

SOCIOLOGOS, JURISTAS, FILOSOFOS. APUNTES PARA UNA METODOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO*

José María Martínez Doral

SUMARIO:

INTRODUCCION. 1. A partir de la pregunta de Kant. 2. Análisis de la ciencia del derecho. a) Análisis histórico. b) Análisis sistemático: elementos y controversias metodológicas. 3. Hechos, normas y valores: una totalidad estructural. 4. Entre la tecnocracia y la ideología.

I. *El estudio de los "hechos"*. 1. Autores y fuentes. 2. Sobre la naturaleza de la sociología. a) La sociología como ciencia "normativa". b) La sociología como ciencia "cognitiva". c) El hombre como producto de la sociedad. d) La sociología "humanista": el valor de la persona en la sociedad. 3. Los métodos sociológicos jurídicos. a) La encuesta. b) La entrevista. c) El test. d) La metodología documental. e) La observación participada. f) La experimentación. g) La comparación.

II. *El estudio de las "normas"*. 1. ¿Inviabilidad de la "Ciencia del Derecho"? 2. El papel de los científicos del derecho en la creación del mismo.

III. *El estudio de los "valores"*. 1. La búsqueda del fundamento del derecho. 2. La opinión de Rawls. 3. La opinión de Apel.

IV. *Una defensa del Derecho natural.*

V. *Conclusión.*

INTRODUCCIÓN¹

1. *A partir de la pregunta de Kant*

La pregunta de Kant, a fin de avanzar el conocimiento, fue procurar conocer: ¿cómo son posibles —o de qué manera son posibles— los juicios sintéticos *a priori*? Esto se explica porque la indagación acerca de los juicios analíticos, es decir, de

* Compilación y notas por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Alejandro Vergara Blanco.

¹ Nota de los compiladores (N. de los C.): El presente trabajo recoge las notas tomadas por los compiladores del último curso de doctorado dictado por el profesor Martínez Doral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, durante el curso 1986-1987.

En la puesta en orden de estos apuntes, y a fin de facilitar la lectura de los mismos, los compiladores han procurado evitar el tono coloquial en el que el curso se desarrolló. De igual forma, realizaron y pusieron nombre a las divisiones internas del trabajo, e insertaron —en forma de notas— diversas referencias de importancia menor o anécdotas, propias de una exposición oral, que hubieran perturbado, en un texto escrito, la comprensión de la argumentación principal. Asimismo, se han agregado, también a modo de notas (y con la advertencia "N. de los C."), algunos apuntes o referencias bibliográficas que se juzgaron podrían contribuir a enriquecer este trabajo. Desde luego, a mayor abundamiento, véase del profesor

aquellos que son independientes de la experiencia, no ofrece inconveniente alguno: ellos son juicios ciertos, seguros, aunque tienen el problema de no hacer avanzar el conocimiento, pues el predicado ya está contenido en dichos juicios. Tampoco presentan problemas los juicios sintéticos *a posteriori*, es decir, aquellos que se formulan luego de un contacto con la realidad, esto es, *a posteriori* de dicho contacto: aquí también es posible hacer avanzar el conocimiento. Mas, queda flotando la primera pregunta que no tuvo una respuesta en Kant y que nosotros tampoco procuraremos contestar. Otro será, pues, nuestro enfoque.

En nuestra opinión, la pregunta acerca del modo, de la metodología, o, dicho de otro modo, del cómo puede conocerse la ciencia del derecho, es la siguiente: ¿en qué consiste la ciencia del derecho y cómo se elabora?²

Si bien, por un lado, el tema de la metodología del conocimiento de toda ciencia ha preocupado a la modernidad, ya que a ésta le intrigó saber “cómo son las cosas fuera de mi conocimiento, si yo tan sólo tengo mi conocimiento”, por otro lado, tal tema no preocupó a los antiguos ni, en general, tampoco nos preocupa a nosotros: hoy en día se confía, más bien, en que la razón alcance ciertos conocimientos que luego ella reconstruye y a los cuales se tiene por suficientes. No hay, pues, una fundamental inquietud teórica por el conocimiento sino que se considera que nuestra razón tiene una cierta visión de las cosas y que —sobre la base de esa visión, de ese conocimiento— uno debe lanzarse al mundo exterior; es decir, a ver qué es lo que ocurre en las circunstancias.

2. *Análisis de la ciencia del derecho*

Nuestro objetivo en estas explicaciones (en este curso) es describir en qué consiste la ciencia del derecho y cómo se elabora. Tal temática puede ser abordada tanto desde un punto de vista histórico, cuanto desde un punto de vista sistemático.

a) Análisis histórico

Si optamos por este análisis, habría que comenzar, por ejemplo, por el estudio de la *exégesis francesa*. Esta escuela es casi un invento de Napoleón³, pues, según éste, “si cada jurista interpreta el código como quiera, tras el paso de una genera-

MARTINEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico* (Universidad de Navarra, Pamplona, 1963), y, últimamente, su edición en inglés, *The structure of juridical knowledge*, University of Navarra, Pamplona, 1987, con una bibliografía adicional (pp. 239-243).

Finalmente, los compiladores agradecen al profesor Martínez Doral, luego de su revisión, haber permitido la publicación de este texto. Esta compilación constituye un reconocimiento por los valiosos conocimientos y continuas atenciones recibidas durante dicho curso.

² Una bibliografía elemental sobre metodología jurídica debería incluir los siguientes trabajos: ANTONIO HERNANDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, 3 vol. (nueva edición en sus “Obras Completas”); RAFAEL HERNANDEZ MARIN, *Historia de la filosofía jurídica contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1986; KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 4ª. ed., versión castellana de MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO; o JAIME GUASP, *Derecho*.

³ Napoleón se consideraba a sí mismo “la mejor cabeza y la mejor espada de Europa”. Es sabido, en efecto, que bajo su gobierno, se redactaron cinco códigos, entre ellos el *Code Civil*, el que serviría de modelo a otros más, de diversos países.

ción no quedarán sino ruinas de él". En idéntico sentido, la figura de *Savigny*⁴, a nuestro juicio el fundador de la ciencia jurídica moderna, no debería obviarse. Entre los métodos actuales habría que destacar a la *tópica jurídica*, a la *hermenéutica jurídica* y a la *cibernética jurídica*. El estado de esta última, si bien es aún muy embrionario, con el paso del tiempo será, para nosotros, el más importante de todos.

Un estudio como el recién descrito podría intitularse *De la codificación a la computarización*, y en los sucesivos análisis de estos métodos podríamos apreciar, sin lugar a dudas, un progresivo mejoramiento del derecho.

b) Análisis sistemático: elementos y controversias metodológicas

Esta es la vía que vamos a seguir ya que ella permite estudiar mejor los puntos que aquí trataremos, en atención a la limitada extensión del presente curso. Aquí podemos distinguir a las *normas*, los *hechos* y los *valores*.

Bajo el reinado del positivismo, la ciencia de las *normas* fue, sin más, la ciencia del derecho. La ciencia del derecho consistía tan sólo en normas. Sin embargo, esta concepción sufre en la actualidad un doble ataque. De un lado, el ataque de los *hechos* ya que, se dice, no sólo es importante el derecho "válido" (las normas) que ciertamente el jurista debe conocer, sino, además, el derecho "vigente", lo cual proporciona la entrada de la sociología y de otras ciencias afines. De otro, el ataque de los *valores*, es decir, el de la pregunta por el *derecho justo*⁵. Tanto en el tema de las normas como en el de los hechos, las cuestiones que se plantean son estrictamente científicas. Por el contrario, en este último punto, la cuestión es eminentemente filosófica, ya que la ciencia no sabe de valores: así, desde la perspectiva de la filosofía del derecho, la metodología jurídica es una parte de ella.

3. *Hechos, normas y valores: una totalidad estructural*

Son tres los ámbitos que se distinguen en la ciencia del derecho: hechos, normas y valores. Estos tres ámbitos del mundo jurídico, se encuentran muy bien graficados, a nuestro juicio, en la frase de Richard Nixon, pronunciada al renunciar a su cargo de Presidente, a raíz del escándalo de Watergate: "los hechos son tal y cómo han sido descritos; no puedo decir que sea inocente, pero tampoco soy un malvado".

Estos tres ámbitos forman entre sí una *totalidad estructural* de modo que no puede hablarse primero de uno, luego de otro y finalmente del otro, sino

⁴ N. de los C.: DE SAVIGNY, véase su: *Sistema de derecho romano actual*, Góngora, Madrid, 1878, trad. de Messía y Poley. Para otros textos importantes sobre esta figura fundamental del pensamiento jurídico, cfr. *Savigny y la ciencia del derecho*, 2 tomos, números monográficos de la *Revista de Ciencias Sociales*, 14, I y II (Valparaíso, Chile, 1979, editado por Agustín Squella).

⁵ N. de los C.: Sobre este aspecto puede consultarse ARTHUR KAUFMANN, *Sentido actual de la Filosofía del Derecho*, en "Anales de la cátedra de Francisco Suárez", 12, 1972, trad. de Andrés Ollero y Karl Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Beck, München, 1979 (existe versión castellana de LUIS DIEZ PICAZO, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Civitas, Madrid, 1985).

que, entre los tres, constituyen una "entidad autónoma de dependencias internas" y todo esto sería el derecho⁶.

Por el contrario, los lógicos hablan de una *destotalización de la totalidad*. ¿Qué es esto? Es una operación lógica, que consiste en prescindir de uno de los elementos de una totalidad estructural, aunque se sigue atribuyendo, al todo mutilado, la característica del todo primitivo. Es esta en realidad una operación inadmisibles que organiza una confusa lógica.

Surgen, entonces, tres posiciones respecto del derecho: a) para unos, el derecho son los hechos (postura de los sociólogos; Alf Ross); b) para otros, el derecho es la norma (Kelsen⁷, Olivecrona); y, c) hay quienes piensan que el derecho es el valor (Pufendorf y su *Sistema de Derecho Natural*, destotaliza la totalidad; de igual modo los hegelianos y los platónicos).

