

UNA APROXIMACION EXISTENCIAL A LA AXIOLOGIA JURIDICA

*Jaime Williams B.**

Si repasamos la historia del pensamiento jurídico nos daremos cuenta cuán efectivo es que jamás el hombre se ha dejado de interrogar por el fundamento de validez del Derecho, en el sentido de cuál es la razón por la que *in genere* le debe acatamiento.

Tal preocupación, que ha sido y es universal, la han compartido teólogos, moralistas, filósofos y pensadores, en general, destacando en este último grupo insignes escritores que han hecho que el tema aparezca en boca de sus personajes: he ahí a Sófocles, Shakespeare, Cervantes, Goethe, Víctor Hugo, Kafka, Sartre y otros.

El alma humana se ha negado siempre a obedecer la fuerza bruta o la arbitrariedad pura y descarnadamente. El hombre, que no se doblega ante ello, sí lo hace ante un valor. Más claramente, obedece cuando el contenido de aquello que se le presenta como Derecho lo encuentra en algún sentido "bueno".

Filosóficamente hablando, hay quienes buscan su valor inmanente al Derecho mismo y otros que lo indagan fuera de él, en un plano trascendente; hay quienes son objetivistas y absolutistas y otros, por contraste, son subjetivistas y relativistas. No haremos por ahora ni siquiera un recuento sumario de las grandes posiciones axiológico-jurídicas¹.

* Diploma di Perfezionamento in Filosofia del Diritto (Università di Roma); Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile; Profesor de Ciencia del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales, Universidad de Chile; Miembro del Directorio de la Sociedad Chilena de Filosofía.

¹ Entre los objetivistas e.g.: Platón (La República y las Leyes), Aristóteles (La Política, Ética a Nicómaco y Retórica), Cicerón (Las Leyes, De Officiis, La República), San Agustín (La Ciudad de Dios), Santo Tomás de Aquino (Tratado de las Leyes y Tratado de la Justicia), los grandes teólogos-juristas españoles, particularmente Vitoria (Derecho Natural y de Gentes cuyo título original latino es *Relectiones Theologicae*), Suárez (Tractatus de legibus ac Deo legislatore), Vico (Principi di una scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni), Rosmini (Filosofía de la Política y Filosofía del Derecho), Taparelli (Ensayo teórico de Derecho Natural apoyado en los hechos), Trendelenburg (Derecho Natural sobre la base de la ética), Del Vecchio (La Justicia y Curso de Filosofía del Derecho), Battaglia (Corso di Filosofia del Diritto), Graneris (Contribución tomista a la Filosofía del Derecho y La Filosofía del Derecho en su historia y sus problemas), Delos (Los fines del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad), Le Fur (Los fines del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad), el último Radbruch (Introducción a la Filosofía del Derecho, Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal o, en otra traducción, Leyes que no Son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes), Messner (Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Na-

Queremos advertir sí, que la presencia del problema en la historia del pensamiento y en la historia de los pueblos, nos induce a reconocer que determinar cuál es o cuáles son los valores jurídicos no es un asunto baladí, o, al menos, sin ninguna importancia práctica.

A nuestro juicio, es tarea inexcusable, intransferible, y por antonomasia de la Filosofía del Derecho —que, como toda filosofía es el saber en su radicalidad última, o “el ejercicio del pensamiento en el límite”, como ha dicho con acertado grafismo nuestro compatriota Jorge Millas²— identificar y dar a conocer tales valores y su carga de exigencias proponiendo así vías de superación y perfeccionamiento de la normatividad jurídico-positiva, del “ius conditum”. Y ello, siempre, cual “tábano socrático”. La razón es muy simple: precisados ellos y su carga exigitiva, se estará en condición de criticar de manera fundada el Derecho existente, y proyectar así un Derecho mejor, más valioso. Tal incidencia práctica no sólo se presenta en el momento eminentemente creativo del Derecho cual es la instancia legislativa, sino también y de manera insospechadamente enorme en el momento jurisdiccional, y aún también en el administrativo, ya que para aplicar el Derecho debe interpretarse previamente, en cuyo proceso, admítase o no, el hecho es que se desarrolla y crea, de algún modo, Derecho particular.

Pues bien, los valores jurídicos tendrían esa enorme importancia práctica: permitir al normador, sea el general sea el particular, crear un Derecho más valioso, más de acuerdo a su deber ser³, y al jurista no perder de vista su verdadero sentido, y ello aún al margen de la conceptualización de los mismos. En efecto, sean estos arquetipos o modelos, sean finalidades o funciones específicas, está claro que son las pautas o criterios supraordenadores del Derecho. Por otra parte —lo que hasta cierto punto está implícito en lo anteriormente expresado— tales valores determinan

tural), Coing (Fundamentos de Filosofía del Derecho), Legaz y Lacambra (Filosofía del Derecho), Henkel (Introducción a la Filosofía del Derecho), Reale (Filosofía do Direito, Teoría tridimensional do Direito, O Direito como experiencia) y tantos otros autores de nombrada.

En una línea ya relativista, ya formalista (sin tomar necesariamente ambos términos como sinónimos) e.g. en el mundo griego a Trasímaco, Gorgias, Carnéades; modernamente a Pascal (Pensamientos), Hobbes (De Cive y Leviathán) y contemporáneamente a Stammber (Filosofía del Derecho y Derecho y Economía) Kelsen (Teoría Pura del Derecho, La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos, La Justicia, La Paz por Medio del Derecho), Bobbio (Studi Sulla Teoría Generale del Diritto, Lezioni di Filosofia del Diritto, El problema del Positivismo Jurídico), De Robilant (Sui Principi di Giustizia), Cossio (Valoración Jurídica y Ciencia del Derecho), Jorge Millas (Filosofía del Derecho), y tantísimos otros.

² J. MILLAS, IDEA DE LA FILOSOFÍA (Santiago, Chile, Ed. Universitaria, 1970. 2v.).

³ Mientras el pensamiento aristotélico-tomista distingue entre ser y deber ser, fundando éste en aquél y correspondiendo a su plenitud o perfeccionamiento; el kantismo los separa absolutamente, y el hegelianismo los confunde, identificándolos.

los modos de operación del Derecho, esto es, en qué medida debe acoger ciertos contenidos y posponer otros; en qué circunstancias unos prevalecerán por sobre otros; cómo en otras oportunidades habrá imperiosamente que buscar una armonía y, a veces, el sacrificio de valores jerárquicamente más altos en aras de otros de urgencia inmediata, etc.

Por tales razones, y por tantas otras, es importante precisar, identificar cuál o cuáles sean los valores del Derecho, y cuáles sean sus cargas de exigencias. "No da lo mismo" aceptar cualquier criterio. Tenemos que esforzarnos porque sean verdaderos valores jurídicos los que presentamos como tales.

Por nuestra parte, aún admitiendo en las posiciones axiológico-jurídicas —particularmente en aquellas de impronta objetivista— méritos reales, no creemos igualmente que ellas nos pongan con palmaria evidencia delante de nuestros ojos los motivos espirituales de la génesis del Derecho como categoría universal que rige las relaciones humanas. A nuestro juicio, no está claro el porqué del Derecho en su universalidad, esto es su radical razón de ser.

La posición nuestra no es una teoría perfectamente elaborada, lineal y definitiva sino que, de momento, es más bien un conjunto de intuiciones en estado, por así decirlo, larvario. Nos esforzaremos, pues, por presentarla con una cierta sistematización.

El método que seguiremos será: partir de nuestra experiencia vivencial⁴. Debido a ello, hemos precisamente titulado nuestro tema: *Una Aproximación Existencial a la Axiología Jurídica*, aún a riesgo de equívocos y malos entendidos que pueda suscitar esta denominación⁵.

⁴ El término "experiencia" ha corrido cierta vicisitud, alargando y restringiendo su sentido. Hay, sí, a nuestro juicio, una constante: el encuentro directo con la realidad de que se trate. Véase L. RECASÉNS SICHES, EXPERIENCIA JURÍDICA, NATURALEZA DE LA COSA Y LÓGICA RAZONABLE 30 *passim* (México, U.N.A.M., 1971).

⁵ Nótese que hablamos de existencial y no de existencialista por estimar que este término llegando a estar de moda ha terminado no sólo por cobijar posiciones dispares sino que ha arribado a conclusiones aberrantes, infundadas y pretensiosas, como lo son, por de pronto a aquel afán de calificar la vida social como existencia inauténtica, y la de volver a erigir al hombre en medida de todas las cosas radicalizando la afirmación del viejo Protágoras en cada hombre concreto, cayendo así en un individualismo y sosteniendo, en coherencia con tal premisa, una "moral de situación" que todo lo permita y todo lo justifica.

Por lo tocante al Derecho, pensamos que el hecho que él sea mayormente impersonal no es ni antecedente necesario ni menos sinónimo de inautenticidad. De ahí a plantearlo como factor despersonalizante y enajenante, como lo sostiene el marxismo, hay un paso muy estrecho: extrema se tangunt. Por consiguiente defendemos el Derecho tanto —y esperamos persuadir con nuestra opinión que exponemos en líneas siguientes— del individualismo autenticista cuanto del socialismo personalista y no enajenante.

I. TRAYENDO A LA MEMORIA CIERTOS DATOS

Comencemos, pues, por recordar ciertos datos de sentido común, esto es, aquellos en que la experiencia ajena, que es historia, y la nuestra, se anudan. Datos que en el mundo contemporáneo pasan, tal vez, por simplezas. Y no es raro porque hoy más que nunca se busca arropar con lenguaje complicado el cuerpo famélico de la ignorancia.

1. El fenómeno jurídico se da sólo en la vida social, esto es, en la vida de relación con un otro, con un *alter*. Tal dato fue ya cogido por los clásicos al afirmar escuetamente: *ubi societas ibi ius* ⁶.

2. Observamos, por otra parte, que el Derecho no se da en una vida de relación suprahumana. En el sentido católico, por ejemplo, en la Santísima Trinidad nadie siquiera ha pensado que se rijan las Tres Personas, (que conforman Una Sola Divinidad), por el Derecho, como tampoco que la vida de relación angélica se rija por el Derecho ⁷. Naturalmente podría objetársenos que en algunas comunidades divinas que han sostenido, o sostienen, ciertas religiones que los católicos denominan "paganas", es posible observar que sus dioses tienen cierto tipo de relación jurídica entre sí. Sin embargo, tal objeción no es valedera por cuanto tales dioses no pasan de ser proyecciones de la subjetividad humana, con los vicios y virtudes, con las cualidades y los defectos de los hombres, y precisamente por ello, echan mano del Derecho. Pero si tales seres estuvieran determinados, mejor dicho, si ellos (aunque esto suene algo equívoco) obraran solamente por el Bien y exclusivamente por el Bien y su libertad la ejercitaran sólo dentro del Bien, bastaría con la propia "legalidad" implícita de estas "divinidades", y así su ser sería su deber ser y su deber ser coincidiría con su ser. En el caso del Dios, Uno y Trino, que adoramos los católicos, tal modo de ser es indiscutiblemente: el Amor.

Pero tampoco está presente el Derecho en la vida de relación animal. En efecto, ellos obran determinativamente, esto es, en forma de instintivi-

⁶ Nos atreveríamos a decir que ya desde Husserl se ha ido ampliando la noción de sociedad de una situación a una actuación y, en este sentido, a un vivir —en— apertura, vivir —en— relación a un otro.

⁷ Según Santo Tomás, existe relación entre las tres divinas personas y no repugna a su simplicidad (Unidad) porque las personas son las mismas relaciones subsistentes (quod personae sunt ipsae relationes subsistentes. Unde non repugnat simplicitati divinarum personarum, quod relationibus distinguantur). Ellas, o sea, las divinas personas no se distinguen por el Ser sino por el hecho de relacionarse (sed solum secundum in quod "ad aliquid" dicuntur. Unde ad earum distinctionem sufficit relatio), SUMA TEOLÓGICA 1.40.2.

Por lo tocante a los ángeles, el Santo Doctor no afirma explícitamente su racionalidad sino, a nuestro juicio, de modo implícito. En efecto, sostiene que los ángeles tienen "amor natural a los otros ángeles", SUMA TEOLÓGICA 1.60.4.

Advertimos empero, enfáticamente, que la analogía tanto de la Santísima Trinidad cuanto de los ángeles con la sociedad humana es de un modo impropio, ya que aquella no es un relación de complementariedad inter illos.

dad rutinaria. En determinadas épocas observan tal o cual conducta, mientras en otras se comportan de manera distinta, e.g.: las relaciones heterosexuales, observables sólo en ciertas épocas. Es decir, tienen un ciclo "conductual" preestablecido al cual se ajustan. En el mundo animal existe una tendencia espontánea, mayor o menor, según los individuos de cada especie, a juntarse en una compenetración necesaria pero sin conciencia de ello, al menos, sin una conciencia clara. Aventuramos esta opinión, porque la afectividad tanto como su antípoda, la agresividad, nos impide suscribir la arraigada opinión de cuño clásico que sostiene que en estos seres no hay relación recíproca o apertura entre ellos sino una mera conjunción, aglomeración o multitud absolutamente extrínseca como ocurre con los libros de una biblioteca⁸.

No existe, pues, Derecho en la vida de relación suprahumana como tampoco en la infrahumana. Precisando, entonces, el consabido aserto diríamos mejor: *ubi societas humana ibi ius*, ya que la socialidad *per sé* no sería tal vez causa necesaria de la presencia del Derecho, sino un motivo que "ocasionándolo" sin embargo, no lo provocaría.

3. En estricta consonancia con el punto anterior, si el fenómeno jurídico se da sólo en la sociedad de los hombres, parece obvio que se debe a la especial condición humana. Por lo mismo, nos detendremos a estudiar la socialidad del hombre, acogiendo así, de algún modo, el planteamiento del romano: *natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura*⁹.

II. LA SOCIALIDAD HUMANA

1. A Modo de Anamnesis

Si la socialidad es "ser —en— relación", es decir "ser —en— apertura —a— otro", "ser —en— referencia —a— otro", se trata en consecuencia de un hecho, y en cuanto tal, es susceptible de ser comprobado. Naturalmente, no vamos a ahondar aquí en comprobar la socialidad del hombre porque ya a estas alturas del momento contemporáneo esto está suficientemente claro, ya es inconcuso. Por lo mismo, solamente vamos a recordar algunas de sus manifestaciones, aún sabiéndolas conocidas:

1.1. *La manifestación biológica*: Nosotros somos seres provenientes de una relación. Somos hijos no de un nadie sino de un padre y de una madre, con todo lo que ello conlleva de herencia genética, psicológica, etc.,

⁸ Ambas materias, esto es, la vida de relación divina (y también la angélica) cuanto la meramente animal merecen una profundización exhaustiva. No lo hacemos ahora, simplemente, porque el presente trabajo no es sino un conjunto de intuiciones en intento de sistematización.

