

MANUEL FERNANDEZ ESCALANTE

JUSTICIA, DERECHO, DERECHO NATURAL,  
OPCION REVOLUCIONARIA

1978-79

Separata del Anuario de estudios sociales y jurídicos  
— Escuela Social de Granada —

#### PROEMIO-ADVERTENCIA

El presente trabajo se ofreció, mecanografiado, en Enero-Febrero de 1971 para las Oposiciones a las Cátedras de Derecho Natural de las Universidades de Oviedo y Zaragoza. Por diversos azares nunca arribó a la imprenta, aunque en alguna ocasión fue enviado. Debido a su carácter general se publica ahora tal y como se redactó para la ocasión. Hoy los neogarcilasianos de la iusfilosofía parecen menos deslumbrados por las palabras —*flatus vocis* al fin— pues, como, melancólicamente, nos dice Borges, a la larga todo termina por penetrar "en nuestro país", incluso en pacíficas mentes disculpablemente obtusas. Para redimir las, en lo posible, de su deslumbramiento —un tanto antropopiteco— ante las palabras, los sonidos, los reflejos, los espejos, se escribieron estas siguientes páginas, ya que rescatar la Disciplina de lo absurdo y de lo necio pertenece al empeño caballeresco-medieval de lo fabuloso, sólo abordable desde el plano alegórico-dantesco.

JUSTICIA, DERECHO, DERECHO NATURAL, OPCION REVOLUCIONARIA

(a los manes de Rudolf von Ihering, desconocido entre nosotros —a través de pruebas— hasta el día)

"Todo, según se sabe, ocurre inicialmente en otros países y a la larga en el nuestro".

J. L. Borges: "El Duelo"

"Ipsa lógica sit modus et regula scientiarum".

Ockham: *Expositio aurea*, Proemio, qu. 1.

Además los filósofos han aprendido a manejar más hábilmente el escudo de "lo técnico", y ya se sabe que es menos fácil meterse con disquisiciones filosóficas en las que se toca la cuestión de la "formalización de los lenguajes científicos" o se dan normas para ediciones críticas, que con digresiones sobre la delincuencia juvenil o la paz perpetua. Pero tener que escudarse en "lo técnico" es tan revelador como tener que escudarse en "lo lírico". Los cibernéticos y los neogarcilasianos tienen ¿quién lo diría? algo en común.

J. Ferrater Mora: *La Filosofía actual*, 1970, página 127.

Die drei ersten Abteilungen sind dem Scherz gewidmet, die letzte dem Ernst. Dass alle vier denselben Zweck verfolgen, wird keinen meiner Leser verborgen bleiben—der "Scherz" ist nur dazu, um den "Ernst" um so Wirksamer zu machen. Nicht gerade jeder der Scherze eingegeben hat. Aber im ganzen und grossen wird, wie ich hoffe, der Leser sich den Eindruck nicht entziehen, *dass auch der Scherz in dieser Schrift seine ernste Bedeutung hat*. Mag derselbe im ersten Moment nur die Wirkung erzielen, dass der Leser lacht, —ich würde den Zweck der Schrift für verfehlt halten, wenn ihr keine andere folgen sollte.

Rudolf Von Ihering: "Scherz und Ernst in der Jurisprudenz", *Vorrede*. (Subr. nuestro)

## I

La clarificación del punto de partida y del método a seguir nos parece debe preceder a todo intento de exposición, por ello, antes de entrar en el núcleo de nuestros planteamientos, adelantamos una definición del derecho sin la cual y sin cuya aceptación —al menos, en cuanto "adversa res", como hipótesis de trabajo— sería inútil proseguir en nuestro razonamiento.

Para nosotros, y entiéndase esta definición como punto de partida programático, el Derecho es "norma política de contenido ético" (1). Quiere esto decir que, fundamentalmente, la reflexión iusfilosófica gira en torno al problema de la justicia. No exclusivamente, esto es claro, pero sí principalmente. En este sentido es de subrayar la terminante posición del profesor Elías de Tejada cuando afirma: "Toda norma jurídica capaz de llevar este adjetivo sin quedar reducida a la condición de mísera prescripción legal ha de cubrir una norma justa del mismo modo que los tejidos cubren el esqueleto. Justicia es así un término más amplio que Derecho y está, respecto a él, en la condición del género a la especie; el Derecho es una subclase de la justicia; en consecuencia puede haber una norma justa que no sea jurídica, pero no una norma jurídica que no sea justa" (2).

(1) La definición, como es conocido, ha sido acuñada y glosada por el profesor Elías de Tejada (Cfr. su «Introducción al estudio de la Ontología jurídica», Madrid, 1942) y numerosas veces desarrollada y debatida con sus discípulos, en clases, seminarios, conversaciones. Volveremos sobre ella varias veces en el curso de estas páginas (matizado, a veces, por mí con el plerematema "intencional").

(2) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA: «Introducción», *cit.*, pág. 88.



El filósofo del Derecho no puede en ningún caso olvidarse de cuál es la misión fundamental de la disciplina que profesa. La norma jurídica es una ecuación armoniosa de justicia y seguridad; cuando no ocurra así, cuando sólo funcione como un puro factor de seguridad podrá ser considerada y podrá estudiarse —como otro fenómeno social cualquiera—, por las disciplinas sociológicas como norma de convivencia; en cuanto a su pretensión jurídica el iusfilósofo no puede sino desconocerla. Como con toda claridad señala el profesor Elías de Tejada: "Las características de la Norma Jurídica en la multiplicidad de sus enumeraciones han de acostarse a esta unidad óptica de lo justo con lo político y han de apoyarse en ellas al llegar al campo de la enumeración. Todos los criterios acerca del Derecho que no olviden la verdad de lo jurídico como problema de toda una entera causa de la filosofía, han de recoger esa armonía cabal en que se integran los dos caudales de la humana trama que dan al hombre una dimensión presente de certeza y una aspiración constante de futuro" (3). Todo lo anterior es importante y necesario para inteligir ulteriores planteamientos. Simplemente se trata de dejar bien en claro cómo, para nuestro punto de vista sobre lo jurídico, el problema del Derecho es inseparable, fundamentalmente, del problema de la justicia.

## II

La palabra juzgar, dentro del contexto del lenguaje forense, quiere indicar el procedimiento y el momento a través de los cuales los jueces emiten sentencia. Dentro del contexto lingüístico de este trabajo juzgar, juzgar en los tribunales de justicia, quiere decir impartirla. Juzgar significa impartir justicia; la concreción material de esta definición acarrea, sin embargo, las primeras cuestiones disputadas. Parece evidente, aun para cualquier espectador alejado de las profesiones jurídicas, que el momento crucial de la actividad encaminada a la administración de justicia

(3) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA: «Introducción», pág. 93.

es el de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico a los casos concretos, ordinarios, que, muy concretamente por cierto, se presentan ante los tribunales. Si las normas fueran sencillas, construidas con claridad y nitidez, y los hechos simples o indiscutibles, el encaje, el engranaje de los hechos en las normas resultaría una labor rutinaria y, para el jurista experto, poco menos que automática, mas en los casos en que no ocurriera de tal manera, es decir que las normas no fueran tan sencillas y claras y los hechos no tan simples o incontrovertibles —así fuesen estos casos pocos o muchos (4)—, sería preciso un esfuerzo intelectual de adecuación y, en último término, un acto de decisión para resolverlos. Y el juez tiene que resolverlos, el juez que, en palabras de Erik Wolf, "atado a la ley en la mayoría de los países y sometido exclusivamente a ella, busca reglas de interpretación materiales que le digan cómo y en qué medida puede utilizar los procedimientos formales de la interpretación "subjetiva" u "objetiva", de la consideración de intereses y de la libre apreciación, y en que puede suplir las lagunas legales, cuando puede concretar cláusulas generales y cuando puede permitirse una interpretación restrictiva —o hasta la ignorancia— de normas positivas defectuosas, insuficientes o incluso injustas" (5). Cabría la actitud, al menos en sede teórica, de tratar estos problemas concretos de aplicación del Derecho, es decir de interpretación de las normas, como excentricidades, excrecencias, por así decir quasipatológicas, del ordenamiento jurídico, como excepciones de la marcha normal del curso ordinario de la administración de justicia. Y desde este punto, volvemos a hacer hincapié, al paso, en el profundo sentido, incluso dentro del "lenguaje corriente", de correlato que existe entre ambos enunciados: la actividad judicial se llama también, corrientemente, administración de justicia, no de seguridad o de coherencia jurídicas.

(4) Aun cuando se diera un único caso, la simple posibilidad de cometer injusticia —es decir, atentar a la dimensión ética del Derecho— por medio de la aplicación "mecánicas" de la norma conmueve el fundamento moral de todo un ordenamiento jurídico.

(5) ERIK WOLF: *El problema del Derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960, págs. 21-22.

