

## EL DERECHO COMO MANIFESTACION DEL "SER"

### I. — LA "NORMA" Y LOS "HECHOS"

Dos directrices señalan el pensamiento jurídico moderno: la que restringe todo el Derecho a la norma y la que subordina la norma a los hechos sociales.

La primera, iniciada por Kant y continuada por la Escuela analítica de jurisprudencia de Austin, la ciencia alemana de Gerber, Jellinek, etc., y por el normativismo kelseniano; separa totalmente lo jurídico de la naturaleza o en todo caso lo considera como ordenador de la naturaleza.

La segunda directriz que corresponde fundamentalmente a la jurisprudencia sociológica de Kantorowicz, Gurvitch, considera el derecho como un hecho, como un devenir y, o lo subordina totalmente a la sociología o lo identifica con ella.

Conforme a la primera —que ha campeado con ventaja— el Derecho se ubica en el reino del "deber ser"; conforme a la segunda adquiere una entidad débil y fluida, y lo jurídico se coloca en una situación de dependencia y subordinación con respecto a ciencias como la sociología, la política, la psicología, la economía, etc., cuyo objeto específico sería el estudio de los hechos sociales.

El Derecho sólo tendría una función coordinadora de los mismos, cuando no esclerotizadora.

Ambas direcciones se suelen contradecir y confundirse al mismo tiempo y quienes las transitan aparecen con frecuencia cambiando indecisos el rumbo.

Ello se hace patente en un Kelsen interrogante frente a esa contradicción: "éste, es verdad, es el problema de la positividad del Derecho: El Derecho aparece como "un deber ser" y un "ser" al mismo tiempo, mientras que por lógica estas dos categorías se excluyen recíprocamente. Parece que, al menos por lo que toca a una parte de su ser (el derecho), queda en el campo de la naturaleza y tiene

una existencia enteramente naturalista. Mas, ¿naturaleza y sociedad son realmente dos objetivos diferentes?”.<sup>1</sup>

En donde se plantea más claramente esta dualidad bicéfala del sistema, del que Kelsen es último exponente, es en el punto de la norma fundamental (Grundnorm). Como según el normativismo, el criterio de validez de cada norma se encuentra en su conformidad formal con la norma superior, llegándose así por grados en la pirámide jurídica a la norma fundamental, para cuya validez no se puede ya recurrir a la conformidad formal con otra norma superior, aparece que la validez de esta “Grundnorm” debe encontrarse fuera del “deber ser”, es decir, no formando parte del Derecho, ubicándosela entonces en una fuerza natural, en un hecho o instancia moral, porque no depende del “deber ser” del Derecho, sino que contrariamente lo instaura, es un “hecho” que lo precede. Y de este impasse Kelsen no puede huir, como bien lo anota un jurista contemporáneo.<sup>2</sup>

En su ya citada obra Kelsen dice: “la norma fundamental no se crea mediante un procedimiento jurídico por parte de un órgano cuya tarea es crear el Derecho. Ella es válida —como sucede con la norma jurídica positiva— no porque haya sido creada de una manera dada por un acto jurídico, sino porque se presupone como tal; y se presupone por válida, porque sin tal supuesto ningún acto humano podría ser interpretado como acto jurídico y especialmente como creador de normas”.

De alguna manera llega del mismo modo que Alf Ross, a la idea de una norma fundamental que está por encima de todo Derecho creado, concebida como algo “dado” de carácter “mágico”, que en definitiva viene a coincidir con la idea de un Derecho Natural.

“La norma fundamental no es válida porque haya sido creada de un cierto modo sino que su validez es asumida en virtud de su contenido. Ella es válida, por tanto, como lo es una norma de Derecho Natural, prescindiendo de su validez puramente hipotética”.<sup>3</sup>

No cabe duda que esta norma fundamental ha escapado al reino del “deber ser” para ser considerada como un “hecho” inmerso en el dominio del “ser”.

Para huir tal vez a esta paradoja a que son conducidos, Kelsen y los demás normativistas, apelan a la sociología, como ciencia autónoma al Derecho, útil para valorar la eficiencia y la validez de la norma fundamental.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*.

<sup>2</sup> CERRONI, HUMBERTO, *Marx y el Derecho Moderno*.

<sup>3</sup> H. KELSEN, *idem*.

Pero aquí tampoco encuentra una salida decorosa por la raíz filosófica kantiana de su pensamiento, que le hace admitir, que lo absoluto, la cosa en sí, está más allá de toda experiencia humana y se muestra inaccesible a nuestro conocer, es decir, es incognoscible. "El Absolutismo filosófico es el reconocimiento de la existencia de una realidad absoluta, de una realidad que existe independientemente del conocimiento humano... El relativismo filosófico, por su parte, sirve de sostén a la doctrina empírica para la cual la realidad existe exclusivamente en el interior del conocimiento humano, y, en cuanto objeto del conocimiento, se relaciona con el sujeto cognoscente. Lo absoluto, la cosa en sí, está más allá de la experiencia humana, se muestra inaccesible a nuestro conocer y por ello incognoscible."