⁹ CICERÓN, DE LEGIBUS 1.5.17 (Alvaro D'Ors tr. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953).

que se hace presente, por vía de ejemplo, en los caracteres, rasgos, impulsos o tendencias, en general en la personalidad de los hijos. Sin embargo, si bien constituyen un sello, una impronta genético-familiar innegable, no significa jamás que los hombres seamos meros autómatas de los mecanismos hereditarios.

1.2. *La evidencia psicológica:* He aquí y sólo a modo de ejemplo, los complejos, como los de superioridad, de inferioridad, de persecución, etc. que también requieren de la presencia de un otro y de la incidencia de éste en la vida psíquica del enfermo. Ellos evidencian, pues, que soy un ser social: influido por los demás, condicionado por los demás, condicionante de los demás, abierto a los demás. Pero que quede bien en claro, que no sólo no afirmamos, antes bien, negamos un condicionamiento absoluto, fatal, determinante. Condicionamiento, entonces, entendido como complejo de influencias que "yo" recibo. Frente a éstas, sin embargo, es posible sobreponerse, o actuar según ellas, más dentro de una escala vastísima de matizaciones, haciéndose aquí presente el juego prodigioso de nuestra libertad. La moderna psicología, por otra parte, está muy lejos de sostener que los actos humanos sean el itinerario fatal de los instintos.

1.3. *La presencia cultural:* Lo que denominamos civilización no es sino fruto de una interrelación entre los hombres. He ahí la ciencia, la continuidad de la filosofía, la continuidad del saber humano, la transmisión, difusión y desarrollo de las experiencias ajenas mediante el don de la comunicabilidad y de la receptividad: el lenguaje ya sea oral, escrito o figurado.

Podríamos concluir entonces, afirmando que "el ser —en— relación", esto es, la socialidad, es de la estructura ontológica del hombre, lo que podemos resumir utilizando la vieja frase que nos dice que la socialidad proviene *ex ipsa natura hominis* (acuñación latina de profundo sabor aristotélico).

2. Caracterizando la Socialitas Humana

Sin embargo, y sin dejar de ser sociales, sino precisamente en cuanto lo somos, ónticamente¹⁰ la propia experiencia, aquella que con grafismo certero *Husserl* denominara la "lebenswelt"; nos muestra que en el plano individual—personal, nosotros vivimos nuestra estructura ontológica relacional, de múltiples maneras: favorable o no para con los demás; con simpatía o con indiferencia; con ánimo dañoso o no; con buena o mala

¹⁰ No estamos, pues, de acuerdo con quienes como el profesor Luis Recaséns Siches, supra nota 4, en 152, afirman que el hombre tiene tendencias sociales y antisociales. Nosotros pensamos que el hombre es eminentemente social incluso en actos de "antisocialidad", precisamente, porque ellos tienen por destinatario un "otro".

fe, en fin. Tales modalidades, enunciadas por vía ejemplar, no sólo no excluyen otras sino que además, admiten matizaciones hasta la complejidad.

Radicalizando en una polaridad gráfica diremos que:

- 2.1. *Religiosamente* hablando, tenemos tendencia a la santidad y al pecado;
- 2.2. *Moralmente* hablando, tenemos tendencia al bien y al mal;
- 2.3. *Psicológicamente* hablando, tenemos tendencia al "Eros" y al "Thanatos", es decir, al amor y a la muerte, a la unión y a la desunión, a la construcción y a la destrucción, al egoísmo y al altruismo.
- 2.4. *Axiológicamente* hablando, tendemos a los valores y a los disvalores.

Testigos elocuentes de esta dicotomía humana, son entre otros, nuestras luchas ascéticas.

Nuestra existencia hoy itinerante es, pues, de intranquilidad.

Como corolario de esta íntima ambivalencia proviene la inseguridad que sentimos frente a los otros hombres ya que ignoramos cómo se comportarán con nosotros. Tal es la *insecuritas*, la que genera la desconfianza frente al "alter".

Ahora bien, implícito en ello es que cada uno de nosotros no está determinado fatalmente a actuar en uno u otro sentido. Si estuviéramos determinados a actuar fatalmente en el sentido del bien, holgaría el Derecho: bastaría la religión (en cuanto re-ligación a Dios). Por otra parte, si estuviéramos fatalmente determinados a actuar en el sentido del mal y exclusivamente nos moviéramos dentro de él, no sólo carecería de razón de ser el propio Derecho, sino también la Moral, porque no podríamos actuar de otra manera ni hacer otra cosa que la que hacemos. En otros términos, no cabría el deber ser moral o jurídico, sino sólo el ser, y por tanto estaríamos sujetos solamente a leyes causales. Pero, en definitiva, ocurre que nosotros disponemos de una cierta libertad. Libertad entendida en cuanto posibilidad de elegir nuestro comportamiento frente a un otro. No nos ocuparemos aquí en dilucidar si en verdad el hombre ejecuta siempre actos libres, puesto que los teólogos moralistas, o al menos una corriente de ellos, afirma que los actos humanos realizados con absoluta libertad son relativamente pocos, ya que en la mayoría de los casos se está condicionado por el factor social, y es por aquellos actos, por los únicos absolutamente libres de su vida, que la persona tendrá la recompensa o el castigo eterno. Repetimos, no interesa entrar aquí en tal materia; la libertad a que nos referimos es la cierta posibilidad de elegir un comportamiento y de posponer otro, ya sea condicionado o no condicionado por los demás, ya sea que esté obedeciendo a determinados factores o no. Es decir, tomamos la libertad en su sentido más mínimo.

Tal dato libertario lleva insito uno *sine qua non*: la capacidad de discernir, de conocer, en suma, la inteligencia, la racionalidad, la conciencia, ya que, precisamente a través de esta facultad no sólo descubrimos alternativas sino que también las creamos. Ella nos presenta un abanico más o menos extenso, más o menos reducido de las mismas, y dentro de él escogemos, preferimos y posponemos; esto es, ejercemos nuestra libertad actualizándola cotidianamente.

En este punto se nos viene a la memoria Pascal, el intuitivo y agudo pensador francés, que nos habla de las miserias y grandezas del ser humano¹¹. Aquí estamos viendo que el ser humano es miserable porque tiene esta tara: la de la "contradictoriedad", la de estar permanentemente moviéndose en claroscuros de bien y de mal. En efecto, aun cuando el hombre elija sólo el bien, siempre se le presenta el espectro del mal que está posponiendo; de todas maneras sigue moviéndose entre el bien y el mal. De esta tara de la ambivalencia, provienen nuestras profundas inseguridades, no sólo la inseguridad metafísica de no conocer nuestro destino eterno, sino también la inseguridad psicológica y la propia inseguridad en las relaciones sociales¹². Pero, y volviendo a utilizar el lenguaje pascaliano, la grandeza humana se evidencia en el hecho de que el hombre se da cuenta de tales miserias y teniendo conciencia de ellas, intenta arbitrar los medios para superarlas. En el campo de las relaciones humanas, que es el que, de momento, nos interesa, se vale de ciertos medios a cuyo través busca obviar los riesgos. Advertimos, sí, que de los que enunciaremos a continuación, no todos han nacido "ex profeso" con tal finalidad; sin embargo, vividos intensa y lealmente, debería tal fin alcanzarse como una consecuencia necesaria.

III. TIPIFICANDO LAS RESPUESTAS SOCIALES

Ahora bien, ¿cómo podríamos tipificar, aún a riesgo de caer en los simplismos y omisiones en que se incurre cuando se esquematiza demasiado, los medios de que el hombre se vale, o se ha valido, para superar esta *insecuritas* frente al otro, para superar esta desconfianza que le merece el desconocido? Podríamos hacerlo distinguiendo dos grandes grupos: en primer término, un grupo donde se ve el primado de la persona en su actuar. Aquí destaca: la amistad, la caridad, la filantropía, la moralidad y, en segundo lugar, otro grupo, donde se ve el primado del actuar de la persona. Es otro tipo de medio de que nosotros nos valemos para relacio-

¹¹ El pensamiento jurídico de este autor se encuentra sistematizado en J. Williams, *Il Problema della Legge Giuridica Naturale in Pascal*, ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ, N° 12, fascículo 2, 1972, p. 107 (España).

¹² Un estudio penetrante de esta condición humana es la que le debemos al filósofo alemán PETER WUST, *INCERTIDUMBRE Y RIESGO* (Madrid, Ed. Rialp, 1955).

namos. En él sobresalen, entre otros, los denominados "usos sociales", la política, y el derecho.

En el examen de cada una de tales respuestas, tendremos presente siempre la experiencia concreta (aunque no lo digamos de modo expreso en cada oportunidad) y la necesaria "logización" es el tributo al proceso abstractivo a fin de hacer "inteligible" y comunicable cada una de ellas.

1. *Primado de la Persona en su Actuar*

1.1. *La amistad.* Este tipo de relación *ad alterum* ha sido tratado por los inmortales griegos, Platón y Aristóteles, por el latino Séneca, y por incontables autores que se han ocupado posteriormente del tema. Por ello, escuetamente vamos sólo a puntualizar los caracteres relevantes a nuestro propósito.

¿Qué vemos en la Amistad? En ella vemos que yo me relaciono con el otro, es decir, con un individuo determinado. Hay una relación entre un yo y un tú perfectamente individualizados. No es nunca una relación genérica entre un yo y un ellos. La Amistad está presidida por la simpatía, y la simpatía, que etimológicamente significa comunidad de sentimientos, no podría darse si uno de los dos sujetos es indeterminado. La Amistad la vemos, por así decirlo, en un plano horizontal, o sea, relación de un yo a un tú en un mismo nivel. Ella tiene una fuerza centrípeta, una fuerza afectiva que nos recoge, que nos une, una fuerza que nos compele hacia el centro de nosotros mismos y que nos toma desde lo más íntimo anegándonos en "un nosotros". Esta es la gran ventaja que tiene la Amistad: permite tener una confianza absoluta en el amigo, pero como tal confianza está presidida por la íntima simpatía, ofrece también cierta precariedad: la amistad puede romperse, puede empañarse, puede resquebrajarse, puede surgir la duda. Y el que hasta hace un momento yo creía mi amigo y pensaba que no me traicionaría, que me sería fiel, puede desentenderse de las exigencias normativas que brotan de la Amistad porque ya no se siente mi amigo, porque ya se quebró tal vínculo, cuyo basamento era espontáneo. En la relación de Amistad se genera, pues, un vínculo basado en la simpatía, en el recíproco afecto, de donde se derivan ciertas normas, subsiguientes o producidas por tal afecto. Pues bien, fundada la norma en la simpatía, en el afecto, desaparecido éste (que tiene su origen en el sentimiento y no en la razón) las exigencias normativas, sin su fundamento, se desvanecen. Hay plena confianza ¡y valga la aparente tautología! mientras subsiste la plena confianza. No cabe compulsión posible.

Por lo tanto, vemos que la Amistad, que es tan excelsa, tiene cierta fragilidad, amén de otra limitación: su singularidad. En efecto, yo puedo ser amigo de una multitud humana, pero no en cuanto tal, sino de

cada uno de los individuos que la componen, precisamente porque no puedo saber de manera anticipada si voy a simpatizar o no con alguien.

En un gráfico la relación de que se trata es ésta: Yo <----> Tú.

1.2. *La caridad.* Aparentemente es muy parecida a la Amistad. Presenta, empero, una estructura distinta. En efecto, yo me relaciono con el otro, yo amo al otro en Dios, es decir, yo amo al otro en cuanto él es hermano mío. Por lo tanto, vemos que en la Caridad hay una relación no dual, como en la Amistad, sino ternaria, esto es, a través de un otro que nos hermana: Dios Padre. Yo amo al otro, entonces, porque el otro es mi prójimo. Ejemplo gráfico de lo que afirmamos está en la parábola del Buen Samaritano: el otro es el prójimo aunque sea un extraño precisamente.

Naturalmente que la Caridad es más vasta, es mucho más vasta que la Amistad en cuanto es universalizable, esto es, aplicable a un otro quienquiera que éste sea, procurando así ser fiel al amor de Dios. La norma que me vincula al extraño es, pues, en este caso (e inversamente de lo que ocurre en la Amistad) anterior a mi encuentro real con él. Pero, abrigando dudas respecto de éste, nace una desconfianza, al menos en forma de recelo, de aprensión, ya que para mí es un desconocido. Y, es más, yo mismo, aún sintiendo el vínculo de la Caridad, puedo infringirlo. La desconfianza es, hablando sin eufemismos, recíproca.

Por lo mismo, también la Caridad presenta cierta precariedad, ínsita en su propia estructura, porque está afincada precisamente en la libérrima convicción de amar al otro en Dios. De aquí que, yo no pueda compelerlo a que me trate bien porque está Dios de por medio. La Caridad ahí se rompe y se pasa al plano puramente exterior del no dañarse, pero no hay ningún mérito religiosamente hablando.

La estructura de la Caritas es ésta: SH -----> DP -----> SH (DP = Dios Padre y SH = sujeto humano, cualquiera que sea).

1.3. *La filantropía.* Esta es una forma de amor: la del *amicus humani generis*, en ella, yo no le hago daño al otro, al contrario, le hago el bien, porque el otro tiene conmigo algo en común: la humanidad. La humanidad es la que nos hermana, es el tercero que nos une, y por la sola humanidad que tenemos en común, tengo que respetar al otro que es igual a mí. De la sola *humanitas* brota la norma vinculante. Tengo que procurar el bien del otro como correlato implícito a que yo quiero ser tratado de esa misma manera. En fin, la filantropía presenta características y limitaciones similares a la Caritas, *mutatis mutandi* desde luego, lo que equivale a decir que reconocemos sus esenciales diferencias, sólo que, para los efectos de nuestro análisis, no es indispensable destacarlas.

Resumido en un gráfico: SH ----> H ----> SH (H = Humanitas, SH = sujeto humano).