Estos problemas concretos de aplicación del Derecho, de concretización de las normas, decimos, podrían ser tratados —y aun así el problema seguiría abierto, pero esto es ya otra cuestión— como admisibles excepciones, y, en cuanto tales excepciones, confirmación de la regularidad del itinerario procesal seguido por el juez que comienza en la norma y concluye en la sentencia; antes bien, opuestamente, una mirada al panorama cotidiano de cualquier Sala de administración de justicia nos pone casi inmediatamente ante los ojos el hecho contrario. *Casi* cualquier discurso jurídico, *casi* todo litigio presentado ante el juez para ser resuelto conforme al procedimiento ordinario, implica, *casi necesariamente* también, problemas de interpretación, de significación de las normas por una parte, y por otra, claro está, problemas de certeza en los hechos, por las normas que se pretende han sido vulneradas, regulados. En la resultante de esta dialéctica se halla también, qué duda cabe, la inteligencia y, lo que con más frecuencia se olvida, la *voluntad* de los jueces. "Porque —como recuerda Alvaro D'Ors— el meollo de todo lo jurídico es el juicio y el juicio es siempre una *decisio*. Toda *sentencia* es, sí, una *opinio iuris*, pero principalmente es, en cuanto se destina a la realización ejecutiva un *decretum*, un acto que discierne, discrimina y decide una situación de *ambiguitas*. No es la *vis*, la violencia, por mucho que se diga, lo más contrario al Derecho, pues este mismo necesita de aquélla para vivir, sino la ambigüedad, con ésta no puede el jurista tener concesión alguna" (6). Guste o no a los normativistas el "juicio" es, por su propia naturaleza, una *decisión*. Más aún, resulta evidente que todo el aparato judicial, es decir, que todo el complejo instrumental-procesal que rodea el momento formalmente solemne de la aplicación de justicia, es decir, del momento de la decisión judicial, se sostiene y está pensado en función de la resolución de cues-

(6) ALVARO D'ORS: *De la guerra y de la paz*, Ed. Rialp, Madrid, págs. 181-182.

tiones, bien actuales o bien posibles, de interpretación. Función en la cual, en definitiva, tiende a resolverse la actividad judicial (7). Todo esto quiere decir que no es la "normalidad" la subsecuencia por así decir semiautomática entre las normas y su aplicación, sino, por el contrario, es el caso excepcional, paradójicamente, como *topós* habitual, lo que el juez tiene que atender corrientemente en su actividad profesional de aplicación de las normas, o lo que es lo mismo, insistimos, en la administración de justicia, pues si así no ocurriera, resultarían sospechosos de ociosidad los teóricos del Derecho, los iusfilósofos, las revistas especializadas, los repertorios de sentencias, tal vez, y, forzando la paradoja al máximo —por qué no—, los mismos jueces (8). Si la "normalidad" fuera la regla, la actualización para cada caso de la parte correspondiente del ordenamiento jurídico, que, no se olvide, es el que precisamente quiere —o si se prefiere

(7) Utilizamos el término función por «comodidad» semántica y para no afectivizar los términos de nuestra explicación. Pues, como dice el magistrado Ruiz-Jarabo Baquero: «Cuando se trata de juzgar no debe hablarse de función, sino de misión». Función es la acción y ejercicio de un empleo o cargo, misión es poder y facultad para desempeñar un cometido. «En la labor judicial el cometido está por encima del cargo; es mucho más trascendente la misión que la función.» (RUÍZ-JARABO BAQUERO, F.: «La misión de juzgar», discurso leído en la solemne apertura de Tribunales al día 15 de septiembre de 1969, ed. Secretaría Técnica del Tribunal Supremo, Madrid, 1969, pág. 18.)

(8) Es precisamente en los países utópicos —como he tratado en otro trabajo— donde la claridad y concisión de las leyes, derivadas de la cualidad «filosófica» de los legisladores, hace imposible la duda o la equivocidad en la interpretación. En los países «tópicos» por el contrario, se supone que la abstracción de la norma será paliada por el acierto de la interpretación. Interpretación que se exige con rigor del organismo decisorio. El juez tiene que resolver, tiene que juzgar. El artículo 357 del Código penal español es terminante, «el juez que se negare so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley será castigado con la pena de suspensión».

En la misma pena incurrirá el juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia, por extraer otros ejemplos concretos el artículo 272 del Código de 1850, especificaba: «el juez que maliciosamente se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión». En el Código de 1870 ha desaparecido el adverbio «maliciosamente», en su artículo 369 hay incluso una significativa nota a pie de página que connota la diferencia (vid.: «Código penal reformado...», Madrid, 1870, pág. 150). J. F. PACHECO en sus «Comentarios» al Código penal, resalta la superfluidad de la palabra *maliciosamente* del Código de 1850, dice literalmente así: «no aprobamos que diga el artículo: "el juez que

accepta— el Estado que lo garantiza, podría llegar a perseguirse como cualquier asunto administrativo más o menos complejo, o a tenor de lo que los juristas anglosajones incluyen genéricamente bajo el nombre de *policy* (9). No sien-

maliciosamente se negare". La obligación del juez es absoluta y ni maliciosa ni no maliciosamente se debe negar a administrar justicia. Más claro: siempre que se niegue debe estimarse su conducta maliciosa, y por lo mismo no hay necesidad de esa palabra que indicaría una presunción opuesta. En otros artículos se ha hecho porque podía y debía suponerse lo contrario. Por eso cabalmente es por lo que aquí está de mas, pudiendo producir cuestiones inútiles.

Hemos dicho que la obligación del juez cuando se invoca su oficio es absoluta e inexcusable. Si no hay leyes nunca faltan ni pueden faltar los principios de jurisprudencia. En el orden civil, sábase que se ha de absolver al demandado, cuando el demandante no prueba su intención, en el orden penal, sábase también que es impenable toda acción contra la cual no existe una ley prohibitiva acompañada de la sanción correspondiente. De manera que al juez nunca debe faltarle un fundamento para su fallo, y la denegación de justicia es en todos casos y a todas luces un hecho indisculpable... En el último párrafo de los artículos, en el que habla de los retardos, se vuelve a usar el epíteto «maliciosos»: transcribimos literalmente: «Allí sí es justo y conveniente. La denegación de justicia siempre es maliciosa: el retardo puede no serlo, no se ha de presumir que lo sea. Por ello está ahora bien esa palabra que antes, en el párrafo primero, hemos censurado.»

Como se ve, implícitamente, «la intención del legislador» sugiere el *tertium non datur*, una de las dos pretensiones siempre será «verdadera», es decir, conforme a derecho, y la otra, no. Desde una perspectiva de sentido común se ve que «siempre» no puede ser así. Esto en cuanto a los litigios civiles. La legislación penal, con más motivos aún, tendrá que admitir casos inculpicables en el marco de su normatividad, no lo hace porque una vez más el elemento seguridad prevalece sobre el elemento justicia en la materialización de lo jurídico o de lo que pretende ser jurídico. For ser ésta una eterna cuestión disputada la soslayamos por el momento. Se notará que los argumentos de Pacheco son típicos del clima legislativo de la codificación (vid. J. F. Pacheco: *El Código penal concordado y comentado por ...*, 5.ª ed. tomo II, Madrid, 1881, pág. 408). Un autor de nuestros días, el profesor QUINTANO RIPOLLÉS, afirmará ser necesaria la malicia (Cfr. su «Curso de Derecho Penal», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, tomo II, pág. 572). Según Rodríguez Dávila, «no se concibe la comisión culposa» (en su «Derecho penal español», Madrid, 1959, pág. 933).

El Código Civil español, en su artículo 6.º, también prescribe en términos absolutos sin conceder margen ninguno al caso excepcional: «El Tribunal que rehúse fallar so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad.» No hace falta insistir más sobre el «arvado positivismo» que, tal vez indeliberadamente, informa el clima de la codificación.

(9) La bibliografía sobre el tema desbordaría por sí sola el ámbito de este trabajo, únicamente quisieramos señalar, al paso, cómo esta tendencia sería un precedente lógico de la utilización de la cibernética en el Derecho.

do así las cosas el juez, el teórico, y, en general, el estudioso del Derecho, y también, que duda cabe que con mayor causa, el iusfilósofo —siempre que no olvide los presupuestos de partida materiales que hemos indicado al principio de estas páginas— deben preocuparse por este problema, eterna cuestión debatida de nuestros estudios y especulaciones, y, no por ello, como situación real, menos urgente y cotidiana en cualquier sala de justicia.

#### IV

Es patente que, directamente o indirectamente, de manera tácita o expresa, todo jurista, todo teórico del Derecho, parte para sus reflexiones de un concepto de lo que éste sea. Por seguir la clasificación de Carl Schmitt, tan aceptable como otra cualquiera, y aún mejor por su claridad, generalidad y verificabilidad, únicamente de tres modos puede concebirse el Derecho; como norma, como decisión y como orden concreto: Para Schmitt son los anteriormente citados los tres únicos modos del pensamiento jurídico. Los modos fundamentales, originarios. No existen, ni pueden existir, formas diferentes de comprensión de lo jurídico. El primero de estos modos, el normativismo, reduce el Derecho a un conjunto de normas abstractas, perfectamente inmutables, superiores a las situaciones concretas que se imaginan subsumibles en las normas o en su interpretación. Estas reglas o normas, como es sabido, se encuentran escalonadas jerárquicamente, según la construcción de Merkl adoptada por Kelsen. En la cumbre de la pirámide escalonada de normas, se encuentra la norma superior —*norma normarum*—, principio de unidad de todo el sistema y fuente de validez del escalonamiento del mismo. El Derecho se identifica con el sistema normativo, con la forma como «aparece». En contraste con el normativismo, el decisionismo concibe el Derecho como un «conjunto de decisiones», concretos actos de voluntad de personas concretas y reales, no de ficciones, sino de seres humanos realmente existentes; este conjunto de decisiones se apoya sobre una primera decisión, soberana en

sí misma, la cual no tiene necesidad ni implica ninguna otra norma anterior, antes bien es ella la garantía de unidad para todo el sistema jurídico. Esto se ve con claridad en el estado de excepción. En el estado excepcional desaparece la norma y queda la decisión, desaparece el Derecho, pero continúa el Estado. Soberano es entonces quien puede decidir en el estado de excepción (10). Para el decisionismo de Carl Schmitt, proclamar el imperio de la ley, sujetar a la ley todas las actividades del Estado, poner en el puesto de las órdenes y disposiciones de gabinete de los monarcas absolutos y sus ministros la legalidad de unas normas abstractas, imperantes desde sus notas de racionabilidad, legalidad, generalidad, perfección, etc., no es sino la traducción por la burguesía, a través de la ficción del Estado de derecho, de su propia situación y de sus intereses de clase (11).