Ese sociologismo kelseniano es convocado para ayudarlos a explicar la validez de los contenidos de esa norma fundamental en la que en última instancia se apoya la validez formal del resto de las normas.

Y así admitiendo que las normas "no son válidas en virtud de su contenido" y que "todos y cada uno de los contenidos pueden ser Derecho" son llevados necesariamente a admitir que no se excluye otro tipo de conocimiento del hecho jurídico por la sociología jurídica que indaga aquellos hechos o eventos naturales que se presentan como actos jurídicos.

Se vuelve a lo que no se quería: a supeditar la norma, "deber ser", a la naturaleza o al hecho, "ser". Pero al mismo tiempo y por la concepción filosófica kantiana a que hicimos referencia, estos mismos hechos, esta misma naturaleza, son incognoscibles para nosotros, de donde esa incursión sociológica resulta a la postre inútil. Aquí aparece claro una "defaillance" del método "puro" que se quiere instaurar.

No se puede negar que la teoría jurídica marxista ha dado un feroz golpe al normativismo abriendo camino para una vuelta al realismo jurídico. Las escuelas marxistas de Derecho como las de Stuchka y Pashukanis, vuelven a este pensamiento iusrealista, si bien es necesario despojarlo de sus implicancias económico-marxistas que en definitiva convierten al Derecho en una relación de producción. Así nos dicen "tampoco el Derecho, tomado en sus determinaciones generales, el Derecho como forma, existe sólo en el pensamiento y en las teorías de los juristas. Es que tiene también una historia real paralela que se desarrolla no como sistema de ideas sino como específico sistema de relaciones".<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> E. B. PASHUKANIS, *Obschaya teoriya traba i Markizizm*.

El marxismo asume las dos grandes líneas del pensamiento jurídico moderno, la normativa y la sociológica.

Por un lado entiende que el Derecho es ordenamiento de la sociedad mediante normas, pero se aleja de los normativistas para afirmar que no es un ordenamiento de las conductas sino una relación histórica-socio-natural inagotable en la norma. La norma ordena la realidad, los hechos dados, lo cual es distinto a crearlos o determinar como deben ser, y al mismo tiempo la norma queda condicionada por esos hechos, por esa realidad, que tiene un contenido histórico concreto.

De tal manera la validez de la norma no se encuentra en la apelación a su conformidad formal con otra norma superior sino a su conformidad con una experiencia y realidad histórica de la naturaleza de las relaciones que regula; experiencia y realidad que a su vez serían creadoras de derecho, según la afirmación de Marx de que "toda forma de producción produce sus propias relaciones jurídicas".

Este pensamiento jurídico marxista —y volvemos a repetir que se acerca a la tradicional concepción iusnaturalista realista— encuentra que la solución sólo puede lograrse mediante una unidad entre racionalidad e historia, entre sociedad y naturaleza, considerando el Derecho, no sólo en cuanto a una estructura voluntario-normativa, sino también en cuanto a una estructura histórica de relaciones económico-sociales.<sup>5</sup>

Los mismos comentaristas de esta doctrina anotan cómo se desemboca al final en un teleologismo en donde la "naturalidad" o naturaleza se llega a convertir en un verdadero valor, en cuanto el "ser" es "bueno", es "bello" y es "verdadero".

De tal manera se hace "posible que el mismo conocimiento de la sociedad y de los fenómenos sociales —la ciencia de la sociedad— adquiera la estructura hipotético experimental del conocimiento de la naturaleza".<sup>6</sup>

La filosofía jurídica alemana actual se aparta también notoriamente de la concepción del derecho como ciencia del "deber ser" utilizándolo por vía metafórica como espejo de la vida social, de manera tal que el Derecho no tiene ser y realidad propia sino sólo dependiente y derivada en cuanto imagen de un ser real. Claro que ese ser real se confunde en una superestructura de caracterización marxista que termina por reducir al Derecho a una simple función dentro de la sociedad.

---

<sup>5</sup> CERRONI, HUMBERTO, *Marx y el Derecho Moderno*.

<sup>6</sup> CERRONI, HUMBERTO, *op. cit.*

## II. — NI LA “NORMA” NI EL “HECHO”: EL “SER”

Aquí nos interesa despejar el equívoco normativista. Ha sido común, de manera especial a partir de Kelsen, aceptar como una verdad de fe la distinción entre el orden de las ciencias físico-naturales y el orden del derecho. Entendido aquél como el del “ser” regido por el principio de causalidad y el segundo como el del “deber ser” regido por el principio de imputabilidad.

Un texto de Antifón, el sofista, preanuncia los orígenes de esa dualidad maniquea:

“Pues las cosas de las leyes (son) accidentales, las cosas de la naturaleza, en cambio, necesarias; y las cosas de las leyes (son) convenidas, no nacidas; las de la naturaleza (son) nacidas no susceptibles de ser convenidas. De ahí quien infringe, las convenciones, siempre que no sea descubierto por los que conviniéron (aquéllas) queda libre de ignominia y de castigo; no quedando oculto, en cambio (no queda impune). Por la otra parte, si, contra lo posible, viola algunas de las cosas dadas por la naturaleza y esto queda oculto a todos los hombres no (es) en nada menor el mal, y si todos lo ven, (el mal es) en nada mayor. Pues no se hace daño, conforme a una opinión, sino conforme a la verdad.