Empero, en nuestra opinión, y conforme se dijo antes, estos tres ámbitos forman un todo, sin que ello signifique negar a alguno de ellos la primacía sobre los otros.

4. *Entre la tecnocracia y la ideología*

La distinción de estos tres ámbitos es muy importante. De ahí la intitulación de este curso: "sociólogos, juristas, filósofos, una metodología de la ciencia del derecho". Mientras no distingamos estas distintas totalizaciones, el derecho permanecerá entre la tecnocracia y la ideología.

En efecto, modernamente, el derecho puede considerarse encallado entre la *tecnocracia*, que postula que el jurista debe ser un ingeniero social, totalmente desideologizado; y la *ideología*, que postula que el jurista debe ser un ideólogo, es decir, un reformador social, un revolucionario, ya sea de izquierdas o de derechas. Si bien algo de las dos cosas debe haber en el jurista, esto debe matizarse.

En relación a esto, quizá sea importante remarcar que cuando las cosas se apuran "hasta la manía" suele tenerse razón en lo que se niega mas no en lo que se afirma. Así, los tecnócratas aciertan cuando dicen que la técnica jurídica no debe ponerse al servicio de la técnica partidista, sino que debe obedecer a su propia dialéctica, no pudiendo, por ejemplo, repetirse la ironía de enseñar "química, según Mao", como se llegó a hacer en China. El ejemplo favorito al que aluden los tecnócratas es el de Japón, el país más rico de la tierra, el cual, ni es

⁶ N. de los C.: En esta misma perspectiva, en el ámbito de la filosofía del derecho luso-hispanoamericana, se ha originado la sugerente teoría del "tridimensionalismo jurídico", sobre la cual, el autor de este curso no se extiende aquí. Entre los trabajos más significativos de esta escuela —no necesariamente coincidentes entre sí, salvo en el punto de partida; es decir, en el reconocimiento de la "totalidad estructural" de hechos, normas y valores— puede consultarse: MIGUEL REALE, *Teoría tridimensional do Direito*, Saraiva, Sao Paulo, 1987; WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho (La teoría tridimensional del mundo jurídico y sus horizontes)*, Depalma, Buenos Aires, 1981; LUIS RECASENS SICHES, *La concepción tridimensional del derecho*, en "Revista de Derecho Notarial", N° 7, Madrid, 1971 y ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Sevilla, 1982. Para un análisis introductorio de esta concepción, cfr. DOMINGO GARCIA BELAUDE, *Variantes hispánicas del tridimensionalismo jurídico*, en "Ius et Praxis", N° 12, Lima, 1988.

⁷ La pureza, según Kelsen, consiste en desatender cualquier elemento extrajurídico, y atender sólo de los elementos del derecho.

socialista ni es capitalista. Japón, en efecto, carece de ideología, pero posee el dominio de la técnica⁸. Sin embargo, esta postura yerra cuando afirma que la técnica es neutra; que ella es la última instancia, y que no debe recurrirse a otra cosa que no sea la técnica.

Por el contrario, los ideólogos aciertan en el yerro tecnocrático, achacándole que al predicar la supuesta neutralidad de la técnica, se convierten en sostenedores del *statu quo* y perpetúan, de esa manera, las injusticias. Sin embargo, cuando los ideólogos afirman que las cosas suelen cambiar, pero en el sentido de su partidismo ideológico, introducen a la sociedad en siniestros callejones sin salida. Frente a la politización de las opciones, o de las decisiones inapelables de los mejores, frente a las concesiones puramente fácticas, ¿no es posible llegar a una verdad? Una ideología determinada (la que, peyorativamente, sería una "legitimación ilegítima de intereses no generalizables) reclama para sí la condición de verdad⁹.

Frente a este atasco, la búsqueda de la verdad, en palabras de Apel, se podría plantear hoy del siguiente modo: ¿será posible, más allá de estas posturas, con una crítica más radical, llegar a la verdad acerca de la coexistencia, verdad esta que tendría que ser aceptada por cualquier sujeto racional¹⁰ en una intercomunicación no distorsionada, absolutamente libre de dominio y siempre que se tuviera tiempo para meditar?

En la actual época de la ciencia, cuando la fundamentación racional del derecho proviene de los sociólogos, se hablará de un "método sociológico"; si llega de los juristas se hablará de un "método dogmático"; si, en fin, la realizan los filósofos, se hablará de un "método filosófico". Explicaremos cada uno de estos métodos.

I. EL ESTUDIO DE LOS "HECHOS"

1. *Autores y fuentes*

Entre los juristas que quieren aplicar el método sociológico al derecho podemos mencionar a Luis Aarnius, profesor de Sociología Jurídica de la Universidad de Helsinki y presidente de la Sociedad Internacional de Filosofía del Derecho y Social¹¹; Hans Albert, profesor de la Universidad de Düsseldorf, de orientación

⁸ N. de los C.: Tal vez en esa dirección podría situarse el movimiento político de la "Europa de los doce", la que da primacía a los aspectos económicos por sobre los políticos o culturales. Esta postura podría, sin embargo, comenzar a revisarse —si no se ha empezado ya— a partir de los cambios ocurridos en la Europa llamada del "Este", los que ofrecen una realidad completamente nueva e inesperada para los ideólogos de la Europa llamada "Occidental".

⁹ Por ejemplo, Lenin decía: "La verdad es una, el error es múltiple. Por eso la derecha escoge el pluralismo".

¹⁰ Este podría estar en desacuerdo pero eso sería a expensas de no ser racional, por lo que, en verdad, no podría estar en desacuerdo.

¹¹ N. de los C.: Luis Aarnio ha sido sucedido como Presidente de dicha Sociedad, luego del XIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, celebrado en Japón, en agosto

positivista y conocido por su polémica con el profesor Apel; Betchler, joven profesor de la Universidad de Berlín; Edmundo Clark y Edwin Garlaw, profesores en la Universidad de Colorado y grandes sociólogos del derecho; Giovanni Tarello y Ruggero Meneghello, profesores de Sociología Jurídica en las Universidades de Bolonia y Padua, respectivamente; Agraival, profesor en India; Peter Saack y su esposa, profesores en Canberra¹²; Flodin, profesor en Copenhague y continuador de Hegel; en fin, Niklas Luhmann, el sociólogo más importante de su época quien estudió en Harvard con Parsons. Autor prolífico, ha escrito más de treinta libros y en la actualidad se encuentra trabajando en una obra que, a su juicio, tendrá una complejidad semejante a la de la sociedad. Se tratará, quizá, de su obra cumbre, y se denominará "Teoría de la sociedad". Hasta el momento tiene escritas unas cuatro mil páginas. En nuestra opinión, es el "monstruo" de la sociología del derecho.

Estos autores — todos los cuales escriben en la década de los 80— lo hacen en el marco de sus maestros, que no son muchos, por lo demás, pues la sociología del derecho es una asignatura nueva. Entre los recién nombrados, los más destacados son Luhmann, Albert y Saack.

En lo referente a las "fuentes", acaso el primer sociólogo del derecho sea E. Ehrlich, autor de *Fundamentos de sociología jurídica*. Al mismo tiempo, en Burdeos, León Duguit escribe *Derecho social e individual*. De igual modo, también debemos destacar a los sociólogos suecos, entre los que distinguimos a A. Hagerström, quien en 1939 escribe *Filosofía social* y a Theodor Geiger, autor, en 1936, de *Sociología del derecho*. Sin alejarnos del ámbito escandinavo, cabe mencionar a los daneses Karl Olivecrona, autor del célebre *El derecho como hecho*, y Alf Ross, autor de *Jurisprudencia realista*.

Por su parte, en el ámbito del llamado "realismo americano", Roscoe Pound escribió cinco fundamentales tomos intitulados *Jurisprudencia*; Karl Lewellyn, en 1949, *Derecho y ciencias sociales*, y J. Franck, célebre juez, en 1946, *Sociología del derecho*. Volviendo al ámbito europeo, en Francia, G. Gurvitch escribe en 1940 en muy claro libro sobre *Sociología Jurídica*, en tanto que en Italia, Renato Treves introduce esta materia hacia mediados de la década de los sesenta¹³.

En el continente americano, el mexicano Eduardo García Maynez, quien no es exactamente un sociólogo, aunque está muy cerca de serlo, escribe en 1942 una *Introducción al estudio del derecho* que contiene agudos análisis sociológicos.

Entre los orígenes remotos, debemos considerar a Aristóteles, quien con sus discípulos estudió minuciosamente 38 Constituciones, antes de redactar la de Atenas. Sin embargo, los orígenes inmediatos de esta materia corresponden a Augusto Comte, de modo que volver a Aristóteles o al siglo XVI sería una exageración.

de 1987 (es decir, pocos meses después de dictado este curso), por la profesora Alice Erh-Soon Tay, del Jurisprudence Department de la Universidad de Sidney.

¹² Se trata, por lo demás, de un matrimonio cultísimo, típicamente universitario.

¹³ N. de los C.: Sobre este autor, cfr. la reciente traducción de M. ATIENZA, M. J. AÑON ROIG y J. A. PEREZ LIEDO de *La sociología del derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

2. Sobre la naturaleza de la sociología

a) La sociología como ciencia "normativa"

¿Qué es lo que le interesa al sistema jurídico y a la ciencia del derecho o saber del derecho que cuida del sistema? A ella le interesa que, de hecho, el sistema funcione. Pero hay más: ¿qué funcione en relación a qué? La respuesta es: en relación a las expectativas y pretensiones continuamente variables y cambiantes de los otros subsistemas: militar, económico, político, etc. Pero a los otros subsistemas les ocurre lo mismo, por lo que todos los subsistemas deben adaptarse continuamente a esas variantes. Al logro de tal objetivo se le denomina "progreso" o "justicia". Sin embargo, no se trata de un progreso hacia un fin determinado, ya que el mundo no manifiesta un orden inteligible en el que el hombre pueda orientarse. Por el contrario, el mundo es radicalmente contingente y complejo. Carece, en sí, de un orden: he ahí el presupuesto básico de toda *sociología positivista*.