El tercer tipo, el Derecho como orden concreto, estudia sectores de *vida* que se han objetivado institucionalmente. Sectores que exceden la regulación normal aun cuando estén sometidos a ella, que la rebasen y la superan. La convivencia de los esposos dentro de la institución matrimonial, la vida familiar, las relaciones de los funcionarios de un Estado o de los soldados dentro de un Ejército no se pueden disolver en puras reglamentaciones contractuales o en la abstracción de leyes primeramente determinadas por casos generales. Por eso no se pueden juzgar estas instituciones con un carácter abstracto-normativo, por medio de un derecho "exterior" a las mismas. Quien legisle o quien juzgue sobre ellas tendrá que hacerlo considerando su autonomía sustancial y jurídica (12). En realidad el sistema normativo que las regula —así en la familia, por ejemplo— es más bien un medio puesto a su servicio que una *regla* impuesta desde el

(10) Vid. «Teología Política», en el vol. «Estudios Políticos», trad. de F. J. Conde, Madrid, 1941, pág. 66 y ss.

(11) Vid. «Teoría de la Constitución», trad. Francisco Ayala, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1934, págs. 170-171.

(12) «Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens», Hamburg, 1934, pág. 9 y ss.

exterior (13). Para Schmitt estos tres tipos de pensamiento científico sobre el Derecho tienen un alcance primordialmente metódico y de ellos se sirve el jurista para clarificar su propio sistema y organizar metódicamente su pensamiento (14). No existen otros modos originarios para el pensamiento científico jurídico, a juicio de Carl Schmitt. Sin entrar ni tomar posiciones ante la cuestión queremos simplemente indicar, al paso, que la objetividad constitucional natural de los órdenes concretos pudiera ser un poro no impenetrable para arribar a posibles conexiones con el iusnaturalismo tradicional.

V

Para el normativismo el Derecho no es más que un conjunto de normas que indican un "deber ser" (*sollen*), o mejor, estatuyen un "deber ser" en forma de juicio hipotético. El Derecho es, para los normativistas, un sistema de juicios hipotéticos no un imperativo. La norma exige una conducta debida. Es un juicio hipotético que liga a una condición, la conducta que el Estado —o lo que es lo mismo, la totalidad del orden jurídico—, o alguno de sus organismos o funcionarios, seguirá con quienes no se atengan a esta conducta debida. Esta consecutividad suele ser representada en una oración condicional. "Si uno mata será castigado con esta pena", o bien. "el que mate será castigado con esta pena". Kelsen y sus seguidores no se preguntan el último "por qué" del hecho de que la norma amenace con una sanción al que mate, subsecuente a la estimación espiritual del valor "vida humana", lo que ha motivado su *transcripción* en una norma. Norma cuya forma lógica o coherencia lingüística, desde luego, no discutimos aquí. Lo que sí discutimos, por ser también una evidencia lógica de primer grado, es la posibilidad de interpretar la norma teniendo en cuenta su simple formulación sin penetrar en su *contenido* y en las valora-

(13) «Über die drei Arten...» pág. 20 y sgs.

(14) *Ibid.*

ciones previas —sociales y espirituales— que dieron origen a este contenido. Valoraciones que sí son susceptibles de reflexión filosófica. Como también discutimos la posibilidad de una dogmática jurídica y una teoría general del Derecho fundamentadas exclusivamente en un análisis lógico-sintáctico de las proposiciones o de las normas jurídicas a partir de la "propia coherencia" que brota de su correcto enunciado y análisis lógico-lingüístico ulterior.

Paralelamente a las tres formas generales del pensamiento jurídico consideradas anteriormente hay tres planos generales desde los que podemos contemplar el fenómeno concreto de un ordenamiento jurídico, en su conjunto asimismo concreto. Como norma (conjunto de normas y proposiciones normativas), como contenido y como valoración axiológica; estos dos últimos estrechamente entre sí relacionados, pues no existe contenido sin previa valoración para la elección de este mismo contenido. Contenido y valoración vienen así dialécticamente encadenados en la definición con que iniciábamos estas páginas: "norma política de contenido ético". El Derecho, como parte de las Ciencias del Espíritu, es una ciencia valorativa, axiológica. El Derecho penal, por ejemplo, se ocupa de la *valoración* de diversas conductas humanas en orden a ser tipificadas o no como delito; la investigación causal explicativa de esas conductas quedaría fuera del ámbito del Derecho, fronteando los límites de la criminología. Lo cual no quiere decir que la ciencia jurídica ignore la investigación causal o explicativa del *contenido* del Derecho, de aquí la relación, siempre patente ante la mirada del iusfilósofo, entre forma y contenido jurídicos, lo cual quiere implicar la verdad —perogrullesca tal vez y con todo tan frecuentemente trascurada— de que, si bien el Derecho como contenido *tiene* que aparecer bajo una forma determinada, no es posible imaginar una "forma" jurídica sin contenido alguno. El Derecho, como forma, es, ciertamente, estructura normativa, pero toda estructura normativa tiene un contenido que, a su vez, procede de valoraciones previas y entre ellas de una inicial y fundamental, la aspiración a realizar la justicia. No existe un sólo ordenamiento jurídico

que afirme en sus postulados fundamentales —la Constitución o el texto que haga sus veces—, que el orden jurídico-político del Estado correspondiente intenta realizar otra cosa que la justicia (o determinadas y justas aspiraciones), en cualquier forma, tácita o expresa, que venga invocada. Si la hipocresía era el tributo que el vicio concedía a la virtud, según el conocido epigrama, la aspiración a realizar la justicia es el tributo que el orden jurídico concede a la ética, el homenaje que el derecho positivo rinde al derecho natural.

El Derecho no puede quedar reducido a un puro sistema de seguridad —norma política, en este caso desprovista de su contenido ético—, y ello, primeramente, porque el Derecho es un producto cultural y como todo producto cultural obedece y tiene una escala de estimaciones. Como hemos señalado *ad supram*, esta afirmación puede observarse con toda claridad en el campo del Derecho penal. El legislador no configura los delitos ni de forma caprichosa ni partiendo exclusivamente de aquellos hechos que representan una lesión de intereses o de bienes, sino que tiene que partir, también, de aquellas concepciones éticas vivas en la sociedad para la que se legisla. El delito, por tanto, no puede ser una construcción lógico-racional completamente rígida. A su esencia pertenecen igualmente aquellos elementos, valores irracionales o emocionales, que no pueden ser aprehendidos por medio de un análisis lógico realizado por el entendimiento humano (15). Como equilibradamente reconoce un agudo estudioso del Derecho penal, las teorías unilaterales con poca frecuencia se libran del error, así el delito, y, en general, todos los fenómenos jurídicos tienen una triple forma de aparecer: como algo formal, como algo material y como algo valorativo. Formalmente, en cuanto el delito es antinormativo o antijurídico, materialmente, en cuanto realidad concretada en la lesión del bien jurídico, o de la amenaza del bien jurídico, y, valorativamente, en cuanto se trata de una

(15) Vid. JOSÉ MARÍA NAVARRETE URÍETA: «Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito», en «Anales de la Universidad de Valencia», vol. XXXVI, curso 1962-63, Cuaderno III, Derecho, págs. 65-66.

conducta que se reprueba (16). Estos tres elementos componen la estructura interna de los conceptos jurídico-penales: Norma, contenido y valor, que a su vez son como tres puntos de donde han partido las tres direcciones jurídicas, de los últimos tiempos, según Mezger, más importantes: la jurisprudencia de conceptos, la de intereses y la de valores (17).

## VI

El mundo jurídico, como ha demostrado Carl Schmitt, no es un absoluto panorama normativo, no es un orbe de puras normas que descansan unas en otras hasta arribar a una norma hipotética sobre la cual no hay nada y a la cual nada ni nadie sostiene. Por el contrario, el mundo jurídico existe porque y en cuanto es producido por personas concretas, en ellas se apoya y por ellas está garantizado. La norma no es un juicio hipotético, sino un acto de voluntad de una persona, en suma un mandato, una *decisio*. La decisión crea la norma y la sostiene después. Sin decisiones concretas no existirían normas abstractas. La decisión es, pues, elemento indispensable en el ordenamiento jurídico. En toda percepción jurídica, dice Carl Schmitt, se encuentra esa decisión, en el más amplio sentido de la palabra (18).

Para el caso que nos detiene es aún más importante subrayar el aspecto decisorio, volitivo, que la aplicación del Derecho encierra. La norma jurídica es una regla general, abstracta, que intenta englobar a toda una serie de casos posibles y que, por lo mismo, no puede determinarlos con exactitud. A pesar de lo cual se exige una decisión sobre cada caso, decisión que brota del examen de las circunstancias

(16) *Ibid.*, págs. 66 y ss.

(17) E. MEZGER: *La culpabilidad en el moderno Derecho penal*, Valladolid, 1956, págs. 18-19.

(18) CARL SCHMITT: *Teología Política*, en el vol. «Estudios Políticos», trad. F. J. Conde, Madrid, 1941, pág. 66. «...en efecto, todo pensamiento jurídico transfiere la idea del Derecho, que jamás se torna realidad en toda su pureza, a un estado de agregación diferente, y le añade, además, un elemento que no se desprende del contenido de una norma jurídica general positiva cuando de su aplicación se trate».

concretas del concreto "caso" sobre el cual es necesario emitir una sentencia, declarándolo incluido en aquella regla general y abstracta. He aquí, pues, como la *decisio* representa un elemento nuevo, una creación que ni estaba incluida en la norma ni se deriva de la norma. Es más, para Schmitt, "en toda decisión, incluso en la de un tribunal que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma" (19). Toda norma es, forzosamente, producto de una decisión anterior.

