o como se quiera-, la validez de las normas constituye un mundo cerrado: el fundamento de validez habrá que hallarlo dentro de las propias relaciones de validez. En otros términos, si sólo vale lo que se funda en una norma, el último fundamento posible del sistema unificado de normas en que, según hemos visto, consiste el derecho, habrá que buscarlo en una norma, pero, ¿en cuál norma? No, por lo pronto, en una norma positiva, históricamente existente, porque son las propias normas positivas las que necesitan de un fundamento que las haga valer como normas. Las normas positivas, aún las de la Constitución, son mudables: tiene que tratarse de una

---

<sup>140</sup> Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria, México, 1950; p.114.

norma constante, situada fuera de las vicisitudes del acontecer social y capaz, en su inmutabilidad, de servir de fundamento, prestar validez a toda norma positiva posible que se convierta en fuente empírica del sistema jurídico de un Estado.

Cuando un orden jurídico se modifica en sus bases por enmienda o reemplazo de la Constitución, no aparece realmente el problema del fundamento último de validez si los cambios han tenido lugar conforme a lo previsto por la propia Constitución. La enmienda, en efecto, puede haberse engendrado según el procedimiento legal establecido para ello. Ha operado aquí el principio de legitimidad conforme al cual se valida toda norma que se genere de acuerdo con las reglas previstas por otra norma del mismo orden. La idea, aludida en estas páginas muchas veces, de que el derecho proviene del derecho o que una norma es válida porque son válidas otras normas, encuentra aquí su propia confirmación, pero la norma básica que valida un determinado orden de derecho puede cambiar o desaparecer contra el principio de legitimidad, y ello ocurre cuando el orden jurídico es revolucionariamente sustituido por otro. La primitiva Constitución deja de ser efectiva; una nueva la reemplaza y ella es ahora la fuente de validez del orden jurídico. En este caso se ve patentemente la exigencia de que la norma básica, el fundamento supremo de validez, sea una norma constante, capaz de garantizar en el mundo formal del deber ser jurídico la existencia del orden del derecho no obstante los cambios ilegítimos de la ley constitucional.

Así, pues, la norma fundamental ha de ser no sólo extrapositiva, sino también inmutable, pero ha de ser, además, *a priori*, necesaria, universal y evidentemente válida. Su validez tiene que residir en su propio sentido, puesto que ha de consistir en el último fundamento de toda validez referente al orden jurídico de que se trata, es decir, que su validez, a diferencia de las de todas las otras normas jurídicas, la Constitución inclusive, será validez originaria y no derivada.

Una norma semejante -ideal (no positiva y no natural) inmutable, *a priori* y de validez originaria- sólo puede darse con el carácter teórico de un presupuesto gnoseológico (presupuesto del conocimiento), con el carácter de una hipótesis necesaria para el conocimiento de las relaciones subsecuentes de validez entre las normas positivas del orden jurídico. Se trataría, entonces, de una categoría formal del conocimiento jurídico: sólo porque ella se presupone, puede entenderse lo que empíricamente, como relación concreta entre normas concretas, significa validez jurídica.



Ahora bien, el contenido de esta norma -que podríamos llamar con Kelsen, norma fundamental, pero también como nosotros preferiríamos, norma categorial, dada su función- se referiría al deber de obediencia al primer constituyente del orden jurídico, a la autoridad social originariamente institutiva del derecho.

La fórmula de la norma categorial, su expresión, sería entonces: “valga como norma básica (constitución positiva) aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado que valga”<sup>141</sup>. O también “debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determina el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación”<sup>142</sup>.

Kelsen insiste constantemente en el carácter puramente formal de la norma básica. No se trata de una norma de derecho positivo porque no es creada por un acto jurídico. Su validez no deriva de otras normas; antes, por el contrario, ella es la condición de validez que debemos presuponer para que otras normas sean válidas. Se trataría, entonces, de una norma tácita: los sistemas de normas válidas son posibles gracias al supuesto formal de una norma de obediencia al órgano institutor de la norma constitucional.

Ella constituye así la condición de la posibilidad del pensamiento jurídico, y respuesta similar a la que dio Kant a una pregunta análoga que se hacía cuando intentaba descubrir los fundamentos de las ciencias físico-matemáticas: ¿Qué se necesita como condición previa -qué es menester que se de *a priori*- para que sean posibles los juicios matemáticos y físicos? Tal es la célebre pregunta kantiana. ¿Cómo -y esto quiere decir en qué condiciones- son posibles los juicios jurídicos relativos a normas de derecho, deberes jurídicos, derechos objetivos, etc.? Sólo a condición de que sea válida una norma que diga “obedece al primer constituyente” o “lo que el primer constituyente ordena tiene validez”. De esta manera sí que el derecho queda constituido como un sistema u orden de validez intrínsecamente fundado, como un sistema jerárquico de normas que, a partir de la norma categorial, se valida progresivamente.

¿Satisface plenamente todas las interrogantes que plantea el problema de la validez de las normas jurídicas esta doctrina de la norma categorial? No podríamos contestar a esta pregunta si no la examinamos en conexión con el problema de la eficacia o efectividad de la norma jurídica. Dediquémosle, pues, algunas consideraciones.

---

<sup>141</sup> Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Losada, Buenos Aires, 1941, Párrafo 28; p. 98. La fórmula ha sido ligeramente retocada por nosotros.

<sup>142</sup> *Ibid.*; p. 98.

## **7. La eficacia de las normas jurídicas. Eficacia principal y eficacia consecuencial. Eficacia normal**

Las normas jurídicas no sólo tienen validez; las caracteriza, también, como toda norma general, una cualidad llamada comúnmente efectividad o eficacia.

Mientras que la validez es el deber ser u obligatoriedad de la norma, la eficacia, en su grado de cumplimiento, es el grado de correspondencia entre la conducta requerida y la conducta realizada: una norma válida puede o no ser eficaz según que el comportamiento real de las gentes corresponda o no a la conducta por ella prescrita. Representa, de este modo, una conexión entre los dominios del ser y del deber ser; una norma es, en efecto, tanto más eficaz cuanto mayor sea la adecuación que exista entre el deber ser normativo y el ser real de la conducta por ella regulada.

En términos generales, la validez y la eficacia de las normas son propiedades independientes: una norma vale aun cuando no sea eficaz; su sentido normativo consiste en que los individuos, y precisamente aquellos que la infringen, deben observar lo que ella prescribe. Para determinar la validez -en buenas cuentas, la existencia de una norma (ya que sólo una norma es válida, es norma y sólo de ella puede decirse que exista)- no es menester que sepamos si es o no eficaz. Basta sólo con una cosa: que pertenezca a un orden jurídico existente, que se haya generado conforme a las prescripciones de ese orden relativas a la constitución de las normas, pero -cosa interesante- aunque la validez de una norma no depende de la eficacia de la propia norma, depende, en cambio, de la eficacia del orden jurídico total a que esta norma pertenece porque ninguna norma puede ser válida sino a condición de que pertenezca a un repertorio de normas generalmente eficaces, esto es, un repertorio que, en cuanto totalidad, tenga vigencia, sea respetado. De este modo, la eficacia viene a constituir indirectamente una condición de validez; pero sólo una condición, pues no es el hecho de que sea eficaz lo que hace válida una norma. Decir tal cosa no tendría sentido, pues sólo puede hablarse de eficacia cuando una norma se acata y las normas no son normas sino cuando son válidas, porque antes de que una norma valga u obligue, carece de sentido preguntarse por su eficacia. La eficacia que ahora señalamos como condición de la validez no es, pues, la de la norma individualmente considerada, ni siquiera la de un grupo de normas, sino la de la totalidad del orden jurídico.

Es obvio que la eficacia de una norma es una condición mucho más completa que la de su validez. La validez se determina sólo por su relación de pertenencia al orden jurídico vigente. La norma es válida si se ha generado según las reglas previstas por el orden jurídico y si sus prescripciones no repugnan lógicamente a las normas de mayor jerarquía pertenecientes a ese orden. En Chile sería inválida una ley tributaria originada en el Senado y una que penara la práctica de cierta religión, ambas por oponerse a sendos preceptos constitucionales, pero la eficacia no es una pura cualidad lógica de relación entre normas, sino de relación entre normas y hechos: los hechos de la observancia y el incumplimiento.

En este punto es admisible extender el paralelismo entre el pensamiento cognoscitivo y el pensamiento normativo a que antes hemos aludido<sup>143</sup>. Justamente porque uno y otro mientan objetos mediante conceptos, engendran un nuevo objeto: la relación entre el concepto mentante y el objeto mentado. Esta relación es la que, tratándose del conocimiento, se ha descrito tradicionalmente como *concordancia* o *relación de verdad* entre el pensamiento y la cosa pensada. Largo y no siempre fecundo es el debate respecto a la índole de esta relación y a la procedencia del concepto de concordancia con la que se la describe. A nosotros, es claro no nos incumbe aquí el problema. Sí nos importa, en cambio, señalar el paralelismo que en este punto existe entre la relación de *concordancia* de la proposición y su objeto, y la relación de eficacia entre la norma y el suyo. La proposición asertiva puede ser verdadera o falsa según que en algún sentido “concuere” o no con los hechos mentados. La proposición normativa que no pretende describir los hechos, no puede ser ni verdadera ni falsa, pero puede ser o no cumplida, es decir, eficaz o ineficaz, y esto, al igual que la proposición asertiva, por su relación con los hechos por ella conceptualmente mentados. Se trata, es claro, de un mero paralelismo entre relaciones de sentido por completo diferente. Por eso es que en este mismo punto desaparece para dar lugar, del lado de las normas, a una singularísima variante.

La relación de eficacia es, en efecto, doble: está, por una parte, la eficacia de la norma en cuanto su cumplimiento por el súbdito, y la eficacia en cuanto su cumplimiento por el órgano público que sanciona el incumplimiento en que aquél incurre. Aquélla es la eficacia que corresponde a la fase secundaria de la norma; ésta, la que corresponde a su fase primaria. Bien podemos llamar a aquella eficacia principal, porque depende precisamente de que se observe la conducta que la norma trata de inducir;

---

<sup>143</sup> Cfr. Cap. IV, 5.

la otra es, en realidad, eficacia consecuencial, toda vez que, correspondiendo a la fase primaria de la norma, se determina por una conducta -la del órgano sancionador- que la norma sólo requiere como consecuencia del incumplimiento principal.

Ambas formas de eficacia constituyen, es claro, la plenitud de eficacia de una norma, y pueden ser de hecho, interdependientes. En efecto, cuando la eficacia principal tiende a debilitarse, suele producirse un incremento de la eficacia consecuencial la cual puede producir, a su vez, el incremento de aquélla. El mecanismo coactivo del derecho está operando, entonces, con plena eficacia, pero estas relaciones de dependencia no son necesarias ni constantes. Puede ocurrir que la eficacia principal de una norma sea corrientemente acatada por el súbdito, pero el órgano público no sancione generalmente el incumplimiento. Tal ocurre, por ejemplo, entre nosotros, con algunas normas de la ley de elecciones: la mayoría de los ciudadanos se inscribe en los registros electorales y la mayoría de los inscritos suele sufragar, mas, comúnmente, la autoridad pública no sanciona ni a aquellos que no se inscriben ni a los que, inscritos, dejan de votar.

El concepto de eficacia es más, en realidad un concepto estadístico que oscila, pudiéramos decir, entre los grados de nula y total eficacia. El de eficacia nula es realmente, un concepto límite, de interés teórico, pero con escasa significación práctica. Prácticamente, las únicas normas absolutamente ineficaces son las que, por no responder ya a las necesidades de las relaciones sociales, han caído en desuso: ni las acata el súbdito ni el órgano público vela por su cumplimiento. Teóricamente, sin embargo, podemos concebir también en este límite las normas que prescriben lo imposible en algún sentido físico o moral. Una norma que, por ejemplo, exigiera a todos los ciudadanos tener ojos escarlatas, sería absolutamente ineficaz por la imposibilidad física de su cumplimiento. Absolutamente ineficaz sería también -pero esta vez por contrariar sentimientos morales profundos de nuestra cultura- la exigencia de eliminar en cada familia los niños de constitución enfermiza. Nótese, sin embargo, que, estrictamente hablando, sólo tendrían eficacia nula las normas prescriptivas de conducta físicamente imposible; porque las otras, las moralmente imposible, pudieran, con seguridad hallar algunos observantes. Los impedimentos morales son siempre, para más de algún individuo, barreras más o menos traspasables.

La eficacia total es también un concepto límite, de significación exclusivamente teórica. En verdad, ninguna norma jurídica es universalmente acatada. No se trata, es claro, de un carácter *a priori* del derecho. Podemos concebir, por cierto, situaciones de la vida jurídica en que una ley se cumpla por todo el mundo en la totalidad de los casos, pero lo que

no es *a priori* se convierte aquí en un *a posteriori* de tanta fuerza que es casi su equivalente; porque es lo cierto que, según la experiencia, toda norma ha sido siempre de una u otra manera transgredida y que la condición psíquico-social del hombre hace altamente plausible la hipótesis de que una norma cualquiera será, en muchos casos, desobedecida.

Debido a estas razones, cuando hablamos de la eficacia o ineficacia de las normas, no nos referimos ni a su *eficacia nula* ni a su *absoluta eficacia*. Nos referimos, realmente, a un tipo de eficacia normal, a la situación estadística de la norma que se acata o no se acata en una mayoría, hasta cierto punto, indeterminada de casos, teniendo presente una regla que pudiera formularse así: la eficacia de una norma jurídica es tanto mayor cuanto mayor es el número de individuos que la cumplen en un mayor o menor número de casos. Se ve así, claramente, que la eficacia se encuentra determinada por la conducta de los individuos. Por eso, el problema relativo a las condiciones de que depende la eficacia es un problema de ciencia empírica, incumbe principalmente a la psicología y a la sociología jurídica. Es en ellas donde el filósofo del derecho habrá de buscar el fundamento científico del análisis axiológico que le compete como orientador de la política jurídica. El puro examen lógico del pensamiento normativo o la discusión de la idea de justicia no pueden serle, para ese efecto, suficiente.

La eficacia de las normas, esto es, el hecho de que las prescripciones jurídicas se cumplan en un mayor número de casos, es función de situaciones factuales, susceptibles de investigarse como leyes empíricas. Empíricamente, en efecto, puede mostrarse que en las normas eficaces hay una relación inversamente proporcional entre el sacrificio del cumplimiento y el daño de la sanción, en forma tal que allí en donde cuesta más cumplir lo prescripto que afrontar la consecuencia del entuerto, la norma tiende a hacerse ineficaz. Empíricamente, también, es posible constatar que la eficacia tiende a ser función directa de lo que los ingleses llaman el *enforcement*, esto es, el celo del órgano público para hacerlas cumplir, razón por la cual la desidia estatal en el uso de los arbitrios coactivos conduce a la ineficacia de las leyes. Es, en fin, objeto de comprobación empírica la proporcionalidad existente entre grado de eficacia y grado de coincidencia entre el contenido de las normas jurídicas y el contenido de otras normas (éticas y prácticas, por ejemplo), lo cual nos lleva a prever que una ley tiende a cumplirse mejor cuanto mejor traduzca exigencias más o menos enérgicas de las relaciones sociales que regule.

Todo esto es materia de una investigación factual rigurosa, que quizás esté todavía por hacerse, pero el filósofo tiene que atenerse estrictamente a ella. En el campo del derecho, como en todos los campos, la labor analítica, interpretativa y orientadora de la filosofía tiene que partir del saber de los hechos si se quiere que sea auténtico saber.

## **8. Validez y eficacia en el derecho consuetudinario**

El concepto de eficacia trae de inmediato a colación el problema del derecho consuetudinario. No es éste el lugar adecuado para debatirlo, pero no podemos tampoco obviarlo del todo pues, de hecho, las reflexiones anteriores nos han llevado a su dominio. En efecto, se aplica comúnmente el nombre de consuetudinario a un derecho en que los conceptos de validez y de eficacia parecen no operar ya con la precisión ni tener entre sí las mismas relaciones que acabamos de analizar. La idea de este derecho no es tan clara como a veces se cree, y no sin razón hay en torno a ella numerosos desacuerdos, pero aquí nos basta con señalar aquello en que, con mayor o menor discrepancia en el lenguaje, todos parecen coincidir. Unánimemente se reconoce que junto al derecho legislado, existe o puede existir un derecho no formulado -espontáneo, por tanto-, consistente en un repertorio de convicciones normativas que regulan por modo general y consistente las relaciones jurídicas. Su esencia no radica, pues, en su objeto -que es el mismo del derecho legislado- ni en las relaciones jurídicas, ni en su estructura, sino en su forma de existencia. No tiene existencia reflexiva y carece de fijación sistemática. Existe como conciencia jurídica difusa que, no obstante, va expresándose progresivamente en cada situación concreta mediante costumbres y usos sociales.

Se trata, según se ve, de un concepto comprendido regulativamente, en función de la idea de derecho legislado. Sólo porque tenemos una noción más o menos clara de éste nos es posible, por eliminación de las cualidades formales que lo caracterizan, tener una noción más o menos clara de aquél. La referencia, por contraste al derecho legislado, es parte de la idea misma de derecho consuetudinario y, por consiguiente, de la determinación de sus propiedades. No es difícil descubrir, sin embargo, que esa referencia no es del todo clara, y que se resiente de equivocidad. Y la equivocidad se pone al punto en descubierto en cuanto uno se pregunta en qué sentido es *también* derecho el derecho consuetudinario. Como su diferencia con el derecho legislado consiste, por lo visto, en la espontaneidad y carácter difluente de aquél, en contraste con la reflexibilidad y fijeza de éste, conservan ambos, como ingrediente común, su objeto: las relaciones jurídicas y el pensamiento normativo de ese objeto, los preceptos o normas. Uno y otro son, pues,

*derecho*, en cuanto, reflexiva y sistemáticamente en un caso espontáneo y difusamente en otro, mientras la conducta social mediante normas jurídicas. Ahora bien, la norma jurídica -ya lo sabemos- expone el deber ser jurídico, es decir, imputa la conducta consecucional del órgano público a una conducta antecedente del súbdito. Sin la expresión de este deber ser, sin esta imputación, no hay realmente norma jurídica y no hay, por ende, derecho. El derecho consuetudinario será, pues, derecho, en la medida en que pueda constituir de esa manera el deber ser jurídico y, en efecto, así lo constituye, mas, faltándole normas reflexivamente formuladas, la imputación consecucional sólo puede constituirse mediante la conducta efectiva actual del órgano público, frente al efectivo actual incumplimiento de la norma difusamente presentida por la conciencia social. En otras palabras, la norma del derecho consuetudinario sólo se constituye con las decisiones judiciales. Puede la decisión judicial no hacer otra cosa que aceptar una convicción jurídica ínsita en la conciencia pública, pero en tanto que esa aceptación no se ha hecho expresa o formulado en el *usus fori*, no hay norma jurídica, no hay derecho. El derecho consuetudinario es, realmente, como muchas veces se reconoce, derecho judicial, y ello hace plenamente inteligible la conocida fórmula de Llewellyn: "Derecho es lo que los jueces resuelven respecto a los litigios", pero entonces el derecho consuetudinario se convierte en una *especie de derecho* formulado: el derecho de *stare decisis*, del caso precedente. Por eso, con muchísima y elaborada razón ha podido insistir Recaséns Siches en la unidad formal del derecho positivo: "Si la costumbre es aplicada por un órgano estatal -escribe- es ya por esto una manifestación de la voluntad del Estado (...). Podrá existir de hecho una costumbre, pero si los órganos del Estado no la aplican, no constituiría Derecho positivo"<sup>144</sup>. El derecho consuetudinario, porque es derecho, es también una declaración normativa del poder público.

Se comprende así, que las relaciones de validez y eficacia se presentan aquí con especiales características. Por su parte, la distinción entre ambos conceptos tiende a hacerse un tanto incierta. La norma de costumbre sólo puede existir en cuanto acostumbrada; al invocarla como obligatoria no puede, pues, fundar su validez sino en su eficacia. Podría entonces decirse que es válida en cuanto es generalmente observada, es decir, en cuanto eficaz, mas, si como hemos visto, el derecho consuetudinario no es derecho en plenitud sino en cuanto el órgano público lo reconoce, aplicándolo, el criterio de exigibilidad en que a la postre consiste toda validez tiende a separarse de la eficacia porque, en efecto, ese criterio reside en la formulación judicial del derecho. Se hace

---

<sup>144</sup> Luis Recaséns Siches. "Estudio de Filosofía del Derecho" en *Filosofía del Derecho* de Giorgio Del Vecchio, Uteha, México, D.F., 1946, Tomo I; p. 278.

exigible no en cuanto apoyado en la convicción comunitaria sino en cuanto proclamado por la autoridad pública. En otros términos, el fallo judicial o la resolución administrativa *contra usus* viene a separar la validez de la eficacia consuetudinaria al declarar, por ejemplo, no exigible un uso generalmente observado, o exigible una conducta aún no establecida por el uso.

## **9. La plenitud formal del ordenamiento jurídico**

La noción del orden normativo, esto es, la idea de un sistema integral de normas enlazadas por relaciones de validación, de implicación, de coordinación y de finalidad, hace del derecho un continuo normativo en que, sin interrupción, se pasa de la norma categorial a las normas individuales de los negocios jurídicos y de las resoluciones administrativas y judiciales pero, evidentemente, no se trata de un continuo cerrado pues sí es cierto que la norma categorial o fundamental de Kelsen tiene un límite superior fijo, aunque no es menos cierto que carece de un límite inferior. Por este lado, en efecto, el derecho se está creando de continuo, dado que el orden de las normas generales (Constitución y leyes especiales de diverso grado de generalidad), los órganos administrativos y judiciales y los súbditos del derecho, están generando a cada momento nuevas normas al dictar resoluciones, convenir contratos o pronunciar sentencias. Sistemáticamente unitario, el orden jurídico es también un orden dinámico y abierto, pero como las normas que se van creando son tales normas en la medida en que son válidas, es decir, en la medida en que se enlazan a las más generales según relaciones previstas de validación e implicación, siempre se mantiene la continuidad que es característica del orden jurídico.

Podemos hablar, entonces, de la plenitud formal del derecho para significar que el derecho es un todo pleno o continuo porque sus normas se hallan coordinadas, porque no hay saltos e interrupciones de enlace entre ellas. El derecho no es simplemente repertorio o colección de normas sino un sistema de normas, un todo estructurado.

## **10. La plenitud material del ordenamiento jurídico**

Admitida esta continuidad lógico-formal del orden normativo es posible preguntarse, no obstante, si corresponde a la plenitud de la conducta humana regulada por el derecho. En otras palabras: ¿coincide la pluralidad de las normas con la variedad de las situaciones de la vida humana?, ¿se halla prevista en el derecho toda la posible situación concreta, en forma tal que siempre se pueda formular una decisión en conformidad a las normas



existentes? No se trata ahora, según se ve, de la continuidad de las *relaciones* de las normas entre sí, sino de la continuidad en el contenido o materia de ellas. Es el clásico problema llamado comúnmente 'de las lagunas o de la plenitud del derecho', nombre en el cual hay siempre cierta imprecisión ya que a lo que en estricto sentido alude es a las lagunas o plenitud materiales del derecho.

Conviene, en primer lugar, que eliminemos dos equívocos posibles que pudieran desnaturalizar el problema, cosa que, en efecto, sucede en la investigación de algunos autores.

a) Ha de tomarse en cuenta, primeramente, que el problema de las lagunas no se refiere a la exacta correspondencia entre la pluralidad de las normas y la pluralidad de los hechos o situaciones vivientes. Semejante correspondencia es no sólo imposible, sino innecesaria. En efecto, el orden normativo puede constituirse gracias a que, haciendo abstracción de lo que es irrelevante en los casos concretos, descubre en la variedad de tales casos aquellas analogías formales que los hace jurídicamente idénticos.

Todo sistema jurídico tiende, por consiguiente, a la conceptualización y generalización tipificadoras que se expresan en categorías y principios abstractos (compraventa, matrimonio, vecindad, delito, fideicomiso, indemnización, etc.).

b) Ha de tomarse en cuenta, en segundo lugar, que el problema de las lagunas tampoco se refiere a la plenitud axiológica del orden normativo, esto es, a la cuestión de si todas sus consecuencias son buenas, justas o adecuadas. Evidentemente, puede haber normas injustas en todo ordenamiento jurídico, sea porque la indeterminación genérica de la norma violenta el caso singular, sea porque el legislador no previó las consecuencias desfavorables de sus resoluciones, pero la cuestión de la plenitud material del derecho no es realmente esa de carácter axiológico o valorativo, sino la otra de carácter gnoseológico, relativo a la posibilidad de encontrar siempre en un ordenamiento jurídico el principio normativo general que permita resolver sobre la licitud o ilicitud de una determinada relación entre personas, independientes de la bondad o justicia de la solución.

La cuestión ha dividido marcadamente a los juristas y filósofos del derecho, dando lugar a una variedad de doctrinas que no necesitamos exponer en todo los detalles. Nos limitaremos a unas cuantas indicaciones generales<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Abundante información histórica y extenso análisis del problema se hallará en la excelente obra de Carlos Cossio *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1947.

## 11. Afirmación de las lagunas del derecho

¿Hay lagunas en el derecho? La respuesta a que por su natural inclinación a tomar las cosas del modo más simple tiende el sentido común, es de índole afirmativa. “El realismo ingenuo -escribe Cossio- afirma la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico e invoca como explicitación suficiente, las limitaciones naturales de la inteligencia humana y la riqueza creadora de la vida, de manera tal que por grandes que sean la sabiduría y la previsión del legislador, siempre aparecerán en la vida casos imprevistos que hagan patente la insuficiencia de la ley, porque la vida es, en realidad, fuente inagotable de situaciones nuevas”<sup>146</sup>.

La obvia conclusión de este punto de vista, si se le desarrollara consecuentemente, sería la de proclamar la imposibilidad en que estarían los jueces para pronunciarse sobre las determinadas materias sometidas a su jurisdicción y, no obstante, el propio derecho positivo se opone generalmente a esa consecuencia, como ocurre en la legislación procesal chilena que dispone que los Tribunales de Justicia “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”<sup>147</sup>. Si el juez tiene el deber de decidir siempre ya no hay lagunas, porque esa exigencia convierte en norma, para la resolución de los casos contemplados por el correspondiente orden jurídico, el criterio del tribunal. Tal es, justamente, lo establecido de manera expresa, por ejemplo, por el *Código Civil* suizo que ordena al juez que a falta de norma escrita o consuetudinaria pronuncie sentencia de acuerdo con las reglas que él mismo formularía si obrara como legislador, pero los partidarios de la tesis no ven en estas disposiciones, como sería lógico, la demostración de la plenitud en el derecho, sino precisamente lo contrario. Se trata –explican- de artificios destinados a llenar las lagunas, porque frente a casos determinados el derecho positivo no procura las reglas que los resuelva, sino que se acude a este expediente práctico de obligar a que el juez la formule. Más aún, consideran que algunos de los propios recursos lógicos de interpretación de la ley, tales como la analogía, son también procedimientos prácticos destinados a llenar las lagunas<sup>148</sup>, todo lo cual es, sin embargo, un contrasentido, pues la verdadera cuestión consiste en saber si el ordenamiento jurídico contiene o no normas que permiten resolver los casos

---

<sup>146</sup> Ibid.; p. 19.

<sup>147</sup> Artículo 10, inciso segundo del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>148</sup> Cfr., por ejemplo, Claude du Pasquier: *Introduction a la théorie générale et á la philosophie du Droit.*, Paris, 1948.

concretos que se presentan. Ahora bien, si hay normas como la de la legislación chilena o del *Código Civil* suizo, o si operando lógicamente con las normas existentes se puede inferir una regla que resuelva el caso, es obvio que estamos en presencia de un ordenamiento jurídico pleno. Decir que se trata de “lagunas llenas” es una manera equívoca de decir simplemente que no hay lagunas.