1.4. *La moral.* Formalmente hablando, lo típico de la Moral es constituir un ideal de vida personal. En ella yo me siento ligado al otro porque de por medio está el ideal de vida que me he impuesto o que he aceptado como meta de perfeccionamiento humano, y para lograr tal propósito es que debo procurar actuar presidido por aquel ideal. Lo que me une, en este caso, con un desconocido es pura y simplemente el ideal de perfeccionamiento moral. Desde luego hemos acogido aquí la Moral en la medida en que se revierte en actos *ad alterum*. Pues bien, al centro de toda norma moral *ad alterum* está la justicia, que en este campo se dirige elocuentemente al sujeto obligado y le exige que con ánimo acorde dé al otro lo que le debe, y lo haga así habitualmente, lo que en este caso quiere decir, siempre, ya que, como dice el Estagirita: una sola golondrina no hace verano¹³. Reconociendo con ello que no se es justo si sólo aisladamente se hacen actos de justicia. Pero, la duda salta a la vista: ¿qué pasa si no cumplimos fielmente con el imperativo moral que, al igual que en los dos casos inmediatamente anteriores nos vincula *erga omnes*, actualizándose en las situaciones concretas?

He aquí el gráfico respectivo: SH ----> JM ----> SH (JM = Justicia Moral; SH = sujeto humano).

1.5. *A modo de síntesis.* Es fácil advertir que todas estas formas tienen de común el coger la relación interhumana desde el punto de vista de los sujetos de la misma. Tal nota es lo que hemos denominado: el primado de la persona en su actuar, que el sujeto viva y actúe presidido íntimamente por el respeto al respectivo tipo de relación. Por lo mismo en cada una de ellas es posible que el incumplidor, el infiel, sea llamado a darle satisfacción concreta, apelando la "parte contraria", o un tercero, a las exigencias que entraña la respectiva relación. Haciéndole ver —moviendo su voluntad desde dentro— la "bondad", el valor de la misma.

Interesa, en suma, el perfeccionamiento del individuo actuante. Por lo mismo, si el sujeto que se vincula en cualquiera de estas formas no la vive con libre e íntima adhesión, tal tipo de relación carece de valor en cuanto tal, pasando a contituirse en un comportamiento puramente extrínseco y desprovisto de su real sentido. En fin de cuentas, las cuatro formas de relación reseñadas reclaman que los actos sean expresión del querer auténticamente íntimo de su sujeto. De ahí que, de usarse

¹³ ARISTÓTELES, ETICA A NICÓMACO 1.4.

de la constrictión, en cualquiera de ellas, para obtener el acto debido se la desvirtúe *per sé*¹⁴.

Aunque de algún modo esté implícito en lo recientemente expresado, las relaciones que se entablan a la sombra de estas instancias normativas son todas eminentemente vulnerables, tanto por el destinatario, cuanto por quien pretende instaurarlas. ¡Con qué dramatismo es de algún modo aplicable a todas ellas la admonición de Cristo: “el espíritu está pronto, pero la carne es débil!”¹⁵. Esta advertencia, predicable en grado eminente de la Caridad, repetimos, no deja de ser válida para todas las demás.

2. *Primado del Actuar de la Persona*

Como lo señaláramos en su oportunidad, hemos distinguido un segundo gran grupo de formas de convivencia en donde se da, a la inversa, el primado del actuar de la persona, esto es, donde interesa fundamentalmente el acto de la persona en cuanto tal, en cuanto visible y observable.

2.1. *Los usos sociales*. En primer término tenemos ese heterogéneo conglomerado de normas que algunos autores denominan reglas sociales; otros, usos sociales y, no faltan quienes las califiquen de normas sociales. No es del caso, por ahora, entrar a ocuparnos de su justa denominación, ni tampoco de pronunciarnos sobre su real naturaleza; esto es, si tienen entidad propia, o si son normas morales “extrinsecadas” o, a la inversa, normas que fueron jurídicas, o al revés, normas “juridizables”.

Suelen citarse como ejemplos de tales normas, las de cortesía o buenos modales, de etiqueta, de tradiciones familiares o locales, las folklóricas, en fin, todo un variado mundo normativo que tiene de común el regular el actuar social a fin de lograr una convivencia, tal vez, más grata. Por lo mismo, se fija en el actuar por sobre el sujeto actuante. Ellas son variables histórica y espacialmente y, no obstante, la presión de cumplimiento que ejercen en nosotros a través del consabido “¡qué dirán!” podemos desatenderlas y el “aislamiento social” o el “retramiento” con que “los demás” penan al o a los infractores, podrá parecer pueril —por decir lo menos— como les ocurría a los antiguos cínicos y les

¹⁴ El Profesor de la Universidad de Roma, Sergio Cotta (a cuyos seminarios y discusiones acudimos durante los años 1970 y 1971, y que con tanta veneración recordamos, logró comunicarnos su preocupación por coger el Derecho nella sua genesi spirituale en el entrecruzarse con todas las manifestaciones de la cultura), denomina a estas respuestas: morales o simplemente personales. Por nuestra parte, no suscribimos tal denominación por estimarla equívoca y hasta cierto punto, restrictiva. Hemos preferido, por lo mismo, darle una dimensión más comprensiva y, al mismo tiempo, una denominación más acorde: la de primado de la persona en su actuar.

¹⁵ SAN MATEO 26.41.

ocurre a los hippies de hoy. ¡Cómo se han mofado y se mofan de los convencionalismos sociales, sin advertir que por su parte, están creando otros!

En suma, lo que hemos denominado "usos sociales" no salvan por sí mismos las acciones interpersonales.

2.2. *La política.* La política, por su parte, no es sino el fenómeno de aglutinamiento, de agrupación de varios sujetos por un fin común. Es la organización de personas individuales que co-participan, que co-laboran, que co-operan para la con-vivencia de todos. Para lo cual se subordinan a una autoridad, cuyo deber esencial es procurar el Bien Común. Desde luego que tomamos "lo político" en cuanto noción analógica que va desde las así denominadas sociedades intermedias hasta la estatal, y supraestatal, obviamente.

Lo político no es sino una respuesta frente a un "enemigo común" (por así denominarlo en términos simples): las fuerzas de la naturaleza física que, ya provengan de lo infinitamente grande o de lo infinitamente pequeño, sobrepasan amenazantes las capacidades de defensa del hombre considerado individualmente. ¡Cómo dejar de recordar, aunque sea en otra variante, a Pascal! Igual calidad tiene la actividad hostil de ciertos hombres; ya sea en los hechos, ya en las ideas que propugnan; respecto de la cual el interés común es hacerle frente coordinadamente. Tal coordinación la ejerce una autoridad a quien se debe sumisión o acatamiento a fin de mantener el grupo: vale tal unidad en la medida en que es funcional.

En el fondo de todo fenómeno político, está, a nuestro juicio, la idea expuesta: hay que unirse para alcanzar determinadas metas de bien colectivo. Está presente, pues, la idea de lucha y por tanto, de dinamismo¹⁶.

El término "enemigo común", que lo hemos planteado al centro del fenómeno político ha tenido por objeto graficar la idea de desafío y admite, desde luego, matizaciones. Si nos preguntamos, por ejemplo,

¹⁶ Carl Schmitt, el notable teórico político alemán, ha mantenido en sus diversas obras, el pensamiento de que la política se basa en la dualidad amigo-enemigo. Lo que ha sostenido ya de un modo implícito ya explícitamente. Véase *La noción de lo político*, REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, N° 132, 1963, p. 5. (España). (Reimpresión de su trabajo de 1932 que ahora aparecerá como prefacio de una obra mayor de igual título); *TEORÍA DEL PARTISANO*, (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966. 131 p.); *TIERRA Y MAR* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, 144 p.). La misma dualidad aparece de modo subterráneo, en *El Concepto de Imperio en el Derecho Internacional*, REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, N° 1, 1941, p. 83 (España).

Pues bien, aparece una cierta semejanza con nuestro propio pensamiento, pero en el fondo existe una notoria diferencia cual es que, mientras el insigne alemán opina con Macchiavello, Hobbes, etc., que el hombre es malo por naturaleza, nosotros opinamos que tal afirmación es parcialmente verdadera ya que el hombre es bueno y malo a la vez, es un *ser en tensión*, es un ser radicalmente contradictorio.

¿por qué han nacido “los partidos políticos” y, sobre todo, esas alianzas entre varios de ellos que, a pesar de sus diferencias, se “unían”, (recuérdese tan sólo el caso chileno de las dos grandes agrupaciones de partidos políticos que se enfrentaron en las elecciones parlamentarias de marzo de 1973). La respuesta era: enfrentar al “enemigo común”.

Ahora bien, resulta hasta obvio, entonces, que el anhelo de todo núcleo político sea la unión “cual un sólo hombre”. Pero esto trae aparejada una progresiva distinción del grupo, del que sea, frente a los demás similares. Por consiguiente, el pertenecer a uno de ellos, en cuyo seno es de esperar una real coherencia y solidaridad, distancia de los integrantes de otros grupos. Piénsese, por vía ejemplar, y sólo una vez más en los sugestivamente denominados “partidos políticos”, en la “maffias”, en los Estados mismos, (tan celosos de “su soberanía”), en los gremios, en los Colegios Profesionales, en las Asociaciones Religiosas (en cuanto su organización externa), en los Centros Vecinales, en fin. En todas ellas se ve el actuar de hombres que trabajan por objetivos comunes al grupo: de donde proviene la solidaridad entre quienes lo forman, participando así de la suerte del todo.

Por tales rasgos, a mayor robustecimiento interno, mayor distinción externa, en el sentido de distanciamiento o separación. Pero he aquí un grave problema: la socialidad humana lleva al hombre a tomar relaciones con quienes son de extramuros, con los desconocidos, frente a los cuales, por lo mismo, se percibe el riesgo, la duda, la desconfianza. Y he aquí otro problema, cual es el hecho que se producen conflictos entre los propios integrantes de un grupo, situaciones de prevalencia que no se compadecen con la solidaridad. ¿Qué hacer? A nuestro juicio, buscar un mecanismo de control del actuar humano directamente en cuanto actuar, tratando de salvarlo, de garantizarlo, aún al margen de la connotación moral, religiosa, filantrópica, de amistad, de mero trato social y, desde luego, política que tenga.

2.3. *El derecho.* El medio a que hemos aludido es, pues, el Derecho. Apelando a la “experiencia jurídica” vemos cómo es de dramáticamente efectivo que ya no importa que el otro pertenezca a la misma religión o secta religiosa mía, que ya no importa que el otro se sienta o no hermano mío en la humanidad, que ya no importa que el otro comparta o no mi ideal moral, que ya no importa que el otro pertenezca o no a un mismo grupo que yo, que, en fin, pasando por sobre todo ello, lo único que interesa ahora es que las prestaciones que nos debemos entre los hombres sean cumplidas. En otras palabras, la “experiencia jurídica” se nos presenta como una interrelación de las acciones de los hombres en términos de pretensiones y obligaciones correlativas en su fase primordialmente externa.

Ahora bien, si nos interesa el comportamiento antes que la persona, se desprende que podemos controlar tal comportamiento, y no por tal control pierda él su valor. Piénsese ¿qué otra finalidad tienen los documentos, los testigos y, en general, los medios probatorios tanto los preconstituidos cuanto aquellos que nos esforzamos por configurar posteriormente v. gr. informe pericial, confesión provocada, etc.? Se trata, pues, de controlar lo externo de tal acto *ad alterum*, y ¿para qué?, simplemente para que el otro permanezca fiel a lo prometido, en resumen, fiel a la norma, y ello con buen o mal ánimo. No interesa inmediata y directamente un *bonum operantis* sino una *bonum opus*.

De aquí que el Derecho, dentro de las formas de la sociedad humana, sea eminentemente coactivo, en el sentido que, precisamente, por tales medios probatorios prevalecerá la *voluntas normae* por sobre la *voluntas subjecti*. El porqué del Derecho, su génesis espiritual, su motivo original, se debe, en definitiva, a la estructura ontológica dicotómica del ser humano, a su natural "contradictoriedad", y como obedece a ello, la finalidad inmediata que persigue es dar certeza a las relaciones de los hombres (saber a qué atenerse), de donde se origina la seguridad de las mismas al estar garantizadas. El Derecho es previsión fundada del actuar interhumano, tenga éste connotación política (poder), económica (utilidad), moral (bondad), religiosa (santidad), estética (creatividad emotiva), educativa (formación ciudadana), etc.

Por otra parte, cabe advertir que tal certeza o previsión fundada, más escuetamente, la Seguridad que le pedimos al Derecho no es sino "garantía de las relaciones humanas". Por lo mismo, si lo que queremos es salvar tales relaciones es porque implícitamente las consideramos valiosas, dignas de protección, ya que no se trata de unas relaciones cualesquiera sino precisamente de relaciones de los hombres. Adelantando diremos, pues, que tal Seguridad se abre a la Justicia, y nos apresuramos también a adelantar, al menos, dos razones: porque es un resguardo de que las prestaciones que nos debemos los hombres sean cumplidas y, segundo, porque perteneciéndonos ontológicamente la socialidad, aquella se nos aparece como garantía de que este dato de la naturaleza humana sea respetado, y con él, otros.

Tal Seguridad la denominamos Seguridad Jurídica por las razones ya implícitas anteriormente, esto es, porque no es una seguridad que provenga de la posesión de ciertos bienes materiales con que satisfacemos nuestras necesidades (seguridad económica); tampoco se trata de una seguridad de tipo psicológico, como la proveniente de la confianza en sí mismo, ni menos de una de tipo metafísico, como es aquella que nos puede dar la fe religiosa. Todas ellas, y tantas otras fáciles de imaginar, son personales, en el sentido que no trascienden del individuo con-

creto que las vive o experimenta. En cambio, la que llamamos Seguridad Jurídica no es personal sino interpersonal. Es la originaria de un conocimiento cierto y garantizado de un tipo de normatividad que rige el actuar, la conducta, el comportamiento intersubjetivo. Tal tipo de normatividad, ya lo hemos resaltado, es exclusivamente el Derecho.

Pero, insistimos una vez más, la Seguridad Jurídica, fin inmediato y urgente del Derecho, es un valor instrumental, o valor de medio respecto de la Justicia y no de la Justicia como virtud moral que, como vimos oportunamente, se ocupa del perfeccionamiento del sujeto (¿acaso no hemos reparado en su clásica definición de "voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo, lo que le es debido"?), sino de la Justicia Jurídica a la que le basta con que las prestaciones debidas se cumplan. Es la Justicia propia del Derecho, la única que él puede procurar. Pero, en fin, sobre este tema tornaremos más adelante.