Lo dicho significa, necesariamente, que en cada momento histórico de estos sucesivos cambios habrá un comportamiento socialmente paradigmático, funcional o convencional, aunque el comportamiento aceptado en un determinado momento se encuentra respaldado por el aparato sancionador, que castiga, por consiguiente, al comportamiento "desviacionista". Como dice Luhmann, "real es lo que el conocimiento determina como tal; el comportamiento funcional, cuestión del fundamento aparte"¹⁴.

Este es el sistema hoy vigente, el cual, como es claro, está en contra de nuestro punto de partida, a saber, la totalidad estructural de normas, hechos y valores, ya que atribuye las características del todo a una parte del mismo. Es, en definitiva, una destotalización que significa prescindir de las normas y valores. Ante esto, autores como Albert, Kelier o Popper han querido impedir esta destotalización, considerando que el derecho no debe tratar de ser sólo aquello que funcione. Pero se trata de un intento algo tímido.

A la luz de lo expuesto, si el "derecho es el hecho" lo único que el jurista tiene que hacer es trasladar a las leyes aquello que está en la calle, esto es, el comportamiento social paradigmático. De donde, mientras dicho comportamiento se encuentre en la calle, conforme lo dicho más arriba, tendrá el respaldo sancionador del Estado. Lo expuesto significa que la sociología sería una *ciencia normativa* capaz de convertirse en guía moral de la sociedad. El derecho, en ese contexto, quedaría subordinado a ella. Y esa es, en efecto, la opinión mayoritaria de los sociólogos.

b) La sociología como ciencia "cognitiva"

Otros, sin embargo, no creen que la sociología sea una ciencia normativa, por lo que no le asignan esa importancia "imperialista". De esta forma, estos sociólogos renuncian a convertirse en líderes morales de la sociedad. Para ellos, la sociología es una ciencia "cognitiva" que tiene por función: 1º) analizar a la opinión pública (el estado de la opinión pública, cognitivamente); 2º) comprender dichas opiniones; y, 3º) ofrecer esos análisis como material para la pres-

¹⁴ N. de los C.: Sobre esta postura, y su crítica, se ha extendido ALEJANDRO NAVAS, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, Eunsa, Pamplona, 1989.

cripción de los juristas. Este planteamiento, sensiblemente minoritario, podría caracterizarse en esta frase romana: "yo te doy los hechos, tú dame el derecho". Entre ellos cabe distinguir a John Naisbitt, quien emplea en sus investigaciones el método del *análisis del contenido*. Este consiste en averiguar el estado de la opinión pública acerca de un suceso, de un conjunto de sucesos, o de todos los sucesos del mundo, a través de los medios importantes (prensa, conversaciones callejeras, radio, televisión, debates parlamentarios), que expresen esa opinión. ¿Qué piensa la gente en centro-europa acerca de la eutanasia? ¿Qué presiones recibe la opinión pública para lo uno y lo otro? Es, quizá, el método sociológico-jurídico menos discutible¹⁵.

Muy practicado por los servicios secretos de todos los gobiernos del mundo y, también, por las agencias de información, se usó por primera vez en la última gran guerra. Allí, dos sociólogos y eminentes teóricos, Hans Laswell y P. Lazarsfeld, recomponían lo que en verdad pasaba en Alemania, al leer minuciosamente los diarios que llegaban de dicho país con un atraso de dos días, de forma que podían percibir lo que realmente ocurría, aún por lo que aquellos periódicos no decían.

El caso de Naisbitt es un poco distinto, ya que él usó este método para la paz: analizando millones de textos y opiniones, se estudian las tendencias de la población, sobre todo en economía. En esa perspectiva, Naisbitt escribe un libro llamado *Megatrends* (macrotendencias) donde analiza los macrocambios que se están produciendo ante nuestros ojos en tanto que personas que vivimos en el siglo veinte y en tanto que juristas y que, sin embargo, no somos capaces o no queremos ver. Este libro adolece, empero, de la característica superficialidad de la sociología, la que no en vano tiene apenas cien años. Sin embargo, su lectura es muy interesante y recomendable, en razón de que lo que dice parece que es verdadero, y porque ahondando en los presupuestos antropológicos de las diez tendencias que en él se perciben, se podría construir un marco teórico para comprender problemas muy complejos.

Entre las consecuencias del libro, muchas de las cuales tienen una amplia repercusión en el mundo del derecho, podemos destacar las siguientes:

1º. Naisbitt asegura que estamos pasando de un tipo de sociedad industrial a una sociedad informalizada (Telemática).

2º. De una sociedad "tecnificada" (ergo, "cosificada": la técnica todo lo cosifica, incluso al hombre) a una sociedad "supertecnificada" pero respetuosa del hombre, porque la telemática permite tratar a los hombres no de modo igual, como es lo que hace la máquina. Ahora, por el contrario, de lo que se trata es de procurar "dar a cada uno lo suyo".

3º. De una sociedad "cerrada" a otra "global", aunque descentralizada.

4º. De una sociedad "dinamizada" por motivos económicos, culturales, políticos, etc., a "corto plazo", a una sociedad "dinamizada" por motivos económicos, culturales, políticos, etc., a "largo plazo". Por ejemplo, la empresa Singer quiere ser ahora pionera del espacio aéreo.

5º. De una sociedad "verticalizada" a otra de "participación".

¹⁵ Como se ha dicho antes, comparada la sociología con la ciencia jurídica, con la dogmática jurídica (que tiene tras de sí al derecho romano) o con la filosofía jurídica (que tiene tras de sí a la metafísica griega), resulta ser una disciplina muy reciente. Pero lo que menos gusta a quienes ven a la sociología jurídica con cierta reticencia, no es sólo su "juventud", sino, de forma especial, el escaso rigor de sus métodos.

6º. De una sociedad “burocratizada” a otra gestionada por redes “escasamente formalizadas”.

7º. De una sociedad de alternativas mutuamente “excluyentes” a otra de opciones “múltiples”. Por ejemplo, las bañeras blancas o los teléfonos negros ya no interesan a nadie.

8º. De una sociedad que ha tenido su paradigma en el “Atlántico” a otra que la tiene en el “Pacífico”¹⁶.

Hay personas a quienes esas tendencias pueden gustarle y, por tanto, aspiran favorecerlas. A otras, en cambio, no. Sin embargo, es claro que hay que contar con ellas, pues allí están.

En cualquier caso, se trata —y volviendo a nuestro tema— de un servicio importantísimo que la sociología empirista ofrece a la Ciencia Dogmática del Derecho y a la Filosofía del Derecho.

c) El hombre como producto de la sociedad

“Dadme algunos niños sanos y yo haré de ellos lo que quiera”. Así se expresa el fundador del *conductismo*. El hombre es enteramente un producto de la sociedad, es decir, de lo que piensan los sociólogos. Esta nota es compartida por todos los sociólogos, por lo que se ve claro su arrogancia. Ellos, en efecto, creen en la determinación social de las ideas.

Durkheim aclara este concepto con el siguiente ejemplo: una sociedad necesita un producto de primera necesidad que está alejado de ella, de modo que, para obtenerlo, tiene que atravesar aguas turbulentas. Los hechiceros dicen que si los hombres no van pierden la virilidad. Los hechiceros, sin embargo, aun no yendo no perderán aquélla, aunque debido a otras razones: ellos dominan espiritualmente al grupo bajo estudio. En ese contexto, los sociólogos buscan la línea que va del pensamiento al mundo social del pensador, pero las ideas más abstractas dependen de ese mundo. Así, por ejemplo, la ideología de la libre empresa es igual a la de los hechiceros: se trataría de la legitimación de las prácticas monopólicas de los grupos multinacionales. De igual forma, la ideología marxista es la legitimación de los muy privados intereses de la cúpula del Partido Comunista¹⁷.

Pero, en definitiva, todos son hechos, es decir, las ideas no modelan los acontecimientos sino que éstos modelan a aquéllas.

En la misma línea, por ejemplo, un ciudadano ruso vive en un “mundo distinto” al nuestro. Su poética, su música, sus tradiciones, son distintas a las nuestras. De ahí que ellos también tengan una percepción del tiempo, del espacio o del número, distinta de la de nosotros. Todo ello viene dado, es claro, por su estructura social, por su sociedad. Lo mismo acontece con nosotros: nosotros no elegi-

¹⁶ N. de los C.: Sobre la gran mayoría de estos aspectos, a medio camino entre la crítica a la *modernidad* y la crítica a la *postmodernidad* (que, a su vez, es crítica de la anterior), cfr., los sugerentes análisis de JESUS BALLESTEROS, *Postmodernidad: ¿Decadencia o resistencia?*, Tecnos, Madrid, 1989 y de ALEJANDRO LLANO, *La nueva sensibilidad*, Espasa Universidad, Madrid, 1988.

¹⁷ N. de los C.: Esta opinión se ha comprobado en exceso en los países de la llamada “órbita soviética”, luego de los cambios ocurridos, en especial, desde 1989. Los casos de Alemania Oriental o Rumania, por ejemplo, son sintomáticos de esta perspectiva.

mos el lenguaje o la lógica, sino que éstas vienen dadas por nuestra sociedad¹⁸. De ahí que muchas veces sintamos la necesidad de una reevaluación de lo que nos ha sido impuesto.

A este respecto, se ha dicho que en quienes se encarna el espíritu del tiempo tienen una situación cognitiva (*status*) superior; ellos podrían situarse a distancia de los demás, como podría ser el caso de un Hegel o, incluso, de un Napoleón. Mannheim considera que esas personas son los intelectuales, pues sólo éstos podrían escapar al determinismo social. Ellos, en efecto, piensa ese autor, se encuentran al margen de cualquier interés y podrían alcanzar un conocimiento objetivo de las cosas.