## 12. Negación de las lagunas del derecho

Pero la deficiencia de la doctrina que comentamos es mucho más fundamental que todo esto: su verdadera falla radica en el desconocimiento de la naturaleza lógica del derecho. El derecho es, en efecto, un ordenamiento normativo de índole tal que su plenitud no resulta *a posteriori* porque es expresamente declarada por reglas como las del *Código* suizo, sino que resulta *a priori*, de su misma esencia. Es decir que necesariamente, aunque no lo disponga expresamente la costumbre o la ley, todo ordenamiento jurídico es pleno y carece de lagunas. ¿Por qué? Porque por principio no hay relaciones humanas fuera del derecho. El orden jurídico supone una regulación de tales conductas; que todo él descansa en esta norma básica: “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido” es la norma de licitud de la libertad, llamado también orden de *clausura*<sup>149</sup>. No nos corresponde examinar aquí en todos sus aspectos el sentido de este principio cuya inteligencia es decisiva para la comprensión de la naturaleza del derecho. En esta ocasión importa únicamente insistir en que se trata de un principio de la esencia del derecho: un ordenamiento de la conducta humana que no presupusiera esta norma no sería ya eso que conocemos como derecho. Más aún, supongamos el caso límite, puramente teórico (ya que prácticamente no podría darse) de un régimen que se apoyara en este principio diferente: “se prohíbe todo lo que no esté jurídicamente permitido”. Semejante norma sería un caso particular del principio de licitud de la libertad y lo estaría reiterando, pues si todo lo no permitido (lo no autorizado expresamente) está prohibido, sigue siendo verdad que está permitido lo que no se encuentra prohibido.

---

<sup>149</sup> Puede formularse, también, como lo hace Kelsen cuando escribe: “El orden jurídico no sólo contiene la proposición de que se está obligado a una conducta determinada (en cuanto la negación de esa conducta es estatuida como condición de la específica consecuencia jurídica), sino también la proposición: ‘se es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado’”. *Teoría pura del Derecho*. Losada, Buenos Aires, 1946; p. 139.

Y, es claro, si esta norma vale para todo derecho, no puede haber casos fuera del ordenamiento jurídico: lo no prohibido queda así regulado como lícito. Y así, por ejemplo, si el legislador establece que tales y cuáles individuos son incapaces de celebrar ciertos actos, no hay que “llenar” ninguna supuesta laguna para concluir que a todos los demás les es lícito celebrarlo. Lo que la norma concreta aparentemente calla, está regulado por el derecho como sistema, que es el que da sentido a la norma, y al derecho como sistema pertenece necesariamente la norma *a priori* sobre la licitud de lo no prohibido.

Y no sólo eso. También pertenece al derecho como sistema el principio de que el órgano público debe dirimir siempre los conflictos. Se trata de una condición necesaria de la posibilidad del orden jurídico y por ende de la existencia misma de las normas; ahí donde se reconociera que el juez podría no juzgar, se suspendería de inmediato la vigencia del derecho como ordenación total de la vida jurídica. Que el juez deba juzgar es, por eso, una verdad *a priori* propia no sólo de su condición de juez sino, además, de la naturaleza misma del derecho. No es en forma alguna concebible la proposición contraria. Supongamos, por ejemplo, una norma empírica que estableciera “el juez sólo juzgará en tales casos”. De existir semejante norma, quedaría destruida la unidad del ordenamiento jurídico, habría un orden jurídico parcial, es decir, un pseudo orden jurídico, pero nótese que aún en este caso la exigencia de juzgar abarca la totalidad de las situaciones constitutivas de ese orden parcial. En realidad, dado un orden jurídico cualquiera, el juez debe juzgar siempre.

Es ésta otra manera de ver la plenitud del derecho, porque el juez debe juzgar y este deber juzgar es constitutivo del sistema de normas, no hay lagunas jurídicas o, como lo ha dicho Carlos Cossio, “no hay lagunas en el derecho porque hay jueces”.

En el reconocimiento del punto fundamental de esta tesis, a saber, la plenitud del ordenamiento jurídico, están concordes algunos representantes de direcciones iusfilosóficas tan contrapuestas como el positivismo y la teoría pura del derecho, pero difieren en la interpretación de la naturaleza del principio de licitud de la libertad. Para un positivista como Benvenuto Donati, la norma “todo lo que no está prohibido se haya jurídicamente permitido” no es *a priori* sino *a posteriori*, es decir, se funda en el conocimiento empírico de las normas positivas del derecho. Su naturaleza no es -según él-, por tanto, la de un postulado necesario dado en la propia esencia del derecho, sino la de una verdad inductiva. Conforme a su punto de vista, se trata de una consecuencia de la existencia de las normas positivas del derecho. Estas otras normas, en efecto, suponen una voluntad ordenadora exclusiva para

ciertos casos y, por tanto, excluyente de todos los demás. Si el legislador, por ejemplo, ha dispuesto que para todos los casos de tipo *a* rija la limitación *b*, ha formulado una norma inclusiva para estos casos, pero ha formulado también una norma general *exclusiva* en todos los demás. Esta última es una norma tácita, pero también positiva, también actualmente, deliberadamente querida por el legislador; y de haberse expresado, habría adoptado la forma “para todos los demás casos, los casos de tipo no *a*, no regirá la limitación”. El principio de licitud sería, entonces, como las otras normas, una norma empírica puesta junto a ellas por la voluntad del legislador.

Carlos Cossio<sup>150</sup>, ha señalado con razón el contrasentido lógico de esta tesis. “Las normas positivas -escribe a este propósito- son contingentes; son de hecho como son, es decir, como están en los códigos y leyes, pero todas pudieran haber tenido otro contenido y cualesquiera de ellas pudieron no haber existido en un ordenamiento jurídico dado. Ellas, sobre su existencia, sólo permiten al jurista un juicio asertórico, una verdad de hecho. Sin embargo, el postulado de “todo lo no prohibido está jurídicamente permitido”, es una norma necesaria: su contenido es así y no puede ser de otra manera hasta el punto que sin semejante norma el ordenamiento jurídico resulta algo impensable. Estamos acá, pues, frente a un juicio apodíctico, frente a una verdad jurídica de razón con evidencia igual que la de las verdades matemáticas, pero entonces no se comprende cómo Donati pretende inferir de las normas positivas, que son contingentes, una norma necesaria como es la que sirve para firmar la plenitud hermética del ordenamiento jurídico” lo cual puede completarse todavía con lo siguiente. Donati tiene razón cuando señala que a cada norma particular inclusiva de casos concretos corresponde una norma tácita exclusiva de todos los otros casos. A cada norma *N* válida para los casos especiales de tipo *A*, corresponde una contra-norma *M* válida para todos los otros casos, pero cada vez se trata de una contra-norma particular, concreta, muy diferente al principio universal que es la norma “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”. El método inductivo de Donati a lo sumo permite formular una contra norma de clausura válida para un determinado sistema de derecho, pero en ningún caso la norma *a priori* de clausura válida para cualquier ordenamiento jurídico posible.

Por eso la teoría pura del derecho sostiene la concepción apriorística del principio de libertad frente al positivismo que lo considera norma positiva, empíricamente determinable por inducción, afirma su carácter ideal, universal y necesario. Como toda verdad *a priori*, lejos de fundarse en la

---

<sup>150</sup> Carlos Cossio. *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 1947; p. 25.

experiencia y de depender de su variedad y sus alteraciones, es la condición misma de toda experiencia jurídica posible.

### 13. Distinción entre lagunas del derecho y lagunas de la ley

También se ha pensado que el problema de la plenitud jurídica pudiera admitir una solución ecléctica. De acuerdo con ella, sería igualmente inadecuado afirmar y negar *in toto* la existencia de vacíos en el derecho, porque mientras que el derecho es, en efecto, un todo completo, omnicompreensivo, en donde la norma de clausura hace lógicamente imposible las lagunas, la ley no puede, en cambio, contener solución para todos los casos posibles, ya porque no los ha previsto, ya porque sus disposiciones son contradictorias. Habría, pues, que distinguir entre derecho y ley, y concluir que si “el Derecho carece de lagunas, la ley, las tiene necesariamente”<sup>151</sup>. La ley no es todo el derecho, se argumenta. Es o una especie o una parte de él, porque también es derecho la costumbre, y son derecho los principios generales de la equidad o del derecho natural a que remite frecuentemente el legislador cuando impone al juez el deber de fallar a pesar de falta de norma directamente aplicable<sup>152</sup>.

Carlos Cossio ha objetado sagazmente este eclecticismo. Si se afirma que el derecho es más que la ley ¿en qué relación están derecho y ley? No puede, por lo pronto, declararse que se trata de cosas excluyentes: la ley es derecho. Cabría decir, pues, o que la ley es una especie del género derecho, o que la ley es una parte de todo derecho, pero en el primer caso no es posible afirmar que habiendo plenitud en el derecho (el género) no la haya en la ley (la especie), pues todo lo que puede predicarse del género es predicable igualmente de sus especies. En el segundo caso ocurre algo semejante: como parte del derecho, la ley no puede considerarse aisladamente; es ley en cuanto se encuentra fundada en la totalidad a que pertenece y, pues, si la totalidad del derecho no ofrece vacíos, mal puede ofrecerlos la ley que está fundada como parte estructural en el derecho y que no puede separársela de él sin que deje de ser ley, como “tampoco respecto a un animal vivo se pueden considerar por aparte sus pulmones, prescindiendo del organismo total, porque el pulmón muerto es una realidad diferente del pulmón vivo”<sup>153</sup>. No es, entonces, raro, dada la imperfecta separación de las ideas de ley y derecho, comprobar patente imprecisión en

---

<sup>151</sup> Cfr. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*. México D.F., 2 vols., 1940-1941.

<sup>152</sup> Paul Roubier. *Théorie générale du droit*. Paris, 1951; p. 12.

<sup>153</sup> Carlos Cossio. *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 1947; p. 45.

el sentido, cuando no hay contradicción en alguna de las exposiciones del eclecticismo. Un buen ejemplo nos lo proporciona Del Vecchio: “Es más conforme a la verdad -escribe- el admitir francamente que en todo sistema jurídico existen lagunas (es típico, por ejemplo, el caso de la extinción de la familia real, no previsto en la legislación italiana) pero que, en cambio, el mismo sistema positivo ofrece el medio para llenar tales lagunas, merced al recurso del Derecho natural, o -como lo ha expresado nuestro legislador- a los principios generales del Derecho”<sup>154</sup>. La trizadura lógica de semejante conclusión salta a la vista. En efecto, ¿en qué consisten, entonces -tiene que preguntarse uno-, esas lagunas que el propio sistema se encarga de llenar? Es obvio que vacíos llenos no son vacíos. El autor se ha complacido aquí en una pura o innecesaria distinción terminológica.

Sorprende también hallar idéntica contradicción en tan versado pensador del derecho como Recasens Siches. Primero parece resolverse por una implícita aceptación del contraste entre derecho y ley al separar las ideas “sistema jurídico vigente” y “derecho positivo”. Las lagunas no existirían en aquél y sí en éste: “Mas, si bien en un sistema jurídico vigente ha de considerarse como herméticamente pleno, esto es, como exento de lagunas, en cambio, es evidente que de hecho, éstas existen en la formulación del Derecho positivo; es decir, el conjunto de leyes y costumbres tienen vacíos”<sup>155</sup>. La típica fórmula del eclecticismo está aquí inequívocamente expuesta. Por eso, resulta extraño constatar que, en definitiva, Recasens Siches va a rechazar la distinción entre derecho positivo (ley y costumbres) y otro tipo de derecho y que, con penetrante argumento, va a concluir proclamando la unidad del derecho. Y, en efecto, unas cuantas páginas adelante del párrafo anterior, termina su análisis de la plenitud jurídica diciendo: “Así, pues, no hay dualidad de sistemas -positivo e ideal- en pugna, ni siquiera tampoco superpuestos o agregados, sino un sistema único, el positivo; porque los principios ideales aplicados por el juez, constituyen auténtico Derecho positivo, ya que la nota esencial determinante de éste, es la imposición inexorable o protección coercitiva, la cual obtiene su consagración en la sentencia o resolución dotada de ejecutividad”. El derecho es, pues, uno solo, el positivo: no hay entonces fundamento para una distinción entre lagunas de la ley y lagunas del sistema jurídico.

---

<sup>154</sup> Giorgio Del Vecchio. *Filosofía del Derecho*. Uteha, México, D.F., 1946, T. I; p. 129.

<sup>155</sup> Recaséns Siches, Luis. “Estudios de Filosofía del Derecho” en *Filosofía del derecho*, Uteha, México, D.F., 1946. Tomo II; pp. 297, 303.

## Capítulo VIII

### EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO

#### 1. El acto antijurídico

En capítulos anteriores hemos examinado el concepto del deber ser jurídico mostrando su carácter *sui generis* que fuerza a distinguirlo de todo otro deber ser. Una norma, en general, es una proposición que expresa un deber ser relativo a la conducta humana y, como tal, se diferencia de un juicio meramente enunciativo. Las normas no describen sino que prescriben, pero tratándose del derecho, el deber ser tiene el peculiarísimo carácter de no implicar ningún elemento axiológico: se trata de una determinación puramente formal. Que una conducta “debe ser”, jurídicamente hablando, consiste en que su contraria conlleva una consecuencia determinada, una sanción preestablecida. Así se explica que, teóricamente, al menos, (y a veces prácticamente también) puedan coexistir el deber ser jurídico y un no deber ser moral, como ocurre con toda norma que desde el punto de vista ético pueda ser considerada como injusta.

Ahora bien, es esta misma categoría lógico-formal del deber ser jurídico la que determina el significado de otros dos importantes conceptos: el de “acto antijurídico” y el de “obligatoriedad” o “deber jurídico”.

En toda norma hay, según sabemos, una fase llamada norma secundaria que prescribe una determinada conducta la cual, por ser aquella que el derecho tiende a suscitar, puede correctamente llamarse “conducta jurídica”. Acto o conducta antijurídica -o más técnicamente, lo antijurídico-sería, entonces, la conducta puesta como condición de una sanción, esto es, la conducta contraria a la conducta prescrita. Pasa a ser antijurídica una conducta cuando en la proposición jurídica aparece como la condición de la sanción.

Este concepto es también de un carácter estrictamente formal; lo antijurídico se define por una mera determinación lógica de la expresión jurídica y no representa un valor o cualidad intrínseca y trascendental del comportamiento humano. Por eso, también, en ocasiones, lo que se haya inequívocamente determinado como antijurídico por la proposición jurídica es de incierta condición axiológica, y a veces puede tener valor de signo contrario al derecho. Kelsen tiene razón cuando escribe que “Es incorrecta la afirmación corriente de acuerdo con la cual una cierta clase de conducta humana trae consigo una sanción jurídica porque tal conducta es antijurídica;



al revés: la conducta es antijurídica porque tiene como consecuencia una sanción (...). No hay un acto antijurídico en sí mismo”.

En este punto, la teoría de la norma toca una importantísima cuestión ligada al problema del derecho natural: la cuestión del carácter intrínseco o natural de los actos humanos.

La tradición del derecho natural distingue entre dos especies de actos; *mala in se* y *mala prohibita*. *Mala in se* es la conducta que, independientemente de toda determinación legislativa, es mala por su propia índole; *mala prohibita* es la que resulta formal, convencionalmente mala, porque es prohibida. Esta distinción no debiera, en realidad, promover conflicto alguno porque pertenece a un orden de ideas y categoría ajena a la experiencia jurídica; y si, en realidad, promueve conflictos doctrinarios, es por la persistencia de una confusión que no ha podido ser aún superada por el iusnaturalismo: la confusión entre lo axiológico y lo jurídico, entre los fines éticos y los medios jurídicos. Jurídicamente hablando no hay *mala in se*; ningún acto es por su sola naturaleza antijurídico. Lo que lo hace jurídicamente malo es ser objeto de una imputación de sanción en la norma jurídica. En derecho sólo hay *mala prohibita*. Sólo así puede explicarse que un mismo acto tenga distinto valor jurídico para diferentes ordenamientos de derecho: si el concepto de *mala in se* fuera una categoría jurídica, todo acto quedaría uniformemente determinado por todos los ordenamientos jurídicos reales o posibles y tal no es, sin embargo, el caso. Ahora lo que constituye un problema distinto y, por cierto, ajeno a la filosofía del derecho, es resolver si hay *mala in se* fuera del derecho, esto es, si hay determinaciones axiológicas absolutas. Cualquier resolución que tenga este problema que incumbe, sobre todo, a la moral, no altera, sin embargo, la conclusión respecto al derecho. La conducta *mala prohibita* puede ser también *mala in se*, más aún, generalmente toda conducta considerada *mala in se* será también prohibida por el legislador, convirtiéndose así en *mala prohibita*, pero nótese que para que esto ocurra, la conducta tiene que ser primero prohibida por el legislador; mientras así no ocurra, ninguna conducta es antijurídica.

## **2. La conducta antijurídica y la idea del derecho**

Si lo antijurídico -razona Kelsen- se determina por su posición en la proposición jurídica y consiste en el hecho condicionante del acto coactivo, entonces “lo antijurídico se convierte (...) en condición específica del Derecho”, por lo tanto, el acto antijurídico no es realmente violatorio del derecho; no constituye, como lo sostiene la concepción tradicional, una negación o interrupción del derecho, pues la norma jurídica, en su fase

fundamental, según Kelsen, la fase primaria, pone el acto antijurídico precisamente como supuesto del “deber ser” en sentido estricto, el “deber ser” de la sanción. Justamente cuando el acto antijurídico se produce, opera la norma, ya que surge el deber ser de la consecuencia imputada por ella.

No sólo por su extraña apariencia, sino también porque a todas luces esta concepción nos deja un tanto incapacitados para describir adecuadamente la experiencia del derecho, debemos examinarla con cuidado. Veamos una situación concreta e intentemos dar cuenta de ella sirviéndonos del esquema de Kelsen.

Dos individuos celebran un contrato de compraventa; como uno de ellos es absolutamente incapaz, el contrato es nulo de nulidad absoluta. Si nos atenemos a la concepción kelseniana, habría que describir las cosas de la siguiente manera: hay una norma que bajo la forma de proposición hipotética establece como condición de la nulidad absoluta, los actos de los absolutamente incapaces. Los actos en que intervengan tales incapaces serán, por consiguiente, actos antijurídicos, toda vez que puestos en la articulación condicionante de la norma constituyen condición de una consecuencia (la nulidad). La relación entre tal condición y consecuencia es un “deber ser”: la nulidad “debe ser” reconocida y “deben ser” observadas todas sus implicaciones por el juez (entre otras declararla aún sin petición de parte), pero como este “deber ser” es el “deber ser” de la consecuencia, si la condición se realiza, esto es, si existe un acto antijurídico, es precisamente la existencia de este acto lo que viene a hacer aplicable la norma jurídica. Por lo tanto, la celebración de un contrato por un incapaz no sería un acto violatorio del derecho: el derecho no es, diría Kelsen, infringido o interrumpido por esa conducta; al contrario, gracias a ella se hace aplicable la norma que vale precisamente para ese caso genéricamente previsto por su prescripción.

Evidentemente el principio de Kelsen describe con exactitud una parte de la situación considerada: el acto del incapaz, como condición de la sanción, no viola la norma en cuanto ésta es imputación de una consecuencia a un antecedente. Al contrario, la norma vale para ese caso precisamente, y con ocasión de él podrá hacerse efectiva su validez, pero es evidente, también, que un aspecto importantísimo de la situación no ha sido descrito: el que se refiere a la exigencia de que todo contratante tenga plena capacidad. Y esta exigencia que va envuelta en la proposición hipotética enlazante de una conducta y una sanción ha sido realmente infringida por la celebración de un contrato por un incapaz, es decir, en la descripción anterior sólo se ha considerado la fase primaria de la norma y no la secundaria. En efecto, ambas son aspectos integrantes de la norma, que se traduce en dos

momentos del “debe ser”: “debe ser” que los contratantes tengan plena capacidad y, “debe ser” garantía del anterior, que en caso contrario, sus actos sean nulos, y se ve claramente que si el acto del incapaz no infringe la norma primaria y, al contrario, constituye la oportunidad de su aplicación, sí infringe, en cambio, la norma secundaria, que exige plena capacidad de los contratantes.

Y no se diga que, como afirma Kelsen, la norma secundaria es superflua e innecesaria para la comprensión de la norma cabal; este punto de vista nos parece insostenible porque si es verdad que -como se ha mostrado- la norma primaria basta para la constitución del deber ser jurídico (lo que no ocurre con la norma secundaria cuando no hay norma primaria que se refiera a ella), no es menos cierto que ello es posible sólo porque la norma primaria implica, presupone, una norma secundaria. Evidentemente, en la norma que ordena “castíguese al ladrón” (norma primaria), está dado el “deber ser” jurídico en su plenitud; pero esto no significa que la norma secundaria sea superflua o inexistente, pues ella está dada en el sentido de la primaria, involucrada por ella, ya que “castíguese al ladrón” implica la norma “prohíbese robar” (norma secundaria). Igual cosa ocurre en el ejemplo que estábamos considerando. Dada la norma primaria “los actos de los absolutamente incapaces serán nulos de nulidad absoluta”, queda dada con ella una norma secundaria correspondiente, a saber: “para obligar válidamente a otro y obligarse uno a sí mismo, se requiere plena capacidad”. Todo lo cual equivale a decir que el “deber ser” de la imputación coactiva (norma primaria) supone el “deber ser” de la norma secundaria, esto es, de la conducta requerida por el orden jurídico, por lo cual, si se hace aplicable la norma primaria, es porque la norma secundaria ha sido infringida. Por eso nos sentimos inclinados a tomar con cautela la identificación que propone Kelsen entre las nociones de antijuridicidad y derecho, y volver al sentido común jurídico, conforme al cual hay violación del derecho y tal violación es de la esencia del acto antijurídico.

### **3. La noción del deber jurídico**

En íntima conexión con la idea de acto antijurídico se encuentra la de deber jurídico. Ésta, como aquélla, admite una interpretación lógico-formal y pertenece al sistema de los conceptos asociados al de norma jurídica. Conforme al mismo criterio que nos ha permitido caracterizar la norma y el acto antijurídico, caracterizamos el deber jurídico como la relación entre la norma y el individuo a cuyos actos antijurídicos la norma imputa una sanción. Por consiguiente, el deber jurídico representa la situación del individuo a quien la norma constriñe, pero como la norma tiene dos fases, habrá realmente dos

deberes jurídicos determinados por ella o, lo que es lo mismo, dos individuos por ella obligados: la norma secundaria crea el deber jurídico de observar por un individuo una cierta conducta (por ejemplo, hacer transferencia de dominio, indemnizar, no falsificar, etc.) y, por su parte, la norma primaria crea el deber jurídico de aplicar una sanción por el órgano correspondiente del poder público.

Claro que como la función de la norma consiste principalmente en conseguir de los individuos un determinado comportamiento, cuando se habla de deber jurídico en sentido estricto se entiende la relación de la norma con el súbdito, con el cual -como muy bien apunta Kelsen- estar jurídicamente obligado significa ser sujeto de un acto antijurídico, ser infractor en potencia.

De este modo los conceptos de deber jurídico y acto antijurídico son exactamente opuestos: el acto antijurídico es la conducta contraria al deber jurídico.

#### **4. El problema de la voluntad normativa**

Hemos intentado hasta ahora -dentro de los principios metodológicos de la teoría pura del derecho y apartándonos de ella apenas lo suficiente para resolver algunas reservas secundarias- una exposición estrictamente jurídica de algunas categorías, como norma jurídica, deber ser jurídico, deber jurídico, acto antijurídico. Todos estos conceptos, hemos visto, se fundan en la idea de imputación de una consecuencia a un antecedente y constituyen aspectos integrantes de una forma proposicional característica: la proposición jurídica.

En el problema que nos proponemos considerar ahora tendrán amplia aplicación esos conceptos y el criterio lógico-formal que nos ha servido para comprenderlos.

No se trata del problema, por cierto mucho más complejo, de la voluntad como forjadora de los fines y valores perseguidos por el derecho, sino de otro más restricto y simple: el relativo a la voluntad como antecedente del deber ser. Esta cuestión puede traducirse en preguntas como las siguientes: ¿Representan las normas jurídicas la expresión del querer de alguien?, ¿no podríamos interpretar el deber ser jurídico, la forzosidad de la norma, como querer que ocurra algo de cierto modo, por una voluntad determinada? Y, decir que algo debe ser en derecho ¿no viene acaso a significar que alguien quiere que eso sea y que, por tanto, su forzosidad es la expresión de un acto de voluntad ?

De responder afirmativamente a estas preguntas estaríamos formulando una interpretación psicologista del derecho, de carácter bien diferente al concepto lógico-formal que hemos expuesto en los capítulos anteriores.

## 5. La tesis psicologista y sus dificultades

Aparentemente la cuestión se resuelve de la manera más obvia y sencilla en favor de la tesis psicologista: las normas jurídicas -sean generales, como la ley, sean individuales, como una declaración de última voluntad o un contrato- expresan, se diría, un deseo o querer del legislador en un caso, del testador en el otro, de las partes contratantes en el último. Es decir, que el deber ser de la norma jurídica implicaría la forzosidad de un mandato u orden y el concepto “tal cosa debe ser” vendría a significar “haz esto porque yo -léase legislador, testador, partes contratantes- quiero que tal se haga”.

Es, sin embargo, interesante comprobar que también en este caso las apariencias sencillas encubren las cosas más complejas, y que se trata de un problema de múltiples aspectos.

Una cosa puede verse sin mucho esfuerzo, y es que si la norma jurídica es un mandato, no puede ser simplemente eso, mandato a secas, porque las normas jurídicas tienen como carácter esencial la obligatoriedad, el *deber ser* jurídico, mientras que hay mandamientos no obligatorios, si entendemos por mandato sólo lo que, *in genere*, significa mandato, a saber: manifestación de la voluntad o deseo de alguien tendiente a determinar, compulsiva y heterónomamente, la conducta ajena. Según este concepto, el mandato difiere de las meras expresiones de deseo, de las súplicas y consejos, y no sólo por la mera forma, sino también por su sentido. Por su forma el mandato es imperativo, mientras que las súplicas y el consejo son rogativos y exhortativos, pero por su sentido (y en esto viene a parar, realmente su carácter imperativo), el mandato se dirige a determinar heterónomamente la conducta de otro, en tanto que la exhortación o las súplicas buscan determinarla autónomamente. Ahora bien, hay mandatos que no tienen fuerza obligatoria, no expresan deber ser de ninguna especie; no son, diríamos, mandatos válidos. Tal sería el caso de que, bajo amenaza de grave daño físico o moral, me obligue a tal o cual comportamiento; hay mandato (por la forma imperativa, el sentido heterónimo de la expresión), pero no hay obligatoriedad o deber ser, en sentido normativo.

Por lo tanto, hay algo más en las normas jurídicas que los meros factores del mandato. Para que pueda considerárselas como realmente obligatorias, no bastaría que fueran expresión de una voluntad o deseos heterónomamente determinantes de conducta para que las normas jurídicas fueran obligatorias o válidas. Su forzosidad jurídica tiene que residir en algo distinto a la simple expresión de una voluntad o deseo de alguien o de algunos, pero ¿ hay realmente una real expresión de voluntad en el fundamento de validez de las normas jurídicas ?

## **6. La respuesta de Kelsen**

Kelsen, en su intento tan riguroso y consistente de eliminar todo elemento extra jurídico de la interpretación del derecho, radicaliza aquí, como en otros problemas, las cosas, y sostiene que la obligatoriedad de las normas y la voluntad de quien las engendra son elementos separables, hasta el punto de que aquélla no es en ningún sentido el fundamento de ésta. La voluntad y la válida existencia de las normas -enseña Kelsen- son tan extraña la una a la otra, que aquélla puede modificarse o extinguirse por completo sin que con ello se altere en forma alguna el deber ser jurídico. Hay casos, como el del testamento, en que la obligatoriedad de la norma comienza con la extinción de la voluntad, esto es, con la muerte del testador; la fuerza obligatoria de la norma y la existencia de actos de voluntad o querer, serían aquí precisamente incompatibles.