Resulta de acuerdo con todo esto la observación de que la mayoría de los (asuntos que son) justos conforme a una ley (convencional) están en pugna con la naturaleza...”.<sup>7</sup>

La Teoría pura del Derecho, es expresión moderna del pensamiento de Antifón, al mismo tiempo que tributaria del voluntarismo racionalista que reduce la conducta ética a una suma de obligaciones positivas y negativas:

“Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular... la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: “Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado...”. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada...”

<sup>7</sup> ANTIPHON, EL SOFISTA, *Fragmento IV*.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción 'debe' seguir al acto ilícito".<sup>8</sup>

Quienes salieron a combatir los postulados de la escuela de Viena aceptaron en su mayoría esa distinción, sin pensar que justamente allí radicaba la debilidad esencial de la Teoría Pura.

El Derecho se ubica en el ámbito del "ser", pero no de la naturaleza física sino del "ser" de las relaciones sociales. Como hay un orden de la naturaleza física hay un orden natural de las relaciones sociales, que corresponde a las apetencias más íntimas del hombre en su vida de relación temporal y trascendente, orden que si no se cumple se hace imposible el desarrollo armónico individual y social.

Cuando el Derecho expresa determinadas formas de conducta no *las crea* artificialmente, sino que *las reconoce* como inherentes y convenientes a la naturaleza de las relaciones sociales.

Es cierto que, en virtud de la libertad, puede el hombre dejar de cumplir con las normas naturales de las relaciones sociales, pero ese incumplimiento, contra natura, no le quita a esas normas su adecuación a la naturaleza de la realidad humano social.

Por otra parte, conviene advertir que el orden de la naturaleza física no se encuentra tan sometido a leyes necesarias como suele creerse.

La antigua física newtoniana, el viejo universo homogéneo de Leibniz, perfecto y necesario, ha comenzado a ser reemplazado por el mundo de la probabilidad contra la causalidad, de la entropía contra la organización. Como anota Norbert Wiener, "la física newtoniana que reinaba en el siglo XVII y hasta fines del XIX, describía un universo en que todo ocurría de acuerdo con una ley, un dogma compacto organizado en todas sus partes, en el que la totalidad del futuro dependía de la del pasado... Los modernos arrojaron una luz enteramente nueva sobre este punto de vista... rechazaron la hipótesis según la cual aquéllos pueden distinguirse entre sí claramente por tiempo indefinido y describirse eternamente, su comportamiento mediante leyes causales invariables... actualmente la física ya no se ocupa de lo que ocurrirá siempre, sino más bien de lo que pasará con una probabilidad muy grande... Es cierto que todavía no está terminada la cuestión, Einstein, y en algunos puntos De Broglie, mantienen aún que un universo rígidamente determinista es más aceptable que otro contingente, pero esos grandes hom-

<sup>8</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho*.

bres de ciencia conducen una batalla de retaguardia contra las fuerzas enormemente superiores de las generaciones jóvenes.<sup>9</sup>

Las actuales develaciones de la cibernética nos indican que en razón del "feed-back", que protege al efecto de las consecuencias de sus factores o causas, éstas ya no desempeñan en el mundo físico-natural su valor determinante necesario. Esto ha hecho afirmar a un moderno investigador que "el principio de causalidad queda aquí suspendido".<sup>10</sup>

Bergson aporta unas ideas sumamente develadoras con respecto a este tema:

"...una sociedad humana es un conjunto de hombres libres. Las obligaciones que ella impone y que les permiten subsistir introducen en ella una regularidad que tiene analogía con el orden inflexible de los fenómenos de la vida. Todo concurre, sin embargo, a hacernos creer que esta regularidad es asimilable a la naturaleza... Las leyes que ella (la sociedad) edita y que mantienen el orden social se asemejan por otra parte desde distintos lados a las leyes de la naturaleza... La obligación es a la necesidad lo que el hábito a la naturaleza".

De ahí que pueda el filósofo francés afirmar que el "deber se cumple casi siempre automáticamente; la obediencia al deber se define como un dejar hacer, como un abandono".<sup>11</sup>

Como podemos apreciar, este punto de vista está en las antípodas de aquel otro tan caro al racionalismo que ve en la ley, sea la jurídica como la moral, un orden imperativo obligatorio que lleva a un doblegar nuestras propias tendencias, es decir, a ir contra la corriente, contra nuestra propia naturaleza, nuestras íntimas apetencias.

Por el contrario, según Bergson, siguiendo la mejor tradición realista, el cumplimiento de la ley, sea jurídica, sea moral, es un dejarse estar, un dejarse llevar; justamente un *abandonarse* a las inclinaciones de la naturaleza. Ya lo había advertido lúcidamente Montesquieu al decir que "las leyes son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas".<sup>12</sup>

Carnelutti nos muestra una óptica diversa. En su *Arte del Derecho* presenta a éste como una fuerza, como una armadura, algo así como la estructura de hormigón de un edificio que lo mantiene en pie, pero que si llega a caer produce su desintegración. En esta línea contraponen el reino del amor al reino del derecho.