Sin embargo, creo que esta idea es sospechosa en mérito a varias razones. En primer lugar, porque la formula un miembro de dicha comunidad. En segundo lugar, porque no es cierto que los intelectuales carezcan de intereses. Esta apreciación la desmienten los propios métodos sociológicos. En tercer lugar, los intelectuales son, numéricamente, muy pocos. Por ello, si hay una determinación de la idea, ésta es para todos; es decir, alcanza también a los intelectuales.

Conceptos como "contrato social", "grupo de referencia", "estructura de plausibilidad" o "estratificación" son conceptos sociológicos importantes, que dicen, con otras palabras, que el hombre es un producto de la sociedad.

La sociedad, en efecto, se ordena por móviles, en términos de superordenación y subordinación. La suma de dichos móviles es el sistema de estratificación de la sociedad. La "posición social" (o "clase social") determina nuestros actos, nuestro modo de pensar. En este sentido, es importante decir que dicha "posición social" determina más que nuestra posición económica, las esperanzas razonables que pueda tener una persona: la educación de los hijos, las relaciones sociales, etc. Esta observación alcanza también a la URSS, donde, si bien teóricamente no hay "clases", sí existe una "estratificación". En este sentido, un sociólogo apenas con dos informaciones de una persona cualquiera (la profesión y los ingresos anuales) puede hacer una lista considerable de predicciones sobre esa persona. Pero también hay que tener en cuenta que la "clase" es el sistema de estratificación menos rígido de todos los que existen, ya que se basa en la economía. La "raza", por ejemplo, es un sistema rigidísimo de estratificación.

Con todo, la colocación en nuestra sociedad define nuestras ideas y plasma nuestras esperanzas en el espacio y en el tiempo, ya que la sociedad nos precede y nos supervive¹⁹. Nosotros estamos dentro de la sociedad y ella está dentro de nosotros. En ese sentido, se llega a tal punto que la estructura objetiva de la sociedad se transforma en la estructura subjetiva de nuestros espíritus. Y todo esto sucede con nuestra propia contribución.

En este sentido, el "ejecutivo" que no tiene casa o esposa convenientes recibirá una fuerte "presión social" de la empresa para que consiga ambas. Se trata del llamado "control social". Y esa presión es tan notable que muchas veces el ejecutivo cree haber elegido a su mujer cuando, en rigor, no fue así, sino a la inversa: es la sociedad la que la ha elegido. Es la conciencia de la sociedad la que

¹⁸ N. de los C.: Muy sugerente respecto de este punto es BERNHARD GROSSFELD, *Grundfragen der Rechtsvergleichung*, en "Festschrift für Rudolf Lukes", comp. por Herbert Leßmann, Bernhard Großfeld y Lothar Wollmer, Carl Heymanns Verlag K. G., Köln, 1989, pp. 655-71.

¹⁹ Hegel decía que nuestras vidas son episodios no significativos de la sociedad en su marcha a través de la historia.

entra en nosotros, disolviéndose, de esta manera, la conciencia individual. De esta forma, sólo queda la conciencia social, de suerte que lo que nosotros deseamos es lo que ella espera de nosotros. De ser admitida, esta postura supondría que el derecho sólo sería sociología, es decir, puros hechos.

La gran mayoría de los sociólogos (alrededor un 80 por ciento), de orientación estructuralista, conductista o marxista, son fervientes partidarios de la hegemonía aplastante de lo social sobre lo individual.

Es cierto que innumerables influencias sociales se van introduciendo en nuestra conciencia y van modelando todo. A un punto que Comte llegó a decir que la sociedad sería una gran prisión, a la que estamos modelando. Pero esto no es verdad.

d) La sociología "humanista": el valor de la persona en la sociedad

No todos los sociólogos están de acuerdo con la hegemonía de lo social sobre lo individual, que plantean los "conductistas", los "estructuralistas", los "funcionalistas" y "marxistas". Por el contrario, la sociología fenomenológica, del conocimiento, crítica o humanista (inspirada en Mead o Berger), no comparte dicha opinión.

Berger, por ejemplo, ofrece una relación mucho más matizada entre el "nosotros" de la sociedad y el "yo" individual. Así, considera que si bien la sociedad nos moldea, nos produce, también ocurre lo opuesto. Tres fenómenos, en los que se demuestra empíricamente la existencia de la libertad, ayudan a corroborar esta consideración.

1º. En primer lugar, considera Berger que todos sabemos que podemos romper internamente con la sociedad e ingresar en una existencia marginal. Más todavía: sabemos que podemos combatirla. Finalmente, si no optamos por dicha vía, al menos podemos tomar distancia de la sociedad y hacer caso omiso a sus presiones sociales.

Así, en relación al primer punto, los individuos pueden construir su mundo, apartándose del que los ha socializado. Esto es más fácil en los pequeños grupos y, de hecho, se advierte sólo entre personas que se dedican, por ejemplo, a la Física Teórica; al estudio del Paleolítico inferior, o bien, si se trata de minorías perseguidas (religiosas o políticas).

2º. Segundo argumento: se puede hacer algo más que romper internamente con la sociedad. Así, un individuo que propone una interpretación hasta ese entonces desconocida o hasta la fecha no admitida y logra que otros la apoyen, puede considerarse que ha cambiado, a lo menos, la sociedad en la que vive. Como ejemplo de este punto se podría citar a Napoleón, Marx o Gandhi²⁰. Se trata, pues, de personas "carismáticas", que sustituyen los viejos significados por otros nuevos. Esta observación no pretende negar que toda revolución termina *rutinizándose, burocratizándose*, con lo cual, casi invariablemente se comprueba que los cambios no han sido tantos como los que se esperaba o se creía haber logrado²¹. El impacto de una revolución no dura, en efecto, más de una generación. Sin embargo, no es menor verdad que luego de la aparición de estas figuras

²⁰ En relación a esto, Marx no deja de ser paradójico, si se recuerda que, para él, la sociedad logra cambiar a las personas, cuando, en verdad, *él sólo* logró cambiar la sociedad.

²¹ Sintomática, por ejemplo, la opinión de Mao Tse Tung, quien al fin de su vida reconocía no haber realizado más que "unos rasguños alrededor de Pekín".

el mundo ya no es como antes, sea esta apreciación tomada en sentido negativo o positivo.

3º. Finalmente, es muy posible que una persona asuma el papel que le manda la sociedad pero que, en el fondo, sea un crítico de éste o bien que se ría de él. Esto es claro porque si bien en la sociedad un individuo se encuentra constreñido por factores externos o internos —que operan dentro de nuestra piel—, eso no quita que dicha persona pueda asumir tal papel a su modo. Es posible tomar el papel en la sociedad y representarlo correctamente. Pero es posible criticarlo y distanciarse del papel.

Cosa distinta es la doctrina existencialista de la mala fe desarrollada por Sartre, es decir, la negativa a enfrentarse con la libertad en caso de salirse del “papel determinado”. Ejemplo de ello es el hombre de negocios que destruye brutalmente al competidor porque, de no hacerlo, será el otro el que llevará tal proyecto a cabo. Pero, en definitiva, es el hombre mismo el que elige tal conducta, es decir, el que prefiere luchar contra el otro más que *con* el otro.

Una superación de esta perspectiva supone reconocer que la existencia es un vivir con la conciencia absoluta del carácter único, insustituible, incomprendible, de la propia individualidad. En otros términos, no hay que olvidar que, debajo de las etiquetas, hay personas. Así, al margen de que A sea marxista o B capitalista, debajo de los dos papeles que ambos representan, hay personas. En este horizonte, al contrario de la opinión de los sociólogos, debemos pensar que la sociedad no es una prisión (que nosotros, por lo demás, construimos). Esta, por el contrario, es un escenario de actores vivos, con controles internos y externos, en el que se puede decir no a las presiones existentes²², más allá de que, por desgracia, siempre se diga que sí.

Una sociología así descrita no tiene la pretensión de erigirse en ciencia de todo, sino que al reconocer la diferencia de las determinaciones sociales y la libertad se coloca en la posición de ser completada por una ciencia normativa, ya no fáctica, y, además, por una axiología valorativa. Si la llevamos al campo jurídico, se trataría de una sociología que sería completada por la Ciencia Dogmática del Derecho y por la Filosofía del Derecho.

3. *Los métodos sociológicos jurídicos*

En nuestra opinión, existe sólo un método: tratándose de una ciencia de hechos, el único método es la observación. Son muchos los modos en que se puede observar un objeto.

Así, podemos distinguir una *observación simple*, la cual puede dividirse en “directa” (si al hecho lo tenemos directamente ante nuestros ojos) e “indirecta” (si el hecho no está a la vista). Ambas se dividen, a su vez, en observación “extensiva” e “intensiva”. La observación es “directa extensiva” cuando se refiere a grandes grupos humanos y aquí la metodología empleada es la *encuesta*. Por el contrario, si la observación es “directa intensiva”, afecta a pequeños grupos e, incluso, puede referirse sólo a una persona. En este caso se gana en calidad, en

²² A esto se ha referido MAX SCHELLER en su obra *El puesto del hombre en el Cosmos*, cuando señala que el hombre es capaz de decir no a la sociedad. También Simmens, para quien el individuo está, paradójicamente, dentro y fuera de la sociedad y Plesner, quien alude a la excentricidad del hombre. De esta manera, éste debe hacerse a sí mismo por lo que se le abre, de forma constitutiva, el espacio de su libertad.

profundidad y el método a emplear es la *entrevista* o el *test*. Por el contrario, la observación "indirecta" empleará necesariamente la prueba *documental*, tanto "extensiva" cuanto "intensiva".

La observación *participada*, por su parte, es aquella en la que el observador toma parte de los hechos que observa. Por otra parte, la *observación provocada* emplea el método *experimental* ya que es el propio investigador el que provoca el hecho y lo dirige. Finalmente, en una *observación comparativa*, se estudian las semejanzas y diferencias de los fenómenos sociales. Por ejemplo, el hecho de la familia, o el Parlamento. Este es el método más usado, es el método sociológico por excelencia.

En este horizonte, la cibernética, la teoría de los grafos o la de los anillos contribuye a que dichas observaciones sean muy sofisticadas, complejas, perfectas y precisas.