Las reflexiones que anteceden no pretenden otra cosa sino atraer la atención sobre un elemento piadosamente relegado al desván de lo inominable por los normativistas, la raíz voluntarista y decisionista, absolutamente inconcebible de olvido por cualquier estudioso del Derecho —en cualquiera de sus planos— en su reflexión ante el fenómeno jurídico, ante su ser, y ante sus consecuencias. Tampoco necesitamos, ni por otra parte nos es posible extendernos más, sobre esta faz voluntarista del Derecho, en primer lugar porque excedería con mucho la extensión previsible y la orientación general de estas páginas y en segundo lugar, porque no creemos convenga relegar uno de los "leit motiv" de esta exposición, la identidad exigible entre actividad judicial y administración de justicia. A este propósito creemos no sea ocioso transcribir, para concluir este parágrafo, la aguda sugerencia filológica de Emil Brunner cuando recuerda la estrecha relación que en el idioma alemán existe entre *Gerechtigkeit-Justicia*, y *Gericht-Tribunal*, entre la justicia y la administración de justicia. "El procedimiento judicial —la sentencia del juez—, dice Brunner, es la concreción más originaria y a la vez más visible del principio de justicia" (20).

No sólo debemos aspirar a que el derecho sea tal —norma política de contenido ético— y no únicamente un *flatus vo-*

(19) CARL SCHMITT: *Defensa de la Constitución*, Ed. Labor, Madrid, 1931, pág. 60.

(20) E. BRUNNER: *La Justicia (Die Gerechtigkeit)*, T. esp. Universidad Nacional Autónoma, Centro de Estudios Filosóficos, 1961, pág. 272.

cis, también debemos esperar que la administración de justicia —es decir la interpretación y aplicación de las normas de contenido ético— sea tal. La administración de justicia plantea pues problemas de aplicación de las normas, problemas que no se agotan, ni pueden agotarse, en el análisis del lenguaje jurídico ni en la llamada lógica jurídica que, a nuestro juicio, mejor iría rotulada como lógica *en* el Derecho o "lógica *en* lo jurídico".

## VII

Creemos resalta con bastante evidencia que, en el caso del Derecho reducido a pura y simple enunciación normativa, "la interpretación" no podrá ser cosa distinta ni ir más allá de la propia interpretación de la estructura lógico-sintáctica de las proposiciones jurídicas, interpretación insuficiente a todas luces. En tanto que, si se parte de una definición en sentido "realista" (y no se quiere decir con esto que sea exactamente *real*, pero sí, que, al menos, quiere tener en cuenta lo real), como la más arriba aventurada esquiváramos al menos la primera y evidente dificultad, que la interpretación puramente sintáctica de las normas no nos diría más que lo que estas normas mismas expresan como juicio lógico-formal, lo cual quiere decir que se volverá, tautológicamente, una y otra vez sobre las proposiciones jurídicas para que, en definitiva, éstas "nos digan lo que ya nos dicen", o sea para que nos revelen una vez más lo que de sobra sabíamos antes de abordarlas en la fase lógico-hermenéutica: su carácter abstracto y general. Lo cual nos llevaría a una interpretación de la interpretación de la primera interpretación, *et sic de caeteris*. Pues, aun suponiendo que pudiéramos llegar a depurar por completo el significado lingüístico de las proposiciones jurídicas, no podrían decirnos éstas más de lo que la *voluntad* del juez, en cada caso concreto, decide que dicen, con lo cual el problema traspasa evidentemente el plano lógico-formal y debe ser tratado desde plannos científicos en que entienden las ciencias sociológicas y morales.

La "interpretación", en los supuestos que rechazamos, no adelantaría gran cosa hacia la solución que pretenden, en líneas generales, los normativistas, pues se encontraría, clarificada si se quiere a través de la crítica lingüística, ante la misma proposición general y abstracta que precisamente trata de incardinar, debe incardinar, en el caso concreto. De aquí la fecundidad y complejidad del momento hermenéutico, que si empieza, bien es cierto, en una purificación del lenguaje jurídico, ni termina ni se agota en esta fase, si no quiere ser un conjunto incesante de repeticiones tautológicas formal-lingüísticas, que poca utilidad proporcionar pueden para el propósito inicial que mueve todo el proceso hermenéutico. ¿Cómo, se nos ocurre preguntar, en nombre de la "pulcritud del método", y huyendo "de toda referencia a principios inmutables y eternos", puede arribarse a este auténtico *quid pro quo* científico? Pues, en definitiva, lo que se logra por esta vía lógico-formal no es sino una inesperada substancialización, una entificación de los conceptos jurídicos al separarlos de su único y reconocido origen material que no puede ser otro sino la concreta experiencia jurídica, es decir, la suma de los momentos histórico-jurídicos encuadrados y correspondientes en y a una *situación* histórico-jurídica determinada, o histórica en general, para ser más exactos.

¿Cómo es concebible que, seriamente, se llegue a hablar de "poner entre paréntesis" bien sea el contenido del Derecho, bien sea su finalidad, o, lo que viene a ser lo mismo, cómo se puede poner entre paréntesis la evaluación, en su faz jurídica, de un momento concreto político-social de la historia de grupos étnicos o culturales caracterizados por la común sujeción a un poder convenido? ¿De la interiorización normativa de un contenido "espiritual" de estimaciones?

Pues de este contenido del Derecho, a través de la interpretación —interpretación que no sería, siguiendo el hilo del módulo positivista que arrastra los crudos ecos, de Rudolf von Ihering, sino la evaluación del interés preferente y de la cualidad del atentado a este interés preferente—, de don-



de brotan los conceptos de la dogmática jurídica, a su vez supuestamente autónomos, independientes en su rigor lógico de la suma de momentos jurídicos históricos, es decir *concretos*, de los que emanan. Con sobrada razón atacaba Hermann Kantorowicz el recurrente método de querer sacar de ciertos principios jurídicos otros más generales que, supuestamente, constituyen su fundamento, y que, por ésto, son admitidos también como derecho positivo, y el pretender descender de nuevo desde dichos principios interpolados, desprendiendo de ellos no sólo las normas ya existentes, sino también todas las imaginables.

Llegados a este punto la interrogación parece obligada. ¿A qué viene, de dónde proviene, esta sorprendente mitificación de la lógica? Por qué se olvida, deliberadamente o no, que la lógica no es sino un instrumento para el recto desarrollo del discurso? La única explicación que cabría cae fuera del campo de la lógica misma como tal, para entrar en el campo de la historia de la lógica. Como es sabido, la lógica moderna tuvo pretensiones, no de prolongar, sino de sustituir, a la filosofía; de donde que la explicación de semejantes actitudes haya que buscarla fuera de la lógica misma, en la historia de la lógica y de la ciencia y, en general, en la historia de las modas intelectuales. Pues, convocados a hipostatizar los elementos de "lo jurídico", ¿no parece más elevado intentarlo con la justicia que, por su propio rango ontológico, como *fin* del Derecho —*ius obiectum iustitiae*— ha ocupado, según tradición secular, la reflexión de los más insignes filósofos? (21). Sin embargo, la "pulcritud metódica" pasará por cualquier extremo antes que tener que admitir una evidencia desdeñada a priori en nombre de la "pureza del método". Pureza supuesta y confundida probablemente con la "autosuficiencia" del jurista como dogmático o teórico general del Derecho. Sin embargo, no es, como se ha ido viendo, gran cosa lo que por este camino de la "pulcritud metódica" se puede avanzar. Por este camino, sin salida, la dogmática jurídica, como sistema conceptual her-

(21) Lo cual es también consecuente «de suyo» con la «mentalidad filosófica», tendente a buscar explicaciones trascendentes y razones últimas.

mético, aboca a una especial faceta de dogmatismo ahistórico, acrítico, aproblemático. Por ello ya hemos dicho cómo la definición de lo que el jurista entiende por Derecho sea previa a la construcción de la dogmática. Pues reducido el Derecho a puro ordenamiento normativo, a estructura normativa, y admitida como realidad lo que es solamente ficción metódica, o tal vez didáctica, no es difícil deducir este Derecho, así entendido en cuanto puro sistema de normas, como inmutable, estático, fijado en suma por la inteligencia, en cuanto objeto suyo, de una vez por todas. Un Derecho invariable que haría feliz al más exigente legislador de los países utópicos.

Claro está que a la idea de este Derecho estático, inmóvil, ahistórico, corresponderían una dogmática jurídica y una teoría general del Derecho no menos inmutables, perfectas y definitivas. Y todo por tomar la ficción metódico-lingüística de "orden jurídico" por realidad cerrada, hipostatizándola como orden absoluto o poco menos. Y todo esto, paradójicamente, partiendo de un "concepto" que comenzó funcionando —o mejor, pretendiendo funcionar— sobre la consideración del orden jurídico como orden positivo, es decir orden jurídico de un lugar y de un tiempo perfectamente determinados. O lo que es lo mismo, y para decirlo en una sola palabra, *histórico*. La confusión de la supuesta "pureza metódica" no puede ser mayor, y su error conceptual más evidente. Ante ambos aparece, pues, ineludible deber del iusfilósofo denunciar estas paradójicas confusiones, en nombre precisamente de la "pureza metódica" positivista, tan continuamente invocada, eso sí, pero tan escasamente aplicada. Es aquí donde la dimensión problemática, crítica, de la filosofía del Derecho, en cuanto parte de la filosofía general (22), debe ser utilizada como eficaz "tratamiento", según diría cualquier discípulo del Círculo Vienés, ante la muy

(22) En este sentido, se afirma rotundamente el profesor Corts Grau cuando escribe: «la comprensión inicial de lo que puede ser la Filosofía del Derecho supone la comprensión de lo que sea, simplemente, la filosofía. Nuestra disciplina no es más que la aplicación de una actitud espiritual, la filosófica, a un determinado sector de la cultura: el sector jurídico». (José CORTS GRAU: *Filosofía del Derecho*, Ed. Escorial, 1941, pág. 11).



posible hipostatización, entificación, sustancialización, como se prefiera, tanto de la dogmática jurídica como de la teoría general del Derecho. Lo menos que puede solicitarse de una disciplina instrumental, como es la lógica, y de sus estudiosos, es humildad y realismo.