<sup>9</sup> NORBERT WIENER, *Cibernética y Sociedad*.

<sup>10</sup> PIERRE DE LATIL, *El pensamiento artificial. Introducción a la Cibernética*. MARK KAC, *Probabilidad en Matemáticas*, en *Las ciencias del comportamiento*.

<sup>11</sup> HENRI BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*.

Cuando éste llega a ser superfluo, es decir, cuando la armadura puede caer, lo que ocupa el lugar del derecho se llama amor. Esto sólo podría ser predicado con verdad de la ley positiva no del derecho, porque justamente donde reina el amor y no se precisa una obligación compulsiva es porque se realiza plenamente el derecho, es decir, se realiza el orden de las relaciones naturales. Mucho mejor que Carnelutti, lo vio esto Platón, a pesar de su racionalismo, cuando hablaba en *La República* de la "la ilegalidad ideal", que se daría al realizarse el orden jurídico por la aceptación plena, voluntaria y amorosa de los miembros de la comunidad, sin necesidad de la ley positiva que lo imponga.

Si bien Cicerón —como buen romano— no incursionó en la naturaleza filosófica del Derecho, de sus diversos tratados y oraciones forenses, se desprende ese sentido histórico realista de la ciencia jurídica, que le lleva a afirmar en otro de sus diálogos: *Opinionum enim commenta delet dies, naturae judicia confirmat*. ("El tiempo destruye las imaginaciones vanas, confirma los juicios fundados en la naturaleza").<sup>13</sup>

En *De Oratore* —tal vez la mejor introducción al Derecho que se haya escrito— nos devela una fisonomía del derecho y del mismo derecho positivo que nada tiene del frío moralismo normativista, de imputabilidad, ni de imperativos, y sí mucho de la armoniosa composición de la naturaleza manifiesta en los hábitos y costumbres:

"Sea, pues, el fin del Derecho civil la conservación de la legítima y acostumbrada equidad en las causas y negocios civiles. ...

En esta ciencia (el Derecho) todo está a la vista, todo en el uso cotidiano, y en la práctica del foro... añádese a esto... la increíble suavidad y deleite que hace fácil y ameno el estudio de las leyes. Si los estudios de la antigüedad nos interesan, en todo el Derecho Civil, en los libros de los pontífices y en las Doce Tablas contemplaremos una imagen de la antigüedad que aún respira en la vetustez de las palabras y en las acciones que declaran la vida y costumbres de nuestros mayores. Si alguien es aficionado a la ciencia política... en las Doce Tablas hallará descriptos todos los intereses y el gobierno de la república.

Si le deleita esa prepotente y gloriosa filosofía, en el Derecho Civil y en las leyes encontrará las fuentes para sus disputas".

En otro lugar <sup>14</sup> afirma que el Derecho Civil contiene las relaciones del individuo con el género humano, de acuerdo al *orden natural*

<sup>13</sup> CICERÓN, *De natura Deorum*, L. II.

<sup>14</sup> CICERÓN, *De Finibus bonorum et malorum*, Ed. Belles Lettres.

de esas relaciones, de ahí que sea imposible administrar justicia si se desconoce el sistema de la naturaleza, no sólo de la humana, sino también de la física, de donde resulta la exigencia para el hombre justo de estudiar profundamente la física, cuyas leyes se corresponden con las del orden moral.

Esto nos acerca a los actuales esfuerzos por aproximarse al conocimiento del Derecho mediante la utilización de las ecuaciones matemáticas<sup>15</sup> y de las reglas de la Cibernética.<sup>16</sup>

Claro está que la validez de estos esfuerzos depende de que acertemos en la formulación y práctica de procedimientos jurídicos distintos a los que hemos estado acostumbrados a vivir.

La concordancia del Derecho con la "naturaleza de las cosas", ha calificado al pensamiento jurídico norteamericano principalmente en el período de su formación durante los años de la independencia y la organización constitucional. El Derecho no se les representa como la ciencia que indica lo que "debe" hacerse, sino como una realidad o experiencia "encontrada" en el ser de las relaciones sociales y de las cosas en las que se corporizaban los principios de justicia y de equidad.

Lo acogieron como una forma de historia, una historia antiquísima, inmemorial, que contenía el acerbo de las costumbres heredadas, encontradas y expresadas en el Common Law de Inglaterra, en las leyes sancionadas por el Parlamento, en las Cartas de privilegio otorgadas por la Corona y en las inveteradas costumbres del hombre inglés, "*The rights of the Englishman*".