Antiguamente, los sociólogos del derecho decían que esos métodos matemáticos alcanzaban una precisión sólo matemática, es decir, cuantitativa, mas no cualitativa, que es lo verdaderamente importante. Sin embargo, las matemáticas se han hecho ya cualitativas, de modo que se ha relativizado las diferencias entre lo cualitativo y lo cuantitativo. Así, la sociología jurídica aumenta su prestigio día a día, lo cual lleva a la existencia, cada vez mayor, de laboratorios de sociología jurídica. En este contexto, esta sociología tiene que ver con lo que se ha denominado "las nuevas humanidades". Esto último no quita, sin embargo, que los métodos que ahora se enunciarán brevemente puedan ser usados tanto en ese sentido "humanista" como, también, "positivista".

a) *La encuesta*. Sobre la encuesta hay que decir que puede referirse a "actitudes" o a "opiniones". Al parecer, la primera encuesta de "actitudes" data de 1279, cuando Luis IX ordenó indagar el comportamiento de sus representantes para con el pueblo.

En general, los sociólogos practican encuestas del segundo tipo, la cual puede ser de tres modos: "muestreos", "consultas por cuestionarios" e "interpretación de respuestas". Aquí se juega con la ley de los grandes números.

b) *La entrevista*. Esta puede referirse a líderes, al hombre de la calle o bien a grupos. Las preguntas pueden ser abiertas o cerradas. En las primeras se puede opinar sobre muchos temas; en las segundas se suele contestar por "sí" o por "no".

c) *El test*. En el test, las preguntas se realizan para investigar la personalidad del entrevistado, de suerte que puede llegarse a saber más de lo que el propio consultado sabe de sí. Normalmente es empleada por las empresas en la selección de sus empleados o bien para analizar actitudes de la población.

Todos estos métodos son muy útiles, no tanto para traducir literalmente las opiniones relevadas —lo que sería un positivismo puro— sino, por el contrario, para conocer lo que, en verdad, piensa la gente. Algunos ejemplos muy sugerentes obtenidos de esta forma son, por ejemplo, el caso de los pescadores guipuzcoanos, en los que existe un Tribunal de Unica Instancia, desde tiempo inmemorial, completamente al margen de la justicia estatal, para dirimir sus conflictos.

d) *La metodología documental*. Es en la interpretación de documentos —sobre todo de los medios de comunicación o de documentos en los que se exponen tendencias o análisis de datos— en donde más se trabaja en la actualidad. Este método acerca la sociología a la historia, por lo que a veces es difícil saber si se trata de la una o de la otra. Un ejemplo de esto es el libro del antes mencionado Berger, de la Universidad de Harvard, *Cincuenta proposiciones sobre el capitalismo*, que es un orgullo sociológico y, a la vez, histórico del capitalismo²³.

e) *La observación participada*. Como se ha dicho, aquí el observador toma parte de lo observado. Un ejemplo de esta postura es la actitud del sociólogo australiano Schmidt, quien vivió once años con los fueguinos y nueve años con los pigmeos. Otros investigadores vivieron entre los hippies. Sin embargo, en los últimos años esta metodología ha sido acusada de hiperfactualista, es decir, de ocuparse de pequeños hechos. De ahí que, en la actualidad, tienda a ocuparse de grandes temas, como ser el Parlamentarismo.

f) *La experimentación*. Es muy difícil extraer consecuencias jurídicas de esta metodología. Sin embargo, existen procedimientos ingeniosos para simular fenómenos imaginarios que ocurren o podrían ocurrir en la sociedad y que podrían ser muy útiles para el mundo del derecho.

g) *La comparación*. Esta metodología está recién empezando. Las comparaciones interculturales son, en este sentido, muy empleadas.

II. EL ESTUDIO DE LAS "NORMAS"

1. *¿Inviabilidad de la "Ciencia del Derecho"?*

Veremos ahora la dimensión normativa del Derecho, pero no debemos olvidar que el Derecho es uno. La respuesta que a este respecto se busca es la siguiente: ¿cómo manejar todo el material de las normas?

Al respecto, se han difundido diversas teorías. La primera de ellas procede de Von Kirchmann y propone la invalidez de manejar científicamente ese material. Esta idea fue expuesta, como es bien sabido, en marzo de 1847, al pronunciar una conferencia que más tarde dio la vuelta al mundo: *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*. Para Kirchmann bastan "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura". Con esto, su posición era clara en el sentido que podría existir una Sociología del Derecho —es decir, una constatación de hechos— y, tal vez, una muy general Filosofía del Derecho en el contexto de la Filosofía, pero nunca una Ciencia del Derecho. Kirchmann distinguía, en efecto, entre todas las ciencias y la Ciencia del Derecho. Así, mientras la primera tiene por objeto lo universal y necesario, la segunda se ocupa de lo particular, de lo contingente: su objeto no puede universalizarse porque estudia "el aquí y el ahora". Así, al hacer de la contingencia su objeto de estudio, la ciencia del derecho se hace ella misma contingente. Kirchmann hablaba, sin embargo, sólo del derecho positivo.

²³ N. de los C.: En esa misma línea, creemos que puede considerarse la obra de la escuela histórica de Cambridge.

Ahora bien, por nuestra parte, parece claro que la ciencia del derecho es distinta a las otras ciencias. La ciencia del derecho no es una ciencia natural porque mientras la materia está a la vista de todos, a las normas hay que crearlas. Las normas, en efecto, son objeto de creación, no de observación, por lo que son una clara manifestación de nuestra libertad. Por ello, el derecho no es una ciencia natural, como lo son la física o la biología, sino que se trata de una ciencia "social". Una cosa es, en efecto, estudiar la materia inanimada, la vida no consciente, los hechos, y otra, muy distinta, las personas. El derecho trata de "personas" y si se refiere a "cosas" es tan sólo por su relación con aquéllas. En este contexto, se explica que en las ciencias humanas no sólo intervenga el saber sino, además, el sentimiento, aspecto éste que, justamente es visto por Kirchmann como una imperfección de la ciencia social. Sin embargo, el sentimiento sería ciertamente criticable en el ámbito de las ciencias naturales, mas no en el de las ciencias sociales²⁴. Como ya lo ilustrara Pascal, "aceptamos la geometría porque no contradice nuestras pasiones", pero las cosas son distintas en punto a la penalización del aborto o a la explicitación del patrimonio. En estos últimos ejemplos nuestros sentimientos están claramente detrás de las leyes que regulan dichos aspectos; aquéllos modelan el sentido de éstas.

A la luz de lo expuesto, parece claro que las ciencias sociales o humanas son ciencias en las que no interviene puramente el saber, sino también el sentimiento. Por ello, en las ciencias sociales no debemos buscar la exactitud típica de las ciencias naturales. Eso no lo vamos a encontrar. Aquí sólo hay razonamientos plausibles. Incluso hoy se pone en duda la exactitud de las ciencias naturales, pues la ciencia es, en definitiva, un conjunto de conjeturas refutables. De manera que tampoco la diferencia es tanta. Pero, aunque lo fuera, no es una imperfección, sino una característica de la ciencia jurídica.

2. *El papel de los científicos del derecho en la creación del mismo*

A partir de lo recién dicho: ¿cómo contribuye el jurista, en tanto que tal, a la creación de la ciencia derecho? Se ha repetido con insistencia —en especial desde sectores pesimistas— que la era de los creadores ha pasado ya y que nos encontramos en la de los intérpretes. La fase manifiesta no sólo una distinción neta entre creación e interpretación sino, también, una jerarquía: primero, la creación, luego la interpretación. En cambio, hoy los dos conceptos tienden a confundirse. Así, con frases como "la Primera Sinfonía de Brahms existe en diversas formulaciones posibles", se *jerarquiza una interpretación-creadora*. Por ello, de ordinario se escucha que "Bernstein creó la primera de Brahms el mes pasado". Lo dicho se aplica también a la obra literaria cuando se habla del *lector in fábula*; es decir, el lector "metido en el texto". Esta perspectiva se inicia con Emilio Betti y su monumental *Teoría General de la Interpretación*, de 1955. Luego de esa obra, Georg Gadamer, en *Verdad y método* profundizó que la interpretación es el

²⁴ N. de los C.: Dentro de este tema del "sentimiento", han ubicado algunos autores la llamada "comprensión previa de la norma" o "prejuicio". Como expresa WINFRIED HASSEMER, *Hermenéutica y Derecho*, "Anales de la Cátedra Francisco Suárez" (ACES), 25, 1985, p. 83: "...nadie tiene algo de manera pura o incluso objetiva; el individuo ve el objeto con base en sus propias esperanzas, desilusiones y angustias vivenciales". Y así, continúa, "la interpretación de la ley sería el resultado de su resultado, como Gustav Radbruch lo formuló una vez, la expectativa del sentido crearía el sentido".

modelo de todo, punto al que ya Aristóteles había aludido en el segundo libro de la *Lógica*²⁵.

En las obras jurídicas también se da este fenómeno. Sobre este aspecto, podemos reconocer varias teorías. Así, la expresión “el legislador es el creador y el juez un mero intérprete” ha sido contestada en el sentido de una función creadora de la jurisprudencia por el “realismo americano” (Pound, Lewellyn, Cardozo, etc.) o por exponentes del llamado “judicialismo”, como Alvaro d’Ors²⁶. Así, se dice que la ley existe en varias posibles formulaciones, pero mientras ésta no sea consagrada por una sentencia judicial, no será válida. La ley se transforma, entonces, en un principio de actuación *in linea de massima*, en tanto que la tarea judicial —el ámbito de potestad del juez— aparece, más que como un descubrir el sentido genuino de la ley, como un conferirle ese sentido.

Es en esta línea que deberá responderse a si existe una función creadora de los juristas o, en otras palabras, ¿qué puede hacer el jurista, en tanto que tal, con todas esas normas dispersas?