Un Derecho que conculque esta Justicia mínima carece de su profundo sentido, y desprovisto de su legitimación radical no tiene títulos para ser obedecido, pasando a constituirse en un mero hecho de fuerza bruta y, por tanto, inhumano. No se piense, sin embargo, que la relación de Justicia y Seguridad Jurídicas se presente en la práctica con perfiles absolutamente claros y definidos. Pensarlo sería una simpleza.

Por otra parte, afirmamos que sólo tales valores son jurídicos porque son exclusivamente ellos, en rigor, los fines intrínsecos del Derecho, los únicos que están a la base de su génesis espiritual. En sentido estricto, a nuestro juicio, no hay, pues, absolutamente ningún otro valor con tal entidad.

Se ha sostenido que el Orden y la Paz serían valores jurídicos. Por nuestra parte pensamos que todo Derecho por su mera presencia encarna un cierto orden que pretende imponerse en las acciones de los hombres. Pues bien, tal observancia o eficacia trae de suyo la estabilidad del Orden. Tal es, ni más ni menos, que la Paz Social. Por lo mismo, si recapacitamos en la línea de pensamiento que hemos venido desarrollando, tanto el Orden como la Paz son elementos constitutivos de la Seguridad Jurídica, la que ya hemos visto incardinada a la Justicia.

Entremos, por ahora, al estudio particular de los dos valores jurídicos, esto es, de aquellos dos grandes principios rectores del Derecho y ello aunque sea de un modo breve y somero, intentando, sí, caracterizar sus exigencias respectivas.

IV. LOS VALORES EN EL MUNDO DEL DERECHO

1. *Valores Intrínsecos del Derecho*¹⁷

1.1. *La seguridad jurídica.* Ya lo hemos dicho, es el valor que le pedimos inmediatamente al Derecho. ¿Cómo vamos a obtenerla? A nuestro juicio, copulativamente por dos medios: a) por la certeza teórica o de conocimiento y, b) por la certeza práctica o de cumplimiento. Por la primera, entendemos el conocimiento "sin dudas" de la norma y, por la segunda, la certidumbre fundada o garantida de que la norma será cumplida. Cada una de ellas implica a su vez ciertas exigencias.

Ahora bien, la propia experiencia jurídica nos ha ido desvelando el Derecho como norma de coordinación del actuar social que viene a garantizar nuestra vida de relación, y por lo mismo que es norma de acción, norma práctica, es de suyo indispensable tener un conocimiento de ella, y un conocimiento sin vacilaciones, sin dudas (en lo posible, dadas las naturales limitaciones del hombre). De lo contrario, sin saber qué conducta me exigen, ¿cómo podría observarla? Por ello es absolutamente indispensable un conocimiento cierto del Derecho, esto es, tener una certeza teórico-jurídica.

1.1.1. *La certeza teórica* pide de suyo:

(1) *La positividad del Derecho:* que el Derecho sea "puesto" por el hombre, concluyendo y determinando así una(s) exigencia(s) imperativa(s) interpretable(s) y aplicable(s) de más de una manera¹⁸.

(2) *La preexistencia de la norma:* esto es, que la norma jurídica positiva esté dada con antelación al actuar vinculada por ella.

(3) *La cognoscibilidad de la norma:* si toda norma "quiere" ser cumplida, no bastan las dos exigencias anteriores; es indispensable conocerla, a fin de saber de antemano lo que nos está mandado, prohibido, permitido, como también las consecuencias que su observancia o transgresión generen.

(4) *El alto grado de inteligibilidad de la norma:* En efecto, no basta que ella sea cognoscible en el sentido de que los vinculados por ella conozcan meramente su existencia, ya que, pudiendo estar redac-

¹⁷ El destacado tomista italiano, Monseñor Giuseppe Graneris propone, con mucha razón, pero en un contexto distinto, los fines intrínsecos y extrínsecos de la ley humana. Véase principalmente, la última y más sistemática obra suya, *LA FILOSOFIA DEL DIRITTO NELLA SUA STORIA, E NEI SUOI PROBLEMI* (Roma, Desclée, 1961). En traducción castellana se encuentra su ensayo *Contributi Tomistici alla Filosofia del Diritto*, 1949, publicado bajo el título de *CONTRIBUCIÓN TOMISTA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO* (Buenos Aires, EUDEBA, 1973).

¹⁸ Entre las funciones del Derecho Positivo, nos dice el iusnaturalismo tomista, está la de concluir, determinar y garantizar las exigencias jurídico naturales. Y Juan Bautista Vico, el genial napolitano, sintetiza tales funciones al decirnos simplemente que el Derecho Positivo es un Derecho cierto, mientras el Derecho Natural es el verdadero o necesario.

tada en términos ambiguos, equívocos, e incluso esotéricos, queda entregada a la interpretación subjetiva de los llamados a acatarla, y así, no rompiéndose tal incertidumbre teórica, sigue asaltándonos la inseguritas, y el Derecho, que es norma de acción, se contradice a sí mismo, enervándola, al no permitir superar las dudas que brotan de no saber cómo “el otro” va a entender la norma, esto es, qué sentido y alcance le dará.

Apelando una vez más a la experiencia jurídica, ¿acaso no nos hemos vinculado por el Derecho para tener una pauta normativa, clara y cierta a que atenemos? De aquí que, para ser fiel a su cometido el Derecho atribuye importancia —y debe atribuirle en mucho— a la precisión terminológica, al elemento verbal, a la adecuada estructura lógica de la norma, etc. Todo lo cual favorece una inteligencia de lo jurídico¹⁹.

Hemos partido de la experiencia jurídica concreta; si la generalizamos —puesto que pertenece de suyo al género del hombre— a la *societas humana*, el Derecho se nos va “politizando” en el sentido amplio que le hemos dado a la experiencia política como de organización social. Y es aquí donde ya hablamos de Ordenamiento Jurídico, sea o no estatal. Pues bien, el Derecho en esta manifestación tiene la misma carga exigitiva que explica su génesis, sólo que, debido a la estructura normativa de la respectiva *societas* es mayor el número de sujetos vinculables por sus normas, con lo que su misión de certeza de las relaciones sociales se hace mayúscula. Así, conservándose las cuatro exigencias enunciadas, ellas se tornan aquí aún más indispensables, más enfáticas, más acentuadas. En honor a ello es que la primera da lugar, mejor, exige todo un mecanismo nomogenético que, por su especial relevancia, trataremos más adelante. La segunda, por su parte, en esta instancia, no es sino “el principio de irretroactividad”. La tercera es más adecuado y gráfico denominarla “principio de publicidad” de la norma, esto es, que ella sea cognoscible por el pueblo. Esta exigencia implica que los medios que se utilicen al efecto sean eficaces y seguros, lo que naturalmente varía según los tiempos y lugares. Por su parte, el “principio de inteligibilidad” se ve acentuado —y debe verse mucho más— por la coherencia lógica intrasistemática. De aquí la enorme importancia de los

¹⁹ A nuestro juicio, no es escaso ni puramente especulativo el mérito de Carlos Cossio al ser el primero en destacar la fase de la conducta requerida por la norma en términos suficientemente claros. Tal fase, como es sabido, la denomina endonorma, *LA TEORÍA ECOLÓGICA DEL DERECHO Y EL CONCEPTO JURÍDICO DE LIBERTAD* (Buenos Aires, Ed. Losada, 1944). Posteriormente nuestro compatriota el profesor Jorge Millas ha igualmente destacado tal fase, y rectificando la disyunción del argentino, afirma que la estructura lógica de la norma es una conjunción proposicional de dos juicios hipotéticos. J. MILLAS, *FILOSOFÍA DEL DERECHO* (Santiago, Chile, Ed. Universitaria, 1960).

métodos interpretativos como de los elementos de interpretación: su entidad, jerarquía y sentido son absolutamente relevantes.

Precisamente por no acoger esta exigencia es que Juan Luis Vives exclamaba en rabiosa interrogante: “¿No resulta inicuo, que la ignorancia de la ley a nadie excuse, por un lado, y por el otro, que las leyes sean tan largas y de tan arisca interpretación que nadie pueda ni retenerlas ni comprenderlas?”²⁰.

Debido a la misma “politización” del Derecho, en el sentido anteriormente aclarado, es que, en “pro” de la certeza teórica se nos aparecen —amén de las señaladas— cuando menos tres exigencias que sintetizaremos así:

(a) *El principio de tipificación.* Esto significa que el Ordenamiento Jurídico, pasando por sobre los particularismos concretos, busca a su través, por un proceso de abstracción generalizante, las notas comunes. La Ciencia Jurídica —puesta nuevamente en duda por quienes, hoy como ayer, buscando el *non plus ultra*, y la historia lo atestigua, terminan las más de las veces por presentar como nuevo lo que no pasa de ser el desentierro de un cadáver—, en efecto, arranca de las normas concretas conceptos cada vez más generales, que aprovecha el legislador posteriormente en su formulación normativa. Tales conceptos obran como grandes esquemas o tipos que coadyuvan eficazmente al conocimiento de la normación aplicable a las diversas personas. Enunciamos tan sólo por vía de ejemplo los conceptos y exigencias que involucran las calidades de: acreedor, deudor; hijo legítimo, natural o simplemente ilegítimo; mayor de edad, menor de edad; incapaz absoluto, relativo, o absolutamente capaz; casado, soltero; casado en régimen de sociedad conyugal; etc. Todo esto, a nuestro juicio, coadyuva a que el individuo subordinado conozca más prestamente su situación jurídica, y ¡a qué hablar, por lo obvio que resulta, de la tipología penal!²¹.

Obedeciendo a las mismas causas, la Ciencia del Derecho ha venido preconizando, hoy más que nunca, la denominada “plenitud del Derecho”. El legislador chileno la ha acogido, y testigo de ello es el Art. 10 inc. 2º del Código Orgánico de Tribunales²².

(b) *El principio del preestablecimiento de la “nomogénesis”.* Ampliando su sentido original griego (nomos= ley; génesis= nacimiento

²⁰ J. L. VIVES, DE LAS DISCIPLINAS 1.7.2, que trae precisamente por título: Donde se demuestra que importa mucho que las leyes sean pocas y claras y que, a pesar de esto, fueron multiplicadas, oscurecidas y embrolladas por sus mismos intérpretes y por los príncipes.

²¹ Aristóteles en la Retórica 1.1. acoge de una u otra forma esta exigencia apelando a la generalidad de la norma jurídica, para él, la ley. Nosotros, empero, que afirmamos la existencia de normas jurídicas particulares, para evitar equívocos, no utilizamos la terminología aristotélica.

²² No ahondamos en este interesantísimo punto por la obvia razón de no formar parte central del presente y breve ensayo axiológico-jurídico.

to) hoy día empleamos el término “nomogénesis” para referirnos a las fuentes formales del Derecho, y no sólo de la ley *stricto sensu*. Se trata, pues, de que el súbdito sepa qué actos tienen la calidad de generadores de normas jurídicas. Hans Kelsen, con un grafismo que no debe ser tomado desaprensivamente, nos advierte que el Derecho regula su propio sistema de producción normativa²³.

Desde luego que bajo este mismo rótulo va ínsito el problema de la prevalencia de una norma sobre otra, según los criterios previstos por el respectivo *Ordo iuris in toto*.

Por otra parte, el propio sistema “nomogénético” señala las formas y modalidades de las mutaciones o cambios jurídicos.

En breve, aquí están contemplados los problemas de validez y vigencia del Derecho, en cuanto Ordenamiento Jurídico.

(c) *El principio de la economía o de la racionalización de las mutaciones normativas*. Con este principio, hasta cierto punto ínsito en el anterior, queremos destacar que los cambios que sufra el Derecho han de ser racionalmente indispensables y no convertirse jamás en una vorágine, aunque de acuerdo a la nomogénesis sean formalmente válidos.

Una mutación constante trae aparejada una absoluta incertidumbre de los subordinados que “no sabrían a qué atenerse”.

Cabe agregar, por último, que la certeza teórica aumenta en una medida inversamente proporcional a la generalidad de la norma, esto es, cuando ella se va haciendo cada vez más particular. Es éste el punto —tan obvio, por lo demás— que ha llevado, entre otros, al destacado jurista norteamericano Jerome Frank a sostener que la Seguridad Jurídica, entendida como certeza teórico-práctica, sólo adviene tras la decisión del juez²⁴.

1.1.2. *La certeza práctica*. Pues bien, ¿de dónde arranca la garantía que tengo de que lo que la norma jurídica prescribe será cumplido? No olvidemos jamás, el porqué espiritual del Derecho en nuestra experiencia existencial. Tal garantía —o al menos la expectativa fundada— la tengo, precisamente, porque me interesa de modo directo el actuar humano desde su exterioridad, me interesa más la ópera antes que el operante, y por lo mismo he barajado los medios para testimoniar cómo y en qué medida el actuar debido: ya sea de posición, de negación o de permisión se ha respetado. En otras palabras, nos hemos procurado me-

²³ H. Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho y La Teoría del Derecho y del Estado*. En ellas es donde, principalmente, se refiere de modo expreso al tema.

²⁴ J. FRANK, *DERECHO E INCERTIDUMBRE* (Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968). Este autor, por otra parte, atribuye tal afán de seguridad jurídica al complejo infantil de sentirse respaldado, garantizado, protegido, etc., por un padre autoritario. Naturalmente que, de acuerdo al planteamiento que hemos venido desarrollando, no compartimos tal afirmación: el asunto, a nuestro juicio, va más lejos y alcanza su basamento en la estructura ontológica del hombre.

dios probatorios. Y cuando no hemos tenido la preocupación por la preconstitución de medios probatorios, nos valemos de cualquier indicio que permita una "reconstitución de la escena": de informes periciales, de confesiones, de testigos de oídas, de presunciones, etc.