Arthur L. Harding, nos recuerda que el Derecho Americano, recogió la tradición del Derecho Natural de Cicerón y de Santo Tomás de Aquino, preservada en los pueblos de habla inglesa por Richard Hooker y en los años de la Colonia y la Revolución por Coke, Locke y James Wilson.<sup>17</sup>

Luego de un período en el que predominó el criticismo racionalista, las nuevas corrientes —calificadas dentro del legal Realism— han revalorizado aquel punto de vista en los trabajos de Mortimer, Adler y Huchins de la Universidad de Chicago y de Fuller, Hall y otros. Uno de los precursores de esta corriente, afirma:

"yo no se diferencia entre ciencias físicas y morales. . . la conducta humana, con todo lo que ella lleva, constituye la arena de la realidad —"*arena of fact*"— en la que el estudioso busca para

<sup>15</sup> I. M. BOCHENSKY O.P., *Précis de logique mathématique*.

<sup>16</sup> WIENER, NORBERT, *Cibernética y sociedad*.

<sup>17</sup> ARTHUR L. HARDING, *Professor Pound makes History*, en *Studies in jurisprudence*. Southern Methodist University, Press, Dallas, 1957. TRUSSO, FRANCISCO EDUARDO, *La Revolución Norteamericana; Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*.

llegar al conocimiento de la verdadera naturaleza del derecho... La ciencia pregunta sólo qué "es", no qué "debe ser". Entonces la cuestión aquí es "qué" en la realidad regula nuestra vida personal e individual, no qué obligación la regula, y recoge como concepción básica la Costumbre.<sup>18</sup>

Y un contemporáneo suyo, Calvino Coolidge, escribía: "Los hombres no hacen las leyes, se limitan a descubrirlas", como descubren, agregamos nosotros, las leyes de la naturaleza.

Diversas fuentes concurren a caracterizar la sumisión y asimilación del Derecho norteamericano con el "Ser".

Analicemos ahora el Common Law, la institución del jurado y el método experimental inductivo:

En su célebre tratado sobre el Common Law, el Juez Holmes escribió: "La vida del derecho no ha estado en la lógica, sino en la experiencia... el derecho no puede ser manejado como si no se tratase más que de axiomas y de corolarios de un tratado de matemáticas", sistematizando de alguna manera el concepto generalizado de lo "que es" el Common Law. Derecho encontrado, recibido de las costumbres inmemoriales inglesas, conformado por las necesidades anteriores y actuales y por las relaciones sociales a cuyo "ser" responde y del que extraen su legitimación.<sup>19</sup>

El juez aplicando el Common Law no pronuncia un juicio imperativo, un "debe ser", sino que pone en evidencia algo que halló en los precedentes y las costumbres, devela el "ser" de la relación en conflicto.

La institución del jurado, a quien le compete pronunciarse sobre los "hechos", es decir sobre lo que "es", pone en evidencia la sumisión del Derecho al "ser", al mismo tiempo que el sometimiento al "precedente", le aleja del relativismo, constituyendo el elemento estabilizador histórico.

Nadie mejor que el eminente Rowe Pound para expresar la posición del jurista norteamericano:

"... Una actitud del espíritu que prefiere avanzar prudentemente, basada en la experiencia, desde este o aquel caso hasta el siguiente, y según parece requerirlo la justicia en cada caso... un estado de espíritu fundado sobre la sólida costumbre anglosajona de tratar las cosas y solucionar los problemas conforme se van presentando, en lugar de anticipar su solución por medio de fórmulas abstractas universales".<sup>20</sup>

<sup>18</sup> CARTER, *Law, its origin, Growth and Funtion*.

<sup>19</sup> HOLMES, *The Common Law*.

<sup>20</sup> POUND R., *What is the Common Law?* en *The future of the Common Law*.

De la observación atenta de las relaciones sociales en sus más diversos aspectos han extraído las reglas de su derecho, que las han sancionado como tales una vez desgastadas por el tiempo.

Observemos el período pre-revolucionario: uno de los institutos jurídicos más novedosamente modelados será el de la Soberanía del Parlamento, en el que se apartan de las soluciones doctrinarias que por entonces parecían novedosas en Europa, sometiéndose a los datos de la "naturaleza" de las relaciones entre el Parlamento, estado e individuo. A partir del poder de legislar sobre tasas e impuestos se va a desarrollar la temática de los poderes del Parlamento produciéndose una lenta y fecunda elucubración jurídica en la que notamos diversos pasos.