Aquí habrá que decir que, en primer lugar, a él le corresponde *interpretarlas*. ¿De qué modo? Respecto de esto, el jurista debe cuidar de no caer en los extremos de una “interpretación judaica” o de un excesivo alejamiento de la ley, que torne a su interpretación en arbitraria. Al respecto, ya los griegos ilustraron estos dos extremos con el mito del Lecho de Procusto²⁷, al que se le opone la Regla de Lesbos²⁸. De lo que se trata es, por el contrario, y como expresa Karl Larenz, de encontrar “la justicia del caso”.

En segundo lugar, le corresponde *sistematizarlas*, es decir, hacer de esa inmensa dispersión de normas un sistema coherente y unitario. En ese sentido, los medios de los que dispone para dicha sistematización son los “conceptos”. Así, si un abogado no conoce los “preceptos” (que es el medio del que disponen los

²⁵ También los japoneses intuyeron en su pintura y poesía esta correlación entre creación e interpretación. Así, en la primera, los cuadros no tienen marcos y en la segunda dos líneas bastan para testimoniar esta idea. Así, por ejemplo, esta poesía: “Mi jardín, decía el rico/Y el jardinero reía”.

²⁶ N. de los C.: En cuanto al pensamiento del gran sabio y maestro admirable que es ALVARO d’ORS, véase su: *Introducción al estudio del Derecho* (Madrid, Rialp, 1987), y *Derecho es lo que aprueban los jueces* en sus *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973); pp. 45-54. En el ámbito del “judicialismo” también se debe citar a Michel Villey. Entre su vasta obra, cfr. *Précis de Philosophie du Droit*, t. II, *Les moyens du droit*, Dalloz, París, 1974 y *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique. Ou le bon usage des dialogues*, Puf, París, 1987. Sin embargo, en este punto conviene señalar que, entre esta postura y la del “realismo americano”, hay diferencias sustanciales. Existe, ciertamente, una común crítica al legalismo y una común revalorización del papel de la decisión judicial, pero la extensión de la actuación de ésta y los criterios de la misma no son semejantes. Para una aproximación al estudio de este punto, cfr. RENATO RABBI BALDI CABANILLAS, *Los derechos humanos ante las Revoluciones Norteamericana y Francesa. Un intento de armonización*, en “Persona y Derecho”, suplemento “Humanae Iura”, Pamplona, 1991, pp. 299-314.

²⁷ Se trataba de una cama de hierro en la que el individuo, acostado, debía caber perfectamente. Si era demasiado pequeño para ella, se le estiraban los miembros; si, por el contrario, era demasiado grande, se le constreñían aquéllos.

²⁸ N. de los C.: Esta regla era de goma, de suerte que los escultores podían medir las distancias del cuerpo humano con facilidad, dada la adaptabilidad de la misma. Aristóteles, en *Ética a Nicómaco*, 1137 b 30, expresa que la *epikeia* debía asemejarse a aquella regla.

jueces en su actuación diaria) es incompetente y hasta dañino para la sociedad. Pero, todavía más grave que eso, es el no conocer los conceptos. Es esa la gran tarea del jurista como hombre teórico: saber qué es una obligación, qué es un contrato. En eso radica el saber derecho.

Llegados a este punto: ¿puede, en verdad, hablarse de una función creadora de los juristas? La respuesta, aunque Kelsen diga lo contrario, es afirmativa. Savigny, Esser, d'Ors, etc., son creadores del derecho. Y así, estos juristas sólo pueden ser intérpretes si se entiende esta operación en el sentido de la operación característica de las ciencias sociales. Las ciencias exactas explican sus resultados causalmente. Las ciencias sociales, por el contrario, "interpretan", es decir, "comprenden", hacen "hermenéutica", confieren el sentido genuino de las normas. Se trata, en definitiva, de un concepto moderno muy reciente²⁹.

A partir de lo dicho, podríamos trazar un esquema en el que, siguiendo la opinión de Alvaro d'Ors, encontramos, en el ámbito de los que tienen *actoritas*, a sociólogos, juristas y filósofos. Ellos trabajan, en efecto, en el mundo de los "principios". Por el contrario, en el mundo de la *potestas* se encuentran los "operadores jurídicos", es decir, quienes trabajan en el ámbito de las realizaciones prácticas. Ellos son los legisladores, jueces y notarios.

El tránsito de los principios a las realizaciones se efectúa mediante la *decisión*. Este es, en efecto, el auténtico paso por el que se llega de un mundo a otro, a partir, claro está, de la puesta en obra de la llamada razón práctica³⁰. Sólo esta tiene que ver con la configuración de la realidad, ya que fuera de dicho ámbito se encuentra la razón teórica, la cual, si bien contempla la realidad, lo hace con esa única intención de contemplarla. Por el contrario, el derecho todo está completamente orientado al caso, al problema que hay que resolver. He ahí la importancia de los legisladores o de los jueces: el derecho, en suma, no es otra cosa que ciencia práctica.

La razón del hombre funciona como reflejo de algo que está dado antes que ella y que ella contempla: las neuronas, las constelaciones. Se trata de la razón especulativa, teórica. Esta no puede cambiar las cosas sino que debe decir lo que éstas son. Sin embargo, en otras oportunidades la razón funciona como norma de algo que hay que realizar, por que ese algo no existe (por ejemplo: un cuadro, una ley, un examen). Una persona, en definitiva, tiene que hacerse y esa configuración de la realidad es obra de la razón práctica. El derecho pertenece a ese ámbito, al

²⁹ N. de los C.: El autor no se refiere, con esta última expresión, a que el fenómeno de la creación judicial sea una invención de los últimos decenios del siglo XX, sino a que su relevancia actual llega luego de un período —al que podríamos llamar de modo genérico como el "racionalismo-legalista"— en el que fue ex profeso, criticado y relegado, al menos teóricamente. El ámbito de la *praxis* parece haber sido siempre, sin embargo, muy otro. Sobre esto último, cfr., THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudens. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagensforschung*, C. H. Beck, München, 1974. Sobre el papel actual de la jurisprudencia española en esta perspectiva interpretadora-creadora, cfr., JOSE A. DORAL, *Problemas actuales de interpretación del derecho*, Ed. Piura, Avila, 1987.

³⁰ N. de los C.: Sobre el movimiento de la llamada "rehabilitación de la filosofía práctica", cfr., las referencias de JESUS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984 y FERNANDO INCIARTE, "Ética y política en la filosofía práctica", en *El reto del positivismo lógico*, Rialp, Madrid, 1974. Para un resumen de estas opiniones, así como para un análisis más detenido del tema del "sentimiento" o "prejuicio", aludido en la nota 25, cfr. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, 1990, esp. pp. 21-32 y 551-576.

mundo de la acción. En la actualidad se experimenta un resentimiento, un aborrecimiento de la pura teoría, del puro pensar. ¿Qué puede hacer el hombre con las constelaciones? Sencillamente nada, salvo contemplarlas. El hombre no puede, en efecto, crearlas. Allí reside el problema: el hombre actual, que ha *hecho* muchísimas cosas, se siente molesto porque encuentra elementos que no ha hecho y que nunca podrá hacer.

En este punto reside la importancia de la razón teórica, de las humanidades. Y en relación con el derecho, es oportuno decir que la "teoría jurídica" no es una "teoría pura". He ahí el error de Kelsen, porque la teoría del derecho, si bien es ciencia, no es ciencia puramente teórica, sino ciencia *teórica-práctica*. Saber derecho es no sólo saber, sino, además, *saber hacer* derecho. El derecho está para ser hecho, precisamente porque el derecho es el instrumento que ha inventado el hombre para gobernar seres libres.

Volviendo al tema de la decisión, podemos allí distinguir dos dimensiones: aquella que mira al mundo de los principios y aquella que mira al mundo de las realizaciones.

Nunca una decisión es sencilla porque siempre hay un elemento de riesgo difícil de eliminar. Como decía Heidegger, "si quien tiene que tomar una decisión, espera encontrar una certeza lógica absoluta, entonces nunca podrá tomarla".

En el esquema tradicional, la creación del derecho corresponde al legislador; la interpretación al jurista y la aplicación al juez. Sin embargo, para nosotros este esquema es muy estrecho. En nuestra opinión, los creadores del derecho son, en primer lugar, los científicos del derecho. El derecho, en efecto, se crea principalmente en las Facultades de Derecho. Sin embargo, hay que tener siempre presente que el mundo de los principios recibe un gran sustento de la práctica histórica de cada época. En nuestro esquema, la vigencia del derecho es estudiada por los sociólogos del derecho; la validez del derecho por los dogmáticos del derecho y la valoración del derecho por los filósofos del derecho, en quienes, en última instancia, se apoyan las decisiones.

III. EL ESTUDIO DE LOS "VALORES"

Veremos ahora la dimensión filosófica del derecho.

1. *La búsqueda del fundamento del derecho*

¿Cuál es el fundamento del derecho? ¿Los hechos? ¿Las normas? A nuestro juicio ambas respuestas deben rechazarse. En la actualidad tienen gran importancia tres opiniones. La primera propone la "idealización del consenso acerca de los principios materiales de la justicia". Se la denomina *iusnaturalismo procedimental* y su principal exponente es el iusfilósofo más importante de la actualidad, John Rawls, profesor de Harvard y autor de *Teoría de la Justicia*. La segunda, propone la "utopía de una conversación lingüística no distorsionada en la comunidad". Se la denomina *iusnaturalismo postconvencional* y su principal exponente es el más importante iusfilósofo europeo, Karl Otto Apel, quien enseña en Frankfurt³¹. Finalmente, la tercera opinión propone el respeto a la dignidad de todos

³¹ Apel pertenece al grupo de los llamados "marxistas críticos", quienes son los que han realizado las críticas más profundas al marxismo.

y cada uno de los seres humanos y procura conectar con la Escuela española del Derecho Natural. Se la denomina *iusnaturalismo metafísico trascendental o histórico trascendental* y su mayor representante es el iusfilósofo más famoso de las Islas Británicas, Ronald Dworkin.