A nuestro juicio, lo recientemente expresado es tan efectivo que, salvo los que cultivan la estulticia, la experiencia nos muestra que mientras más desconfianza se tenga del "otro", mayor número, mayor reforzamiento de medios probatorios: un documento firmado ante testigos que también firman y extendido ante un Notario o algún tercero como Ministro de Fe, que estampa su sello y también firma etc. ¡Qué conjunción de medios probatorios! ¿Para qué? Pues obviamente para tener una garantía de que lo que la norma nos prescribe será cumplido. El medio probatorio respectivo, donde consta una correlación de obligación-pretensión, me da seguridad fundada de cumplimiento, ya que de apartarse de la fiel observancia de lo pactado la parte trasgresora será compelida a su acatamiento porque existen medios que prueban su obligación. Piénsese en los pactos o convenios ya sea entre particulares o entre colectividades. He ahí los tratados internacionales (amén de las segundas y terceras intenciones de las altas partes contratantes), su primer fin es lograr su observancia: certidumbre de ejecución o aplicación.

Ahora bien, aquí ya nos estamos dirigiendo a los dominios de la coactividad²⁵. Hoy en día se toman como sinónimos coactividad y coercitividad; sin embargo, etimológicamente no son la misma cosa. En efecto, la primera indica la posibilidad de un co-actuar a fin de obtener del renuente a hacerlo la acción o prestación debida. Indica, en suma, algo positivo. En cambio la segunda consiste en la posibilidad de ejercer fuerza para que el otro se abstenga de actuar de modo contrario a la norma. Es, pues, de signo negativo, amén de ser eminentemente preventiva. Tal vez porque en ambas se da la legítima posibilidad de ejercer la fuerza, es que se las ha tomado por términos intercambiables.

Apelando nuevamente a nuestra experiencia jurídica, vemos que el sentido de la coactividad (o coercibilidad), en el fondo, no es sino la prevalencia de la *voluntas normae* por sobre la *voluntas subordinata*. No se trata, entonces, de que el subordinado diga que sí ni tampoco que se le fuerce a decirlo. No puede, pues, confundérsela ni con la pena

²⁵ El problema de la coactividad jurídica es inmemorial. El propio Santo Tomás también lo trató tanto en Las Leyes como sobre todo en La Justicia, lo mismo ocurrió con Suárez. Pero fue Rudolf von Ihering quien explícitamente en *El Fin del Derecho* es el que lo aborda, tal vez, con más sistematicidad. Para este autor es tan esencial al Derecho la nota en referencia que, sin ella es un sinsentido. Un tomista contemporáneo al cual ya nos hemos referido, Monseñor Graneris, definiendo la coactividad como elemento esencial del Derecho fundando su afirmación en textos del Aquinate, lo que no significa, desde luego, confundir, como desafortunada y desgraciadamente ocurre, el Derecho con la fuerza ni tampoco decir que él es obedecido por la fuerza. *Supra* nota 17.

ni menos con la sanción. Es más bien la forma en que lleva a cabo su prevalencia. La pena viene contemplada generalmente, pero no pertenece a la esencia de la coacción. Este es el problema que, no obstante su agudeza crítica, no vio con claridad uno de los mayores exponentes del idealismo italiano: Benedetto Croce, quien sostuvo (y hay otros) que en el Derecho no cabía la coactividad, debido a que el actuar del hombre es siempre libre²⁶.

Si tanto la coactividad como la coercibilidad es la prevalencia de la norma por sobre mi voluntad, ambas admiten modalidades. Desde luego, la psicológica: yo me siento atado a cumplir porque me he comprometido a ello, porque no puedo fácilmente desentenderme ya que existen pruebas de tal compromiso, porque en tales pruebas se contemplan cláusulas penales, porque, en fin, mi crédito social se desmorona. En otras palabras, existe una gran e indudable presión psicológica que se hace presente, entre otros, por los medios señalados. Tal tipo de coactividad (o coercibilidad) es sumamente agudo y, las más de las veces, eficaz. Sin embargo, es dable que ocurra que el o los obligados no acaten la norma. Se recurre, entonces, a la fuerza física, a la denominada coacción física, que esencialmente consiste en la presencia de un tercero que en nombre de la norma hace prevalecer su exigencia. Obviamente tal tercero, singular o plural, está contemplado en la normatividad respectiva: he ahí las partes nombrando anticipadamente un juez árbitro.

Ahora bien, por el proceso de "politización" del Derecho, en el sentido ya aclarado oportunamente, el Ordenamiento Jurídico respectivo es el que regula y garantiza el cumplimiento normativo. Obsérvese empero, que es sólo un problema de modalidad, que no afecta en absoluto, ni menos contradice la génesis espiritual del fenómeno jurídico, como tampoco de sus exigencias esenciales. En esta instancia se dan ambos tipos de coactividad. Cabe advertir, sin embargo, que hay ciertos autores —es el caso de Monseñor Graneris, por ejemplo— que con cierta agudeza creen advertir un nuevo tipo de coactividad, cual sería la puramente legal. Dan en abono de su opinión ciertos ejemplos en que el Derecho se bastaría a sí mismo (en ello consistiría tal coactividad), sin recurrir a ninguno de los otros dos tipos de coactividad, particularmente a aquel físico. He aquí algunos de tales ejemplos: las ficciones legales, las presunciones, en particular la de derecho estricto, el sistema de nulidades absolutas, etc. En estos y otros casos, se cree ver que el Derecho *per se* se sobrepone a sus transgresores y así, el acto celebrado con

²⁶ B. CROCE, FILOSOFÍA PRÁCTICA EN SUS ASPECTOS ECONÓMICO Y ÉTICO (Buenos Aires, Ed. Anaconda, 1942), traducción de la tercera edición italiana de 1922 hecha por Guillermo González Blanco.

un absolutamente incapaz es nulo absolutamente y no produce efecto jurídico alguno²⁷. Por nuestra parte podríamos multiplicar los ejemplos y citar el caso del Art. 4º de la Constitución Política chilena que no hace sino acoger un principio básico de todo el denominado Derecho Público: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo". Pues bien, a juicio nuestro, es una ilusión hablar de "coactividad legal pura". Ilusión porque no corresponde en absoluto a la realidad y en ella se esconden malamente, y por lo mismo se advierte su presencia, tanto la "coactividad psicológica" que me retrae de actuar porque mis actos no tendrán valor alguno, cuanto, y sobre todo, la coactividad física, ya que aunque se diga enfáticamente "nulo por el solo ministerio de la ley", u otras expresiones semejantes, el hecho es que se necesita de la presencia de un tercero (una autoridad pública, en este caso) que, luego de probados los hechos, haga primar lo prescrito por la respectiva norma jurídica.

Pero la coactividad, en la instancia política sobre todo, no basta para darme certidumbre de cumplimiento, es necesario un Derecho que gobierne a los que gobiernan. Es necesario, en suma, el imperio del Derecho desde la cúspide hasta la base y viceversa. Y ello viene pedido por la ontología misma del Derecho en cuanto es norma imperativo-atributiva, esto es, que impone deberes y otorga facultades correlativamente. ¿Y estas facultades son para qué, sino para exigir el cumplimiento u observancia del deber? Por otra parte, aunque también en la esfera ontológica, toda norma jurídica es norma práctica, norma que "quiere" ser observada, respetada, en fin, que quiere ser eficaz. Pues bien, ¿cómo sería esto posible si el propio normador destruyera arbitrariamente su obra? Derecho y arbitrariedad son, pues, realidades excluyentes. Derecho Arbitrario es una *contradictio in terminis*.

La ontología jurídica, apenas esbozada, trasciende en la práctica en que el Derecho legitima, organiza, señala las formas de actuación, de conservación, como también las vías de cambio de las entidades que hemos denominado políticas, a la par que éstas disponen de los medios para hacer eficaz el Derecho.

Pero, y en relación con este punto, no se crea erróneamente que en la instancia política —que es la más notoria— el Derecho impere porque hay autoridades u órganos responsables de hacerlo cumplir (lo que, desde luego, es una garantía para los particulares), sino que el Derecho

²⁷ C. GRANERIS, CONTRIBUCIÓN TOMISTA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, *supra* nota 17.

se mantiene, que el Derecho impera, que, en suma, hay verdadero Estado de Derecho cuando todos y cada uno hacen valer sus derechos, cuando se lucha por ellos. La negligencia, la pasividad, la comodidad egoísta que lleva a no ejercer los derechos que se tienen, van poco a poco, como las pequeñas raposas del huerto, matando el Derecho, asfixiándolo con el aire enrarecido de la arbitrariedad; ¿o acaso todo derecho que no se hace valer no permite en cierto modo la impunidad de algún acto arbitrario? ²⁸.

1.1.3. *A modo de síntesis.* Pues bien, luego de haber tratado la Seguridad Jurídica como exigencia axiológica del Derecho y de haber mostrado los dos grandes medios con las respectivas cargas de requerimientos que ellos copulativamente involucran, pensamos que resulta de meridiana claridad cuán efectivo es que el Derecho se conforma con "verdades" ciertas y no está en él (sencillamente porque no puede, por impotencia ontológica) lograr que resplandezca siempre la "verdad verdadera", ¡y valga esta expresión pleonástica!

Por lo mismo, siendo la Seguridad Jurídica consustancial al Derecho (otra cosa es la medida en que cada Derecho concreto la realiza) resulta equívoco enunciar instituciones presididas por este valor. Equívoco, porque mueve a pensar que sólo y gracias a ellas el Derecho logra Seguridad, en circunstancias que ella es la razón de ser de todo el Derecho. Sin embargo, admitimos que, con las debidas advertencias, y sólo por vía ejemplar, se indiquen algunas de ellas como núcleos normativos que refuerzan la idea de certeza teórico-práctica de las relaciones sociales. He aquí algunas: la cosa juzgada, la prescripción, las solemnidades, la ficción de conocimiento del Derecho y por tanto que la *ignorantia legis non excusat*, la irretroactividad de la ley (en sentido propio de todo Derecho cualquiera sea su manifestación), la prefiguración de lo ilícito (*nulium crime sine lege*) y en refuerzo de esto último: *nulla poena sine criminis probatione*, etc.

1.2. *La justicia jurídica.* Hemos ya adelantado, en páginas anteriores, que la Seguridad Jurídica no se cierra sobre sí misma, sería un sinsentido que así fuera, sino que se abre a la Justicia.

Pues bien, esta última puede ser observada y en consecuencia conceptualizada de varias maneras. Nos detendremos tan sólo en tres de ellas por considerar que, de algún modo, recogen en su seno las demás posibles.

En primer término, tenemos la Justicia en cuanto idea. Ella expresa igualdad, equivalencia, equilibrio, armonía, adecuación. De algún modo es la idea de Justicia que la mente del hombre común tiene. Lo deci-

²⁸ Ihering captó magistralmente este punto en su pequeña gran obra *La Lucha por el Derecho* enfatizándolo particularmente en el capítulo IV.

mos apelando a las denuncias de situaciones injustas. Si nosotros preguntáramos por qué se califica de injusta una situación (derivada siempre de una acción humana) veremos que, en el fondo, se trata de una inadecuación, de un desequilibrio, de una desarmonía. El vulgo, que es incapaz de definiciones, no es del mismo modo incapaz de captar, aunque sea tosca pero no menos certeramente, las profundas realidades de las cosas. Y si hay alguna idea que revele —y hay más de una— la mente común de la humanidad es ella: la de Justicia²⁹.

Por otra parte, la Justicia puede ser considerada en cuanto virtud. En este sentido, es el Aquinate quien con la maestría que le es característica, tomando el pensamiento principalmente aristotélico y conjugándolo con la acuñación romana, da una definición de ella. Hela aquí: "Justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho" (*iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit*)³⁰. Como ya lo adelantáramos en su oportunidad, en cuanto virtud ella persigue el perfeccionamiento del sujeto que actúa³¹. Por eso le exige un hábito, formado por la constante y perpetua voluntad del agente de conformarse a sus requerimientos. El término voluntad significa la disposición del ánimo de actuar rectamente; en este caso, de reconocer con buen ánimo el *debitum* y saldar tal deuda. Es un querer con íntima convicción, y de consiguiente, libre. No es un querer coaccionado, un *coactus volui*. No se trata, en consecuencia, de hacer actos aislados de Justicia para convertirse en un hombre justo sino de hacerlos habitualmente. De aquí que el Santo Doctor enfatice el punto al indicar: voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho. Pues bien, una persona que actúe de este modo, ejecutará actos externa como internamente justos, o sea, plenamente justos. Cada uno de ellos será, de este modo, un *iustum perfectum*, o *iustum formaliter*, según la terminología escolástica.

En fin, la Justicia como virtud pretende, al igual que toda la Moral, en la cual ella está inserta, salvar al hombre, perfeccionándolo. Apela siempre al actuar que el hombre debe observar voluntariamente. Ella no se ve satisfecha con actos puramente externos que no traslucen una recta disposición.

²⁹ La literatura sobre la Justicia es agotadoramente abundante y la discrepancia que se advierte en ella entre posiciones más bien formalistas y sustancialistas no sólo no desdice sino que reafirma lo que hemos sostenido en el sentido que es tal la preocupación por conocer sus exigencias que se ha intentado precisarlas desde tiempos inmemoriales hasta el mundo contemporáneo (aún con toda la carga pragmatista actual).

³⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, SUMA TEOLÓGICA 2.2.58.1.

³¹ *Supra* III. 1. 4.

En el caso de la Justicia, debido a su especial entidad, cabe considerarla no ya desde el punto de vista del sujeto deudor o sujeto agente, sino desde el punto de vista de la mera exterioridad del acto realizado, esto es, captarla objetivamente. Es claro, desde este ángulo visual es "controlable" un acto debido, y por tanto es garantizable, asegurable. Aquí estamos cayendo en el terreno típico del Derecho. La que hemos denominado "experiencia jurídica" nos lo revela así. En efecto, si yo, por las tendencias contradictorias del ser humano, me vinculo jurídicamente con "un otro", lo que quiero es garantizar que lo prescrito en la norma que nos damos sea cumplido; *in genere* que "lo debido" a "otro" pase del "deber ser" al ser. No me interesa primariamente la intención con que "el otro" cumpla; me interesa, antes que nada, el acto en su externa observancia, y no en relación de quien proceda. He aquí, y sólo por vía ejemplar, la figura de quien paga (cumple lo debido) por otro. Por lo mismo, el buen o mal ánimo con que el deudor cumpla, repercute eminentemente sobre sí mismo, perfeccionándolo o perjudicándolo, según sea el caso. Es el propio Aquinate (y junto a él entusiastas reivindicadores de su doctrina jurídica como, entre otros, Graneris y Villey), quien admitiendo este desdoblamiento de la Justicia (en relación al agente y en relación al acto mismo) nos afirma que el Derecho es *ipsa res iusta* ³².