En primer término van a distinguir entre impuestos internos y externos. La facultad de imponer los primeros era exclusiva de la Legislatura de los diversos Estados, mientras que se le reconocía al Parlamento inglés la facultad de legislar sobre los segundos; llegaban a esta conclusión por un distingo previo; mientras los impuestos internos se referían exclusivamente a la política y a la economía de cada Estado, los externos hacían a la regulación de la política y el comercio general de todo el imperio y, por lo tanto, por una necesidad del bien común de todo el cuerpo se le reconocía atribución al Parlamento de Gran Bretaña. Richard Band, en 1764, tomando la voz del Estado de Virginia, sostenía que sus habitantes son hombres libres y que por lo tanto su asamblea representativa es capaz de promulgar leyes para el gobierno interno de la colonia mientras que "de todos los aspectos de nuestro gobierno externo nos hallamos y debemos hallarnos sujetos a la autoridad del Parlamento británico, no así en los demás aspectos; pues si el Parlamento nos impusiese leyes que sólo conciernen y concernieran a nuestro gobierno interno, nos despojaría, en la medida de la extensión de esas leyes, de la parte más valiosa de nuestros derechos de nacimiento...". Cuando se sanciona la ley del timbre, los norteamericanos encontraron en aquella distinción entre impuestos internos y externos el fundamento para rechazarla; Stephen Hopkins, de Rhode Island, define a los derechos del timbre como impuestos internos y, en consecuencia, privativos de las legislaturas coloniales; del mismo modo se expresa en protesta pública Benjamín Franklin al contestar a objeciones que se le hacían por parte de sus amigos ingleses sobre la vacuidad de esa distinción. En una exposición que realizó en la Cámara de los Comunes en febrero de 1796, manifiesta que los norteamericanos "nunca habían desconocido el derecho que le asistía al Parlamento de establecer aranceles para regular el comercio: lo

que sí objetaban era el de fijar impuestos internos, pues ese derecho nunca se ha supuesto que lo tuviera el Parlamento, dado que no estamos representados en él".

Este último es el argumento que en definitiva se hará valer y dará fuerza a toda la argumentación: no puede el Parlamento imponer impuestos internos porque los colonos norteamericanos no están representados en él. Y cuando se les diga que la falta de esa representación también impedirá la imposición de impuestos externos, se expresan también por boca de Franklin en los siguientes términos: "Un impuesto externo es un arancel que se aplica a los productos importados; este gravamen se suma al costo primitivo y a otras cargas de la mercadería y cuando sale a la venta es parte integrante del precio. Si la gente no lo quiere a ese precio, pero en cambio el pueblo se halla obligado a pagar los impuestos internos sin haber dado su consentimiento para ello, si es que no han sido restablecidos por sus propios representantes".

Esta distinción, aplicada, al principio, solamente a la materia impositiva, se amplió luego extendiéndosela a toda la materia legislativa.

Lentamente se fue abriendo otra etapa en el debate, y ya hacia el año 1764 se vio que no se podía continuar insistiendo en la diferencia entre lo que hacía a la política y la economía internas y a las externas para distinguir las facultades legislativas del Parlamento en las colonias. Así llegan a la discusión del tema central de la soberanía, que primero lo plantearon en estos términos: si la soberanía podía o no ser divisible, y si podía o no ser delimitada.

### III. — DERECHO NATURAL Y DERECHO HISTORICO

Toda la problemática de la filosofía jurídica se ha centrado en las últimas centurias en torno a la dicotomía "derecho natural - derecho positivo", a punto que entre iusnaturalistas y positivistas se han alineado los profesores de aquella disciplina.

Ha ocurrido en esto —salvadas las diferencias— lo que en torno al problema del conocimiento en la filosofía general.

Aquí, el idealismo primero y el racionalismo después, al admitir una separación irreductible entre el conocimiento y el objeto conocido, creó un abismo tal entre ambos términos, que se concluyó negando la posibilidad de conocer la realidad, y entonces, o bien se admitió que el concepto de la cosa era una pura creación del intelecto o que la verdadera esencia de las cosas era incognoscible.

Sólo el realismo, de alguna manera retomado por las modernas corrientes antirracionalistas, superó el abismo al enseñar que la verdad connota una cierta relación a la inteligencia, constituyendo una adecuación del ser y el entendimiento que lo conoce, de ahí que pudo afirmar que la verdad es el ser en cuanto dice relación a la inteligencia (*adaecuatio rei et intellectus*). Sobre el particular Santo Tomás de Aquino puso de manifiesto esta correspondencia, en un artículo que ha tenido trascendencia en el pensamiento filosófico de Occidente:

"La conveniencia del ente con la inteligencia se traduce en el nombre de verdad.

Pero como todo conocimiento se perfecciona por asimilación del cognoscente con la cosa conocida, así esta asimilación es causa del conocimiento. Así como la vista conoce el color por su composición con la especie del color. Luego la primera comparación del ser al conocimiento es que el ser corresponde a la inteligencia: esta correspondencia se llama adecuación de la cosa y la inteligencia y en esto formalmente se realiza la razón de la verdad. Luego, esto es lo que la verdad agrega al ser, la adecuación de la cosa y la inteligencia; de la cual conformidad, como se ha dicho, se sigue el conocimiento de la cosa.

Pues bien, la esencia de la cosa precede la razón de la verdad, pero el conocimiento es como el efecto de la verdad.

Según esto la verdad y lo verdadero se definen de tres modos.

Un modo según lo que precede la razón de Verdad, y en el que está fundada la verdad; y según esto San Agustín la define: 'Verdadero es aquello que es' y Avicena en Libro XI de la Metafísica.

Y según algunos: La verdad es la indivisión del ser, y de aquello que es.

Y de otro modo es definido según lo que realiza la razón formal de la verdad; y así dice Isaac que la verdad es la adecuación de la cosa y la inteligencia.