Parece desprenderse de las consideraciones anteriores la necesidad de apartarse firmemente de cualquier construcción que gire en torno al postulado del carácter abstracto, mecanicista, de la dogmática jurídica y, subsecuentemente, de una correspondiente teoría general del Derecho, en favor de otras construcciones que remitan más directamente al *contenido concreto del Derecho* —que en último término procede de valoraciones— y a los procesos psicológicos volitivos con que la decisión judicial los actualiza. Pues conviene siempre recordar la acertada observación de Hermann Kantorowicz de que, al cabo, la sentencia, expresión de la libre condición del juez, es la consecuencia de su *estimación*, o, lo que es equivalente, de su *interpretación*, de la norma o normas bajo las que él considera es subsumible el caso concreto; y de su estimación, igualmente libre y subjetiva en el fondo, de lo que sea la verdad del caso a través de la clarificación del proceso probatorio. Pues es claro que si la sentencia fuera previsible a través del hecho o de los hechos y de la norma o normas aducidas en relación con aquél (o así al menos ocurriera en un tanto por ciento apreciable de casos), es claro, decimos, que apenas se producirían pleitos ante los tribunales de justicia. Las soluciones obvias difícilmente reclaman discusiones costosas. Mas ocurre justamente lo contrario. La norma jurídica general, como enunciado abstracto, no puede, ante los hechos concretos, producir más o ir más allá que las deducciones ya contenidas previamente en los términos del juicio abstracto, y, por mucho que intente exprimir las en la máquina polivalente de la lógica, no puede producir algo más allá del contenido propio de los mismos hechos. Es, pues, el juez, como anotaba E. Erlich, a quien corresponde decidir cuál de los intereses en juego dados en el litigio colocado ante su examen coincide en mejor

medida con el interés tipificado en la norma (23), como digno de ser protegido (todo esto hablando en términos meramente factuales, por supuesto), así como resolver igualmente si el supuesto ataque contra ese interés protegido existe o no existe y si es o no es de la misma especie tipificada, es decir, prevista en la Ley (24).

Ocurre sin embargo que la vida —cómo no chocar una y otra vez con el concepto de vida cuando analizamos el Derecho— es incomparablemente más rica, más variada —“leben ist eben mehrseitig”, como reza la tan conocida frase de Dilthey— que cualquier repertorio de conceptos y cualquier tipología contenidos en las normas jurídicas generales. Por decirlo igualmente en una conocida sentencia, la vida es anterior a la norma. Las relaciones interhumanas, aun en el campo acotado en que las trata el Derecho, son enormemente complejas y admiten infinidad de variables. Los intereses —pues colocados ante una consideración puramente “fáctica” del Derecho como quieren “los positivistas” nada más ajustado sino hablar de intereses— en la realidad concreta, tal como se presentan ante quien tiene que decidir entre ellos, ofrecen tal variedad de facetas, tal multiplicidad de variables con respecto a la regla abstracta, que ninguna

(23) Decimos norma, no por oposición a ley, sino por tomar, provisionalmente, un término que acota en su significado alguna mayor determinación al «concepto» en el campo de lo Jurídico.

(24) En 1878 publica AUGUST THON su tratado, que se haría célebre, «Rechtsnorm und Subjektives Recht». Pocos años después, NEUCAMP escribe su «Einleitung in einer Entwicklungsgeschichte des Rechts» y EISLER publica «Norm». Como bastante tópicamente manifiesta, intentando resumir LÓPEZ CALERA: «Con estas tres obras queda inaugurada una nueva era del pensamiento jurídico en torno al problema de la Ley y del Derecho. A través de estos trabajos se manifiesta ya un hecho importante y especialmente significativo: el término Ley queda relegado al campo de la causalidad física o de las relaciones físico-naturales y se sustituye, dentro del campo de la práctica humana, por el término norma, como principio de un orden práctico de la conducta humana, como orden del deber ser. La Ley implica necesidad, mientras que la norma se refiere a la libertad. Ahora el tema dominante es la problemática de la norma jurídica, no de la ley». (Cfr. NICOLÁS LÓPEZ CALERA: «La estructura lógica real de la norma jurídica», Madrid, Editora Nacional, 1969, pág. 4). LÓPEZ CALERA no conoce, o no toma en cuenta, la última y notoria posición de Kelsen ante los tópicos antes citados sobre la «disyunción» necesidad-libertad. Rara omisión en un tan ferviente y profesor confeso insnaturalista-tomista tradicional como CALERA.

norma, por más ubicuidad situacional que pretenda comprender, ni tampoco ningún conjunto de normas, podría nunca expresar en el contexto de sus proposiciones (25).

Se acude entonces al método "endógeno", tan justamente criticado por Hermann Kantorowicz: Se pretende extraer de unos principios jurídicos otros principios más generales que, según se postula, constituyen sus fundamentos y, por lo mismo, se admiten también como Derecho positivo, y una vez admitidos estos principios, descender de nuevo desde ellos hasta las normas, deduciendo de los citados principios no sólo las normas ya existentes, sino también otras imaginables; con este procedimiento se puede encontrar cualquier norma jurídica posible. La ambigüedad tautológica del reseñado procedimiento —ambigüedad que el positivismo jurídico en bloque rehusa admitir—, no puede resultar más evidente. La jurisprudencia heredada de la Pandectística intentaba componer, con un vicio metódico en cierto modo paralelo al del iusnaturalismo racionalista, una sistemática jurídica que fuese aplicable a todos los casos de la vida real (26), para ello se valía de trozos legislativos forzándolos

(25) Como convencionalmente resume H. HENKEL: «Cuando el órgano encargado de la tarea reguladora, el legislador, emprende su plan ordenador, su contemplación de la materia a regular está sometido ya a una *abstracción* más o menos amplia: el legislador prevé las futuras situaciones y relaciones de la vida que quiere abarcar con su regulación. Si bien, para ello, se pueden apoyar en una materia experimental existente, en «casos» ya dados, sin embargo el punto de partida de su plan de normación la constituye, no la individualidad, la multitud concreta de características de casos concretos, sino la previsión de situaciones o relaciones futuras que sólo pueden ser pensadas e imaginadas, no en la individualidad que se desarrolla y manifiesta en el presente cada vez, sino con características típicas de las que la experiencia nos indica que volverán a repetirse. El objeto de regulación de la Ley no es, por consiguiente, el caso concreto dado, sino un *producto del pensamiento* que abarca en sus formas típicas de manifestación y en sus características jurídicamente relevantes, una pluralidad de procesos y relaciones de la vida previstos. A este producto de la vida —representable sólo con los medios de *descripción conceptual* y que, por ello, abstrae necesariamente de la multitud concreta de características de los casos individuales— la llamamos el "supuesto de hecho"» (HEINRICH HENKEL: *Introducción a la filosofía del Derecho*, págs. 112-113).

(26) En el Derecho natural profano, como explica WELZEL, «el centro de gravedad se desplaza de los principios generales a las conclusiones. Los "principios intermedios" contienen irremediablemente el problema central y más difícil del Derecho natural y de toda

al máximo a fin de encajarlos en la vital multiplicidad de la vida jurídica concreta. La jurisprudencia resultante constituía, por un lado, soluciones tan forzadas que ponían en evidencia su disyunción con los textos legales, mas por otro lado, aferrándose mecánicamente a la ley, producía soluciones en flagrante contradicción con las realidades y necesidades de la vida. La jurisprudencia corre entonces el riesgo vicioso, según observaba Kantorowicz, de atenerse a los principios que, por su parte, se hacen tanto más inservibles y pierden su valor paradigmático, cuanto más se asciende en su grado de abstracción. No es posible imaginar al creador de las normas y de las proposiciones jurídicas invocadas suponiendo todos los casos subsumibles en las mismas. La "jurisprudencia de conceptos" y la lógica jurídica a su servicio no bastan, como pretendía la teoría general del Derecho clásica, imbuida de positivismo, para las actividades ni del jurista práctico ni, menos, del estudioso general del Derecho (26 bis).

## VIII

*Funcionalismo y misión.* Como hemos anotado anteriormente, la actividad judicial, el impartir justicia, es misión y función, o mejor función que se sublima en misión. Únicamente una jurisprudencia que tenga en cuenta su específica *función* que es constituirse como piedra angular en la tarea de impartición de justicia, y, por lo tanto, únicamente una dogmática jurídica que se base en un sólido cauce real-histórico y cultural-social, puede cumplir su función específica, suponiendo que no se niegue el carácter funcional, en sentido muy amplio por supuesto, de todas las ciencias ju-

ética jurídica material... Aquí dio Grocio el primer paso que habría de llevar en Pufendorf a un sistema de Derecho natural en ocho volúmenes, que se extiende a todas las relaciones humanas» (HANS WELZEL: *Derecho natural y justicia material*, Trad. González Vicén, Madrid, Aguilar, 1957, págs. 138-139).