Igual independencia de los elementos volitivos y normativos se podría constatar en las transacciones jurídicas. El contrato, por regla general, nace a la vida del derecho cuando dos voluntades concurren sobre unos mismos contenidos y concurrentemente se expresan o se fijan de determinada manera. Como en el caso del testamento, tiene que haber en el de los negocios jurídicos un querer determinado que dé origen a la norma. Constituida ésta, ya no es la voluntad originaria la que determina su obligatoriedad; algo nuevo ha nacido, puesto que a partir de ese instante, sus existencias son separables. La validez del contrato, en efecto, es enteramente independiente de la actual existencia de la voluntad de las partes. El contrato obliga aún en contra el querer actual de cualesquiera de las partes, y aún a los herederos ajenos por completo a la celebración del contrato.

Análoga interpretación admite la voluntad del legislador como fundamento de la obligatoriedad o deber ser de las leyes. Por lo pronto - observa Kelsen- es ya dudoso que los legisladores realmente “quieran” el contenido de las leyes y que éstas sean efectiva expresión de su voluntad.

Para la existencia jurídica de una ley es tan necesario el querer de la mayoría como el no querer de la minoría. No se podría decir, pues, en un sentido psicológico estricto, que la ley representa la voluntad de los legisladores. ¿Representará, entonces, la voluntad de la mayoría? Parece que tampoco fuera así, toda vez que la ley existirá jurídicamente una vez expresada la decisión mayoritaria, a pesar de que ninguno de los que votaron la conozca realmente, o que todos o casi todos la conozcan sólo superficialmente. Más todavía, la ley existe, obliga aún cuando no habiendo sido válidamente derogada o enmendada los legisladores no puedan querer ya su contenido, por haberse muerto, por haber cesado en sus funciones o simplemente, por querer actualmente todo lo contrario.

## **7. Voluntad psicológica y voluntad jurídica**

Es quizás posible convenir con este punto de vista, siempre que su anti-voluntarismo no se interprete como un intento de total eliminación del concepto de voluntad en la descripción del derecho. En un aspecto, por lo menos, ello es imposible: el que se refiere a la efectiva intervención de la voluntad no sólo en la génesis real del derecho sino en la estructura misma de la proposición jurídica. Frecuentemente, en efecto, la voluntad es un antecedente de la consecuencia de la proposición hipotética del derecho.

Ya no se trata aquí de la cuestión de si podemos o no interpretar las normas jurídicas como mandato o declaraciones de voluntad sino de la otra, inequívoca, de si el concepto de voluntad aparece o no en el contenido de las normas.

La ley, por lo pronto, es calificada por el derecho positivo como expresión de voluntad. Al definirla nuestro *Código* como “declaración de la voluntad soberana (...)” no hace sino expresar lo que, en otros términos, pero en igual sentido, expresan todos los sistemas positivos del derecho. En derecho penal la noción del delito va clásicamente asociada a la voluntad; la acción u omisión penada por la ley ha de ser “voluntaria”, estatuye nuestro código, para ser constitutiva de delito. En igual sentido voluntarista apuntan, aunque a veces de modo más indirecto, los conceptos tan frecuentes y fundamentales de “voluntad del legislador”, “voluntad de las partes”, “intención de las partes”, “consentimiento”, “declaración de voluntad”, etc. Y algunas complejas instituciones de derecho positivo, como la de los vicios del consentimiento (error, fuerza, dolo), están íntegramente fundadas en la idea de voluntad todo lo cual nos muestra que, independientemente del debate respecto a la esencia última del derecho y al sentido plenario de la norma jurídica, la idea de voluntad es un concepto determinante del

contenido de la norma y que, por tanto, ha de entrar necesariamente en una descripción de su estructura y en la correspondiente dilucidación de su significado, pero no menos inobjetable son las conclusiones del análisis de Kelsen. ¿Cómo conciliar ambos aspectos del problema?

Se necesita posiblemente distinguir entre voluntad real o psicológica en sentido estricto, y voluntad en un sentido jurídico especial. Las consideraciones de Kelsen muestran que la “voluntad” a que el derecho se refiere no es la voluntad psicológica real, no es el proceso interno representativo, afectivo, del individuo que decide, sino un sustituto o remedo suyo, una “voluntad imputada” o presupuesta por el derecho en el sujeto del acto.

¿En qué consiste esta voluntad imputada del derecho, cuyo contraste con la voluntad real obliga, por lo visto, a hablar de un concepto psicológico y de un concepto jurídico de voluntad? La diferencia, al parecer, radica en que el concepto psicológico de voluntad se funda en “vivencias volitivas” – hecho interno de la conciencia-, en tanto que el concepto jurídico se funda en “experiencias volitivas” -hecho externo de conducta. En el primer caso se trata de un fenómeno subjetivo, individual; en el segundo, de un fenómeno intersubjetivo, social.

En efecto, la “voluntad” que el derecho estatuye como antecedente constitutivo de determinados hechos jurídicos, o como contenido de la fase hipotética de la proposición jurídica, no es el proceso psíquico interno de la resolución, ni siquiera su remate o resolución propiamente dicha, sino cierta conducta expresiva, declaratoria de voluntad que puede tener o no tener como contenido una vivencia real de voluntad. El “voto que sí” del legislador distraído, ignorante o simulatorio, es, en este sentido, ni más ni menos declaratorio de voluntad que el “voto que sí” del legislador atento, sobrio y sincero, no obstante diferir radicalmente ambos por su contenido psicológico.

Desde el punto de vista de la voluntad psicológica en sentido estricto, sólo puede quererse, sólo puede ser contenido de voluntad, lo que representa en la conciencia actual e inequívocamente, lo conocido, mas el derecho tiene como queridos, como objetos de voluntad, muchas cosas que no han podido ser objeto de ella por no tener el sujeto, en el momento de declarar su voluntad, medio alguno de representárselas en la conciencia o por no habérselas de hecho representado.

Tal, por ejemplo, sucede con las consecuencias imprevisibles o no previstas de nuestras “declaraciones de voluntad” y que para el derecho son tan “voluntarias” como las que estuvieron efectivamente presentes en la conciencia de las partes contratantes.



Pudiera creerse que esta incongruencia entre voluntad psicológica y voluntad jurídica, entre voluntad real y voluntad imputada, sólo tiene su origen en la imposibilidad práctica de determinar en su real existencia la voluntad psicológica por otra persona que no sea el propio sujeto del acto. Hay, en realidad, algo de ella en la situación descrita. El derecho no tiene, efectivamente, medios para radiografiar las conciencias desentrañando sus representaciones actuales y, por lo tanto, sus reales contenidos volitivos. Allí donde pueda importarle la realidad de la voluntad -y ya veremos en qué único sentido efectivamente le importa- tiene que establecer presunciones supuestas; en una palabra, tiene que imputar "voluntad". Imputar significa aquí, tener como expresiones de voluntad subjetiva ciertos hechos exteriores intersubjetivamente determinables; o, también, atribuir consecuencias jurídicas a ciertos actos sin más, y sin respecto al soporte psicológico que causalmente les condicione. En buenas cuentas, enlazar hechos en la proposición jurídica.

Pero la incongruencia tiene también otro origen, quien sabe si es más decisivo. Hay veces en que el derecho expresamente elimina la voluntad real y de este modo consagra la incongruencia como algo más que una mera necesidad metodológica de conocimientos. Tal ocurre, por ejemplo, en las normas sobre la ignorancia del derecho, conforme las cuales "no puede alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona" (Art. 8, *Código Civil*), y el error sobre "un punto de Derecho no vicia el consentimiento" (Art. 1.452, *Código Civil*).

En estos casos, el derecho está reconociendo como principio la diferencia entre voluntad psicológica real y voluntad jurídica imputada. No obstante poderse conocer el error en que alguien haya incurrido respecto al derecho -es decir, no obstante poderse determinar el real contenido psicológico de un acto declaratorio de voluntad-, no es éste el que prevalece, sino su sustituto, la expresión o voluntad imputada. Por eso muchos autores concluyen que la voluntad es, en el derecho, un concepto genuinamente jurídico, en buenas cuentas, una construcción jurídica. El carácter y funciones de esta construcción háyanse ligados a la naturaleza pragmática del derecho. El derecho tiene como fin realizar cierto orden de conducta social; es una técnica destinada a conseguir ciertos modos de comportamiento. Todos sus conceptos y categorías son, pues, esencialmente pragmáticos, y en ello difieren de los conceptos o categorías cognoscitivas de la ciencia. Ahora bien, los fenómenos de la voluntad no pueden tener significación para el derecho sino en la medida en que ingresen en el sistema de las relaciones intersubjetivas de las gentes, esto es, en tanto y en cuanto puedan afianzar o interrumpir el orden social, y esto no ocurre sino cuando esos fenómenos se traducen en actos, cuando se expresan.

Ya se ve que la distinción entre voluntad como vivencia y voluntad como expresión es decisiva para comprender el concepto jurídico de la voluntad, pero si se miran bien las cosas, resulta todavía insuficiente porque, como ya lo hemos visto, la vivencia volitiva tiene también, a veces, el carácter de situación condicionante de la consecuencia y constituye, por lo tanto, un hecho jurídico. Es decir, que no siempre y únicamente la voluntad que importa al derecho es una construcción jurídica, como lo expone Recaséns Siches. Se requiere, pues, de una doctrina de la voluntad jurídica lo suficientemente amplia como para incluir tanto la vivencia de la voluntad como su expresión, cuando son jurídicamente significativas.

Frecuentemente al derecho incumbe la vivencia volitiva y sus normas intentan, entonces, traspasar la mera declaración o expresión de voluntad para fundarse en la existencia de un querer determinado. Es interesante considerar como ejemplo la situación del derecho penal.

Es cierto, como lo observa Recaséns: los hechos punibles pueden agruparse en tres clases: a) actos cuyo resultado fue plenamente querido por su autor; b) hechos que no fueron queridos, pero sí previstos; y, c) resultados que no fueron ni queridos ni previstos, pero que debieron ser previstos y evitados.

Es decir, que el querer o voluntad real no es siempre el fundamento de la responsabilidad penal. El cuasidelito se constituye por la mera acción u omisión penada por la ley cuando hay culpa en quien incurre en ellos, pero debe tenerse presente que, no obstante, el derecho trata diferentemente el acto punible voluntario del acto punible simplemente culpable, y que los conceptos de delito y cuasidelito son conceptos fundamentales para la imputación de la sanción penal. Esto prueba suficientemente que el derecho penal, al instituir la voluntad real, en sentido psicológico, como contenido de la norma, está reconociendo una función determinante en la estructura de la correspondiente imputación de consecuencias.

## **8. Voluntad jurídicamente significativa**

Lo anterior nos permite formular una idea más comprensiva del concepto jurídico de voluntad. Esta idea podría caracterizarse así: *Voluntad es para el derecho toda conducta que las normas señalan como significativas de querer, sea que esta significación se apoye en una vivencia volitiva real o en una mera expresión carente de contenido volitivo.*

Lo importante es aquí la significación imputada por el derecho. Éste puede imputar significación volitiva a un acto real de voluntad (como intenta hacerlo en algunas de las normas sobre vicios del consentimiento y sobre

responsabilidad penal) como puede imputarla también a una conducta que no se traduzca a un querer efectivo (como en el caso de ciertos otros vicios del consentimiento y demás situaciones anteriormente estudiadas), pero recordemos que junto a este aspecto del problema relativo a la voluntad como contenido de la norma, se presenta el otro, el relativo a la voluntad como fundamento de validez de las normas; aún más, como fundamento de validez del orden jurídico en general, ¿se funda la obligatoriedad de las normas en el querer de alguien, del legislador, del pueblo o de la mayoría?

El examen que, siguiendo el análisis de Kelsen, hemos hecho de diferentes situaciones relacionadas con la génesis y la vigencia de las normas jurídicas nos ha mostrado que la voluntad, esto es, el efectivo querer de tales o cuales contenidos normativos, puede ser separada de la obligatoriedad o validez de la norma, en forma tal, que ésta se forme y subsista independientemente de aquélla.

La tesis de Kelsen es, en este sentido, extrema. Para él, la obligatoriedad del derecho es un carácter puramente formal o lógico de la norma, que no tiene fundamento alguno en el querer individual o colectivo. Semejante punto de vista nos parece a nosotros contrario a la naturaleza del fenómeno jurídico, tal como se da en la experiencia.

Por lo pronto tiene importancia una cosa; el derecho, que normalmente autorregula su génesis como autorregula un organismo su crecimiento y conservación, incorpora a través del proceso democrático de la propaganda política, las elecciones y las votaciones en el Parlamento, el querer colectivo a los mecanismos de validación. Que este querer opere realmente como tal o no opere carece aquí de importancia, pues, en todo caso, el derecho lo llama al proceso de su constitución, y éste, como en el caso anterior, debe tener presente que se trata de la voluntad como conducta significativa: tales o cuales expresiones proferidas en el Parlamento “significan” para el derecho “querer parlamentario”. En todo caso, la validez del derecho está ligada a una conducta significativa de voluntad, si no siempre a un acto de voluntad real.

Pero es cierto que las normas pueden valer sin respecto a un querer que apruebe sus contenidos; más aún, pueden valer contra el querer expreso no sólo de quienes las votaron en el Parlamento sino, lo que es más, contra el querer expreso de la totalidad de los súbditos, aún de aquellos que deben aplicarla. Porque, en efecto, en tanto una norma nos sea derogada, vale, en el sentido de que obliga a la conducta prescrita al súbdito, por su contenido secundario, y al órgano encargado de aplicar la sanción dispuesta, por su contenido primario. Y la validez deriva, naturalmente, de otras normas válidas, generalmente las normas constitucionales, que disponen cómo entran en vigencia y cómo se derogan las leyes. La validez es derivativa: las normas

valen porque otras normas valen. Se explica entonces que, no obstante haberse dejado de querer sus contenidos, las normas sigan obligando porque así lo disponen otras normas, mas llevemos el problema a su límite, como corresponde hacerlo en un análisis filosófico. Hasta ahora podríamos decir que las normas pueden valer sin respecto a la voluntad de nadie, porque hay otras normas que las hacen valer, pero éstas, las constitucionales, cuya obligatoriedad no puede ya provenir de otras normas del sistema ¿no han de ser ellas sí queridas? El derecho vendría de este modo a apoyar su validez primaria -la de la Constitución- en el querer de todos o de la mayoría, mas, nada impide que la Constitución misma deje de ser querida; que todos, por ejemplo, la repudien y estén ya dispuestos a derogarla. En este caso parecería haberse, por fin, mostrado la absoluta separabilidad del derecho y de la voluntad como fundamento de su validez, pero aquí nos encontramos –como estamos en una situación límite- con una modificación fundamental de la noción de validez: para todas las otras normas la validez es una propiedad derivada, definida según la fórmula expuesta más arriba “las normas valen porque otras normas valen”, pero tratándose de la Constitución, la validez ya no es derivada, ya no es una propiedad lógico-formal: se convierte en un hecho; sólo vale en tanto que vale, es decir, en tanto que es eficaz, que se le aplica. Y esto no es posible si no se funda en un acto de voluntad, si no se quiere efectivamente su vigencia. Este querer tiene que existir para que, como condición de validez de todo el orden jurídico, ella sobreviva a sus propios contenidos. Lo que en este caso se quiere no son ya sus contenidos concretos, sino el orden jurídico que su validez hace posible: todos pueden haber dejado de querer esos contenidos, pero se sigue queriendo el orden de derecho en general, que en ese momento pende de la validez de la Constitución. Ya lo habíamos visto antes<sup>156</sup>: la validez de las normas se halla, en última instancia, supeditada a la eficacia del orden jurídico total, pero la eficacia es un fenómeno real de conducta que, como tal, no puede entenderse sino en conexión con el fenómeno de la voluntad real. Traspasado el límite de las relaciones de validez formal entre las normas y planteando la cuestión de la existencia de un orden jurídico, el querer real aparece como un supuesto básico del derecho.

De esta manera, venimos a descubrir, tras toda la estructura jurídica, como fundamento suyo inamovible, un acto de voluntad, de voluntad real: la de que haya un orden de derecho, la de que imperen la seguridad, la paz, la justicia, la de que se realicen tales y cuáles valores éticos, la de que prevalezcan éstos o aquéllos fines políticos y económicos. Es claro que este

---

<sup>156</sup> Vide Supra, Cap. VII, párrafo 6.

querer no necesita ser precisamente de los súbditos, ni de todos ellos, ni de una mayoría, ni de una minoría. Podemos teóricamente concebir un Estado (cuyo ejemplo podríamos, quizás, encontrar en algunos momentos del Imperio Romano y en las antiguas monarquías orientales) en que los gobernados no tengan injerencia alguna en la formulación del derecho escrito. El orden jurídico ni originario ni derivativamente considerado podría descansar en actos de voluntad de los súbditos, pero en este caso tampoco flotaría en el vacío volitivo porque se apoyaría en la voluntad del autócrata, fundamento volitivo real, en ese caso, de todo el orden jurídico.

Claro que nada nos impide llevar teóricamente el problema al caso límite extremo: que la idea misma de un orden de derecho no sea ya querida por nadie, que la totalidad de los miembros de una comunidad estatal abroguen toda norma, aún las constitucionales y no quieran sustituirlas por ninguna. Mas, este caso -con ser utópico y ucrónico- no hace sino probar nuestra tesis sobre el fundamento real volitivo del derecho, porque entonces, justamente en la medida en que ha desaparecido todo querer normativo, ha desaparecido también toda ordenación prevista, toda regulación anticipatoria de la conducta, y, por lo mismo, el derecho. Sólo hay derecho ahí en donde existe un querer fundamental tácito de alguna forma de orden jurídico.

## **9. Por qué obliga el derecho**

Esta conclusión nos lleva, evidentemente, más allá del formalismo de Kelsen, sin obligarnos a renunciar a él. La doctrina del filósofo vienés constituye un método insustituible para la inteligencia de la estructura o forma del pensamiento normativo. Las formas no pueden ser entendidas como formas, sino por medio formalista, pero en esto mismo reside la limitación del procedimiento, que ya no nos sirve para dilucidar otra clase de cuestiones que las puramente formales. Así, por ejemplo, es legítimo eliminar el fenómeno de la voluntad como fundamento de la norma mientras nos atengamos a su validez -que es, según se ha visto, una relación puramente formal entre regiones limitadas del campo jurídico, entre normas de grado diferente- y mientras nos limitemos a considerar la norma en su estructura de pensamiento prescriptivo de conducta, esto es, en su esencia, pero nos ha bastado traspasar el límite de la validez y la esencia y considerar la totalidad (no ya regiones) y la existencia de las normas para descubrir que la validez se confunde con la eficacia y que, en definitiva, el orden jurídico se sostiene por la voluntad efectiva de un pueblo, una clase, un partido -hasta un autócrata- que quieren tal orden, tal justicia, tal política. Ahora bien, si llevando la cuestión de la obligatoriedad del derecho a su más radical último

sentido intentamos responder a la pregunta ¿por qué obliga el derecho? vamos a comprender idéntica exigencia de traspasar el puro formalismo. Tratándose de normas aisladas dentro de un orden consistente en la imputabilidad de una consecuencia para el caso de transgresión, que yo esté obligado o deba respetar la vida ajena significa desde el punto de vista jurídico que soy el sujeto potencial de una sanción para el caso que mate, pero la obligación sólo existe cuando la norma es válida, y la norma es válida sólo cuando se encuentra en determinadas relaciones con ciertas otras normas igualmente válidas. La cuestión es, hasta aquí, según se ve, puramente formal y la pregunta ¿por qué obligan las normas? se traduce en el problema de buscar las otras normas del mismo orden que hacen obligatorias las primeras.

Llega un momento, sin embargo, en que la pregunta cambia por completo de naturaleza. Al llegar, en efecto, a las normas supremas, las normas constitucionales, la obligatoriedad del derecho tiende a perder su carácter derivativo, puramente formal; ya es más difícil decir que estas normas obligan porque hay otras normas que las hacen obligatorias. Kelsen ha podido, sin embargo, salvar el formalismo hasta este límite con su doctrina de la norma fundamental: las normas de supremo grado derivan su validez de la validez -del supuesto indispensable, *a priori*, del origen jurídico- del principio: "Obedece al primer legislador"<sup>157</sup>. La obediencia al legislador originario vendría a ser, entonces, la condición formal para la obligatoriedad de las normas que a partir de ella se derivan.

Kelsen ha detenido su análisis en este punto, en perfecta consonancia con el método de su teoría, el cual exige la explicitación de lo jurídico en elementos estrictamente jurídicos. La norma fundamental le permite alcanzar el límite de esa exigencia, pues si ella no es una norma positiva, pertenece al orden jurídico como ingrediente necesario de su estructura: si no estuviéramos obligados a obedecer al primer legislador, ninguna norma sería formalmente obligatoria, pero si el método formal o puro se detiene en ese límite, nuestro pensamiento tiende a traspasarlo. La filosofía, sabemos, es el ejercicio del pensamiento en el límite y, por lo visto, el límite del análisis filosófico se encuentra más allá de la norma categorial, porque frente a ésta aún es posible preguntarse ¿por qué obliga la norma categorial?, ¿por qué *debemos* obediencia al primer legislador?

Esta pregunta no se refiere ya a una norma particular ni a una clase de normas del orden jurídico. Precisamente porque alude a la norma fundamental alude también a la totalidad de ese orden, en buenas cuentas

---

<sup>157</sup> Vide Supra. Cap. VII, párrafo 6.

al derecho propiamente dicho. Y es claro que, entonces, ya no es posible encontrar en sus elementos el fundamento de su obligatoriedad. Podemos aceptar que cada norma obligue porque, en última instancia, obliga la totalidad del orden jurídico, pero la razón de la obligatoriedad del orden jurídico mismo ya no puede ser jurídica y lo trasciende: el derecho no puede fundar su propio deber ser. Su fundamento se encuentra, realmente, en cosas extrajurídicas. ¿En qué cosas? Es evidente que el fundamento de la obligatoriedad del orden jurídico no se halla en el poder que lo sustenta. El poder es condición esencial del derecho; el derecho es una modalidad específica del poder. Más aún, como ya se ha visto, el deber ser jurídico en cuanto categoría del pensamiento expresado por las normas jurídicas supone la posibilidad del acto coactivo; jurídicamente hablando, una conducta debe ser en tanto y en cuanto el transgresor es objeto potencial de una acción del poder público. Y, no obstante, el poder no es la fuente de la obligatoriedad o deber ser del orden jurídico. Podemos decir, es claro, que desde el punto de vista psicológico, el derecho es obedecido porque tememos al poder o porque no estamos en situación de resistirlo. Ya esto no es absolutamente exacto, pues frecuentemente el temor del poder no cuenta entre las motivaciones que nos llevan al acatamiento del orden jurídico, pero aún, en el caso de que pudiéramos considerar como relación general y constante la del poder y la sumisión al derecho, no tendríamos resuelta la cuestión de la obligatoriedad de este último pues la pregunta ¿por qué obliga el derecho? no indaga por la causa, en sentido fenoménico, sino por el fundamento en sentido espiritual. Es cierto que nos sentimos forzados a acatar el derecho en cuanto tememos a las consecuencias que nuestra rebeldía lleva aparejadas; mas, es cierto también que nos sentimos obligados a acatarlo. Y es esta obligación la que no podemos identificar con los efectos psicológicos del poder.

## **10. El orden jurídico como imperativo axiológico**

¿Dónde reside, entonces, la fuente de la obligatoriedad del derecho *in toto*? Eliminado el criterio psicológico, no nos es ya tan difícil dar con la respuesta, sobre todo si comprendemos rigurosamente la naturaleza de la obligación a que nos referimos. Esta obligación supone una exigencia originaria, evidente por sí, de obrar de cierta manera; exigencia que, con ser plenamente objetiva, con aparecernos como una instancia dada o propuesta independientemente de toda arbitrariedad o creación subjetiva, es plenamente nuestra en cuanto comprendida y aceptada por nosotros, en cuanto convertida en verdadera determinación autónoma de nuestra

voluntad, pero esta modalidad de lo obligatorio es, precisamente, la de los valores. Valores llamamos, en efecto, a ciertas entidades que reclaman, sin otro título que la evidencia, su realidad plena y nuestra incondicional adhesión. El derecho *in toto*, como orden integral de convivencia regido por la autoridad pública, nos obliga, por consiguiente, en cuanto es él mismo un valor, en cuanto en su esencia reside un imperativo axiológico. Es decir, que debemos acatamiento al derecho porque el derecho es un bien. El derecho como totalidad tiene, entonces, un fundamento extrajurídico ya que la obligatoriedad jurídica es, según sabemos, axiológicamente neutra y sólo implica imputabilidad de sanciones. Cuando las normas jurídicas declaran que una conducta debe ser, no expresan que la conducta requerida sea buena, sino que se forzará su cumplimiento, mas si tomamos la totalidad de las normas, el orden general que ellas representan, constatamos que el imperativo que nos obliga a acatar el derecho en cuanto derecho es un imperativo axiológico. En la base del orden jurídico, más allá de la norma categorial (que es todavía jurídica) aparece la norma extrajurídica “es bueno respetar el derecho” o, también, “el derecho es un valor”.

## **Capítulo IX**

### **TEORÍA DE LOS VALORES**

#### **1. La filosofía del derecho y el problema de los valores**

El intento de responder a la pregunta sobre la obligatoriedad del derecho nos ha puesto en la frontera de un nuevo dominio filosófico, el de los valores. Hemos visto, en efecto, que el último fundamento de la norma categorial y, por consiguiente, de la totalidad del orden jurídico, es de naturaleza axiológica: el derecho nos obliga en tanto y en cuanto es el medio por el cual perseguimos la realización de ciertos valores, y esto significa que el derecho mismo es un bien, que vale, que debe ser. La filosofía del derecho viene así a convertirse en axiología jurídica, con dos capitales tareas a la vista: a) la de comprender el derecho como valor y b) la de investigar los valores que cumple realizar al derecho.

No podemos, sin embargo, avanzar demasiado resueltamente en la exploración de este territorio sin premunirnos del equipo teórico adecuado. La teoría de los valores jurídicos constituye un caso especial de la teoría general de los valores, y muchos de sus problemas necesitan previa dilucidación de los que esta última plantea.



Procedamos, pues, prudentemente y averigüemos, primero, qué podemos saber de los valores en cuanto tales.

## **2. La filosofía y el problema de los valores**

Entre los problemas de la filosofía, el de los valores es uno de los más importantes y curiosos. Su importancia no puede ser de buenas a primeras apreciada sin haberse familiarizado ya con los pormenores del problema, pero, desde luego, se ve que se halla en relación con el tema ineludible de toda filosofía: el de comprender la naturaleza del hombre (problema antropológico de la filosofía) y orientar teórica y prácticamente su vida (problema de la concepción del mundo, de la ética, la estética, la lógica y la política).

La curiosidad, desconcertante carácter del problema, tampoco puede aparecérsenos antes de habernos adentrado en él, pero es posible indicar ya la circunstancia de que siendo tan real el problema es cosa en extremo difícil determinar la naturaleza de los objetos sobre los que versan los valores, y no sólo porque sea difícil contestar en qué consisten, como ocurre con la luz, el magnetismo o la electricidad, es que, además, es difícil saber si se puede decir de ellos que existan, que tengan realidad, más aún, si se puede decir siquiera que *son*, que tienen algún género de entidad. ¿No serán, acaso, los valores, sólo un nombre? ¿No serán, tal vez, una creación imaginaria del espíritu humano? Porque puede ocurrir que nos engañemos a nosotros mismos, hipostasiando las palabras o alucinándonos filosóficamente con las creaciones de nuestra fantasía.

Pero hay otro hecho que está en relación con el carácter curioso del problema de los valores y es que, no obstante su importancia para el entendimiento de cosas como la naturaleza humana, el sentido de la historia, el problema del derecho, de la moral, de la política, etc., es una de las últimas cuestiones que aparece en la evolución del pensamiento filosófico.

La antigüedad greco-romana, la edad media y moderna ignoran el problema de los valores en cuanto tales, esto es, la cuestión de qué sean los valores, cuáles son sus relaciones con otros sectores de la realidad, cuál es el tipo de su conocimiento, cuáles sus leyes constitutivas, y multitud de investigaciones semejantes. Trataron, en realidad, varios problemas que implicaban lo que hoy conocemos como axiológicos en sentido estricto, pero sin reparar en su específico y singular carácter. En este sentido, es cosa peculiar de la filosofía griega y de la filosofía medieval identificar lo que es plenamente la realidad absoluta, y lo que vale o tiene mayor dignidad, e identificar, a la vez, el conocimiento del ser con el conocimiento del supremo

bien. O mejor, quizás, digamos que es característico de esas filosofías no distinguir entre ser y valer, entre conocer lo que algo es y conocer cuánto vale, entre ver su realidad y ver su dignidad.