Tal pensamiento significa afirmar una relativa "amoralidad" del Derecho, como lo ha destacado en forma expresa, enfática y bien perfilada Graneris y de modo implícito, entre otros, Villey ³³. Decir relativa amoralidad en sentido tomista significa que interesa primordialmente el acto debido a otro con independencia del ánimo de su agente. En este sentido nos atrevemos, al menos, a distinguir lo siguiente: si se trata de un acto de mero cumplimiento, al Derecho no le interesa el *animus agendi*; si se trata de un acto de transgresión, le interesa averiguar la interna disposición del sujeto; por último, si se trata de un acto de constitución jurídica, llámese contrato, llámese ley, etc., muestra un interés por la interioridad subjetiva: he ahí lo tocante a la voluntad y sus vicios, lo referente a la buena o mala fe, lo atinente a la causa. Pero obsérvese bien cómo resalta, en cualquiera de las hipótesis planteadas, lo típico de "la experiencia jurídica", cual es, el de ocuparse del acto. En otros términos, su preocupación por el *animus* no es en vista del perfeccionamiento del sujeto sino de algo de menor altura, pero indispensable para la convivencia humana: salvar el acto. ¿Cómo? Garan-

³² *Id.* 2.2.57.1.

³³ M. VILLEY, CONSIDERACIONES EN PRO DEL DERECHO NATURAL CLÁSICO (Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966).

tizando su cumplimiento. El Derecho no es una escuela de virtudes, pero, desde luego, tampoco lo es de los vicios³⁴.

Por lo tanto, lo recientemente expuesto no significa en absoluto que el Derecho no se base en la Moral ni tampoco que se desentienda absolutamente del ánimo del sujeto. Distinción y no separación, ni menos confusión, entre Derecho y Moral. Si los separamos, los deberes se deshacen en fuerza bruta; si los confundimos, pecamos contra la naturaleza misma de las cosas, desconociendo lo propio de ambas experiencias. Por otra parte, si desatendemos el ánimo del sujeto, caeremos subrepticamente en inmoralidades, amén de ser incapaces de captar que el Derecho es puesto por y para el hombre, como consecuencia de su condición ambivalente, contradictoria. Por ello, puede ser, dado el caso, legítimo retrasar el cumplimiento de una obligación, dejarla incumplida parcial o totalmente.

Esta Justicia mínima en el sentido de meramente externa, "justicia franciscana" como la llama con agudo grafismo Miguel Reale, es la que el Derecho puede lograr, es la única que él puede alcanzar³⁵. El no puede lograr la Justicia-virtud que es la plena y verdadera sino la justicia-jurídica que, al menos en las movedizas relaciones humanas, es una Justicia cierta³⁶.

Ahora bien, si damos una mirada retrospectiva veremos cómo en las tres grandes acepciones de Justicia esbozadas, se repiten elementos *sine qua non* comunes a todas ellas. Nos referimos a dos: "el otro" y "lo debido". Lo que salta a la vista con meridiana evidencia. En efecto, toda igualdad, armonía, equilibrio, implica la presencia de dos términos distintos que deben igualarse bajo algún concepto, y portadores de ellos son los sujetos humanos. En las dos acepciones restantes, tales elementos son obvios. No hay ningún tipo de Justicia donde no los descubramos.

Pero, ¿qué es "lo debido" al otro? En otras palabras, ¿en virtud de qué, ciertas cosas nos son debidas por los demás? ¿En base a qué títulos podemos exigir respeto de ciertas cosas por parte ajena? ¡Cuán difícil es dar una respuesta exhaustiva y plenamente satisfactoria! Intentaremos, sí, perfilar algunos criterios. Helos aquí: el trabajo incorporado en la "manufacturación" o "mentefacturación" de alguna cosa o idea. El trabajo mediante el cual se transforma la naturaleza, es ni más ni menos que el desgaste y prolongación de mi propio ser, es el título de acreencia para Locke y, en general, para el liberalismo. Marx, por su

³⁴ Véase lo relativo a la seguridad jurídica tratado en las páginas anteriores.

³⁵ M. REALE, *IL DIRITTO COME ESPERIENZA* 468 (Milano, Giuffrè, 1973).

³⁶ G. Capograssi, *Prefacio* a F. LÓPEZ DE OÑATE, *LA CERTEZA DEL DERECHO* en 11 (Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1953).

parte, opina que es "suyo de cada uno" lo que le es "necesario" para su sustento. Otros, creyendo descubrir la piedra filosofal, se inclinan a pensar que el criterio certero, inapelable y adecuado es el del mérito. Es suyo, en consecuencia, "lo que cada uno merece". Existe, por otra parte, una gruesa corriente de opinión que estima que "lo debido" a cada cual (desde el individuo aislado hasta grupos, se entiende) es lo que el Derecho ya en forma de ley, de costumbre, de convención, de acto jurisdiccional, determine.

No entraremos aquí a desmenuzar los criterios. Todos, a su modo, tienen razón, y es más, algunos —como el del mérito y el de la necesidad— no son en absoluto autónomos, están, al contrario, incorporados en algún otro. El problema, principalmente, no está en los criterios mismos sino en buscar una prevalencia o jerarquía entre ellos, en aras de llegar a uno que obre a modo de matriz.

A nuestro juicio, nada absolutamente nada se le debería al hombre si no se partiera tácita o expresamente (en general de la primera manera) reconociéndolo como digno de protección, como ser valioso en sí. ¿Por qué el trabajo, por qué la necesidad, por qué el mérito, en fin, si no es el trabajo, la necesidad, el mérito etc., de un hombre? He ahí, a nuestro entender, el punto de partida. En efecto, hemos visto cómo el Derecho dentro de la normatividad social se origina con un fin inmediato, urgente y específico, cual es el de dar garantía (asegurar) que las prestaciones que nos debemos los hombres se cumplan. Por lo mismo, y ya lo anunciamos en su oportunidad, procura que a cada cual se le dé lo que le sea debido. Y como las cosas nos pueden ser debidas por diversos títulos, él viene a determinar y precisar los débitos, conjugando tales criterios. Pues bien, se nos vuelve a presentar la piedra de toque ya que todo ello no tiene por finalidad sino la armonización de las acciones humanas en aras de una convivencia ordenada; en otras palabras, son las acciones de los hombres las que están al centro de su atención, son ellas las que se trata de salvar, garantizar, proteger, y coordinar asegurativamente. La calidad de humanas, de provenientes de los hombres, es la que les da valor, y es por esto que, implícitamente, la "experiencia jurídica" nos revela que debemos atender a la "estructura ontológica humana" a fin de obtener de ella criterios o principios que, basados en la misma, tengan validez universal. Tal estructura, pues, la estamos mirando desde un punto de vista dinámico, como fuente de principios de acción.

Se nos objetará con obstinada testarudez que del ser no puede deducirse el deber ser. No entraremos a polemizar porque el tema ha sido ya largamente debatido, en nuestro campo, por los iusnaturalistas (sobre todo los aristotélico-tomistas) y los positivistas. Nosotros, por aho-

ra, queremos más bien poner en evidencia que hay, que es un hecho que se dan exigencias fundadas en el ser humano que son tomadas por el Derecho. Así lo revelan tanto la experiencia propia como la ajena, ya actual, ya pretérita. Y para probarlo no vamos a partir del hombre mismo (cosa que, por lo demás, sería lícita) sino, y siguiendo nuestro método, del interior de la "experiencia jurídica". ¿Acaso ella no nos revela, desde lo próximo y más evidente, la socialidad humana? Y ésta al vivirse ¿no nos muestra una cierta libertad? la que a su vez ¿no nos remonta a la capacidad de discernimiento, de conocimiento, en una palabra a la inteligibilidad que permite en el hombre tal variabilidad en su actuar social, al poder prever, calcular, ponderar? Pues bien, tales datos no están precisamente "en el aire" sino sustentados en un ser concreto que no sólo quiere conservar su propia existencia sino que también tiende a la perpetración de los de su especie. Pero, se nos objetará por los pertinaces de siempre, ¿por qué tomar tales datos como implícitos en todo Derecho como categoría universal, en circunstancias de que se ha sostenido en el cuerpo de este trabajo que el hombre es un ser contradictorio y por lo tanto al igual que tiene tales calidades y tendencias, experimenta en sí fuerte atracción por sus antípodas? Es verdad, innegable verdad. Traigamos aquí algunos ejemplos: tiende a conservar su vida y, sin embargo, cuánta atracción a agotarla, aniquilándose. Tiende a perpetuar la especie, mientras vemos, cómo se matan unos a otros. Tiende a la racionalidad desdiciéndose con las irrationalidades más dramáticas. Su gran apetito de libertad incompatible con ese horror a actuarla, que lo ha llevado, entre otras cosas, a sometimientos serviles y estúpidos. ¿A qué seguir destacando las miserias y grandezas, los claros y oscuros de este ser único!

Pero, tan innegable como las contradicciones esbozadas, sólo a modo de ejemplos, es que el Derecho toma los datos de signo positivo: la afirmación del hombre en cuanto ser; su afirmación, en cuanto especie; su ininteligibilidad; su libertad; su socialidad. Basado en ellos, en lo que postulan, en las exigencias que entrañan, se ordena la convivencia social. Y no es raro que así sea ya que tales datos obran como principios de valor universal. Razonando en sentido inverso, ¿qué pasaría si en lugar de tomar la afirmación de la vida humana, tomáramos la muerte; si en lugar de tomar la tendencia a la perpetuación de la especie, tomáramos la contraria y así sucesivamente con todos los demás datos "naturales" de relevancia jurídica, enfatizamos, si los tomáramos como principios de universal validez, y no por la vía meramente excepcional, como por la naturaleza misma de las cosas ha de hacerse? La respuesta es obvia: no habría hombres en el planeta, porque la vida humana sería un imposible.

Si tomamos tales datos es porque los consideramos valiosos, porque estimamos que ellos son inherentes a la condición humana, son suyos del hombre sin más título que el de su propia estructura ontológica. Tales datos están ínsitos en todo Derecho sirviéndole de principios rectores, de núcleos en torno a los cuales se va desarrollando la normatividad jurídico-positiva. Pero advertimos que ello no significa que las exigencias que entrañan sean acogidas y garantizadas de modo unívoco por los Ordenamientos Jurídicos empíricamente considerados. La Historia es testigo de aberraciones y trasgresiones flagrantes a exigencias que brotan de tales datos. Más, ni tales violaciones han sido universales ni menos podrían universalizarse en sentido filosófico, por las razones enunciadas precedentemente.

Afirmar, por consiguiente, que todo Derecho por su mera presencia viene a garantizar las relaciones humanas, es reconocer como primer dato que el hombre es un ser social y que vive su socialidad de variadas maneras, lo que implica, a su vez, un reconocimiento de su libertad. En efecto, si nos damos una norma coercible, un deber ser garantizado por la posibilidad de ejercer la fuerza para obtener su observancia, es simplemente porque partimos del supuesto de que tal norma pueda ser violada por cualquiera de nosotros. Tal violabilidad no es sino un modo de ejercer la libertad³⁷. Por otra parte, tal libertad es imposible a no mediar la inteligencia que, al permitir el conocimiento de las respectivas entidades, permite a su vez que el ser humano descubra alternativas, que cree un abanico más o menos abierto de posibilidades de acción o comportamiento, entre los cuales prefiera alguno posponiendo a los demás. El portador, el sujeto con estas calidades es el hombre que, como todo ser, tiene una tendencia consustancial a conservarse, a afirmar su propia existencia, al par que experimenta una inclinación innata a colaborar en la perpetuación de su especie. De todo lo expresado se coligen importantes consecuencias exigidas por tales datos lacónicamente expuestos. No vamos, sin embargo, a entrar en ellas en esta oportunidad. Queremos sí destacar que un Derecho cualquiera que desconozca en sus normas exigencias inmediatamente nacidas de tales datos matrices, es un Derecho que carece de justificación última, que no tiene validez intrínseca porque está consagrando un acto injusto, esto es, "no ajustado", no conmensurado a la mera entidad humana. Así, la promesa genérica de Herodes a Salomé no lo obligaba a cortarle la cabeza a Juan el Bautista.

Aunque pequemos de redundantes y lleguemos a ser majaderos, queremos insistir en que no debe olvidarse el por qué espiritual del Derecho, cómo él ha nacido para garantizar las relaciones humanas y por lo mis-

³⁷ Se entiende que nos referimos exclusivamente a la libertad humana.

mo cómo su función es atender los requerimientos del hombre: irlos desarrollando, determinando y asegurándolos coordinadamente según las épocas y lugares. Esto último, a fin de que la protección que se brinde a unos no perjudique *per sé* a otros.

Con todo lo expresado, esperamos que se vea con claridad por qué afirmamos que hay ciertos datos naturales, esto es, basados en la estructura ontológica del hombre, que tienen relevancia jurídica y que las prestaciones que ellos exigen se ven satisfechas por su observancia externa. No pierden valor porque sean cumplidas de esa manera.

Partiendo de "la experiencia jurídica", hemos ido subrepticamente avanzando al campo del Derecho como Ordenamiento Jurídico. En esta instancia, que ya la hemos calificado de política³⁸, se mantiene incólume todo lo expresado, sólo que se hacen más enfáticos sus requerimientos y cobran más dramatismo sus violaciones, porque siendo la respectiva sociedad organizada la destinataria de las normas de la autoridad pertinente, la labor de coordinación que ésta ha de hacer es mayúscula, y así sus normas no sólo han de ser justas por su disposición interna o contenido, en otras palabras, consideradas aisladamente sino en conjunción con las demás que conforman el sistema. Aquí está en juego la Prudencia de las autoridades normadoras que han de saber tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, buscando, empero, un criterio objetivo que se remonta en última instancia al hombre mismo. Su igualdad esencial debe ser respetada lo mismo que su desigualdad accidental debe también tenerse presente.

Es en esta instancia política donde resaltan las grandes formas de vivir la justicia atendidos los tipos de relaciones interhumanas, esto es, a la posición de los sujetos sobre los cuales pesa el *debitum*. En efecto, este último no es sino la plasmación de manera determinada, funcional y operante de aquellos datos naturales de relevancia jurídica según la situación en que se hallen los hombres entre sí. Como modos de vivir o actuar aquellos *debita* pesa sobre el normador la obligación de configurar su obra presidido por los mismos, teniendo muy en claro la igualdad esencial y la desigualdad accidental, como recientemente advertíamos, de los hombres.