Y en tercer lugar definimos la verdad según el efecto consecutivo; y así la define Hilario, que la verdad es la manifestación y declaración del ser".<sup>21</sup>

Esta adecuación del ser con el entendimiento, se realiza en el interior de la misma inteligencia, en el conocimiento que consiste

<sup>21</sup> *Summa Theol.*, I, quest. 16 art. 1.

en unión o posesión intencional del ser por la inteligencia que lo conoce.

Con el Derecho ha sucedido algo análogo, a partir del iusnaturalismo racionalista.

Para Kelsen, expresión última del positivismo, hay que "romper la conexión en que se ha presentado siempre el derecho con la moral", aislando "el estudio del derecho de toda relación con la ideología iusnaturalista (Kelsen identifica el derecho natural con moral) en torno a la justicia" de donde la teoría pura del derecho "límitase al derecho positivo e impide que la ciencia jurídica lo eleve a la categoría de orden superior...".

"La justicia... está en su validez absoluta más allá de toda experiencia, así como la idea platónica más allá de la realidad, o como la cosa en sí trascendente más allá de los fenómenos..."

Y así como es imposible precisar la esencia de la idea o de la cosa en sí... también es imposible responder... a la pregunta sobre aquello en que la Justicia consista".<sup>22</sup>

Para el iusnaturalismo racionalista, también la separación entre derecho natural y derecho positivo es tajante, si bien ambos son producto exclusivo de la razón humana.

Pensamos que existe un puente que establece la continuidad y unión entre el derecho natural y el derecho positivo, hasta podríamos decir su identidad. Ella está dada por algo que es intrínseco al derecho mismo: su dimensión o realización histórica.

Para entendernos sería más apropiado que hablar de la existencia de un derecho natural y de un derecho positivo, hablar de una dimensión o manifestación natural y de una dimensión o manifestación positiva del derecho.

Los principios y normas del derecho natural se manifiestan acomodándose a las circunstancias de tiempo y lugar, sociales, económicas, etc., en y por el derecho positivo. De manera que las normas de éste no son creaciones artificiales del legislador, sino reconocimiento y manifestación que éste hace de los principios jurídicos naturales, acomodados a las específicas circunstancias de la sociedad para la que legisla.

"Los principios comunes de la ley natural no pueden ser aplicados del mismo modo a todos por la gran variedad de los negocios humanos; y de ahí proviene la diversidad de las leyes positivas en los distintos tiempos y lugares".<sup>23</sup>

<sup>22</sup> KELSEN, *o. cit.*

<sup>23</sup> *Sum. Theol.*, I - II, 94, 5.

Y por ello admite que las leyes naturales pueden cambiarse en determinadas circunstancias, aplicándose distintamente según no sólo el tiempo y lugar, sino también según la edad y virtud del sujeto, como lo expone más adelante con inigualable claridad en artículos posteriores, poco comentados en nuestro medio, aun por quienes se dedicaron al estudio del pensamiento jus-filosófico de Santo Tomás. Allí el Aquinate admite una verdadera evolución o madurez en orden a la perfección, que casi condiciona la aplicación de la ley natural, como cuando enseña que no puede aplicarse la misma a un niño que a un hombre maduro, ni a un vicioso que a quien ha alcanzado un alto grado de virtud.

“Quod lex naturalis potest intelligi mutari dupliciter... potest tamen mutari et in aliquo particulari, et in paucioribus, propter aliquas speciales causas impediens observantiam talium praeceptorum...<sup>24</sup>

Lex debet esse possibilis secundum naturam et secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens... Debet enim esse disciplina conveniens unicuique secundum suam possibilitatem, observata etiam possibilitate naturae, non enim eadem sunt imponenda pueris, quae imponuntur viris perfectis”. Y más adelante extrae la siguiente conclusión:

“Et propter hoc non ponitur eadem lex pueris quae ponitur adultis: multa enim pueris ponuntur quae in adultis lege puniuntur, vel etiam vituperantur. Et similiter multa sunt permittenda hominibus non perfectis virtute, quae non essent toleranda in hominibus virtuosis”.<sup>25</sup>

De donde concluye el Aquinate que las leyes son mudables en razón de la mudanza e imperfección de la razón humana y de la diversidad de casos y circunstancias:

“Lex recte mutari potest propter mutationem conditionum hominum... ”

Naturalis lex est participatio quaedam legis aeternae ut supra dictum est, et ideo immobilis perseverati quod habet ex immobilitate et perfectione divinae rationis instituentis naturam. Sed ratio humana mutabilis esset imperfecta. Et ideo eius mutabilis est. Et praeterea lex naturalis continet quaedam universalia praecepta, quae semper manent, lex vero posita ab homine continet praecepta quedam particularia, secundum casus qui emergunt”.

<sup>24</sup> *Sum. Theol.*, I - II, 96 - 2.

<sup>25</sup> *Ibidem*, I - II, 97 - 1.

Esto de ninguna manera permite sostener que el Derecho Positivo está totalmente subordinado al Derecho Natural.

Este sólo contiene algunos pocos y muy generales principios, que se van determinando, individualizando, concretizando en el Derecho Positivo que va evolucionando en el tiempo.