Una reflexión autónoma y, por tanto, una verdadera ciencia filosófica de los valores, comienza a anunciarse en el siglo XVIII vagamente con Kant e inicia su constitución con Herbart y Lotze a principios del siglo XIX, para alcanzar plena madurez en la investigación de Franz Brentano sobre el *Origen del Conocimiento Moral*, pero poco antes había recibido fuerte incentivo del campo de los estudios económicos. En la célebre *Inquiry into the Nature and into the Causes of the Wealth of Nations* de Adam Smith (Londres, 1776) encuentra eco una cuestión de apariencia muy sencilla, pero en el fondo de gran complejidad y que iba a conducir de lleno al problema filosófico de los valores: la cuestión de en qué consiste, cómo se constituye y de qué factores depende el valor económico de las cosas. El valor económico, comienzan a preguntarse los economistas: ¿está en la naturaleza de las cosas o está en el ánimo de quien las valora?, ¿depende de la utilidad de las cosas, de su escasez, del trabajo que se requiere para alcanzarlas?

No era difícil, a partir de estas preguntas, aislar en el complejo de los venerables problemas filosóficos de antaño -relativos al destino del hombre, a su conducta, a sus relaciones con Dios, con sus semejantes y con la naturaleza- unos factores hasta entonces desconocidos como objeto de reflexión pura: valor, valorar, valer y cosa valiosa que son, en realidad, los cuatro conceptos capitales de la ciencia de los valores.

### **3. Concepto de valor**

Pero no vamos a servirnos de estos conceptos para adentrarnos en la axiología, sino de las situaciones de experiencia que, suscitando sus problemas, conducen a la constitución de tales conceptos. La situación más sencilla y común es aquella en que nos encontramos cuando frente a ciertas cosas descubrimos un vínculo peculiar que nos aproxima a ellas, que nos lleva a destacarlas entre todas las otras y que llamamos el *interés*, si pensamos en el movimiento de nuestro ánimo hacia ellas, o a la *atracción*, si pensamos en el tirón con que ellas arrastran nuestro ánimo. Cuando esto nos ocurre reconocemos en ciertas cosas algo más que lo que normalmente constituye las de su especie, y descubrimos en nosotros algo que rebasa con mucho el simple tener las cosas a la vista.

He aquí, por ejemplo, que entre los animales de una exposición zoológica, hay uno frente al cual experimento una reacción notoria: me sorprende, me atrae, me deleita. Se trata de un caballo, que es en todo como los demás caballos; en todo, menos en una cosa: éste es un *hermoso* caballo; veo claramente que hay en él una cualidad de la que los otros carecen y comprendo que mi interés y deleite se ha originado por eso de atrayente que en el animal reside. Si yo no hubiera experimentado semejante atracción, habría podido pensar con indiferencia y simplemente “este animal es un caballo”, pero puesto que he visto en él algo más que su neutra condición caballuna, pienso ahora “este animal es *hermoso*”.

Se trata de dos tipos de pensamiento muy diferentes, cuyo contraste se halla en la base de toda teoría de los valores. Detengámonos brevemente en ellos:

- a) Este animal es un caballo.
- b) Este animal es *hermoso*.

La primera proposición expresa pura y simplemente el ser del animal, *lo que es*: lo describe neutralmente como si el caballo estuviera ahí, en el mundo externo, sin conexión alguna con el mundo interior del sujeto que lo describe ni del sujeto a quien propongo el significado del juicio. La segunda proposición, en cambio, junto con describirlo, lo califica, declarando una *cualidad* suya; o mejor aún, lo valora, lo mienta como valioso y lo pone así, de inmediato, en relación con un sujeto capaz de valorar.

Es común la opinión de que el juicio de esta última clase no se refiere al ser de las cosas. Ya se ve, por lo que vamos diciendo, que este punto de vista nos parece equivocado. Al declarar que el caballo es hermoso, que Juan es valiente, que una norma es injusta, estamos, indudablemente, hablando de una manera de ser de esas cosas, de algo que vemos en ellas, como cuando decimos que el caballo es blanco, que Juan es soldado o que una norma se refiere al ser o no valioso, el ser feo o hermoso, justo o injusto; los juicios que declaran estas cualidades, declaran por consiguiente, el ser de las cosas, se vale en función del ser que se tiene. Al expresar que tal cosa es noble o que es vulgar, significamos que su ser tiene una consistencia determinada, que la nobleza o vulgaridad radica en su constitución.

Lo que sí es verdad es que, a diferencia del juicio simplemente descriptivo de la realidad, el juicio de valor expresa, *además*, una peculiar forzosidad de estimación o preferencia, es decir, una referencia a algo que no es ya el mero ser sino, el *deber ser*.

En efecto, el juicio “este animal es *hermoso*” implica la afirmación de que “este animal *vale* como *hermoso*”, que exige ser preferido o estimado por su hermosura. En este sentido, diremos que con referirse también al ser y declararlo, los juicios estimativos se refieren al deber ser y declaran el valer, pero ha de notarse que la referencia al valer es siempre específica: este animal es *hermoso*, este acto es *justo*, este hombre es *bueno*. Todo lo cual significa que el juicio estimativo no sólo afirma que algo vale y debe ser preferido sino, además, que vale y debe ser preferido respecto a una modalidad determinada del valer y preferir: vale como hermoso, como justo, como bueno.

¿Qué significa exactamente este “valer como hermoso”, “valer como justo”, etc.? Hemos visto que, desde luego, significa exigencia, forzosidad de ser preferido o estimado, pero significa, además, y esto es lo fundamental, que realiza un deber ser ideal específico, el deber ser de una instancia suprema: la belleza, la justicia, la bondad. Tales son justamente los valores.

Ahora bien, ¿qué son estos valores? Frecuentemente se dice que “los valores no son, sino que valen”, expresión que carece de todo sentido porque lo que “no es” no puede ser ni siquiera pensado, ni mucho menos constituir objeto de investigación sistemática como los valores<sup>158</sup>. No. Los valores son: tienen una esencia, una estructura susceptible de ser descrita. La justicia, la verdad, el bien, la amabilidad pueden, incluso, definirse según notas específicas. Lo que sucede es que, a diferencia de otras esencias como la redondez o la velocidad, también valen, esto es, son esencias que se ofrecen con un requerimiento de realización, de preferencia, como una exigencia de primacía, en suma, como un deber ser. Diremos, por eso, que los valores son posibilidades de ser (esencias) que se dan a la conciencia con la exigencia de ser realizadas y estimadas.

#### **4. Valores y bienes**

Esta determinación del concepto de valor, nótese bien, es estrictamente descriptiva: se limita a expresar en fórmula genérica la esencia de una variedad de conceptos como belleza, utilidad, bondad, justicia, cortesía, verdad, etc. El que todas esas y otras cosas constituyan posibilidades de ser que no puedan concebirse sino como imperativos de estimación y realización, es el carácter común de todas ellas que nos permite llamarlas genéricamente valores, por consiguiente, nada debe quedar

---

<sup>158</sup> Este filosofema, proveniente de Lotze, ha tenido eco afortunado en la literatura filosófica de España y América. Ortega lo introdujo en la lengua española, y los manuales siguen acogiéndolo.

dogmáticamente presupuesto en esa noción tocante a la naturaleza, origen y función de los valores, y todo lo que ella en tal sentido presuponga, requerirá especial fundamentación metafísica, lógica y empírica. Más aún, la plena inteligencia de esa noción está supeditada al análisis de esos problemas. Conviene, por tanto, que nos avoquemos a ellos.

Pues bien, una primera cuestión que ha de ponerse en claro es que esta noción se refiere a los valores y no a las cosas valiosas, ni siquiera al poseer de valores por las cosas.

Valores y cosas valiosas son evidentemente cosas distintas: las cosas valiosas son las realidades en las cuales reconocemos la presencia de un valor, los entes concretos que valen específicamente como justos, bellos, buenos, útiles, agradables, porque en ellos se realizan esas posibilidades de ser que se llaman justicia, belleza y bondad, etc. La nomenclatura filosófica ha patentizado esta diferencia introduciendo el vocablo *bienes* junto al de *valores*, para designar con la primera palabra las cosas valiosas, los entes concretos portadores de valor. Así, pues, en una exposición filosófica estricta, habrá que llamar bienes a cosas como la sentencia justa de un tribunal, la Novena Sinfonía de Beethoven, tal o cual acto filantrópico, las herramientas de labranza, una buena lección de física, las novelas de Dostoiewsky, un plato sabroso nutritivo. Valores serán, en cambio, la justicia, la belleza, la generosidad, la utilidad, la verdad, la amenidad, el placer.

Esta distinción terminológica se justifica plenamente si consideramos el problema desde el punto de vista metafísico, esto es, desde el punto de vista del ser, de los bienes, de los valores. Se trata, evidentemente, de formas distintas del ser.

De momento no es difícil comprobar que los bienes son objetos concretos, esto es, singulares, específicos; ejemplares únicos son, por ejemplo, mi acto de suscribir una donación de beneficencia, la Novena Sinfonía, tal o cual buena lección universitaria. Los valores son, en cambio, objetos abstractos o generales, entes genéricos de índole completamente distinta al ente singular de los bienes.

## **5. El ser ideal de los valores**

Pero esta primera comprobación no hace sino llevarnos a un nuevo problema que surge apenas nos preguntamos en qué reside la diferencia entre lo singular y lo general, entre lo concreto y abstracto.

Tanto lo singular como lo general, tanto mi acto filantrópico como la generosidad, tanto yo y cada uno de mis prójimos, como el hombre general, son entes, en el sentido filosófico del término; tienen ser, *son* algo o, mejor

quizás, el ser se da en ellos. El ser -hemos visto anteriormente-<sup>159</sup> es el más universal de los conceptos y constituye a la par que el marco lógico, el ámbito metafísico en que se da todo cuanto pensamos, sea verdadero o falso, real o imaginario, bueno o malo. Todo cuanto definimos lo definimos en el ser, en función del ser, puesto que decimos “esto es aquello y lo de más allá”. Por lo mismo, el concepto de ser no puede ser definido y ha de ser simplemente visto, directamente intuido en los entes, en la variedad y pluralidad de los seres, en cuanto que éstos son. El ser no se da en abstracto: su conocimiento se funda en el conocimiento de los entes, de lo que es un caso particular o variedad del ser.

Ahora bien, todo ente, sin excepción ninguna, tiene una de estas dos modalidades de ser: es real o es ideal, exhibe la realidad o la idealidad como modos de ser. El ente real es el ente existente, que tiene existencia y que, por lo mismo, es susceptible de una plena identificación metafísica en cuanto ser individual y esta identificación puede hacerse localizándolo en el espacio o en el tiempo, o en el espacio y el tiempo a la vez. Aún más, el ente real es miembro del sistema de las interacciones causales y, por tanto, origen actual o potencial de cambios de esas interacciones.

El ente ideal no tiene, en cambio, existencia, pero como tiene ser (y por eso es ente) puede ser pensado, intuido, descrito en el juicio, determinado en sus propiedades. En contraste con el ser real, “se halla” fuera del orden del tiempo y del espacio y no puede, por eso, individualizarse, determinarse por un “aquí” (como las cosas físicas) o un “ahora” (como los fenómenos psíquicos); además, el ente ideal está fuera del sistema de las conexiones causales: ni actúa, ni es objeto de acción, no es efecto ni causa, no es origen ni término de procesos modificatorios del sistema del mundo.

Extraños entes, éstos, en verdad, que no duran, no crecen, no nacen ni se extinguen, no tienen cualidades físicas ni psíquicas, no están ligados por relaciones causales, no se engendran ni modifican entre sí y que, no obstante, poseen *ser*, *son* algo, puesto que pueden ser pensados. Y *son*, en efecto, hasta tal punto, que hay ciencias enteras que se ocupan de ellos; tales, por ejemplo, la matemática y la lógica, y es que estos entes ideales, aunque no tienen entidad, sí tienen relaciones de causalidad espacio-temporal y forman un orden constituido por un sistema de relaciones necesarias de carácter lógico; no se causan entre sí, pero se implican o se excluyen según leyes formales perfectamente determinables. Por otra parte, si es cierto que no están ni en el tiempo ni en el espacio y que no existen, tienen una estructura de ser, una consistencia que se da al pensamiento con plena objetividad y que

---

<sup>159</sup> Cfr. Cap. II, 5.

permite constituir ciencias sobre ellos. Por ejemplo, los entes u objetos, igualdad y relación, no son reales en el sentido que no son algo aquí o ahora, sino fuera de toda determinación espacial y temporal; no son tampoco ni causa ni efecto recíproco de cosa alguna; pero *son*, y con tanta objetividad que sus propiedades pueden ser descritas y distinguidas y constituirse en objetos de las ciencias matemáticas y lógicas, y si no están ligadas por relaciones dinámicas lo están por relaciones lógicas de implicación. En efecto, la esencia “igualdad” implica la esencia “relación”. Respecto de la igualdad decimos que es una relación. Así, diríamos también que la esencia “Estado” implica la esencia “sociedad”, que la esencia “número” excluye la esencia “infinitud”, y que la esencia “Dios” excluye la esencia “limitación”.

No es difícil reconocer que el contraste entre ente ideal y ente real es también el contraste entre esencia y existencia de la filosofía tradicional, y que la diferencia es puramente terminológica. Los entes ideales son, verdaderamente, las esencias, y no hay otros: el ser ideal es la propiedad fundamental de la esencia, y la esencia es la posibilidad genérica, universal, del ser de algo, la ley objetiva de todas las posibles variaciones que pueden afectar el ser de algo sin que deje de ser lo que es.

Imaginemos una mesa real, procedamos enseguida a modificar en la fantasía su tamaño, su color, su situación, su forma, su calidad material. Tenemos así, una serie prácticamente infinita de modos posibles del ser de la mesa que no afectan, sin embargo, ese *ser mesa* que la caracteriza; a través de toda la serie se extiende una identidad lógica, una forma genérica de ser, una posibilidad de ser: tal es, justamente, la esencia. Imagínese la serie de los números naturales 1, 2, 3, 4, 5, (...), a través de toda la serie se extiende la identidad numérica, el ser numérico de todos los miembros, eso que los posibilita lógicamente a cada uno de ellos. Tal es la esencia del número.

Ahora puede verse el importante alcance metafísico de la distinción entre bienes y valores. Habíamos señalado que esa distinción se fundaba en el carácter concreto, singular, de los bienes y el carácter abstracto, universal, de los valores, pero ya es posible ver más profundamente esa distinción: los valores, en cuanto posibilidades de ser de una cierta manera de las cosas, son esencias, entes ideales, en tanto que los bienes son casos singulares de esas posibilidades de ser o valores; son existentes, realidades.

Las consideraciones anteriores permiten definir con cierto rigor, y a modo de conclusión, las relaciones entre ser y valor, esencia y valor, realidad y valor (existencia y valor). El valor constituye, por lo visto, una modalidad del ser: es, dijimos, una posibilidad de ser, es, en cierta manera, una ley de estructuración posible de lo real. Esta comprobación nos ayuda a reconocer

más claramente la impropiedad del juicio según el cual los valores “no son, sino que valen, no tienen ser, o mejor, tienen un ser que es su valer”. Tal aserto carece, en realidad, de sentido, es pura retórica. Lo que “no es” es la nada y no puede, por tanto, ser pensado. Si de los valores sólo pudiera decirse que valen, no podría hablarse siquiera de ellos en plural, pues ya el plural implica intuición diferencial de esencias, y, evidentemente, cuando hablamos de la justicia y de la belleza, por ejemplo, no sólo intuimos su *valer* sino también que *son* algo diferente.

Los valores son, tienen una esencia, una estructura susceptible de ser descrita; podemos hablar de sus propiedades, sus leyes, sus relaciones, que nos permiten distinguir unos valores de otros, clasificarlos y hasta, posiblemente, jerarquizarlos entre sí. Lo que sucede es que el valor no es real sino ideal; no tiene existencia sino esencia; no pertenece al orden de las cosas, de los fenómenos, de lo singular, sino de los universales. Posee, en este sentido, igual modalidad de ser que los objetos matemáticos y lógicos: la modalidad de ser lo ideal, esto es, de lo concebible, pero, naturalmente, los valores, que son esencias, constituyen una clase particularísima de ellas y no pueden confundirse con las demás. A las demás, en efecto, les falta la nota de forzosidad, el carácter normativo que es propio del valer de los valores. Así, lo mismo que las esencias árbol, número, redondez, velocidad, las esencias justicia, bien, verdad, amabilidad, son algo, pueden ser objetivamente determinadas por el pensamiento según sus estructuras; pero a diferencia de ellas tienen un contenido peculiar que se ve en ellas con tanta evidencia como el carácter especial de un triángulo o el carácter cíclico del dolor; ese contenido peculiar es la forzosidad o requerimiento de ser realizados y preferidos. Es esa forzosidad lo que llamamos el valer o deber ser de los valores.

Todas las esencias poseen cualidades específicas que el entendimiento aprehende con evidencia. Así, por ejemplo, la esencia “triángulo” tiene como cualidad fundamental la espacialidad; la esencia “color” tiene como cualidad fundamental la visualidad; la esencia “velocidad” tiene como cualidad fundamental el movimiento. Así también la esencia “valor” tiene como cualidad fundamental el valer, el deber ser, forzosidad de estimación y realización, pero los valores, en cuanto son esencias, no son psíquicos ni físicos, es decir, no son reales. Reales son los bienes, no los valores. Tienen, sin embargo, con la realidad, la misma relación que todas las esencias: son las formas ideales que posibilitan la realidad concreta y la hacen inteligible; son leyes estructurales de las cosas sin ser cosas ellas mismas. En los bienes se concreta, singularizándose, incorporándose a la vida lo universal del valor; en la sentencia justa de tal o cual juez, por ejemplo,



la posibilidad genérica de conducta que es la justicia, se realiza individualizándose, incorporándose a la dimensión de la vida humana en el tiempo y en el espacio.

## Capítulo X

### LOS VALORES JURÍDICOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

#### 1. Los problemas axiológicos relativos al derecho

La teoría pura del derecho, hemos afirmado<sup>160</sup>, es una problemática y una técnica de la filosofía jurídica, pero no es toda la filosofía del derecho. Ello no sólo porque existen otras doctrinas del derecho dentro de la filosofía sino, sobre todo, porque se limita al análisis del deber ser jurídico y de los conceptos y juicios que lo expresan, excluyendo así toda la cuestión axiológica, pero la tarea de comprender el derecho -el derecho positivo a secas, en el decir de Kelsen- no se agota con la pura intelección formal de los enunciados normativos. Esta intelección formal es, a no dudar, el primer paso para el conocimiento de lo jurídico *qua* jurídico. Mientras no se dio ese paso con la seguridad del método kelseniano, la teoría del derecho fue, con episódicas excepciones, un confuso repertorio de reflexiones políticas, sociológicas y pragmáticas, que si acertaban a mostrar a veces las relaciones del derecho con otras cosas, fracasaban siempre en captar su concepto. La labor de Kelsen para descubrir lo que la norma jurídica dice y cómo lo dice constituye, en este sentido, una contribución filosófica de incalculables consecuencias para la comprensión científica del derecho.

Pero este paso no cubre todo el campo de la filosofía jurídica. Porque si el derecho es -como Kelsen lo ha reconocido expresamente- “una técnica social específica”, sólo puede ser exhaustivamente comprendido en función de su específica finalidad. La de un medio sólo puede esclarecerse a la luz de sus fines. La lógica del derecho debe completarse con una teoría de los valores jurídicos.

Y esto no implica lo que presupone Kelsen cuando escribe sobre la teoría pura: “como teoría quiere conocer única y exclusivamente su objeto. Procura responder a las preguntas qué es y cómo es el derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser y cómo debe elaborárselo. Es ciencia del derecho y no política del derecho”. Esta delimitación vale no sólo para la teoría pura, sino también para toda ciencia y para todo empeño de estudiar

---

<sup>160</sup> Cfr. Cap. III, 12.

científicamente lo jurídico. Pero justo porque se intenta comprender qué es y cómo es el derecho, es porque tenemos que considerarlo axiológicamente, en tanto y en cuanto el derecho establece una determinada relación con ciertos valores. No se trata, pues, de juzgar sobre si tal derecho es bueno o malo y cómo podría hacérselo mejor, tema al cual tampoco podría, sin azoramiento, sustraerse un verdadero filósofo, sino de esclarecer los componentes axiológicos del ser del derecho, su modo peculiar de conexión con los valores, lo cual se traduce en los dos problemas ya señalados en el capítulo anterior: a) comprender el derecho como valor, y b) investigar los valores que compete realizar al derecho.

## **2. El derecho como valor**

Las reflexiones tocantes a la obligatoriedad del derecho nos permitieron reconocer en la existencia del orden jurídico un problema de valor y descubrir en el derecho una segunda modalidad del deber ser. Junto al deber ser estrictamente jurídico de las normas fundadas en la vigencia de un cierto orden de derecho está el deber ser del orden mismo como totalidad normativa. El concepto del primero se define “dentro del derecho” y se caracteriza, además, por ser axiológicamente neutro; el concepto del segundo trasciende, en cambio, lo jurídico, e implica la noción de valor. El derecho, decíamos a este propósito, no puede establecer su propio deber ser. Las normas jurídicas tomadas aisladamente o en especies institucionizadas deben ser en tanto y en cuanto otras normas jurídicas operan imputativamente si se violan las primeras, pero si se considera la totalidad de un orden jurídico, su deber ser no supone ya las normas sancionadoras, pues tomado el orden *in toto* no hay ya otras normas jurídicas. Nos encontramos fuera del sistema: su deber ser tiene un sentido trascendente y apunta a un valor. El derecho obliga, dijimos, porque es un bien, la norma categorial se sostiene por un imperativo axiológico.

Pero la comprensión exhaustiva del tema no puede detenerse en este punto conformándose con tan genérica conclusión. Los conceptos de valor y de bien, aún en el riguroso sentido técnico de nuestras definiciones, cumplen una función designativa demasiado general para el análisis de las formas concretas del valer. Si resultan inequívocas cuando pensamos en los problemas genéricos del ser valioso y del conocimiento axiológico, se tornan difusos al confrontarnos con el valor determinado de tales y cuales cosas, o siquiera, con el tipo de valer de tales y cuales especies de cosas valiosas. El bien y el valor son siempre *un bien* y *un valor* específicos; lo valioso es siempre instancia concreta de un valor determinado, por eso, si el derecho obliga

porque es un bien, hemos de preguntarnos por la clase de bien que es el derecho.

Salta a la vista, desde luego, que el orden jurídico no representa esa especie de valores que Kant llamara con expresión inobjetable, aunque no siempre bien comprendida, *imperativo categórico*. “Imperativo categórico, nos dice, sería el que presentase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria”<sup>161</sup>.

Nada de la naturaleza del orden jurídico convierte al derecho en un fin en sí, en algo por sí mismo objetivamente necesario. Mientras nos atengamos a lo puramente jurídico -sujeción de la conducta a formas preestablecidas bajo el imperio del poder social- no podremos reconocer una necesidad axiológica en la existencia del derecho ni ver en una sociedad jurídica, sólo por ser jurídica, un tipo de comunidad superior a aquella sin normas de derecho.

¿Cómo puede, pues, ser un bien el orden jurídico, tener la obligatoriedad de los valores, si no es por sí mismo axiológicamente necesario? Es que junto a los imperativos categóricos están los hipotéticos o -para usar la nomenclatura no menos rigurosa de Meinong- junto al valor propio de las cosas valiosas por sí mismas, el valor transferido de aquellas que valen como medio o instrumento para la consecución de otras por sí mismas valiosas, el valor del derecho es un valor instrumental o transferido. Sin tener, como diría Kant, “la dignidad de un fin en sí”, tiene el rango de lo que sirve para la realización de fines valiosos.

Dicho en otras palabras, el derecho posee, ante todo, una razón pragmática de ser: proviene de la necesidad y es un medio útil para la consecución de determinados fines de la vida humana, fines de la más diversa índole: morales, biológicos, religiosos, culturales, en general, económicos. Como sirve la máquina para aumentar la capacidad de trabajo del hombre, así sirve el derecho para alcanzar determinados valores propios de la convivencia humana. Se trata, verdaderamente, de un instrumento de vida, de una herramienta; por eso la pregunta ¿por qué obliga el derecho? admite sin reservas la respuesta aplicable a todo bien instrumental: el derecho obliga transitivamente en cuanto es un medio necesario para la realización de ciertas metas valiosas, pero la comparación con la máquina no debe inducirnos a error respecto a la naturaleza axiológica del derecho, porque no obstante ser la utilidad un valor primordial, su rango y la fuerza

---

<sup>161</sup> Aunque la idea del imperativo categórico y, en general, la teoría de la metafísica de las costumbres, es decir, la moral, es abordada por Kant en varios de sus trabajos, el desarrollo más claro y sistemático se puede encontrar en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa Calpe. Colección Austral. Edición de Luis Martínez de Velazco. Madrid, 1942. (N. del E.).

obligante de su deber ser son de la clase de los más altos valores.

Las propiedades de todo valor transferido son función de dos elementos: el grado de proximidad a sus fines y la naturaleza de los valores propios a que se supedita. El valor de una herramienta de labranza, por ejemplo, se halla determinado por el valor de su fin, el cultivo de la tierra; pero el cultivo de la tierra tiene también un valor transferido: el de su fin, producir los frutos, y los frutos también valen en cuanto son útiles para la conservación de la vida. No nos importa aquí resolver la cuestión de si en la vida hemos hallado por fin el valor propio, fundante de toda la serie de estos valores transferidos, pero ya se ve claro que el valor de la herramienta es un valor instrumental del tercer o cuarto orden, mediatizado por varios enlaces de transferencia. La herramienta de labranza vale, en este sentido, menos que los frutos que contribuye a producir. Por otra parte, el rango o dignidad del fin se transfiere también al instrumento: no son del mismo nivel axiológico la utilidad del jabón que nos permite mantener el aseo personal y la de un libro que nos auxilia en la extensión de nuestro saber y en el cultivo de la inteligencia.

Valga aquí, en todo caso, una advertencia decisiva para estas reflexiones sobre el valor del derecho: el desplazamiento del valor propio al valor transferido se refiere a la potencia o aptitud virtual de ésta para servir a aquél, pero no al uso que actualmente se haga o pueda eventualmente hacerse de él en contra de sus propios fines, y así, el valor transferido del buen medicamento le pertenece como carga axiológica propia *qua* medicamento, independientemente de que pueda usársele también como veneno para atentar en contra de la salud que le transfiere valor. El hecho de poder usarle contra su fin en nada altera su signo positivo de bien instrumental, si también puede usársele para la consecución del fin que lo valoriza.

Ahora bien, si aplicamos estas consideraciones al análisis axiológico del orden jurídico constataremos sin dificultad que su rango es de lo más altos entre los bienes instrumentales del hombre, pues, en efecto, el orden jurídico recibe su carga de un vasto repertorio de otros valores transferidos y propios entre los cuales se hallan los de mayor jerarquía en la escala de los valores, pero esto nos conduce ya a la cuestión más concreta de los valores realizados por el derecho, esto es, los que fundamentan su condición de bien instrumental.

### 3. Sentido figurado de la expresión “norma justa”

El análisis de la estructura axiológica del derecho nos ha revelado una primera sencillísima verdad: el valor del derecho es, ante todo, un valor de transferencia, el derecho es un bien instrumental. Debe, pues, evitarse el sensacionalismo con que se tiende a hablar del derecho como valor. Mientras nos sintamos anonadados por la magnitud de su compleja maquinaria técnica y de sus no menos complejas funciones sociales no conseguiremos sino frases conmovedoras respecto a su naturaleza axiológica. La tranquila consideración del derecho como bien instrumental nos permite, en cambio, descubrir varias cosas importantes y comprenderlo de una manera mucho más profunda. Debemos, sin embargo, dilucidar una cuestión previa.