(26 bis). A todos estos respectos véanse las oportunas consideraciones de Hermann Kantorowicz (bajo el pseudónimo de Gnaeus Plavius) en «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», de 1906 y «Rechtswissenschaft und Soziologie», de 1911.

rídicas; pues toda actividad es catalogable "en función de", si no quiere ser un sin sentido lógico o si no se profesa la ética kantiana (27). Pues bien, la función de la dogmática no es otra que ser auxiliar importantísimo en el momento de la *decisión* jurídica. Es teoría y praxis simultáneamente. Es teoría en cuanto ha sido extraída de la praxis, es praxis en cuanto aplicación de la teoría. Esto, si se quiere, es una aplicación de la dialéctica a la metodología jurídica. Es tiempo ya, creemos, de considerar la dogmática y la teoría general del derecho "sub especie dialéctica", sólo este punto de partida "metódico" nos revelará la múltiple fecundidad y variedad del momento hermenéutico. Sólo "bajo especie dialéctica" puede la dogmática, y por ende la teoría general del derecho, cumplir su función práctica: depurar, calificar; en suma, concretizar, desde un momento histórico-social dado, los conceptos jurídicos. Función ésta positiva y coherente, bien distante del abstracto logicismo de la interpretación positivista siempre en riesgo de abocar a lo que huye: la hipostatización, la entificación de los conceptos jurídicos, abstraídos, por un procedimiento arbitrario como se indicó más arriba, de la experiencia jurídica resultante de un momento histórico, que —bien "lógicamente" por cierto— quiere ignorarse. Pero esta "ontologización" de la lógica, este auténtico *quid pro quo* científico consistente en la substancialización de lo que es únicamente instrumento y forma para razonar, resulta de todo punto inevitable y consecuente desde el punto de partida falso del que se hace arrancar todo el proceso cognoscitivo de lo que lo jurídico sea.

En efecto, si se parte del tosco error conceptual de confundir la esencia con la forma, pues en el fondo ese es el error capital del positivismo formalista, confundir la forma del Derecho —estructuración normativa, evidentemente— con su esencia —esencia expresable en una definición, valga por el momento la que hemos adelantado: norma política

(27) Pues incluso un ferviente cristiano sigue el bien y evita el mal «en función de» su salvación eterna. Según la metafísica aristotélica, no hay actividades ni disciplinas que no busquen su causa final. Pueden recordarse las ironías de Bertrand Russell al cumplimiento del deber y su recompensa en el Paraíso kantiano.

de contenido ético (28), o, al menos, de contenido intencional ético— todos los extravíos metódicos son posibles. Así, por ejemplo, prescindir olímpicamente del contenido del Derecho, cuando es precisamente el contenido —expresión de necesidades y de relaciones humanas y entre ellas el ansia de justicia— lo que especifica su definición, salvándola de la tautología logicista de entender el fenómeno por como aparece, no por lo que alude, no por lo que indica. Así también la dogmática jurídica, desde el formalismo normativista, no representaría nada más allá del proyecto de constituir la expresión de un procedimiento formal de deducción lógico-analítico, abocado a la construcción de un sistema conceptual hermético —el celebrado hermetismo del ordenamiento jurídico, hermetismo por otra parte tan sencillamente puesto en duda por las no menos famosas y controvertidas lagunas del Derecho— y por tanto inmutable, estático y constante; en una palabra, definitivo, en otra palabra, extradialéctico. Este es el riesgo confusionista —que por otra parte, la realidad misma, jurídica y social, desmascara sin mayores dificultades— del error de partida en la definición de lo que el Derecho sea. Si es esencialmente norma, estructura normativa, es decir forma y no contenido, el resultado, por fuerza, será un sistema conceptual hermético, impenetrable, puramente racionalístico-abstracto, eminentemente formal, es decir fundamentalmente incompleto en cuanto es expresión, como hemos dicho antes, de un procedimiento formal-deductivo, lógico-analítico, de un "sin contenido"; en suma un divertimento para estudiosos, sin demasiado alcance real. Cualquiera puede ver que una realidad tan apremiante como el Derecho no es nada de esto, antes bien, si es algo es vida; vida mejor o peor objetivada en normas, aunque el Derecho no "es" sólo las normas. Lo que sí parece verdaderamente increíble es que un puro juego lógico —intentar subsumir la forma como esencia—, haya podido ser tomado en serio por los filósofos-juristas del positivismo. De no contar con aliados mejores, el "eterno re-

(28) Queremos decir que al menos lo que se toma por derecho pretende tener el contenido ético aludido en la definición, aunque *de facto* no lo tenga.

torno" del Derecho natural admitiría sin reserva entre sus argumentos preferidos la tosquedad de los "métodos" con que se pretende borrarlo del panorama científico-jurídico "para siempre", un "para siempre" que no suele nunca exceder al espacio vital de una generación.

## IX

Precisamente por ser la filosofía del Derecho, tal como nosotros la entendemos, y tal como "aún" la entiende la escuela, como parte de la filosofía primera, pensamiento problemático, crítico, es misión suya indiscutible poner en evidencia los errores dogmatistas de la teoría general del Derecho y de la dogmática jurídica del positivismo. Fundamentalmente la esencialización de la forma y la substancialización de los conceptos jurídicos, y por ende de la dogmática y de la teoría general del Derecho, olvidando su "función" que es, insistimos, la de proporcionar datos estimables en la obligación de impartir justicia. Función sólo realizable desde una definición *concreta* del Derecho y desde una concreción problemática, histórica, en una palabra *funcional*, de su evolución, por una parte y de sus "*constantes*" finalistas por otra. Sólo desde este carácter funcional con que surjan tanto la dogmática jurídica como la teoría general del Derecho podrá salvarse para la ciencia jurídica el resultado de sus trabajos. Sólo la vuelta al camino de lo concreto, a la estimación del *contenido* del Derecho, y no solo, según el viciado método positivista-normativista, de su forma, de su estructura normativa, puede sacar de su vía dormida, resultado del olvido de los reales caminos por los cuales —desde los contenidos concretos del Derecho— se generan los conceptos jurídicos (y éste constituye un puro dato de experiencia jurídica) a la ciencia de "lo jurídico". Sólo la vuelta a "la realidad" puede proporcionar una dogmática y una teoría general del Derecho superiores en potencia, y con superiores resultados, a las metas formales del logicismo formalista que opta a no tener más punto de contacto —en contra de lo que sus entusiastas creen— con la realidad jurídica (dato con el que se supone se cuenta, al menos en

el inicio de la especulación), sino en el puro mote, o *flatus vocis*: "jurídico".

Lo anterior no quiere negar el valor en sí, la utilidad instrumental, de la lógica jurídica; pero precisamente en cuanto tal instrumento, necesario, y aun si se quiere imprescindible, en el repertorio del jurista y del teórico del Derecho, siempre que sus reglas no se resuelvan en el plano abstracto de un formalismo voluntariamente vacío de contenido, por su también voluntario alejamiento de la realidad, de la cual —no se olvide—, son, al cabo, ambos, servidores. La realidad es siempre compleja, la realidad es resultado; nunca mejor evidenciado ésto que en la contemplación de la realidad jurídica. Realidad jurídica que es asimismo resultado histórico de la actividad humana, no momento lógico abstraído para siempre por una operación mental de la corriente vital, empírica, de donde ha brotado. Pero al llegar a este punto de nuestra explicación conviene, creemos, reunir un conjunto de distinciones que aclaren la propia postura para no bordear el peligro, siempre latente, de atajar una rama del positivismo para caer, implícitamente, en otra. Desenmascarar desde su insuficiencia al positivismo formalista para, de rechazo, incurrir en el opuesto extremo, unilateralmente erróneo también, del positivismo sociológico. Si se rechaza el formalismo, el logicismo, como visión inexacta de la realidad no es para abocar a un puro historicismo, a un relativismo finalmente tan abstracto, es decir tan escasamente real como las tautologías logicistas. El hombre es un ser histórico, pero también moral, este dualismo ("dieser dualismus" dice Hegel prontuándolo) es precisamente su realidad, y desde este dualismo antropológico debe contemplarse cualquier teoría, jurídica, histórica o moral, que pretenda abarcarle en su integralidad. Quien olvide uno de estos dos factores, histórico uno, metafísico otro, no contempla al hombre en cuanto tal, sino una imagen abstracta que de él se forja, una imagen del hombre separado de su contexto social (sin cuyo marco es ininteligible) o de su naturaleza creada, dependiente de su causa final y tendente a ella, y sin la cual no pasaría de ser un animal sumamente evolucionado,

mas incapaz, entre otras creaciones morales, de la misma del Derecho; en ambos casos de un hombre separado de su esencialidad de criatura social y, por tanto, un hombre abstracto y no un hombre real (29). Por lo mismo sería una tarea típica de la filosofía del Derecho desenmascarar (para utilizar "sed contra" una de sus expresiones favoritas) la tarada construcción del positivismo jurídico, según la cual el Derecho se identifica y se resuelve en la pura positividad histórica, para poner de relieve, por el contrario, la presencia, en toda positividad histórico-jurídica de los valores y por tanto de los criterios de conformidad en la actividad del jurista a un juicio de valor determinado (30). Pues aun suponiendo un "perspectivismo objetivista" a la manera de Max Scheler —el mundo de los valores es eterno, inmutable, objetivo, únicamente la inteligencia humana es quien, anclada en momentos históricos, no capta en su plenitud este gigantesco universo moral de los valores— el pensamiento filosófico se hallaría presente en cualquier caso, al cabo, en toda actividad constructiva, tanto de la dogmática como de la teoría general del Derecho a través de la interpretación, que es, no se olvide, "estimación" (31).

(29) Tampoco existe el puro ser histórico del marxismo, en el hombre hay impulsos morales y captación de valores tan evidentes intuitivamente como otro cualquiera de sus impulsos impíricos. Es la contemplación fenomenológica de su propia finitud lo que le lleva a reflexionar sobre la infinitud.

(30) Precisamente por el carácter intencional ético al que hemos aludido.