El Derecho Positivo nace del encuentro de lo universal con la realidad concreta, adaptándose las reglas generales a las condiciones históricas; por ello afirma Kessler que en la evolución del sistema del Common Law la oposición entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo es superada constantemente.

Pero el Derecho Positivo obliga y tiene categoría de Derecho no por su correspondencia con el Derecho Natural, sino por sí mismo, en la medida en que está sancionado por la comunidad; en las distintas formas en que ésta se expresa históricamente.

Las leyes naturales obligan porque son justas o buenas, es decir, *corresponden al ser de las cosas*. El contenido de las leyes positivas es bueno o justo porque lo preceptúan esas leyes.

No es, pues, el derecho natural —como suele creerse— un sistema cerrado e inmutable de normas que ha sido dado una vez para siempre, según lo creía Hobbes: “aunque los principios se sucedan y un juez pase y otro venga, y el cielo y la tierra se muden, ni un solo ápice de la ley natural se modificará, puesto que es ley eterna de Dios”.

De esta concepción del derecho natural, en que tanto insistió el iusnaturalismo racionalista, surgió seguramente o la negación radical del mismo o su calificación de extremo y ajeno al derecho.

Es válido preguntarse ahora: ¿De qué manera el Derecho Histórico vincula el Derecho Natural con el Derecho Positivo?

O mejor, por qué el Derecho Histórico es una real categoría de Derecho.

1º El Derecho Natural o, lo que es lo mismo, el ser real de las relaciones humanas, se reconoce mediante su perdurabilidad histórica en el Derecho Positivo.

2º El Derecho Natural se actualiza y determina en el Derecho Positivo a través del Derecho Histórico.

3º La norma constitucional fundamental que establece el criterio de validez de las normas inferiores, es Derecho Histórico y lejos de agotarse en su texto se explicita e integra en la Constitución Histórica.

Tal vez una de las críticas más severas y tal vez más justificables al ius-naturalismo, esté puesta en la imposibilidad racional de conocer el Derecho natural.

A ella se debe contestar diciendo que se lo conoce experimentalmente a través de aquellos institutos y principios que han sido reconocidos y expresados perdurablemente en el Derecho positivo a través de la Historia, que es la "continua mutación de lo inmutable".

A ese respecto Jean Bodin, al manifestar que las leyes naturales se conocen por experiencia sensible, acepta que se conozcan por su manifestación histórica, ya que toda experiencia es esencialmente histórica. De ahí, que, retomando el pensamiento de Herodoto, advierta un íntimo nexo entre Derecho Natural y Derecho Histórico.

La Historia del Derecho nos muestra las evoluciones y cambios de los principios e instituciones jurídicas, pero también nos enseña la permanencia y aceptación inveterada y constante de determinados principios e instituciones consagrados por la aceptación unánime y universal.

De esto también se concluye que el Derecho Natural, en su determinación histórica, asume un crecimiento y adecuación conforme a los tiempos y la geografía, la madurez y propio desarrollo personal y social de individuos y pueblos.

Una aplicación de esta conclusión la podemos observar en la reflexión teológica y jurídica sobre el caso americano en el período que se abre en el Descubrimiento y culmina en la enseñanza de Francisco de Vitoria.

Los grandes y universales principios naturales de la guerra justa, la libertad personal, el dominio, etc., eran comunes a quienes contendían sobre los títulos de Castilla a someter los reinos indígenas y hacerles la guerra, contienda ejemplificada en la disputa entre Las Casas y Sepúlveda. Ambos recurren a los grandes clásicos desde Isócrates y Plutarco hasta Cicerón, como a la doctrina de los Padres y la autoridad indiscutida del Aquinate.

Pero justamente se trataba de discurrir en torno al pensamiento expuesto en la Summa que más arriba se glosó.

De ahí que Vitoria para afirmar lo que los títulos de dominio invocados tenían de acordes o desacordes con el Derecho Natural, recorra un camino que en el tiempo va de la tímida y no comprometida respuesta a la cuestión que le plantea el P. Miguel de Arcos (1534) acerca de si los conquistadores del Perú debían devolver lo ganado en la conquista por ser ilegítima, hasta sus reelecciones de 4 años más tarde, y en el desarrollo de estas últimas al planteo de las cuestiones previas —de carácter histórico— sobre el grado de racionalidad de los indios, su grado de organización política, la bondad o maldad de sus costumbres, el conocimiento del mensaje evangélico, la actividad de los castellanos, etc.

Para contestar definitivamente acerca de la legitimidad natural del dominio y actos de los españoles, se imponían entonces una investigación histórica de la realidad de América. Ahí está el origen y fundamento de la constante preocupación de la Corona por que se hiciese la Crónica de las Indias y la existencia de los Cronistas. Ella y éstos ocuparon entonces el papel que actualmente corresponde a la Sociología, la Estadística, la Antropología y a los sociólogos, estadistas y antropólogos.

Y así se irá determinando históricamente el Derecho Natural en el Positivo, no como un "deber ser" sino como el reconocimiento del "ser".

FRANCISCO E. TRUSSO