Lo primero en que uno piensa cuando se propone entender el derecho desde el punto de vista axiológico es en la justicia. Y no sin razón, porque no obstante la oscuridad de su concepto y lo confuso de tantas doctrinas sobre sus relaciones con la vida jurídica, se trata de una noción efectivamente ligada a los problemas axiológicos del derecho; pero, entonces, pareciera impensable la idea del derecho como bien de transferencia, pues si una norma o un grupo de normas o todo un régimen normativo son “justos” ¿nos hallamos, acaso, ante un bien de valor propio, valioso por sí mismo? ¿Una norma justa no realiza acaso la justicia? Si así fuera, ante el derecho estaríamos en presencia de un imperativo categórico, de un bien cuyo fin radicaría en él mismo. No ocurre así, a pesar de todo, por obvia razón. Sólo de una manera figurada puede decirse que una norma o grupo de normas sean “justas”. ¿Qué podría significar semejante afirmación? Sólo una cosa: que exige o dispone “algo” justo, pero este algo es un modo de conducta. La justicia pertenecerá, pues, al comportamiento humano posible configurado por la norma y no a la norma en sí. La norma podrá ser clara u oscura, consistente o contradictoria, válida o inválida, eficaz o ineficaz; estos valores pueden predicarse como valores en ella misma realizados, más en lo tocante a la justicia, la norma no puede ser sino un medio para que aquélla se cumpla en la única forma en que pueda cumplirse: en la conducta humana. De este modo será justa la conducta del juez que ordena la prisión del homicida, y aquí el adjetivo se aplicará con rigurosa propiedad, pero sólo figuradamente podremos hablar de la justicia de la norma: su justicia consiste en hacer posible el justo comportamiento del juez, su valor propio reside en el servicio instrumental que presta a la realización de la justicia, la cual es, en esencia, una forma de conducta y no una cualidad de objetos ideales.

Sin embargo, pareciera haber algo en la norma jurídica que legitimara el hábito de hablar de su justicia y no se identificara por el puro nexo instrumental, pues si una norma justa lo es en cuanto prescribe un justo comportamiento, este predicado parece referirse no ya a una posible eventual realización de la justicia sino a una realización actual de ella. Cuando pensamos, por ejemplo, en la justicia de la norma que ordena al autor de un delito la reparación civil del daño ocasionado, no sólo significamos que gracias a ella pueden ser posibles futuros comportamientos justos, sino también que en la existencia misma de la norma está realizándose la justicia con lo cual intuimos, adecuadamente, el hecho de que la norma, siendo esquema de conducta posible, es también trasunto de conducta real: la conducta de quienes por sus actos (concibiéndola, defendiéndola, promulgándola) le dieron validez, es decir, existencia jurídica. Tal es, precisamente, la justicia actual que reconocemos en la norma, pero aquí también se trata de una relación de transferencia, pues la justicia de la norma consiste realmente en la justicia del comportamiento humano que a ella condujo, y sólo es justa en cuanto su existencia manifiesta la existencia real de una conducta.

#### **4. La plasticidad axiológica del derecho**

Ahora bien, la inteligencia del derecho como bien instrumental aún respecto a la justicia, su aparente valor propio, nos permite comprender algo que de otro modo pudiera parecernos extraño: que el derecho se halle en conexión con todos los valores y que en cualquiera de ellos podamos reconocer un valor fundamental del derecho. Es propio de todo bien instrumental valer no por sí mismo sino en función de los bienes que por su intermedio se alcanzan. Así, el valor del dinero -bien instrumental por excelencia- no es sino el de un bien que permite conseguir propiedad de cosas y servicios o poder, por ejemplo, y, en general, todo bien de esta especie es funcionalmente múltiple en cuanto puede servir de medio para la consecución de fines valiosos de distinta naturaleza. Bienes de diferente clase son, en efecto, las cosas y el poder que se obtiene por medio del dinero.

Diferentes son, también, la potencia técnica y el valor económico (precio) de una herramienta de trabajo, como son, en fin, diferentes la dignidad ética, la perfección intelectual y la capacidad profesional derivadas de una buena educación. El derecho como bien instrumental tiene idéntica multiplicidad de función y la tiene en grado superlativo: prácticamente todo valor puede, en efecto, hallar en él un medio para su eventual cumplimiento.

El punto no requiere particular discusión si se trata de cierta clase de valores, los relativos al bienestar material de la vida humana -como la salud,

por ejemplo- y algunos valores relativos al bienestar espiritual, como la libertad; el derecho es, fuera de duda, un medio para realizar tales valores.

Hay, no obstante, valores espirituales, como los valores cognoscitivos y estéticos (la verdad y la belleza, v.gr.) que pudieran parecerse más allá de toda conexión instrumental con lo jurídico. La mera existencia de normas jurídicas no implica, en efecto, ni la posesión de conocimientos verdaderos por la gente, ni la creación de bellas formas; el simple hecho de darse normas una sociedad no produce el incremento de su saber ni la expansión de su mundo estético, pero lo mismo sucede con los valores cuya conexión con el derecho nos parece más obvia. Las normas reguladoras de la higiene pública no mejoran, por su sola promulgación, la salud de los ciudadanos, ni las que tienen por objeto incrementar la riqueza nacional la multiplican necesariamente. Así como la verdad y la belleza sólo se realizan cuando hay creaciones verdaderas y bellas de los hombres -conocimientos verdaderos de las ciencias y obras bellas del arte-, así también la salud y el valor económico requieren de ciertas efectivas condiciones de la vida biológica y social para realizarse; por consiguiente, la plasticidad axiológica del derecho como bien instrumental es función no de los valores que su existencia efectivamente engendra, sino de los que ella posibilita. La verdad, los ideales estéticos, los fines económicos y políticos, la salud, la educación, pueden hallar, en efecto, en el derecho, no su actual y concreta realidad sino cierta general condición para su eventual existencia, mas ¿cuál es esta condición? No es difícil reconocerlo: el establecimiento de un régimen propicio de relaciones sociales. Regulando la conducta humana, según el modo específico de lo jurídico, la norma de derecho crea el ámbito de convivencia apropiado para una más plena realización de ciertos valores. Tiende a crear ese ámbito para la existencia de la *verdad*, por ejemplo, cuando prevé, mediante las leyes de educación y de la libre comunicación entre las gentes, el cultivo de la inteligencia y la expansión del saber; y tiende a crearlo para los valores estéticos cuando estimula el cultivo de las artes o favorece la conservación y difusión de los bienes artísticos o regula el ornato de las ciudades. Toda comunidad organizada por el derecho se convierte, de este modo, en ámbito para los valores, en condición de su existencia, mas, cosa curiosa: sin ser - como hemos visto- condición suficiente de ella, tampoco es, en general, condición necesaria, por cuanto muchos valores podrían realizarse en una comunidad paradisíaca no regida por el derecho. Sólo es condición necesaria en cuanto no siendo paradisíaca la sociedad humana hay que impedir, por una parte, la acción obstaculizadora de valores que nacen de ciertas conductas de los hombres en sociedad, e inducir coactivamente, por otra, a la realización de fines valiosos preteridos u olvidados.

## 5. La especificidad de los valores jurídicos

Así, pues, la mera existencia del derecho no involucra *per se* la existencia de los valores comúnmente perseguidos en una comunidad jurídica. Esta observación vale para la casi totalidad de los valores sin más excepción que los estrictamente jurídicos, pero ¿hay realmente valores de esta especie? Es frecuente reconocer como tales el orden, la paz, la seguridad y la justicia, pero esta constelación reducida por Radbruch sólo a la seguridad y la justicia<sup>162</sup> es considerablemente ensanchada por la escuela de Carlos Cossio que, a los anteriores, agrega los de poder, cooperación y solidaridad, reconociendo que no se trata de una enumeración cerrada y que por ello podría enriquecerse con el descubrimiento de nuevos valores<sup>163</sup>, pero, en realidad, la discrepancia no tiene su origen en las diferencias de precisión de las observaciones sino en la falta de un criterio apropiado para el discernimiento. Rara vez se plantean los autores este problema. Hablan de “valores jurídicos” como si fuera obvio lo legítimo de esta especificación frente a valores de otra clase, por ejemplo, valores éticos, religiosos o estéticos, mas, las cosas no son, en verdad, tan obvias. Si no explicitamos criterio diferencial alguno, no se ve por qué hemos de considerar jurídico sólo el orden, la paz, la seguridad y la justicia. ¿Por qué no también la solidaridad, el poder, y la cooperación, como lo hace Cossio? ¿Y por qué no también otros valores como la prudencia, la eficiencia, la prosperidad, la libertad o el pudor?

No cabe duda que, en general, los investigadores confunden en este punto la plasticidad axiológica del derecho con la especificidad de los valores jurídicos. Ya lo hemos visto: el horizonte de las funciones axiológicas del derecho es prácticamente ilimitado. Como técnica de vida social organizada, el derecho se halla funcionalmente ligado a todos los valores; de una manera u otra, las instituciones jurídicas sirven de medio para la realización de los más dispares fines valiosos. El derecho sirve, en virtud de esta plasticidad, a la educación, la moral, la salud, la religión, la ciencia. El derecho sirve, en buenas cuentas, a la vida humana, pero esta universalidad funcional del derecho no hace jurídicos a tales valores porque ellos tienen una esencia material propia, independiente del derecho, perceptible de intuirse y de conceptualizarse sin elementos jurídicos, más aún, susceptible de existir en situaciones extrajurídicas de la vida.

---

<sup>162</sup> Gustavo Radbruch. *Filosofía del Derecho*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952; p. 96.

<sup>163</sup> Cfr. Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova. *Introducción al Derecho*. Ateneo, Buenos Aires, 1956, quinta edición, V, L, cap. VI, p. 176. Carlos Cossio: “Los valores jurídicos”. *La Ley*, Buenos Aires, tomos 83 y 84, Julio a Diciembre de 1956.



El problema no queda, sin embargo, resuelto con el criterio diferencial propuesto por Cossio. De acuerdo con su doctrina, para reconocer los valores propiamente jurídicos sólo tenemos que atender a la intersubjetividad propia del derecho. Serán, pues, valores jurídicos todos aquellos en que debemos reconocer como nota esencial la alteridad o bilateralidad, en virtud de la cual el valor es un valor propio de la conducta concurrente de dos o más individuos. Es decir, “que se debe tratar de valores sociales o de comunidad, que se presentan en relación al sentido de la conducta de varios sujetos coactuantes, y no de valores que se puedan dar en la conducta aislada de un individuo”<sup>164</sup>. La justicia sería, entonces, un valor jurídico porque no puede concebirse sino en función de la conducta de más de un sujeto. La santidad, en cambio, no lo sería, porque un solo individuo podría realizarla hasta sus más altas exigencias sin que fuera menester referir su conducta a los demás.

La inoperancia de este criterio salta a la vista. Son muchos los valores a los que la alteridad pertenece como nota esencial; por lo pronto, todos los valores morales (excluyendo, quizás, la dudosa categoría de los deberes para consigo mismo). La ética es, según su concepto, el repertorio de lo que nos es exigible respecto al prójimo. ¿Debiéramos concluir, pues, que la generosidad, la lealtad, la compasión, la magnanimidad, la veracidad, la tolerancia, son valores jurídicos, o es que se puede ser generoso o leal de modo absoluto, sin referencia a ser humano alguno a quien la generosidad o lealtad vayan dirigidas? La santidad misma, concepto por lo demás algo impreciso, difícilmente puede darse como ejemplo de valor extrasocial. Es difícil comprender la plenitud de una santidad monologante, no probada en la decisiva dimensión de las virtudes sociales, no realizada en el ejercicio tan religioso del amor al prójimo. ¿Y a qué hablar de la urbanidad o cortesía, valor esencialmente bilateral? ¿Concluiremos también incluyéndolo entre los valores jurídicos porque se presenta en relación al sentido de la conducta de varios sujetos coactuantes? Se ve que este camino nos lleva a una situación tan incierta como la propia falta de un criterio diferencial. Todo parece indicar la necesidad de atacar antes el problema desde un ángulo completamente distinto.

Notemos, para empezar, que aquí no se trata de definir o describir unos valores jurídicos que hubieran sido previamente reconocidos por algún carácter específico. Se trata, más bien, de descubrir si hay algún valor cuya especificidad sea jurídica, por tanto, si puede comprenderse sin referencia a otros valores y si su ausencia y su existencia están necesariamente ligadas

---

<sup>164</sup>Ibid.,; p.176.

a la esencia y a la existencia de una organización jurídica. La pregunta sería, pues, ésta: ¿hay algún valor ligado tan estrechamente al derecho que éste sea condición a la par necesaria y suficiente de su concepto y de su existencia? Ningún valor ético satisface, por lo pronto, el criterio diferencial involucrado por esta pregunta. Ya lo habíamos visto: sin ser el derecho condición suficiente de la moral -porque en una comunidad jurídica puede vivirse del modo más inmoral- no es tampoco condición necesaria de ella, por cuanto los valores éticos podrían teóricamente realizarse en una comunidad no regida por el derecho, pero lo propio ocurre con los valores de todas las otras esferas: los estéticos, religiosos, intelectuales, prácticos. Sólo un valor escapa a esta regla general: la seguridad jurídica, que viene a ser de este modo el valor jurídico por excelencia, o mejor, quizás el único valor jurídico. Es el único, en efecto, que se haya asociado del modo más estrecho a la existencia del derecho; la seguridad jurídica queda realizada, cumplida, por el solo hecho de existir un derecho vigente. El derecho es condición suficiente de la seguridad jurídica. Su singularísima condición no debe extrañarnos pues se encuentra -como lo veremos- determinada por su propio concepto y por la naturaleza del derecho mismo. No es por eso casual que haya al respecto insólita unanimidad entre los filósofos del derecho.

## **6. Sobre el carácter no jurídico del orden, la paz y la justicia**

Pero esta unanimidad existe también respecto a otros valores a los que nuestro método nos obliga a reconocer como extrajurídicos. Es, por lo pronto, en extremo dudoso que el orden jurídico sea un valor cualitativamente discernible. Los autores se refieren a él del modo más entusiasta, pero con extrema vaguedad lógica. No se sabe exactamente a qué aluden mediante este nombre. La verdad es que algo significan con él, pero nunca se preguntan si no se trata de otro nombre para la seguridad, la paz o la propia justicia<sup>165</sup>. Cuando se dice, por ejemplo, que el orden consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les corresponden de acuerdo con un principio superior de organización social<sup>166</sup>, ¿no se está dando así expresión particular a la noción más general de la justicia o acción de dar a cada cual lo suyo? No hay ninguna razón para una estricta distinción de ambos conceptos, pero tampoco la habría para distinguirlo de la paz, si ésta consiste en la eliminación de la violencia

---

<sup>165</sup> Gustavo Radbruch parece asimilar el orden y la paz a la seguridad cuando escribe: “Estas últimas (justicia y finalidad) son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera, consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el orden, la paz”. *Op.cit.*; p. 96.

<sup>166</sup> Jorge Iván Hübner. *Manual de filosofía del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1957; p. 199.

ilegítima y de la discordia en las relaciones sociales. Un estado de derecho sería ordenado en el mismo sentido en que aseguraría la paz: no son dimensiones separables de la realidad jurídica, no pueden ser independientemente definidos, mas, por otra parte, la paz como ideal de vida social armoniosa no es de ninguna manera un valor específicamente jurídico en el sentido de nuestro concepto, porque el derecho no es condición necesaria de la paz social. Es perfectamente concebible, en el plano teórico, una sociedad en donde el sólo imperio de los valores morales asegure la convivencia pacífica. Es decir, que la paz es una esencia intuible separadamente del derecho, aunque el derecho sea un buen instrumento para realizarla en nuestra realidad social.

Lo propio cabe afirmar de la justicia. La situación de ésta es peculiarísima en la investigación iusfilosófica y será menester que nos ocupemos de ella con atención preferente, pero una cosa podemos afirmar desde luego: que no es un valor jurídico. Ya examinaremos qué clase de valor efectivamente es. Lo que independientemente de eso puede aparecernos desde luego claro, es que ni su esencia ni su efectiva realidad se hayan inexorablemente ligadas, en principio, al derecho. El derecho contribuye a realizarla, puede incluso ser la condición de hecho necesaria para que haya justicia entre los hombres, pero su idea, la posibilidad de vida que involucra, no contiene la idea de vida jurídica como ingrediente esencial. También es concebible, teóricamente, una comunidad de hombres en donde, por el solo imperio de los valores religiosos y morales, impere la justicia en su plenitud, aunque esa comunidad carezca de organización jurídica.

Así, pues, el orbe de los valores jurídicos *sensu strictu* se reduce a un valor único: la seguridad jurídica.

## **7. La seguridad jurídica y su concepto**

La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. Se trata, a no dudar, de una seguridad específica que conviene apellidar *jurídica* para evitar las equívocas resonancias del concepto genérico de la seguridad a secas. No es, pues, la seguridad metafísica del místico, ni la seguridad moral del optimista, ni la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente la del hombre social que seguro o no en su situación metafísica y económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como

prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. Es este concepto, a la vez dinámico y formal de la seguridad, el que fijara ya Locke por modo impecable en su segundo tratado al definir la libertad política (*Freedom under Government*): “La libertad política -escribió- consiste en tener una regla fija a que someterse, común a todo miembro de la comunidad y promulgada por el poder legislativo erigido en ella; libertad para atenerme a mi propia voluntad en todo lo que esa regla no conmina y no encontrarme sujeto a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre; así como la libertad natural consiste en no hallarse bajo ninguna otra limitación que no sea la ley natural”.

La seguridad jurídica constituye, según esto, un valor de especialísima índole y de la cual no podemos hablar tan genérica y vagamente como se acostumbra. Una cosa hay, desde luego, digna de puntualizarse con más rigor: ¿qué clase de valor es éste y que bien le corresponde?

El valor, sabemos, es la idea del ser que *debe ser*, la posibilidad que exige acatamiento a una conciencia valorante. Se trata siempre de un arquetipo de realidad posible. El bien, por su parte, es el ente singular -cosa, persona, situación, objeto ideal- que referido a un valor, vale porque lo realiza y así, valores son la justicia, la bondad, la valentía, la verdad, la destreza, la belleza, en cuanto cada una de ellos es un modo posible de ser que *debe ser*; un acto justo, en cambio, una buena acción, un gesto de arrojo, una proposición verdadera, una hermosa estatua, son bienes en cuanto constituyen instancias concretas de esa posibilidad genérica de ser que es el valor correspondiente.

Ahora bien, algunos valores, como los valores éticos, sólo pueden encarnar en actos de seres personales. Valores, por tanto, cuyos bienes correspondientes consisten en conductas de seres libres en cuanto tales, llamémoslos *valores de personas*. Otros valores, como los estéticos, sólo pueden radicarse en objetos reales físicos (cosas y personas en su realidad física) y en ciertos objetos ideales (esencias de la espacialidad como el círculo, por ejemplo, y temporalidad, como el ritmo). Llamémosles *valores de cosas*. Otros valores, en fin, representan posibilidades del ser psíquico y sus bienes correspondientes son, por tanto, situaciones psicológicas concretas de entes conscientes. Tal ocurre, por ejemplo, con el placer y su cortejo de derivados (felicidad, esperanza, amor, etc.). Llamémoslos *valores de situación*.

La seguridad jurídica es un valor de esta especie. El bien donde encuentra cumplimiento real no consiste, evidentemente, ni en la conducta de seres libres en cuanto tales ni en las cosas del orden físico o ideal. Pudiera parecer, tal vez, por la íntima conexión entre derecho y la seguridad, que ésta residiera en el derecho mismo, que encarnara en él, que el derecho lo realizara o ejemplificara, como una estatua a la belleza, o a la verdad una proposición bien fundada. Semejante modo de ver carece, no obstante, de sentido. El derecho como sistema normativo sólo puede ser el instrumento gracias al cual la seguridad concretamente existe, sin que el mismo sea, en cuanto tal, seguridad. La seguridad, en la medida en que es un valor, es un modo posible de ser y este modo posible es modo de la vida humana, de la vida del individuo que se siente seguro, de la vida colectiva que se desenvuelve con orden, más no del sistema normativo que tal seguridad procura.

La seguridad constituye, entonces, un valor de situación: la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan.

Dado este concepto, la seguridad como posibilidad de ser (ser de situación), que *debe ser*, es decir, como valor, queda determinada por las siguientes condiciones:

- a) Que existan normas reguladoras de las relaciones sociales;
- b) Que estas normas preexistan a toda posible decisión concreta de conducta;
- c) Que estas normas sean impersonales, esto es, función de necesidades y fines comunes de convivencia social;
- d) Que estas normas sean objetivas, es decir, que su sentido pueda ser racionalmente determinado;
- e) Que estas normas sean o puedan ser reconocidas por el súbdito que les debe acatamiento;
- f) Que estas normas tengan autoridad, vale decir, que tengan la garantía del poder público, garantía virtual del cumplimiento futuro, y garantía real de actual y efectivo cumplimiento.

Es fácil ver, a partir de este análisis, que la seguridad jurídica, en cuanto situación de quien psicológicamente la vive, se resuelve en dos componentes vivenciales: saber o certeza, por una parte, y expectativa o confianza, por la otra. El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas. Es nuestro conocimiento: a) de que hay ciertas normas que disponen tales y cuales

conductas por modo impersonal y objetivo, y b) de que el orden así previsto, es generalmente observado. La confianza deriva de ese conocimiento y consiste en la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico. No se trata aquí de esa certeza de conocimiento teórico respecto a la existencia y contenido de las normas, sino de la anticipación de lo que, probablemente, ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico dado. Sin embargo, el valor práctico de esta probabilidad es tan grande que lo equiparamos a la certeza y arreglamos conforme a ella nuestra conducta. Sólo así es posible que se constituya la situación de seguridad.

## 8. La seguridad jurídica y la aberración axiológica del derecho

Tal es el valor que, entre todos los que el derecho sirve instrumentalmente, tiene con las más singulares conexiones con la vida jurídica. Ya hemos señalado una de sus peculiaridades: la seguridad es el único valor que halla en él su condición suficiente de existencia, pero ocurre también que es el único valor respecto al cual el derecho constituye una condición necesaria. Tratándose de todo otro valor el derecho es sólo instrumento eficaz, medio propiciatorio de su realización. Dada la real naturaleza humana, la comunidad jurídica es el ámbito en que la libertad, la verdad, la paz, la salud, la justicia, pueden cumplirse más cabal y universalmente, mas ninguno de estos valores se encuentra por medio necesario ligado al derecho. Extrajurídicamente son concebibles, y de hecho existen la verdad, la justicia, la salud, la belleza, la paz. No ocurre lo propio con la seguridad jurídica; dada la real condición del hombre, sólo el derecho, como previsión normativa y coactiva de conducta, puede brindarle ese saber y confianza constitutivo de la seguridad de las relaciones sociales.

En realidad, la seguridad jurídica es una dimensión ontológica del derecho<sup>167</sup> su fin *a priori*, al cual todo otro fin queda funcionalmente supeditado. Un derecho que no implique en su esencia la intención pragmática de un cierto ideal de seguridad y que no engendre seguridad real en la vida efectiva no es, propiamente, derecho. La seguridad es el *a priori* funcional del derecho, cosa que el análisis de uno y otro concepto pone de manifiesto más allá de toda duda. La referencia del uno al otro es evidente: el derecho es, en efecto, previsión de ciertas conductas objetivas y públicamente señaladas mediante normas y sanción de autoridad social, actualmente reconocidas, pero esto mismo es lo que, según hemos visto, se convierte como experiencia de conocimiento y confianza en la situación de seguridad.

---

<sup>167</sup> Cfr. Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*, 1953; p. 472.

Esta conexión tan íntima de la seguridad y el derecho crea, por cierto, un problema axiológico en extremo singular. El derecho, en efecto, supedita todo otro valor a la seguridad jurídica. En aras de ésta puede sacrificar valores tan altos como la magnanimidad, la gratitud, la gentileza. ¿No hay acaso sacrificio de la generosidad en la interdicción del pródigo? Y las normas que conceden privilegios hereditarios a ciertos hijos en desmedro de otros ¿no implican menoscabo de la justicia? “El hombre -ha escrito alguien- está siempre seguro con el Derecho, siempre sabe a qué atenerse sobre su situación, pero no siempre se siente a su gusto con esta seguridad”<sup>168</sup>.

La axiología no ha estudiado aún satisfactoriamente el problema de la jerarquía de los valores, y no es tan cierto que una ordenación como la de Scheler<sup>169</sup> tenga el carácter absoluto con que él la recomendara. Así y todo, hay ciertas relaciones obvias que axiomáticamente se imponen dentro de una cultura dada. En la nuestra la seguridad es, a no dudar, un valor axiológicamente supeditado a muchos otros. Independientemente de consideraciones prácticas valen, por cierto, más la bondad y la justicia que la mera seguridad. Tal vez las gentes obren más en función de ésta que de aquéllas, pero saben muy bien que al obrar así no obran rectamente, es decir, que violan su propia conciencia estimativa. Lo cual significa que el derecho que intenta realizar fundamentalmente la seguridad, es connatural a una cierta aberración axiológica.

El espíritu científico se prueba a menudo por su entereza para aceptar el feo cariz de las cosas que suele ser, mejor que cualquiera artificiosa idealización de ella, el fundamento de su más auténtica y propia dignidad. Es grande la tentación de entregarse a conmovedoras declaraciones sobre el carácter sublime del derecho, pero es grande también el peligro de obstaculizar así la vía a una más profunda comprensión de su efectiva naturaleza.

El orden jurídico no representa en modo alguno al sumo orden axiológico; al contrario, sólo a expensas de ciertos valores puede, en determinados casos, existir el orden jurídico, cuya esencia consiste en supeditar todo bien a la seguridad, la santidad, la verdad, la belleza, y hasta la propia justicia, mas ¿cómo es esto posible?, ¿qué valor es éste que, como nuevo Moloch, exige el sacrificio de ofrendas tan preciosas? Extraño como pueda parecer, el orden jurídico antepone la seguridad a todo otro valor como un medio para favorecer el imperio de todos los valores. La paradoja es sólo

---

<sup>168</sup> Ibid.; p. 474.

<sup>169</sup> Cfr. Max Scheler. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik (El formalismo en la ética y la ética material valorativa)* 3. Aufl., Max Niemeyer Verlag, Halle, 1927. Millas menciona una versión española de esta obra que no identifica (N. del E.).

aparente. Con la seguridad jurídica ocurre algo similar a lo que sucede con la vida biológica: la naturaleza destruye la vida en aras de la vida. Sacrificando en ocasiones, implacable, al individuo, provee de la manera más eficaz a la conservación y progreso de la especie. Así también -aunque aquí no se trata ya ni de individuos ni de especies- el derecho, al preservar la seguridad, desdeña las situaciones episódicas, particulares, de mínima magnitud, en aras de la totalidad de las situaciones generales que implican la mayor magnitud axiológica posible. Fuera del orden jurídico, hemos visto, son, en principio, posibles actos singulares de moralidad, de verdad, de libertad y de justicia, mas, dadas las condiciones reales de la vida social humana<sup>170</sup>, sólo dentro del ámbito jurídico son posibles un general, amplio y continuo imperio de tales valores y así, tolerando en tal o cual caso lo injusto, aceptando aquí y allá particulares menoscabos de la libertad, admitiendo circunstancialmente la violencia, puede el derecho imponer la seguridad y, con ello, el ámbito propiciatorio de una más universal y perdurable justicia, libertad o paz. Y ese ámbito, al cual antes nos hemos referido, es, a no dudar, la propia vida humana que, como fenómeno de convivencia, es orden o seguridad jurídica. Haciendo posible la vida social es que el derecho hace también posibles los más altos valores que la vida puede realizar.

Todo esto nos permite ver que la función realizadora de valores del derecho tiene una bien definida relación con un mínimo y un máximo axiológico. El derecho, en efecto, tiene que realizar un mínimo axiológico para que sea, en principio, posible el máximo axiológico a que la vida humana aspira en una cultura evolucionada. Y este mínimo es precisamente la seguridad, cosa que un autor ha puesto en fórmula excelente al escribir “el simple hecho de existir una regla jurídica ya representa a pesar de todo, la satisfacción de un mínimo de exigencia axiológica, la de orden, seguridad, condición primordial del derecho, aún para que sea posible el advenimiento de otro orden más completo en contenido estimativo”<sup>171</sup>.