En estas opiniones es posible distinguir algunas coincidencias. Por de pronto, la denominación "iusnaturalismo". Es claro que no se trata del viejo derecho natural "clásico", pero lo cierto es que la expresión "iusnaturalismo" vuelve a la moda. De igual forma, se advierte la insuficiencia del positivismo en sus variantes científica, sociológica o normativa. No menos evidente es que, de dichas opiniones, queda patente la necesidad de fundamentar las normas, de dar razones, de argumentar: ¿por qué tengo que pagar impuestos? Esto, sin embargo, no significa que el fundamento último o único posible sea la razón. Más allá de que las normas deban ser legitimadas racionalmente, bien podría actuar como fundamento algo que esté más allá de la razón: por ejemplo, las ideas comunes o las relaciones socioeconómicas. Finalmente, se advierte en estas teorías una resuelta intención práctica, una intersubjetividad práctica. Estas opiniones buscan, en efecto, soluciones para los casos prácticos y, en especial, para los *casos difíciles*, ya que el derecho no es deducir, sino *acertar*³². Precisamente el no ofrecer ejemplos prácticos ha sido el precio que la filosofía ha pagado para ganar prestigio científico. Con esa actitud, se ha quedado en el mero análisis del lenguaje y ha reputado como arbitraria o irracional cualquier decisión. Por el contrario, las opiniones más arriba aludidas ofrecen ejemplos prácticos orientados a resolver casos, lo que les lleva a admitir la justicia de los principios materiales del derecho y, en suma, la posibilidad de responder: ¿qué debemos hacer?, ¿qué es bueno?, o ¿qué es malo?

2. *La opinión de Rawls*

Este autor se propone sortear dos escollos: los clásicos y la modernidad. Como es sabido, para los primeros, antes de cualquier elección, se encuentran ya dados ciertos principios materiales de justicia, los cuales, tan sólo hay que descubrirlos. Para los segundos, no hay principios de justicia, sino que todo depende de las adversas elecciones humanas. En ese sentido, la postura de Rawls es postmoderna. A su juicio, el único modo de superar dichos antagonismos es estableciendo un procedimiento equitativo de elección tal, que todos los principios que se elijan sean justos. Es sólo la equidad del procedimiento de elección lo que ha de garantizar la justicia de la solución, de modo que uno pueda siempre decir que el resultado es justo. Esta teoría también recibe el nombre de *posición original*, es decir, de una situación de elección colectiva de principios objetivos.

A nuestro juicio, se trata de una sutil reelaboración del *Contrato Social*: los hipotéticos conversadores no saben los lugares que ocuparán, ni su *status*, ni sus rasgos psicológicos, ni su nivel cultural o económico. Más aun: sobre ellos debe caer un "tupido velo de ignorancia". Así, la elección de los principios, que serán elegidos por primera vez, recaerá no en función de lo que las personas son —pues ignoran su ser— sino en función de consideraciones generales. En este horizonte, las personas son intercambiables, y el acuerdo se realiza por la pura fuerza de los

³² N. de los C.: Ya decía, en esta línea, SANTO TOMAS, *In de caelo*, I, 22, "*Studium philosophiae non est ad hoc quod sciatur quid homines senserint sed qualiter se habeat veritas rerum*".

argumentos. La consecuencia es que lo justo en virtud del procedimiento serán aquellos principios cuyos peores resultados sean, todavía, menores a los resultados de los restantes procedimientos. En este horizonte, la mayor libertad jurídica para cada uno de los miembros será compatible con la libertad de todos, en tanto que las desigualdades existirán sólo cuando se manifiesten para ayudar a los menos dotados. Desde este principio, será también posible la crítica al orden positivo, pero el principio, en tanto tal, deberá quedar exento de dicha crítica.

3. *La opinión de Apel*

No sólo por las salchichas o el *Frankfurter Allgemeine* es famosa Frankfurt. Allí se desarrolló, también, la "Escuela de Frankfurt" con Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Erik From o Jürgen Habermas. A ella perteneció Karl Otto Apel.

Frente a Rawls, que es liberal y que se fija en la idea de contrato, Apel, postmarxista, se apoya en la idea de comunidad. Así, para éste, el axioma kantiano "obra de tal modo que el esquema de tu conducta pueda ser un axioma de conducta universal para todos" es individualista. En su lugar, Apel propone el siguiente: "habla de tal modo con los otros que en tu discurso se alcance un punto de vista generalizable". Esto se desprende de que, para Apel, al contrario de lo que opina Kant, la razón no es monológica, sino dialógica. Así, continúa este autor, si fuéramos capaces de establecer una intercomunicación no distorsionada³³ y cancelar las relaciones de violencia que se han establecido en nosotros, aún sin darnos cuenta³⁴, se habría dado un gran paso en la racionalización de la vida pública. Más aún, se habría construido un procedimiento equitativo tal, que el diálogo así alcanzado, tendría las propiedades de la justicia³⁵ y de la verdad, de suerte que las normas y valores que idealmente deberían ser aceptados por los sujetos, en una comunidad libre de dominio, estarían revestidos de verdad y de justicia. De esta forma, piensa Apel, se alcanzaría una cierta unanimidad, no obstante la fragmentación del mundo, pues se apelaría a argumentos racionales, con los que quedaría enjugado el déficit de legitimidad que padece el mundo desde el fracaso del "Estado de Bienestar" y del totalitarismo socialista.

La otra crítica que advierte Apel al postulado de Kant es que este último realiza una microética cuando lo que hoy se requiere es, por el contrario, una macroética, que apunte a determinar las responsabilidades de la humanidad por sus actos.

Pero este autor, conforme lo antes dicho, tampoco es positivista. Al respecto, es clara su oposición a los llamados consensos fácticos y ello en mérito a varias razones. En primer lugar, estos consensos sólo tienen en cuenta los intereses de los que participan en ellos y no de los que no participan. Además, tal y como se hacen, pueden deshacerse, pues no presuponen la validez de tener que atenerse a las promesas dadas. Estos consensos, asimismo, las más de las veces son forza-

³³ Apel piensa en una comunidad de pueblos, en una comunidad en la que se reúnan todas las naciones.

³⁴ N. de los C.: El autor se refiere a aquellas que han emergido en las relaciones intercomunicacionales y que impiden resolver las violencias y problemas que surgen en consecuencia.

³⁵ Ya que Apel no reconoce, como se advirtió, datos previos que estén antes que el hombre. El no es, pues, un iusnaturalista en sentido "clásico".

dos. Finalmente, el autor muestra su desconfianza a la democracia como forma universal. Un ejemplo sirve para fundamentar su idea: si se plantea un referéndum para decidir si se debe o no alimentar a un hambriento y triunfa la opinión negativa, entonces habría que, en buena lógica, aceptar el resultado. Sin embargo, el resultado no es el correcto y sólo se explica en la existencia de relaciones de violencia que distorsionan la voluntad de las personas. La opinión de Apel se atiene, en suma, a la enseñanza de los Diez Mandamientos, aunque no como algo dado, sino como algo que se debe descubrir.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la Escuela de Frankfurt propuso negar la comunidad existente y proyectar al futuro una totalidad: la sociedad ideal, nunca realizable. Se trataba del proceso abierto de autoconstrucción histórica de la humanidad. Apel, por el contrario, prefirió mantener la esperanza de que en el mundo se cree una "comunidad ideal" de argumentación, mientras nosotros vivimos en esta "comunidad real". Este pensamiento puede denominarse como el "marxismo cálido", "romántico", crítico del "frío" marxismo de Gorbachov³⁶.

La siguiente cuestión que hay que plantear aquí es cómo lograr un consenso no fáctico, es decir, cómo poder vincular la legalidad con el fundamento de la verdadera legitimidad. Para Apel, la respuesta es anticipar las condiciones de una situación lingüística ideal, no distorsionada, libre de dominio. En este sentido, las constituciones políticas no deben quedar abandonadas a la composición de las fuerzas sociales, sino que aquellas deben ser dirimidas apelando a argumentos racionales. La argumentación, en efecto, debe retrotraerse al proceso previo de aparición de las normas, de suerte que la constitución salga de un análisis racional y no de las impresiones de las fuerzas sociales. Sólo de esta forma se puede llegar a enjugar de justicia el antes mencionado déficit de legitimidad que existe en el mundo.

En esta perspectiva, piensa Apel que el "humanismo" es tomar partido por una sociedad más justa, más allá de que por ello se nos denomine idealistas. Precisamente, lo que aquí interesa es mantener la esperanza, tal y como lo pensaba el anarquismo: "de derrota en derrota, hasta la victoria final". Por ello, si, como piensa Apel, la sociedad es comunicación, no cabe duda de que el derecho es un fenómeno comunicativo. Así, la comunicación debe ser libre y sólo en un proceso de comunicación no distorsionada puede llegarse a lo común, a lo racional. De ese diálogo, entonces, se desprende un consenso que no será, solamente, el reconocimiento de un enunciado verdadero, sino que, además, será constitutivo de la verdad. Por el contrario, la injusticia ocurre cuando hay reparos desiguales, es decir, cuando hay una comunicación distorsionada, esto es, que asegura intereses no generalizables.

³⁶ N. de los C.: En este sentido, la *perestroika* del líder soviético no enlaza propiamente con lo postulado por Apel. Una democracia, pluripartidista (en la que, por ejemplo, el papel hegemónico del Partido, recientemente abolido no sin gran polémica, pase a ser recuerdo), está, todavía, muy lejos de ser realidad en el estado soviético. Por lo demás, tampoco existe un consenso en el sentido de que efectivamente es en *esa* dirección en la que se marcha. Los cambios económicos —en estado embrionario— no se han visto acompañados por cambios políticos del estilo querido por Apel. El caso de los estados bálticos y su fracasado intento de independencia avalaría esta postura y daría, por tanto, pleno sentido a las palabras del autor.

IV. UNA DEFENSA DEL DERECHO NATURAL

“Naturaleza” es una de las palabras que hoy gozan de mayor prestigio. No ocurre lo mismo con la expresión “derecho natural” a la que, incluso, se la suele asociar con el autoritarismo, el dogmatismo o el fascismo. El positivismo, por el contrario, tiene todavía influencia, por más que su teoría se encuentre ya muerta.