(31) Precisamente por no ser imaginables ni posibles una dogmática jurídica y una teoría general del Derecho sin una determinada definición del Derecho, definición que intenta captar el ser de lo jurídico (tenga esta definición el contenido que se prefiera, acertado o no), es evidente que en toda dogmática jurídica y en toda teoría general del Derecho está ya implícita, y desde luego operante, la filosofía del Derecho como último pensamiento en torno al ser del Derecho. Pues no parece lícito olvidar que cualquier cuestión en torno a la dogmática jurídica —es decir, la ciencia del Derecho en cuanto conjunto de conceptos que según se postula representan los fenómenos jurídicos— como de la teoría general del Derecho —entendida como la sistematización unitaria de los conceptos fundamentales— está forzosamente ligada al problema de una previa definición general del Derecho, que está implícita o explícita en los teóricos del Derecho y en los constructores de sistemas jurídicos.

Pero la problemática filosófica no sólo se halla en la actividad jurídica de esta manera por así decir indirecta. Hemos reiterado cómo la actividad del juez de impartir justicia a través de la interpretación estaba teñida de voluntarismo. El juez elige, opta, entre varias interpretaciones por la mejor, es decir por la más justa para cada caso. No elige, pues, a su arbitrio, sino en orden a un valor que excede el puro juicio lógico sobre la norma dándole sentido teleológico. El juez sentencia partiendo de las normas claro es, pero interpretándolas según un criterio valorativo y muchas veces emocional. Que lo emocional sea una fuente originaria del Derecho se ha reconocido hasta en las épocas de más acendrado positivismo (32). No sólo en la aplicación del Derecho, aun en su formulación, el elemento "alógico", emocional, instintivo o como se prefiera llamarlo está siempre presente. Piénsese por ejemplo en el "recto sentimiento del pueblo alemán", fundamento de la analogía del derogado parágrafo 2.º del Código penal alemán o en "la conciencia socialista del tribunal" ejemplificada en el artículo 45 del Código penal ruso como una cláusula amplísima para la determinación de los delitos. Sin ir a ejemplos tan extremos, cualquier código de justicia está enmarcado por las valoraciones emotivas de quienes lo construyeron, valoraciones emotivas a las que no son ajenos los organismos instituidos —lo cual quiere decir, en último término, las personas— encargados de aplicarlo.

De lo anterior se infiere el doble cometido de la filosofía del Derecho, como mentor y, al tiempo, como censor de la teoría general del Derecho y de la dogmática jurídica. De un lado, como censor, poner de manifiesto el condicionamiento histórico-cultural de toda ciencia jurídica y teoría general

(32) Que lo emocional sea una fuente originaria del Derecho lo reconoce el mismo Mezger al reconvenir a Zimmerl por su pretensión de buscar como único postulado científico absoluto la ausencia de contradicciones en la formulación normativa (E. MEZGER: *Tratado de Derecho penal*, Trad. española Rodríguez Muñiz, 2.ª ed., Madrid, T. I, 1946, pág. 14).

del Derecho y del otro, como mentor, marcar una meta su-  
prahistórica —como expresión de la apetencia moral de la  
especie humana—, pero que se realiza o intenta realizarse en  
la Historia: la aspiración al Estado de justicia, única meta  
inteligible para la filosofía jurídica, si, en último término,  
quiere investigar seriamente sobre el íntimo ser del Derecho  
como fenómeno social y como ciencia.

Con lo cual la filosofía del Derecho cumple por una parte  
la tarea de mostrar la provisionalidad y relatividad de las  
ciencias jurídicas y de la teoría general del Derecho y a la  
vez, por otra, su carácter instrumentífico, o, si se prefiere,  
*funcional*. Las ciencias jurídicas existen “en función de” la  
generalidad del ordenamiento jurídico y a fin de completar  
su normación mediante un proceso de historización y ade-  
cuación de las normas en la dialéctica de su aplicación. Nada  
más alejado del fin y de la motivación de las ciencias jurí-  
dicas que el punto de consideración mecanicista del positivismo  
demonónico. Positivismo por otro lado perfectamente expli-  
cable desde sus propios métodos de investigación de la reali-  
dad social. Pues, en efecto, el siglo XIX tuvo —como acerta-  
damente señala Orlando— una fuerte vocación por el Derecho,  
vocación, que, como el mismo autor indica, coincide con una  
generación formada en un ambiente espiritual dominado,  
en las últimas décadas del siglo XIX, por una tendencia a-  
filosófica, si no antifilosófica, actitud proclamada con orgullo  
por aquel positivismo que llegó a informar la cultura gene-  
ral del período (33). El positivismo jurídico pretendió “au-  
tonomizar” la ciencia jurídica de cualquier punto de refe-  
rencia axiológico, “depurarla” de todo elemento “metaju-  
rídico”; recuérdese la humorística soberbia con que Beling  
reclamaba la independencia de los principios jurídicos con  
respecto a los principios morales (34), o el orgullo raciona-

(33) M. ORLANDO: *Preazione a la trad. italiana «Dottrina del Di-  
ritto e dello stato»*, de Jellinek, Milano, 1949.

(34) «Los principios objetivos de la moral, de la ética, no son  
principios jurídicos, dice Beling, sino que devienen tales solamente  
cuando así son proclamados por el Derecho y al contrario un prin-  
cipio jurídico es un principio jurídico, aunque al mismo tiempo no  
sea un principio moral ...» (BELING: *Die Lehre von Verbrechen*, 1906,  
pág. 164).

lista con que Binding “depuraba” de elementos metajurí-  
dicos la teoría de la culpabilidad (35). Sin embargo, un aná-  
lisis misional-funcional, o funcional a secas, de la interpre-  
tación normativa no conduce, ni de lejos, a las conclusiones  
del positivismo. Los “conceptos” jurídicos que conforman la  
dogmática jurídica provienen de la interpretación, están con-  
dicionados desde los resultados concretos, históricos por de-  
cirlo así, de la interpretación. La interpretación proporciona  
a la dogmática jurídica los imprescindibles materiales so-  
bre los cuales aquella construirá el sistema de sus concep-  
tos. Quiere esto decir, la dogmática jurídica está constituida  
por el repertorio de “conceptos jurídicos”, conceptos que, a  
su vez, provienen de la interpretación, a su vez enmarcada  
y condicionada desde los elementos emocionales —valorativos  
y de decisión— que hemos anotado. Como es evidente, en-  
tre dogmática jurídica, teoría general del derecho e inter-  
pretación existe un nexo dialéctico antes que lógico-formal  
o mecánico. De aquí precisamente toda la vital complejidad  
del momento hermenéutico. La interpretación no es sino la  
reconstrucción por el juez de la normatividad jurídica ab-  
tracta creada por el legislador. En otras palabras, de la con-  
cretización histórico-social del contenido abstracto de la nor-  
ma. Actualización en suma de la supuesta intención del le-  
gisador, de la naturaleza misma de las cosas juzgadas, de  
la forzoseidad o necesidad social, más apremiantes desde  
luego que la legalidad técnico-formal. En todo caso elemen-  
tos evaluables desde la perspectiva de las ciencias sociológi-  
cas y estériles en resultados desde perspectivas estrictamen-  
te lógico-formales. Por ello conviene insistir sobre la impor-  
tancia decisiva del momento hermenéutico, imposible de  
abarcar si el filósofo del Derecho se atiene exclusivamente  
a las supuestas categorías lógico-formales que, también su-  
puestamente, constituyen el módulo de las proposiciones ju-  
rídicas. Por más que esta exclusividad de atención en la  
práctica nunca se ha dado, pues las mismas proposiciones  
jurídicas no son otro que el reflejo, a su vez, de una con-

(35) «La culpabilidad se agota en su contraposición al Derecho.  
Suprimir esta relación en su definición es un grave pecado contra el  
método jurídico». BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung*, 1914,  
T. II, pág. 283.

creta realidad histórico-social, una evaluación de fuerzas sociales en orden al mantenimiento de un "status" de paz con un horizonte moral, la concreción posible de un "status" de justicia.

No es imaginable, ni aun a nivel psicológico, una teoría general del Derecho, o una dogmática jurídica —bien substancial o bien formal— sin una previa idea, todo lo prejudicial que se admita, de lo que el Derecho sea. Si el derecho se define, se "denota", por su apariencia, por su forma, como un agregado normativo de carácter lógico-formal, es decir como norma, como estructura normativa, los conceptos jurídicos correspondientes a esta depreciación serán por fuerza el resultado de la elaboración de la estructura lógico-formal en que se ha reducido la definición de lo que lo jurídico sea. Mas si el Derecho se expresa por su contenido: norma política de contenido intencional ético, lo ético alude al elemento teleológico de la norma, a su fin, o, lo que es equivalente, a la realización de la justicia. Recuérdese cómo hemos subrayado una y otra vez que la tarea judicial es, y no otra, la de impartir justicia, tarea para la que requiere la ayuda de la dogmática como "repertorio" colocado a su alcance (36). Esta visión "teleológica" de la dogmática jurídica y de la teoría general del Derecho liberaría a ambas del constante riesgo del hermetismo de la "autosuficiencia", de la cerrazón ante lo histórico, ante lo problemático; riesgo inevitable desde el punto de partida —insuficiente— de una definición formal del Derecho. Pero esta visión teleológica, sólo puede entenderse a la perenne luz del viejo y, sin embargo, siempre nuevo y presente Derecho natural tradicional. "Ius obiectum iustitiae."