## 9. Seguridad específica y seguridad genérica

La seguridad jurídica, hemos visto, es un *a priori* funcional del derecho. Toda norma representa necesariamente una cierta seguridad respecto a una determinada relación de convivencia, en cuanto provee compulsivamente tales y cuales efectos concretos para tales y cuales concretos antecedentes. Así, por ejemplo, sabemos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.447 del

---

<sup>170</sup> Sobre estas condiciones reales, véase Icilio Vanni. *Filosofía del Derecho*. F. Beltrán, Madrid, 1922, 4ª parte, cap. V; p. 320 y ss.

<sup>171</sup> Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. Edição Sarana, Sao Paulo, 1953, tomo II, cap. XXXVIII; p. 515.



*Código Civil* chileno, que el acto civil de un impúber no produce para él obligación alguna, por tratarse de un absolutamente incapaz. Así, también sabemos, en virtud del contenido concreto de los artículos 1.801 y 1.701, que no me será posible probar en juicio la compraventa de mi casa celebrada por acuerdo verbal con mi vecino; más aún, y en concordancia con el artículo 1.554, que tal acuerdo no envuelve acto jurídico alguno.

Pero esta seguridad circunstancial y específica que procuran las normas aisladamente consideradas y en virtud de su contenido concreto, hállese supeditada a una suerte de *seguridad genérica o formal* que dimana de la totalidad del orden jurídico, pues si es cierto que hay seguridad en el hecho de que yo sepa con qué contar cuando suscribo tal o cual determinado contrato con tal o cual individuo, o que yo deba pagar un impuesto al fisco en tal época y en tal o cual proporción a mis haberes, no es menos cierto que aún así habría un amplio margen de incertidumbre si no operaran ciertos reguladores formales o supuestos de una cierta seguridad genérica relativa a la totalidad del orden jurídico. En efecto, si seguro yo -en virtud de sentencia judicial fundada en el artículo 2.158 del *Código Civil*- del derecho a ser indemnizado por las pérdidas en que incurrí sin culpa a causa de mi desempeño como mandatario, pudiera siempre temer que el mandante acudiese a otro tribunal, o que una nueva ley alterase mi situación; no habría, propiamente hablando, seguridad y reinaría la mayor incertidumbre respecto a mis expectativas.

Conviene, por eso, distinguir entre la *seguridad específica o de primer grado*, que procuran las normas individualmente consideradas y en relación con los derechos y obligaciones concretos que reconocen para determinadas situaciones, y la *seguridad genérica, formal o de segundo grado*, que procura el orden normativo como totalidad y respecto a todas las situaciones posibles de convivencia dentro de ese orden.

## **10. Los mecanismos institucionales de la seguridad genérica**

Ahora bien, la seguridad genérica implica la ordenación total de la vida jurídica según ciertos principios normativos básicos, ciertas instituciones que, independientemente de todo contenido concreto y de toda finalidad económica, política, cultural, biológica, religiosa o laica determinadas, proveen técnicamente a la última y radical seguridad jurídica. Tales instituciones son:

- a) El principio *ignorantia vel error juris non excusat*, que consagra la obligatoriedad absoluta del cumplimiento;

- b) Las normas de prefiguración de lo lícito y lo ilícito;
- c) La irretroactividad de las normas;
- d) Las normas de autorregulación del derecho y las normas que vinculan el órgano público, particularmente el juez, al derecho;
- e) La cosa juzgada;
- f) La prescripción.

Que estas instituciones desempeñen en el derecho otras funciones que las de la seguridad jurídica, es cosa obvia. El principio de la irretroactividad, por ejemplo, puede perfectamente ser un recurso eficaz de la justicia, pero se trata de funciones secundarias, y hasta accidentales. La misión que por modo estricto, esencial, les corresponde, es la de constituir esa *sui generis* situación de seguridad que cumple realizar al derecho. Veámoslo en la seguridad de cada caso.

## **11. La inexcusabilidad del cumplimiento**

La cuestión a menudo debatida respecto a si el principio *ignorantia vel error juris non excusat* -el principio de inexcusabilidad del cumplimiento del derecho- es presunción o es ficción; carece de verdadera importancia, porque no toca a la cuestión de su naturaleza y constituye un problema mal planteado. Si, dirían algunos, fundándose en la génesis psicológica de la presunción, damos este nombre a la creencia en lo plausible, a la conjetura que arranca de indicios apropiados, el principio no es una presunción, porque, en efecto, los indicios serían aquí lo que normalmente ocurre respecto al conocimiento del derecho, y lo que normalmente ocurre es que la gente lo ignore. Presumir, pues, que todos le conocen, es absurdo. Apartándonos de la acepción natural psicológicamente fundada del término, se está llamando presunción a un mero supuesto del que, no importándonos la plausibilidad, sólo nos interesan sus efectos. Presunción sería aquí sinónimo de “ficción”, pero esta decisión, dialécticamente justa, es del todo inapta para comprender la verdadera naturaleza del principio en cuestión, que tampoco queda mejor comprendido mediante este concepto y es que, en el fondo, se trata de un falso problema que parte de una mala inteligencia del principio mismo. Los debatientes discuten como si el principio mismo fuera una proposición enunciativa que dijera realmente “se presume que todos conocen el derecho”, a lo cual dan pábulo algunos textos legales, como el artículo 7º del Código Civil chileno cuando dispone que “(...) la ley se

entenderá que es conocida por todos (...)”<sup>172</sup>, pero aquí, como en tantas situaciones análogas, es bueno recordar la inevitable perogrullada: las normas jurídicas no describen sino que prescriben, no expresan que las cosas sean, hayan sido o vayan a ser de tal modo sino que deben ser (con todo lo que esto jurídicamente implica) de tal o cual manera, y el *Código Civil*, al decir “se entenderá” no puede -porque es Código, repertorio de normas- decir otra cosa que se deberá una cierta conducta. ¿Cuál? Nos responde el propio artículo 7º cuando agrega “(...) y se mirará como obligatoria (...)”<sup>173</sup> y el artículo 8º al disponer con sabia redundancia, que “no podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona”<sup>174</sup>. Es decir, que la ley se entiende conocida de todos en el sentido de que a todos obliga, de que *ignorantia vel error juris non excusat*.

¿Presunción de que todos conocen el derecho? ¿Ficción de que existe tal conocimiento? Ambos términos de la alternativa son por entero inoperantes. El principio no implica lo uno ni lo otro porque, no siendo proposición enunciativa, no describe conjetural ni ficticiamente un hecho sino que, siendo norma, prescribe lisa y llanamente la inexcusabilidad del cumplimiento del derecho, lo cual resulta del clásico enunciado mismo, en ambas de sus dos formas principales: *nemo consetum ignorare legem e ignorantia juris non excusat*.

El legislador sabe indudablemente que el derecho no sólo no es, sino que ni siquiera puede ser en su totalidad conocido por todos; mal podría haber presunción de semejante imposibilidad. La ficción, por su parte, con ir en no menor grado a contrapelo de la realidad, sería un juego de fantasía del todo inoperante; podrá, quizás, ser útil a los juristas para buscar solución a un problema mal planteado, pero de nada sirve para la comprensión del auténtico problema porque éste consiste en hallar la razón de ser a la inexcusabilidad del cumplimiento, es decir, el fundamento de una norma; y una norma jamás se funda en hechos reales, presuntos o ficticios, sino en fines y valores. Siempre que se prescribe algo, se prescribe para un fin, en vista de la consecución de cierto valor o grupo de valores. Planteada así la cuestión, la respuesta es clara: se trata de que, proclamada válidamente una norma, puedan todos atenerse a ella con certeza, lo cual no podría ocurrir si el cumplimiento fuera excusable por ignorancia.

Es obvio, sin embargo, que este principio ha de entenderse en íntima

---

<sup>172</sup> El art. 7 del *Código Civil* actual indica: “(...) se entenderá conocida de todos (...)” (Ley 9.400). (N. del E.).

<sup>173</sup> El reseñado artículo en su parte pertinente señala, hoy en día: “(...) y será obligatoria” (Ley 9.400). (N. del Ed.).

<sup>174</sup> El art. 8 del *Código Civil* actual, a su vez, señala: “nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia” (Ley 9.400). (N. del E.).

conexión con el de la cognoscibilidad del derecho. La norma jurídica obliga y se hace inexcusable su cumplimiento, precisamente, en la medida en que es norma públicamente exhibida, puesta ahí, en su publicidad e inteligibilidad, al alcance del conocimiento de todos los súbditos. Pertenece a la esencia de lo jurídico este carácter de prescripción abierta de sus normas, en forma tal que sólo metafóricamente, por puras razones de continuidad histórica, se pueden designar como derecho las regulaciones esotéricas de conducta que en etapas religiosas, políticas, de la evolución, habían de ser solicitadas a oráculos, magos, sacerdotes o iniciados. Por consiguiente, el principio *nemur consetur ignorare legum*, que no implica el conocimiento de la norma ni su presunción, implica su cognoscibilidad, la posibilidad de que sea conocida, lo que se manifiesta en las solemnidades de que se acompaña su formulación y promulgación y los plazos que generalmente se establecen para que entre en vigencia.

## 12. La prefiguración de lo lícito e ilícito

La cognoscibilidad o carácter abierto de la prescripción jurídica tiene una modalidad específica que por su importancia y peculiaridad exige consideración separada en este examen de los mecanismos institucionales de la seguridad. Se trata del principio de la preexistencia de la norma como condición de lo lícito e ilícito. La cognoscibilidad de la norma se refiere, precisamente, a la demarcación de las esferas de lo lícito e ilícito. Allí donde lo permitido y lo prohibido no se halle normativamente prefigurado, allí donde la norma no preexista a los actos por ella normativamente mentados no hay, estrictamente hablando, regulación jurídica por no haber seguridad. Esta seguridad es función directa del principio de preexistencia, principio que produciéndose en la existencia de las normas, en general -ya que toda norma, en cuanto tal, preexiste a la conducta regulada-, opera institucionalmente por medio de ciertas normas específicas, como la que exige la prefiguración normativa del delito y del cuasidelito (artículo 1° del *Código Penal* chileno) según el principio *nullum crimen sine legum* y la que consagra nuestra Constitución Política en su artículo 11, “nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”<sup>175</sup>. Estas normas y otras de su tipo,

---

<sup>175</sup> Una norma que podría resultar equivalente hoy en la *Constitución Política de la República* de 1980 es el art.19 n°3 inc.5 e inc.7 que señala, respectivamente: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” y “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. (N. del E.).

que hacen institucionalmente explícito el carácter figurativo del derecho, han de ser, pues, consideradas entre los mecanismos fundamentales de la seguridad jurídica.

### **13. El problema de la preexistencia de la norma y la escuela del derecho libre**

Conviene, quizás, disipar algunos equívocos que pudieran surgir aquí al cotejar las presentes consideraciones con esas doctrinas intuitivistas o impresionistas de la ciencia jurídica que, originadas en la reacción antiformalista de algunos jurisconsultos del siglo XIX - von Kirchmann, Ihering, Duguit y Géný, por ejemplo-, culminan más tarde en la escuela del derecho libre de Ehrlich y Kantorowicz. Se trata de un dilatado y complejo movimiento cuya historia no nos concierne. Limitémonos al examen de las dos ideas fundamentales que decantan en su desarrollo.

Ya von Kirchmann había señalado en su célebre discurso, la incongruencia entre ley positiva y derecho. A la movilidad de éste se opone la rigidez de aquélla, como se oponen también el carácter abstracto y la simplicidad de una con la riqueza de las formaciones individuales del otro y por reducir la ciencia jurídica a una hermenéutica legal, los juristas no sólo la han convertido en un remedo de ciencia sino que la han hecho también inoperante. El farragoso saber de los juristas sobre textos legales nada tiene que hacer con el auténtico derecho que surgido como convicción y sentir del pueblo, termina por desaparecer bajo el peso agobiador de distinguos, definiciones y deducciones sutiles. En consonancia con estas ideas, lamenta el malhumorado fiscal, que Federico El Grande no haya asegurado su intento de suprimir la abogacía así como acabar con los jueces de carrera. El derecho -había repetido medio siglo después François Géný<sup>176</sup>- es una realidad viva cuya movilidad y riqueza desborda los marcos fijos y estrechos en que la recoge el derecho positivo formulado, el derecho estatal. La lógica más rigurosa, ceñida a la exégesis de la ley y de la costumbre será, pues, siempre inadecuada para conocer lo jurídico en sus datos primarios, en la fuente inagotable de donde emana todo derecho formulado. Este conocimiento sólo puede dárnoslo la "investigación científica libre" de los limitados textos positivos a que nos somete el formalismo. Por esa vía se nos revela el derecho en su realidad profunda, constituida por tres clases de datos de la naturaleza física, biológica y psíquica de la vida humana: los datos de la historia de la sociedad en que el hombre vive; los datos del derecho natural como

---

<sup>176</sup> Cfr. François Géný. *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*. Paris, 1899.

conciencia universal y objetiva de lo que es racionalmente justo, y los datos de los ideales que van orientando el perfeccionamiento de las instituciones jurídicas positivas. Sólo el conocimiento de estos datos y sobre todo de los que constituyen el derecho natural, permite suplir las deficiencias inevitables de la ley positiva en su intento de abrazar esquemáticamente la compleja realidad social; por eso las decisiones judiciales son eminentemente creadoras y discrecionales, no en cuanto subjetivas sino en cuanto supletorias de la ley positiva y auxiliadas por la “creación científica libre”.

Gény dejaba así preparado el camino a las ideas de la escuela de derecho libre que surge poco después<sup>177</sup> y que no hace sino llevar a sus consecuencias extremas las doctrinas del maestro francés. El derecho libre, es decir, el derecho efectivamente vivido como aspiración y conocimiento por las gentes en cuanto individuos y miembros de grupos, es el hontanar de donde brota la auténtica realidad jurídica de la cual el derecho estatal es sólo forma, la más ajena, tal vez, a la experiencia de cada uno. El derecho surge en la conciencia individual como convicción jurídica antes que en los Códigos como exigencia del Estado. Esto lo enseña Kantorowicz, y en otros términos con variedad de desarrollo, se lee también en Ehrlich y en Fuchs, y se trataría sólo de una reedición alemana de las ideas de Gény si no fuera por el sobretono polémico, propio de toda escuela, por el énfasis con que se proclama la consecuencia, entrevista también por Gény y sus discípulos franceses, respecto a la naturaleza de la función judicial. En efecto, el juez es para Kantorowicz creador de derecho, no en cuanto aplica la ley, resolviendo a través de normas individuales el problema del caso concreto, sino en cuanto da normas para las situaciones no previstas por el derecho formulado. Su tarea no es extraer consecuencias lógicamente válidas de normas generales y abstractas, sino la de valorar situaciones y juzgarlas según la naturaleza de ellas y el valor en ellas reconocido. Al juez no le ha de atar la legalidad, sino la justicia, mas ¿cuáles son los valores que permiten enjuiciar el caso particular controvertido? Ellos están ahí, piensan estos juristas, en la misma conciencia del juez como reflejo de la conciencia social, como imperativos de la concepción vigente del mundo y de la vida, como expresión del “espíritu del pueblo”<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> El escrito de Hermann Kantorowicz. “La lucha por la ciencia del Derecho”, considerado generalmente como manifiesto de la Escuela, es de 1906. Hablando con rigor, la designación de la Escuela es impropia, pues las doctrinas del derecho libre andan por todas partes, entremezclándose con las más diversas ideologías y concepciones científicas del derecho. Cfr. “La lucha por la Ciencia del Derecho”, 1906, en *La ciencia del Derecho*, AA.VV., trad. Werner Goldschmidt, Buenos Aires, Losada, 1949.

<sup>178</sup> “El espíritu del pueblo” es la categoría metafísica fundamental de la escuela histórica, antecedente inequívoco de la doctrina del Derecho Libre. Cfr., por ejemplo, Karl Larenz: “La filosofía contemporánea en el Derecho y del Estado”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1942, cap. I; p. 43.

Una cosa es, desde luego, patente en esto respecto a nuestro problema. La escuela del derecho libre no propone una teoría del derecho, sino una técnica del mismo, y la distinción no es banal. Una teoría intenta dar cuenta de lo que las cosas son; una técnica intenta hacer algo con las cosas, llevarlas por un camino previamente elegido. El derecho y el juez de estos juristas es el “derecho” y el “juez” que ellos quieren que sea, pero no lo que derecho y juez son en la realidad jurídica, porque lo cierto es que donde quiera que ha existido esa situación de convivencia que llamamos derecho, se ha tratado de una organización tal de las relaciones humanas que los conflictos son resueltos conforme a un repertorio de normas preexistentes. Allí donde tal repertorio no existe, tampoco existe el derecho, sino la arbitrariedad y el caos. En vano se señala como prueba en contrario, la imposibilidad de anticiparse a todos los casos, en su heterogeneidad imprevisible, mediante la ley general, porque este argumento es un sofisma. El derecho no intenta prefigurar la vida social en el detalle minucioso de lo concreto; su función radica, precisamente, en regular “tipificando” las situaciones reales, porque ese es el único medio de dar orden, unidad y seguridad a las relaciones sociales. En vano también se invoca el carácter creador de la sentencia judicial, dejándose deslumbrar por las centellas metafísicas del término “creación”. Primero, porque la sujeción del juez a la norma prefigurativa no lo priva de facultades creadoras; no es poca creación, en efecto, poder reconocer en el conflicto particular lo genéricamente previsto conforme a normas preexistentes y formular la norma individual que ponga en acción a aquellas. Y segundo, porque, jurídica y estéticamente hablando, el juez del derecho libre no crea tanto como piensan sus teorizantes, pues, si es juez, y porque es juez, tiene que juzgar con normas y no inspirado en fantásticas y “creadoras” ocurrencias personales suyas: normas éticas, religiosas, económicas, políticas y filosóficas. Pero aquí viene lo grave: ¿de dónde va a sacar él esas normas, si por principio lo relevamos del deber de fallar conforme a un repertorio de normas previamente reconocidas como válidas para que juzgue? De la conciencia social vigente, del espíritu del pueblo, de la realidad de la vida, contesta la escuela del derecho libre, más de lo que la escuela parece no darse cuenta es que los conceptos metafísicos sólo tienen sentido operante a partir de la metafísica que los adopta y para quienes adoptan esa metafísica. Cuántas maneras hay -no diré de entender siquiera lo que esas grandes palabras significan-, sino lo que es pertinente aquí, de establecer lo que como norma concreta de acción implican. Con la invocación del espíritu del pueblo entregamos la seguridad que cumple realizar al derecho a la incertidumbre total del dudoso sentido metafísico de los jueces y, lo que es peor, a la arbitrariedad de las consignas y sugerencias del momento. Que en esta línea doctrinaria se haya desenvuelto

la teoría del derecho en la Alemania totalitaria de 1935 no debiera, en principio, extrañarnos. ¿Cómo podría ser de otro modo si el Estado totalitario se identifica, a pretexto de encarnar en el espíritu del pueblo, con la figura personal del autócrata seductor de multitudes? En el estado de derecho la norma prefigurativa vincula a todos, hasta al propio legislador, pero si, presas de una verdadera insanía metafísica, vemos en ciertos movimientos políticos una “irrupción del espíritu”, una “misión metafísica”<sup>179</sup> y en el caudillo una “actuación personal en función de una sustancia suprapersonal”, no podemos menos que encontrar en la preexistencia normativa un obstáculo a la voluntad mesiánica del seductor político y de sus órganos de mando, administradores o jueces.

Las hipótesis metafísicas hacen frecuentemente malas jugadas a los incautos que no se precaven a tiempo del uso que de ellas puede hacer el fanatismo político. No resistimos, por eso, la tentación de insertar aquí el siguiente característico texto de un modo de filosofar político que, en su oscurantismo y verbalismo, es la negación ejemplar de la filosofía:

“Todo cuanto vive lleva en sí su medida, su imagen de aquello a que quiere llegar, o sea, su norma”. La “norma” no es, pues, una exigencia abstracta, sino una imagen rectora, un símbolo de vida creadora. Donde la norma se cumple, allí se realiza la vida espléndida. Todo espíritu vivo arraiga en la sangre, pero la sangre por sí sola no llena ningún sentido cognoscible si no aspira al espíritu. Por ello, la raza es el presupuesto de toda cultura y su conservación constituye la primera misión de la política. La raza y el pueblo son las sustancias que de un modo exclusivo garantizan el porvenir (...) Por consiguiente, el Estado tiene la doble misión de mantener, por una parte, la base racial y, por otra, de ser él mismo una forma de vida espléndida. La norma del Estado es la norma suprema del hombre. Ella no puede ser descubierta por el tipo medio de hombre, sino tan sólo por la culminación última del ser humano, por la actuación del héroe forjador de Estados. Pues él, el héroe, es la concentrada fuerza creadora del todo, el instrumento de la divinidad. El da la norma para sí mismo y para los demás hombres, sin estar sometido, por su parte, a otra norma que la suya propia, pues lo perfecto es la medida de sí mismo y, al par, la de lo imperfecto. Siempre que hablemos del Estado, entendemos el héroe”<sup>180</sup>. Es penoso y grotesco. Para llegar a esta elemental mitología se ha debatido por más de un siglo la filosofía alemana entre *esencias espirituales* y *espíritu objetivo*, entre *ideas* y *sentidos*.

---

<sup>179</sup> Son expresiones del jurista nazi Karl Larenz en su “La filosofía contemporánea en el Derecho y del Estado”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1942; pp. 24 y 34.

<sup>180</sup> Karl Larenz. *Op.cit.*; p. 157 (exponiendo las doctrinas de Kurt Hildebrandt).



Evidentemente, la idea de la seguridad jurídica no puede significar mucho para semejante concepción mesiánica del Estado. La seguridad, desde el punto de vista metafísico y ético, implica la primacía axiológica de la persona, no de mi persona, claro, ni de ésta, ni de ninguna arbitrariamente separada, sino de la persona humana y, por tanto, de todas las personas de carne y hueso, pero justamente porque o nada significan o en la medida en que tal ocurre, no se trata ya de un régimen de derecho. En su lugar habrá otra cosa -disciplina, sumisión, renunciación tal vez (bellos nombres para lo que puede llamarse, también, perversión ético-política) pero no derecho. El empeño de dar el mismo nombre a cosas tan diversas acarrea confusión a la ciencia jurídica, lo que sirve espléndidamente a los ideólogos del Estado, la clase, el partido, la nación, el proletariado, la razón y análogas hipótesis, para derivar en provecho de sus fines la carga semántica positiva de un término tradicionalmente consagrado.

#### **14. La seguridad jurídica y la jurisprudencia experimental**

No todos los desarrollos de la doctrina del derecho libre han ido a parar a estos abismos místico-políticos, pero la inadecuación científica de los métodos e ideas es siempre la misma. Tal, por ejemplo, ocurre con el pragmatismo jurídico de ingleses y norteamericanos y la jurisprudencia experimental.

Este movimiento, como el del derecho libre, es lo contrario de una descripción conceptual de su efectiva realidad, porque tampoco intenta comprender lo que de verdad es el orden jurídico. Aquí se trata, también, de unas ideas de política jurídica para uso de los legisladores y jueces. Una consideración superficial de algunos de sus asertos pudiera quizás inducir, en este punto, a un juicio equivocado porque buen número de ellos se refieren a la génesis del derecho judicial, al modo como se preparan las decisiones en la mente de los jueces. En este punto, la idea principal de la doctrina es la que en citadísima frase pusiera el juez Oliver W. Holmes, padre del movimiento, al decir "la vida del Derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia". ¿Qué quiso significar con esto? La cosa, a no dudar muy atinada, de que las resoluciones judiciales no son siempre -casi nunca- pensamiento lógico puro, inequívoco y necesaria conclusión de principios y normas previamente dados. La construcción lógica suele ser una falacia mediante la cual se intenta una justificación formal de las resoluciones judiciales que, comúnmente, brotan del criterio de la convivencia social. Esta idea ha sido reiteradamente proclamada y finamente elaborada por numerosos juristas de la escuela o de tendencias afines. El más

ilustre de ellos, Roscoe Pound<sup>181</sup>, insiste en el carácter concreto y pragmático de los fundamentos de la resolución judicial y en la necesidad de que los jueces sean por entero conscientes de su servicio al interés social. Jerome Frank, en quien la doctrina se radicaliza y adquiere enérgica fuerza de combate, señala cómo, al revés de lo que sucede en los razonamientos estrictos, en el derecho no son las premisas las que se dan primero, sino la conclusión, que sale en busca de unas premisas que no hacen sino ocultar el verdadero origen de aquélla.

Muchos otros, sin adherir precisamente a las concepciones de conjunto del realismo jurídico, han estudiado agudamente la lógica viva de las resoluciones jurídicas. No les ha sido difícil descubrir la constelación de múltiples factores extralógicos que polarizan, desviando del curso lógico teórico, el pensamiento de los jueces. Tampoco les ha sido difícil mostrar que la lógica del raciocinio judicial, en cuanto secuencia de pensamientos que se apoyan en otros pensamientos, no es lógica de conclusiones necesarias como la lógica pura, sino de conclusiones que resultan parcialmente de ciertas premisas, no sólo por la interferencia de los factores extralógicos antes señalados, sino también porque tales premisas (es decir, las normas, principios y conceptos jurídicos) no son jamás de absoluta claridad; su carácter práctico les exige ser relativamente vagas y muy amplias<sup>182</sup>. Sólo así es posible que el derecho tenga la flexibilidad indispensable para cumplir su función de prever normativamente la conducta social, pero, entonces, no puede reducirse al pensamiento abstracto y estático de las normas; el derecho es mucho más que eso: es también la resolución judicial que, modulada por los hechos mismos de imprevisible novedad, se funda en la naturaleza de ellos y en el conocimiento de los grandes valores de la conciencia social.

Contra la idea de una mecánica jurídica, que para salvar la consistencia formal de las deducciones critica los fines vivos del derecho, hay que fortalecer una dinámica que sustituya el respeto maníaco del razonamiento deductivo por el respeto a la observación y valoración de lo concreto.

Estas sensatas ideas del pragmatismo han constituido, a no dudar, una reacción saludable contra la infecundidad de un procedimiento judicial que, en sus formas extremas, puede conducir a la negación del sentido común y de la justicia. Nada más contrario, en efecto, a la misión del derecho que la idea de que las premisas, sólo porque están dadas de antemano, deben prevalecer sobre las exigencias de la realidad, cualquiera que sean las consecuencias. Por ese camino el derecho se convierte inevitablemente en una máquina trituradora

---

<sup>181</sup> Cfr. Nathan Roscoe Pound. *The spirit of the Common Law*. Published by Marshall Jones Company, Francetown, New Hampshire, Boston, 1921.

<sup>182</sup> Cfr. L. J. Loevinger. *Una introducción a la lógica jurídica*. Bosch, Barcelona, 1954; pp. 42 y 46.

de la vida. En este sentido, compete a los jueces la misión delicadísima de evitar la desnaturalización del derecho mediante la sabiduría práctica de sus resoluciones, y en este sentido también es posible adherir a la famosa fórmula de Karl Llewellyn: “Para mí, el Derecho es lo que los jueces resuelven respecto a sus litigios”, pero sólo en este sentido, porque una interpretación literaria de la fórmula, como pudiera hacerla algún filósofo del derecho libre, implicaría la negación del derecho no sólo como hecho histórico, sino también como concepto, supondría proclamar la total incertidumbre normativa, cuando no el despotismo judicial. Jerome Frank, el “enfant terrible” del realismo jurídico anglosajón, es uno de los pocos juristas que dentro del movimiento ha llevado las cosas a románticos extremos. Para él, el derecho no es en lo esencial un sistema de normas preestablecidas, sino resolución de cuestiones de hecho por la indagación empírica de jueces rectos y sabios, y si los jueces invocan conceptos y principios consagrados por la tradición y se remiten a la norma genérica o al precedente análogo, es porque se empeñan en disfrazar con el ropaje abstracto de la lógica formal lo que no tiene otra realidad que la del sano buen sentido ni otro fundamento que la utilidad social. Esta manera ilusoria de comprender la misión del juez proviene, según Frank, no sólo del influjo tiránico del pasado, sino de un prejuicio sin fundamento: la idea de que el derecho constituya previsibilidad y certidumbre. La verdad es otra. En el derecho reina lo incierto, y nadie puede prever la regla jurídica, sino cuando ésta ha sido ya formulada por los tribunales para la situación particular sometida a su conocimiento, de todo lo cual se sigue la necesidad de ensanchar el campo de acción discrecional de los jueces, único modo de eliminar falaces ilusiones y hacer que se correspondan la realidad jurídica profunda con sus apariencias superficiales.