Trataremos, en lo que sigue, de defender el derecho natural, tanto desde la perspectiva procedimental y postconvencional, como de la sistemático-trascendental, escasamente representada en la actualidad.

Como se ha dicho, cuando de ordinario se habla del derecho natural, es para impugnarlo. Las objeciones, son, en síntesis, las siguientes:

1º. Se dice que el derecho natural no tiene una fuente real (histórica) pues la naturaleza no es ningún legislador.

2º. Se dice que no es justiciable, esto es, no se le puede invocar en juicio, ni tampoco aplicársele en él.

3º. Se dice que representaría una inútil duplicación del derecho positivo, la cual generaría confusión.

4º. Se dice que la inmutabilidad de sus preceptos contradice la variabilidad de las situaciones históricas; y

5º. Se dice que sus prescripciones son ambiguas de modo que no es posible determinar con precisión su contenido.

A continuación, procuraremos responderlas.

1º. *Que no tiene fuente real*

De una vez y para siempre, hay que decir que el derecho natural no es un orden jurídico suprapositivo, previamente dado; sino un derecho a encontrar por el hombre mediante conocimiento y decisión. Por ello, el legislador del derecho natural es el hombre: el hombre inventa el derecho natural (lo inventa, esto es, lo encuentra, lo descubre); son los hombres quienes, en definitiva, encuentran justificación a las normas positivas por su correspondencia con la esencia de la coexistencia; es decir, con el estatuto ontológico del hombre.

Esta es una crítica planteada a lo que podríamos denominar un “derecho natural trascendental sistemático”, históricamente incardinado en la llamada Escuela del Derecho Natural Racionalista. Para ésta, como es sabido, el origen del derecho natural reside en Dios. Sin embargo, aquí habría que responder que, cuando el hombre descubre el derecho justo, justo no es un sustituto o un antagonista de Dios, sino, más bien, su *colaborador* en la temporalidad existencial.

2º. *Que no es justiciable*

La segunda crítica se asienta en el hecho de que el derecho natural no sería justiciable; es decir, no se puede invocar —y menos aplicar— en un juicio. Esto no es verdad. A esto habría que reponder exactamente con lo contrario: este derecho fue durante siglos —exactamente el espacio que va del siglo XII al XVIII— justiciable. El derecho natural fue el *ius commune* europeo que rigió junto a los derechos particulares y feudales. Por lo demás, siempre —aun en los ordena-

mientos positivistas más crudos— hubo y hay lugar para la equidad, la cual se fundamenta en la naturaleza de la relación entre las partes.

3º. *Duplicación del derecho positivo*

La tercera objeción afirma que el derecho natural sería una inútil duplicación del ordenamiento positivo. Sin embargo, cuando el derecho positivo ha sido emanado de manera formalmente correcta y ha sido justificado racionalmente como imprescindible para la coexistencia, es derecho positivo, pero, al mismo tiempo, se transforma en un derecho natural vigente. No hay ninguna duplicación. Existiría, entonces, un único ordenamiento jurídico cuya manifestación explícita es el derecho positivo y cuya raíz implícita es el derecho natural³⁷.

4º. *Inmutabilidad*

La cuarta objeción llama la atención sobre la contradicción que existe entre la supuesta inmutabilidad de los principios del derecho natural y la histórica variabilidad de las situaciones. Así, se expresa que nuestra época ha asistido a cambios espectaculares; en ella han caído los principios que se creían más fundados, de donde cuesta admitir que existan principios inmutables. Hoy puede que los haya, pero mañana, sin embargo, puede que se compruebe lo contrario. Como dice Octavio Paz, “ningún principio es inmune al cambio”.

Esta objeción es muy dura y la respuesta que da Dworkin, por ejemplo, se queda un poco corta. Este autor distingue entre normas y principios. Ambos elementos constituyen el derecho pero los principios son aquellos que subyacen a las instituciones propias de un sistema jurídico; son los que explican la historia institucional de un país; los que cada pueblo considera como adecuado a la humanidad³⁸. Los autores de la Escuela española del Derecho Natural tienen, sin embargo, una respuesta más precisa que la de Dworkin, a pesar de que la diversidad y variabilidad que encontraron como ámbito de reflexión (el descubrimiento de América) fue mayor que la actual. Esta Escuela, en efecto, se enfrentó a otro mundo. En este horizonte, dichos autores sentaron la base para distinguir lo óntico (lo que varía) de lo ontológico. Así, cuando las referencias del derecho natural son contextos coexistentiales, determinaciones históricas, entonces se puede hablar de un derecho natural histórico. Sólo cuando la referencia del derecho natural es respecto de la misma estructura ontológica del hombre (la cual, si bien está en expansión, básicamente es inmutable, pues, de lo contrario, se convertiría en otro ente), entonces se debe hablar de un derecho natural absoluto. El estatuto ontológico de la persona es, en efecto, inmutable al cambio. Sin embargo, incluso en este último supuesto, es el hombre el que encuentra al derecho natural mediante el conocimiento y la decisión. El hombre sigue siendo el inventor del derecho natural: el hacer patente la verdad ontológica puede requerir un larguísimo proceso intelectual y de experiencia, para pasar

³⁷ N. de los C.: Cfr., otra respuesta a esta crítica en: JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Euns, Pamplona, 1981, pp. 181 y ss., quien considera que el derecho es una única realidad, en parte, natural y, en otra, positiva.

³⁸ Aunque esta última consideración haría de este concepto, pensamos, un concepto relativo.

de la imprecisa intuición a la claridad definitiva del concepto. El ejemplo de la esclavitud ilustra claramente esta idea ya que sólo después de muchos siglos el hombre percibió que la esclavitud era antinatural.

5º. *Prescripciones ambiguas*

Finalmente, se ha criticado la ambigüedad de las prescripciones del derecho natural; la difícil cognoscibilidad de ellas. Esta objeción es también muy delicada. Ejemplo de ello es Juana de Arco, a quien se juzgó antinatural el vestir como hombre, y se la condenó a la hoguera. A este respecto cabe, sin embargo, preguntar: ¿Es natural que demos rienda suelta a los instintos? ¿Es natural que el más fuerte domine al menos fuerte? ¿Es natural la eutanasia, el aborto, el divorcio? ¿Es natural la igualdad o la diversidad? Aquí hay que tener presente que cuando hablamos de naturaleza no nos referimos a una naturaleza en sentido genérico, ni a la naturaleza física, sino que estamos hablando de la naturaleza del hombre³⁹. Esta, en efecto, tiene una estructura específica, con cualidades inherentes a ella, que no pueden desconocerse sin causar un trauma antropológico. Por ello, si una determinada norma es indispensable para mantener esa comunidad, se puede justificar dicha norma, considerándola como un derecho humano en términos incontrovertidos. Y ello porque la dignidad humana es una, es decir, no es un concepto vacío⁴⁰.

³⁹ N. de los C.: En esta consideración, es clara la influencia de Aristóteles. Sobre el concepto de naturaleza física —naturaleza como principio o en sentido primero—, cfr., *Física*, II, 1. Sobre el concepto de naturaleza como término final, como desarrollo máximo de un objeto —en este caso, el hombre—, cfr., *Política*, 1252 b 30-5. De lo dicho se puede observar que la idea de naturaleza aristotélica es mucho más rica que la de algunos autores modernos (por ejemplo, Hobbes), en quienes aquélla se limita a significar los puros hechos brutos, por lo que, indefectiblemente, debe desaparecer, una vez firmado el pacto social. Esta diferente conceptualización es de la mayor importancia porque de ella depende, por ejemplo, el sentido que, en dichas filosofías, reciben las expresiones “ciencia del derecho” o “derecho natural”. A las dificultades derivadas de la inteligibilidad del primer término, el autor ha aludido brevemente en II, a. Sobre lo segundo, deja claramente sentado en este momento que el derecho natural no es una realidad ya hecha, incommovible o definitiva (un poco en el sentido de la naturaleza de la *Física*), como lo pensó el iusnaturalismo racionalista y como, sin más se lo caracteriza desde el positivismo. Al expresar que “el hombre encuentra el derecho natural mediante el conocimiento y la decisión”, el autor muestra que se trata de una noción a desentrañar en el sentido último del hombre y de los elementos que a él se vinculan. De ahí que, en sentido estricto, sólo se ha de encontrarse al final, esto es, cuando las relaciones alcanzan su más perfecto desarrollo, cuando, como lo enseña Aristóteles, se encuentra la “naturaleza misma de una cosa”, en el sentido expuesto en la *Política*.

⁴⁰ N. de los C.: Sobre los puntos 4º y 5º es sugerente ROBERT SPAEMAN, *Das Natürliche und das Vernünftige. Aufsätze zur Anthropologie*, Piper, München-Zürich, 1987. Cfr., asimismo, PEDRO SERNA, *Modernidad, postmodernidad y derecho natural: hacia un iusnaturalismo posible*, en “Persona y Derecho”, 20, 1989 y del mismo autor, más extensamente, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Eunsa, Pamplona, 1990.

V. CONCLUSIÓN

Cabe, pues, como conclusión, expresar las siguientes consideraciones en torno del derecho natural:

— El derecho natural carece de fuente real, pues la naturaleza no es un legislador.

— El derecho natural no es un ordenamiento jurídico suprapositivo, previamente dado, sino un derecho a encontrar por el hombre mediante conocimiento y decisión.

— El legislador del derecho natural es el hombre. Es él quién lo inventa.

— Finalmente, son los hombres los que encuentran justificación a las normas positivas por su correspondencia a la esencia de la coexistencia, es decir, al estatuto ontológico del hombre.

La próxima clase, que es la última, no se celebrará en homenaje a la vieja tradición medieval, según la cual, *prima abbreviatur, ultima non datur*. Os invitaré, entonces, a un vino en el bar del edificio de Bibliotecas.