Para quien crea en un derecho natural, superior ontológicamente al positivo, la ley positiva humana —expresión

(36) Es curioso que no arraigue una expresión, para definir la misión del juez, como «impartir seguridad» o cosa por el estilo. Los tribunales se llaman tribunales de justicia, los edificios de la Magistratura, Palacio o Sala de Justicia, etc. Piénsese en el dudoso acento que para el jurista tiene la palabra «seguridad», si, por ejemplo, se incluye con la palabra tribunal en una misma oración, como por ejemplo *Tribunal de Seguridad*.

de la voluntad estatal traducida formalmente en normas—, no tiene, de su propia existencia, fuerza obligante (37). La exigencia de un límite ético al poder político, el cual "quiere" y garantiza el derecho positivo (38), es una de las misiones clásicas del Derecho natural, por eso, su vieja problemática, perennemente renovada, entroncaría, precisamente desde esa su incesante renovación, con nuestro tema. ¿Por qué entonces, en vez de a una llamada lógica jurídica y a una teoría general del Derecho vacías, desconectadas del imprescindible perimundo de la sociedad en la que por definición deben actuar y por lo mismo en riesgo constante de no realizar la justicia, no se acude al viejo Derecho natural que durante siglos sirvió de contrapeso al poder político y de norte a la ley humana positiva? Ya hemos señalado anteriormente, como un problema de la sociología del conocimiento que estudia las modas intelectuales, el tratamiento de esta cuestión. Contra el conocido argumento de "falta de sentido histórico" puede hacerse fácilmente un recorrido por las páginas de los maestros de la escuela sin encontrar nunca el consabido desprecio por la "mutación histórica", por la "flexibilidad situacional". Antes bien, si acudimos a la piedra angular convencional de la filosofía escolástica, Santo Tomás de Aquino, advertimos que el propio aquinatense ya nos previene como la gran variedad de los acontecimientos humanos nos señala por sí misma que los principios comunes de la *lex naturalis* no pueden aplicarse a todos los acontecimientos en igual medida, de lo cual se deriva precisamente la diversidad de las leyes positivas (39); lo cual no quiere decir que los primeros principios no sean inmutables y eternos, sino que de su estudio pueden sacarse conclusiones por vía de inferencia, conclusiones que permanecen bajo el manto del Derecho natural. Más aún, estas conclusiones admiten, asimismo, soluciones concretas particulares "secundum quod quae-

(37) Vid. la obra ya clásica de ROMMEN: «El Estado en el pensamiento católico».

(38) Entiéndase la frase en sentido lato. Claro está que el Estado quiere el Derecho desde unas exigencias sociales políticas, y si se quiere lógicas, para su promulgación, y desde estas exigencias actúa.

(39) Santo Tomás: *Summa Theologica*, I, II, qu. 95, art. 2.



libet civitas aliquid sibi accommode determinat" (40) ¿No queda admitido con suficiente amplitud por el aquinatense el elemento de relatividad que es propio de la ley positiva humana? Vemos, pues, cómo el inmutable rigor de los primeros principios no excluye, "antihistóricamente", su efectividad para el caso concreto. Las leyes humanas pueden modificarse —siempre entendiéndose que queden incluidas en el propósito general de dirección al "bonum commune"— por el cambio de condición de los hombres, dice Santo Tomás, "propter mutationem conditionum hominum, quibus secundum diversas eorum conditiones diversa expediunt" (41).

Asimismo pueden especificarse normas especiales —specialis quaedam jura— para los diversos estamentos sociales según sus fines respectivos, militares, eclesiásticos, etc. (42). ¿Estamos muy lejos del platónico y celebrado "haga cada uno lo suyo?" ¿Dónde queda la supuesta inflexibilidad y la no menos supuesta ahistoricidad del Derecho natural tradicional?

Los párrafos anteriores, en los que, escuetamente, se condensan opiniones clásicas en el ámbito de la Escuela, deberían ser suficientes a desvanecer el aburrido tópico de la "ahistoricidad" del Derecho natural tradicional. Es de temer no ocurrirá en tal modo, primero por el arraigo residual del lugar común en sí, segundo por el desconocimiento de los textos directos —o eso es lo que parece— de los maestros de la Escuela. Sin embargo, aun prescindiendo provisionalmente de esta faz flexible y ágil del mundo moral del iusnaturalismo tradicional, lo que no puede negar el más recalitrante positivista es que el eterno retorno del Derecho natural constituye, al menos, un hecho de experiencia. Es un hecho también de experiencia histórica, perfectamente constatable a nivel de simple crónica, la incapacidad del Derecho para limitarse a sí mismo y desde sus propias instancias. Muy recientes están por desgracia, ejemplos históricos fehacientes

(40) Santo Tomás S. Th., I, II, qu. 95, art. 4.

(41) S. Th., I, II, qu. 97, art. 1.

(42) S. Th., I, II, qu. 95, art. 4.

de hasta dónde puede llegar la "pura" conciencia jurídica tan orgullosamente separada de la conciencia moral. La virtualidad del Derecho positivo "exige" un límite, y este límite está tanto en él como en un plano superior a él, ya que no parece lícito acudir al elusivo y fácil argumento de buscar un límite abstracto al Derecho en un remoto "juicio final" de la razón histórica, juez y sentencia definitiva de la razón y de la sinrazón de cuanto deviene. Una separación tan abrupta entre Derecho y moral, es decir legalidad y justicia, colocaría a esta última fuera del proceso histórico-jurídico. La justicia, como elemento ético del Derecho, quedaría relegada a un momento final abstracto —fuera ya de la Historia por haber cesado el impetu dialéctico—, como juicio definitivo sobre la totalidad del proceso concluido, resultando así marginada —como elemento emotivo y operativo— del proceso dialéctico reflejo de la lucha de clases en el plano jurídico.

Urge reclamar el carácter jurídico y a la vez suprajurídico del Derecho natural tradicional. De lo contrario puede incurrirse en otro error de bulto cometido por neoadaptos del positivismo jurídico de cuyo neokantiano. Realizar una fractura entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, por más que, con cierto desdén condescendiente no se niega la virtualidad de este último, si bien apartándole, en nombre de la "pureza metódica", de cualquier intersección con la esfera de lo estrictamente jurídico. Con lo cual se establece una separación dualística, platonizante, entre ser y debe ser, entre mundo real y mundo deseable, etc., dualismo tan acertadamente puesto de manifiesto en su insalvable dificultad por P. Piovani en su "Giunaturalismus ed etica moderna" (43), aguda crítica al iusnaturalismo "secularizado" y a la visión unilateralmente "naturalista" de la especie humana.

Resumiendo, pues: El Derecho, norma política de contenido intencional ético, encuentra su limitación no en sí mismo, en cuanto puro sistema de seguridad caracterizado por su estructura normativa, sino en el perenne espejo del De-

(43) Bari, 1961.



recho natural, del cual el Derecho positivo es asimismo perenne alumno *intencional*. Como gráficamente lo expresa Georges Renard: "El Derecho positivo es una perpetua transformación, el orden que tiende hacia su perfección sin alcanzarla nunca. El Derecho natural es la orientación de esa transformación. Un movimiento se define por el término hacia el que se dirige aunque jamás pueda alcanzarlos" (44).

El Derecho, norma política de contenido intencional ético, y terminamos estas páginas con los mismos motivos con los que fueron comenzadas, debe reunir los dos elementos, justicia y seguridad, para ser tal. Mas, en todo caso, en los sistemas de seguridad normativos que aspiran a figurar como "derecho" difícilmente se omitirá una última referencia, tácita o expresa, a la misión justiciera realizable a través del ordenamiento jurídico. Derecho y poder, según ha explicado Hermann Heller, *Ética y Política*, según la clásica tradición cristiano-germánica-medieval, marchan así en una relación dialéctica. La referencia a la justicia es, en cualquier caso, el tributo que la política rinde a la ética, el homenaje que el Derecho positivo rinde al Derecho natural.

Puede todo ésto desdenarse con una mueca de escepticismo —más o menos *eclairé*— desde modernas posiciones positivistas, pues la ingenuidad del buen positivista connacional es inabarcable e inagotable, no creo cometan semejante *quid pro quo* los adeptos revolucionarios. El Derecho natural tradicional, como ya temió y previno Hobbes, resulta un arma formidable —intencional y real— para derruir violentamente una legalidad "positiva", y positivamente afirmada, mediante la invocación de "la justicia", esa virtud precisamente con que los órganos jurídicos que aspiran a impartirla —contenido intencional ético de las normas— rotulan sus Cámaras.

(44) GEORGES RENARD: *Introducción filosófica al estudio del Derecho*, t. I, «El Derecho, la Justicia y la Voluntad», Ed. Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1947, pág. 73).

El Derecho natural ha cumplido en la Historia —fácil es constatarlo— esta misión *real-revolucionaria* (prevista, anotada y temida por Hobbes) de amenaza a la legalidad *positiva*, lo cual significa —ocioso es decirlo— *racional*. Tanto más racional, por más real, a tenor de resultados, que los exhibibles por el llamado argóticamente "positivismo", por "lógico" que lo quieran presentar sus devotos. A quienes comprenden que lo real es racional —nunca mejor dicho— y quieren hacer lo racional real, para transformarlo y no sólo interpretarlo, la lección por demás es clara.

No el Derecho natural tradicional (es decir el reflejo de la aspiración a la justicia dentro del mundo jurídico, es decir el reflejo del reflejo de la lucha de clases en la Historia) es quien ha traicionado la defensa de las masas, sino algunos de sus intérpretes que optaron —o vacilaron— por la seguridad y no por la justicia, mas el desarrollo de esta trama, fácil de seguir en la Historia del pensamiento iusfilosófico occidental desde los presocráticos "hasta nuestros días", bien puede ser objeto de otros trabajos.

Si se habla de hacer el cambio (la "Revolución" o sus homólogos) se supone que quienes de ésto narran están dispuestos a emplear "todos" los medios para realizarlo. La invocación —y la facilidad corrosiva hacia "lo establecido"— del viejo derecho natural no es de los menos eficaces ni, tampoco, de los más exóticos o atroces.