Estas ideas de Frank han obrado como un reactivo poderoso en la retorta del complejo pensamiento jurídico norteamericano. Pero ni como teoría ni como política jurídica podrían resultar, en definitiva, satisfactorias.

Como teoría no constituye una inteligencia adecuada de lo que el derecho es en cuanto realidad histórica y posibilidad *a priori* de convivencia humana. Porque, históricamente y *a priori*, el derecho es ordenación normativa de la conducta social; prefiguración genérica, por tanto, de conductas y de posibles situaciones, y Frank toma un poco el rábano por las hojas al considerar que, porque no puede científicamente predecirse la resolución que va a salir de la cabeza de los jueces, sometida a la interna presión de afectos, valoraciones, impulsos religiosos y metafísicos, no hay previsión en el derecho. Aún en el caso francamente utópico de que el juez prescindiera de toda norma jurídica preestablecida y de todo precedente judicial, obra, si es juez, según normas de alguna clase que serán las de la utilidad, la bondad, la justicia o lo que se quiera,

pues si no invoca normas (y toda norma es prefiguración de conducta) ya no es juez, no tanto porque viole las reglas empíricas de su mandato, como porque transgrede el *a priori* de su función. Decidir sin normas que hagan genéricamente previsible lo que va a decidirse, es decidir como déspota, y el déspota no es juez, porque no juzga aunque dictamine.

Pero, además, tampoco podían triunfar las ideas de Frank como política-jurídica. Por esta vía es fácil abrir campo muy amplio para que la arbitrariedad y las manías individuales proliferen a su antojo, a pretexto de intuir lo concreto y renovar el derecho. El buen sentido norteamericano tenía que mirar con suspicacia el riesgo de caer en el desorden del impresionismo judicial, por escapar al superorden de la jurisprudencia formalista. Roscoe Pound, a quien se remontan en Norteamérica todas las corrientes del realismo jurídico, había ya dado ejemplo de cordura en este respecto. Su impugnación de la idea del derecho como regulación mecánica de la conducta, es decir, como “aplicación de reglas estrictamente definidas, de concepciones precisamente delimitadas y de lógicas deducciones derivadas de principios exactamente formulados”<sup>183</sup> ha sido vigorosa y profunda. El problema de la aplicación del derecho es para él un problema de individualización. “No existen -escribe- dos casos de negligencia que sean iguales”. No son los rasgos generales de dichos casos, para los que bastaría la aplicación mecánica de reglas, sino las especiales circunstancias que exigen la aplicación intuitiva de un estándar lo que en ellos importa. No hay nada que sea único en una letra de cambio, mas, por el contrario, todo lo que se refiere a la conducta humana es un acontecimiento único. Pero se percata, igualmente, del peligro de una reacción que pueda lanzar el derecho al otro polo, al de la atrabilis subjetivista, por eso, cuando se trata de fijar la idea del orden jurídico, no olvida que junto al elemento particularizador, dinámico y creador, está el otro, el elemento generalizador, estático y prefigurativo y, escribe, por ejemplo, “(...) el orden jurídico también es un proceso. Consiste en un proceso de ordenación, en parte, por medio de la administración de justicia, en parte, por medio de intervenciones administrativas, en parte, mediante formulación de preceptos jurídicos que sirven de orientación para suprimir conflictos o para reducirlos al mínimo y evitar que los individuos entren en colisión, para lo cual, se le señala a cada uno el camino que debe seguir”. Insiste en que el derecho es algo más que un cuerpo de reglas; también forma parte de él el pensamiento y el arte profesional mediante el cual esas reglas se aplican y hacen eficaces, pero consiste siempre en “reglas, principios, conceptos y *standards*, para la conducta y la decisión”<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Nathan Roscoe Pound. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Ariel, Barcelona, 1950; p. 204.

<sup>184</sup> Nathan Roscoe Pound. *Ibid.*; p. 206.

Por esta vía ecléctica han seguido a Pound varios importantes pensadores del pragmatismo jurídico norteamericano. Benjamin N. Cardozo, sucesor suyo en influencia e importancia, reconoce en el derecho no únicamente lo dado al juez como antecedente a qué ceñirse (normas y precedentes), sino también cuánto se le ofrece como finalidad que alcanzar y problema nuevo que resolver en forma creadora. En espléndida frase ha señalado que todo nuevo caso es un experimento que ha de hacerse “en esos grandes laboratorios del Derecho que son los tribunales de justicia”<sup>185</sup>. Pero es indudable que para Cardozo no opera en esos laboratorios la alquimia, sino la ciencia. La creación judicial no puede quedar entregada al azar de la inspiración o a la atrabilis de los jueces. “La creación lógica no deja de ser un bien -sostiene- porque no sea el bien supremo”<sup>186</sup>.

Del hecho de que el juez tenga el poder y aún el deber de legislar intersticialmente para llenar los vacíos de la ley y dilucidar los puntos oscuros o ambiguos de su pensamiento no se sigue la conclusión, defendida por algunos, de que el derecho sea lo que los jueces reclaman<sup>187</sup>. La misión del juez no puede ser la de sustituir las normas existentes por otras normas que ellos estimen más excelsas. “El juez ni aun cuando es libre, es completamente libre. Él no puede innovar a gusto y placer. No es un caballero errante que va de un lado a otro a voluntad, en procura de su propio ideal de belleza y bondad. Él debe sacar su inspiración de principios consagrados. No puede ceder a sentimientos espasmódicos, a una benevolencia vaga y sin reglas”<sup>188</sup>. La conclusión a que de este modo llega la jurisprudencia experimental tiene el marcado sabor de un principio normativo de política jurídica. Cardozo recomienda y exige una determinada forma de comportamiento a los jueces, en conexión con las normas preexistentes.

Nosotros pensamos, al adherir a esa política con todas las reservas antiformalistas a que hemos hecho ya alusión, que se trata de algo mucho más radical y significativo: de un principio de ontología jurídica. No sólo nos parece que los jueces deban regular sus decisiones según normas preexistentes y que es *conveniente* constituir el derecho de acuerdo con el principio de prefiguración, sino que, previo a todo eso, el juez sólo es juez y el derecho sólo es derecho en cuanto ese principio vale como estatuto de la conducta de aquél y como descripción de la esencia de éste. El derecho es regulación prefigurativa de conducta y el juez es quien juzga atendándose a esa regulación. Se trata, obviamente, de conceptos *a priori*, a los que no

---

<sup>185</sup> Benjamin N. Cardozo. *La naturaleza de la función judicial*. Arayú, Buenos Aires, 1955; p. 13.

<sup>186</sup> Benjamín N. Cardozo. *Ibid.*, p. 20.

<sup>187</sup> Benjamin N. Cardozo. *Ibid.*, p. 99.

<sup>188</sup> Benjamín N. Cardozo. *Ibid.*; p. 113.

podrá sustraerse nunca una descripción adecuada de esa forma de vida, a la cual convenimos en llamar jurídica. Toda otra descripción podrá, tal vez, corresponder a alguna realidad pero ésta no será ya la del derecho.

## 15. La irretroactividad de las normas

Lo propio ocurre con la irretroactividad de las normas, la tercera de las formas institucionales de la seguridad jurídica. Por su esencia misma, y justamente en la medida en que regula prefigurativamente la conducta humana, el derecho no puede regir el pasado<sup>189</sup>. Semejante limitación radica en la naturaleza de las cosas<sup>190</sup> y es anterior a todo requerimiento de la seguridad jurídica. Aún sin que ésta lo hiciera necesario, no podría acomodarse al esquema regulador de la norma una conducta que ya existió. Hay una irretroactividad esencial de la norma jurídica. Otras normas, las éticas, por ejemplo, son esencialmente retroactivas<sup>191</sup>.

Sin embargo, se habla del principio de la irretroactividad de las leyes y este principio no es, por cierto, una perogrullada. ¿Cuál es, pues, su sentido? Fundamentalmente el de dar seguridad: se trata, entonces, de un principio funcional o pragmático de irretroactividad, porque, si es imposible requerir del pasado su acomodación a normas presentes, no lo es requerirlo de situaciones actuales que son consecuencias de situaciones pretéritas. Así, por ejemplo, si es imposible exigir a nadie que un contrato de usufructo, ya celebrado, satisfaga una solemnidad impuesta por la ley después de su celebración, no lo es disponer que cesen los efectos de tal contrato a partir del instante en que la nueva ley entra en vigencia, pero semejante posibilidad es, justamente, la que pone en peligro la seguridad jurídica y, por ende, la propia existencia del derecho pues el hombre actúa comúnmente en función de fines, esto es, de cuanto espera o se propone, y no puede esperar ni proponerse cosa alguna quién ignora con qué ha de contar en el futuro, quien carece de expectativas respecto a ciertas principales relaciones humanas. El principio de la irretroactividad, considerado en éste su aspecto funcional, tiende, verdaderamente, a hacer posible ese esquema. Se trata, por consiguiente, de

---

<sup>189</sup> Cfr. Capítulo VII, 4.

<sup>190</sup> En varias ocasiones Millas recurre a la teoría de la “naturaleza de las cosas”. Esta doctrina antigua, revivida en los tiempos modernos y muy apreciada por el iusnaturalismo sostiene que las cosas mismas son fuente de derecho, esto en tanto las cosas por su naturaleza exigen un determinado comportamiento del hombre frente a ella. En definitiva, como sostiene Michel Villey, “Aristóteles extrae de la naturaleza, de la observación de las cosas, un derecho, *dikaion phisikon*”. Cfr. Michel Villey. “La naturaleza de las cosas” en Carlos J. Messini-Correas. *El iusnaturalismo actual*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996. (N..del E.).

<sup>191</sup> Cfr. Capítulo VII, 4.

una idea de orden práctico, no de un concepto *a priori*. De ahí proviene el hecho -señalado ya por Josserand aunque con nomenclatura un tanto inapropiada- de que si es cierto que la irretroactividad obliga absolutamente al juez, no constituye una barrera implacable para el legislador. “La Cámara -dice- puede dejarla de lado cuando les plazca buenamente; su voluntad puede manifestarse en dicho sentido, expresa o tácitamente”<sup>192</sup>, pero es claro, el legislador aquí aludido es el de la Constitución. Las leyes no podrían, sin invalidarse, declarar efectos retroactivos si éstos se hallaren expresamente prohibidos por aquélla. La irretroactividad es, pues, teóricamente, un principio legislativo, no constitucional. En la práctica, no obstante, se trata realmente de un principio judicial. Es, por ejemplo, lo que ocurre en el derecho civil chileno.

Nuestra *Constitución Política* de 1925 no consagra una norma general de irretroactividad legislativa en materia civil. El legislador puede, pues, entre nosotros, dictar leyes de efecto retroactivo en materia civil, ya que no hay norma jurídica superior que lo limite. La disposición fundamental en este orden de problemas es el artículo 9° del *Código Civil*. “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”, pero esta norma, que podría derogarse general o circunstancialmente por el legislador, no se propone regular su conducta, sino la del juez. Es, en realidad, una norma de interpretación legal que está mal formulada.

Aparentemente al decir, “la ley sólo puede” y “no tendrá jamás (...)” regularía el contenido de las leyes, definiría su condición *qua lex* en forma tal que sería el legislador, al dictar leyes, quién habría de sujetarse a ella, pero como no se trata de una disposición constitucional, su alcance no puede ser ése. A lo que verdaderamente se refiere es a la aplicación de la ley y se dirige al juez, prohibiéndole aplicar la ley con efecto retroactivo, esto es, aplicarla a situaciones jurídicas originadas por actos anteriores a la promulgación de la ley nueva.

En materia penal, en cambio, el principio de irretroactividad no es sólo judicial, sino también legislativo, y se expresa por modo genérico en la norma constitucional de 1925, en su artículo 11, que prohíbe condenar a nadie “si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”. El principio de irretroactividad obliga aquí no únicamente al juez, sino al propio legislador quien no podría conceptuar de delictuoso o culpable, en el sentido jurídico de esta conceptualización, acto alguno cometido con anterioridad al pronunciamiento legislativo.

---

<sup>192</sup> Louis Josserand. *Derecho civil*. Revisado y completado por Andrée Brun. Tomo I vol. I número 79, Bosch y Cía. editores, Buenos Aires, 1952; p. 77.

Ahora bien, la idea pragmática de la irretroactividad, y justamente porque es pragmática, admite derogaciones: el legislador concede, a menudo, efecto retroactivo a las normas cuando el fin perseguido por la irretroactividad ha de ser supeditado a fines más valiosos. La función de la irretroactividad es la de garantizar la seguridad jurídica o, mejor, una determinada forma de esa seguridad, mas si tal forma de seguridad se convierte en obstáculo para la transformación del derecho, el derecho no tarda en abrogarla reconociendo efectos retroactivos a una ley posterior. Como principio funcional que es, la irretroactividad jurídica puede ser también funcionalmente modificada o extinguida, pero esto no por modo absoluto: la retroactividad sólo puede ser excepción, jamás principio general. Y la razón es obvia. La irretroactividad del derecho, es, verdaderamente, un aspecto especial del carácter prefigurativo de las normas jurídicas. Sólo porque éstas, proyectando hacia el futuro su función reguladora, dejan intactas las situaciones derivadas de normas y expectativas jurídicas precedentes, es posible que tenga sentido y pueda operar el principio de la prefiguración de lo lícito e ilícito. Si nuestras decisiones estuvieran en cualquier momento expuestas a nuevas instancias reguladoras, obraríamos, en realidad, jurídicamente a ciegas, careceríamos de todo patrón prefigurativo de conducta. Peor aún, si la norma es norma en sentido lógico en cuanto prevé conminatoriamente bajo la forma del deber ser una conducta posible, en sentido funcional sólo es norma cuando lleva implícita la idea de una cierta práctica o invulnerabilidad de sus efectos. A la idea de que tal conducta es debida con tales consecuencias va, verdaderamente, asociada la idea de que, realizada la conducta prevista como debida, seguirán verdaderamente aquéllas consecuencias.

Es claro que esta integración del sentido de la norma no está dada en su mera estructura lógico-formal. Desde el punto de vista de la forma del pensamiento normativo, del sentido lógico del precepto, no se encuentra en él otra cosa que la coordinación de dos imputaciones preceptivas de consecuencias para sendos antecedentes de conducta. Si “A” es, “debe ser B”, y si “B” no es, “debe ser C”<sup>193</sup>: es el esquema que ya conocemos, mas -y lo sabemos también- este esquema no nos da el sentido pleno de la norma jurídica. Su plenitud de sentido se obtiene cuando la reintegramos al mundo de donde se la extrajo para aislar y examinar sus constantes lógico formales: el mundo de las relaciones reales de conducta entre seres humanos. Descubrimos, entonces, que la norma jurídica no es sólo esquema intelectual del deber ser *sui generis*, sino, además, un canon de acción que sólo puede entenderse psicológicamente como requerimiento de conducta y expectativa (no ya sólo imputación) de consecuencias.

---

<sup>193</sup> Dicho en términos lógicos: “O (A => B) (-B => (O) C)”. (N. del E.).



La propia seguridad jurídica es, en lo esencial, expectativa, la más importante de todas cuantas sostienen psicológicamente la norma como pensamiento real de reales sujetos.

El análisis del principio de irretroactividad nos conduce, ahora, a otra de estas integrantes psicológicas del sentido pleno del precepto: la expectativa de invulnerabilidad de sus efectos. Sin ella, la norma no puede funcionar realmente como tal; pierde la plenitud de su sentido y se hace impotente.

## **16. Las normas nomogenéticas o de autorregulación del derecho**

Por lo visto, la seguridad jurídica, tan simple en el concepto, es, en su realidad concreta, un delicado aparato de relojería institucional. Basta perturbar una de sus finas redecillas para que el sistema entero se paralice y no exista ya seguridad. Anúlase el principio de prefiguración de lo lícito y cesa el derecho. Elimínese la norma de irretroactividad y no hay ya, propiamente, un orden jurídico. Hágase excusable el cumplimiento, y sobreviene el derrumbe normativo, y, sin embargo, estas necesarias condiciones no son aún suficientes. La seguridad jurídica requiere de otros sutiles resortes todavía. El más curioso, quizás, y, en todo caso, uno de los más decisivos, es el de la autorregulación del derecho. Sin ella no habría posibilidad de orden jurídico.

La razón es obvia. Un orden jurídico existe -hemos dicho- cuando las relaciones de convivencia entre dos o más sujetos se encuentran normativamente *prefiguradas* en forma tal que cualquiera de ellos sabe lo que, con la garantía del poder público, puede él exigir, y lo que, con igual garantía, puede a él mismo exigírsele, todo ello dentro de ciertos límites de variabilidad, también conocidos. La situación vital así generada es, precisamente, la seguridad, meta fundamental del derecho. Su esencia radica en una cierta previsibilidad normativa del comportamiento humano en un orden social, mas este orden social depende él mismo de unos determinados comportamientos: el de quienes, en un momento dado, lo estatuyen total o parcialmente, formulándolo y poniéndolo en vigencia. Ahora bien, si estos actos generadores del derecho, radicados en cierto modo fuera de él, puesto que lo crean, no fueran de alguna manera previsibles, la seguridad jurídica sería en extremo precaria. Habría seguridad, indudablemente, dentro del sistema en vigencia; mas, expuesto el sistema en su totalidad y cada una de sus partes a imprevisibles alteraciones derivadas de actos no regulados de poder, aquella seguridad haríase ilusoria. Sabríamos, por ejemplo, a qué atenernos respecto de nuestra capacidad para contratar en vista de la norma vigente que exige 18 años, pero si al mismo tiempo la exigencia o validez de la norma no estuviera ella misma de alguna manera asegurada, nuestra situación sería jurídicamente incierta y vulnerable

La seguridad jurídica plena sólo puede existir allí donde los actos generadores del derecho hállanse ellos mismos incluidos dentro de él. Esto significa que tales actos están regidos por normas del propio derecho o, mejor, como se ha dicho, que el derecho autorregula su crecimiento. En efecto, en el sistema mismo de las normas hay unas, llamémoslas convencionalmente, *normas nomogenéticas* cuya función es regular la génesis de otras normas, disponer sobre su validez y vigencia.

Se trata, en realidad, de una clase muy amplia y compleja de preceptos, fáciles, no obstante, de discernir dentro del sistema. Pertenecen, en general, a ella, todas las reglas destinadas a prever las condiciones formales de los actos generadores de obligaciones y derechos. Ellas prevén qué es norma y qué no lo es, según el modo de gestación. Naturalmente, sólo las normas reguladoras de este aspecto de la validez pueden considerarse nomogenéticas, porque la validez de un precepto depende también de su contenido, previsto en otras normas. La violación de éstas lo hace inválido y, no obstante, ellas no son nomogenéticas por no regular la materia propia de esta clase de normas: la forma del acto generador.

En esta distinción se funda, a no dudar, uno de los mecanismos protectores de la constitucionalidad de las leyes, el de la inaplicabilidad. Consultado, por ejemplo, en nuestro régimen jurídico, la ley que entre nosotros viole un precepto constitucional sustantivo debe ser aplicada por el juez, sólo al Tribunal Constitucional incumbe pronunciarse sobre aquella violación, declarando la respectiva ley inaplicable al caso sometido a la jurisdicción del juez. Se trata, no obstante, de la declaración de inaplicabilidad de una ley y porque no habiendo transgredido los preceptos nomogenéticos de la Constitución, se genera como tal.

No ocurre lo propio, en cambio, con la transgresión de tales preceptos. Una regla de conducta que de algún modo los vulnere no es ley y, por tanto, los jueces inferiores no tendrán que aplicarla, independientemente de una eventual declaración del Tribunal Constitucional.

## **17. Diversas especies de normas nomogenéticas**

Es fácil reconocer, a partir de su concepto, varias clases de normas nomogenéticas. Todas ellas se encuentran de algún modo enlazadas según la relación de dependencia de la pirámide jurídica: las normas nomogenéticas de mayor generalidad son el fundamento de las normas nomogenéticas menos generales. Es decir, que toda norma nomogenética debe, a su vez, haber sido generada según las prescripciones formales de una norma nomogenética de mayor generalidad.

a) Las normas nomogenéticas supremas son, naturalmente, las que regulan la reforma constitucional, es decir, las que prevén el modo como se han de generar las nuevas disposiciones constitucionales. Constituyen, a no dudarse, el mecanismo autorregulador por excelencia de un sistema jurídico ya que, en su generalidad, abrazan el sistema entero formando la cúspide nomogenética de la pirámide jurídica. No cabe en este caso llevar el límite hasta la norma categorial o más allá hasta el fundamento axiológico<sup>194</sup>, porque si éstos son la cúspide de las relaciones de validación no envuelven preceptos relativos a la forma de autorregulación jurídica. La norma categorial manda acatar al primer legislador, y el fundamento axiológico exige extrajurídicamente obediencia al derecho, pero no prescribe el modo como éste ha de generarse formalmente. Las reglas sobre reforma constitucional son, pues, las reglas nomogenéticas fundamentales.

b) Les siguen, en orden de generalidad decreciente, los preceptos constitucionales relativos a la generación de las leyes propiamente dichas: estos preceptos señalan el órgano competente para dictarlas y las formalidades que han de observarse en su gestación. “Expresión de la voluntad soberana manifestada en la forma prescrita por la Constitución (...)” dice, definiendo la ley, el artículo 1º del *Código Civil*. Alude, indudablemente, a las normas constitucionales y de carácter nomogenético, pero él mismo es un precepto de este carácter, aunque de un tipo especialísimo; con su propia legalidad derivada de la Constitución a que alude no puede considerársele de idéntica naturaleza general que las disposiciones de aquélla. En realidad, desempeña sólo una función expositiva, confirmatoria de la Constitución, hasta calificatoria del pensamiento de nuestro régimen jurídico, pero, en última instancia, superflua para el mecanismo autorregulador de nuestro derecho. Como muchas otras disposiciones del Título I del *Código Civil*, es, verdaderamente, una norma constitucional desplazada de su lugar natural y propio.

c) En orden de generalidad, siguen las normas nomogenéticas relativas a la génesis y forma de las resoluciones de autoridad pública, que no tienen el carácter general de una ley, y las normas relativas a los actos jurídicos del derecho privado. En la propia Constitución de 1925 pueden contenerse normas de esta tercera especie. Es cierto que la mayoría de las reglas nomogenéticas de la Constitución versan sobre la formación de la ley en sentido estricto, pero hay un buen número de ellas relativas a normas de otra

---

<sup>194</sup> Cfr. Cap. VII, 6 y Cap. VIII, 9 y 10.

índole. Tal es, en nuestro derecho, el caso de las disposiciones que regulan el modo cómo las cámaras se pronunciarán sobre las acusaciones contra las magistraturas del Estado o contra sus propios miembros, y el de las normas relativas a la elección del Presidente de la República, cuando corresponda hacer esta elección al Congreso pleno<sup>195</sup>. Tal es, también, el caso de la norma que exige refrendar los reglamentos y decretos del Presidente de la República en la firma del ministro respectivo (Art. 75 de la *Constitución de 1925*), pero el mayor número de normas nomogenéticas lo encontramos en las leyes especiales, reguladoras de las diversas magistraturas en su aspecto formal. El derecho administrativo nos ofrece múltiples ejemplos, pero los de mayor interés son los del derecho procesal, porque éste, en uno de sus básicos aspectos, está destinado a regular las funciones normativas de los jueces. Toda resolución judicial es una norma -norma singular, por cierto- en cuanto directa o indirectamente prescribe una conducta. Los preceptos que prescriben la forma válida de tales resoluciones serán normas de inequívoca índole nomogenética. Así, por ejemplo, las normas procesales relativas al procedimiento generador de una sentencia no son resoluciones judiciales obligantes, por ende, de las partes o de terceros -cualquiera declaración de un tribunal: su génesis hállese estrictamente prevista, como se halla también previsto, en muchos de sus aspectos, su mismo contenido.

Este esquema de los preceptos nomogenéticos se completa, finalmente, con las normas del derecho privado relativas a la génesis de los actos jurídicos. Los actos jurídicos del derecho privado son, también, normas singulares como las sentencias. Consisten, en efecto, en declaraciones obligantes de voluntad que en su obligatoriedad prescriben conductas para quien las emite. Un acto jurídico unilateral (un testamento o la aceptación de una herencia, por ejemplo) y un acto jurídico bilateral (un contrato, por ejemplo, o una convención de cualquier otro carácter) son, en su esencia, esquemas reguladores del comportamiento, aunque en sus efectos normativos estrictos sólo alcancen a quienes directa o indirectamente han intervenido en ellos y a sus sucesores legítimos. Estos actos se encuentran también formalmente preconstituidos en las leyes que prescriben el modo de su generación legítima. Tales prescripciones son de naturaleza nomogenética: así, por ejemplo, las que disponen sobre la capacidad, el consentimiento, las solemnidades y demás requisitos de validez de los actos jurídicos.

---

<sup>195</sup> En realidad, toda disposición relativa al modo de hacer una designación es de carácter nomogenético, pues la resolución en que se expresa una designación es una norma, aunque de tipo singular. Así, es necesario reconocerle también aquel carácter al artículo 63 de la *Constitución Política de Chile* de 1925, que al disponer “el Presidente será elegido en votación directa por los ciudadanos con derecho a sufragio (...)”, se está regulando el modo cómo el pueblo ha de formular la más importante de las resoluciones normativas de orden político.

La ley es el repertorio principal de las normas nomogénicas de esta clase, pero las hay, también, de otro origen. A menudo provienen de resoluciones del poder ejecutivo, como ocurre, por ejemplo, con las normas reguladoras de los actos de las corporaciones de derecho privado, las cuales pueden regirse por estatutos aprobados por decretos del Presidente de la República.

Queda así exhibido, en sus líneas generales, el sistema de la autorregulación genética del derecho: de las normas relativas a la reforma constitucional, de las normas relativas a la génesis de los actos jurídicos del derecho privado, pasando por las normas relativas a la génesis de la ley. Así, el orden jurídico se presenta como un organismo regulador de su propio crecimiento.

Naturalmente, la autorregulación genética del derecho -tema de las presentes investigaciones- no es la única forma de autorregulación, ni mucho menos la única condición de su crecimiento. Por una parte, el derecho se autorregula, también, predeterminando, mediante los enlaces implicativos y teleológicos de sus normas<sup>196</sup>, la materia de sus preceptos. Así, por ejemplo, la disposición constitucional sobre garantías individuales impide la dictación de leyes que pudieran atentar contra la igualdad jurídica o contra la inviolabilidad del hogar. Así, también, las normas de derecho civil sobre la ilicitud del objeto eliminan la posibilidad de normas contractuales que prescriben conductas ilícitas. El contenido de las normas especiales se halla, pues, en diversos grados, supeditado al contenido de las normas de jerarquía superior.

## **18. La regulación externa del derecho**

Por otra parte, el derecho es regulado también desde el exterior, heterónomamente, por la vida, de la que es instrumento. De ella proviene todo el impulso de su transformación y crecimiento. La regulación interna es, como la muestran las reflexiones anteriores, en gran medida un mecanismo de contención: por ella se delimitan las prerrogativas, se acota el poder, se definen las formas de los actos reduciendo al *mínimum* lo imprevisible e incierto. La regulación exterior es, en cambio, el verdadero factor dinámico del derecho. Nuevas necesidades engendran nuevas normas, nuevos ideales de vida promueven nuevas instituciones. El derecho viene de este modo a constituir un estado de relativo equilibrio entre los mecanismos internos de su autorregulación, predominantemente limitativos y conservadores, y los exteriores, predominantemente expansivos y renovadores.

---

<sup>196</sup> Cfr. Cap. VII, número 5.

Las cosas, claro está, no deben tomarse en este punto con criterio demasiado esquemático.