Ahora bien, hemos anunciado que en esta instancia resaltan las grandes formas de justicia según el tipo de relación de los hombres entre sí. Si ella es de coordinación estamos en presencia de una Justicia Conmutativa o Igualadora; si se trata de una subordinación la justicia pertinente es la denominada Justicia Social, Legal o General (aunque los términos no sean del todo felices); si, en fin, existe una supraordinación, a la Justicia

³⁸ Véase lo que hemos expuesto con relación a la seguridad jurídica coordinándolo con lo expresado a propósito de la respuesta política.

se la denomina Distributiva o Asignadora. Se trata de una distinción derivada principalmente de la posición que en la relación respectiva tenga quien deba hacer un acto de Justicia. En la primera, por ejemplo, es cada una de las partes contratantes; en la segunda, es el individuo frente a la sociedad que integre; y en la última, es la sociedad respectiva representada por su autoridad frente a los individuos que la componen³⁹.

2. *Valores Extrínsecos en el Derecho*

Se podrá preguntar más de alguien ¿acaso no constituirá un simplismo ajeno a la complejidad de la vida jurídica, reducir los valores del Derecho a la Justicia y a la Seguridad? Pareciera que así fuera ya que existen objetiva e innegablemente un sinfín de valores que el Derecho recoge. Pero reflexiónese y se verá que ellos son todos valores de muy heterogénea procedencia: religiosos, morales, políticos, económicos, estéticos, vitales, etc. que el normador humano pretende garantizar a través del Derecho, debido a su plasticidad axiológica. Sin embargo, se advierte que ellos, en tanto tales, son dables al margen del Derecho, aunque de facto no sean observados a no mediar éste, pero es del caso subrayar que no se ven cumplidamente realizados por su medio. En efecto, éste les da una impronta o sello especial que de una u otra manera los altera en su pureza. He aquí un ejemplo: el legislador por imperativos morales se inmiscuye en las costumbres de una comunidad, ocupándose de sus hábitos, atuendos, lecturas, distracciones, etc. ¿Podríamos decir que la moralidad está a salvo, que se encuentra plenamente realizada porque nadie es sorprendido infringiendo las normas jurídicas respectivas? ¿O que la unidad política, y que el patriotismo en ella involucrado (en el caso del Estado) están satisfechos porque ningún traidor ha sido sorprendido? Los ejemplos son, desde luego, multiplicables. Queremos sí, poner de manifiesto que el Derecho sirve a su modo (el modo de actuar sigue al ser) una pluralidad de valores que no siéndole propios, se advierten en el contenido de sus normas. Pero enfatizamos, ni ellos pierden su identidad axiológica ni el Derecho los satisface a plenitud según las exigencias intrínsecas de cada uno de ellos. El se nos presenta, una vez más, como mecanismo garantizador de la observancia de ciertas conductas y, por lo mismo, es un elemento coadyuvante, nos atreveríamos a decir, a la totalidad del plexo axiológico. El profesor Recaséns Siches reconoce también esta plasticidad del Derecho pero excluye, al menos, un tipo de valores: los religiosos, los

³⁹No entraremos aquí en mayores explicaciones sobre este importantísimo tema no sólo porque excede los márgenes trazados en el presente trabajo sino porque ha sido ya, magistralmente tratado por el propio SANTO TOMÁS, SUMA TEOLÓGICA 2.2.57-79, y recogido por sus seguidores, entre los que destaca por su estilo claro, sencillo y preciso el notable pensador alemán JOSEF PIEPER, JUSTICIA Y FORTALEZA (Madrid, Ed. Rialp, 1968).

valores de "lo santo"⁴⁰. Nosotros precisamente, por todo lo que llevamos dicho, pensamos que también la normatividad jurídica los sirve: velando por las buenas costumbres, castigando los atentados a la moralidad "pública", creando, en fin, un clima de saneamiento moral. Es claro, al Derecho le interesa mucho que la mujer del César aparezca, que se comporte como honrada, aunque de hecho en su intimidad no lo sea. Naturalmente no se logra por este medio un modelo de santidad, o cuando menos de moralidad. Sin embargo habría que estar ciego para no apreciar qué sucedería en una sociedad al no acoger el Derecho contenido de índole religioso-moral. Así como no existe una "santidad jurídica" tampoco hay una "salud jurídica", obviamente. Pero ¿qué duda cabe que vela por la salud no sólo al penar los atentados a la vida humana en sus diversas modalidades sino también al contener disposiciones sobre la salubridad pública, al disponer de medidas laborales y económicas que aseguren el trabajo y la alimentación a los miembros de la sociedad?

Que el Derecho sea un vehículo coadyuvante a la educación de los pueblos, y a la mayor humanización del hombre, es una afirmación perogrullesca. Basta pensar en su acción civilizadora. Pero, no podríamos igualmente afirmar que él sea el medio exclusivo de educación ni tampoco que ésta sólo se logre a su través.

Queremos, por último, recalcar que siendo el Derecho una realidad humana y dentro de ella, una forma de dar satisfacción a las necesidades, exigencias e intereses sociales de los hombres, mediante su impronta de certidumbre y garantía, no es de extrañar que acoja los anhelos que se quiera ver logrados.

Se trata, en suma, de "bienes o valores jurídicamente protegidos" pero no de valores jurídicos tal como lo expresáramos oportunamente. Y la importancia de esta distinción está muy lejos de ser nominal o puramente semántica. En efecto, los valores-jurídicos —y en la escala jerárquica ya apuntada— son nada menos que los supremos criterios conforme a los cuales tales bienes serán protegidos o postergados frente a otros, determinando la medida, teniendo presente la oportunidad y, en general, todo lo atinente al modo de su protección.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Dada la naturaleza del presente trabajo que lo hemos presentado como un conjunto de intuiciones en vías de sistematización, es que nos hemos limitado a esbozar de una manera lo más coherente posible, los puntos centrales o nucleares del porqué del Derecho, con el objeto de buscar en ellos

⁴⁰ L. RECASÉNS SICHES, TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 494-95 (México, Ed. Porrúa, 1959).

sus para qué o finalidades intrínsecas en cuanto fenómeno universal que rige las relaciones humanas. Eso es lo que nos ha preocupado, hacia tal objetivo han apuntado nuestros esfuerzos dejando relegado en la penumbra —donde siempre debiera estar— el pedante afán de mostrar erudición bibliográfica ⁴¹.

Pues bien, habiendo planteado la importancia teórico-práctica de identificar los valores jurídicos, no hemos querido partir del Derecho como “algo ya dado” sino que nos hemos dirigido a su génesis espiritual. Por esta razón hemos traído a la memoria ciertos datos que nos fueran acotando el camino.

El primer capítulo de nuestro trabajo tuvo precisamente por objetivo dejar planteada la hipótesis de que el Derecho no se da ni en la vida de relación suprahumana, ni tampoco en aquella que le está por debajo. En otras palabras, que la mera relacionalidad no es por sí misma el motivo determinante en el emerger del Derecho. Por ello aludimos a las relaciones en la vida divina, y a la vida de relación angélica como también a la animal.

Respecto de Dios y de los Angeles, el asunto adolece, a nuestro juicio, de un tratamiento antropomórfico. Es así que se afirma que son seres conscientes ¡qué duda cabe! pero no sociales al modo humano porque debido a sus perfecciones las relaciones que guardan no son de complemento o de necesidad entre ellos. No lo discutimos, es efectivamente así, lo hemos reconocido, por lo demás, en las notas de pie de página pertinentes. Sin embargo, lo que no deja de ser curioso, es que se siga manteniendo un esquema “protagórico”: no son sociales porque sus relaciones son absolutamente distintas de las de los hombres. ¿Y quién lo duda? pero, ¿acaso basta con ello para arribar a tal conclusión negativa? ¡El filósofo de Abdera parece seguir penando!

Por otra parte, a nuestro juicio, constituye una ligereza mantener incólume la tradición clásica griega que desconoce la vida social de los animales. Es vivir y filosofar de espaldas a la Ciencia. Y para seguir apegados a ese dogma filosófico inventado por paganos, se dice que no se trata propiamente de una vida social, sencillamente porque no hay un proceso consciente que sólo se da en el hombre. ¡Viva el antropocentrismo! y ¡Protágoras revive sempiternamente gracias a sus amigos y, sobre todo, merced a sus detractores! ⁴².

⁴¹ Así, por vía de ejemplo, no hemos tratado el realismo jurídico ya en su versión sicologista (escuela de Upsala: Hägerstrom, Lundstedt, Ross, Olivecrona) ya en su versión más bien sociologista y judicialista (realismo americano en su plexo de matizaciones).

⁴² Usamos el término dogma en su sentido original griego que indica idea fija, esto es, lo que ya no se discute.

Restringido el fenómeno jurídico sólo a las sociedades de los hombres no se debe, entonces, a la calidad social del hombre sino, antes bien, a la inversa, a la calidad humana de tal socialidad. En breve, recordamos, en el capítulo II que los hombres somos, fuera de toda duda, sociales; que la *sociabilidad nos pertenece ontológicamente* y luego, bajando a nuestra propia experiencia existencial, vimos que ónticamente vivimos tal socialidad de variadas maneras. Las cuales radicalizamos en una polaridad gráfica a fin de hacer patente los límites que enmarcan tales variables y que, en cuanto están en las antípodas, expresan lo contradictorio: el bien y el mal. Advertimos cómo tal variabilidad implica el don de la libertad del hombre que, aunque sólo elija el bien en cada caso, al hacerlo, pospone el mal. Al menos de esta suerte el mal se hace presente en toda actuación libre de los hombres. Esta ambivalencia genera la inseguridad frente a "los demás", la desconfianza, porque no sabemos anticipadamente, cómo se comportarán con nosotros. Ahora bien, lo más dramático de esta situación es que no se trata de una aprensión subjetiva. Más allá de ella está el hecho, que tampoco es dable ignorar, que sin el concurso de los "demás", no podemos seguir siendo. Tenemos que abrirnos "al otro" sea como sea. Nuestra experiencia nos hace patente la presencia de diversos medios de que nos valemos para encarar la necesidad de contar con "ese otro", en el cual no podemos confiar enteramente.

Tales medios los hemos tipificado en el cap. III en dos grandes grupos: uno donde prima la persona en su actuar y otro, donde interesa más bien el actuar de la persona. Cada uno de ellos lo hemos examinado desde nuestra vivencia destacando sus rasgos peculiares y distintivos, en función de lo que nos interesa: poner los hitos que nos conduzcan al mundo de lo jurídico. Por eso, no nos hemos detenido en un tratamiento exhaustivo de ellos ni tampoco nos ha bastado con su mera enunciación⁴³.

En el primer grupo, tiene mayor relevancia la persona en su actuar y, por lo mismo, sus actos tendrán valor en la medida en que sean realizados acorde con la disposición íntima del agente. Queremos advertir, aunque sea a posteriori, que el orden en que tratamos dichas respuestas no obedece a la excelencia de ellas, las hemos dispuesto desde la más particular a las más universales. La más excelsa de todas es, sin duda alguna, la Caridad, que es amor verdadero en Dios a cada hombre concreto quienquiera que éste sea. Muy distinta, como se ve, de la etérea Filantropía y de la mera idealidad Moral.

En el segundo grupo, interesa más el acto realizado independientemente de los sentimientos, convicciones o disposiciones íntimas del sujeto. Pe-

⁴³ Quien quiera profundizar en tales materias váyase a las obras de Platón y Aristóteles, de Cicerón y Séneca, de San Agustín y Santo Tomás, de Pascal y Vico que son, entre los más destacados, los que en general han tratado todas las respuestas.

ro, no se piense en una separación total, tajante, del acto y de su agente. Tal esquisofrenia no puede darse en la actividad humana en tanto humana. De aquí que se distinga entre hechos del hombre y actos del hombre. Aquellos, le ocurren al hombre, en éstos, en cambio, él es su protagonista. Por lo mismo, hemos hablado de un primado del actuar de la persona lo que en modo alguno significa que interese el acto tan sólo prescindiendo absolutamente de la persona actuante.

Ahora bien, los datos en referencia, nos han llevado a las puertas del fenómeno jurídico, a las del hogar de su nacimiento: a la vida humana vivida en su dimensión interpersonal.

La experiencia jurídica nos ha revelado (como lo apreciamos en III y IV) el Derecho como un mecanismo garantizador de la vivencia de la socialidad humana en términos positivos. Ha nacido para dar Seguridad en las relaciones intersubjetivas. Como norma de conducta involucra una ordenación y en cuanto tal un Orden, cuya observancia genera la Paz. La Seguridad, consecuencialmente sólo es un valor en la medida en que se incardine en la Justicia.

Decir que el Derecho, que es consustancial con la Seguridad, se incardine en la Justicia no es sino reconocer que él ha sido puesto por y para el hombre, y en esa misma medida hay que respetarlo. Por tanto un Derecho que vulnere en la praxis aquellos datos naturales de signo positivo y de relevancia jurídica como las exigencias que ellos implican, carece de valor porque traiciona su finalidad, su misma razón de ser: salvar la vida humana en su dimensión social. Perteneciendo a la estructura ontológica del hombre la socialidad, el Derecho será justo ordenando, coordinando y garantizando las relaciones de los hombres. De aquí que tenga que respetar aquellos datos a que hemos hecho referencia.

En fin, que quede claro que una seguridad injusta, plenamente injusta, carece de valor. La Seguridad Jurídica, como lo advirtiéramos en el cuerpo de este trabajo, representa un mínimo de Justicia en cuanto viene exigida por la socialidad que no es dato adventicio sino procedente *ipsa natura hominis*.