También la interna fisiología jurídica contiene recursos de expansión. Ya entre los reguladores nomogénéticos encontramos algunos de función regenerativa. Las normas relativas a la *Reforma Constitucional* o a la modificación de las leyes, junto con limitar el proceso de transformación permanente y espontánea del sistema en vigencia, lo facilitan también, puesto que lo prevén, y al preverlo, le procuran medios para su cumplimiento y consolidación institucional, pero esta función, excepcional aquí, es dominante en los mecanismos de autorregulación material. Frecuentemente, las leyes generales son apenas proyectos de legislación especial que derivan de aquéllas su fuerza expansiva. Piénsese, si no, en todo lo que significa el famoso principio del artículo 10 N° 7 de nuestra *Constitución Política* de 1925 según el cual “la educación pública es una atención preferente del Estado”. Se trata, en verdad, de un germen jurídico susceptible de multiplicarse en innumerables iniciativas institucionales, de un verdadero factor interior de crecimiento del derecho chileno. Claro está que estas fuerzas internas del crecimiento suelen ser impotentes porque, en definitiva, son los factores exteriores los que determinan el proceso total. Este mismo principio no ha operado todavía en toda su potencia germinativa y otros -como el del artículo 20, que consagra la indemnización de los perjuicios “efectivos o meramente morales” que hubiese sufrido el individuo injustamente procesado en causas criminales o el artículo 19, que prohíbe aplicar “tormento”- no pasan de ser aún mera expectativa de una legislación adecuada, que sirva realmente, y no sólo, en principio, a la justicia.

## **19. El organismo público frente al derecho**

La idea del derecho como limitación de las esferas del poder, sin representar exactamente la completa función de aquél, corresponde a un aspecto importante de su tarea. Atañe al derecho, en efecto, por modo principal, poner límites a la acción del poder espontáneo u organizado de individuos y grupos y hasta de la propia sociedad política en cuanto comunidad universal de todos los objetos de poder. En este sentido, y sólo en éste, tiene razón Bodenheimer cuando afirma: “Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno”<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> Edgar Bodenheimer. *Op. cit.* Cap. II, 5; p. 29.

Examinada ya la insuficiencia de este pensamiento, cuyo defecto principal estriba en marcar el momento limitativo y negativo del derecho a expensas de su fase expansiva y positiva, podemos atender ahora a su parcial adecuación a la naturaleza de las cosas.

El análisis de las instituciones de seguridad ha venido mostrándonos ya esa adecuación, si no en todas, como es fácil verlo, en algunas por lo menos, la seguridad radica en una cierta limitación de las esferas del poder. Forzaríamos, tal vez, su naturaleza si quisiéramos dilucidar el principio *ignorantia juris non excusat* mediante la idea de la limitación de poderes porque ese principio provee la seguridad, no en cuanto restrinja acciones posibles o delimite la zona activa del poder público o privado, sino en cuanto compele al cumplimiento de lo mandado, independientemente de eventuales excusas de los súbditos, las normas prefigurativas de lo lícito e ilícito, las de autorregulación del derecho y las de irretroactividad se hallan, en cambio, en otra situación. Todas ellas, en efecto, implican una esencial y directa limitación de la potestad pública y privada. La acción de individuos y grupos, y de la propia comunidad política, hállase limitada en función de que en un caso se predetermina como lícito de lo que en otro se define como norma auténtica correctamente generada y de lo que, en fin, es admisible como ámbito temporal adecuado. Lo propio va a mostrarnos, más adelante, el análisis de la prescripción y de la cosa juzgada.

Pero la institución de seguridad en donde la función limitativa se hace más patente es en la vinculación del órgano público al derecho.

Sólo puede haber orden jurídico ahí donde el poder público hállase él mismo sujeto a normas y ello porque la seguridad -esencial al derecho- es función directa de la certeza con que podamos atenernos al comportamiento de quienes ejercen los poderes más amplios y menos vulnerables. No siempre estamos en situación de defendernos frente a la arbitrariedad del ciudadano privado, sobre todo si nuestra desventaja frente a él es de orden económico, pero al margen de la autoprotección con que de todos modos contamos, es decididamente mayor que la que nos deja el poder público arbitrario. Frente a éste, la indefensión es casi total. Sólo puede protegernos, en verdad, su propia sujeción al derecho.

Ésta es la función esencial del derecho público. “No hay Derecho público sino en un Estado donde el gobierno se ve obligado a actuar dentro de límites bien definidos”<sup>198</sup>, pero la cosa es más radical que eso: no hay verdaderamente derecho sino ahí donde hay un buen derecho público, esto es, donde los órganos individuales y colectivos del Estado se hallan, en

---

<sup>198</sup> Edgar Bodenheimer. *Op cit.* Cap. II; 39.

cuanto tales, vinculados al derecho. Sin esta vinculación todo el ámbito jurídico restante, el del derecho privado, quedaría afectado de una inseguridad que, sin serle consustancial, le alcanzaría radicalmente. Su orden, en efecto, estaría en todo momento expuesto a alterarse por la intervención imprevisible y no regulada (es decir, despótica) del poder público, no sería, estrictamente hablando, un orden jurídico, pues es de la esencia del orden jurídico, según hemos demostrado, la inclusividad normativa total, que aquí precisamente faltaría.

El derecho es un orden, pero es un orden total. Son incompatibles las ideas de orden jurídico y de orden parcial, es decir, de un orden supeditado en su validez a la acción de un poder no incluido dentro del mismo orden.

La vinculación del órgano público al derecho es, por lo pronto, limitativa y se expresa, sobre todo, en el viejo principio de que en derecho sólo son lícitos los actos expresamente permitidos por la ley. La *Constitución Política de Chile de 1925* desarrolla este principio minuciosamente: “La soberanía reside esencialmente en la Nación (...)” (Art.2). “Ninguna persona o reunión de personas pueden tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos ni hacer peticiones en su nombre (...)” (Art.3). “Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes (...)” (Art.4)<sup>199</sup>.

Sin embargo, no debe identificarse esta idea de la vinculación del poder público al derecho -idea meramente descriptiva de un carácter esencial al derecho como tal- con ninguna particular doctrina o política jurídica. Fácil es confundir, en este punto, las cosas y pensar que estas consideraciones promueven una concepción liberal del Estado. El liberalismo clásico pone énfasis, en efecto, en la necesidad de estrechar el imperio del Estado y en la función limitativa del derecho público, pero una reflexión alerta no debiera extraviarse en el problema. La vinculación del poder público es, más que un ideal del derecho, su idea misma. No hay régimen jurídico sino mediante esa vinculación, y lo que esa vinculación determina es la sujeción del poder público a normas que definan prefigurativamente su jurisdicción, sin que en esto importe el contenido particular de esas normas. Es un principio formal,

---

<sup>199</sup> La *Constitución Política de 1980*, que reemplazó a la de 1925, establece: “La soberanía reside esencialmente en la Nación (...) Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio” (art.5 inc.1). “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupos de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (art.7 inc.2). (N. del E.).



no material. Que esas normas restrinjan o ensanchen, en cualquier sentido, la acción del órgano público, es indiferente al principio de vinculación. Lo importante es la existencia de un estatuto regulador del poder público, en cuya virtud se haga posible la seguridad jurídica. Monarquía o república, estado liberal o socialista, son formas posibles del derecho político, igualmente consonantes con el principio, que no es ideológico, sino descriptivo.

## **20. La cosa juzgada y la prescripción**

El orden jurídico, como sistema de normas prefigurativas, implica, en su propia función de seguridad, una cierta marginal inseguridad. La conducta mentada por las normas es siempre, en efecto, conducta potencial, que será derecho de alguien, obligación correlativa de otro, o derecho y obligación a la vez, radicados en un mismo sujeto, mas toda conducta potencial, en cuanto lo es, engendra en torno suyo, en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, la incertidumbre de si va a ser o no realizada, o de cuándo va a tener lugar esa realización. Así, las normas, prefigurando la conducta en función de la seguridad, engendran la inseguridad secundaria del eventual ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones previstas en ellas. Como mecanismos institucionales de la seguridad genérica, tanto la cosa juzgada como la prescripción, tienden a eliminar esa incertidumbre. Ambas, en efecto, cumplen una misma función esencial: poner fin al estado potencial de una conducta jurídicamente significativa; surge así la seguridad de que esa conducta eventual no podrá ya ejercitarse con efectividad jurídica. Es lo que, por ejemplo, ocurre con quien vio rechazada su calidad de heredero al pretender en juicio una finca de Cayo: la cosa juzgada engendra para su contradictor la certeza de impedir no sólo la eventual concurrencia del mismo litigio sino, además, toda potencial acción de Cayo sobre otro bien de sucesión, invocando el mismo derecho denegado. Así también, por prescripción extintiva de mi derecho de acreedor frente a Ticio, deja de existir como conducta en potencia el eventual ejercicio de mi acción: Ticio tiene ahora la certeza de que no será ya, con efectividad jurídica, requerido de cumplimiento. La cosa juzgada es la condición de inmutabilidad conferida por el derecho a las resoluciones judiciales contra las cuales no proceden ya recursos o, si proceden, éstos no prosperaron o no se interpusieron. Como toda institución jurídica, ésta no puede entenderse sino como un expediente pragmático en función de su finalidad. Lo que trata de alcanzar es la seguridad jurídica, evitando la renovación de los litigios y el conflicto de fallos contradictorios. Es, pues, del todo innecesario recurrir a la idea de una

supuesta presunción o ficción para hacer inteligible su naturaleza y espíritu. No se aclaran, en absoluto, las cosas viendo en la cosa juzgada una presunción o una ficción de justicia o verdad de la sentencia. Fallos manifiestamente contrarios a derecho, respecto a los cuales toda “presunción” de verdad es absurda, gozan también de la invulnerabilidad de la cosa juzgada. ¿Habrá aquí, pues, ficción de su verdad? Sería, en todo caso, una ficción no sólo forzada, de esas que sólo tienen sentido en el mundo mágico de los juegos y de la poesía, sino, además, innecesaria. Los romanos decían, es cierto, *res iudicata pro veritate habetur*. Procuraron así una solución psicológica moral a un problema de índole estrictamente formal y pragmático. ¿Por qué no se ha de renovar el pleito fallado injustamente? ¿Por qué se reputa expresión a la verdad? Pero esto lleva implícita una premisa jurídicamente infundada: que los fallos se cumplen porque son justos, lo cual es falso. Los fallos se deben cumplir, en sentido jurídico, porque son fallos. Fallo, en el sentido jurídico del término, es la resolución que se debe cumplir si se ha expedido por quién podía y debía enunciarla, y en las condiciones normativamente previstas. La autoridad del fallo es “consecuencia necesaria del poder de jurisdicción dado al juez”<sup>200</sup>. Ahora que, para cumplir los fines del derecho convenga, además, que el fallo sea justo, es indudable; por eso se toman todas las precauciones posibles para evitar la injusticia y hasta se apela, en ocasiones, a la conciencia moral de los jueces. Lo que crea el deber ser de la sentencia no es que sea buena, sino que la pronunció el juez competente. ¿Engendra esto el deber, no ya jurídico, sino moral, del cumplimiento? Este es otro problema relevante a nuestro asunto. En estricta moral sí, como lo creyó Sócrates, aún contra su propia conveniencia, pero no discutamos aquí la cuestión, porque de lo que aquí se trata es de determinar las condiciones de una obligatoriedad jurídica, esto es, de imputación de ciertas consecuencias, dados ciertos antecedentes. El antecedente es aquí “hay fallo”; el consecuente es, *a priori*, “debe cumplirse”. La proposición “un fallo debe cumplirse” es una proposición analítica, pues la exigencia del cumplimiento está dada en el concepto mismo del fallo. La cosa juzgada es, por consiguiente, parte constitutiva de la sentencia, instrumentación propia de su cumplimiento, por eso es que puede hacerse valer como acción y como excepción: como *acción* del que ha obtenido en el juicio la ejecución de lo fallado, y como *excepción* para impedir que se reabra el mismo litigio, es decir, que pueda, eventualmente, no cumplirse el fallo. Así, pues, es de todo punto inadecuada la idea de que la cosa juzgada implica una ficción de sentencia

---

<sup>200</sup> Cfr. E. Glasson y A. Tissier. Citado por Esteban Ymaz en *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*. Arayú, Buenos Aires, 1954; p. 10.

buenas. Si la sentencia tiene por función esencial poner término a un litigio, resolver la *litis*, se la hace inmutable justamente por eso y no porque finjamos que sea justa.

Pero hay todavía otra razón. Dentro de un orden jurídico vigente, *toda norma es derogable por otra norma* válidamente generada según las reglas nomogenéticas del propio orden. *Lex posterior derogat priori*, decían los romanos. La costumbre y el desuso derogan también las normas válidas si, expresa o tácitamente, las normas del orden jurídico vigente les reconocen fuerza derogatoria. Si no obstante, como a veces ocurre, un uso se impone contra norma, no puede hablarse de derogación de ella; sigue ella siendo válida, esto es, exigible dentro del orden sólo que el orden se encuentra aquí -en la zona de la norma consuetudinariamente transgredida- perturbado, aquejado de parálisis, en vías, por cierto, de dejar de ser orden vigente y, por tanto, válido<sup>201</sup>. La regla es, pues, de todos modos, universal: toda norma es derogable por otra norma válidamente generada. El desuso mismo y la costumbre derivan su fuerza derogatoria de su reconocimiento por las normas.

Si, entonces, las normas se derogan normativamente, hemos de reconocer que es propio de ellas la inmutabilidad, el horizonte ilimitado de validez en el tiempo. En tanto no haya derogación normativa, perdura la norma en su validez (aunque no siempre en su vigencia). Así, pues, esta perdurabilidad es carácter suyo esencial; pero es carácter esencial suyo también la derogabilidad, sin que se trate de cosas incompatibles: la norma perdura mientras otra norma no pone término a su validez, así como el cuerpo en movimiento se mueve indefinidamente con movimiento uniforme y rectilíneo en tanto que una fuerza no altere su velocidad o dirección.

La cosa juzgada resulta, pues, no sólo de carácter propio de la sentencia como tipo específico de norma, sino también de su calidad genérica de tal. Porque es norma tiende a perdurar, en tanto otra norma no la derogue, pero, a diferencia de lo que ocurre con las otras normas, la derogabilidad de la sentencia se halla excluida precisamente por las normas de la cosa juzgada. Se trata, por tanto, como lo ha visto muy bien Ymaz<sup>202</sup>, de una prohibición de derogación que lejos de excluir la idea de inmutabilidad, como él lo sostiene, es su complemento; la inmutabilidad, que en toda otra norma cesa por el acto derogatorio normativamente aceptado, es restablecida en la sentencia con la exclusión institucional del acto derogatorio, es decir, con la cosa juzgada.

---

<sup>201</sup> Cuando se toma el orden jurídico en su totalidad, hemos dicho, vigencia y validez se confunden. Cfr. Cap. VII, 7.

<sup>202</sup> Esteban Ymaz. *La actualidad del alegato del fiscal Von Kirchmann*; p. 33.

Es fácil comprender así que la institución de la cosa juzgada es -como lo ha sostenido Adolf Merkel, con notable penetración- un caso particular del problema de la derogabilidad de las normas. Ha dado con ello el gran paso que constituye para toda ciencia la inclusión de múltiples problemas en la idea unificadora de un problema único. La cosa juzgada sería un caso especial de derogabilidad de las normas. La relación de subsunción podría, creemos, esquematizarse genéricamente así: inmutabilidad de toda norma considerada en sí misma, inmutabilidad de la resolución judicial en cuanto norma, cesación de la inmutabilidad de toda norma por derogación normativa expresa o tácita, y restablecimiento de la inmutabilidad de la resolución judicial por prohibición de derogación (cosa juzgada).

## **BIBLIOGRAFIA**

- AA.VV. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- AFTALION, Enrique; García Olano, Fernando y Vilanova, José. *Introducción al Derecho*. Ateneo, Buenos Aires, (5ª ed.), 1956.
- ALEXY, Robert. *El concepto de validez del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1994.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Versión de García Yebra, Gredos, Madrid. 1982.
- ATIENZA Rodríguez, Manuel. “Una filosofía del derecho para el mundo latino”. Discurso pronunciado en la Universidad de Valparaíso en enero de 2011 con motivo de su nombramiento de Doctor Honoris Causa.
- BACON, Francis. *Novum Organum Scientiarum*. London. 1920.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. F.C.E., 1946.
- CARDOZO, Benjamín N. *La naturaleza de la función judicial*. Arayú, Buenos Aires, 1955.
- CELMS, Theodor. “El idealismo fenomenológico de Husserl”. *Revista de Occidente*, Madrid, 1931.
- COFRE, Juan O. “La singularidad del pensamiento jurídico según Jorge Millas”. *Revista de Ciencias Sociales*. N° 49/50, Universidad de Valparaíso, Edeval, 2004-2005.
- COPI, Irving. *Introducción a la lógica*. Eudeba, Buenos Aires, 3ª. ed. 1977.

COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Losada, Buenos Aires, (2ª ed.), 1947.

COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Losada, Buenos Aires, 1954.

COSSIO, Carlos y García Máynes, Eduardo. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Losada, Buenos Aires, 1944.

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Arayú, Buenos Aires, 1954.

COSSIO, Carlos. "Los valores jurídicos". *La Ley*, Buenos Aires, tomos 83 y 84, Julio a Diciembre de 1956.

DEL VECCHIO y Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho*. Uteha, México, D.F., (2 vols), 1946.

DEL VECCHIO, Giorgio. *El concepto del Derecho*. Reus, Madrid, 1914.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, Uteha, México, D.F., 1946. Uteha, México, D.F., (2 vols.), T. I; p. 2.

DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu: ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia*. (Orig. 1883). Versión española de Julián Marías; prólogo de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, Madrid 1956.

ECHEVERRÍA, José R. "Norma jurídica y derecho subjetivo" en Sobretiro de la *Revista Jurídica*, México, D.F., Número 7, 4, Tomo XXV. S/A.

FERRAJOLI, Luigi, José Juan Moreso y Manuel Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Trotta, Madrid, 1ª. ed., 1999; *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trotta, Madrid, 2008.

FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. F.C.E. 5ª. ed., México, D.F., 1972.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa, México D.F., (2 vols.), 1940-1941.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Tratado general de filosofía del derecho*. Porrúa, México D.F., 1983.

GENY, Francois. *Méthode d'interpretation et sources en Droit privé positif*, S/E, Paris, 1899.

GLASSON, E. y A. Tissier. Cit. por Esteban Ymaz. "La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos". Arayú, Buenos Aires, 1954.

GOBLOT, Edmond. *Traité de Logique*. Armand Colin, Paris, Huitième Edit. 1947.

GOETHE, J. Wolfgang von. *Máximas y reflexiones*. S/D.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto del derecho*. Traducción de G. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

HEIDEGGER, Martin. "Ser y tiempo. Trad. de José Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1951.

HEIDEGGER, Martin. *Der Satz vom Grund*, versión española *La proposición del fundamento*. Ediciones del Serbal, Barcelona, 2003.

HERNÁNDEZ Gil, Antonio. "Metodología del Derecho". *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1945.

HÜBNER GALLO, Jorge I. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1951.

HÜBNER GALLO, Jorge. *Manual de filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1957.

HUSSERL, Edmund. *Investigaciones Lógicas*, 2 vols., en versión española de Manuel García Morente y José Gaos. Alianza Editorial, Madrid, 1982.

HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Max Niemeyer, Halle, 1913.

IBAÑEZ de Aldecoa, Alfonso. *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del Derecho Procesal*. Arayú, Buenos Aires, 1954.

IHERING, Rudolf von. *La lucha por el derecho*. Trad. de Adolfo Posada, reedición. Colección Universal, Buenos Aires, 1946.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Revisado y completado por Andrée Brun. Tomo I vol. I número 79, Bosch y Cía. editores, Buenos Aires, 1952.

KANT, Immanuel. "Introducción a la doctrina del derecho". *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar y traducción de A. Cortina y Jesús Conill. Tecnos, Madrid, 1994, 2ª. ed.

KANTOROWICZ, Hermann. "La lucha por la ciencia del Derecho" en *La ciencia del Derecho*. AA.VV. Traducción de Werner Goldschmidt. Losada, Buenos Aires, 1949.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Losada, Buenos Aires. (2ª ed.), 1946.

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria, México, 1950.

KIRCHMANN, Julio von. "La falta de valor de la Jurisprudencia como ciencia" en *La ciencia del Derecho*. Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 1949.

KRAUTH, Charles , Fleming, William & Calderwood, Henry. *A Vocabulary of the Philosophical Sciences*", Sheldon and Co., N.Y., 1881.

LALANDE, André. *La raison et les normes*. Hachette, Paris, 1948.

LARENZ, Karl. "La filosofía contemporánea en el Derecho y del Estado", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1942.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1953.

LOCKE, John. *Second Treatise of Civil Government*. London, 1679.

LOCKE, John. "Libro I: De las nociones innatas". *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Vol. I. Editora Nacional, Madrid, 1980.

LOEVINGER, L.J. *Una introducción a la lógica jurídica*. Bosch, Barcelona, 1954.

MARX, Karl. "Thèses sur Feuerbach", en *Etudes Philosophiques*. Editions Sociales, Paris, 1888.

MEINONG, Alexis. "The Theory of Objects" in *Realism and the Background of Phenomenology*. Chisholm, R. (ed.). The Free Press, New York, 1960.

MILL, John Stuart. *A System of Logic Ratiocinative and Inductive*, 3 vols. J. M. Robson (ed.). Univ. Of Toronto Press, Routledge & Kegan, Paul, reedición de 1973.

MILLAS, Jorge. "Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del derecho". *Revista de Filosofía*. Sumario del N° 3. Universidad de Chile, 1956.

MILLAS, Jorge. "Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho". *Teoría Pura del Derecho. Jornadas Académicas*. Edeval, Valparaíso, 1982.

MILLAS, Jorge. "Ihering y la idea de la ciencia del derecho". *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso.

MILLAS, Jorge. "Los momentos intuitivos del conocimiento". *Idea de la Filosofía. El conocimiento*. 2 vols. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1969.

MILLAS, Jorge. "Problemas iniciales de una teoría de un juicio de valor". *Revista de Filosofía* de la Universidad de Chile, Vol. 11, N° 1-2, 1964.

MILLAN PUELLES, Antonio. *El problema del ente ideal. Un examen a través de Husserl y Hartmann*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1947.

NOVALIS. *Fragmentos*. Nueva Cultura, México. 1942.

OLIVECRONA, Karl. "Law as Fact" en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*. Paul Sayre (ed.), Oxford University Press, New York, 1947.

PASQUIER, Claude du. *Introduction a la théorie générale et á la philosophie de Droit.*, Paris, 1948.

POINCARÉ, Henri. "La Morale et la Science" en *Dernieres Pensées*. Paris, 1913.

QUINE, Willard von Orman. *Methods of Logic*. Routledge and Kegan, London, 1952.

RADBRUCH, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid ,1952.

REALE, Miguel. *Filosofía do Direito*. Edição Sarana, Sao Paulo, 1953.

ROSCOE POUND, Nathan. *The spirit of the Common Law*. Published by Marshall Jones Company. Frankestown, New Hampshire, Boston, 1921.

ROSCOE POUND, Nathan. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Ariel, Barcelona, 1950.

ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris, 1951.

RUSSELL, Bertrand. *Investigación sobre el significado y la verdad*. Losada, Buenos Aires, 1946.

SALAZAR BONDY, Augusto. *Irrealidad e idealidad*, Universidad de San Marcos, Lima, 1958;

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. Porrúa, México D.F., 1983. (1ª ed. 1959).

RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del derecho*. Porrúa, México, D.F., 1977.

RECASÉNS SICHES, Luis. "Estudios de Filosofía del Derecho". Edición conjunta con Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*. Uteha, México, 1946-1948.

REICHENBACH. Hans. *Elements of Symbolic Logic*. Mac Millan Co., New York, 1948.

ROSS, Alf. *On Law and Justice*. University of California Press, Berkeley, 1959.

ROSCOE POUND, Nathan. *The spirit of the Common Law*. Published by Marshall Jones Company, Frankestown, New Hampshire, Boston, 1921.

ROSCOE POUND, Nathan. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Ariel, Barcelona, 1950.



ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Editorial, Paris, 1951.

RUIZ-JIMÉNEZ, Joaquín. *Introducción elemental a la Filosofía Jurídica Cristiana*. Manuales Universitarios, Madrid, 1945.

RUSSELL, Bertrand. *Investigación sobre el significado y la verdad*. Losada, Buenos Aires, 1946.

SHELTER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Werterthik*. Max Niemeyer, Verlag, Halle, 1927.

SIMMEL, Georg. *Shopenhauer y Nietzsche*. Anaconda, Buenos Aires, 1950.

SOMARRIVA, Manuel. *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos. Explicaciones de clases*. Nacimiento, Santiago, 1938.

YMAZ, Esteban. "La actualidad del alegato del fiscal von Kirchmann". Arayú, Buenos Aires, 1954.

VANNI, Icilio. *Filosofía del Derecho*. Beltrán, Madrid. 1922.

VILANOVA, José. "Vigencia y validez en el Derecho" en *El hecho del Derecho*, de L. Cabral de Moncada et al. Losada, Buenos Aires, 1956.

VILLEY, Michel. "La naturaleza de las cosas" en Carlos J. Messini-Correas. *El iusnaturalismo actual*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

YMAZ, Esteban, "La actualidad del alegato del fiscal von Kirchmann" en *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*. Arayú, Buenos Aires, 1954.

XXXXXXXXXXXXXXXX

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN

CARLA CORDUA  
*Incursiones*

CLARENCE FINLAYSON  
*Escritos pensados*

SUSAN HAACK  
*Ciencia, sociedad y cultura*

MARTIN JAY  
*La crisis de la experiencia  
en la era postsubjetiva*

CARLA CORDUA  
*Sloterdijk y Heidegger*

EDUARDO SABROVSKY  
*Conversaciones con Raúl Ruiz*

ROBERTO TORRETTI  
*Conceptos de gen*

JORGE MILLAS  
*Idea de la individualidad*

ROBERTO TORRETTI  
*Estudios filosóficos 2007-2009*

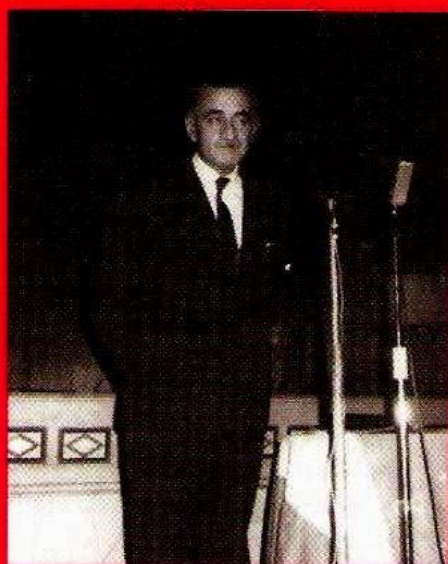
CARLA CORDUA  
*Once ensayos filosóficos*

VANESSA LEMM / JUAN ORMEÑO K.  
(EDITORES)  
*Hegel, pensador de la actualidad*

VANESSA LEMM (EDITORA)  
*Michel Foucault: neoliberalismo y biopolítica*

JAUME CASALS  
*El aprendizaje de la muerte  
en la historia de las ideas*

32



## Filosofía del derecho

Consistente con su idea de filosofía –según la cual esta disciplina ejercita la inteligencia en el límite de sus posibilidades con el fin de explicar los fenómenos desde sus fundamentos más radicales–, Jorge Millas enfrenta en este libro el estudio del derecho con conceptos, categorías, estrategias y métodos de análisis característicamente filosóficos. Su enfoque filosófico del fenómeno jurídico se inspira, principalmente, en la filosofía kantiana y en los métodos de estudio de la fenomenología de Husserl. Millas, siguiendo al jurista vienés Hans Kelsen, fija su objeto de estudio en la norma jurídica y, por oposición, en la norma moral, demostrando rigurosamente la total independencia de la primera respecto de la segunda. Sin embargo, Millas pretende ir más allá de Kelsen mostrando que el derecho, considerado “in toto”, posee una dimensión moral inevitable.



EDICIONES  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ISBN 978-956-314-160-3



9 789563 141603