Podríamos colegir, entonces, que por antonomasia el valor del Derecho es la Justicia "jurídica". Debemos advertir, sin embargo, dos cosas:

(1) Que las hemos tratado separadamente en aras de perfilar sus exigencias y arribar así, con una mayor claridad a tal conclusión. Es decir, si la seguridad es garantía, afianzamiento, su valor le viene de lo asegurado, de lo afianzado. En este caso: nada menos que el hombre en su dimensión social. Recordando lo expresado en el trabajo diremos que el Derecho es un reconocimiento de que el hombre mismo ya es un valor y es por ello que se debe salvar su actuar social. Si ontológicamente

somos seres sociales y no nos desarrollamos a no mediar la interdependencia nuestra y tal condición no es algo que nos pertenezca a cada uno "ex conducto", esto es, porque los hombres lo han dispuesto, sino que es una cualidad originaria, *ex natura*, el Derecho viene a asegurar una exigencia de Justicia, cual es, que los hombres que no podemos ser sino sociales, podamos satisfacer tal condición sin detrimento ajeno, mejor, con el concurso ajeno. Por lo mismo la Seguridad viene a satisfacer una exigencia de Justicia, un *debitum*: la socialidad humana que está en función del hombre entero. Como ya lo describiéramos en su oportunidad, dentro de ella van involucradas otras exigencias como son: la libertad, la inteligibilidad, la afirmación de su propia vida y la tendencia a la perpetuación de los de su especie. Todos éstos son algo suyo por naturaleza del hombre.

Cuando el Derecho viene a dar certeza y a hacer así, posible la vida social, se trata de la vida social humana y no de ninguna otra. Tales datos, cada uno de los cuales trae aparejada una cohorte de exigencias están, pues, en la base del Derecho como categoría universal que rige las relaciones de los hombres.

(2) Que afirmar que la Justicia "jurídica" sea el verdadero valor del Derecho no significa hacer de ambos, sinónimos. Es el "deber ser" del Derecho fundado en su propio ser, representa su perfección o plenitud. De la misma manera que el deber ser del hombre es su santidad, no podemos negar que exista un hombre sólo porque no es Santo. Lo que sí podemos afirmar es que su vida careció, carece o carecerá de sentido auténtico si no va en pos de la santidad. Igualmente el Derecho tiene en la Justicia su meta, su deber ser, históricamente siempre acuciante. Si de algún modo no la realiza, será un Derecho frustrado (con su simil del hombre frustrado) pero en cuanto Derecho existe y porque no es como debe ser, porque carece de valor, es imperativo corregirlo. Pero el hecho sólo e inconcuso que detectamos su falta de valor, su injusticia, significa que de algún modo existe tal malhadado "engendro", o ¿es que acaso se trata de un "molino de viento"? Aunque parezca un juego verbal: un Derecho injusto nos obliga no a obedecerlo, sino a cambiarlo, ¿por qué?, porque no cumple con su finalidad intrínseca por antonomasia: garantizar el respeto de "lo debido" a "otro"⁴⁴.

Sin duda, pocas cosas hay tan difíciles como determinar lo que a cada cual corresponde. En su oportunidad pasamos rápida revista a los principales criterios y llegamos a uno que es la piedra de toque, que es el básico: el hombre y sus datos de universal validez. Ellos son los núcleos

⁴⁴ En rigor es la justicia la que nos obliga, la que nos impera a cambiar ese Derecho injusto, ese Derecho que no es como debiera ser.

en torno a los cuales se teje la "tela de Penélope" de la normatividad jurídica, los que le dan sentido y valor.

Por no coger el Derecho en la experiencia jurídica ⁴⁵, suceden, entre otras cosas:

(1) Que en el mundo de hoy en que todo parece teñido y empañado por ideologías, sobre todo políticas, se ha llegado, en la práctica (que es lo más funesto) a confundir Derecho y Estado. ¿Qué otro alcance tiene el afirmar que el Estado tiene el monopolio del Derecho? El liberalismo burgués y el totalitarismo populista son coincidentes. Debido a esta identificación que preconizan las escuelas monistas con Kelsen como máximo exponente (frente a las cuales se yergue la posición dualista en sus diversas matizaciones) y que el vulgo comparte en la praxis cotidiana, es que se habla de Derecho como sinónimo de Ordenamiento Jurídico estatal, apareciendo el Estado como el dispensador de derechos, como gran repartidor.

No se para mientes de que la experiencia jurídica y la experiencia política nos revelan que se trata de fenómenos distintos en su génesis misma, amén de que el Estado no pasa de ser una forma de manifestación del fenómeno político, entre tantas otras ⁴⁶.

En buenas cuentas, el Derecho es cogido por la manifestación política, y en este caso concreto, por el Estado, como un mecanismo de normación que le dé legitimidad, estabilidad, certeza, garantía. El fenómeno político no se sustentaría sin mediar el Derecho. Pero éste, por su parte, y en cuanto fenómeno, es dable al margen de aquél. Y esto es tan efectivo que mientras el Derecho es tendencialmente universal, no ocurre lo mismo con la política. Elocuentes testimonios son, entre otros, los tratados, pactos, convenios o como quiera denominárseles, que celebran las organizaciones

⁴⁵ Hay prestigiosos autores, principalmente los que han recibido la influencia kantiana que no comparten el método de partir de "la experiencia jurídica" para arribar al *quid ius*. Basan toda su argumentación en esta interrogante: ¿acaso no existe un "a priori" que permite distinguir una experiencia jurídica de otra que no lo es? Parecen tener toda la razón, hay "algo" que nos permite distinguir una experiencia jurídica de otra moral, de otra política, etc. Ese "algo" no es sino el sentido común que orienta los pasos del filósofo, pero en él no puede éste detenerse, y así, reflexionando a partir de la experiencia concreta busca, por "reducción eidética" aquellos elementos universales encerrados en la experiencia respectiva. No creemos que con este método abramos paso al subjetivismo sospechoso y arbitrario. ¿Es acaso más convincente sostener la doctrina de los "a priori"? Lo curioso es que los autores que así razonan radican el Derecho en el Estado. Nos dicen, en efecto, que es el conjunto de normas coactivas del Estado. Nos asalta la duda, ¿es un "a priori" o es la experiencia la que los lleva a tal conclusión? Naturalmente que se trata de una experiencia de primer grado, mejor, de la detección de un hecho histórico —hoy presente— sin indagar si todo el Derecho se reduce a la actividad del Estado o amparada al menos, por éste. No obstante la viva simpatía y el reverente respeto que sentimos por algunos autores que así piensan, como es el caso de los profesores Jorge Millas y Giorgio Del Vecchio, no podemos dejar de disentir de ellos.

⁴⁶ No vamos a volver sobre argumentos ya dados, *supra* IV.2.2-3.

políticas a todo nivel, tanto como el hecho de que sus autoridades se preocupen de aparecer "actuando conforme a Derecho" y no en forma arbitraria.

(2). Que se sostenga que el Bien Común es el supremo valor jurídico. Tal afirmación es inexacta. El Bien Común (que por lo demás es una noción analógica), en cuanto temporal es el valor de todo cuerpo político, acuciando en su empeño constante a gobernantes y gobernados, principalmente a aquéllos, por la autoridad que revisten. No vamos a detenernos en este punto no sólo porque excede a nuestros propósitos sino porque ya ha sido tratado. El propio Santo de Aquino, mientras en una parte de la Summa nos dice que la Ley no es propiamente el Derecho sino cierta razón de Derecho⁴⁷, la define como *rationis ordinatio ad bonum commune...*⁴⁸. Mientras en otra que el Derecho es el objeto de la Justicia, es *ipsa res iusta*⁴⁹. Así la Ley, es una norma de conducta mediante la cual la autoridad rige la comunidad y, por lo mismo, debe encaminarse al bien de ésta toda y no al particular de aquélla. Pero ya se podrá advertir a dónde vamos: si la Ley no es el Derecho propiamente hablando (*proprie loquendo*, nos dice el Santo) sino una cierta razón suya, y éste es el objeto de la Justicia, *ergo* según el Aquinate, no se obtendrá el Bien Común sino en la medida en que las leyes sean justas. A nuestro juicio entonces, el propio Angélico admite una distinción entre lo político y lo jurídico.

Lo que por nuestra parte queremos destacar, es que en los cuerpos políticos, el Derecho es elemento importantísimo del Bien Común, coadyuvando a él en la medida en que sea fiel a sus valores propios: la Seguridad y la Justicia jurídica, siendo esta última su valor por antonomasia. Pero así como éste coopera de este modo al Bien Común temporal de los hombres, también la Religión y la Moral con sus cortejos de virtudes sobrenaturales y naturales coadyuvan al mismo. Es cierto que el Derecho, sobre todo cuando ve que la vida del espíritu languidece y que los hombres no tienen otras normas morales que las que les dictan sus caprichos, incorpora a sus normas aquellos imperativos de moral natural o sobrenatural, según sea el caso. Tales exigencias, al ser jurídicamente obedecidas, ya no aportan méritos de perfeccionamiento a los sujetos pero, al menos, sigue haciendo posible la vida social humana contribuyendo así al Bien Común.

(3) Que se sostenga también en terreno axiológico, que la Seguridad Jurídica es el único valor del Derecho ya que a su respecto éste es

⁴⁷ SUMA TEOLÓGICA 2.2.57.1: *lex non est ipsum ius proprie loquendo sed aliqualis ratio iuris.*

⁴⁸ *Id.* 1.2.90.4.

⁴⁹ *Id.* 2.2.57.1.

la condición necesaria y suficiente para lograrla. La Justicia es sí un valor más alto pero no jurídico porque es posible por instancias morales, "el Derecho contribuye a realizarla: puede incluso ser la condición de hecho necesaria para que haya justicia entre los hombres; pero su idea, la posibilidad de vida que ella involucra, no contiene la idea de vida jurídica como ingrediente esencial" ⁵⁰. No se interprete mal el pensamiento del profesor Jorge Millas al que nos estamos refiriendo, por cuanto se apresura en hacer notar que "el orden jurídico no representa en modo alguno el sumo orden axiológico" ⁵¹.

Este distinguido catedrático parte indiscutiblemente del Derecho como sinónimo de Ordenamiento Jurídico estatal ya que reconoce como esencia de aquél, la ordenación supravinculatoria y la desubjetivización de las relaciones de poder dentro de la Sociedad política ⁵². Cuando, por otra parte, al término de su argumentación en contra de quienes pretendemos captar la esencia de lo jurídico en la experiencia concreta, escribe: "Supongamos que no hubiera habido Derecho alguno en la Historia y que los hombres hubieren regulado sus relaciones por otros medios que las normas coactivas del Estado. Pues bien, aun en este caso tendría sentido hablar de Derecho" ⁵³, entonces muestra clarísimamente que él ya tiene "la idea de Derecho" como ordenación coactiva estatal.

El fino talento de nuestro compatriota lo ha llevado a razonamientos convincentes respecto de una Seguridad Jurídica de primero y de segundo grado, específica y genérica respectivamente. Aunque a través de estas distinciones estuvo muy cerca, sólo a un paso, de incardinar la Seguridad Jurídica en la Justicia, también Jurídica, en definitiva, no lo dio ⁵⁴.

El mismo fenómeno que advertimos en el catedrático chileno es notorio en el profesor Radbruch, quien afirma que la Seguridad Jurídica es la seguridad del Derecho mismo, su propia pervivencia.

Claramente obvio es que la Seguridad Jurídica involucra como *condictio sine qua non* la del Derecho mismo, pero quedarse en esa instancia conduce al formalismo: a salvar el Derecho por el Derecho, cualquiera sea su contenido. Esto es una postura positivista. Reconocemos que Radbruch experimentó un cambio en su época postrera, abriéndose a la Justicia como valor último. Sin embargo, no se advierte en sus textos más

⁵⁰ J. MILLAS, *FILOSOFÍA DEL DERECHO* 253 (Santiago, Chile, Ed. Universitaria, 1958).

⁵¹ *Id.* 259.

⁵² J. Williams, *La Filosofía del Derecho en Chile en el Siglo XX*, 13 ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 183 (1968) (España). La concepción jurídica del Profesor Millas que allí reseñáramos fue revisada y autorizada como fidedigna por él mismo.

⁵³ J. MILLAS, *supra* nota 50, en 74-75.

⁵⁴ *Id.* 261-62.

tardíos un razonamiento convincente sino más bien una reacción emotiva frente a los monstruosos excesos del nacionalsocialismo⁵⁵.

(4) Que la Seguridad Jurídica o sus equivalentes, Orden Social estable, Estado de Derecho, etc., no aparecen convincentemente fundados. Es raro el autor que desconozca la seguridad jurídica o algunos de sus sinónimos. Entre ellos figuran a modo de ejemplo, los recientemente citados. Creemos advertir empero, en el alemán Werner Maihofer una seria preocupación por fundamentar la Seguridad Jurídica. En efecto, afirma que el Derecho se debe a la conflictualidad o antagonismo humano, la que a su vez, obedece, según su parecer, a que el mundo *in toto* es así⁵⁶.

Pero, este es el pero precisamente, no se explican las cosas humanas trasladándolas a "los demás", "al mundo". Esto es una petición de principio. ¿Acaso, "los demás" no son hombres? Ergo, no está en ellos la respuesta sino en el hombre. Maihofer tiene horror de hablar de la "naturaleza humana caída". Nosotros creemos que es ella la que responde a tantas interrogantes.

En conclusión, como se puede desprender del presente trabajo, el Derecho, a nuestro juicio, debe su realidad, en último término, a nuestra condición de *homo fallens*. Representa un intento tan dramático como grandioso de paliar en nombre del *homo* la constante incertidumbre del *fallens*.

⁵⁵ Sobre el primer Radbruch véase su FILOSOFÍA DEL DERECHO (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933) y LOS FINES DEL DERECHO: BIEN COMÚN, JUSTICIA, SEGURIDAD (México, Ed. Ius, 1944).

Sobre el último Radbruch ARBITRARIEDAD LEGAL Y DERECHO SUPRALEGAL Buenos Aires, (Abeledo-Perrot, 1962). La otra traducción castellana de este texto aparecida con el título de *Leyes que no son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes*, ha sido publicada en un opúsculo que recoge breves ensayos de E. Schmidt (*La Ley y los Jueces*) y H. Welzel (*El Problema de la Validez del Derecho*) (Madrid, Ed. Aguilar, 1971, p. 3-32) y por último su INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (México, Fondo de Cultura Económica, 1965). En ésta sostiene que la seguridad jurídica no es la que se obtiene por medio del Derecho, sino es la del Derecho mismo, p. 40.

⁵⁶ W. Maihofer, *El Derecho Natural como Derecho Existencial*, 9 ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 9 (1962) (España). Personalmente no compartimos sus afirmaciones de corte claramente existencialista, como aquella de que el hombre está arrojado a un mundo brutal, inhumano, monstruoso donde la fuerza y la mentira son eficaces. Es este mundo del cual el hombre no es ni autor ni menos responsable, el que se revierte en él. Se aprecia que esta afirmación es claramente tautológica.